



**UNIVERSITA' CATTOLICA DEL SACRO CUORE
PIACENZA**

Scuola di Dottorato per il Sistema Agro-alimentare

ciclo XXII

S.S.D: IUS/13-IUS/14

**LA LEGGE APPLICABILE AL DANNO DA PRODOTTO
NELL'UNIONE EUROPEA**

**Tesi di Dottorato di: MARENGHI CHIARA
Matricola: 3580152**

Coordinatore: Ch.mo Prof. Gianfranco PIVA

Tutor: Prof. Dino RINOLDI

Anno Accademico 2008/2009

*Alla mia meravigliosa famiglia “allargata”,
che mi ha sostenuto, sopportato e aiutato,
consentendomi di portare a termine questo lavoro*

INDICE SOMMARIO

<i>Principali abbreviazioni</i>	V
<i>Introduzione</i>	1

CAPITOLO PRIMO SPECIFICITÀ DELLA FATTISPECIE E OPPORTUNITÀ DI ADOTTARE UN CRITERIO DI COLLEGAMENTO *AD HOC*

1.	La <i>lex loci commissi delicti</i> in materia di responsabilità extracontrattuale: da un'applicazione generalizzata a un utilizzo "residuale".....	2
2.	STATI UNITI D'AMERICA: pionieri nella materia.....	11
2.1.	La nascita della fattispecie «responsabilità da prodotto»: cenni.....	11
2.2.	La <i>lex loci commissi delicti</i> e i conflitti di leggi negli Stati Uniti.....	15
2.2.1.	L'evoluzione della dottrina dal primo al secondo <i>Restatement of Law of Conflict of Laws</i> : la «scholastic revolution».....	16
2.2.2.	La giurisprudenza mostra l'inadeguatezza della regola contenuta nel primo <i>Restatement</i> : «judicial revolution» e responsabilità del produttore.....	27
2.2.3.	Proposte della dottrina sulla legge applicabile al danno da prodotto: prime risposte di fronte a una realtà emergente.	36
3.	ORDINAMENTI EUROPEI: una diversa percezione della questione.....	41
3.1.	Profili di diritto sostanziale: cenni.	41
3.2.	Diritto internazionale privato e danno da prodotto.....	44

CAPITOLO SECONDO COORDINAMENTO A LIVELLO UNIVERSALE: LA CONVENZIONE DELL'AJA SULLA LEGGE APPLICABILE ALLA RESPONSABILITÀ PER DANNO DA PRODOTTO

1.	Introduzione.....	50
2.	Lavori preparatori.....	52
3.	La soluzione accolta dalla Convenzione.....	56
3.1.	Ambito di applicazione.....	56
3.1.1.	La natura della responsabilità	57
3.1.2.	Gli elementi costitutivi della responsabilità.....	60
3.2.	La disciplina della legge applicabile.....	63
3.3.	Questioni disciplinate dalla <i>lex causae</i> e lacune della Convenzione.....	67

3.4.	Limiti all'applicazione della <i>lex causae</i> : le norme di sicurezza e di condotta e l'ordine pubblico.....	74
4.	Bilancio della soluzione convenzionale.....	78
4.1.	La Convenzione e le codificazioni europee di diritto internazionale privato che prevedono una disposizione <i>ad hoc</i> per il danno da prodotto: cenni.....	83

CAPITOLO TERZO
COORDINAMENTO A LIVELLO REGIONALE:
LA LEGGE APPLICABILE ALLA RESPONSABILITÀ PER DANNO DA
PRODOTTO
NEL DIRITTO COMUNITARIO
(TRA DIRITTO MATERIALE E DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO)

1.	Introduzione.....	86
2.	LA DISCIPLINA DEL DANNO DA PRODOTTO NELLE DIRETTIVE 85/374/CEE E 1999/34/CE.....	89
2.1.	La direttiva 85/374/CEE nel contesto della politica comunitaria di protezione dei consumatori. Obiettivi e base giuridica.....	89
2.2.	Il regime di responsabilità e i concetti chiave della direttiva.....	93
2.3.	I tratti salienti della nuova disciplina e gli aspetti lasciati alla discrezionalità degli Stati: un sorvolo.....	102
2.4.	Il grado di armonizzazione della direttiva: <i>standard</i> minimo di tutela o armonizzazione completa?.....	106
3.	LA LEGGE APPLICABILE ALLA RESPONSABILITÀ DA PRODOTTO NEL REGOLAMENTO (CE) N. 864 DEL 2007.	107
3.1.	La genesi del regolamento e le vicissitudini della disposizione sul danno da prodotto.....	107
3.2.	Gli obiettivi perseguiti.	114
3.3.	La disciplina della legge applicabile.	116
3.3.1.	La scelta delle parti (art. 14 par. 1 del regolamento).	117
3.3.2.	La «responsabilità da prodotti» (art. 5 del regolamento): ambito di applicazione materiale..	119
3.3.3.	<i>Segue</i> : il «sistema a cascata» di criteri di collegamento, la clausola di prevedibilità e le clausole d'eccezione.	122
3.4.	L'ambito della legge applicabile.	130
3.5.	Il coordinamento con le disposizioni di altri ordinamenti e i limiti all'applicazione della <i>lex causae</i>	131
3.5.1.	Le norme di sicurezza e di condotta.....	133
3.5.2.	Le norme imperative applicabili in assenza di un accordo delle parti, le norme di applicazione necessaria e le norme di conflitto speciali.....	135
3.5.3.	L'ordine pubblico e i “danni punitivi”	145
4.	I RAPPORTI TRA LE FONTI CHE CONCORRONO A DISCIPLINARE LA LEGGE APPLICABILE AL DANNO DA PRODOTTO NEGLI STATI MEMBRI DELL'UNIONE EUROPEA.	150
4.1.	Il coordinamento tra l'art. 5 del regolamento «Roma II» e la direttiva 85/374/CEE.....	151
4.2.	Il coordinamento tra l'art. 5 del regolamento «Roma II» e la direttiva	

	2000/31/CE.....	160
4.3.	Il coordinamento tra il regolamento «Roma II» e la Convenzione dell'Aja del 2 ottobre 1973.....	162
	<i>Considerazioni conclusive</i>	166
	<i>Bibliografia</i>	171

AVVERTENZA

In questo elaborato si continua a utilizzare l'espressione «diritto comunitario» come era consuetudine fare prima del 1° dicembre 2009, data di entrata in vigore del Trattato di Lisbona, pur avendo ben presente che il Trattato stesso espunge il termine storico «Comunità», così come l'aggettivo corrispondente. Si è però ritenuto di mantenere viva tale terminologia sia per la necessità di fare riferimento ad atti precedentemente adottati sia – a parer nostro – in quanto particolarmente calzante per indicare quell'ambito di “stretta integrazione” identificato fino a un recentissimo passato con il primo “pilastro”, cioè col «metodo comunitario»; primo “pilastro” oggi scomparso, ma corrispondente a un ambito che ha assorbito nel «metodo comunitario» anche la materia penale.

ABBREVIAZIONI

<i>ABA Journal</i>	American Bar Association Journal
<i>A.L.F.</i>	American Law Reports
<i>Am. J. Comp. L.</i>	American Journal of Comparative Law
<i>Am. J. Trial Advoc.</i>	American Journal of Trial Advocacy
<i>Ann. dir. comp.</i>	Annuario di diritto comparato
<i>Ann. dir. int.</i>	Annuario di diritto internazionale
<i>Ann. suisse dr. int.</i>	Annuaire suisse de droit international
<i>Ariz. St. L. J.</i>	Arizona State Law Journal
<i>Brooklyn L. Rev.</i>	Brooklyn Law Review
<i>Buffalo L. Rev.</i>	Buffalo Law Review
<i>Cahiers dr. eur.</i>	Cahiers de droit européen
<i>Cal. L. Rev.</i>	California Law Review
<i>Can. Bar Rev.</i>	Canadian Bar Review
<i>Cardozo L. R.</i>	Cardozo Law Review
<i>Clunet</i>	Journal de droit international
<i>Colum. L. Rev.</i>	Columbia Law Review
<i>CM LR</i>	Common Market Law Review
<i>Comunicazioni e studi</i>	Comunicazioni e Studi dell'Istituto di diritto internazionale e straniero dell'Università degli studi di Milano
<i>Conn. L. Rev.</i>	Connecticut Law Review
<i>Cornell L. Rev.</i>	Cornell Law Review
<i>Cornell Int. L. J.</i>	Cornell International Law Journal
<i>Dalloz</i>	Recueil Dalloz de doctrine, de jurisprudence et de legislation
<i>Danno e Resp.</i>	Danno e responsabilità
<i>Dir. Comm. int.</i>	Diritto del commercio internazionale
<i>Dir. com. sc. int.</i>	Diritto comunitario e degli scambi internazionali
<i>Dir. internaz.</i>	Diritto internazionale
<i>Dir. Un. eur.</i>	Il diritto dell'Unione europea
<i>Dr. prat. com. int.</i>	Droit et pratique du commerce international
<i>Duke L.J.</i>	Duke Law Journal
<i>Enc. Dir.</i>	Enciclopedia del diritto
<i>Eur. dir. priv.</i>	Europa e diritto privato
<i>Eur. L. Rev.</i>	European Law Review

<i>Foro it.</i>	Foro italiano
<i>Foro it. Mass.</i>	Massimario del Foro italiano
<i>Foro pad.</i>	Foro padano
<i>Ga. J. Int. Comp. L.</i>	Georgia Journal of International and Comparative Law
<i>G.U.</i>	Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana
<i>G.U.C.E.</i>	Gazzetta Ufficiale delle Comunità europee
<i>Geo. L.J.</i>	Georgetown Law Journal
<i>Giur. comm.</i>	Giurisprudenza commerciale
<i>Giur. comp. dir. int. priv.</i>	Giurisprudenza comparata di diritto internazionale privato
<i>Giur. it.</i>	Giurisprudenza italiana
<i>Giust. civ.</i>	Giustizia civile
<i>Giust. civ. Mass.</i>	Massimario della Giustizia civile
<i>Harv. Int. L. J.</i>	Harvard International Law Journal
<i>Harv. L. Rev.</i>	Harvard Law Review
<i>Hastings L. J.</i>	Hastings Law Journal
<i>Hofstra L. Rev.</i>	Hofstra Law Review
<i>Impr., amb. e pubbl. amm.</i>	Impresa, ambiente e pubblica amministrazione
<i>Ins. L. J.</i>	Insurance Law Journal
<i>Int. bus. Lawyer</i>	International business lawyer
<i>Int. Comp. L. Quart.</i>	International and Comparative Law Quarterly
<i>Int. Enc. Comp. L.</i>	International Encyclopaedia of Comparative Law
<i>Int. Lawyer</i>	The International lawyer
<i>Int. Leg. Mat.</i>	International Legal Materials
<i>IPRax</i>	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts
<i>J. Leg. Studies</i>	Journal of Legal Studies
<i>J. Prod. Liab.</i>	Journal of Products Liability
<i>La. L. Rev.</i>	Louisiana Law Review
<i>Law & Contemp. Prob.</i>	Law & Contemporary Problems
<i>Law & Pol. Int. Bus.</i>	Law & Policy in International Business
<i>Liber Fausto Pocar</i>	G. VENTURINI, S. BARIATTI (a cura di), <i>Nuovi strumenti del diritto internazionale privato. Liber Fausto Pocar</i> , Milano, 2009

<i>McGill L. J.</i>	McGill Law Journal
<i>Mercer L. Rev.</i>	Mercer Law Journal
<i>Mich. L. Rev.</i>	Michigan Law Review
<i>Minn. L. Rev.</i>	Minnesota Law Review
<i>Mod. Law Rev.</i>	Modern Law Review
<i>Ned. Jur.</i>	Nederlandse Jurisprudentie
<i>N. I. L. R.</i>	Netherlands International Law Review
<i>N. J. B.</i>	Nederlands Juristenblad
<i>NJW</i>	Neue Juristische Wochenschrift
<i>NordTIR</i>	Nordisk Tidsskrift for international ret
<i>Northwestern U. L. Rev.</i>	Northwestern University Law Review
<i>Nuova giur. civ. comm..</i>	La nuova giurisprudenza civile commentata
<i>Nuove leggi civ.</i>	Le nuove leggi civili commentate
<i>N. Y. U. L. Rev.</i>	New York University Law Review
<i>Ohio St. L. J.</i>	Ohio State Law Journal
<i>Okla. L. Rev.</i>	Oklahoma Law Review
<i>Oxford J. Leg Stud.</i>	Oxford Journal of Legal Studies
<i>Quadr.</i>	Quadrimestre
<i>RabelsZ</i>	RabelsZ Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
<i>Raccolta</i>	Raccolta della giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità Europee
<i>RDUE</i>	Revue de droit de l'Union européenne
<i>Recueil des Cours</i>	Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye
<i>Resp. civ. prev.</i>	Responsabilità civile e previdenza
<i>Rev. aff. eur.</i>	Revue des Affaires Européennes
<i>Rev. crit. dr. int. pr.</i>	Revue critique de droit international privé
<i>Rev. dr. aff. int.</i>	Revue de droit des affaires internationales
<i>Rev. dr. int. dr. comp.</i>	Revue de droit international et de droit compare
<i>Rev. dr. int. lég. comp.</i>	Revue de droit international et de législation comparée
<i>Rev. int. dr. comp.</i>	Revue internationale de droit comparé
<i>Rev. Lit.</i>	The Review of Litigation
<i>Rev. marché comm.</i>	Revue du marché commun
<i>Rev. trim. dr. civ.</i>	Revue trimestrielle de droit civil
<i>Riv. crit. dir. priv.</i>	Rivista critica di diritto privato
<i>Riv. dir. civ.</i>	Rivista di diritto civile
<i>Riv. dir. comm.</i>	Rivista di diritto commerciale

<i>Riv. dir. int.</i>	Rivista di diritto internazionale
<i>Riv. it. dir. int. priv. proc.</i>	Rivista italiana di diritto internazionale privato e processuale
<i>Riv. giur. amb.</i>	Rivista giuridica dell'ambiente
<i>Riv. soc.</i>	Rivista delle società
<i>Riv. trim. dir. proc. civ.</i>	Rivista trimestrale di diritto e procedura civile
<i>SJ</i>	La Semaine Juridique. Edition générale
<i>SO. Cal. L. Rev.</i>	Southern California Law Review
<i>Stan. L. Rev.</i>	Stanford Law Review
<i>Tenn. L. Rev.</i>	Tennessee Law Review
<i>Texas Int. L.J.</i>	Texas International Law Journal
<i>Texas l. Rev.</i>	Texas Law Review
<i>Tort & Ins. L.J.</i>	Tort & Insurance Law Journal
<i>Trav. du Comité français</i>	Travaux du Comité français de droit international privé
<i>Tul. L. Rev.</i>	Tulane Law Review
<i>U. Balt. L. Rev.</i>	University of Baltimore Law Review
<i>U.C.L.A. L. Rev.</i>	University of California Los Angeles Law Review
<i>U. Ill. L. Rev.</i>	University of Illinois Law Review
<i>U. Pa. L. Rev.</i>	University of Pennsylvania Law Review
<i>Va. L. Rev.</i>	Virginia Law Review
<i>Vand. L. Rev.</i>	Vanderbilt Law Review
<i>Wash. L. Rev.</i>	Washington Law Review
<i>Wash. & Lee L. Rev.</i>	Washington & Lee Law Review
<i>William & Mary L. Rev.</i>	William & Mary Law Review
<i>Yale L.J.</i>	Yale Law Journal
<i>Yearb. Eur. L.</i>	Yearbook of European Law
<i>Yearb. Priv. Int. Law</i>	Yearbook of Private International Law
<i>ZHR</i>	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtscha

INTRODUZIONE

L'idea di questa tesi ha avuto origine nell'ambito della Scuola di dottorato per il Sistema Agro-alimentare (Agrisystem) istituita nel 2006 presso l'Università Cattolica S.C. di Piacenza. In considerazione delle tre anime di cui si compone questa Scuola, che riunisce le competenze delle Facoltà di Agraria, Economia e Giurisprudenza, si è pensato di trovare una tematica giuridica che integrasse al proprio interno profili di interesse per ognuno di questi ambiti. È parsa tale la disciplina della responsabilità per danno da prodotto, chiamata a intervenire nel delicato bilanciamento tra tutela della salute e dell'integrità fisica dei consumatori, da una parte, e interessi economici delle imprese produttrici, di cui non si vuole arrestare l'innovazione e lo sviluppo scientifico e tecnico, dall'altra parte.

L'interesse per la materia, di significativa attualità di fronte all'evidenza di vicende drammatiche dotate di grande risonanza come quelle connesse al c.d. morbo della «mucca pazza», è legato al consistente sviluppo normativo che la stessa ha conosciuto in ambito europeo. L'assenza di una cospicua prassi giurisprudenziale, dovuta alla composizione della stragrande maggioranza delle controversie in via stragiudiziale, è in certo senso compensata dai molteplici interventi normativi che hanno interessato questo settore. Tali interventi, che hanno riguardato tanto gli aspetti sostanziali della fattispecie quanto – e ancor più di frequente – i profili di diritto internazionale privato della stessa, promamano da ambiti differenti: vengono infatti in rilievo fonti nazionali, regionali e internazionali. La presente trattazione, focalizzata sulla disciplina internazionalprivatistica del danno da prodotto, si propone quindi di ricostruire i rapporti esistenti tra le fonti che concorrono a regolare la questione nei Paesi membri dell'Unione europea.

CAPITOLO 1

SPECIFICITÀ DELLA FATTISPECIE E OPPORTUNITÀ DI ADOTTARE UN CRITERIO DI COLLEGAMENTO *AD HOC*

SOMMARIO: 1. La *lex loci commissi delicti* in materia di responsabilità extracontrattuale: da un'applicazione generalizzata a un utilizzo "residuale". – 2. STATI UNITI D'AMERICA: pionieri nella materia. – 2.1. La nascita della fattispecie «responsabilità da prodotto»: cenni. – 2.2. La *lex loci delicti commissi* e i conflitti di leggi negli Stati Uniti. – 2.2.1. L'evoluzione della dottrina dal primo al secondo *Restatement of Law of Conflict of Laws*: la «scholastic revolution». – 2.2.2. La giurisprudenza mostra l'inadeguatezza della regola contenuta nel primo *Restatement*: «judicial revolution» e responsabilità del produttore. – 2.2.3. Proposte della dottrina sulla legge applicabile al danno da prodotto: prime risposte di fronte a una realtà emergente. – 3. ORDINAMENTI EUROPEI: una diversa percezione della questione. – 3.1. Profili di diritto sostanziale: cenni. 3.2. Diritto internazionale privato e danno da prodotto.

1. LA *LEX LOCI COMMISSI DELICTI* IN MATERIA DI RESPONSABILITÀ EXTRACONTRATTUALE: DA UN'APPLICAZIONE GENERALIZZATA A UN UTILIZZO "RESIDUALE".

Il criterio di collegamento tradizionalmente utilizzato in materia di obbligazioni extracontrattuali è quello del *locus commissi delicti*¹. Si tratta di un principio risalente, in uso già all'epoca dei postglossatori, che trova massima diffusione a partire dal XIX secolo, suscitando un sempre crescente interesse sia in dottrina che in giurisprudenza. Verso la metà del XX secolo si assiste tuttavia a una graduale inversione di tendenza che vede la *lex loci* divenire oggetto di pungenti critiche, che travalicano la questione specifica per inserirsi in un

¹ In argomento v. R. DE NOVA, *Appunti sull'illecito civile in diritto internazionale privato comparato*, in *Comunicazioni e studi*, IV, Milano, 1952, p. 463 ss.; P. BOUREL, *Les conflits des lois en matière d'obligations non contractuelles*, Paris, 1961; ID., *Du rattachement de quelques délits spéciaux en droit international privé*, in *Recueil des Cours*, t. 214, 1989-II, p. 251 ss.; L. FERRARI BRAVO, *Il luogo di commissione dell'illecito nel diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. civ.*, 1961, p. 80 ss.; ID., *Responsabilità civile e diritto internazionale privato*, Napoli, 1973; ID., *Les rapports entre les contrats et les obligations délictuelles en droit international privé*, in *Recueil des Cours*, t. 146, 1975-III, p. 341 ss.; G. BEITZKE, *Les obligations délictuelles en droit international privé*, in *Recueil des Cours*, t. 115, 1965-II, p. 67 ss.; O. KHAN-FREUND, *Delictual liability and the conflict of laws*, in *Recueil des Cours*, t. 124, 1968-II, p. 1 ss.; C.G.J. MORSE, *Torts in private international law*, Amsterdam-New York-Oxford, 1978; ID. *Choice of law in tort: a comparative survey*, in 32 *Am. J. Comp. L.*, 1984, p. 51 ss.; F. POCAR, *Le lieu du fait illicite dans les conflits de lois et de juridictions*, in *Travaux du Comité Français de droit international privé*, Paris, 1985-86, p. 71 ss.; T.M. DE BOER, *Beyond the lex loci delicti*, Deventer-Antwerp-London-Frankfurt-Boston-New York, 1987; M.C. PRYLES, *Torts and related obligations in private international law*, in *Recueil des Cours*, t. 227, 1991-II, p. 9 ss.; A. SARAVALLE, *Recenti sviluppi in materia di responsabilità civile e diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1995, p. 657 ss. Recentemente v. T. KADNER GRAZIANO, *La responsabilité délictuelle en droit international privé européen*, Bâle-Genève-Munich-Bruxelles-Paris, 2004.

ripensamento delle categorie del diritto internazionale privato. Tale ripensamento si sviluppa in maniera più moderata, nel segno della continuità con il passato, nel Vecchio Continente, mentre assume forme più radicali (*rectius* “rivoluzionarie”) negli Stati Uniti.

Secondo un'autorevole dottrina francese, il fondamento del criterio della *lex loci* deve essere ricercato nel principio di sovranità territoriale, in base al quale «en principe, la loi de chaque pays doit s'appliquer aux faits qui s'y produisent»²; altri invece sostengono che l'applicazione della legge del luogo dell'illecito sia conforme alle aspettative delle parti e si ispiri a considerazioni di opportunità e utilità sociale³; v'è poi chi invoca ragioni di ordine sistematico⁴ o chi attribuisce il grande successo di questo criterio alla mancanza di alternative altrettanto valide, che presentino la stessa pertinenza con la fattispecie concreta e la medesima semplicità di applicazione⁵. Semplicità, efficacia e certezza del diritto sono i principali pregi riconosciuti alla *lex loci*, tradizionalmente considerata espressione del «legame «naturale» che esiste fra il compimento di un atto e la legge del luogo in cui è compiuto»⁶.

Tale legame «naturale» e gli aspetti positivi testé evidenziati contribuiscono al riconoscimento pressoché unanime della *lex loci*, che, nella prima metà del Novecento, diviene il criterio richiamato dalla maggior parte degli ordinamenti nazionali per individuare la legge applicabile, indistintamente, a tutti gli illeciti. Così, ad esempio l'art. 25 secondo comma delle disposizioni preliminari al codice civile italiano disponeva che «le obbligazioni non contrattuali sono regolate dalla legge del luogo in cui si è verificato il fatto da cui esse derivano», mentre l'art. 12 della Legge introduttiva al codice civile tedesco del 1896 (EGBGB) veniva interpretato dalla giurisprudenza come un'adesione implicita alla regola della *lex loci*. Previsioni analoghe erano contenute nel codice civile rumeno del 1940⁷, nel codice civile greco del 1946⁸ e nella legge cecoslovacca dell'11 marzo 1948⁹. L'applicazione della legge locale alle ipotesi di responsabilità extracontrattuale è poi cristallizzata nel I *Restatement of the Law of Conflict of Laws*, adottato nel 1934 dall'*American Law Institut*¹⁰, e viene accolta dalla *Cour de cassation* francese nella famosa sentenza *Lautour c. Guiraud* del

² V. J. P. NIBOYET, *Nota a Lautour c. Guiraud*, in *Sirey*, 1949, I, p. 22.

³ V. ad es. M. RHEINSTEIN, *The place of wrong. A study in the method of case law*, in *19 Tul. L. Rev.*, 1944, p. 165 ss.

⁴ V. P. BOUREL, *Les conflits de lois cit.*, p. 45 ss.

⁵ Si esprime in tal senso P. LAGARDE.

⁶ Così T. BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, Padova, 1982, p. 927.

⁷ Cfr. art. 43.

⁸ Cfr. art. 26.

⁹ Cfr. art. 48.

¹⁰ V. *infra* par. 2.2.1.

1948¹¹. Un riconoscimento giurisprudenziale di tale criterio si registra infine nell'ordinamento belga¹², in quello olandese e in quello austriaco¹³.

Ciononostante, come anticipato, nella seconda metà del secolo scorso, il principio del *locus commissi delicti* – apparso fino ad allora come una delle regole meno contestate del diritto internazionale privato¹⁴ – diviene oggetto di numerose critiche. Viene rilevato innanzitutto il funzionamento meccanico del criterio, che conduce a risultati arbitrari ogni volta che il luogo in cui si verifica il fatto è meramente fortuito: in questi casi, si finisce per applicare una legge che presenta un collegamento particolarmente tenue, se non addirittura insignificante, con la fattispecie concreta. Questo inconveniente è tipico nei c.d. illeciti a distanza o illeciti complessi, nei quali vi è una dissociazione territoriale tra azione ed evento, che sono localizzati in Paesi diversi.

Quest'ultima categoria di illeciti risente inoltre delle svariate interpretazioni a cui si presta la *lex loci* in molti ordinamenti, con un grave pregiudizio in termini di semplicità di applicazione e certezza del diritto. L'individuazione del luogo dell'illecito è stata infatti oggetto di un'accesa disputa dottrinale che ha visto fronteggiarsi i sostenitori della c.d. teoria dell'azione, secondo i quali avrebbe dovuto privilegiarsi il riferimento al luogo in cui è stata posta in essere la condotta illecita – azione o omissione –¹⁵, e i fautori della c.d. teoria dell'evento, che al contrario propendevano per il luogo in cui si è manifestato il danno¹⁶. Una terza possibilità, che concilia in un certo senso le due teorie, è stata avanzata dalla giurisprudenza tedesca, che pone sullo stesso piano il luogo dell'azione e quello dell'evento, affidando al giudice la scelta della legge più favorevole al danneggiato (c.d. teoria dell'ubiquità)¹⁷. Da un unico criterio ne possono essere quindi ricavati tre, a seconda del luogo in cui si ritiene più opportuno localizzare l'illecito.

¹¹ Cass. Civ., 25 maggio 1948, *Lautour c. Guiraut*, in *Revue critique*, 1949, p. 89 ss.

¹² Cass. Civ., 17 maggio 1957, *Bologne c. Sainte*, in *Revue critique*, 1958, p. 339 ss., con nota di Y. LOUSSOUARN. La Corte ha interpretato l'art. 3 comma primo del codice civile come una consacrazione del principio del *locus commissi delicti*, affermando più precisamente che spetta alla *lex loci actus* disciplinare le obbligazioni extracontrattuali, in ossequio a una concezione della responsabilità che pone l'accento sull'aspetto sanzionatorio.

¹³ Oberster Gerichtshof, 1° aprile 1960, in *Clunet*, 1962, p. 751 ss.

¹⁴ V. Y. LOUSSOUARN, *Travaux du Comité Français de droit international privé*, Paris, 1964-1966, p. 79.

¹⁵ Nella dottrina italiana la teoria dell'azione viene supportata ad es. da P. ZICCARDI, *Questioni di diritto internazionale privato in tema di responsabilità da illecito*, in *Dir. int.*, 1939, p. 50 ss.; G. SPERDUTI, *Sulla capacità in diritto in diritto internazionale privato, con particolare riguardo alla capacità di obbligarsi per fatto illecito*, in *Riv. it. scienze giur.*, 1950, p. 282 ss.; R. MONACO, *L'efficacia della legge nello spazio*, 2ª ed., Torino, 1964, p. 354 ss.

¹⁶ Per un'illustrazione delle ragioni che militano a favore della teoria dell'evento v. ad es. G. BALLADORE PALLIERI, *Diritto internazionale privato*, Milano, 1950, p. 253 ss.; H. BATIFFOL, *Traité élémentaire de droit International privé*, Paris, 1949, p. 560 ss.

¹⁷ La formulazione della teoria viene fatta risalire alla giurisprudenza tedesca di fine Ottocento.

Tale criterio inoltre viene aspramente criticato per l'incapacità di adeguarsi alle molteplici esigenze poste dai diversi tipi di illecito, che nel frattempo acquistano una dimensione autonoma a livello sostanziale¹⁸. La rigidità del criterio lo rende inoltre completamente neutrale rispetto al risultato materiale al quale conduce la legge di volta in volta richiamata, in nome di un'astratta «giustizia conflittuale», indifferente di fronte ai valori sociali coinvolti.

Per ovviare agli inconvenienti sopra evidenziati, una parte della dottrina auspica la sostituzione *in toto* della *lex loci* con un criterio o un approccio alternativo, mentre altri ritengono opportuno introdurre una serie di eccezioni volte ad attenuarne la portata. Nella prima corrente rientrano senz'altro coloro che caldeggiavano l'applicazione della *lex fori*, principale alternativa alla *lex loci*, che vanta sostenitori illustri come Wächter¹⁹ e Savigny²⁰ in Germania, Mazeaud²¹ in Francia ed Ehrenzweig negli Stati Uniti. Secondo la ricostruzione storica fornita da quest'ultimo autore, per risolvere i casi di responsabilità civile con elementi di estraneità sarebbe stata utilizzata per secoli la *lex fori* e molte sentenze emanate dalle corti americane nel vigore del primo *Restatement* si sarebbero attenute solo formalmente al criterio della *lex loci* per poi applicare in pratica la *lex fori*²².

I vari argomenti invocati dalla dottrina a sostegno di questa soluzione non hanno avuto molto seguito e la teoria della *lex fori* è stata complessivamente e a buon diritto rigettata²³. Fatta eccezione per il codice civile greco del 1856²⁴, nessun ordinamento ha mai adottato esplicitamente questo criterio, anche se è possibile rinvenirne alcune tracce sia a livello legislativo che giurisprudenziale. La *lex fori* ha trovato un ruolo, ad esempio, nel diritto tedesco, come eccezione al generale principio della *lex loci commissi delicti*. La *Verordnung* del 7 dicembre 1942 prevedeva infatti la competenza della legge tedesca ogni volta che i soggetti coinvolti in un illecito avvenuto all'estero fossero cittadini tedeschi, mentre l'art. 38 (già 12) della legge introduttiva al codice civile della Repubblica Federale di Germania

¹⁸ *Contra* v. F. POCAR, *Le lieu du fait illicite* cit. L'autore ritiene che la polivalenza del criterio della *lex loci* e il conseguente margine di apprezzamento di cui dispone il giudice nell'applicarlo gli conferiscano un sufficiente grado di flessibilità, rendendolo idoneo a regolare gli illeciti che presentano elementi di estraneità.

¹⁹ I passaggi principali dell'opera dell'autore tedesco sono riprodotti in inglese e commentati da M. NADELMANN, *Wächter's essay on the collision of private laws of different States*, in 13 *Am. J. Comp. L.*, 1964, p. 414 ss.

²⁰ F. C. VON SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, VIII, trad. SCIALOJA, Torino, 1897, p. 284.

²¹ H. MAZEAUD, *Conflits de lois et compétence internationale dans le domaine de la responsabilité civile délictuelle et quasi-délictuelle*, in *Revue critique*, 1934, p. 377 ss., spec. pp. 385-387.

²² V. A.A. EHRENZWEIG, *The lex fori – Basic rule in the conflict of laws*, in 58 *Mich. L. Rev.*, 1960, p. 637 ss.; *Id.*, *Specific principles of private transnational law*, in *Recueil des Cours*, t. 124, 1968-II, p. 167 ss., a p. 273 s.

²³ *Forum shopping* e negazione dell'armonia internazionale delle soluzioni sono le principali ragioni che militano contro un accoglimento generalizzato dell'impostazione in discorso.

²⁴ Cfr. art. 6 comma 2.

(EGBGB) contiene una clausola speciale di ordine pubblico secondo la quale, in relazione a un fatto illecito avvenuto all'estero, le pretese vantate nei confronti di un cittadino tedesco in Germania non possono essere superiori rispetto a quelle previste dal diritto del foro. Una particolare combinazione tra il principio della *lex fori* e quello della *lex loci* è contemplato poi dalla giurisprudenza inglese, che ha elaborato la c.d. *double actionability rule* nel caso *Phillips v. Eyre* del 1870²⁵. In base a tale regola, il risarcimento dei danni subiti a seguito di un illecito avvenuto all'estero è ammissibile solo se risulta dall'applicazione congiunta della *lex loci* e del diritto inglese. A fondamento di questa impostazione viene addotto lo stretto legame esistente tra le decisioni rese in tema di responsabilità civile e i valori fondamentali dell'ordinamento inglese, ma di fatto sotto questo approccio si cela uno spirito di grande chiusura, aspramente criticato in dottrina. Il *Private International Law Act* del 1995 recepisce le suddette critiche, circoscrivendo l'operatività della *double actionability rule* a casi ben precisi di violazione dei diritti della personalità.

Una soluzione completamente diversa dal ricorso alla *lex fori* viene avanzata invece dall'inglese Morris, uno dei primi a mettere in evidenza l'inadeguatezza del criterio della *lex loci*, troppo rigido e meccanico per prendere in conto le specificità proprie dei vari tipi di illecito. L'autore propone allora di applicare *the proper law of a tort*, regola già utilizzata in Inghilterra per i contratti, che suggerisce di prendere in considerazione tutte le circostanze del caso di specie al fine di individuare il diritto più appropriato a un determinato illecito²⁶. In questo modo, secondo Morris, sarebbe finalmente conferita alla materia la necessaria flessibilità e verrebbe favorita un'analisi adeguata dei valori sociali coinvolti nella fattispecie. Questa impostazione trova un terreno fertile negli Stati Uniti, dove le teorie «rivoluzionarie» rifiutano il paradigma tradizionale per privilegiare un approccio più flessibile e orientato al risultato materiale, mentre viene fortemente avversata in Europa per l'incertezza giuridica ad essa connaturata. Va tuttavia rilevato che la proposta di Morris viene letta anche come «un invito a riesaminare con maggior spirito critico ed analitico»²⁷ la formula tradizionale e contribuisce a stimolare il dibattito in atto nel Vecchio Continente, propenso ad accogliere soluzioni più moderate.

È in quest'ultima direzione che si muove l'altra corrente dottrinale sopra menzionata²⁸, attirando consensi nei vari Paesi europei: dalla seconda metà del XX secolo tali ordinamenti

²⁵ A fondamento di questa impostazione viene addotto lo stretto legame esistente tra le decisioni rese in tema di responsabilità civile e i valori fondamentali dell'ordinamento inglese.

²⁶ J. H. C. MORRIS, *The proper law of a tort*, in 64 *Harv. L. Rev.*, p. 881 ss.

²⁷ Così R. DE NOVA, *Appunti sull'illecito civile* cit., p. 477.

²⁸ Per una sintesi di alcune posizioni dottrinali che rientrano in questa corrente di pensiero v. R. DE NOVA, *Appunti sull'illecito civile* cit.

iniziano infatti a prevedere una serie di correttivi al monolitico principio della *lex loci*, che subisce così una graduale erosione. Un primo meccanismo volto ad attenuare tale criterio si riferisce all'ipotesi in cui parte lesa e presunto responsabile abbiano la stessa cittadinanza o la stessa residenza abituale ed esse non coincidano con il luogo di commissione dell'illecito²⁹. In tal caso, viene preferita alla *lex loci* la legge del Paese di provenienza comune, nell'intento di salvaguardare le ragionevoli aspettative delle parti che fanno affidamento sulle regole in vigore nell'ambiente sociale a cui appartengono³⁰. In passato, era più frequente il ricorso al criterio della cittadinanza, utilizzato da solo o in combinazione con quello della residenza abituale, mentre recentemente si privilegia quest'ultimo, in considerazione – tra l'altro – della forte mobilità sociale che caratterizza i nostri tempi. Così, ad esempio, nel famoso caso *Boys v. Chaplin* del 1969 la *House of Lords* decide di applicare la legge del luogo di cittadinanza e residenza comune delle parti (nella specie il diritto inglese) a un incidente stradale avvenuto a Malta. Nello stesso senso si muove la riforma italiana del 1995 che deroga alla *lex loci* «qualora il fatto illecito coinvolga solo cittadini di un medesimo Stato in esso residenti»³¹. Viceversa, contengono un riferimento alla sola residenza abituale la legge svizzera del 1987³², la legge tedesca del 1999³³, quella olandese del 2001³⁴ e il codice belga di diritto internazionale privato del 2004³⁵. In linea con questa tendenza è anche il legislatore europeo che nel regolamento (CE) n. 864 del 2007 sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali («Roma II») prevede un'eccezione alla *lex loci damni* qualora le parti «risiedano abitualmente nello stesso paese al momento in cui il danno si verifica»³⁶.

Un'altra soluzione si basa sull'introduzione di un'eccezione di carattere generale a favore della legge che presenti il collegamento più stretto con la fattispecie concreta. Viene inserita una clausola di questo tipo nel progetto di legge uniforme sul diritto internazionale

²⁹ Le iniquità che possono derivare dall'applicazione della *lex loci* in situazioni simili sono divenute celebri grazie al caso *Babcock v. Jackson* deciso nel 1963 dalla *Court of Appeals* di New York, su cui *infra* par. 2.2.2. Il caso riguardava un incidente stradale avvenuto nello Stato canadese dell'Ontario nel corso di un fine settimana ivi trascorso da due amici residenti a New York.

³⁰ V. in generale sull'argomento P. NYGH, *The reasonable expectations of the parties as a guide to the choice of law in contracts and torts*, in *Recueil des Cours*, 1995, t. 251, p. 294 ss. L'importanza di quest'ultimo aspetto è sottolineata ad es. nel preambolo della risoluzione adottata dall'*Institut de Droit International* nella sessione di Edimburgo del 1969, disponibile sul sito internet www.idi-iil.org.

³¹ Cfr. art. 62 comma 2.

³² Cfr. art. 133 comma 1.

³³ Cfr. art. 40 comma 2.

³⁴ Cfr. art. 1 comma 3.

³⁵ Cfr. art. 99 par. 1 punto 1°.

³⁶ Cfr. art. 4 par. 2.

privato concluso tra Belgio, Olanda e Lussemburgo il 3 luglio 1969 (c.d. progetto Benelux)³⁷, mai entrato in vigore, e nel progetto preliminare di convenzione sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali e non contrattuali elaborato nel quadro della C.E.E. nel 1972³⁸. Con riferimento invece alle codificazioni nazionali di diritto internazionale privato, è la legge austriaca del 1978 la prima a contemplare una simile eccezione³⁹, seguita in tempi più recenti dalla legge svizzera⁴⁰, dalla riforma inglese⁴¹, da quella tedesca⁴² e dal codice belga⁴³. Una «clausola di salvaguardia» è prevista infine dal regolamento «Roma II», che al par. 3 dell'art. 4 dispone che «se dal complesso delle circostanze del caso risulta chiaramente che il fatto illecito presenta collegamenti manifestamente più stretti con un Paese diverso da quello di cui ai paragrafi 1 o 2, si applica la legge di quest'altro paese».

Una terza possibilità consiste invece nel ricorso alla tecnica del collegamento accessorio (*Akzessorische Anknüpfung*), secondo la quale, nel caso vi sia una relazione preesistente tra le parti, strettamente connessa all'obbligazione extracontrattuale, entrambe vengono sottoposte alla legge applicabile a questa particolare relazione⁴⁴. Esempio tipico è quello del contratto, ma il collegamento accessorio può essere fondato ad es. anche su un rapporto di natura familiare. Questa tecnica viene utilizzata tra le altre dalla legge svizzera⁴⁵, da quella tedesca⁴⁶ e dal codice belga⁴⁷. Il regolamento «Roma II» riecheggia il meccanismo

³⁷ Cfr. art. 14 comma 2. Sul punto v. S. BARIATTI, *L'influenza della legge uniforme del Benelux sul diritto internazionale privato olandese in tema di illecito*, in *L'unificazione del diritto internazionale privato e processuale, Studi in memoria di Mario Giuliano*, Padova, 1989, p. 3 ss.

³⁸ Cfr. art. 10 del progetto preliminare di Convenzione sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali e non contrattuali tra gli Stati membri della Comunità economica europea: «1. Les obligations non contractuelles dérivant d'un fait dommageable sont régies par la loi du pays où ce fait s'est produit. 2. Toutefois, lorsque d'une part, il n'existe pas de lien significatif entre la situation résultant du fait dommageable et le pays où s'est produit ce fait et que, d'autre part, cette situation présente une connexion prépondérante avec une autre pays, il est fait application de la loi de ce pays. 3. Cette connexion doit se fonder normalement sur un élément de rattachement commun à la victime et à l'auteur du dommage et, si la responsabilité d'un tiers pour l'auteur est mise en cause, commun à la victime et à ce tiers. 4. En cas de pluralité de victimes la loi applicable est déterminée séparément à l'égard de chacune d'entre elles». Il testo e il relativo rapporto a cura di M. GIULIANO, P. LAGARDE e TH. VAN SASSE VAN YSSELT sono pubblicati in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1973, p. 191 ss.

³⁹ Cfr. art. 48 comma 2.

⁴⁰ Cfr. Art. 15 comma 1.

⁴¹ Section 12.

⁴² Cfr. art. 41 comma 1.

⁴³ Cfr. art. 19.

⁴⁴ La tecnica del collegamento accessorio è stata sviluppata principalmente dalla dottrina tedesca. In argomento v. J. KROPHOLLER, *Ein Anknüpfungssystem für das Deliktstatut*, in *RabelsZ*, 1969, p. 601 ss.; R. VANDER ELST, *Le rattachement accessoire en droit international privé*, in *L'unificazione del diritto internazionale privato e processuale* cit., p. 963 ss. Per ulteriori riferimenti v. *infra*, cap. 2, par. 3.3.

⁴⁵ Cfr. art. 133 comma 3.

⁴⁶ Cfr. art. 41 comma 2.

⁴⁷ Cfr. art. 100.

del collegamento accessorio quando indica, a titolo meramente esemplificativo, una possibile applicazione della clausola di salvaguardia da ultimo menzionata⁴⁸.

È possibile infine affiancare alla regola generale una serie di disposizioni speciali deputate a prendere in conto le specificità proprie delle varie categorie di illecito. L'esigenza di costruire una disciplina *ad hoc* si pone in particolare per gli illeciti a distanza, che faticano a trovare una soluzione «adeguata» nella *lex loci*, anche quando il suo funzionamento viene «corretto» dai meccanismi appena esaminati. L'opportunità di formulare norme distinte per i diversi tipi di illecito viene avvertita dalla Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato dalla metà degli anni Sessanta del secolo scorso⁴⁹ e sfocia nella Convenzione sulla legge applicabile in materia di incidenti della circolazione stradale del 4 maggio 1971 e nella Convenzione sulla legge applicabile alla responsabilità per danni derivanti da prodotti del 2 ottobre 1973⁵⁰. Altre convenzioni internazionali sono state concluse per disciplinare, tra l'altro, il problema della legge applicabile a materie particolari come ad esempio la responsabilità civile nel campo dell'energia nucleare⁵¹ o dell'inquinamento da idrocarburi⁵². Questa tendenza trova riscontro anche nelle riforme nazionali del diritto internazionale privato: particolarmente indicative a tal proposito sono la legge federale svizzera e il codice belga di diritto internazionale privato, che completano la regola generale con un ventaglio di disposizioni speciali, sei nel primo caso e cinque nel secondo, dedicate ad altrettanti illeciti specifici. Un metodo analogo è seguito dal regolamento «Roma II».

L'evoluzione fin qui tratteggiata – che vede prima l'affermazione, poi il declino della *lex loci* concepita come criterio di collegamento rigido e meccanico da riferire alla responsabilità civile nel suo complesso – si inserisce in un fenomeno più ampio di crisi del paradigma della norma di conflitto tradizionale⁵³, frutto dell'elaborazione del giurista tedesco F. C. von Savigny⁵⁴. I cambiamenti avvenuti a livello sociale e giuridico rendono infatti

⁴⁸ Il secondo periodo dell'art. 4 par. 3 dispone nel modo seguente: «Un collegamento manifestamente più stretto con un altro paese potrebbe fondarsi segnatamente su una relazione preesistente tra le parti, quale un contratto, che presenti uno stretto collegamento con il fatto illecito in questione».

⁴⁹ Cfr. B. DUTOIT, *Mémoire relatif aux actes illicites en droit international privé*, in *Conférence de la Haye de droit international privé, Actes et documents de la onzième session*, III. *Accidentes de la circulation routière*, La Haye, 1970.

⁵⁰ V. *infra* cap. 2.

⁵¹ Cfr. ad es. la Convenzione di Parigi del 27 luglio 1960 sulla responsabilità civile nel campo dell'energia nucleare.

⁵² Convenzione di Bruxelles del 29 novembre 1969 sulla responsabilità civile per i danni derivanti da inquinamento da idrocarburi.

⁵³ Sulla crisi del sistema tradizionale dei conflitti di leggi v. per tutti G. KEGEL, *The crisis of conflict of laws*, in *Recueil des Cours*, t. 112, 1964-II, p. 95 ss.; B. AUDIT, *Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (Sur la «crise» de conflits de lois)*, in *Recueil des Cours*, t. 186, 1984, p. 219 ss.

⁵⁴ F. C. VON SAVIGNY, *Sistema* cit. La costruzione teorica dell'autore tedesco si fonda sulla localizzazione del «rapporto giuridico» all'interno di un determinato ordinamento. Una simile operazione è possibile individuando

inappropriato il modello da lui proposto (troppo astratto e quindi incapace di rappresentare una realtà complessa e plurale come quella attuale) e avviano verso un ripensamento delle fondamenta stesse del diritto internazionale privato. Le conseguenze della crisi assumono, tuttavia, una portata diversa nel Vecchio e nel Nuovo Continente. Nei Paesi europei si innesca «un triple processus, de «spécialisation», de «flexibilisation» et de «matérialisation» des règles du droit international privé»⁵⁵ che modifica profondamente il metodo tradizionale senza tuttavia rinnegarlo; negli Stati Uniti viceversa le anzidette tendenze sfociano in un movimento “rivoluzionario” che invoca l’abbandono della norma di conflitto tradizionale a favore di approcci completamente diversi. Nel primo caso si assiste a una graduale trasformazione del ruolo della *lex loci* (non più unico criterio di collegamento valevole per tutte le obbligazioni extracontrattuali, ma regola generale a carattere residuale), nel secondo si verifica un’erosione del criterio del *locus commissi delicti*, progressivamente accantonato nella stragrande maggioranza dei *Sister States* per seguire le nuove teorie⁵⁶.

La questione della legge applicabile al danno da prodotti difettosi è un chiaro esempio di questo processo composito che fa emergere l’opportunità di una disciplina conflittuale *ad hoc* per la fattispecie («spécialisation»), ispirata ad una localizzazione fondata sulla prossimità («flexibilisation»), con l’obiettivo «di ripartire equamente i rischi inerenti a una società moderna altamente tecnologica, di tutelare la salute dei consumatori, di incentivare l’innovazione, di garantire una concorrenza non falsata e agevolare gli scambi commerciali»⁵⁷ («matérialisation»). Sebbene questi tre aspetti siano correlati tra loro, nei paragrafi che seguono verrà posto l’accento sul fenomeno della specializzazione, nell’intento di delineare il contesto storico in cui la materia acquista una propria autonomia sia da un punto di vista sostanziale che internazionalprivatistico. Una particolare attenzione sarà quindi dedicata all’esperienza degli Stati Uniti d’America, culla della responsabilità del produttore, per poi

per ogni classe di rapporti giuridici una certa sede (*Sitz*). Il rapporto giuridico, la sua sede e la conseguente localizzazione dello stesso all’interno di un ordinamento divengono così gli elementi fondanti di un sistema che muove alla ricerca di un complesso di regole di validità universale. Il rapporto giuridico era concepito da Savigny, secondo la concezione del diritto propria dell’epoca, in maniera generale e astratta e si traduceva in categorie molto ampie, quali la capacità giuridica, la capacità di agire, le obbligazioni contrattuali ed extracontrattuali, i singoli diritti reali e i diritti di successione. La sede del rapporto invece, che esprime la soggezione del rapporto stesso ad un determinato territorio, doveva essere individuata con riferimento alla sua peculiare natura. Tale impostazione voleva garantire l’universalizzazione del paradigma e quindi l’armonia internazionale delle soluzioni, considerata la «neutralità» di queste figure giuridiche rispetto agli interessi dei Paesi coinvolti. Le teorie di Savigny hanno trovato amplissimo riscontro sia in Germania che all’estero, influenzando le grandi codificazioni del diritto internazionale privato del XIX secolo.

⁵⁵ V. J. D. GONZALES CAMPOS, *Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé*, in *Recueil des Cours*, t. 287, 2000, p. 9 ss, specific. p. 216.

⁵⁶ V. *infra* par. 2.2.

⁵⁷ Cfr. *considerando* n. 20 del regolamento «Roma II», su cui v. *infra*, cap. 3 par. 3.2.

dare uno sguardo a ciò che accade contemporaneamente in Europa. L'arco temporale considerato va dagli inizi fino ai primi anni Settanta del secolo scorso.

2. STATI UNITI D'AMERICA: PIONIERI NELLA MATERIA.

2.1 LA NASCITA DELLA FATTISPECIE «RESPONSABILITÀ DA PRODOTTI»: CENNI.

Il regime di responsabilità oggettiva extracontrattuale ormai adottato dalla grande maggioranza dei Paesi industrializzati per disciplinare il danno da prodotto è stato messo a punto dalla giurisprudenza statunitense negli anni Sessanta del secolo scorso. Sempre agli Stati Uniti si deve l'affermarsi della responsabilità del produttore come autonomo capitolo nell'ambito della responsabilità civile.

Le origini della disciplina sono risalenti e affondano le proprie radici nella giurisprudenza anglosassone del 1800. Il primo passo verso l'affermazione della *strict liability in tort* si registra infatti nel 1916 quando la *Court of Appeals* di New York ammette la responsabilità di un produttore nei confronti del consumatore finale danneggiato anche in assenza di una relazione contrattuale tra le parti⁵⁸, in tal modo ribaltando la soluzione consolidata nel *common law* inglese⁵⁹. Viene così superata la regola della *privity of contract*, analoga al principio della relatività contrattuale proprio degli ordinamenti continentali, che, in linea con un sistema economico fondato sul *laissez faire*, escludeva la responsabilità degli operatori economici per i danni provocati ai terzi consumatori⁶⁰. Il grande sviluppo industriale e il moltiplicarsi delle ipotesi di danno inducono i giudici a mutare il precedente orientamento in modo da trasferire parzialmente sulle imprese il rischio delle proprie attività, anziché farlo gravare interamente sulla collettività. Nel caso *Mac Pherson v. Buick Motor Co.*⁶¹ il giudice Cardozo rileva quindi l'esistenza di un dovere di diligenza verso il pubblico che incombe sul produttore ogni volta che il pericolo sia prevedibile e che il prodotto non venga sottoposto a successivi controlli da parte dei rivenditori, a prescindere dall'esistenza di un rapporto contrattuale. Viene proposto, in sostanza, un sistema di responsabilità dell'impresa nei

⁵⁸ *Mac Pherson v. Buick Motor Co.*, 217 N.Y. 382, 111 N.E. 1050 (1916).

⁵⁹ *Winterbottom v. Wright*, 1842, 10 M. & W. 109, 152, Eng. Rep. 402.

⁶⁰ Paradossalmente, l'esistenza del profilo contrattuale è il primo ostacolo che si frappone ad un'adeguata tutela degli interessi del consumatore danneggiato: secondo l'interpretazione della *privity of contract* fornita dai giudici inglesi nel celebre caso *Winterbottom v. Wright* è proprio l'esistenza del profilo contrattuale, che porta ad escludere la possibilità di un'azione volta ad ottenere il risarcimento a titolo extracontrattuale.

⁶¹ *Mac Pherson v. Buick Motor Co.*, cit.

confronti del consumatore finale fondato sulla colpa (*negligence*), via via agevolato da un numero sempre crescente di presunzioni.

L'applicazione al danno da prodotto della formula «no liability without fault» si mostra tuttavia inadeguata a tradurre giuridicamente le nuove istanze di protezione emerse a livello sociale. Infatti, oltre alle difficoltà probatorie che si presentano all'attore, completamente estraneo al processo di produzione, il problema è che molto spesso non vi è alcuna negligenza da provare. La diffusione di strutture imprenditoriali di tipo industriale, finalizzate a una produzione e distribuzione di massa, svuota di significato l'impianto tradizionale della responsabilità civile: il concetto di colpa è insufficiente a rappresentare una realtà che, grazie al processo tecnologico e alla conseguente automazione del processo produttivo, non è più riconducibile a una somma di comportamenti umani. Le presunzioni di colpa finiscono allora per diventare “finzioni” di colpa – in pratica anticipando i successivi sviluppi – quando il giudice ritiene opportuno sollevare il consumatore dalla perdita subita anche in assenza di un comportamento negligente del produttore.

Il ripensamento del danno da prodotto in termini di *strict liability* passa attraverso il rinnovamento della disciplina contrattuale della vendita prima di interessare l'ambito extracontrattuale. Un contributo importante alla tutela del consumatore danneggiato viene infatti dal sistema delle garanzie contrattuali (*warranties*), che vengono gradualmente estese fino a integrare una sorta di responsabilità oggettiva del produttore. Emblematico di questa tendenza è il caso *Henningsen v. Bloomfield Motors Co.*⁶², nel quale viene consolidata la regola secondo cui la garanzia nascente dalla prima vendita «si trasmette» con la merce fino a raggiungere il consumatore finale, che può quindi agire nei confronti del produttore per ottenere il risarcimento di tutti i danni subiti a causa del prodotto difettoso, prescindendo dal requisito della colpa⁶³. Un simile utilizzo delle garanzie contrattuali viene criticato in dottrina⁶⁴ perché, sebbene sia comprensibile in una prospettiva di politica del diritto, è ben poco convincente da un punto di vista concettuale e costituisce un mero espediente volto a dissimulare un regime di responsabilità oggettiva a carico del produttore.

Le forzature insite nelle impostazioni testé delineate vengono superate nel celebre caso *Greenman v. Yuba Power Products, Inc.*⁶⁵ del 1963, *leading precedent* in materia, che fa espresso ricorso a criteri oggettivi di imputazione della responsabilità al produttore. Il giudice

⁶² *Henningsen v. Bloomfield Motors Inc.*, 32 N.J. 358, 161 A. 2d 69 (1960).

⁶³ Presupposto di questa costruzione è che la responsabilità non derivi dal contratto, ma dalla legge.

⁶⁴ V. per tutti W. L. PROSSER, *The assault upon the citadel (strict liability to the consumer)*, in 69 *Yale L. J.*, 1960, p. 1099 ss.; ID., *The fall of the citadel (strict liability to the consumer)*, in 50 *Minn. L. Rev.*, 1966, p. 791 ss.

⁶⁵ *Greenman v. Yuba Power Products, Inc.*, 59 Cal. 2d 57, 377 P. 2d 897, 27 Cal. Rptr. 697 (1963).

Traynor della *Supreme Court* della California afferma chiaramente che «a manufacturer is strictly liable in tort when an article he places on the market, knowing that it is to be used without inspection for defects, proves to have a defect that causes injury to a human being»⁶⁶. La collocazione del danno da prodotto nel campo della responsabilità civile consente di svincolare la tutela del consumatore danneggiato dall'intricata disciplina della vendita: per ottenere il risarcimento a titolo extracontrattuale è sufficiente che l'attore provi di aver subito un danno a seguito del corretto utilizzo del prodotto, dovuto ad un difetto ignoto al momento dell'acquisto e tale da renderlo inidoneo all'uso per cui è stato fabbricato⁶⁷.

La forza dirompente della nuova regola ne determina la rapida diffusione nelle corti americane, tanto che nel 1965 essa confluisce, con qualche aggiustamento, nel secondo *Restatement of Torts*, raccolta dei principi giurisprudenziali dominanti in materia. La *Section 402 A* prevede infatti la *strict liability in tort* di chi mette in commercio un prodotto difettoso e particolarmente pericoloso cagionando un danno ai beni o all'integrità fisica del consumatore⁶⁸. Il relativo commento mette in evidenza come la giustificazione di questa previsione speciale, ispirata a principi di giustizia sociale, sia quella di operare un'equa distribuzione dei rischi. L'intento è quello di realizzare un'adeguata tutela dei consumatori, accollando il rischio dell'attività d'impresa a coloro che, oltre a trarne un profitto, sono in grado di distribuirne il costo su vasta scala e di mettere in atto meccanismi di controllo preventivo volti a limitare al minimo gli incidenti causati da prodotti. È noto in proposito lo stretto legame esistente tra la pratica assicurativa e il sistema di responsabilità oggettiva previsto a carico del produttore: quest'ultimo infatti è in grado (o dovrebbe essere in grado) di prevenire i rischi connessi alla propria attività produttiva, trovandosi così nella posizione

⁶⁶ *Greenman v. Yuba Power Products, Inc.*, cit., 900.

⁶⁷ Precisamente nel caso *Yuba Power* si dice: «To establish the manufacturer's liability it was sufficient that plaintiff proved that he was injured while using the Shopsmith in a way it was intended to be used as a result of a defect in design and manufacture of which plaintiff was not aware that made the Shopsmith unsafe for its intended use», cit., 901.

⁶⁸ La § 402 A, rubricata *Special liability of seller of product for physical harm to user or consumer*, stabilisce:

« (1) One who sells any product in a defective condition unreasonably dangerous to the user or consumer or to his property is subject to liability for physical harm thereby caused to the ultimate user or consumer, or to his property, if

(a) the seller is engaged in the business of selling a product, and

(b) it is expected to and does reach the user or consumer without substantial change in the condition in which it is sold.

(2) The rule stated in Subsection (1) applies although

(a) the seller has exercised all possible care in the preparation and sale of his product, and

(b) the user or consumer has not bought the product from or entered into any contractual relation with the seller».

migliore per ottenere un'adeguata copertura assicurativa, il cui costo viene riversato nel prezzo finale del prodotto e spalmato su tutti i consumatori⁶⁹.

Nel corso degli anni Sessanta e Settanta si assiste a una crescita esponenziale del contenzioso in materia, indubbiamente favorito dal contesto sociale e giuridico in cui si inserisce il fenomeno. Sotto il primo profilo, va segnalato un mutamento nella scala di valori con i quali il diritto è chiamato a confrontarsi: la grande attenzione per gli interessi dell'industria, tipica delle fasi iniziali del capitalismo americano, cede il passo a una nuova sensibilità nei confronti dei consumatori, esposti al moltiplicarsi dei rischi connessi all'attività industriale, che porta tra l'altro alla nascita di veri e propri gruppi di pressione a sostegno dei relativi interessi. L'enorme impatto pratico della disciplina è poi strettamente collegato a determinate peculiarità del sistema giudiziario e giuridico statunitense: nella maggior parte delle controversie in materia di responsabilità del produttore sono presenti giurie popolari, particolarmente bendisposte nei confronti dei consumatori; l'avvio di un'azione presenta costi assai contenuti e l'attore soccombente non corre il rischio di dover rifondere le spese processuali al convenuto; le regole in materia di procedura civile attribuiscono all'attore amplissimi strumenti di *discovery*; è ammissibile il patto di quota lite (*contingency fee*)⁷⁰ ed è possibile agire collettivamente attraverso una *class action*. Non va infine trascurata l'incidenza della *colleateral source rule*, che consente anche a coloro che godono di un'assicurazione di ottenere un doppio risarcimento, e dell'istituto dei *punitive damages*⁷¹, grazie al quale vengono concessi risarcimenti esemplari.

L'evoluzione del diritto statunitense verso un modello di responsabilità oggettiva del produttore non determina una completa armonizzazione della materia nei *Sister States*, che continuano a disciplinare in maniera peculiare determinati aspetti della fattispecie⁷². Il permanere di tali differenze fa sorgere numerosissimi conflitti interlocali, richiamando

⁶⁹ Chiara illustrazione del suddetto legame è la crisi del settore assicurativo che si è verificata negli Stati Uniti nel corso degli anni Ottanta. La crescita esponenziale della litigiosità e l'entità dei risarcimenti accordati ai consumatori danneggiati ha comportato un aumento vertiginoso del costo delle polizze assicurative che, in alcuni casi, non è bastato a persuadere le compagnie assicurative ad assumersi i relativi rischi. In argomento v. G.L. PRIEST, *The invention of enterprise liability: a critical history of the intellectual foundations of modern tort law*, in 14 *J. Leg. Studies*, 1985, p. 461 ss.; ID., *The current insurance crisis and modern tort law*, in 96 *Yale L. J.*, 1987, p. 1521 ss.

⁷⁰ In base al patto di quota lite l'avvocato segue il caso senza chiedere alcun compenso, ma con l'accordo che in caso di vittoria avrà diritto ad una percentuale del risarcimento accordato dai giudici. Questo sistema presenta almeno due aspetti negativi: le vittime di *small claims* fanno fatica a trovare un avvocato che decida di seguire il loro caso perché non è appetibile economicamente, mentre tutti gli altri ricorrenti rischiano di ricevere un compenso molto più basso di quello a cui avrebbero effettivamente diritto a causa della percentuale promessa all'avvocato.

⁷¹ Su tale istituto v. *infra*, cap. 3 par. 3.5.3.

⁷² Per una panoramica della leggi in vigore nei *sister States* nel 1968 v *Actes e documents de la douzième session (2 au 21 octobre 1972)*, t. III, *Responsabilité du fait des produits*, L'Aja, 1974.

l'attenzione sui criteri utilizzati dai giudici per individuare la legge applicabile alle ipotesi di danno causato da prodotti difettosi. Emerge allora che la natura *sui generis* dell'illecito non si riflette esclusivamente sul diritto sostanziale, ma interessa anche l'aspetto internazionalprivatistico. Le norme di conflitto iniziano così un percorso giuridico relativo alla materia da regolamentare che rispecchia gli sviluppi del diritto sostanziale, in linea con il profondo rinnovamento che attraversa il diritto internazionale privato a partire dalla seconda metà del Novecento.

2.2. LA *LEX LOCI COMMISSI DELICTI* E I CONFLITTI DI LEGGI NEGLI STATI UNITI.

Come anticipato, i conflitti di leggi in materia di obbligazioni extracontrattuali e, più precisamente, di illeciti hanno svolto un ruolo trainante nell'evoluzione (e «rivoluzione») del diritto internazionale privato statunitense⁷³. Il graduale delinarsi del danno da prodotto come capitolo a sé stante nell'ambito della responsabilità civile ha fatto da preludio a una specializzazione della corrispondente disciplina conflittuale, a lungo tempo dominata dal principio della *lex loci commissi delicti*, soluzione unitaria per una materia che in realtà è costellata di fattispecie peculiari.

Pare opportuno quindi aprire la trattazione proprio dal momento in cui il principio del *locus delicti* diviene ufficialmente la regola generale in tema di responsabilità extracontrattuale, ovvero dal momento in cui l'*American Law Institute* adotta il primo *Restatement of the Law of Conflict of Laws*⁷⁴, trasformando il luogo di commissione dell'illecito

⁷³ Sui conflitti di leggi negli Stati Uniti la dottrina è ormai vastissima. Si veda *ex multis* R. DE NOVA, *Le concezioni statunitensi dei conflitti di leggi viste da un continentale*, Valladolid, 1964; B. HANOTIAU, *Le droit international privé américain: du premier au second Restatement of the law, conflict of laws*, Paris-Bruxelles, 1979; ID., *The American conflicts revolution and European tort choice-of-law thinking*, in 30 *Am. J. Comp. L.*, 1982, p. 73 ss.; K. SIEHR, *Da Livermore a Rabel: tradizione europea e tradizione americana del diritto internazionale privato americano*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1988, p. 17 ss.; F. JUENGER, *Choice of law and multistate justice*, Dordrecht-Boston-London, 1993; S.C. SYMEONIDES, *The American choice-of-law revolution: past, present and future*, Leiden-Boston, 2006. Con particolare riguardo alla responsabilità del produttore v. ad es. G. KÜHNE, *Choice of law in products liability*, in 60 *Cal. L. Rev.*, 1972, p. 1 ss.; A. LUPONE, *Conflitti di leggi e di giurisdizioni nella disciplina statunitense e comunitaria della responsabilità del produttore*, in *Comunicazioni e studi*, XVII-XVIII, Milano, 1985, p. 733 ss.

⁷⁴ Usando le parole di M. GIULIANO, il *Restatement* è un' «esposizione non autoritativa, ma autorevole [...] della situazione del diritto in un determinato momento in un determinato settore», v. *Il diritto internazionale privato e processuale nel Restatement of the Law 2d*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1974, p. 226 ss., a p. 226. Sebbene il *Restatement* abbia in principio lo scopo di «fotografare» lo stato di una materia così come applicata dai tribunali in un determinato periodo, si tratta di un'operazione che in pratica presenta notevoli difficoltà, soprattutto nel campo dei conflitti di leggi, considerata la grande frammentarietà della giurisprudenza e le innumerevoli teorie che forniscono diverse spiegazioni della realtà giudiziaria. Nell'operazione di *re-state* diventano quindi

in un «dogma» da cui dottrina e giurisprudenza cercheranno di svincolarsi approdando a risultati pionieristici in materia. Il percorso dottrinale e quello giurisprudenziale saranno oggetto di una trattazione distinta – pur trattandosi di due fenomeni strettamente correlati – al fine di mettere in evidenza i rispettivi apporti.

2.2.1. L'EVOLUZIONE DELLA DOTTRINA DAL PRIMO AL SECONDO *RESTATEMENT OF THE LAW OF CONFLICT OF LAWS*: LA «SCHOLASTIC REVOLUTION».

Il primo *Restatement*, adottato nel 1934, si ispira alla *vested rights theory* nella versione elaborata da Joseph Beale, a capo del gruppo di esperti incaricati di redigere l'opera dall'*American Law Institute*.

La teoria dei diritti acquisiti affonda le proprie radici nel pensiero dello statuario olandese Huber e si basa sul principio di territorialità. Secondo questa impostazione i tribunali non applicano mai le leggi straniere, ma si limitano a riconoscere i diritti acquisiti in forza della legge straniera. Tali diritti non vengono riconosciuti in quanto tali, ma in qualità di fatti: incombe quindi sulle parti che li invocano l'onere di fornirne adeguata prova e spetta all'ordinamento di destinazione stabilire quali effetti gli verranno riconosciuti. Condizione necessaria al riconoscimento è la *jurisdiction* dello Stato d'origine, che sussiste soltanto quando questo coincide con lo Stato nel quale l'individuo promuove l'azione giudiziaria. Nella versione più estrema della teoria si ammette che un solo Stato sia competente a regolare una determinata fattispecie e, nelle situazioni che coinvolgono più Stati, si considera tale quello in cui si è verificato l'ultimo atto necessario alla nascita del diritto o dell'obbligazione. Applicato alla materia della responsabilità civile, questo principio porta a individuare come competente lo Stato in cui si è prodotto il danno. Il par. 377 del primo *Restatement* stabilisce infatti che «the place of the wrong is in the State where the last event necessary to make an author liable for an alleged tort took place»⁷⁵.

Unico pregio ampiamente riconosciuto alla teoria, aspramente criticata in dottrina, è stato quello di fornire soluzioni semplici e immediate a casi che non presentano particolari elementi di complessità. Per il resto, la *vested rights theory* è stata oggetto di sistematici

determinanti la visione e le scelte del relatore a capo del Comitato di esperti incaricati di redigere il *Restatement* stesso. Sull'argomento in generale v. U. MATTEI, *Restatement*, in *Digesto sez. civ.*, 1998, p. 417 ss.

⁷⁵ Sebbene tale regola rispecchi lo stato della giurisprudenza dominante in materia al momento della redazione del primo *Restatement*, va rilevato per completezza che la sua affermazione risale agli anni Ottanta del XIX secolo, mentre in precedenza i giudici statunitensi le preferivano la *lex fori*.

attacchi volti a demolirne le fondamenta e la struttura. Uno dei principali rimproveri che le sono stati mossi riguarda l'eccesso di dogmatismo e l'impostazione troppo astratta e meccanica attraverso la quale risolve i conflitti di leggi. Proprio da questo assunto è partito Walter Wheeler Cook⁷⁶ per sviluppare il proprio pensiero, dando origine alla c.d. *local law theory*, che si pone in diretta antitesi con l'elaborazione di Beale.

Utilizzando il metodo induttivo, l'autore demolisce la nozione di «competenza unica» posta alla base della *vested rights theory* (ogni Stato può dichiararsi competente a regolare qualsiasi situazione, anche completamente estranea al suo territorio) e nega l'idea che il foro accordi effetti extraterritoriali ai diritti acquisiti all'estero. Al contrario, secondo Cook, lo Stato del foro dovrebbe applicare il diritto locale, comprensivo sia delle regole di conflitto che del diritto materiale, anche alle fattispecie che presentano elementi di estraneità, adattandolo alle esigenze di giustizia che derivano dal fatto che la situazione non sia meramente interna⁷⁷.

Sebbene Cook non abbia – volutamente – elaborato un sistema completo di diritto internazionale privato, i suoi scritti contengono una serie di spunti che sono stati ripresi e sviluppati in seguito da eminenti esponenti della dottrina statunitense, quali ad esempio Ehrenzweig e Currie. Di particolare rilievo è l'insistenza dell'autore sul fatto che le regole giuridiche non devono mai essere applicate in modo meccanico, ma devono piuttosto esprimere ben precisi obiettivi di cui il giudice deve farsi carico. Il diritto internazionale privato ha la funzione di attuare il diritto e le politiche locali e non di assicurare un «ordine internazionale». In linea con questa impostazione è la soluzione suggerita da Cook in materia di responsabilità civile, a cui ritiene debba essere applicata la norma più favorevole alla parte lesa⁷⁸.

La teoria dei diritti acquisiti è stata aspramente criticata anche da Ernest Lorenzen e David Cavers, all'epoca professori rispettivamente nelle università di Yale e Harvard, che hanno contestato ancora una volta l'eccessiva astrattezza dell'impostazione di Beale, ancorando – ciascuno a proprio modo – il diritto internazionale privato a considerazioni di carattere materiale. Il primo ha posto l'accento sulla necessità di una soluzione conforme agli imperativi della giustizia: le norme di conflitto applicate nei *Sister States* non scaturiscono né

⁷⁶ Le più importanti opere di Cook sono: *The logical and legal bases of the conflict of laws*, in 33 *Yale L. J.*, 1924, p. 457 ss.; *The logical and legal bases of the conflict of laws*, Cambridge (Mass.), 1942; *An unpublished chapter of the logical and legal bases of the conflict of laws*, in 37 *Ill. L. Rev.*, 1943, p. 418 ss.

⁷⁷ V. W. W. COOK, *The logical* cit., pp. 20-21, in cui l'autore dice: «The forum, when confronted by a case involving foreign elements, always applies its own law to the case, but in doing so adopts and enforces as its own law a rule of decision identical, or at least highly similar, though not identical, in scope with a rule of decision found in the system in force in another state with which some or all the foreign element are connected».

⁷⁸ V. W. W. COOK, *The logical* cit., p. 345.

dal principio di territorialità tanto caro a Beale né dal diritto internazionale generale, ma dipendono dalle *policies* dei singoli Stati. Lorenzen sostiene che ciascuno Stato dovrebbe determinare le norme di conflitto in base ai propri obiettivi (economici, sociali, etc.) e, in pratica, applicare sempre il proprio diritto adattato alle peculiarità del caso di specie, così collocandosi – seppure con alcune particolarità – nel solco della *local law theory* elaborata da Cook. Quando si tratta, tuttavia, di tradurre in pratica le proprie concezioni, l'autore rimane fedele ad un'impostazione tradizionale, fondata sulla regola di conflitto classica, solo talvolta accompagnata da temperamenti volti a garantirne una maggiore flessibilità. Così, per quanto riguarda le norme di conflitto applicabili in materia di *tort liability*, auspica semplicemente l'affermazione di un «somewhat more flexible system than the one now prevailing, especially where the operative facts have taken place in more than one State», che sia in grado di garantire meglio «our modern conception of justice»⁷⁹.

Per quanto riguarda invece David Cavers, anch'egli, come i suoi predecessori, critica la meccanica designazione di un ordinamento giuridico ad opera di un criterio di collegamento predeterminato, ma, a differenza di Cook e Lorenzen, approfondisce il metodo di soluzione dei conflitti di leggi anziché soffermarsi sul problema dell'applicazione della legge straniera⁸⁰. In un primo tempo, l'autore propone un sistema nel quale il giudice deve valutare il contenuto del diritto materiale al fine di garantire il raggiungimento di un *proper result* nel caso concreto⁸¹, così applicando anche al campo del diritto internazionale privato il modo di procedere utilizzato dalla *common law* nelle altre branche del diritto. In luogo di una cieca individuazione della legge applicabile attraverso regole formali (*jurisdiction-selecting rules*), è opportuno scegliere l'ordinamento che regola la questione nel modo più soddisfacente, valutando tutti i punti di contatto rilevanti nel caso di specie (c.d. *rule-selecting approach*).

Trent'anni dopo, Cavers precisa la propria impostazione nei «principles of preference»⁸². Come in passato, l'autore sostiene la necessità di un sistema che risolva i conflitti di leggi operando una scelta tra normative materiali (e non tra «giurisdizioni»), ma in questa fase più matura del suo pensiero – preoccupato del fatto che una soluzione caso per caso dei problemi internazionalprivatistici avrebbe completamente minato certezza giuridica e

⁷⁹ V. E.G. LORENZEN, *Tort liability and the conflict of laws*, in *Selected articles on the conflict of laws*, New Haven, 1947, p. 360 ss., a p. 378.

⁸⁰ In questo senso v. B. HANOTIAU, *Le droit international privé* cit., p. 53.

⁸¹ L'autore in particolare sostiene che: «the choice of [...] law would not be the result of the automatic operation of a rule or principle of selection but of a search for a just decision in the principal case», v. D. CAVERS, *A critique* cit., p. 192 s.

⁸² D. CAVERS, *The choice-of-law process*, Ann Arbor, Mich., 1965, p. 114 ss.

uniformità dei risultati – invita i giudici a sviluppare dei principi di ampio respiro (ispirati, ma non strettamente vincolati alle decisioni precedenti), che fungano da guida nella soluzione dei casi futuri.

L'autore pone sempre al centro della propria analisi l'equo bilanciamento degli interessi degli individui coinvolti e, in tema di responsabilità civile, prospetta, a titolo meramente illustrativo, cinque principi che presuppongono la valutazione del contenuto delle normative materiali potenzialmente collegate alla fattispecie⁸³. Il primo principio, ad esempio, suggerisce una preferenza per l'applicazione delle regole in vigore nello Stato in cui si è verificato il danno (*lex loci damni*), invece di quelle previste dallo Stato in cui il presunto responsabile ha agito o è domiciliato, quando le prime prevedono *standard* di comportamento più elevati o la possibilità di una riparazione economica più consistente. Fa tuttavia eccezione il caso in cui tra l'autore del danno e la vittima esista una relazione particolarmente stretta, che porta a prediligere l'applicazione all'illecito della legge deputata a regolare l'anzidetta relazione. In questa sede ci si limita a rilevare che l'autore ha proposto anche una soluzione *ad hoc* per il danno da prodotti, su cui si ritornerà in seguito⁸⁴.

Nell'evoluzione del pensiero di Cavers si avverte l'influenza di Brainerd Currie⁸⁵, considerato una delle figure di maggior rilievo nell'ambito della c.d. *Conflict of Laws Revolution*, fenomeno che trae origine dalle aspre critiche rivolte al primo *Restatement* e sfocia in un completo rinnovamento del diritto internazionale privato statunitense⁸⁶.

Currie esprime un netto rifiuto non solo nei confronti del metodo tradizionale accolto nel primo *Restatement*, ma anche rispetto alla norma di conflitto stessa⁸⁷. Nella sua visione, quelli che vengono comunemente considerati conflitti di leggi sono in realtà conflitti d'interessi fra gli Stati coinvolti. Ogni volta che un giudice si trova a giudicare un caso con elementi di estraneità, deve innanzitutto valutare le *policies* sottostanti alle normative materiali degli Stati collegati alla fattispecie, per capire se tali Stati abbiano o meno un interesse a renderle effettive nel caso concreto.

Il risultato di questa operazione può portare ad individuare un «false conflict», un «true conflict» o un «unprovided-for case». Il c.d. falso conflitto si ha quando si realizza che soltanto uno degli Stati considerati ha un reale interesse ad applicare la propria legge oppure

⁸³ V. D. CAVERS, *The choice-of-law* cit., p. 139 ss.

⁸⁴ V. *infra* par. 2.2.3.

⁸⁵ I più importanti articoli dell'autore sono stati raccolti in B. CURRIE, *Selected essays on the conflict of laws*, Durham, N. C., 1963.

⁸⁶ Si vedano in proposito i riferimenti in nt. 73.

⁸⁷ L'autore afferma chiaramente che «[we] would be better off without choice of law rules». V. B. CURRIE, *Selected essays* cit., p. 183.

quando le leggi dei vari Stati sono identiche o conducono allo stesso risultato. In questo caso, secondo Currie, si deve applicare la legge dell'unico Stato realmente interessato (che in pratica finisce per essere molto spesso lo Stato del foro)⁸⁸. Sussiste viceversa un «vero conflitto» quando più di uno Stato è interessato a regolare la fattispecie. Se fra gli Stati in conflitto vi è lo Stato del foro, deve essere necessariamente applicata la *lex fori* perché – a suo parere – non spetta al giudice operare un bilanciamento dei *governmental interests* che vengono in rilievo, trattandosi di una valutazione riservata al potere politico e, in particolare al legislatore. In caso di *disinterested forum* invece, ipotesi peraltro piuttosto rara, Currie fornisce alcuni suggerimenti tra cui quello di ricorrere alla dottrina del *forum non conveniens*. La terza ipotesi menzionata infine riguarda i casi in cui nessuno Stato risulti interessato, ai quali dovrà essere applicata ancora una volta la legge del foro. Alle tre categorie di conflitti appena evidenziate Currie ne aggiunge successivamente una quarta, l'*apparent conflict*, nel quale sembra inizialmente delinearsi un «vero conflitto», che si rivela tuttavia apparente ad una più attenta analisi del giudice. Il supposto contrasto tra gli interessi degli Stati coinvolti porta il giudice a riconsiderare (in modo più moderato) tanto le rispettive *policies* quanto le circostanze fattuali, giungendo così ad escludere l'esistenza di un conflitto.

La nuova metodologia elaborata da Currie – fondata su *approaches* e non su *rules* – si applica a tutte le fattispecie che presentano elementi di estraneità, senza riservare alcun trattamento peculiare ai diversi problemi che possono sorgere, come ad esempio quelli relativi alla responsabilità civile.

Questa teoria, comunemente denominata «governmental interest analysis», ha ricoperto un ruolo cruciale nelle trasformazioni che hanno interessato il diritto internazionale privato statunitense, spostando definitivamente l'attenzione dall'utilizzo dei tradizionali criteri di collegamento alla valutazione degli interessi e delle *policies* degli Stati coinvolti⁸⁹. Nella

⁸⁸ Il concetto di «false conflict» viene considerato in dottrina uno dei principali contributi di Currie alla teoria generale del diritto internazionale privato americano. In questo senso v. ad es. E.F. SCOLES, P. HAY, P.J. BORCHERS, S.C. SYMEONIDES, *Conflict of laws*, 4th ed., St. Paul, MN, 2004, p. 29, secondo i quali «this part of Currie's analysis is neither controversial nor controvertible, at least for those who subscribe to the view that consideration of state interests is a proper starting point for resolving conflict of laws. In contrast to the traditional theory, whose failure to inquire into state interests resulted in randomly sacrificing the interest of one state without promoting the interests of the other stat, Currie's solution to a conflict that is admittedly a false one results in applying the law of the interested state, without sacrificing any policies of the uninterested state. In this sense, the concept of a false conflict is an important breakthrough in American choice-of-law thinking and has become an integral part of all modern policy-based analysis».

⁸⁹ In questo senso v. ad es. A. SARAVALLE, *Responsabilità del produttore* cit., p. 151.

stessa corrente di pensiero⁹⁰ può essere collocato, oltre a David Cavers, anche Robert Leflar⁹¹, allora professore alla New York University.

Leflar riprende le *choice-of-law policies* individuate da altri autori, quali ad esempio Cheatham, Reese, Yntema, rendendole strumenti pratici nelle mani dei giudici per individuare la legge applicabile alle controversie che presentino elementi di estraneità. Il risultato di questa operazione, che passa attraverso una sintesi degli obiettivi che animano il diritto internazionale privato, è una lista di cinque criteri fondamentali, definiti da Leflar *choice-of-law considerations*⁹², che sono: 1) la prevedibilità dei risultati; 2) il mantenimento dell'armonia nei rapporti intrafederali e internazionali; 3) la semplificazione del compito dei giudici; 4) la promozione degli interessi dello Stato del foro; 5) l'applicazione della «better rule of law». Nonostante non sia previsto alcun rapporto gerarchico – o comunque di prevalenza – tra le *considerations*, emerge ben presto il ruolo predominante della *better rule of law*. Secondo tale criterio, il giudice è chiamato a preferire la normativa sostanziale considerata «migliore» in base a «socio-economic jurisprudential standards»⁹³. L'originalità della teoria di Leflar non riguarda la sostanza dei principi proposti, già enucleati da altri autori, ma il ruolo conferito agli stessi. Come si è già visto a proposito di Currie, anche Leflar non elabora alcuna soluzione specifica per la materia della responsabilità civile.

L'*interest analysis* esercita un'influenza determinante anche sulla visione di Arthur T. Von Mehren e di Donald T. Trautman, che si definiscono funzionalisti⁹⁴. I due autori mantengono l'impostazione proposta da Currie con riferimento a «falsi conflitti» e «conflitti apparenti», ma se ne distaccano nella soluzione dei *true conflicts*, nei quali ritengono opportuno procedere ad una valutazione delle *policies* in conflitto al fine di determinare la legge applicabile. Un altro sostenitore dell'approccio funzionale è Russel J. Weintraub, uno

⁹⁰ La corrente di pensiero in cui si colloca Currie è stata definita, con espressione generale “rule-selecting approach”, per evidenziare l'attenzione al contenuto sostanziale delle leggi potenzialmente applicabili, o “interest analysis”, per porre l'accento sulla presa in considerazione degli interessi che vengono in rilievo nel caso di specie.

⁹¹ Tra i principali contributi di Leflar di segnalano due articoli: *Choice-influencing considerations in conflicts law*, in 41 *N. Y. U. L. Rev.*, 1966, p. 267 ss. e *Conflicts law: more on choice-influencing considerations*, in 54 *Cal. L. Rev.*, 1966, p. 1584 ss.

⁹² V. R. LEFLAR, *Choice-influencing cit.*, p. 278 ss., spec. p. 282.

⁹³ L'autore tiene a sottolineare la differenza a suo parere esistente tra *better rule* e giustizia del caso concreto: l'applicazione della regola migliore da un punto di vista socio-economico è un criterio maggiormente oggettivo rispetto all'altro, che finisce per favorire la «better party in the litigation», anziché la «better law».

⁹⁴ Il metodo c.d. funzionale si propone di risolvere i conflitti di leggi attraverso l'interpretazione dell'oggetto e dello scopo delle norme sostanziali.

dei primi a valutare il funzionamento dell'*interest analysis* nei casi di responsabilità del produttore⁹⁵.

Gli esponenti dell'*interest analysis* vengono duramente criticati da Albert A. Ehrenzweig, allora professore all'Università di Berkeley, che occupa un posto a sé nella presente trattazione, non tanto per la propria visione generale del diritto internazionale privato (che pare comunque opportuno trattenere), quanto piuttosto per le soluzioni all'avanguardia prospettate in tema di responsabilità civile e di *products liability*⁹⁶.

La teoria avanzata da Ehrenzweig, conosciuta come *lex fori approach*, ribalta la visione tradizionalmente accolta, proponendo un'applicazione generalizzata della *lex fori* anche alle situazioni che presentano elementi di estraneità. Tale regola generale è peraltro suscettibile di eccezioni ogni volta che sia foriera di gravi ingiustizie, non consentendo di attuare le politiche legislative perseguite dall'ordinamento del foro. Presupposto per la correttezza di una simile impostazione è – secondo l'autore – una riforma dei criteri attributivi della competenza giurisdizionale tale da garantire la sussistenza di un effettivo collegamento tra lo Stato del foro e il rapporto in causa. Viene così ampliato il ricorso alla dottrina del *forum non conveniens* (trasformata piuttosto in una verifica positiva sull'appropriatezza del foro) per evitare che il radicamento della controversia davanti ad un *improper forum* determini l'applicazione di una legge a sua volta inadeguata. In quest'ottica, il diritto internazionale privato viene ridotto a un «complesso di eccezioni alla regola fondamentale della *lex fori*»⁹⁷ e i conflitti di leggi vengono quasi completamente «assorbiti» dai conflitti di giurisdizioni.

Il pensiero di Ehrenzweig, peraltro, è oggetto di un successivo ripensamento che ridimensiona in parte il ruolo precedentemente attribuito alla *lex fori*. L'autore arriva infatti alla conclusione che i problemi sollevati dai conflitti di leggi debbano essere risolti in maniera diversa a seconda che esista o meno una disposizione sovranazionale o una «vera» norma di conflitto che disciplini la fattispecie. Soltanto in assenza di simili previsioni si applicherà la teoria da lui elaborata, che assume come punto di partenza l'interpretazione del diritto sostanziale del foro. Questo è uno degli aspetti che allontana maggiormente il professore di Berkeley dall'*interest analysis* di Currie: mentre il primo focalizza la propria attenzione sull'ambito di applicazione della normativa del foro senza attribuire alcun peso alla volontà di

⁹⁵ V. R.J. WEINTRAUB, *Choice of law for products liability: the impact of the Uniform Commercial Code and recent developments in conflicts analysis*, in 44 *Tex. L. Rev.*, 1966, p. 1429 ss. Sul punto v. *infra* par. 2.2.3.

⁹⁶ Quest'ultimo aspetto sarà approfondito *infra*, par. 2.2.3.

⁹⁷ V. A. A. EHRENZWEIG, *La lex fori: eccezione o regola?*, in *Dir. internaz.*, 1960, vol. XIV, p. 223 ss., a p. 229. Nello stesso articolo di afferma senza mezzi termini che considerare il diritto internazionale privato come un'autonoma branca del diritto interno è un «enorme errore di teoria generale del diritto».

applicazione delle normative straniere, il secondo prende in considerazione gli interessi di tutti gli Stati coinvolti. Tralasciando le ulteriori distinzioni operate da Ehrenzweig, basti qui rilevare che la *lex fori*, prima considerata la regola fondamentale da accantonare solo in ipotesi eccezionali, acquista ora un ruolo residuale⁹⁸.

Il più rilevante apporto di questo autore non riguarda tuttavia gli aspetti di teoria generale, accolti con scarso entusiasmo sia in dottrina che in giurisprudenza, ma le sue intuizioni in materia di responsabilità civile. Fortemente critico nei confronti della regola accolta dal primo *Restatement* in materia di illeciti, troppo ampia e incapace di prendere in considerazione le *policies* proprie di ogni fattispecie, Ehrenzweig distingue i *torts* in due grandi categorie, *admonitory torts* e *compensatory torts*, a loro volta articolate in una serie di sottocategorie, che rispecchiano i distinti problemi emersi a livello giurisprudenziale. Gli *admonitory torts* comprendono essenzialmente i delitti intenzionali e hanno lo scopo principale di sanzionare l'autore dell'illecito, mentre i *compensatory torts*, considerati di gran lunga più rilevanti, hanno natura prevalentemente risarcitoria e riguardano le ipotesi di responsabilità per «negligence without fault»⁹⁹, come ad esempio quelle che, «though still phrased in terms of fault, primarily serve to distribute the losses inevitably caused by the accidents of modern enterprise»¹⁰⁰. Questa suddivisione ha delle ripercussioni sulla legge applicabile: «for the first group we would find a nearly general prevalence of the law of the forum, which is explained by the quasi-criminal character of those torts»¹⁰¹, per il secondo gruppo di illeciti invece Ehrenzweig auspica una riforma del diritto sostanziale volta ad istituire un sistema svincolato dalla nozione di colpa e ritiene in via generale che la legge applicabile sia strettamente collegata alle *policies* sottese a ciascun tipo di responsabilità. Nel tradurre in pratica le proprie idee, l'autore rimane fedele alla propria impostazione fondata sull'individuazione della giurisdizione.

⁹⁸ Sintetizzando la propria teoria l'autore afferma: «Unless application of a foreign rule is required by a settled (formulated or nonformulated) rule of choice, all choice of law should be based on a conscious interpretation de lege lata of that «domestic rule» which either party seeks to displace. If that interpretation does not lead either to the dismissal of the suit or to the application of a foreign rule, the forum rule, in a proper forum, applies as the «basic», or as I now prefer to call it, the «residuary» rule, as a matter of «nonchoice», v. A. A. EHRENZWEIG, *Private international law*, vol. I, Leyden-Dobbs Ferry, 1967, p. 93.

⁹⁹ V. A.A. EHRENZWEIG, *Negligence without fault*, ristampato in 54 *Cal. L. Rev.*, 1966, p. 1422 ss.

¹⁰⁰ V. A.A. EHRENZWEIG, *Guest statutes in the conflict of laws – toward a theory of enterprise liability under «foreseeable and insurable laws»*, in 69 *Yale L. J.*, 1960, p. 595 ss.

¹⁰¹ V. A.A. EHRENZWEIG, *Specific principles* cit., p. 340. La *lex fori* cede tuttavia il passo alla *lex loci actus* ogni volta che il presunto responsabile del danno prova di essersi attenuto a degli *standard* di condotta in vigore nello Stato in cui ha agito.

Il fautore del *lex fori approach* è stato un grande contestatore non solo del primo *Restatement of Conflict of Laws*, ma anche del secondo¹⁰², che ha visto la luce nel 1971 sotto la direzione di Willis Reese, relatore del comitato incaricato dall'*American Law Institut* di rivedere le soluzioni cristallizzate nel *Restatement* del 1934. Il forte movimento critico sviluppatosi a seguito dell'adozione del primo *Restatement* aveva infatti convinto l'Istituto della necessità di procedere ad una revisione dello stesso. Tale revisione, iniziata nel 1952, è giunta al termine dopo quasi vent'anni a causa del clima ostile a qualsiasi astratta generalizzazione della materia maturato in quel periodo negli Stati Uniti.

Il secondo *Restatement*, frutto della visione del suo relatore, è fondato essenzialmente su tre pilastri: le *policy* previste nella *Section 6*, il concetto di «most significant relationship» e i criteri di collegamento previsti per le diverse fattispecie, volti ad indirizzare l'interprete nell'individuazione della relazione più significativa¹⁰³.

La *Section 6*, rubricata «choice-of-law principles», contiene un elenco di *policies*, che esprimono l'ideologia del *Restatement* e costituiscono il parametro di riferimento per l'applicazione di tutte le sezioni successive. Le *policies*¹⁰⁴ ivi indicate sono: 1) «the needs of the intestate and international systems»; 2) «the relevant policies of other interested states and their respective interests in having their law applied to the particular issue»; 4) «the protection of party expectations»; 5) «the basic policies underlying the particular field of law»; 6) «the objectives of certainty, predictability, and uniformity of result»; 7) «the ease of determining and applying the law identified as applicable». Il ruolo conferito a questi principi è espressione del tentativo, messo in atto da Reese, di conciliare l'impostazione tradizionale con la nuova visione dei conflitti di leggi emersa negli Stati Uniti: il *reporter* del secondo *Restatement* non auspica infatti l'eliminazione di tutte le norme di diritto internazionale privato, alle quali riconosce l'importante funzione di assicurare un minimo di certezza giuridica e di prevedibilità delle soluzioni, ma ritiene essenziale conferire alle stesse un elevato grado di flessibilità, completamente assente nel primo *Restatement*.

L'applicazione della legge dello Stato che presenta la *most significant relationship* con la fattispecie concretamente considerata costituisce il *leitmotiv* del secondo *Restatement* e

¹⁰² Ehrenzweig si scaglia a più riprese contro l'adozione di un nuovo *Restatement*, che considera affetto da un sostanziale *nihilism*, v. ad es. A.A. EHRENZWEIG, *The «most significant relationship» in the conflict of law of torts. Law and reason versus the Restatement Second*, in 28 *Law & Contemp. Prob.*, 1963, p. 700 ss.; ID., *Second Conflicts Restatement: a last appeal for its withdrawal*, in 113 *U. Pa. L. Rev.*, 1965, p. 123 ss.

¹⁰³ In questo senso E.F. SCOLES, P. HAY, P.J. BORCHERS, S. SYMEONIDES, *Conflict of laws* cit., p. 59.

¹⁰⁴ L'elenco delle *policies* da seguire nella determinazione della legge applicabile, esposto nella *subsection 2*, è preceduto da una precisazione preliminare, secondo la quale il giudice deve innanzitutto verificare se esistono limiti costituzionali alla scelta di legge e rispettarli: «a court, subject to constitutional restrictions, will follow a statutory directive of its own state on choice of law».

l'obiettivo ultimo che si deve prefiggere il giudice. I tradizionali criteri di collegamento vengono recuperati in una nuova veste, cioè quella di fungere da principi-guida per la concretizzazione della relazione più significativa. In rari casi, il *Restatement* individua direttamente la *most significant relationship*¹⁰⁵; in altri indica delle presunzioni che il giudice può disattendere ogni qual volta ritenga sussistente una relazione più significativa con un altro Paese; in altri ancora, si limita a suggerire una serie di punti di contatto che devono essere tenuti in considerazione nella scelta della legge applicabile.

Quest'ultimo metodo viene utilizzato per formulare la regola generale in materia di *torts*, a cui è dedicata la *Section 145*, secondo la quale:

«(1) The rights and liabilities of the parties with respect to an issue in tort are determined by the local law of the state which, with respect to that issue, has the most significant relationship to the occurrence and the parties under the principles stated in § 6.

(2) Contacts to be taken into account in applying the principles of § 6 to determine the law applicable to an issue include:

- (a) the place where the injury occurred,
- (b) the place where the conduct causing the injury occurred,
- (c) the domicile, residence, nationality, place of incorporation and place of business of the parties, and
- (d) the place where the relationship, if any, between the parties is centred.

These contacts are to be evaluated according to their relative importance with respect to the particular issue»¹⁰⁶.

In via generale, quindi, la legge regolatrice dell'illecito è quella che presenta la relazione più significativa con il caso concreto, relazione che deve essere determinata alla luce dei principi generali fissati nella § 6 e tenendo presenti gli anzidetti criteri di collegamento. Viene così conferito al giudice un ampio potere discrezionale nella valutazione della *most significant relationship*, che implica soluzioni *ad hoc* a seconda delle specifiche caratteristiche della controversia.

¹⁰⁵ Così ad esempio in materia di proprietà e di successioni.

¹⁰⁶ Si noti che la formulazione definitiva del principio generale in materia di *torts* differisce da quella nelle prime due *draft*, che si riferivano ancora alla *lex loci commissi delicti*. Il cambiamento d'impostazione è dovuto alla famosa sentenza adottata dalla *Court of Appeals* di NY nel famosissimo caso *Babcock v. Jackson* del 1963. V. *infra* par. 2.2.2.

Nel commento alla § 145 è attribuito un ruolo primario al *locus damni*, che perde tuttavia la propria importanza se è meramente fortuito o quando, per altre ragioni, esprime una relazione troppo tenue con la fattispecie oppure nel caso in cui il presunto responsabile non potesse in alcun modo prevedere il prodursi di conseguenze dannose in quel determinato Stato¹⁰⁷. Se poi il luogo dell'evento e quello dell'azione coincidono, lo Stato in cui si sono verificati sarà normalmente quello che presenta il collegamento più stretto con la fattispecie. Quando viceversa si assiste ad una dispersione dell'azione e dell'evento in più Stati, il commento sembra indicare all'interprete di valutare gli interessi degli Stati coinvolti e l'obiettivo che si prefigge la norma che sanziona l'illecito: se lo scopo principale della norma è deterrente o punitivo, dovrà essere applicata la *lex loci actus* perché espressione dell'interesse dominante e della *most significant relationship*; se la norma tende principalmente a garantire un equo risarcimento della vittima, dovrà essere preferita la *lex loci damni*¹⁰⁸. Il domicilio, la residenza e la cittadinanza di una persona, il luogo di costituzione di una società e il centro delle attività economiche delle parti acquistano invece importanza quando il danno si è concretizzato in più paesi diversi, come nel caso di diffamazione a mezzo stampa. Il peso che ciascuno di questi punti di contatto dovrà esercitare nella scelta della legge applicabile dipenderà dalla natura degli interessi coinvolti: trattandosi di interessi di natura economica, si dovrà conferire maggior rilievo al *place of business of the parties*, trattandosi di interessi di natura personale, dovranno essere valutati più attentamente gli altri criteri. Da ultimo, ove esista un rapporto tra le parti strettamente collegato all'evento dannoso, il giudice dovrà prendere in considerazione anche il luogo in cui tale rapporto sia localizzato.

La regola generale prevista dalla § 145 è seguita da una serie di previsioni particolari riferite a diversi tipi di illecito (§§ 146-155), tra le quali non figura il danno da prodotti. In questi casi peraltro, il criterio di collegamento presuntivamente considerato più idoneo a regolare la fattispecie astratta cede il passo qualora il giudice ritenga che «with respect to the particular issue, some other state has a more significant relationship [...] to the occurrence or the parties»¹⁰⁹.

Questi rapidi cenni all'impostazione accolta nel secondo *Restatement* – sia in un'ottica generale sia per quanto riguarda la materia della responsabilità civile – sono sufficienti ad evidenziare il carattere eclettico dell'opera, chiara espressione della varietà di vedute ormai

¹⁰⁷ V. *Comment on Subsection (2) lett. e*).

¹⁰⁸ V. *Comment on Subsection (2) lett. c), e*).

¹⁰⁹ Questa clausola d'eccezione è una delle formule più ricorrenti di tutto il *Restatement*.

connaturata al sistema americano dei conflitti di leggi, che Reese non voleva e non poteva ricondurre ad unità.

Preso atto delle variegate posizioni dottrinali appena delineate¹¹⁰ e a conclusione di questa breve panoramica delle grandi trasformazioni che hanno interessato il diritto internazionale privato statunitense fino agli anni Settanta del secolo scorso, pare opportuno formulare qualche considerazione di carattere generale sui tratti che contraddistinguono le teorie sui conflitti di leggi d'oltreoceano. Operando una necessaria semplificazione, è possibile affermare che le teorie fiorite nel clima della c.d. *Conflict of Laws Revolution* siano accomunate da almeno tre aspetti: la determinazione della legge applicabile passa attraverso un *approach* anziché essere risolta grazie a *hard and fast rules*; il conflitto di leggi non deve essere visto come scelta di un ordinamento giuridico, ma come scelta di una normativa sostanziale¹¹¹, con la conseguenza che la «giustizia materiale» o «giustizia del caso concreto» deve prevalere rispetto alla «giustizia conflittuale»; l'impostazione proposta si fonda su un approccio tendenzialmente unilaterale perché i problemi di diritto internazionale privato trovano una soluzione grazie alla presa in considerazione degli obiettivi che si prefiggono le normative materiali interne. Quest'ultima considerazione si riferisce in particolar modo all'impostazione di Currie, considerato l'iniziatore dell'«unilateral approach»¹¹², che ha trovato nel contesto statunitense un terreno particolarmente fertile. La valorizzazione degli interessi statali nella soluzione dei conflitti di leggi diviene il nucleo attorno al quale si forma una vera e propria scuola di pensiero, tuttora dominante negli Stati Uniti, che non manca di applicare il proprio «approccio» ai casi di responsabilità del produttore.

2.2.2. LA GIURISPRUDENZA MOSTRA L'INADEGUATEZZA DELLA REGOLA GENERALE FISSATA DAL PRIMO *RESTATEMENT*: «JUDICIAL REVOLUTION» E RESPONSABILITÀ DEL PRODUTTORE.

Il forte movimento di contestazione nei confronti dell'impostazione tradizionale proposta dal primo *Restatement* ha trovato nel settore della responsabilità civile uno degli esempi più calzanti dell'inadeguatezza di un sistema fondato su regole troppo rigide e generali

¹¹⁰ Il pluralismo emerso a livello dottrinale viene recepito a livello giurisprudenziale: *infra*, par. 2.2.2.

¹¹¹ Per enfatizzare questo aspetto molti autori hanno iniziato ad utilizzare l'espressione «choice of law» anziché quella classica di «conflict of laws».

¹¹² Così ad es. F. JUENGER, *Choice of law cit.*, p. 98 s.

per fornire risposte convincenti a fronte di una realtà sempre più complessa. La formula contenuta nel primo *Restatement* – secondo la quale «the place of the wrong is in the State where the last event necessary to make an author liable for an alleged tort took place» – porta a conferire rilievo al momento del danno, senza il quale non sorgerebbe alcuna responsabilità: la *lex loci commissi delicti* viene quindi interpretata, salvo eccezioni, come *lex loci damni*. Lo stesso trattamento viene riservato anche alle controversie in materia di responsabilità del produttore, che non sono oggetto di una disciplina specifica nell’ambito del primo *Restatement*: nella maggioranza dei casi viene quindi applicata la legge del luogo in cui si è verificato l’evento dannoso¹¹³, mentre in rare ipotesi viene richiamata la legge del luogo di produzione¹¹⁴.

Una simile applicazione generalizzata della *lex loci* si rivela ben presto foriera di gravi inconvenienti. Come già si è rilevato, tali inconvenienti possono consistere innanzitutto nell’applicazione della legge di uno Stato che presenta una connessione particolarmente tenue – se non addirittura insignificante – con la controversia, cosa che si verifica ogni volta che il luogo dell’evento dannoso è meramente fortuito, come ad es. nelle ipotesi di illecito a distanza. Un’altra grave criticità riguarda l’impossibilità di prendere in considerazione le specificità alla base dei diversi tipi di illecito, escludendo *a priori* dal funzionamento della norma di conflitto qualsiasi considerazione di carattere materiale. Con riferimento alla responsabilità da prodotti difettosi, queste obiezioni sono particolarmente significative. La fortuità dell’evento è infatti altamente probabile, tenuto conto dello sviluppo del commercio internazionale e della sempre crescente mobilità delle persone: la frequenza con cui circolano sia i prodotti che i potenziali acquirenti rende aleatoria la disciplina della fattispecie tanto per il produttore quanto per il consumatore. Inoltre, la rigidità della regola e la casualità con cui può verificarsi l’evento non consentono di tradurre in sede conflittuale le peculiarità della fattispecie.

I tribunali statunitensi quindi, desiderosi di sfuggire alle conseguenze inique cui poteva condurre la meccanica applicazione della *lex loci delicti commissi rule*, si mostrano particolarmente ricettivi rispetto alle nuove istanze emerse a livello accademico, traducendo la «Scholastic Revolution» in «Judicial Revolution»¹¹⁵.

¹¹³ V. ad es. *Hunter v. Derby Foods*, 110 F. 2d 970, 2d Cir. 1940.

¹¹⁴ V. ad es. *Livesely v. Continental Motors Corp.*, 331 Mich. 434. In un altro caso i giudici hanno invece fatto riferimento al luogo di acquisto del prodotto per individuare la legge applicabile alla controversia, v. *Ein v. Goodyear Tire Rubber Co.*, 173 F. Supp. 497 (D. Ind. 1959).

¹¹⁵ Se generalmente si utilizza l’espressione *Conflict of Laws Revolution* per indicare il fenomeno nel suo complesso, come comprensivo sia dei fermenti dottrinali che della loro traduzione in pratica da parte delle corti, alcuni autori hanno preferito distinguere tra *Scholastic Revolution* e *Judicial Revolution* per chiarire meglio

L'inizio della *Judicial Revolution* viene generalmente ricondotto ad una storica decisione emessa nel 1963 dalla *Court of Appeals* di New York, nella quale viene apertamente abbandonato, per la prima volta, il criterio del *locus commissi delicti* accolto nel *Restatement* del 1934¹¹⁶. Questa netta presa di posizione contro il passato è peraltro anticipata e preparata da tutta una serie di casi in cui le corti esprimono il loro dissenso in modo più moderato, ricorrendo cioè ad *escamotages* di vario genere, volti a mitigare gli inconvenienti connaturati ad un'applicazione generalizzata della suddetta regola. Gli strumenti principalmente utilizzati dai giudici per «manipolare» il funzionamento della norma di conflitto, in modo da attenuare la rigidità della regola generale, sono la qualificazione e l'ordine pubblico (c.d. *escape devices*)¹¹⁷.

Una prima possibilità è quella di “classificare” una controversia come contrattuale anziché extracontrattuale per sostituire la legge del luogo di conclusione del contratto a quella del *locus commissi delicti* e raggiungere il risultato preferito. Questo espediente è ben illustrato dal caso *Levy v. Daniel's U-drive Auto Renting Co.*¹¹⁸, relativo a un incidente stradale, in cui la qualificazione dell'azione come contrattuale consente alla corte di accordare alla parte lesa il risarcimento dei danni subiti. Nella fattispecie, l'attore, trasportato su un'auto noleggiata in Connecticut e rimasto ferito in Massachusetts, si rivolge ai tribunali del primo Stato sostenendo, tra l'altro, la responsabilità dell'auto-noleggio. I giudici di primo grado considerano l'azione *in tort* e respingono il ricorso: la *lex loci*, cioè la legge del Massachusetts, non prevede alcun tipo di responsabilità a carico dell'auto-noleggio per i danni provocati a persone o cose dall'auto noleggiata, questo tipo di responsabilità era stata invece introdotta da uno «statuto» del Connecticut. Il passeggero danneggiato propone appello e la *Supreme Court of Errors* giunge all'opposta conclusione, considerando l'azione di natura contrattuale: l'anzidetto «statuto» è parte integrante del contratto di noleggio – dicono i giudici – e deve essere applicato all'attore in quanto beneficiario del contratto stesso. La giustificazione fornita dalla corte appare fin da subito opinabile ed è chiaramente ispirata a considerazioni di giustizia sostanziale.

l'evoluzione verificatasi in entrambi gli ambiti; v. a es. F. JUENGER, *Choice of law* cit.; E.F. SCOLES, P. HAY, P.J. BORCHERS, S.C. SYMEONIDES, *Conflict of laws* cit.; S.C. SYMEONIDES, *The American choice-of-law* cit.

¹¹⁶ V. *Babcock v. Jackson*, 12 N. Y. 2d 473, 191 N. E. 2D 279, 240 N. Y. S. 2d 743 (1963), su cui *infra*.

¹¹⁷ L'utilizzo da parte dei giudici delle c.d. *escape devices* non si limita alla materia extracontrattuale, per una trattazione generale dell'argomento v. W. L. M. REESE, M. ROSENBERG, *Conflict of laws*, Mineola, N.Y., 1978, p. 440 ss.; R. G. CRAMTON, D. P. CURRIE, H. H. KAY, *Conflict of laws*, S. Paul, Minn., 1987, p. 58 ss.; E. F. SCOLES, P. HAY, P.J. BORCHERS, S.C. SYMEONIDES, *Conflict of laws* cit., p. 122 ss. Inoltre, non si tratta di un fenomeno esclusivamente americano, ma si registrano decisioni analoghe anche in ambito europeo, seppure in misura molto minore.

¹¹⁸ *Levy v. Daniel's U-drive Auto Renting Co.*, 108 Conn. 333, 143 A. 163 (1928); per un commento v. *Note*, in 42 *Harv. L. Rev.*, 1929, p. 433 ss.

Analoghe considerazioni sono alla base del caso *Manos v. Trans World Airlines, Inc.*¹¹⁹, nel quale viene invocata la responsabilità del produttore di un aereo, costruito, venduto e consegnato nello Stato di Washington, ma precipitato in Italia. La corte preferisce considerare l'azione come contrattuale, anziché extracontrattuale, quando si trova a decidere sulla base di quale legge debba essere valutato l'ammontare del risarcimento, così riuscendo ad applicare la legge dello Stato di Washington in luogo di quella italiana¹²⁰.

L'istituto della qualificazione consente inoltre di considerare determinate questioni, quali ad es. l'onere della prova, la prescrizione o l'ammontare del risarcimento, come procedurali anziché sostanziali, fornendo il pretesto per applicare la *lex fori* al posto della *lex loci*. Così è avvenuto nel caso *Grant v. McAuliffe*¹²¹, relativo ad un incidente stradale avvenuto in Arizona tra veicoli immatricolati in California, dove risiedevano tutti i soggetti coinvolti. Il conducente ritenuto colpevole di aver causato l'incidente muore nello stesso e i sopravvissuti si rivolgono all'amministratore del suo patrimonio per ottenere il risarcimento danni. Secondo il diritto dell'Arizona, *locus commissi delicti*, un'azione *in tort* si estingue con la morte del presunto responsabile, mentre secondo il diritto californiano l'azione può essere promossa nei confronti del patrimonio del *de cuius*. La *Supreme Court* della California risolve il problema qualificando la questione come procedurale e applica il proprio diritto, aprendo così la via al risarcimento dei danni¹²².

Nel caso *Kilberg v. Northeast Airlines*¹²³ invece viene considerata processuale la questione della misura dei danni per aggirare le limitazioni previste dalla legge del Massachusetts, luogo in cui precipita un aereo proveniente da New York. L'amministratore del patrimonio del signor Kilberg, deceduto nell'incidente, agisce contro la compagnia aerea

¹¹⁹ *Manos v. Trans World Airlines, Inc.*, 295 F. Supp.1170 (1969).

¹²⁰ Sebbene la corte applichi la *lex loci damni*, cioè la legge italiana, quando deve valutare i presupposti della responsabilità, se ne discosta nel quantificare i danni, facendo leva sugli interessi degli Stati coinvolti: «Where there are substantial differences, this consideration of differing laws and differing interests is an essential part of our federal system. The legitimate interests of a sister state (or even a sister country) are thereby considered and weighed before a judgement is rendered. The old *lex loci delicti* rule, while relatively simple to apply, worked injustices to some of the parties by ignoring these interests». Questa decisione è uno dei tanti esempi della contaminazione (talvolta tradottasi in confusione) tra vecchie e nuove teorie. È molto frequente inoltre l'utilizzo da parte dei giudici di molteplici argomenti, ciascuno attinto da una diversa teoria, a sostegno delle proprie posizioni.

¹²¹ *Grant v. McAuliffe*, 41 Cal. 2d 859, 264 P. 2d 944 (1953).

¹²² Il giudice Traynor esplicita comunque le vere ragioni alla base della decisione, aggiungendo sul finale quanto segue: «Today, tort liabilities of the sort involved in these actions are regarded as compensatory. When, as in the present case, all of the parties were residents of this state, and the estate of the deceased tortfeasor is being administered in this state, plaintiffs' right to prosecute their causes of action is governed by the laws of this state relating to administration of estates».

¹²³ *Kilberg v. Northeast Airlines*, 9 N.Y. 2d 34, 172 N.E. 2d 526 (1961).

nello Stato di New York. La Suprema Corte¹²⁴, dopo aver dichiarato applicabile in via generale la *lex causae*, precisa che l'ammontare del risarcimento deve essere invece determinato alla luce della *lex fori* sia perché si tratta di una questione procedurale sia perché le limitazioni imposte dalla legge del Massachusetts sono contrarie all'ordine pubblico del foro, altro meccanismo che, come anticipato, consente ai giudici ampi margini di manovra¹²⁵.

L'utilizzo distorto della qualificazione e dell'ordine pubblico (nonché di altri accorgimenti), unitamente alle piccole divergenze interpretative cui si è accennato in precedenza, rendono meramente illusori i principali pregi attribuiti al criterio tradizionale, e cioè la certezza giuridica, l'uniformità e la prevedibilità dei risultati. Inoltre, le proteste maturate a livello accademico suggeriscono ormai da tempo l'abbandono del principio della *lex loci* a favore di soluzioni più flessibili.

È in questo clima che la *Court of Appeals* di New York emette la celebre sentenza *Babcock v. Jackson*¹²⁶ del 1963, inaugurando una nuova stagione dei conflitti di leggi negli Stati Uniti: si tratta infatti, come anticipato, della prima volta in cui viene dichiaratamente messo da parte il criterio tradizionale della *lex loci commissi delicti*, sostituito dalla c.d. *center of gravity* o *grouping of contacts theory*, secondo la quale «justice, fairness and the “best practical result” [...] may best be achieved by giving controlling effect to the law of the jurisdiction which, because of its relationship or contact with the occurrence or the parties, has the greatest concern with the specific issue raised in the litigation».

Quest'ultima impostazione – a differenza di quelle prospettate nel paragrafo precedente – non è nata in ambito accademico: la sua elaborazione si deve in gran parte alla Suprema corte dello Stato di New York, che ha iniziato ad applicarla alla materia contrattuale nei primi anni Cinquanta¹²⁷, giungendo a risultati veramente innovativi in tema di illeciti. Il

¹²⁴ Si noti che la *Court of Appeals* di New York, che ha emanato la sentenza in commento, a dispetto del nome è in realtà la giurisdizione di ultima istanza dello Stato di New York.

¹²⁵ Anche in questo caso la Corte lascia trapelare la propria insoddisfazione per il criterio della *lex loci commissi delicti*, che può condurre a soluzioni aberranti ogni volta che il luogo del danno è completamente fortuito: «Modern conditions make it unjust and anomalous to subject the travelling citizen of this State to the varying laws of other States through and over which they move. [...] The place of injury becomes entirely fortuitous. Our courts should if possible provide protection for our own State's people against unfair and anachronistic treatment of the lawsuits which result from these disasters».

¹²⁶ *Babcock v. Jackson*, cit. La sentenza è stata ampiamente commentata v. ad es. D. F. CAVERS, E. E. CHEATHAM, B. CURRIE, A.A. EHRENZWEIG, R.A. LEFLAR, W.L.M. REESE, *Comments on Babcock v. Jackson, A recent development in conflict of laws*, in 63 *Colum. L. Rev.*, 1963, p. 1212 ss. In ambito europeo v. ad es. E. VITTA, *La responsabilità da illecito nei conflitti di leggi negli Stati Uniti; in margine ad alcune recenti sentenze*, in *Diritto internazionale*, 1965, p. 212 ss.

¹²⁷ V. *Rubing v. Irving Trust Co.*, 305 N.Y. 288, 113 N.E. 2d 424 (1953); *Auten v. Auten*, 308 N.Y. 155, 124 N.E. 2d 99 (1954). Nel primo caso, si trattava di valutare la validità di una promessa verbale, mentre nel secondo venivano in rilievo questioni connesse all'esecuzione di un accordo sul versamento di alimenti. La *Court of Appeals* di New York, contravvenendo – apparentemente – alle regole tradizionali contenute nel primo *Restatement* (luogo di conclusione del contratto per quanto riguarda le questioni attinenti alla validità dello

caso *Babcock* riguarda un incidente stradale avvenuto nella provincia canadese dell'Ontario, luogo meramente fortuito, che non presenta nessun altro collegamento con la controversia o le parti: sia il responsabile (signor Jackson) che la vittima (signora Babcock) sono domiciliati nello Stato di New York, il veicolo è a sua volta immatricolato, assicurato e abitualmente stazionante nel medesimo Stato, che costituisce anche il punto di partenza del viaggio e il luogo di ritorno¹²⁸. I giudici di merito seguono la regola tradizionale e applicano la legge dell'Ontario, che contiene una specifica previsione volta ad escludere la responsabilità del conducente per i danni cagionati ai passeggeri (a titolo gratuito), previsione assente nella legge di New York. La *Court of Appeals* ribalta la soluzione precedentemente accolta: dopo aver sottoposto a dura critica il criterio della *lex loci commissi delicti*, il giudice Fuld (relatore) pone a confronto i punti di contatto della fattispecie con gli Stati coinvolti (e valuta i rispettivi interessi) per concludere che «the concern of New York is unquestionably the greater and more direct».

È innegabile la stretta relazione esistente tra la *center of gravity theory* e la *most significant relationship* alla base del secondo *Restatement*¹²⁹, anche se quest'ultima sembra suggerire un'analisi più attenta all'aspetto qualitativo¹³⁰. Una delle obiezioni mosse alla teoria sviluppata dalla *Court of Appeals* di New York era infatti quella di risolversi in un'operazione prevalentemente aritmetica, senza tenere in debito conto l'importanza dei contatti considerati¹³¹. L'individuazione di un centro di gravità del rapporto diviene comunque particolarmente problematica nel campo della responsabilità da prodotto, spesso caratterizzato

stesso, luogo di esecuzione per quelle inerenti l'esecuzione) risolve entrambi i casi valutando i punti di contatto con ciascuno degli Stati coinvolti. È stato messo in evidenza in dottrina come la carica innovativa di queste prime sentenze rese in materia contrattuale sia in realtà molto inferiore rispetto a quella del caso *Babcock v. Jackson*. Sulle origini e sullo sviluppo della teoria si veda l'approfondimento critico di H. H. KAY, *Theory into practice: choice of law in the courts*, in 34 *Mercer L. Rev.*, 1983, p. 521 ss., spec. p. 525 ss.

¹²⁸ I coniugi Jackson partono in macchina da Rochester (New York), dove sono domiciliati, insieme a Georgia Babcock, loro ospite e anch'essa domiciliata nello Stato di New York, per trascorrere un week-end in Canada. Durante il tragitto, precisamente nella provincia canadese dell'Ontario, il signor Jackson perde il controllo del veicolo e si schianta contro un muro ai lati dell'autostrada. Nell'impatto la signora Babcock rimane gravemente ferita e, una volta tornata a casa, agisce in giudizio, sostenendo la negligenza del conducente, al fine di ottenere un equo risarcimento dei danni subiti.

¹²⁹ La *center of gravity theory* viene innanzitutto citata, così come enunciata nel caso *Auten*, come precedente a sostegno dell'adozione della *most significant relationship* in materia contrattuale nell'ambito del secondo *Restatement* (v. *introductory note* al cap. 8, *Tentative Draft* n. 6 del 1960). La *Court of Appeals of New York* ricambia poco dopo il favore, citando la regola adottata per i contratti nel secondo *Restatement* come esempio di affermazione e diffusione della *center of gravity theory*, prima di estenderla alla materia extracontrattuale (v. *Babcock v. Jackson, cit.*). L'anno seguente, il secondo *Restatement* estende la *most significant relationship* al campo degli illeciti e il caso *Babcock* viene invocato come esempio a favore della nuova impostazione (v. nota al § 379 del capitolo 9, *Tentative Draft* n. 9, 1964).

¹³⁰ V. ad es. D.F. CAVERS, *Re-restating the conflict of laws, the chapter on contracts*, in K. H. NADELMANN et al. (eds.), *XXth Century comparative and conflicts law*, 1961, p. 349 ss.; B. CURRIE, *Conflict, crisis and confusion in New York*, in *Duke L. J.*, 1963, p. 1 ss., riprodotto in *Selected essays cit.*, p. 690 ss.

¹³¹ Un simile atteggiamento è piuttosto evidente ad es. in *Haag v. Barnes*, 9 N.Y. 2d 554, 175 N.E. 2d 441, 216 N.Y.S. 2d 65 (1961).

dalla dispersione dei punti di contatto in molteplici ordinamenti. In mancanza di un collegamento quantitativamente prevalente si corre il rischio di individuare la legge applicabile in modo arbitrario, sacrificando indubbiamente certezza del diritto e prevedibilità dei risultati, senza avere d'altro canto particolari garanzie in termini di giustizia sostanziale. Questi problemi emergono chiaramente nel caso *Public Administrator v. Curtiss-Wright Corp.*¹³², in cui, a seguito di un incidente aereo avvenuto in Florida, l'attore si rivolge al tribunale di New York invocando la responsabilità contrattuale (per *implied warranties*) ed extracontrattuale della società che ha prodotto il motore dell'aereo in New Jersey per poi venderlo ad un costruttore di aerei in California. I giudici, dopo aver chiarito di voler risolvere il conflitto di leggi alla luce della *grouping of contacts theory* (come esposta in *Auten v. Auten* e *Babcock v. Jackson*), valutano rapidamente i diversi punti di contatto e ritengono applicabile la legge della Florida, senza fornire peraltro una motivazione convincente. La scelta dipende semplicemente dal fatto che l'unico – labile – contatto tra le parti si è verificato in Florida¹³³.

Indipendentemente dalla specifica soluzione proposta, il caso *Babcock v. Jackson* segna il momento di rottura con il passato, a partire dal quale le teorie «rivoluzionarie» sviluppate in ambito accademico fanno il loro definitivo ingresso nei tribunali statunitensi. Nel corso degli anni Sessanta e Settanta un numero sempre crescente di Stati abbandona il criterio della *lex loci commissi delicti*, applicando l'una o l'altra impostazione ovvero – situazione abbastanza frequente – combinando in maniera personale le nuove teorie a sostegno della soluzione più gradita. La gerarchia degli obiettivi assegnati al diritto internazionale privato muta radicalmente e la giustizia del caso concreto diviene prioritaria rispetto alla certezza e alla prevedibilità dei risultati.

Ciascuna delle teorie prospettate in dottrina trova i propri sostenitori a livello giudiziario, ma è l'*interest analysis* di Currie quella fra esse che probabilmente gode della maggior popolarità nelle corti¹³⁴. Nello stesso caso *Babcock* il giudice Fuld, dopo aver passato in rassegna i punti di contatto della situazione con gli Stati coinvolti, rafforza ulteriormente la propria scelta analizzando le rispettive *policies*: lo Stato di New York è quindi il più indicato

¹³² *Public Administrator v. Curtiss-Wright Corp.*, 224 F. Suppl. 236 (S.D.N.Y. 1963).

¹³³ «It appears that the engine was manufactured in New Jersey and sold to Douglas in California. The crash occurred in Florida, which was also the place of origin of the flight. The only contact, albeit a tenuous one, between the parties took place in Florida where the injuries were sustained. We hold, therefore, that the cause of action alleged in the amended complaint is governed by Florida law», v. *Public Administrator v. Curtiss-Wright Corp.*, *cit.*, p. 239.

¹³⁴ Tra gli altri sono convinti sostenitori della *governmental interest analysis* il giudice Traynor (*Supreme Court* della California) e il giudice Keating (*Court of Appeals* di New York). Al primo si deve ad esempio la celebre decisione resa nel caso *Reich v. Purcell*, 67 Cal. 2d 551, 432 P. 2d 727, 63 Cal. Rptr. 31 (1967).

a regolare la fattispecie non solo perché maggiormente collegato ad essa, ma anche per il fatto che è l'unico ad avere un reale interesse in merito.

Gli interessi che entrano in gioco in un'ipotesi di illecito vengono evidenziati chiaramente nel caso *Hurtado v. Superior Court*¹³⁵, relativo ad una *wrongful death action*. I giudici sono chiamati a valutare l'interesse dello Stato a risarcire gli eredi del *de cuius* – o più in generale i danneggiati – residenti sul proprio territorio, l'interesse a scoraggiare la commissione di atti illeciti da parte di tutti coloro che si trovano nei confini statali e, infine, l'interesse a limitare l'entità del risarcimento onde evitare che i propri residenti debbano sopportare oneri eccessivi. *Mutatis mutandis*, considerazioni analoghe guidano le corti nei casi di responsabilità del produttore, ai quali il nuovo metodo è stato frequentemente applicato. Il più generale interesse al risarcimento delle vittime viene qui posto a tutela di una categoria specifica, i consumatori danneggiati, l'effetto deterrente si traduce nella volontà di garantire *standards* elevati di sicurezza dei prodotti¹³⁶ e i limiti posti all'entità dei danni sono finalizzati a proteggere l'industria locale, che uscirebbe danneggiata da risarcimenti troppo onerosi¹³⁷.

In pratica, la *governmental interest analysis* lascia ai giudici ampi margini di discrezionalità e si risolve di frequente nell'applicazione della *lex fori*, così fornendo un notevole incentivo al *forum shopping*¹³⁸. L'aspetto più delicato della teoria riguarda la concreta individuazione delle *policies* sottostanti alle normative degli Stati coinvolti e del loro campo di applicazione materiale e spaziale. Si possono intuire le difficoltà pratiche nell'accertare la sussistenza o meno di un interesse statale, espressione della «volontà di applicazione» di una norma sostanziale al caso concreto, senza poter contare tra l'altro su precise indicazioni metodologiche da parte di Currie. Tali difficoltà trapelano molto spesso dalle motivazioni formulate dai giudici, che sembrano piuttosto favorire la soluzione di volta in volta più gradita, a totale discapito della certezza del diritto e della prevedibilità delle soluzioni.

¹³⁵ *Hurtado v. Superior Court*, 114 Cal. Rptr. 106 (1974).

¹³⁶ V. ad es. *George v. Douglas Aircraft Co.*, probabilmente il primo caso ad applicare l'*interest analysis* alla responsabilità da prodotti difettosi, in cui i giudici pongono l'accento su questo aspetto: «The interest protected by the imposition of strict liability on a manufacturer is [...] the interest in maintaining 'the general security'. [...] An accident caused by a defective product threatens the «general security» of the state where the injury occurred rather than of the state of delivery, which is often determined by tax or other considerations wholly extraneous to the instant problem, or event of the state of manufacture», 332 F2d 73 (2d Cir. 1964), a p. 76.

¹³⁷ Nella sentenza *Hurtado v. Superior Court* viene richiamato a titolo esemplificativo proprio un caso di responsabilità da prodotti: *Ryan v. Clark Equipment Co.*, 268 Cal. App. 2d 679, 74 Cal. Rptr. 329 (1969), v. *infra*.

¹³⁸ A proposito dei criteri di attribuzione della giurisdizione utilizzati negli Stati Uniti v. ad es. A. SARAVALLE, *Responsabilità del produttore* cit., p. 38 ss.

Le considerazioni appena svolte trovano riscontro nelle numerose decisioni in materia di responsabilità del produttore. A titolo esemplificativo si può citare il caso *Mc Crossin v. Hicks Chevrolet, Inc.*¹³⁹, emblematico di un atteggiamento abbastanza diffuso, che vede la prevalenza della *lex fori*, soprattutto quando è la legge più favorevole al consumatore danneggiato. Nella fattispecie la *District of Columbia Court of Appeals* ritiene applicabile la legge del foro, luogo di acquisto del prodotto difettoso, ad un incidente avvenuto nel Maryland ai danni di una residente dello stesso Stato, così consentendo all'attrice di soddisfare le proprie pretese. L'opportunità di estendere ad un non-residente la maggiore tutela accordata dalla legge del foro nei confronti del produttore viene motivata dalla corte nel modo seguente:

«If the present case is a true conflict of law case, the question of whether the District of Columbia or Maryland law is applicable is dependent on which jurisdiction has the «more substantial interest in the resolution of the issue». Under that test we think clearly the District has the more substantial interest. Although the plaintiff is a resident of Maryland, she purchased the car in the District and the implied warranty arose out of the sale. The occurrence of the fire in Maryland was strictly fortuitous. [...] General Motors, as far as we are informed, has no closer ties with Maryland than with the District. Moreover, we incline to the view that the present case is not a true conflict of law case. The rule in the District, dispensing with the requirements of privity in implied warranty cases, is for the benefit and protection of all who buy in the District, not for resident of the District alone; and affording that protection to a Maryland resident who buys here would surely not violate any Maryland policy».

Sebbene la tendenza sia nel senso di uno spiccato *favor laesi* – considerato che il consumatore ha spesso la possibilità di scegliere il foro in funzione del risultato preferito – si registrano tuttavia un certo numero di decisioni nelle quali gli interessi in gioco vengono interpretati in modo diverso, anche allo scopo – talvolta dichiarato – di disincentivare la pratica del *forum shopping*. Così ad esempio avviene nel caso *Ryan v. Clark Equipment Co.*¹⁴⁰, nel quale i giudici pospongono la tutela del consumatore ad altri interessi, privilegiando una legge che limita la responsabilità del produttore. Nella fattispecie una vedova, residente in Oregon al momento dell'incidente, agisce in California nei confronti di

¹³⁹ *McCrossin v. Chevrolet Inc.*, 248 A. 2d 917 (1969).

¹⁴⁰ *Ryan v. Clark Equipment Co.*, Cal. App. 2d 679, 74 Cal. Rptr. 329 (1969).

un produttore del Michigan, a seguito della morte del marito causata da un veicolo industriale difettoso. La corte d'appello della California ritiene che lo Stato di residenza della vittima, luogo del danno, sia l'unico ad avere un reale interesse all'applicazione della propria legge, senza peraltro procedere ad un'approfondita disamina delle *policies* e degli interessi dello Stato di fabbricazione del prodotto, che, al contrario del primo, non prevedeva alcun limite all'entità del risarcimento. È difficile trovare una giustificazione sostanziale del perché i giudici abbiano preferito questa soluzione, se non il fatto che «to apply the law of Michigan on the facts of this case is to encourage forum shopping by litigants».

Il funzionamento dell'*interest analysis*, affidato di fatto alle valutazioni di ciascuna corte, non sembra fornire risposte soddisfacenti in un settore come quello della responsabilità del produttore, che avrebbe bisogno di coniugare la flessibilità di recente introdotta con una buona dose di certezza e prevedibilità. Il risultato della grande discrezionalità lasciata all'organo giudicante è quello di far precipitare la materia in una grave situazione di caos, alimentata anche dal fatto che l'impostazione di Currie, così come le altre teorie proposte dalla dottrina, vengono rielaborate in maniera personale dalla giurisprudenza e talvolta combinate tra loro¹⁴¹.

A un decennio dalla *Conflict of Laws Revolution* comincia a emergere una nuova situazione di malessere dei giudici, che faticano a reperire nei precedenti una direttiva chiara sulla base della quale risolvere i conflitti di leggi. Questo disagio viene espresso con particolare enfasi nei casi di responsabilità da prodotti difettosi, che sollevano quesiti di particolare complessità e di grande rilevanza sociale: il diritto internazionale privato inizia a essere percepito come «veritable jungle»¹⁴², «reign of chaos»¹⁴³, «judicial nightmare»¹⁴⁴ e i *Sister States* rimangono spaccati, in materia di illeciti, tra la rigidità della regola tradizionale e la caotica flessibilità delle nuove costruzioni.

2.2.3. PROPOSTE DELLA DOTTRINA SULLA LEGGE APPLICABILE AL DANNO DA PRODOTTO: PRIME RISPOSTE DI FRONTE A UNA REALTÀ EMERGENTE.

In questa situazione di fermento dottrinale e giurisprudenziale alcuni autori sentono la necessità di proporre soluzioni specifiche per individuare la legge applicabile alla

¹⁴¹ V. in proposito la rassegna di decisioni riportata da B. HANOTIAU, *Le droit International privé* cit., p. 193.

¹⁴² *In re Paris air crash of 3 march 1974*, 399 F. Supp. 732 (C.D. Cal. 1975).

¹⁴³ *Ibidem*.

¹⁴⁴ *Forsyth v. Cessna Aircraft Co.*, 520 F. 2d 608, (9th Cir. [Ore] 1975).

responsabilità del produttore, che nel frattempo, come si è visto, ha trovato una propria individualità anche a livello sostanziale. In proposito, va innanzitutto segnalato il contributo fondamentale di Ehrenzweig, che coglie la necessità di trasferire alla dimensione conflittuale considerazioni analoghe a quelle che animano la disciplina sostanziale. Egli ritiene che il fondamento logico di questa responsabilità sia espresso chiaramente nelle parole del giudice Traynor, secondo il quale «the risk of injury can be insured by the manufacturer and distributed among the public as a cost of doing business»¹⁴⁵. La responsabilità del produttore rientra quindi in quelle forme di responsabilità che l'autore definisce per «negligence without fault»¹⁴⁶. Da questa consapevolezza si ricavano le linee guida per elaborare una disciplina di conflitto della materia che favorisca il consumatore, parte debole del rapporto, senza dimenticare le esigenze dell'industria moderna, che per preventivare i relativi costi ha bisogno di poter contare sull'applicazione di una legge prevedibile.

Sebbene le premesse poste da Ehrenzweig contengano intuizioni di grande rilievo, il sistema che ne ricava risente degli stessi limiti che affliggono la sua impostazione generale. Egli propone infatti l'applicazione della *lex fori* accompagnata da una riforma dei criteri attributivi della giurisdizione. Al consumatore danneggiato dovrebbe essere data la possibilità di scegliere il foro (e quindi la legge) più favorevole tra quelli che presentano sufficienti contatti con la fattispecie. Vengono ad esempio considerati fori «appropriati» il domicilio del convenuto, il luogo del danno e la residenza dell'attore. D'altro canto, per evitare di pregiudicare in modo irragionevole il produttore, si suggerisce il ricorso alla dottrina del *forum non conveniens* quando si prospetta l'applicazione di una legge imprevedibile per il convenuto, che non l'ha potuta prendere in considerazione ai fini dell'assicurazione. Se le regole sulla giurisdizione non consentono tuttavia di radicare la controversia in un foro «appropriato», dovrebbe essere consentito all'attore di chiedere l'applicazione di qualsiasi altra legge indicata a regolare la fattispecie (come ad es. la legge della propria residenza o della sede del produttore) e al convenuto di eccepire l'imprevedibilità della legge invocata.

Come è stato rilevato in dottrina¹⁴⁷, la soluzione concretamente proposta da Ehrenzweig, oltre a essere concepita per funzionare nei sistemi di *common law*, presenta notevoli inconvenienti: tenta infatti di risolvere i problemi relativi alla legge applicabile attraverso i criteri di attribuzione della giurisdizione, favorendo tra l'altro il *forum shopping*, con un grave pregiudizio in termini di prevedibilità (obiettivo che lo stesso autore ritiene

¹⁴⁵ Si tratta della *concurring opinion* espressa dal giudice Traynor nel caso *Escoba v. Coca Cola Bottling Co.*, 24 Cal. 2d 453, 150 P. 2d 436 (1944).

¹⁴⁶ V. *supra* par. 2.2.1.

¹⁴⁷ V. per tutti A. SARAVALLE, *Responsabilità del produttore cit.*, p. 140 ss.

fondamentale e che solo in parte è garantito dalla dottrina del *forum non conveniens*); inoltre, non assicura un'effettiva tutela del consumatore (altro obiettivo primario), che, sebbene sia libero di adire il foro che dispone della legge più favorevole, tende a rivolgersi ai giudici del proprio luogo di residenza; mostra infine un atteggiamento di totale chiusura ai valori giuridici stranieri che si pone in antitesi con l'essenza stessa del diritto internazionale privato.

L'idea di contemperare gli interessi dei consumatori (con particolare riguardo alla tutela della salute e dell'integrità fisica) con le esigenze della produzione diventa da questo momento una costante nelle proposte elaborate per risolvere in maniera mirata la questione della legge applicabile al danno da prodotti difettosi. Va peraltro segnalato che le prime soluzioni prospettate dalla dottrina americana, pur prendendo in considerazione anche la posizione del produttore, si schierano apertamente a favore del consumatore, in linea con la tendenza che percorre in questo periodo il diritto sostanziale dei *Sister States* e che porterà alla c.d. *liability crisis* degli anni Ottanta.

In questo senso è orientata ad esempio la soluzione prospettata da Cavers, che individua un *principle of preference* dedicato alla responsabilità del produttore¹⁴⁸. L'autore suggerisce l'applicazione della legge del luogo di produzione, concedendo però all'attore la possibilità di scegliere la legge della propria residenza abituale o la *lex loci damni* (se coincidenti con il luogo di acquisto del prodotto), nel caso in cui le ritenga più favorevoli. L'unico correttivo previsto all'opzione del consumatore è volutamente blando: il produttore può opporsi all'applicazione della legge alternativamente invocata dall'attore ogni volta che non possa ragionevolmente prevedere la mera presenza del prodotto nello Stato in questione. Secondo Cavers, infatti, collegare il *test* di prevedibilità all'immissione in commercio del prodotto significherebbe proteggere in modo ingiustificato i produttori «whose products travel much more widely than their sales efforts»¹⁴⁹. Per concludere il quadro, il consumatore ha la facoltà di chiedere che i danni siano quantificati in base alla legge comune alle parti, se ritiene che sia più favorevole rispetto alla *lex cause*. È tuttavia rimessa ai giudici ogni valutazione sull'opportunità di un simile *dépeçage*, onde evitare eccessivi stravolgimenti della disciplina sostanziale.

Flessibilità e *favor laesi* caratterizzano anche la visione di Weintraub che, come si è accennato, è uno dei primi autori a valutare l'impatto dell'*interest analysis* sulle problematiche connesse al danno da prodotto¹⁵⁰. Sostenitore di un approccio c.d.

¹⁴⁸ D. CAVERS, *The proper law* cit.

¹⁴⁹ D. CAVERS, *The proper law* cit., p. 729.

¹⁵⁰ R. J. WEINTRAUB, *Choice of law for products liability* cit.

«funzionale», Weintraub condivide con Currie la convinzione secondo la quale «the policies represented by domestic rules can be useful guides in resolving choice-of-law problems»¹⁵¹, ma se ne discosta nel momento in cui ritiene opportuno procedere a un bilanciamento degli interessi in gioco nelle controversie che evidenziano un «vero conflitto». In una versione già matura – sebbene non ancora definitiva – del suo pensiero, l'autore individua tre criteri dedicati ai casi di responsabilità del produttore, dai quali emerge una netta tendenza a tutelare il consumatore, temperata solo in parte dal consueto *test* di prevedibilità a favore del produttore¹⁵². Un ruolo di primo piano viene infatti conferito alla legge del luogo di residenza abituale dell'attore danneggiato, che dovrebbe essere applicata ogni volta che il prodotto in questione o prodotti analoghi siano ivi disponibili secondo i normali canali commerciali e il produttore avrebbe dovuto prevedere tale disponibilità, ovvero quando è il convenuto a optare per tale legge. Se non ricorrono le condizioni di cui sopra, viene conferita all'attore la possibilità di scegliere tra la legge del luogo ove è situata la sede principale del produttore, la legge del luogo di acquisto del prodotto (anche in questo caso a condizione che il convenuto potesse prevedere la reperibilità della merce in base ai normali canali commerciali) e, da ultimo, la legge del luogo in cui il convenuto ha fabbricato, progettato o conservato il

¹⁵¹ V. R. J. WEINTRAUB, *A defense of interest analysis in the conflict of laws and the use of that analysis in products liability cases*, 46 *Ohio St. L. J.*, 1985, p. 493 ss., a p. 493.

¹⁵² "I. To determine whether plaintiff will be compensated and the extent of compensation for actual damages:
 A. Apply the law of plaintiff's habitual residence if the product that caused the harm or products of the same type are available there through commercial channels and the defendant should have foreseen this availability.
 B. If the law of plaintiff's habitual residence is not applied under I (A), the defendant may nevertheless choose that law.
 C. If the law of plaintiff's habitual residence is not applied under I (A) or I (B), the plaintiff may elect the law of one of the following places:
 1. The defendant principal place of business;
 2. Where the product was acquired or caused the harm for which compensation is sought, if the defendant should have foreseen its availability there through commercial channels;
 3. Where the defendant manufactured, designed, or maintained the product or any of its component parts.
 D. If the plaintiff does not elect law pursuant to I (C), the defendant shall elect the law of one of the places designated in I (C).
 II. To determine the availability and measurement of punitive damages:
 A. The plaintiff may elect the law of one of the places designated in I (C).
 B. If the plaintiff does not elect law pursuant to II (A), the defendant shall elect the law of one of the places designated in I (C).
 III. Exceptions to I and II:
 A. The provisions of I and II shall not prevent application of the law of some other place if such application would, under the circumstances, better accommodate the policies of States that have contacts with the parties or the transaction.
 B. To determine whether plaintiff will be compensated and the extent of compensation for actual damages, the plaintiff may elect the law of one of the places designated in I (C) if the plaintiff prefers such law to the law of plaintiff's habitual residence, and if the defendant's conduct is sufficiently outrageous the punishment and deterrence, in addition to that provided by II, is appropriate".

prodotto o uno dei suoi componenti. Per quanto riguarda poi l'ammissibilità e la quantificazione dei danni punitivi, l'attore può indicare una delle tre leggi da ultimo menzionate. In ogni caso, il consumatore può scegliere qualsiasi altra legge a patto che rappresenti in modo migliore le *policies* degli Stati coinvolti.

La tutela del consumatore viene quindi perseguita da Weintraub sia in termini di «convenienza processuale» (criterio della residenza abituale) che in termini di risultato materiale (possibilità di scelta della legge applicabile conferita all'attore in varie circostanze), mentre a garanzia del produttore, oltre all'anzidetta condizione di prevedibilità, viene prevista anche una limitata possibilità di scelta. La preminente volontà di favorire il consumatore emerge tuttavia chiaramente dalle eccezioni e precisazioni aggiunte dall'autore, che – come Cavers prima di lui – ritiene opportuno allineare le soluzioni accolte in campo internazionalprivatistico alla tendenza ormai incontenibile del diritto sostanziale di risarcire il danneggiato nel modo più soddisfacente possibile.

Questi primi tentativi dottrinali volti a razionalizzare la disciplina conflittuale della responsabilità del produttore risentono di un'importante novità maturata nel frattempo in ambito internazionale: la conclusione nel 1973 della Convenzione dell'Aja sulla legge applicabile alla responsabilità per danno da prodotto, che costituisce il primo esempio di normativa speciale in materia, frutto di un compromesso tra la visione continentale e quella d'oltreoceano. Sia la Convenzione che le soluzioni avanzate da Cavers e Weintraub utilizzano molteplici criteri di collegamento (talvolta combinati tra loro) e ricorrono a una clausola di prevedibilità a favore del produttore. Ciò che tuttavia distingue radicalmente la Convenzione dalle proposte dei due autori americani (prima ancora dei punti di contatto preferiti e della tecnica utilizzata nel combinarli) è che la prima si articola in una serie di *hard and fast rules*, mentre le seconde rappresentano, rispettivamente, principi di ampio respiro (Cavers) e presunzioni (Weintraub) che dovrebbero guidare il giudice nella soluzione del caso concreto. L'importanza da queste ultime conferita alla flessibilità – elemento irrinunciabile nel diritto internazionale privato americano reduce dalla «rivoluzione» – non giustifica peraltro l'assenza di qualsiasi chiarimento sul loro ambito di applicazione¹⁵³, che determina un *deficit* di certezza pressoché insanabile. Un'altra differenza sostanziale tra la Convenzione e le soluzioni prospettate dai due autori riguarda l'atteggiamento adottato nei confronti delle parti, che è dichiaratamente neutrale nel primo caso e ispirato al *favor laesi* nel secondo.

¹⁵³ Le soluzioni prospettate non precisano ad es. cosa debba intendersi per prodotto, se trovano applicazione anche nei confronti del produttore di una parte componente, del fornitore o dell'importatore, o ancora *quid est* nel caso in cui sussista una relazione contrattuale tra le parti.

3. ORDINAMENTI EUROPEI: UNA DIVERSA PERCEZIONE DELLA QUESTIONE.

Prima di procedere al necessario approfondimento della Convenzione dell’Aja, pare opportuno rilevare rapidamente lo stato dell’arte del diritto sostanziale e internazionale privato nell’Europa del secondo dopoguerra al fine di comprendere il clima in cui è maturata l’anzidetta Convenzione e il compromesso di cui essa è frutto.

3.1. PROFILI DI DIRITTO SOSTANZIALE: CENNI.

Il cammino degli Stati europei verso l’affermazione di un regime autonomo di responsabilità civile che veda il produttore rispondere a titolo oggettivo per i danni causati dai propri prodotti inizia – fatta eccezione per l’Inghilterra – con quasi mezzo secolo di ritardo rispetto a quello intrapreso negli Stati Uniti e si sviluppa in maniera molto più lenta e graduale¹⁵⁴. Infatti il problema della tutela del consumatore, indifeso di fronte ai rischi crescenti posti dalla diffusione dei processi di produzione e distribuzione di massa, comincia ad essere avvertito tra gli anni Cinquanta e Sessanta del secolo scorso, quando si impongono all’attenzione casi eclatanti come quello del pane francese avariato da un potente pesticida usato nella coltivazione del frumento o quello del talidomide che, considerato inizialmente un inoffensivo tranquillante regolarmente somministrato anche alle donne in stato di gravidanza, ha poi causato delle gravissime malformazioni a migliaia di bambini. In tali ordinamenti manca infatti una normativa specifica in grado di rispondere alle nuove esigenze che emergono a livello sociale, con la conseguenza che dottrina e giurisprudenza si trovano costrette a reinterpretare le categorie tradizionali del diritto civile nel tentativo di adattare alla nuova realtà.

Una delle linee ermeneutiche seguite tende a ricostruire un rapporto di tipo contrattuale tra produttore e consumatore, pur in assenza di un vincolo diretto tra le parti. In Francia, ad esempio, sono le norme sulla compravendita il principale referente normativo utilizzato per garantire un minimo di tutela al consumatore danneggiato da un prodotto difettoso. Così, l’art. 1645 del *code civil* (secondo il quale «si le vendeur connaissait les vices de la chose, il est tenu, outre la restitution du prix qu’il en a reçu, de tous le dommages et intérêts envers l’acheteur») diventa il mezzo per affermare una responsabilità pressoché oggettiva del *vendeur professionnel*, del quale si viene a presumere la conoscenza dei vizi

¹⁵⁴ In argomento v. per tutti G. ALPA, M. BESSONE, *La responsabilità del produttore*, Milano, 1999; C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006.

della cosa. Questa impostazione, soggetta tra l'altro ai limiti connessi alle azioni di garanzia proprie dei contratti di compravendita, si rivela ben presto inadeguata e cede il passo alla teoria dell'*action directe* – subito accolta dalla giurisprudenza – che consente al consumatore finale di agire direttamente nei confronti del produttore, nel presupposto che il primo acquirente trasmetta a quelli successivi, oltre al bene, tutti i diritti inerenti alla proprietà dello stesso.

Nell'esperienza tedesca le soluzioni messe a punto dalla dottrina tendono invece a configurare un rapporto diretto tra produttore e consumatore facendo leva su teorie negoziali diverse dalla compravendita: si sostiene ad esempio l'applicabilità al consumatore danneggiato della *Drittschadenliquidation* (liquidazione del danno al terzo), la conclusione di un contratto di garanzia tacito tra produttore e consumatore, la necessità di tutelare l'affidamento ingenerato dai messaggi pubblicitari o ancora la conclusione da parte del produttore di un contratto che produce effetti a favore dei terzi (*Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte*). Queste costruzioni dottrinali non trovano il favore della giurisprudenza che, in una storica decisione del 1968 sulla «peste dei polli», inquadra la fattispecie nelle categorie proprie della responsabilità extracontrattuale e chiama il produttore a rispondere grazie a un'inversione dell'onere della prova¹⁵⁵: la colpa è presunta e viene chiesto all'impresa produttrice di dimostrare non solo di aver agito in modo incolpevole ma addirittura la causa della contaminazione del vaccino, che aveva provocato la morte di un intero allevamento.

È in questa direzione che si muove l'altra linea ermeneutica – destinata a prendere il sopravvento –, che tende a ricondurre all'alveo della responsabilità civile le ipotesi di danno da prodotto. Dottrina e giurisprudenza invocano a tal fine le norme generali previste in materia (come l'art. 2043 del codice civile italiano, il § 823 del *BGB* tedesco o l'art. 1382 del *code civil* francese), ovvero norme più specifiche che meglio si attagliano alle caratteristiche della fattispecie concreta (come ad es. l'art. 2050 c.c. sulla responsabilità per esercizio di attività pericolosa). Il nodo della questione è il superamento della colpa come criterio di imputazione della responsabilità, visto che quest'ultima, come si è già illustrato¹⁵⁶, non è utilizzabile con riferimento a una realtà «che è per gran parte indifferente rispetto ad essa»¹⁵⁷. Nell'ordinamento italiano, ad esempio, la dottrina è propensa ad accogliere, con diverse argomentazioni, un sistema del danno da prodotto fondato sulla responsabilità oggettiva, mentre la giurisprudenza è restia ad abbandonare l'impostazione tradizionale e preferisce

¹⁵⁵ BGH, 26 novembre 1968, in BGHZ, 51, 91 ss. I passaggi chiave della sentenza sono tradotti in italiano in G. ALPA, M. BESSONE, *La responsabilità* cit., p. 144 s.

¹⁵⁶ V. *supra* par. 2.1.

¹⁵⁷ V. C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità* cit., p. 682.

invocare delle presunzioni, che consentano di fondare la responsabilità del produttore – almeno formalmente – sulla colpa. Così, nel famoso caso Saiwa, deciso dalla Corte di cassazione nel 1964, i giudici ricorrono a un «processo logico-presuntivo» per far risalire direttamente il difetto del prodotto (nella specie si trattava di biscotti avariati) all'impresa produttrice, anche in mancanza della prova di una sua specifica colpa¹⁵⁸.

Per quanto attiene poi all'evoluzione della *common law* inglese, l'ostacolo della colpa viene inizialmente aggirato grazie alla dottrina della *res ipsa loquitur*, che consente un'inversione dell'onere della prova, o mediante l'argomento della «*inference of negligence*», secondo il quale la negligenza del produttore si fa discendere dalla prova che, con molta probabilità, il difetto non sia insorto dopo la messa in circolazione del prodotto. Si segnalano in proposito due *seminal decisions*, piuttosto risalenti, che potevano far pensare a un andamento del diritto inglese simile a quello del diritto statunitense, poi smentito dagli sviluppi successivi. La prima decisione, resa dalla *House of Lords* nel caso *Donoghue v. Stevenson*¹⁵⁹, consente di superare la regola della *privity of contract*¹⁶⁰ e introduce una nuova figura di illecito, il *tort of negligence*, che si configura in caso di violazione di un dovere generale di diligenza (*duty of care*) e costituisce, in pratica, un espediente per risolvere i casi di danno da prodotto. Trattandosi peraltro di un *interlocutory appeal*, che porta alla composizione della lite in via stragiudiziale, non viene precisato a che condizioni il convenuto debba essere considerato negligente. Interviene a colmare questa «lacuna» la sentenza emessa nel caso *Grant v. New Australian Knitting Mills Ltd.* del 1936¹⁶¹, che alleggerisce l'onere della prova a carico dell'attore, ammettendo una sorta di presunzione di colpa (che pure non viene espressamente menzionata), invocabile ogni volta che si sia provato che il difetto del prodotto sussisteva, con grande probabilità, già al momento della commercializzazione dello stesso. Sebbene queste prime decisioni sembrino porre le basi per una rapida evoluzione del sistema verso un regime di responsabilità oggettiva, negli anni seguenti si registrano – al contrario che negli Stati Uniti – forti resistenze all'affermazione di una disciplina della

¹⁵⁸ Cass., 25 maggio 1964, n. 1270, *Soc. Saiwa c. Schettini e Ditta Candelotti*, in *Foro it.*, 1965, I, c. 2098 ss., con commento di F. MARTORANO, *Sulla responsabilità del fabbricante per la messa in commercio di prodotti dannosi*, *ibidem*, V, 1966, c. 13 ss.

¹⁵⁹ *Donoghue v. Stevenson*, 1932, A.C. 562. Nel caso di specie, l'attrice aveva subito disturbi psico-fisici per il fatto di aver ingerito una bevanda (*ginger-beer*) contenente i resti di una lumaca in decomposizione. Si noti che Lord Atkin, nella motivazione della sentenza, richiama espressamente la soluzione fornita dal giudice Cardozo nel caso *Mac Pherson v. Buick Motor Co.*, che segna il superamento del principio della relatività contrattuale nell'ordinamento statunitense.

¹⁶⁰ Sancito nel caso *Winterbottom v. Wright*, 1842, *cit.* Sul punto v. *supra* par. 2.1.

¹⁶¹ *Grant v. New Australian Knitting Mills Ltd.*, 1936, A.C., 85.

responsabilità del produttore che prescinda dalla colpa, con la conseguenza che il consumatore viene tutelato in maniera disorganica.

Si dovrà attendere fino all'attuazione della direttiva 85/374/CEE del 25 luglio 1985 perché venga introdotta negli ordinamenti europei una disciplina certa del danno da prodotto. Negli anni Settanta il trattamento riservato alla fattispecie è ondivago e frammentario, la materia non ha ancora acquisito una propria autonomia e fatica svincolarsi dal presupposto della colpa. Proprio in questo periodo vengono avviate le prime iniziative a livello sovranazionale (Consiglio d'Europa, Comunità europea) volte a garantire ai consumatori europei un livello di tutela uniforme a fronte di un danno provocato da un prodotto difettoso¹⁶².

3.2. DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO E DANNO DA PRODOTTO.

Come si è rilevato all'inizio del capitolo, almeno fino alla fine degli anni Sessanta, il criterio della *lex loci commissi delicti* viene richiamato in maniera pressoché unanime dai sistemi nazionali di diritto internazionale privato degli Stati europei per individuare la legge applicabile alla categoria generale degli illeciti. Il ritardo registrato a livello sostanziale nell'adeguamento del diritto alle nuove esigenze poste dal progresso tecnologico e dal consumo di massa affligge *a fortiori* il settore dei conflitti di leggi, ancorato a un'impostazione tradizionale che si fonda sulla rigida localizzazione della fattispecie, slegata da considerazioni di ordine materiale.

Non stupisce dunque che nessun Paese europeo abbia pensato fino a questo momento di introdurre una norma *ad hoc* dedicata al danno da prodotto (o che comunque riservi alla fattispecie un trattamento specifico in via giurisprudenziale); tanto più che i casi che sollevano la questione della legge applicabile alla responsabilità del produttore sono ancora decisamente rari. Non è stata emessa nessuna decisione sul punto nell'ordinamento italiano ad esempio, mentre si rinvencono sporadiche pronunce nei Paesi Bassi, in Francia e in Germania.

L'applicazione alla materia considerata del principio del *locus commissi delicti* – in tutta la sua polivalenza – conduce di frequente a preferire la *lex fori*, sebbene tale risultato sia raggiunto a seguito di percorsi anche notevolmente diversi. A volte la legge del foro viene

¹⁶² Sul tema della cooperazione regionale v. *infra*, cap. 3.

richiamata automaticamente, senza alcuna esplicita indagine sulla legge applicabile¹⁶³, altre volte questa scelta è frutto di valutazioni più sofisticate. La giurisprudenza tedesca, ad esempio, applica anche ai casi di responsabilità del produttore la *lex loci*, da interpretare secondo la teoria dell'ubiquità, ispirata al *favor laesi*. Così, nella sentenza del 28 aprile 1978, l'*Oberlandesgericht* di Düsseldorf valuta in base al proprio diritto la responsabilità di un produttore di biciclette francese per i danni subiti in Germania da un cittadino tedesco, in conformità ai riferimenti formulati dall'attore¹⁶⁴. Un'impostazione in parte analoga è seguita dalla Suprema corte tedesca nella sentenza del 17 marzo 1981, riguardante i danni causati da un fungicida, prodotto da una società statunitense, al raccolto di un agricoltore tedesco¹⁶⁵. Il *Bundesgerichtshof*, dopo aver precisato che la legge applicabile all'illecito è rimessa all'autonomia delle parti (che possono scegliere tra la legge del luogo di produzione, Delaware, e quella del luogo in cui si è verificato il danno, Germania), applica la *lex fori*, nella convinzione che sia intervenuto un tacito accordo tra le parti in questo senso, testimoniato dal fatto che l'attore abbia fondato l'azione sul diritto tedesco¹⁶⁶.

Completamente diverso è il *modus operandi* dei giudici francesi che, nell'unico caso reperibile in materia in questo periodo, dichiarano applicabile alla fattispecie la legge del luogo di progettazione e fabbricazione dell'elicottero difettoso (*lex loci actus*), cioè la legge californiana, salvo poi rifarsi in pratica alla legge del foro per negare la responsabilità del convenuto¹⁶⁷.

Va infine segnalato il ragionamento seguito da certa giurisprudenza olandese, che riecheggia la c.d. *center of gravity* o *grouping of contacts theory*, elaborata dalla *Court of Appeals* di New York negli anni Cinquanta, finendo ancora una volta per preferire la *lex fori* (che peraltro coincide con la *lex loci*). Nella sentenza emessa il 17 gennaio 1973, ad esempio, la *Rechtbank* di Amsterdam applica il diritto olandese perché nei Paesi Bassi si concentra il numero più elevato di punti di contatto con il fatto¹⁶⁸. Nella specie, l'attore è olandese e il convenuto ha una filiale *in loco*, il danno si verifica nello Stato del foro, dove il prodotto difettoso viene assemblato con altri componenti per formare il prodotto finito. È orientata in

¹⁶³ V. Rb Breda, 11 novembre 1969, e Rb Amsterdam, 26 gennaio 1972, citati da H. DUINTJER TEBBENS, *International product liability* cit., p. 305 s.

¹⁶⁴ OLG Düsseldorf, 28 aprile 1978, in *NJW*, 1980, 533, 534, con nota di J. KROPHOLLER.

¹⁶⁵ BGH, 17 marzo 1981, in *NJW*, 1981, 1606.

¹⁶⁶ L'applicazione della *lex fori* è in questo caso giustificata da un'inutile *fictio iuris*: sarebbe bastato fare riferimento alla volontà dell'attore per ottenere il medesimo risultato. In questo senso cfr. K. KREUZER, *Apfelschorf im «Alten Land» - Kollisionrechtliche Probleme der Producthaftung*, in *IPRax*, 1982, p. 1 ss., spec. p. 3 ss.; A. SARAVALLE, *Responsabilità del produttore* cit., p. 136.

¹⁶⁷ Trib. Versailles, 12 marzo 1957, *De Franceschi c. Hiller Helicopters*, in *Rev. fr. dr. aér.*, 1957, p. 276 ss.

¹⁶⁸ Rb Amsterdam, 17 gennaio 1973, citato e commentato da H. DUINTJER TEBBENS, *International product* cit., p. 306. Sulla sentenza v. anche S. BARIATTI, *L'influenza della legge uniforme* cit., pp. 18-19.

senso analogo una decisione di qualche anno più tardi, che dichiara responsabile un produttore tedesco in forza del diritto locale perché la parte lesa e il dettagliante (nei confronti del quale è stata promossa un'azione per responsabilità contrattuale) sono olandesi e il danno è stato sofferto nel territorio dello Stato¹⁶⁹.

Sebbene in quasi tutti i casi decisi in questo periodo venga effettivamente applicata la *lex fori*, il dato deve essere ridimensionato alla luce delle circostanze concrete che hanno dato origine alle controversie: molto spesso l'attore è un cittadino dello Stato del foro, ivi residente, il danno si è verificato *in loco*, dove il prodotto difettoso è stato anche messo in circolazione. Il pressoché costante richiamo alla *lex fori* non sembra quindi espressione di una chiusura aprioristica nei confronti del diritto straniero, ma pare piuttosto frutto di una valutazione in linea con le caratteristiche delle singole fattispecie¹⁷⁰, che all'epoca non presentavano una dispersione dei propri elementi così accentuata come quella che spesso si verifica al giorno d'oggi.

La scarsa giurisprudenza esistente in materia – dovuta non solo al ritardo rispetto all'esperienza americana, ma anche al fatto che si tende a favorire, allora come ora, una composizione stragiudiziale del contenzioso¹⁷¹ – fa *pendant* con un limitato interesse della dottrina che, nell'affrontare le questioni sollevate dalle obbligazioni extracontrattuali in ambito internazionalprivatistico, spesso non menziona neppure l'argomento¹⁷². Ne è un esempio la risoluzione sulle obbligazioni extracontrattuali adottata dall'*Institut de Droit International* nel 1969, che non contempla alcun trattamento *sui generis* per il danno da prodotto, riservato invece agli incidenti stradali e agli illeciti commessi a bordo di un natante¹⁷³. Nonostante i contributi dottrinali siano ancora limitati, la sostanza delle soluzioni prospettate in questo periodo riflette già i tratti fondamentali delle due correnti di pensiero che acquisteranno una fisionomia ben definita negli anni successivi: l'una orientata verso una norma di conflitto tendenzialmente rigida e neutra, quando invece l'altra propende per un'impostazione più flessibile e *consumer oriented*¹⁷⁴. Non mancheranno, come si avrà modo

¹⁶⁹ Rb Zwolle, 18 febbraio 1976, in *N. I.L.R.*, 1976, p. 364.

¹⁷⁰ In questo senso H. DUINTJER TEBBENS, *International product* cit., p. 310.

¹⁷¹ Questo aspetto viene sottolineato d es. da L. FERRARI BRAVO, *Les rapports entre les contrats et les obligations délictuelles en droit international privé*, in *Recueil des Cours*, t. 146, 1975-III, p. 341 ss.

¹⁷² V. ad es. P. BOUREL, *Les conflits des lois en matière d'obligations non contractuelles*, Paris, 1961; L. FERRARI BRAVO, *Aspetti generali della disciplina della responsabilità per fatto illecito nel diritto internazionale privato*, Bari, 1963.

¹⁷³ Risoluzione 11 settembre 1969 dell'*Institut de Droit International*, in *Annuaire de l'Institut de Droit International*, vol. 53, II, Bâle, 1969, p. 372. Il testo è disponibile anche sul sito www.idi-iil.org.

¹⁷⁴ V. A. SARAVALLE, *Responsabilità del produttore* cit., p. 216 ss.

di rilevare, contaminazioni tra questi modi di intendere la disciplina conflittuale del danno da prodotto.

I primi segnali di attenzione per la materia si rinvencono nel corso degli anni Sessanta e provengono principalmente (*rectius* quasi esclusivamente) da esponenti della dottrina germanica¹⁷⁵, che iniziano a cogliere l'opportunità di un trattamento specifico della fattispecie anche a livello internazionalprivatistico. Molte delle proposte avanzate – forse influenzate anche dalla teoria del *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte* in voga a livello sostanziale – sono accomunate dal rilievo conferito al luogo di acquisto del prodotto o a quello di commercializzazione, che diviene il criterio di collegamento principale, eventualmente affiancato da criteri sussidiari, come ad esempio la residenza abituale della vittima¹⁷⁶.

La preferenza accordata a tale criterio si fonda innanzitutto sulla stretta connessione che generalmente esiste tra il mercato in cui viene venduto o commercializzato un determinato prodotto e l'illecito. I sostenitori della «legge del mercato» ne esaltano poi la neutralità (non favorisce *a priori* né il danneggiato né il presunto responsabile), la semplicità di applicazione e la coerenza con le aspettative di entrambe le parti. Sotto quest'ultimo profilo, si ritiene che l'applicazione della legge del luogo di vendita o di commercializzazione consenta al produttore di prevedere in anticipo il rischio connesso a un determinato regime di responsabilità (con le ben note conseguenze in termini di assicurazione e di fissazione del prezzo), rispettando al contempo gli interessi dei consumatori che fanno affidamento sulle regole in vigore nel mercato di riferimento. Un altro vantaggio riconosciuto a questa soluzione è quello di garantire una concorrenza non falsata tra i vari *competitors* di un determinato mercato, che sono tutti sottoposti alle medesime condizioni. D'altro canto, già in queste prime fasi, ci si rende conto che la «legge del mercato» non è adeguata a gestire tutte le situazioni che possono concretamente verificarsi. Non sembra ad esempio corretto assoggettare a tale legge il c.d. «*innocent bystander*», cioè il terzo, vittima dell'illecito, che si espone involontariamente al rischio di danno senza aver acquistato o utilizzato il prodotto, visto che quest'ultimo non presenta alcun collegamento con quel luogo.

Una simile impostazione è frutto di una visione della responsabilità per danno da prodotto che, assumendo un punto di vista prevalentemente economico, pone l'accento sulla

¹⁷⁵ Per una panoramica della dottrina europea che si è espressa in materia negli anni Sessanta e Settanta v. H. DUINTJER TEBBENS, *International product* cit., p. 322 ss.

¹⁷⁶ V. ad es. le soluzioni prospettate da W. BRÖCKER (1967), R. BIRK (1969), R. SACK (1973) e K. SIEHR (1972), riassunte da H. DUINTJER TEBBENS, *International product* cit., p. 323 ss. Quest'ultimo autore conclude la propria monografia dedicata alla responsabilità del produttore sostenendo a sua volta l'opportunità di applicare la «legge del mercato» alle controversie in materia di responsabilità da prodotto che presentano elementi di estraneità, p. 370 ss.

corretta allocazione dei rischi connessi alla moderna attività d'impresa e sul funzionamento del mercato piuttosto che dare un rilievo preminente alla tutela della salute e dell'integrità fisica dei consumatori. Quest'ultimo aspetto viene invece enfatizzato dall'altra corrente di pensiero sopra menzionata, che, nel preciso intento di favorire la parte lesa – la quale si trova in una posizione d'inferiorità sia da un punto di vista economico che giuridico¹⁷⁷ – prevede la possibilità di scegliere tra due o più leggi collegate alla fattispecie. Il *favor* si concretizza quindi in una forma di tutela indiretta, che prescinde dal contenuto sostanziale delle leggi richiamate, attribuendo al giudice o al consumatore danneggiato la facoltà di invocare la legge a suo parere più favorevole.

Il principale argomento posto a fondamento di tale soluzione è l'opportunità di tradurre a livello conflittuale le *policies* e i valori sociali che caratterizzano il diritto sostanziale. Nello sviluppo di queste teorie sulla legge applicabile alla responsabilità da prodotto si avverte chiaramente l'influenza della teoria dell'ubiquità elaborata dalla giurisprudenza tedesca, nonché delle nuove istanze «rivoluzionarie» sviluppatesi oltreoceano. Sia la prima che le seconde sono accomunate dal perseguimento di una finalità materiale, ma gli autori statunitensi che hanno formulato proposte sulla legge applicabile al danno da prodotto si pongono al di fuori del metodo di conflitto tradizionale, prospettando approcci flessibili alla materia¹⁷⁸.

Tra gli autori che propongono questa costruzione si segnalano ad esempio Simitis e Overstake¹⁷⁹. Il primo ritiene che il giudice debba applicare la legge più favorevole al consumatore prendendo in considerazione da un lato il luogo in cui si è verificato il danno e dall'altro il luogo di produzione e quello di commercializzazione, in quanto luoghi dell'azione. Il secondo invece concede alla vittima la possibilità di scegliere tra la legge del luogo in cui il prodotto è stato da ultimo offerto al pubblico, che funge da regola generale, e quella del luogo di produzione, da invocare in via sussidiaria se maggiormente protettiva. Quest'ultima legge si applica anche nel caso in cui il produttore sostenga che il prodotto sia stato offerto al pubblico in un determinato Paese contro la propria volontà. La previsione di

¹⁷⁷ Sul ruolo svolto dal diritto internazionale privato nella tutela della parte debole del rapporto v. in generale F. POCAR, *La protection de la partie faible en droit international privé*, in *Recueil des Cours*, t. 188, 1984-V, p. 341 ss.

¹⁷⁸ V. *supra*, par. 2.2.3.

¹⁷⁹ S. SIMITIS, *Grundfragen der Produzentenhaftung*, Tübingen, 1965, p. 89 ss., commentato da H. DUINTJER TEBBENS, *International product cit.*, p. 328; J. F. OVERSTAKE, *La responsabilité des fabricants des produits dangereux*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1972, p. 485 ss. V. anche M. PRAGER, *Die Produkte-Haftpflicht in internationalen Privatrecht. Bestimmung des anwendbaren Rechts anhand der materiellrechtlichen Charakteristika dieser Haftung*, Zurich, 1975; W. LORENZ, *Das internationale Privatrecht der Produkthaftung*, in *Wahl Essays*, 1973, p. 183 ss.

simili correttivi è abbastanza frequente tra coloro che prospettano un'*optio legis* a vantaggio del consumatore: l'intento è quello di limitare le conseguenze pregiudizievoli che possono verificarsi in capo al produttore a seguito di tale scelta. È evidente infatti che più è ampio il ventaglio delle possibilità concesse al consumatore, tanto maggiore è il grado di imprevedibilità della legge applicabile per la controparte. La mancanza di certezza giuridica in questo settore può avere gravi ripercussioni sia sull'industria che sul grande pubblico¹⁸⁰. È quindi importante configurare una soluzione comunque equilibrata, anche se non equidistante nei confronti degli interessi delle parti.

Le critiche mosse a questa impostazione, come si vedrà¹⁸¹, sono sostanzialmente di due tipi: v'è chi non condivide l'atteggiamento di favore nei confronti di una delle parti e ci sono altri che, pur approvando l'idea di protezione della vittima, contestano l'efficacia degli strumenti utilizzati per assicurare tale protezione.

Da questa breve rassegna emerge innanzitutto che nell'Europa degli anni Settanta la questione della legge applicabile al danno da prodotto si presenta ancora in fase embrionale, quando invece negli Stati Uniti il problema era già avvertito con una tale urgenza che Reese, *reporter* del secondo *Restatement* e delegato degli Stati Uniti alla Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato, sollecita l'adozione di una soluzione uniforme *ad hoc* in seno alla Conferenza stessa. Sebbene una parte della dottrina europea colga già le molteplici implicazioni che tale questione presenta e prospetti soluzioni abbastanza sofisticate, non è ancora diffusa la consapevolezza dell'opportunità di un trattamento *ad hoc* della materia e la giurisprudenza ha avuto scarsissime occasioni di cimentarsi con i relativi problemi. La diversità di approccio tra Europa e Stati Uniti va però ben oltre la diversa percezione della questione; riguarda ormai la visione stessa del diritto internazionale privato.

È in questo contesto che vengono avviati i negoziati che condurranno il 2 ottobre 1973 alla conclusione della Convenzione dell'Aja «sur la loi applicable à la responsabilité du faits des produits».

¹⁸⁰ Se il produttore non riesce a prevedere con un ragionevole grado di certezza i regimi di responsabilità a cui può essere sottoposto, non è in grado di assicurarsi adeguatamente e di ripartire il costo dell'assicurazione su tutti i consumatori. Questo può significare – tra l'altro – un notevole aumento del prezzo del prodotto o il ritiro del prodotto stesso dal mercato nel caso in cui le compagnie di assicurazione si rifiutino di assumersi i relativi rischi.

¹⁸¹ V. *infra*, cap. 2 par. 4.1.

CAPITOLO 2

COORDINAMENTO A LIVELLO UNIVERSALE: LA CONVENZIONE DELL'AJA SULLA LEGGE APPLICABILE ALLA RESPONSABILITÀ PER DANNO DA PRODOTTO

SOMMARIO: 1. Introduzione. 2. Lavori preparatori. 3. La soluzione accolta dalla Convenzione. 3.1. Ambito di applicazione. 3.1.1. La natura della responsabilità. 3.1.2. Gli elementi costitutivi della responsabilità. 3.2. La disciplina della legge applicabile. 3.3. Questioni disciplinate dalla *lex causae* e lacune della Convenzione. 3.4. Limiti all'applicazione della *lex causae*: le norme di sicurezza e di condotta e l'ordine pubblico. 4. Il bilancio della soluzione convenzionale. 4.1. La Convenzione e le codificazioni europee di diritto internazionale privato che prevedono una norma *ad hoc* per il danno da prodotto.

1. INTRODUZIONE.

La Convenzione dell'Aja del 2 ottobre 1973 contiene la prima disciplina specifica dedicata alla legge applicabile al danno da prodotto¹. Fino a questo momento, l'esigenza di un trattamento *ad hoc* della materia – gradualmente emersa in dottrina e giurisprudenza – non trova risposte soddisfacenti, dotate cioè di una reale originalità e concretezza. La giurisprudenza statunitense, ad esempio, che più di ogni altra si è confrontata con questa problematica, finisce con l'adattare ai casi di responsabilità del produttore le nuove soluzioni

¹ Il testo della Convenzione è riprodotto in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1972, p. 901 ss. ed è disponibile sul sito www.hcch.nl. La dottrina sul tema è molto vasta, si vedano tra gli altri H. BATIFFOL, *La douzième session de la conférence de la Haye de droit international privé*, in *Rev. crit. dr. int. priv.*, 1973, p. 243 ss.; R. DE NOVA, *La Convenzione dell'Aja sulla legge applicabile alla responsabilità per danni derivanti da prodotti*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1973, p. 297 ss.; H. FISCHER, *The convention on the law applicable to products liability*, in *McGill L. J.*, Vol. 29, 1974, p. 44. Y. LOUSSOUARN, *La Convention de La Haye sur la loi applicable à la responsabilité du fait des produits*, in *Journal du droit international*, 1974, p. 32 ss.; W. L. M. REESE, *The Hague Convention on the law applicable to products liability*, in *8 Int. lawyer*, 1974, p. 606 ss.; ID., *Further comments on the Convention on the law applicable to products liability*, in *8 Ga. J. Int. Comp. L.*, 1978, p. 311 ss.; L. FERRARI BRAVO, *Les rapports entre les contrats et les obligations délictuelles en droit international privé*, in *Recueil des Cours*, t. 146, 1975-III, p. 341 ss., p. 430 ss.; M. H. VAN HOOGBRATEN, *La Convention de la Haye sur la loi applicable à la responsabilité du fait des produits*, in *Dr. prat. com. int.*, 1978, p. 61 ss.; H. DUINTJER TEBBENS, *International product liability cit.*, p. 333 ss.; M. FALLON, *Les accidents de la consommation et le droit*, Bruxelles, 1982, p. 235 ss.; B. DUTOIT, *La lex loci delicti à travers le prisme des deux Conventions de La Haye sur les accidents de la circulation routière et la responsabilité du fait des produits*, in *L'unificazione del diritto internazionale privato e processuale - Studi in memoria di Mario Giuliano*, Padova, 1989, p. 417 ss.; A. SARAVALLE, *Responsabilità del produttore cit.*, p. 185 ss.; J.J. FAWCETT, *Products liability in private international law: a European perspective*, in *Recueil des Cours*, t. 238, 1993-I, p. 9 ss., a p. 136 ss.; T. KADNER GRAZIANO, *La responsabilité délictuelle en droit international privé européen*, Bâle-Genève-Munich-Bruxelles-Paris, 2004, p. 20 ss.; ID., *La coordination des règlements européens et des conventions internationales en matière de droit international privé*, in *Rev. suisse dr. int. eur.*, 2006, p. 279 ss.

messe a punto per determinare la legge applicabile alla responsabilità civile, senza ricercare un criterio di collegamento *sui generis* per la fattispecie.

Senza con ciò voler ridurre la carica di novità espressa dalla Convenzione, va peraltro rilevato che l'idea di un equo bilanciamento degli interessi di consumatori e produttori, che ha guidato l'opera della Commissione incaricata di redigere il testo convenzionale, era già stata espressa – all'inizio degli anni Sessanta – negli scritti pionieristici di Albert Ehrenzweig². La soluzione messa a punto nella Convenzione cerca proprio di concretizzare questo obiettivo condiviso, ma risente del fatto che i tempi probabilmente non sono ancora maturi per una trattazione adeguata della materia³. Molti ordinamenti si trovano infatti in una fase di transizione, che interessa tanto il diritto sostanziale quanto gli aspetti conflittuali: il danno da prodotto non ha ancora raggiunto una fisionomia definitiva nella maggior parte dei Paesi membri della Conferenza⁴, la giurisprudenza intervenuta sul tema della legge applicabile è scarsa – se non addirittura inesistente – ed è in atto un profondo ripensamento delle categorie tradizionali del diritto internazionale privato, che i Paesi coinvolti non hanno ancora metabolizzato. Il risultato è un sistema particolarmente complesso, frutto di un compromesso⁵, che ha il merito di cercare una conciliazione tra le correnti di pensiero più conservatrici e i fautori di soluzioni più flessibili e ispirate a considerazioni di carattere materiale, ma che finisce per sacrificare la prevedibilità delle soluzioni e la certezza del diritto⁶.

Nonostante i limiti appena evidenziati, si ritiene opportuno analizzare la soluzione accolta dalla Convenzione per almeno due ordini di motivi. Innanzitutto, a più di trent'anni dalla sua entrata in vigore⁷, pare interessante fare un bilancio del suo funzionamento alla luce della giurisprudenza nazionale – purtroppo ancora piuttosto limitata – che ha testato la praticabilità del sistema messo a punto. In secondo luogo, l'attualità della Convenzione è ribadita dal recentissimo regolamento (CE) n. 864/2007 (c.d. Roma II) che, all'articolo 28 par.

² Sul punto v. *supra* cap. 1, par. 2.2.3.

³ In questo senso v. anche A. SARAVALLE, *Responsabilità del produttore* cit., pp. 193-194.

⁴ Questa criticità viene rilevata nel corso dei lavori preparatori dalla delegazione tedesca ad esempio, v. *Actes e documents de la douzième session (2 au 21 octobre 1972)*, t. III, *Responsabilité du fait des produits*, L'Aja, 1974, p. 64.

⁵ Hanno sottolineato l'aspetto del compromesso, tra gli altri R. DE NOVA, *La convenzione dell'Aja* cit., p. 316; Y. LOUSSOUARN, *La Convention de la Haye* cit., p. 36; M. FALLON, *Les accidents de la consommation* cit., p. 262 ss.

⁶ V. per tutti R. DE NOVA (*La convenzione dell'Aja* cit., p. 316) secondo il quale «il sistema è innegabilmente complesso e foriero di gravi incertezze nella messa in opera. La sua complessità, peraltro, non è tanto dovuta al fatto di essere frutto di un compromesso, come vedremo, quanto all'intento dei suoi autori di aderire il più possibile alle diverse eventualità, tenendo conto, graduandoli, dei vari e più appariscenti collegamenti che la «products liability» può presentare nella multiforme vita di relazione internazionale».

⁷ La Convenzione è entrata in vigore il 1° ottobre 1977. Per lo stato delle ratifiche v. *infra*, nt. 92.

1, fa salva l'applicazione delle convenzioni internazionali che disciplinino i conflitti di leggi in materia di obbligazioni extracontrattuali di cui uno Stato membro dell'Unione sia già parte al momento dell'adozione del regolamento. Questa previsione pone delicati problemi di coordinamento tra i due testi: la Convenzione dell'Aja è stata infatti ratificata da sei Paesi europei e l'atto comunitario contiene una norma di conflitto speciale (art. 5) dedicata alla «responsabilità da prodotti»⁸. Determinare con precisione l'ambito di applicazione della Convenzione diviene quindi un passaggio obbligato se si vuole verificare l'eventualità di un'applicazione parallela del regolamento nella materia considerata. In ogni caso, la clausola di compatibilità di cui all'art. 28 – giustificata dal necessario rispetto degli impegni internazionali assunti in precedenza dagli Stati membri⁹ – determina la coesistenza nell'ambito dell'Unione europea di più regimi giuridici sulla legge applicabile al danno da prodotto, frustrando in parte la volontà di uniformare la materia alla base del regolamento. L'analisi della Convenzione in rapporto al regolamento è rilevante anche sotto un altro punto di vista: alcune delle soluzioni adottate nell'atto comunitario riecheggiano quelle pattizie, mentre altre se ne discostano. Pare quindi interessante operare un raffronto fra i due testi.

2. LAVORI PREPARATORI.

Nel corso della X Sessione della Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato, tenutasi nel 1964, si decide di affrontare la questione della legge applicabile alla responsabilità civile. La Commissione istituita per lo studio dei relativi problemi conviene sull'opportunità di rinunciare all'elaborazione di un testo generale (la materia era divenuta troppo eterogenea per essere trattata in modo esaustivo nell'ambito di un'unica convenzione) e propone di procedere per tappe, esaminando separatamente le categorie di illeciti che rivestono maggiore interesse dal punto di vista internazionalprivatistico¹⁰. Come si è già rilevato, ad attirare l'attenzione sul danno da prodotto è la delegazione degli Stati Uniti che, avvertendo già la complessità e la rilevanza della tematica, suggerisce l'opportunità di elaborare una soluzione uniforme, ponendo l'accento sugli effetti positivi che una simile convenzione avrebbe avuto su un settore ancora relativamente inesplorato come quello in

⁸ V. *infra*, cap. 3.

⁹ Cfr. *considerando* n. 36 regolamento «Roma II».

¹⁰ V. *Conclusions de la Commission spéciale en matière d'actes illicites*, in *Actes et documents de la onzième session (7au 26 octobre 1968)*, t. III, *Accidents de la circulation routière*, L'Aja, 1970, p. 57 ss.

esame¹¹. Viene così convocata una Commissione speciale di esperti, incaricata di redigere un progetto preliminare che deve fungere da punto di partenza per i successivi lavori della Conferenza¹².

Fra le varie proposte trasmesse alla Commissione si segnala per la sua modernità quella statunitense¹³, che attribuisce al danneggiato la possibilità di scegliere se sottoporre la responsabilità del produttore al vaglio della legge del luogo di produzione ovvero del luogo in cui è entrato in possesso del prodotto difettoso o ancora del luogo in cui si è verificato il danno. L'opzione conferita al consumatore viene bilanciata da una «clausola» di prevedibilità a favore del produttore, secondo la quale le ultime due leggi richiamate possono essere invocate dal danneggiato solo se il convenuto era in grado di prevedere che quel prodotto o prodotti simili sarebbero circolati in quel Paese. Vengono poi previsti alcuni correttivi per i casi in cui l'attore invochi la responsabilità di soggetti diversi dal produttore, come ad esempio i rivenditori, o per l'ipotesi in cui sia un terzo danneggiato (c.d. *innocent bystander*) ad agire in giudizio contro il produttore.

Secondo Reese, delegato statunitense alla Conferenza e relatore della Commissione, una siffatta norma di conflitto risponderebbe in modo adeguato alle esigenze che si pongono in materia, tra le quali figurano la semplicità di applicazione, l'uniformità di risultati, l'equità nei confronti di tutte le parti coinvolte e la coerenza della disciplina conflittuale rispetto alle *policies* che animano il diritto sostanziale. L'autore ritiene inoltre che la proposta avanzata si ponga in linea con la prevalente giurisprudenza statunitense che, pur non avendo mai concesso all'attore la scelta della legge applicabile, utilizza di volta in volta i criteri di collegamento richiamati e tende in sintesi a favorire il danneggiato.

Nel corso dei lavori della Commissione speciale, il diritto d'opzione sulla legge applicabile viene sostenuto anche da altri e con diverse varianti. L'esperto danese, ad esempio, reputa opportuno consentire all'attore di scegliere tra la legge del luogo di residenza abituale della vittima, quella del luogo dell'ultima vendita (a condizione che prodotti analoghi

¹¹ V. W. L. M. REESE, *Products liability and choice of law: the United States proposals to the Hague Conference*, in 25 *Vand. L. Rev.*, 1972, p. 29 ss.

¹² La Commissione speciale di esperti, della quale Georges Van Hecke (Belgio) e Willis M. Reese (USA) sono rispettivamente il presidente e il relatore, si riunisce due volte, la prima dal 7 al 12 settembre 1970 e la seconda dal 29 marzo al 5 aprile 1971. Le conclusioni della Commissione speciale, il testo del progetto preliminare e il relativo Rapporto sono pubblicati in *Actes et documents* cit., rispettivamente a p. 92 ss., p. 105 s. e p. 107 ss. In dottrina, v. R. DE NOVA, *Il progetto preliminare dell'Aja sulla legge applicabile alla responsabilità del fabbricante per il suo prodotto*, in *Dir. internaz.*, 1971, p. 145 ss.; J.A. DE MENT JR., *International products liability; toward a uniform choice of law rule*, in 5 *Cornell Int. L. J.*, 1972, p. 75 ss.; M.L. SAUNDERS, *An innovative approach to international products liability: the work of the Hague Conference on private International law*, in 4 *Law & pol. int. bus.*, 1972, p. 187 ss.; M. FALLON, *Le projet de convention sur la loi applicable à la responsabilité du fait des produits*, in *Journal des Tribunaux*, 1974, p. 73 ss.

¹³ Sul punto v. W. L. M. REESE, *Products liability and choice of law* cit.

siano commercializzati nei Paesi in questione) e quella del luogo di produzione. V'è poi chi sostiene che la scelta dell'attore debba intervenire solo in via sussidiaria, in caso cioè di mancato funzionamento dei criteri di collegamento preventivamente richiamati, o ancora chi preferisce affidare al giudice la scelta della legge più favorevole al danneggiato fra quelle indicate dalla norma di conflitto¹⁴.

Questa linea di pensiero non trova, tuttavia, il favore della maggioranza degli esperti, che vedono la scelta concessa al danneggiato fra diverse leggi alternativamente applicabili come un indebito vantaggio attribuito *a priori* a una delle parti e considerano l'opzione affidata al giudice costellata di difficoltà e sostanzialmente aleatoria.

La soluzione privilegiata dalla Commissione speciale si fonda invece su un concorso successivo di criteri di collegamento, tecnica utilizzata sia nel testo adottato al termine della prima riunione che nel progetto preliminare. In entrambi i casi viene richiamata in prima istanza la legge della residenza abituale della persona direttamente danneggiata dal prodotto, purché il prodotto o prodotti analoghi siano stati commercializzati in quello Stato con il consenso, espresso o implicito, del produttore¹⁵. In seconda battuta, cioè nel caso in cui il Paese di residenza del danneggiato non coincida con quello in cui il prodotto è stato posto in commercio, si rinvia alla *lex loci commissi delicti*, sottoposta alla medesima condizione prevista nell'ipotesi precedente¹⁶. Se anche quest'ultima condizione non viene soddisfatta, si applica la legge del luogo in cui il produttore ha la propria sede principale¹⁷.

Da questa soluzione così come dalle proposte che sostengono il diritto di opzione sulla legge applicabile emerge sostanzialmente uno spirito innovativo, forse agevolato dallo stadio

¹⁴ Per una sintesi delle diverse soluzioni che contemplavano la concessione di un'opzione al danneggiato, v. R. DE NOVA, *Il progetto preliminare* cit., p. 147.

¹⁵ Cfr. art. 3 del progetto preliminare: «La loi applicable est la loi interne de l'Etat de la résidence habituelle, au moment de l'accident, de la personne lésée directement par le produit. Toutefois, cette loi ne s'applique pas si ni ce produit ni des produits de même origine et d'un même type n'étaient, dans cet Etat, mis dans le commerce avec le consentement exprès ou implicite de la personne dont la responsabilité est mise en cause»; «The applicable law shall be the internal law of the State of the habitual residence at the time of the accident of the person directly injured by the product. This law, however, shall not apply if neither this product nor products of the same origin and the same type were available in that State through commercial channels with the consent, express or implied, of the person claimed to be liable».

¹⁶ Cfr. art. 4 del progetto preliminare: «Dans le cas où la loi désignée à l'article 3 ne s'applique pas, la loi applicable est la loi interne de l'Etat dans lequel l'accident a eu lieu. Toutefois cette loi ne s'applique pas si ni le produit ni des produits de même origine et d'un même type n'étaient, dans cet Etat, mis dans le commerce avec le consentement exprès ou implicite de la personne dont la responsabilité est mise en cause»; «If the law designated in article 3 does not apply, the applicable law shall be the internal law of the State in which the accident occurred. This law, however, shall not apply if neither the product nor products of the same origin and the same type were available in that State through commercial channels with the consent, express or implied, of the person claimed to be liable».

¹⁷ Cfr. art. 5 primo comma del progetto preliminare: «Dans le cas où les lois désignées aux articles 3 et 4 ne s'appliquent pas, la loi applicable est la loi interne de l'Etat du principal établissement de la personne dont la responsabilité est mise en cause.»; «If neither of the laws designated in article 3 and 4 applies, the applicable law shall be the internal law of the State of the principal place of business of the person claimed to be liable».

embrionale in cui si trova la materia, che favorisce la creazione di nuove regole anziché la ricerca di un compromesso tra quelle già esistenti¹⁸. La volontà di staccarsi dal tradizionale principio del *locus commissi delicti* per abbracciare una soluzione *sui generis* si traduce nella scelta della residenza abituale della vittima come criterio di collegamento principale. La preferenza accordata a tale criterio è ispirata a un desiderio di protezione della parte lesa e si fonda sull'idea che il danno subito dal consumatore debba essere valutato in base alla legge del luogo in cui quest'ultimo vive perché è lì che verranno effettivamente avvertite le conseguenze dell'evento dannoso¹⁹. In tal modo, il danneggiato potrebbe usufruire di una legge a lui familiare e vedrebbe rispettate le proprie aspettative, che assumono come punto di riferimento il trattamento riservato, in situazioni analoghe, alle persone che condividono il medesimo contesto sociale²⁰.

La carica di novità espressa nei lavori preparatori viene tuttavia fortemente ridimensionata nel corso della XII Sessione della Conferenza, che non accoglie la soluzione prospettata nel progetto preliminare, considerata da taluni «rivoluzionaria»²¹, preferendo restituire una posizione predominante – almeno da un punto di vista formale – alla *lex loci*, che risulta tuttavia attenuata da una serie di eccezioni e rafforzata da altri criteri di collegamento, così da mitigare il carattere spesso fortuito del luogo in cui si verifica l'evento dannoso.

¹⁸ Si esprime in questi termini il *Memorandum* predisposto dal *Bureau Permanent* recante le conclusioni della Commissione speciale (in *Actes et documents* cit., p. 92 ss., a p. 100), secondo il quale: «Le stade embryonnaire de la matière est un élément de grande souplesse et, pour une fois dans l'histoire de la Conférence, une tentative est faite pour créer des règles de droit nouvelles plutôt que pour rechercher un compromis entre des solutions existantes».

¹⁹ V. W. L. M. REESE, *Report of the Special Commission* cit., p. 110. Nel commentare l'art. 3 del progetto preliminare, l'autore precisa: «The Committee felt free to propose a new rule to be written into the Convention which would find its justification in the part played by the damage in the victim's special environment. In the first place the damage will make itself felt – in the context of the victim's life – at the place where he is living. When one looks at the loss the victim suffers, it lies in the adverse effect on the justified expectancy he has of balancing his benefits and disadvantages in conducting his private life. Secondly, the law in force in the place where he is living tend to provide for compensation whenever, according to its philosophy, he should not finally be made to bear damage inflicted upon him. The social system in force may seek to provide for social compensation but will combine this with private law remedies. The important point here seems to be that the extent to which the interplay between the two remedies restores a balance in the victim's expectancies should be acceptable to him. In fact he will find himself in the same situation as all those who live in the community of which he forms a part, if they where to suffer the same damage».

²⁰ Sebbene in questa fase debba essere vista con favore la scelta di tale criterio, si noti che non garantisce l'applicazione di una legge necessariamente favorevole nei confronti del consumatore danneggiato.

²¹ V. Y. LOUSSOUARN, *La Convention de la Haye* cit., p. 40.

3. LA SOLUZIONE ACCOLTA DALLA CONVENZIONE.

3.1. AMBITO DI APPLICAZIONE.

Già dal titolo della Convenzione emerge che essa si occupa soltanto delle questioni connesse alla legge applicabile alla *products liability*, mentre traslascia i problemi relativi alla competenza giurisdizionale e al riconoscimento delle sentenze. Una delle ragioni di questa scelta, che risale ai lavori della Commissione speciale, è di evitare l'insorgere di conflitti con altri strumenti internazionali e, in particolare, con la Convenzione dell'Aja del 1° febbraio 1971 sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni straniere in materia civile e commerciale e con il relativo Protocollo. La stessa impostazione era stata seguita qualche anno prima nella Convenzione dell'Aja sulla legge applicabile agli incidenti della circolazione stradale²².

La disciplina convenzionale viene quindi in rilievo nelle situazioni che comportino un conflitto di leggi o, come si dice nel Preambolo, nei casi che presentino un elemento di «internazionalità»²³. Si ritiene che questo requisito debba essere interpretato in modo ampio, sì da essere soddisfatto ogni volta che l'estraneità riguardi solo la sfera soggettiva o solo quella oggettiva del rapporto. Pur in assenza di espresse indicazioni in merito, pare inoltre che il carattere internazionale della fattispecie debba essere valutato al momento del verificarsi del danno: non rilevano quindi i mutamenti di residenza o di sede (idonei a trasformare una fattispecie meramente interna in una internazionale) intervenuti in un momento successivo.

L'ambito di applicazione spaziale della Convenzione è stabilito dall'art. 11, il quale prevede che la Convenzione si applichi a prescindere da qualsiasi condizione di reciprocità²⁴. Le disposizioni contenute nella Convenzione hanno quindi portata universale, devono cioè essere applicate anche quando la legge designata sia quella di uno Stato terzo o quando tutti i punti di contatto della fattispecie siano localizzati in uno o più Stati terzi²⁵. La Convenzione

²² Convenzione dell'Aja del 4 maggio 1971 sulla legge applicabile agli incidenti stradali. Il testo è disponibile sul sito www.hcch.net. In argomento v. R. DE NOVA, *La Convenzione dell'Aja sulla legge applicabile agli incidenti stradali*, in *Diritto internazionale*, 1969, p. 104 ss.; B. DUTOIT, *La lex loci delicti* cit.

²³ Per l'esattezza il Preambolo nella versione inglese parla di «law applicable, in international cases, to products liability», mentre in quella francese di «loi applicable, dans les relations internationales, à la responsabilité du fait des produits». Sul punto v. in generale J.L. ELHOUEISS, *L'élément d'extranéité préalable en droit international privé*, in *Clunet*, 2003, p. 39 ss.

²⁴ Art. 11: «L'application des précédents articles de la présente Convention est indépendante de toute condition de réciprocité. La Convention s'applique même si la loi applicable n'est pas celle d'un Etat contractant»; «The application of the preceding Articles shall be independent of any requirement of reciprocity. The Convention shall be applied even if the applicable law is not that of a Contracting State».

²⁵ Si noti che le nozioni di convenzione avente effetti *erga omnes* e convenzione non subordinata alla reciprocità non sono esattamente coincidenti perché partono da punti di vista diversi. In proposito, S. BARIATTI (*L'interpretazione delle convenzioni internazionali di diritto uniforme*, Padova, 1986, p. 27) mette in evidenza come «considerando le convenzioni *erga omnes* si ha riguardo al campo di applicazione materiale della

diviene allora, in caso di ratifica, il diritto uniforme che disciplina la legge applicabile al danno da prodotto. Questo principio generale è temperato solo in parte dalla previsione dell'art. 13 sugli ordinamenti plurilegislativi, secondo il quale uno Stato che si compone di più unità territoriali, ciascuna dotata di proprie regole in tema di danno da prodotto, non è tenuto ad applicare gli articoli 4 e 5 della Convenzione quando tutti i criteri di collegamento utilizzati dalla stessa siano localizzati nel proprio territorio²⁶. In tal modo si tende a equiparare siffatti ordinamenti a quelli unilegislativi, che nella medesima situazione applicano il proprio diritto interno.

Dell'ambito di applicazione *ratione materiae* si occupano invece i primi tre articoli della Convenzione, che prendono posizione su questioni assai delicate e per questo ampiamente dibattute nell'ambito delle Commissioni deputate alla redazione del progetto preliminare e di quello definitivo. La specialità della disciplina della legge applicabile al danno da prodotto rispetto al regime generale della responsabilità extracontrattuale richiede uno sforzo particolare di definizione delle categorie considerate nel testo convenzionale. Rispondono a questa necessità gli articoli sopra menzionati, che cercano di tracciare minuziosamente i confini della materia. Alcune precisazioni – più che altro incidentali – non danno adito a particolari dubbi, come quella secondo cui «la présente Convention s'applique celles que soit la juridiction ou l'autorité appelée à connaître du litige», che vuole semplicemente sottolineare il fatto che le norme convenzionali trovano applicazione anche quando la domanda di risarcimento sia formulata in un giudizio amministrativo e penale. Altre invece meritano un opportuno approfondimento, anche alla luce dell'interpretazione che ne ha fornito la giurisprudenza.

3.1.1. LA NATURA DELLA RESPONSABILITÀ.

L'art. 1 definisce sinteticamente l'oggetto della Convenzione, stabilendo al primo comma che essa «détermine la loi applicable à la responsabilité des fabricants et autres personnes visées à l'article 3 pour les dommages causés par un produit, y compris les dommages résultant d'une description inexacte du produit ou de l'absence d'indication

disciplina in esse contenuta che è universale, mentre parlando di reciprocità si afferma come criterio individuante l'assetto dei diritti e degli obblighi degli Stati contraenti».

²⁶ L'art. 13, inserito su richiesta della delegazione del Regno Unito, dice testualmente: «Un Etat dans lequel différentes unités territoriales ont leurs propres règles de droit en matière de responsabilité du fait des produits ne sera pas tenu d'appliquer la présente Convention lorsqu'un Etat dont le système de droit est unifié ne serait pas tenu d'appliquer la loi d'un autre Etat en vertu des articles 4 et 5 de la présente Convention».

adéquate concernant ses qualités, ses caractères spécifiques ou son mode d'emploi». L'affermazione è completata dall'eccezione prevista dal secondo comma, che esclude dall'ambito di applicazione della Convenzione i rapporti tra la persona lesa e il presunto responsabile quando il prodotto sia stato trasferito direttamente dal secondo al primo²⁷.

Già nel corso dei lavori preparatori era emersa la volontà di escludere la materia contrattuale dall'ambito di applicazione di una Convenzione essenzialmente consacrata ai profili extracontrattuali della responsabilità, anche per evitare sovrapposizioni con la Convenzione dell'Aja del 15 giugno 1955 sulla legge applicabile alle vendite internazionali di cose mobili corporali²⁸. L'esperienza acquisita con l'elaborazione della Convenzione sulla legge applicabile agli incidenti stradali spinge però i redattori a seguire una strada diversa da quella precedente: per individuare le situazioni escluse dall'ambito di applicazione della Convenzione si preferisce ricorrere a una perifrasi priva di termini tecnico-giuridici, anziché definire espressamente la natura della responsabilità. L'intento è quello di svincolare il funzionamento della Convenzione dalla qualificazione *lege fori* di espressioni suscettibili di interpretazioni divergenti negli ordinamenti degli Stati membri²⁹. Coerente con questa impostazione è il Preambolo della Convenzione che si riferisce alla «responsabilité du fait des produits» senza connotarla in un senso o nell'altro.

In tal modo la Convenzione tende ad attenuare la distinzione classica tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, operando una qualificazione fattuale delle ipotesi che non rientrano nella Convenzione. Sebbene questo tentativo debba essere accolto positivamente, la formulazione finale della norma solleva qualche riserva perché sembra rendere inapplicabile la Convenzione tutte le volte che sia stato concluso un contratto tra le parti, anche se l'ordinamento o gli ordinamenti coinvolti ammettono il concorso tra i due regimi di responsabilità³⁰. Di parere contrario è tuttavia una parte della dottrina, che suggerisce di interpretare l'eccezione prevista dal secondo comma dell'art. 1 secondo la *ratio* che l'ha

²⁷ L'art. 1 comma II dice letteralmente: «Lorsque la propriété ou la jouissance du produit a été transférée à la personne lésée par celle dont la responsabilité est invoquée, la Convention ne s'applique pas dans leurs rapports respectifs». Nella versione inglese: «Where the property in, or the right to use, the product was transferred to the person suffering damage by the person claimed to be liable, the Convention shall not apply to their liability *inter se*».

²⁸ Cfr. W. L. M. REESE, *Report of the special commission*, in *Actes et documents* cit., p. 108.

²⁹ Cfr. W. L. M. REESE, *Explanatory report* cit., p. 252 ss., a p. 257. Parlando dell'eccezione contenuta nell'art. 1 comma II, il relatore sottolinea che «this exclusionary phrase does not contain such terms as 'contractual claims' or 'contractual relations'. This terms were avoided because the word 'contract' bears somewhat different spheres of application in different legal systems. Instead, it seemed preferable to describe in non-legal terms the situation that one intended to exclude».

³⁰ Sottolineano questo aspetto ad es. R. DE NOVA, *La convenzione dell'Aja* cit., p. 301; Y. LOUSSOUARN, *La Convention de la Haye* cit., pp. 38-39; H. DUINTJER TEBBENS, *International product liability* cit., p. 337 ss.; A. SARAVALLE, *Responsabilità del produttore* cit., p. 61 s. Sul tema del concorso tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, v. *infra* par. 3.3.

ispirata, cioè quella di evitare interferenze con la Convenzione dell'Aja del 15 giugno 1955: posto che quest'ultima si applica soltanto alle azioni fondate sulla responsabilità contrattuale, non vi sarebbe ragione di escludere dall'ambito di applicazione della Convenzione le *actions in tort* ogni volta che esiste un contratto tra le parti³¹.

Il criterio dell'assenza di trasferimento diretto tra parte lesa e presunto responsabile ha inoltre suscitato delle difficoltà interpretative in sede di applicazione pratica. La giurisprudenza francese aveva inizialmente considerato la circonlocuzione utilizzata dall'art. 1 secondo comma come sinonimo *tout court* di responsabilità contrattuale, dichiarando applicabile la Convenzione alle sole ipotesi di responsabilità extracontrattuale³². Una simile interpretazione ha delle notevoli implicazioni ogni volta che si debba individuare la legge applicabile ai rapporti tra sub-acquirente e produttore nell'ambito di una catena internazionale di contratti: nell'ordinamento francese tale azione diretta viene infatti qualificata come contrattuale³³.

Di recente, la Suprema corte francese ha rettificato la propria posizione affermando che «l'article 1^{er} de la convention de la Haye du 2 octobre 1973 qui détermine la loi applicable à la responsabilité des fabricants pour les dommages causés par un produit ne fait pas de distinction selon la nature de la responsabilité encourue»³⁴. Nel caso di specie, un orticoltore alsaziano danneggiato da una partita di torba difettosa ottiene il risarcimento dei danni subiti dal rivenditore francese, il quale agisce in regresso nei confronti del produttore tedesco. Tra le parti in causa non vi è stato alcun trasferimento diretto della merce difettosa, che l'attore ha acquistato da un distributore belga. Le responsabilità invocate si inseriscono quindi in una "catena internazionale" di tre contratti di compravendita conclusi rispettivamente tra il produttore tedesco e il distributore belga, tra quest'ultimo e il rivenditore francese, tra il rivenditore e l'utilizzatore finale (l'orticoltore danneggiato). Se la Corte operasse una qualificazione *lege fori* dell'azione esperita dal sub-acquirente contro il produttore, si ricadrebbe nella materia contrattuale, che, secondo l'interpretazione accolta in precedenza, esula dall'ambito di applicazione della Convenzione. Si noti tra l'altro che

³¹ V. ad esempio, C. G. J. MORSE, *Torts in private international law* cit. p. 342 s.; M. C. PRYLES, *Torts and related obligations* cit., p. 116 s.; J. J. FAWCETT, *Products liability in private international law* cit., p. 138. In questo senso v. anche Rechtbank Alkmaar, 22 dicembre 1988, in *NIPR*, 1989, n. 112. La Corte olandese applica la Convenzione nonostante le parti siano legate da una relazione contrattuale, senza peraltro menzionare nemmeno la questione.

³² V. Cass., 16 dicembre 1997, in *Revue critique*, 1998, p. 300 ss., con nota di P. LAGARDE.

³³ V. in proposito F. TERRE, Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Paris, 1994, p. 438 s.

³⁴ Cass., 7 marzo 2000, in *Revue critique*, 2001, p. 101 ss., con nota di P. LAGARDE. La Suprema corte conferma in tal modo la sentenza d'appello, che già aveva correttamente interpretato il criterio dell'assenza di trasferimento diretto tra parte lesa e presunto responsabile previsto dal secondo comma dell'art. 1. Cfr. App. Colmar, 8 luglio 1997, in *Revue critique*, 1999, p. 267 ss., con nota di J. BAUERREIS.

l'interpretazione dell'art. 1 è un fattore determinante per la soluzione della controversia nel merito: secondo il diritto tedesco, che viene in rilievo come *lex contractus*³⁵, l'azione sarebbe già prescritta, mentre in base al diritto francese, richiamato in forza della Convenzione, i termini di prescrizione non sarebbero ancora decorsi³⁶. Come anticipato, i giudici di legittimità propendono per quest'ultima soluzione, considerando irrilevante la natura della responsabilità invocata.

Nonostante il cambio di rotta della Cassazione, si rinvengono ancora decisioni dei giudici di merito nelle quali si sostiene che la Convenzione si applichi soltanto alla responsabilità extracontrattuale³⁷. È quindi intervenuta nuovamente la Suprema corte per fugare qualsiasi ulteriore oscillazione in merito³⁸.

3.1.2. GLI ELEMENTI COSTITUTIVI DELLA RESPONSABILITÀ.

Gli elementi costitutivi della responsabilità risultano dalla lettura combinata dei primi tre articoli della Convenzione e ruotano attorno ai concetti-chiave di danno e di prodotto, nonché alla definizione dei soggetti del rapporto.

Una prima notazione fondamentale riguarda il fatto che la Convenzione si applica ai danni causati *dal prodotto* (art. 1 primo comma), mentre ne restano esclusi i danni *al prodotto* e la relativa perdita economica, a meno che non si sommino ad altri danni (art. 2 lett. b). Nel rapporto che accompagna la Convenzione viene chiarito che gli «altri danni» menzionati nell'articolo 2 non devono necessariamente essere subiti dalla persona «à laquelle le produit lui-même a fait subir un préjudice». La portata di questa esclusione viene poi illustrata con un esempio: si prospetta il caso del proprietario di un'automobile rimasta in panne a causa di un difetto di fabbricazione, il quale, a causa dell'incidente di percorso, perde l'occasione di concludere un contratto vantaggioso. I diritti sorti in capo al proprietario e nei confronti del produttore per il rimborso delle spese di riparazione dell'auto e per la perdita conseguente alla mancata conclusione del contratto non rientrano nel campo di applicazione della Convenzione. Tuttavia, il testo convenzionale comprende anche i danni al prodotto, se

³⁵ Il diritto tedesco è richiamato dall'art. 3 primo comma della Convenzione dell'Aja del 15 giugno 1955 sulla vendita internazionale di cose mobili corporali, in quanto legge del luogo di residenza abituale del venditore.

³⁶ P. LAGARDE, in nota a Cass., 7 marzo 2000 ridimensiona peraltro le effettive differenze tra diritto francese e diritto tedesco.

³⁷ V. ad es. App. Versailles, 19 giugno 2003, disponibile sul sito www.legifrance.gouv.fr.

³⁸ Cass., 6 febbraio 2008, disponibile sul sito www.legifrance.gouv.fr.

nell'incidente il proprietario è rimasto ferito o se l'automobile ha danneggiato beni altrui, come ad esempio un muro.

L'opportunità di includere o meno i danni al prodotto è stata a lungo dibattuta in seno alla Commissione e la soluzione accolta dall'art. 2 è un ibrido non particolarmente felice. Come si è visto, il criterio dell'assenza di trasferimento diretto tra parte lesa e presunto responsabile ha essenzialmente lo scopo di escludere la materia contrattuale dall'ambito di applicazione della Convenzione. Non sembra quindi coerente con gli intenti della Convenzione il compromesso raggiunto nell'art. 2, posto che l'azione di risarcimento per i danni relativi alla perdita di valore del prodotto stesso viene generalmente promossa nei confronti del venditore diretto sulla base di strumenti contrattuali. Sarebbe stato diverso se, come è stato suggerito, si fosse accolta una soluzione unitaria per i danni causati dal prodotto e al prodotto³⁹.

In secondo luogo, va rilevato che la Convenzione non contiene una definizione esplicita delle nozioni di prodotto («produit», «product») e danno («dommage», «damage»), ma fornisce una serie di elementi che consentono di tracciarne i confini in modo abbastanza preciso. In particolare, ai sensi dell'art. 2 lett. a), la Convenzione si applica a tutti i prodotti, che siano naturali o industriali, grezzi o lavorati, mobili o immobili. Inoltre, come si ricava dalle categorie di persone potenzialmente responsabili indicate dall'art. 3, la Convenzione intende riferirsi sia ai prodotti finiti che alle parti componenti. Gli Stati contraenti, peraltro, hanno la facoltà di apporre una riserva che consente di non applicare la disciplina convenzionale ai prodotti agricoli non trasformati (art. 16). Queste brevi indicazioni e le considerazioni svolte nel corso dei lavori preparatori portano a ritenere che i contraenti abbiano dato per scontata la natura strettamente materiale dei beni oggetto della Convenzione, così escludendo dal relativo ambito di applicazione i danni derivanti dalla mera prestazione di servizi⁴⁰.

Per quanto riguarda invece il concetto di danno, l'art. 2 lett b) precisa che la Convenzione si applica a «tout dommage aux personnes ou aux biens, ainsi que [à] la perte économique»⁴¹. In tal modo si intende fornire un'accezione quanto mai ampia di danno, lasciando poi alla legge designata il problema della risarcibilità o meno delle diverse tipologie che possono venire in rilievo. Dall'art. 1 primo comma emerge poi che il danno può dipendere anche da un'inesatta descrizione del prodotto o da un'insufficiente indicazione delle sue

³⁹ V. H. DUINTJER TEBBENS, *International product liability* cit., p. 379.

⁴⁰ Ha approfondito questo aspetto M. FALLON, *Les accidents* cit., p. 454 ss.

⁴¹ La versione inglese dice: «For the purposes of this Convention – [...] b) the word “damage” shall mean injury to the person or damage to property as well economic loss [...]».

proprietà, caratteristiche o modalità d'uso. Con questa puntualizzazione si vuole evitare di restringere l'ambito di applicazione ai soli danni derivanti da un difetto intrinseco del prodotto.

Sotto il profilo soggettivo infine, l'art. 2 lett. c) chiarisce che il termine «persona» deve intendersi come comprensivo tanto delle persone fisiche che di quelle giuridiche. Questo rilievo incide soprattutto sulla legittimazione attiva perché estende il novero dei potenziali ricorrenti al di là dei consumatori in senso stretto (persone fisiche), con la conseguenza che la disciplina convenzionale si applica anche ai rapporti tra professionisti. Si noti inoltre che la Convenzione introduce una distinzione tra «personne lésée» e «personne directement lésée»: la prima espressione si riferisce a chiunque abbia subito un danno collegato a un'ipotesi di responsabilità da prodotto e serve a definire la sfera di applicazione della Convenzione, mentre la seconda indica la persona che per prima ha subito il danno e viene richiamata nelle disposizioni che individuano la legge applicabile. Nel caso in cui non vi sia coincidenza tra i due soggetti quindi, la localizzazione si effettua sulla base della residenza abituale della persona direttamente lesa o del luogo in cui quest'ultima ha acquistato il prodotto (artt. 4 e 5)⁴². La suddetta distinzione crea qualche ambiguità⁴³ e sembra discriminatoria nei confronti del ricorrente che viene privato del collegamento previsto in via principale dalla Convenzione (art. 5 lett. a) ogni volta che fatto illecito e residenza abituale della «parte direttamente lesa» si localizzano nel medesimo Paese⁴⁴. D'altro canto, il riferimento alla vittima diretta ai fini della localizzazione della fattispecie consente di assoggettare tutti i danneggiati (diretti e indiretti) ad un'unica legge e di garantire un più alto grado di prevedibilità della stessa⁴⁵. Va infine segnalato che l'ampia nozione di danneggiato accolta dalla Convenzione è idonea a comprendere anche il c.d. «*innocent bystander*».

Sul versante della legittimazione passiva invece, l'art. 3 contiene un'elencazione tassativa dei soggetti che possono essere chiamati a rispondere per i danni causati dal prodotto. Tali soggetti sono in pratica tutti coloro che appartengono alla catena di produzione e distribuzione, ad eccezione dei trasportatori. In particolare, vengono in rilievo i produttori di prodotti finali o di componenti, i produttori di prodotti naturali, i fornitori, «*les autres personnes, y compris les réparateurs et les entrepositaires, constituant la chaîne de préparation*

⁴² La facoltà di opzione concessa dall'art. 6 è invece ovviamente rimessa al ricorrente.

⁴³ La giurisprudenza talvolta non ha colto la distinzione, prendendo in considerazione la residenza della vittima indiretta anche ai fini della localizzazione della fattispecie; v. ad es. App. Colmar, 8 luglio 1997, cit. Nel caso di specie peraltro il fraintendimento non ha effettive conseguenze sull'individuazione della legge applicabile perché sia la «*personne directement lésée*» che la vittima indiretta hanno la propria residenza abituale in Francia.

⁴⁴ Cfr. W. L. M. REESE, *Explanatory report* cit., p. 258. Sul punto v. M. FALLON, *Les accidents* cit., p. 444.

⁴⁵ Sul punto v. anche *infra* par. 3.3.

et de distribution commerciale des produits», nonché gli «agents ou préposés de l'une des personnes énumérées ci-dessus». Nel rapporto che accompagna la Convenzione viene chiarito che il termine fornitore («fournisseur», «supplier») deve essere inteso in un'accezione molto ampia, in modo da comprendere non solo i venditori, ma anche coloro che danno il prodotto in deposito o in locazione. Rientrano poi in quest'ultima categoria anche coloro che trasferiscono a titolo gratuito il prodotto⁴⁶. I riparatori e i depositari sono contemplati dalla Convenzione soltanto nel caso in cui facciano parte della catena commerciale di produzione e distribuzione del prodotto.

3.2. LA DISCIPLINA DELLA LEGGE APPLICABILE.

La soluzione accolta dalla Convenzione per l'individuazione della legge applicabile alla fattispecie è racchiusa negli artt. 4, 5, 6 e 7 e si fonda su una complessa combinazione di criteri di collegamento accompagnata da una clausola di prevedibilità posta a tutela del presunto responsabile.

Ai sensi dell'art. 4, si applica la *lex loci commissi delicti* se il Paese in cui si è verificato il danno coincide con quello della residenza abituale della persona direttamente lesa o con quello dello stabilimento principale del convenuto o ancora con quello del luogo di acquisto del prodotto⁴⁷. In deroga al principio del *locus commissi delicti*, l'art. 5 prevede che si applichi la legge del Paese di residenza abituale del primo danneggiato se è anche la legge del luogo di stabilimento principale del convenuto o se vi è stato acquistato il prodotto⁴⁸. Se non si realizzano le combinazioni testé menzionate, l'art. 6 attribuisce alla vittima dell'illecito la facoltà di scegliere se applicare la legge del luogo in cui si trova lo stabilimento principale

⁴⁶ Cfr. W.L.M. REESE, *Explanatory report* cit., pp. 259-260.

⁴⁷ Art. 4: « La loi applicable est la loi interne de l'Etat sur le territoire duquel le fait dommageable s'est produit, si cet Etat est aussi : a) l'Etat de la résidence habituelle de la personne directement lésée, ou b) l'Etat de l'établissement principal de la personne dont la responsabilité est invoquée, ou c) l'Etat sur le territoire duquel le produit a été acquis par la personne directement lésée » ; «The applicable law shall be the internal law of the State of the place of injury, if that State is also – a) the place of the habitual residence of the person directly suffering damage, or b) the principal place of business of the person claimed to be liable, or c) the place where the product was acquired by the person directly suffering damage».

⁴⁸ Art. 5: «Nonobstant les dispositions de l'article 4, la loi applicable est la loi interne de l'Etat de la résidence habituelle de la personne directement lésée, si cet Etat est aussi : a) l'Etat de l'établissement principal de la personne dont la responsabilité est invoquée, ou b) l'Etat sur le territoire duquel le produit a été acquis par la personne directement lésée» ; «Notwithstanding the provisions of Article 4, the applicable law shall be the internal law of the State of the habitual residence of the person directly suffering damage, if that State is also – a) the principal place of business of the person claimed to be liable, or b) the place where the product was acquired by the person directly suffering damage».

del convenuto o la legge del luogo in cui si è verificato il danno⁴⁹. Risulta infine dall'art. 7 che la *lex loci* e la legge del luogo di residenza abituale della persona direttamente lesa sono effettivamente applicabili solo se il convenuto poteva ragionevolmente prevedere l'immissione in commercio del prodotto (o di prodotti dello stesso tipo) nei relativi Paesi⁵⁰.

I primi due articoli sono ispirati alla teoria americana del *grouping of contacts*, che sostiene l'opportunità di «sommare» più punti di contatto per individuare la legge più strettamente connessa alla fattispecie⁵¹. L'idea sottesa a questa impostazione è che non vi sia alcun criterio di collegamento idoneo di per sé a risolvere i casi di responsabilità da prodotto: il raggruppamento binario previsto da queste disposizioni serve quindi a scongiurare il rischio di applicare una legge collegata in modo troppo tenue al caso concreto. Viene comunque attribuito un ruolo di primo piano al *locus commissi delicti* e al luogo di residenza abituale della persona direttamente lesa, che, se combinati con uno qualsiasi degli altri punti di contatto considerati, determinano l'applicazione della legge di quel Paese. In caso di sovrapposizione tra l'art. 4 e l'art. 5, la precedenza deve essere accordata a quest'ultimo, come emerge dalla locuzione posta in apertura della disposizione stessa («notwithstanding the provisions of article 4», «nonobstant les dispositions de l'article 4»). La scelta dei redattori di anteporre formalmente il richiamo alla *lex loci* ha contribuito a complicare ulteriormente un sistema già intricato, divenendo talvolta fonte di equivoci per la giurisprudenza⁵².

Il rapporto che accompagna la Convenzione si premura di precisare il significato da attribuire all'espressione «place of injury-lieu du fait dommageable», consapevole delle ambiguità legate alla concretizzazione di questo criterio di collegamento. Ai fini della

⁴⁹ Art. 6: «Quand aucune des lois désignées aux articles 4 et 5 ne s'applique, la loi applicable est la loi interne de l'Etat du principal établissement de la personne dont la responsabilité est invoquée, à moins que le demandeur ne se fonde sur la loi interne de l'Etat sur le territoire duquel le fait dommageable s'est produit»; «Where neither of the laws designated in Articles 4 and 5 applies, the applicable law shall be the internal law of the State of the principal place of business of the person claimed to be liable, unless the claimant bases his claim upon the internal law of the State of the place of injury».

⁵⁰ Art. 7: «Ni la loi de l'Etat sur le territoire duquel le fait dommageable s'est produit, ni la loi de l'Etat de la résidence habituelle de la personne directement lésée, prévues par les articles 4, 5 et 6, ne sont applicables si la personne dont la responsabilité est invoquée établit qu'elle ne pouvait pas raisonnablement prévoir que le produit ou ses propres produits de même type seraient mis dans le commerce dans l'Etat considéré»; «Neither the law of the State of the place of injury nor the law of the State of the habitual residence of the person directly suffering damage shall be applicable by virtue of Articles 4, 5 and 6 if the person claimed to be liable establishes that he could not reasonably have foreseen that the product or his own products of the same type would be made available in that State through commercial channels».

⁵¹ Su tale teoria v. *supra* cap. 1, par. 2.2.2.

⁵² Cfr. App. Colmar, 8 luglio 1997, cit. I giudici si limitano a constatare che «il résulte des dispositions de l'article 4 de la convention qu'il échet d'appliquer la loi française puisque le fait dommageable s'est produit en France et que M. Jean-Paul Jost y a sa résidence habituelle», senza realizzare che nel caso di specie si ricadeva nell'ipotesi prevista dall'art. 5 lett. b), che prevede la coincidenza del luogo di residenza abituale della vittima con il luogo di acquisto del prodotto. L'equivoco tuttavia non ha ricadute sulla legge applicabile che è in entrambi i casi quella francese.

localizzazione della fattispecie, il giudice deve prendere in considerazione il luogo in cui gli effetti dannosi della condotta illecita vengono avvertiti per la prima volta dalla persona direttamente lesa. Sono quindi ininfluenti il luogo di produzione (*locus actus*) e il luogo in cui si realizzano le conseguenze indirette del fatto. Se il pregiudizio non viene avvertito immediatamente, come nel caso in cui una persona assuma una pillola o un alimento in un determinato Paese e inizi a sentirsi male in un altro, spetta al giudice valutare dove sia più opportuno localizzare l'illecito. Vengono lasciate alla discrezionalità del giudice anche le ipotesi in cui il danno sia la conseguenza di una pluralità di assunzioni avvenute in Stati diversi. La nozione di residenza abituale, invece, viene data per scontata: il rapporto si limita a chiarire che tale espressione può essere riferita tanto alle persone fisiche quanto a quelle giuridiche. Lo stesso può dirsi sulla nozione di principale stabilimento del presunto responsabile. Inoltre, né la Convenzione né il rapporto prendono posizione su due questioni suscettibili di creare incertezze in sede di applicazione pratica. La prima riguarda il caso in cui l'insorgere del danno sia collegato all'attività di una filiale situata in uno Stato diverso da quello della casa madre: viene ancora una volta lasciato al giudice il compito di valutare quale legge sia meglio applicare. Stesso esito per la seconda questione, relativa al momento in cui debbano essere valutate le nozioni di cui sopra, che possono essere soggette a variazioni nel tempo⁵³. Infine, per luogo di acquisto del prodotto deve intendersi quello in cui il soggetto è entrato materialmente in possesso del bene, indipendentemente dal luogo in cui è stato trasferito il diritto sul bene stesso⁵⁴. Come si è già rilevato nel paragrafo precedente, il criterio della residenza abituale e quello del luogo di acquisto si riferiscono alla persona direttamente lesa.

L'opzione contemplata dall'art. 6 interviene in via sussidiaria se i quattro criteri di collegamento considerati dagli articoli precedenti sono disseminati in Stati diversi o se coincidono soltanto il luogo di acquisto del prodotto e la sede del presunto responsabile. Si tratta di un'ipotesi eccezionale, regolata secondo una tecnica completamente diversa da quella utilizzata per gli articoli precedenti, che si atteggiava in maniera tendenzialmente neutrale

⁵³ Durante i lavori della Commissione alcuni delegati avevano sostenuto l'opportunità di prendere in considerazione il luogo in cui la parte risiedeva abitualmente quando si è verificato il danno, ma è prevalsa l'idea di non inserire alcuna clausola che risolvesse *a priori* il problema del conflitto mobile. Cfr. *Actes et documents* cit., p. 217. Sull'esito finale v. W. L. M. REESE, *Explanatory report*, in *Actes et documents* cit., p. 263. In dottrina, H. FISCHER (*The Convention on the law applicable* cit., p. 65) sostiene che la residenza abituale della vittima debba essere considerata al momento dell'insorgere del danno, mentre lo stabilimento principale del presunto responsabile nel momento in cui quest'ultimo perde il controllo sul bene, cioè sostanzialmente al momento della consegna. R. DE NOVA (*La Convenzione dell'Aja* cit., 326) ritiene invece pacifico che tali criteri debbano essere valutati entrambi al momento del verificarsi del danno.

⁵⁴ Cfr. W. L. M. REESE, *Explanatory report* cit., p. 262. In argomento v. anche M. FALLON, *Les accidents* cit. p. 404.

rispetto alle parti coinvolte. I sostenitori di una soluzione ispirata al *favor laesi* ottengono così un parziale riconoscimento delle proprie istanze, rigettate in via principale.

La facoltà di scelta concessa alla vittima è bilanciata dalla clausola di prevedibilità prevista dall'art. 7, che di fatto offre al presunto responsabile un'opzione, seppure indiretta e limitata, sulla legge applicabile. In base a quest'ultima disposizione, infatti, incombe sul convenuto l'onere di provare che non poteva ragionevolmente prevedere la commercializzazione del prodotto o di prodotti dello stesso tipo nel luogo di residenza abituale della vittima o nel luogo in cui si è verificato il danno. Basta quindi che il convenuto non invochi l'imprevedibilità della legge in questione, pur avendone la possibilità, se ritiene che la stessa sia più favorevole di quella del luogo in cui ha la propria sede. Sebbene l'art. 7 ponga semplicemente una condizione negativa senza esplicitare quale legge si debba applicare se quella individuata risulti imprevedibile, è evidente che si tratti, come anticipato, della legge del luogo in cui si trova lo stabilimento principale del convenuto, essendo l'unica legge sottratta al test di prevedibilità. L'utilizzo di un criterio di collegamento singolo si fonda sull'idea che non sia pregiudizievole per il convenuto l'applicazione della propria legge.

La concreta individuazione dell'ampiezza e del contenuto di tale clausola sollevano notevoli incertezze⁵⁵. Nel silenzio del rapporto esplicativo, sembra che la condizione di prevedibilità sia soddisfatta se il prodotto o prodotti analoghi dello stesso produttore siano immessi in commercio nello Stato in questione secondo i normali canali di distribuzione: decidere di commercializzare un prodotto in un determinato Stato significa sottomettersi consapevolmente alla disciplina della responsabilità ivi in vigore⁵⁶. Non è chiaro però che cosa debba intendersi per «prodotti dello stesso tipo» né tanto per «commercializzazione». Nel «rapporto Reese» manca inoltre qualsiasi indicazione sugli elementi che il convenuto deve addurre per dimostrare che non poteva «ragionevolmente prevedere» l'immissione in commercio del prodotto⁵⁷.

Il test di prevedibilità sembra pensato per tutelare il produttore soprattutto nel caso di commercio di beni usati o nel commercio B2B (quando implicino la distribuzione del

⁵⁵ V. per tutti H. DUINTJER TEBBENS, *International product liability* cit., p. 345 ss.

⁵⁶ In questo senso v. ad es. M. L. SAUNDERS, *An innovative approach* cit.

⁵⁷ Sul punto v. App. Rennes, 24 novembre 2004, disponibile sul sito www.legifrance.gouv.fr. Nel caso di specie la Corte respinge gli argomenti addotti dal convenuto che aveva invocato l'imprevedibilità della legge dichiarata applicabile ai sensi della Convenzione affermando: «considérant que la Sté GERHARD BUSCH GmbH, qui selon l'expert est le leader des banderoleuses d'étiquettes et en a fabriqué 3000 depuis 1963, ne peut valablement soutenir qu'elle ne pouvait "raisonnablement" prévoir que son produit serait mis en service en France; que les instructions de service sont d'ailleurs établies en langue française et que la Sté GERHARD BUSCH GmbH a dépêché lors de la livraison à l'imprimerie BRETCHER un technicien pour effectuer la mise en service de la machine».

prodotto in Stati diversi da quelli di distribuzione ufficiale). Se tuttavia si considera la condizione alla luce dei criteri previsti dagli artt. 4, 5 e 6, si nota che potrebbe restringere sensibilmente il funzionamento del sistema messo a punto dalla Convenzione. La combinazione di criteri di collegamento prevista dall'art. 4 lett. a) – coincidenza del luogo del danno con la residenza abituale della vittima – rischia infatti di essere «annullata» ogni volta che il prodotto o prodotti analoghi non siano commercializzati in quel Paese. Emblematico è il caso del turista che durante una vacanza all'estero acquista un prodotto locale e ne viene danneggiato una volta rientrato a casa.

3.3. QUESTIONI DISCIPLINATE DALLA *LEX CAUSAE* E LACUNE DELLA CONVENZIONE.

La presente Convenzione, così come la Convenzione dell'Aja sulla legge applicabile agli incidenti stradali⁵⁸, contiene una disposizione che individua la portata della legge regolatrice della responsabilità, l'art. 8⁵⁹. L'elencazione contenuta nell'articolo, che non è

⁵⁸ Cfr. Convenzione dell'Aja del 4 maggio 1971 sulla legge applicabile agli incidenti stradali, art. 8: «La loi applicable détermine notamment: 1. les conditions et l'étendue de la responsabilité; 2. les causes d'exonération, ainsi que toute limitation et tout partage de responsabilité; 3. l'existence et la nature des dommages susceptibles de réparation; 4. les modalités et l'étendue de la réparation; 5. la transmissibilité du droit à réparation; 6. les personnes ayant droit à réparation du dommage qu'elles ont personnellement subi; 7. la responsabilité du commettant du fait de son préposé; 8. les prescriptions et les déchéances fondées sur l'expiration d'un délai, y compris le point de départ, l'interruption et la suspension des délais»; «The applicable law shall determine, in particular - (1) the basis and extent of liability; (2) the grounds for exemption from liability, any limitation of liability, and any division of liability; (3) the existence and kinds of injury or damage which may have to be compensated; (4) the kinds and extent of damages; (5) the question whether a right to damages may be assigned or inherited; (6) the persons who have suffered damage and who may claim damages in their own right; (7) the liability of a principal for the acts of his agent or of a master for the acts of his servant; (8) rules of prescription and limitation, including rules relating to the commencement of a period of prescription or limitation, and the interruption and suspension of this period».

⁵⁹ Art. 8: «La loi applicable détermine notamment: 1. les conditions et l'étendue de la responsabilité; 2. les causes d'exonération, ainsi que toute limitation et tout partage de responsabilité; 3. la nature des dommages pouvant donner lieu à réparation; 4. les modalités et l'étendue de la réparation; 5. la transmissibilité du droit à réparation; 6. les personnes ayant droit à réparation du dommage qu'elles ont personnellement subi; 7. la responsabilité du commettant du fait de son préposé; 8. le fardeau de la preuve, dans la mesure où les règles de la loi applicable à ce sujet font partie du droit de la responsabilité; 9. les prescriptions et les déchéances fondées sur l'expiration d'un délai, y compris le point de départ, l'interruption et la suspension des délais»; «The law applicable under this Convention shall determine, in particular – (1) the basis and extent of liability; (2) the grounds for exemption from liability, any limitation of liability and any division of liability; (3) the kinds of damage for which compensation may be due; (4) the form of compensation and its extent; (5) the question whether a right to damages may be assigned or inherited; (6) the persons who may claim damages in their own right; (7) the liability of a principal for the acts of his agent or of an employer for the acts of his employee; (8) the burden of proof insofar as the rules of the applicable law in respect thereof pertain to the law of liability; (9) rules of prescription and limitation, including rules relating to the commencement of a period of prescription or limitation, and the interruption and suspension of this period».

esaustiva, riconosce alla *lex causae* un ambito di applicazione piuttosto ampio, onde evitare il frazionamento dei vari aspetti della fattispecie, che andrebbe a minare le esigenze di certezza e prevedibilità tanto importanti nella materia⁶⁰. In particolare, la legge designata ai sensi della Convenzione determina: i presupposti e il contenuto della responsabilità (1); l'ammissibilità delle esimenti, le limitazioni e la ripartizione della responsabilità (2); la natura dei danni risarcibili (3); le modalità e l'ammontare del risarcimento (4); la trasmissibilità (*inter vivos* e *mortis causa*) del diritto al risarcimento (5); i soggetti legittimati a chiedere il risarcimento del danno personalmente subito (6); la responsabilità per fatto altrui (7); l'onere della prova nella misura in cui le relative disposizioni della legge applicabile debbano essere considerate di natura sostanziale (8); le norme sulla prescrizione e decadenza «y compris le point de départ, l'interruption et la suspension des délais» (9).

Si tratta in sostanza di quasi tutte le problematiche attinenti al sorgere della responsabilità e alle relative conseguenze giuridiche. Sul primo versante, si noti che rientrano nella sfera di competenza della legge regolatrice della responsabilità sia la questione della trasferibilità del diritto al risarcimento agli eredi del defunto – che in questo caso non agiscono a titolo personale, ma come aventi causa del *de cuius*, facendo valere pretese che in origine spettavano a quest'ultimo – (punto 5) sia la questione della risarcibilità di coloro che, a seguito della morte di una persona, subiscono la lesione di un proprio diritto, a contenuto patrimoniale o non patrimoniale (punto 6). Quest'ultimo aspetto riguarda, in altri termini, il carattere risarcibile delle pretese avanzate dalle c.d. vittime secondarie dell'illecito, che, come si è rilevato in precedenza, rientrano nell'ambito di applicazione della Convenzione. La scelta di assoggettare alla medesima legge l'insorgere della responsabilità nei confronti tanto delle vittime primarie che di quelle secondarie appare opportuna sotto più punti di vista. Innanzitutto, in entrambi i casi viene in rilievo una questione connessa all'esistenza della responsabilità, giustamente ricondotta all'ambito di applicazione dalla *lex causae*, che meglio rappresenta l'assetto tipico degli interessi che vengono in rilievo. Inoltre, la soluzione opposta potrebbe essere alla base di discriminazioni tra le varie categorie di danneggiati da un medesimo evento dannoso: potrebbe infatti accadere che le vittime secondarie ricevano un trattamento più favorevole rispetto a quelle primarie.

Tra le condizioni di esistenza della responsabilità figura anche l'onere della prova, che però viene sottoposto alla *lex causae* solo «dans la mesure où les règles de la loi applicable à

⁶⁰ Nello stesso periodo, propendono per una soluzione il più possibile unitaria anche la risoluzione sulle obbligazioni extracontrattuali adottata dall'*Institut de Droit International* nella sessione di Edimburgo del 1969 e il progetto preliminare di convenzione sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali e non contrattuali elaborato nel quadro della Comunità Europea nel 1972.

ce sujet font partie du droit à la responsabilité» (punto 8). Si tratta di una formula ambigua, frutto di un compromesso tra coloro che sostenevano l'inclusione pura e semplice della questione e chi invece premeva perché venisse esclusa o limitata. Il testo della disposizione non chiarisce se la distinzione tra questioni sostanziali e questioni processuali debba essere operata *lege fori* o *lege causae*, ma la dottrina si è pronunciata a favore di quest'ultima soluzione⁶¹, che garantisce una maggiore coerenza nell'applicazione della legge regolatrice della responsabilità. Il giudice adito dovrà quindi valutare secondo i criteri propri della *lex causae* se una regola relativa all'onere della prova abbia carattere processuale o riguardi il fondamento della responsabilità. Sarebbe stato meglio evitare questo ibrido e includere *tout court* l'onere della prova nell'ambito della *lex causae*, visto che costituisce parte integrante della fattispecie.

Per quanto riguarda invece le conseguenze giuridiche della responsabilità, una questione particolarmente dibattuta è stata quella dei termini di prescrizione e decadenza. Le norme sulla prescrizione del diritto e sulla decadenza del termine per esperire l'azione vengono infatti concepite in modo diverso negli ordinamenti di *civil law* e *common law*: mentre nei primi gli viene riconosciuta natura sostanziale perché si ritiene che agiscano direttamente sul diritto fatto valere⁶², nei secondi la tendenza storica è quella di considerare i due istituti come aventi natura processuale e di assoggettarli quindi alla *lex fori*⁶³. Dopo alterne vicende⁶⁴, l'accordo raggiunto in seno alla Commissione prevede l'inserimento della questione nell'elenco di cui all'art. 8 (punto 9) e la possibilità per gli Stati di apporre una riserva in merito⁶⁵. Sebbene l'elenco contenuto nell'art. 8 non sia esaustivo, il fatto di non menzionare espressamente i termini di prescrizione e decadenza probabilmente sarebbe stato interpretato come un'esclusione degli stessi dall'ambito della legge applicabile: la Convenzione dell'Aja sugli incidenti stradali contiene infatti una disposizione analoga che non manca di richiamare questo aspetto e la differenza fra le due avrebbe potuto alimentare un'argomentazione *a contrario*. Lasciare la questione alla *lex fori* d'altro canto avrebbe significato incentivare il *forum shopping* e rendere meno agevole la composizione

⁶¹ V. R. DE NOVA, *La Convenzione dell'Aja* cit., p. 308; M. FALLON, *Le projet de convention* cit., p. 79; H. DUNTER TEBBENS, *International product liability* cit., p. 353.

⁶² In dottrina v. per tutti S.M. CARBONE, *Sulla legge regolatrice della prescrizione*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1966, p. 519 ss.; E. VITTA, *Diritto internazionale privato*, vol. III, Torino, 1975, p. 306 ss.

⁶³ Nell'ambito della giurisprudenza inglese v. ad es. *Black-Clawson International Ltd. v. Papierwerke Waldhof-Ashaffenburg AG* [1975] 1 AC 591.

⁶⁴ V. R. DE NOVA, *La Convenzione dell'Aja* cit., p. 311 s.;

⁶⁵ Cfr. art. 16.

stragiudiziale delle controversie, posto che le legislazioni nazionali presentano notevoli differenze sul punto. Si è quindi ritenuto preferibile raggiungere il suddetto compromesso.

Sebbene, come si è appena visto, l'art. 8 riconosca una portata abbastanza ampia alla legge regolatrice della responsabilità, essa dovrà essere coordinata con altre leggi che concorrono a disciplinare determinati aspetti della fattispecie. La Convenzione infatti non si pronuncia – volutamente – su un certo numero di questioni, alcune delle quali di particolare rilevanza, lasciando così alle norme di conflitto nazionali il compito di individuare la legge applicabile alle stesse.

In primis, il «rapporto Reese» precisa che la Convenzione non disciplina la possibilità delle parti di concludere accordi sulla legge applicabile alla controversia, l'azione diretta del danneggiato nei confronti dell'assicuratore del responsabile, la surrogazione e le azioni di regresso⁶⁶. Sul primo punto va rilevato che l'eventualità di un accordo delle parti per sottoporre la controversia a una determinata legge non è affatto remota: simili accordi si possono perfezionare dopo il verificarsi del danno o addirittura *ante factum* «as in the situation where the manufacturer sends a written warranty or guaranty to the purchaser or warranty is enclosed with the product»⁶⁷. Il silenzio della Convenzione su questo aspetto non comporta alcuna preclusione: l'esistenza, la validità e gli effetti degli accordi sulla legge applicabile conclusi dalle parti verranno semplicemente apprezzati sulla base del diritto internazionale privato del foro. Così è avvenuto ad esempio in un caso deciso dal tribunale di Rotterdam, che ha applicato il diritto olandese, considerando valida – alla luce del proprio diritto internazionale privato – la scelta di legge tacitamente operata dalle parti dopo il verificarsi del fatto dannoso⁶⁸.

Altra questione molto importante su cui, come si accennato, la Convenzione non ha preso posizione è quella dell'ammissibilità dell'azione diretta del danneggiato contro l'assicuratore del responsabile: spetterà ancora una volta alle norme di conflitto nazionali individuare la legge applicabile a questo «segmento» della fattispecie. Sul punto si registra una certa varietà di soluzioni: alcuni ordinamenti sottopongono la questione alla legge che regola il contratto di assicurazione⁶⁹, altri preferiscono che sia disciplinata dalla *lex loci*

⁶⁶ Cfr. W. L. M. REESE, *Explanatory report* cit., pp. 267-268.

⁶⁷ Cfr. W. L. M. REESE, *Explanatory report* cit., p. 268. Nel caso prospettato si perfezionerebbe un accordo tacito tra produttore e consumatore, posto che quest'ultimo non muove alcuna contestazione sulla designazione della legge applicabile prevista dalla garanzia che accompagna il prodotto.

⁶⁸ Rechtbank Rotterdam, 15 ottobre 1993, in *NIPR*, 1995, n.240.

⁶⁹ Così è ad es. nel diritto internazionale privato greco e in quello rumeno. La scelta di sottoporre la questione dell'ammissibilità dell'azione diretta alla legge del contratto di assicurazione si fonda sulla convinzione che l'esistenza e la portata delle obbligazioni che incombono sull'assicuratore non debba variare a seconda del luogo in cui si verifica il danno. Sul punto v. T. KADNER GRAZIANO, *La responsabilité délictuelle* cit., p. 106, nt. 532.

*commissi delicti*⁷⁰, v'è infine chi prevede il collegamento alternativo alle due leggi appena richiamate⁷¹, nell'intento di agevolare l'esercizio dell'azione, che rende più celere la definizione della controversia. La Convenzione dell'Aja sulla legge applicabile agli incidenti stradali accoglie una soluzione ancora più favorevole al danneggiato di quella da ultimo menzionata: in base all'art. 9, l'azione diretta è ammissibile se è prevista dalla legge individuata ai sensi della Convenzione stessa (artt. 3, 4 e 5) o, in mancanza, dalla legge del luogo in cui è avvenuto l'incidente o ancora, se nessuna di queste legge l'ammette, dalla legge del contratto di assicurazione⁷². L'introduzione di una disposizione analoga nella Convenzione sulla legge applicabile al danno da prodotto è stata al centro di un vivo dibattito⁷³, che ha portato a una decisione di segno negativo. Sulla scelta di non introdurla hanno pesato le pressioni delle compagnie di assicurazioni e il fatto che l'assicurazione in materia di responsabilità da prodotto fosse facoltativa (contrattuale), mentre era obbligatoria quella prevista in materia di responsabilità per danni da incidenti stradali⁷⁴. La mancata previsione di un regime di assicurazione obbligatoria nel settore considerato non significa che la stessa rivesta un ruolo di secondo piano nella relativa disciplina: proprio la possibilità del produttore di «distribuire» il rischio dell'attività d'impresa su vasta scala attraverso – tra l'altro – un'adeguata politica assicurativa è alla base del regime di responsabilità oggettiva accolto ormai in quasi tutti i Paesi industrializzati⁷⁵. È evidente in proposito l'importanza

In dottrina hanno sostenuto questa soluzione tra gli altri E. VITTA, *Diritto internazionale privato*, vol. III, Torino, 1975, p. 413 ss.; G. BEITZKE, *Les obligations délictuelles* cit., p. 127 ss.; O. KHAN-FREUND, *Delictual liability* cit., p. 149 ss.

⁷⁰ Si tratta della soluzione prevalentemente accolta nei sistemi nazionali di diritto internazionale privato dei Paesi europei. Tale azione infatti non trae origine dal contratto di assicurazione, ma è prevista dalla legge a favore di un soggetto che non è parte del contratto stesso. In dottrina si sono pronunciati a favore della competenza della legge regolatrice della responsabilità ad es. L. FERRARI BRAVO, *Responsabilità civile* cit., p. 107 ss.

⁷¹ V. art. 141 della legge svizzera di diritto internazionale privato; art. 40 comma quarto EGBGB. In dottrina v. ad es. A. SARAVALLE, *La responsabilità del produttore* cit., p. 324.

⁷² Cfr. Convenzione dell'Aja del 4 maggio 1971 sulla legge applicabile agli incidenti stradali, art. 9: « Les personnes lésées ont le droit d'agir directement contre l'assureur du responsable, si un tel droit leur est reconnu par la loi applicable en vertu des articles 3, 4 ou 5. Si la loi de l'Etat d'immatriculation, applicable en vertu des articles 4 ou 5, ne connaît pas ce droit, il peut néanmoins être exercé s'il est admis par la loi interne de l'Etat sur le territoire duquel l'accident est survenu. Si aucune de ces lois ne connaît ce droit, il peut être exercé s'il est admis par la loi du contrat d'assurance»; «Persons who have suffered injury or damage shall have a right of direct action against the insurer of the person liable if they have such a right under the law applicable according to Articles 3, 4 or 5. If the law of the State of registration is applicable under Articles 4 or 5 and that law provides no right of direct action, such a right shall nevertheless exist if it is provided by the internal law of the State where the accident occurred. If neither of these laws provides any such right it shall exist if it is provided by the law governing the contract of insurance».

⁷³ L'introduzione di una disposizione che regolasse la questione dell'ammissibilità dell'azione diretta è stata avanzata dalle delegazioni francese e belga, v. *Actes et documents* cit., p. 189.

⁷⁴ Cfr. *Actes et documents* cit., p. 191 ss.; W. L. M. REESE, *Explanatory report* cit., p. 268.

⁷⁵ Sul ruolo svolto dall'assicurazione nella disciplina del danno da prodotto v. ad es. M. BIN, *L'assicurazione della responsabilità civile da prodotti*, in G. ALPA, M. BIN, P. CENDON (a cura di), *La responsabilità del produttore*, Padova, 1989, p. 273 ss.

della disciplina conflittuale, specialmente sotto il profilo della prevedibilità. Si ritiene quindi che l'assenza di un'espressa statuizione in merito non sia giustificata dai rilievi suindicati e vada a discapito della certezza, requisito vitale nella materia in esame.

Strettamente connessa alla questione dell'azione diretta è quella dell'azione di regresso dell'assicuratore che abbia corrisposto l'indennità assicurativa, anch'essa affidata ai sistemi di conflitto nazionali. In questo caso si tratta di stabilire in base a quale legge debba essere valutato il diritto dell'assicuratore di subentrare al proprio assicurato, che può essere il consumatore danneggiato, in caso di *first party insurance*, ovvero il presunto responsabile, in caso di *third party insurance*. Dottrina e giurisprudenza hanno prospettato soluzioni divergenti sul punto: secondo alcuni la surroga dovrebbe essere regolata dalla legge del contratto di assicurazione; altri invece auspicano l'applicazione della legge regolatrice della responsabilità; altri ancora propendono per un'applicazione congiunta o alternativa delle due leggi⁷⁶. Nonostante la rilevanza pratica della questione, la Convenzione dell'Aja sugli incidenti stradali esclude espressamente la questione dal proprio ambito di applicazione e la presente Convenzione nulla dispone sul punto.

Rimanendo in tema di "interferenze" tra profili contrattuali ed extracontrattuali, occorre segnalare che la Convenzione non fornisce risposte alla questione del concorso tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale⁷⁷. Il problema si pone ogni volta che il consumatore danneggiato abbia acquistato il prodotto da un venditore che sia anche il produttore, avendo quindi la possibilità di scegliere se avvalersi della disciplina contrattuale o di quella aquiliana⁷⁸. Da un punto di vista internazionalprivatistico, si tratta di individuare la legge competente a stabilire se il concorso sia ammissibile o meno, nonché i relativi limiti. Buona parte della dottrina del tempo riteneva che ciascun istituto dovesse essere sottoposto alla legge naturalmente deputata a regolarlo⁷⁹. Più precisamente, secondo questa impostazione spetterebbe alla legge della responsabilità determinare se l'esistenza di un contestuale inadempimento contrattuale rappresenti un ostacolo all'ottenimento di una tutela in via extracontrattuale, mentre viceversa la *lex contractus* sarebbe competente a stabilire se

⁷⁶ Su tali diversi orientamenti v. gli ampi riferimenti contenuti in L. MARI, *Sulla legge della c.d. surroga assicurativa*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1975, p. 486 ss. In argomento v. anche A. SARAVALLE, *Responsabilità del produttore* cit., p. 324 ss.; T. K. GRAZIANO, *La responsabilité délictuelle* cit., p. 108. La soluzione ad oggi prevalente è quella che assoggetta la surroga alla legge del contratto di assicurazione.

⁷⁷ Si è rilevato nel pr. 3.1.1.

⁷⁸ In argomento v. ad es. G. PONZANELLI, *Il concorso di responsabilità: le esperienze italiana e francese a confronto*, in *Resp. civ. prev.*, 1984, p. 36 ss.; P.G. MONATERI, *Cumulo di responsabilità contrattuale e extracontrattuale*, Padova, 1989; C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità* cit., p. 555 ss.

⁷⁹ V. ad es. P. BOUREL, *Les conflits de lois* cit., p. 147 ss.; L. FERRARI BRAVO, *Responsabilità civile* cit., p. 112 ss.; O. KHAN-FREUND, *Delictual liability* cit., p. 132 s.

l'insorgere di una responsabilità aquiliana precluda l'esercizio dei rimedi contrattuali. Assoggettare a leggi diverse due aspetti di un'unica vicenda può presentare però notevoli inconvenienti⁸⁰, che sarebbero evitati ricorrendo a una soluzione unitaria. Un'interessante proposta in questo senso era stata avanzata dal delegato tedesco Lorenz che, rifacendosi alla dottrina del collegamento accessorio (*Akzessorische Anknüpfung*)⁸¹, suggeriva di risolvere le ipotesi di concorso sottoponendo l'obbligazione extracontrattuale alla legge applicabile al contratto⁸². La stretta connessione tra il pregiudizio subito e il rapporto contrattuale giustificerebbe la scelta di sottoporre tutte le questioni che possono sorgere in relazione a tale rapporto alla *lex contractus*. La tesi di Lorenz, ampiamente discussa anche dalla Commissione speciale, non trova il favore della Conferenza, che la rigetta facendo leva essenzialmente su due considerazioni. La prima riguarda il timore dei delegati di eccedere il proprio mandato, che non abbraccia la materia contrattuale, creando tra l'altro dei problemi di coordinamento con la Convenzione dell'Aja sulla vendita internazionale di cose mobili corporali. La seconda invece riflette la preoccupazione di sottoporre all'autonomia delle parti la responsabilità extracontrattuale. Come è già stato ampiamente illustrato in dottrina⁸³, entrambi i rilievi sono privi di un reale fondamento. Sotto il primo profilo, è sufficiente rilevare che una simile previsione non avrebbe in alcun modo sconfinato nella materia contrattuale, limitandosi a rinviare alle norme vigenti in materia (quali ad es. Convenzione del 15 giugno 1955) per la disciplina dell'obbligazione extracontrattuale sorta in presenza di un contratto tra le parti e ad esso strettamente collegata. Non appare convincente nemmeno il secondo argomento sollevato se si pensa che la stessa Convenzione non preclude alle parti la possibilità di concludere accordi sulla legge applicabile alla controversia, ma semplicemente non la disciplina, così rinviando alle soluzioni accolte a livello nazionale, spesso favorevoli a questa eventualità.

Sempre a proposito di «lacune», si noti infine che la Convenzione nulla dispone per i casi che coinvolgono una pluralità di attori o di convenuti. Quest'ultimo aspetto formava oggetto di una disciplina *ad hoc* nell'ambito del progetto preliminare – contenuta nell'art. 5 comma secondo –, finalizzata a garantire che la questione della responsabilità fosse regolata

⁸⁰ Sul punto v. in particolare L. FERRARI BRAVO, *op. ult. cit.*; A. SARAVALLE, *Responsabilità del produttore* cit., p. 288 ss.

⁸¹ Sull'opportunità di applicare la tecnica del collegamento accessorio al danno da prodotto v. G. BEITZKE, *Les obligations délictuelles* cit.

⁸² La proposta di Lorenz, da aggiungere al disposto dell'art. 1, prevedeva: «If the victim has acquired the product under a contract made with the defendant, liability in tort, if any, shall be governed by the law applicable to that contract», cfr. *Actes et documents* cit., p. 151.

⁸³ Cfr. H. DUINTER TEBBENS, *International product liability* cit., p. 339; A. SARAVALLE, *Responsabilità del produttore* cit., p. 293 ss.

da una legge unica per tutti i convenuti. Secondo tale disposizione «lorsque la responsabilité de plusieurs fabricants ou autres fournisseurs est mise en cause, la loi interne de l'Etat du principal établissement du fabricant du produit fini détermine la responsabilité de toutes ces personnes». Così formulato, l'art. 5 presentava dei gravi inconvenienti, che il relatore della Commissione speciale non ha mancato di evidenziare nel proprio rapporto⁸⁴. In primo luogo, la legge dello stabilimento principale del produttore finale avrebbe regolato la fattispecie anche nel caso in cui costui non fosse implicato in alcun modo nella vicenda. Il secondo comma dell'art. 5 rischiava inoltre di restringere sensibilmente l'ambito di applicazione delle disposizioni precedenti, che avrebbero dovuto cedere il passo ogni volta che fosse stata invocata la responsabilità di più soggetti. Da ultimo, la soluzione proposta avrebbe consentito tanto all'attore quanto al convenuto di intervenire in un certo senso sulla determinazione della legge applicabile: invocando o meno la responsabilità di più soggetti sarebbe stato possibile pilotare l'individuazione della *lex causae*. Per tutte queste ragioni la disposizione in esame non figura nella redazione definitiva. Vista la complessità della questione, i delegati hanno preferito non inserire nella Convenzione alcuna soluzione espressa, con il risultato che, in caso di pluralità di convenuti, a ciascuno di essi può essere applicata una legge differente. Va tuttavia rilevato che i criteri di collegamento previsti in via principale dagli artt. 4 e 5 della Convenzione (luogo in cui si è verificato il danno e residenza abituale della persona direttamente lesa) assicurano in pratica l'applicazione di una medesima legge ai diversi convenuti. Questo ovviamente non accade quando viene utilizzato come punto di contatto lo stabilimento principale del presunto responsabile, richiamato dagli artt. 6 e 7. I rilievi appena svolti possono essere ribaltati nei casi che coinvolgono una pluralità di attori.

In conclusione, si registra qualche limite nella formulazione dell'art. 8, che tuttavia riflette la volontà di salvaguardare l'unitarietà della *lex causae*, e ci si rammarica del fatto che la Convenzione non abbia colto l'occasione di dettare regole uniformi su temi di grande rilevanza pratica, come ad es. la questione del concorso o quella dell'azione diretta.

3.4. LIMITI ALL'APPLICAZIONE DELLA *LEX CAUSAE*: LE NORME DI SICUREZZA E DI CONDOTTA E L'ORDINE PUBBLICO.

L'applicazione della legge regolatrice della responsabilità, la cui portata è stata definita nel paragrafo precedente, può incontrare due ordini di limiti. Il primo è rappresentato

⁸⁴ Cfr. W. L. M. REESE, *Report of the Special Commission* cit., p. 113 ss.

dall'eventuale «presa in considerazione» delle norme di sicurezza e di condotta in vigore nel luogo in cui il prodotto è stato posto in commercio, anche se, più che di limite all'applicazione della *lex causae*, sarebbe meglio parlare di «interferenza»; il secondo è l'ordine pubblico internazionale, che costituisce la barriera tradizionale all'ingresso delle norme straniere che si pongano in contrasto con i principi fondamentali dell'ordinamento del foro.

L'art. 9 della Convenzione prevede che «l'application des articles 4, 5 et 6 ne fait pas obstacle à ce que soient prises en considération les règles de sécurité en vigueur dans l'Etat sur le territoire duquel le produit a été introduit sur le marché»⁸⁵. Tale disposizione in sostanza codifica la c.d. *datum theory*, secondo la quale gli *standards* (di comportamento e di sicurezza) propri di ordinamenti diversi da quello della *lex causae* possono essere presi in considerazione dal giudice adito come meri dati di fatto, che vanno a integrare il diritto applicabile, contribuendo alla formulazione del giudizio di responsabilità⁸⁶. La teoria si fonda sull'idea che, oltre all'ordinamento competente a disciplinare la fattispecie, ve ne possono essere altri «interessati» a vigilare sul comportamento del presunto responsabile all'origine del danno da prodotto: viene così attribuito un ruolo alle norme di natura pubblicistica che mirano a prevenire l'insorgere di danni nel luogo in cui viene posta in essere la condotta alla base della responsabilità. Nel caso di specie, tale condotta consiste nell'«introduzione sul mercato» del prodotto.

L'interpretazione dell'art. 9 solleva diversi interrogativi e mette in evidenza una serie di difficoltà che possono presentarsi in sede di applicazione pratica. Innanzitutto, non è chiaro che cosa debba intendersi per «Etat sur le territoire duquel le produit a été introduit sur le marché» («State where the product was introduced into the market»). Ci si può chiedere se tale espressione indichi lo Stato nel quale il produttore (e non uno degli altri potenziali convenuti) abbia offerto quel tipo di prodotto al pubblico *per la prima volta* ovvero *uno degli*

⁸⁵ Nella versione inglese l'art. 9 dispone: «The application of Articles 4, 5 and 6 shall not preclude consideration being given to the rules of conduct and safety prevailing in the State where the product was introduced into the market». La disposizione riproduce con qualche differenza l'art. 7 della Convenzione dell'Aja sulla legge applicabile agli incidenti stradali: «Quelle que soit la loi applicable, il doit, dans la détermination de la responsabilité, être tenu compte des règles de circulation et de sécurité en vigueur au lieu et au moment de l'accident»; «Whatever may be the applicable law, in determining liability account shall be taken of rules relating to the control and safety of traffic which were in force at the place and time of the accident».

⁸⁶ La prima formulazione della teoria si deve a Brainerd Currie, padre fondatore della «governmental interest analysis»: v. B. CURRIE, *On the displacement of the law of the forum*, in 58 *Colum. L. Rev.*, 1958, p. 964 ss., riprodotto in *Selected essays on the conflict of laws*, Durham, N.C., 1963, p. 3 ss. Un ruolo importante nello sviluppo di questa impostazione va riconosciuto poi ad Albert Ehrenzweig: v. A. EHRENZWEIG, *Local and moral data in the conflict of laws*, in 55 *Buffalo L. Rev.*, 1966, p. 55 ss., riprodotto in italiano (con qualche modifica) *Dati morali e dati di fatto in diritto internazionale privato*, in *Dir. internaz.*, 1967, p. 246 ss. Su tale indirizzo v. anche H. H. KAY, *Conflict of laws: foreign law as a datum*, in 53 *Calif. L. Rev.*, 1965, p. 47 ss.

Stati nei quali il prodotto sia stato offerto al pubblico o ancora *lo* Stato in cui il prodotto sia stato *fornito* all'utilizzatore finale⁸⁷. La norma inoltre non precisa se l'offerta al pubblico debba essere necessariamente effettuata dal produttore o debbano essere considerati anche i fornitori. Manca poi qualsiasi indicazione circa il momento in cui devono essere considerati gli *standards* di sicurezza e di condotta. Non è agevole nemmeno determinare che cosa significhi per il giudice «prendere in considerazione» tali norme. In proposito, si tende a escludere l'applicazione concorrente degli *standards* della *lex causae* e di quelli stranieri, ai quali si preferisce riconoscere una «funzione complementare», considerandoli semplici «elementi integrativi di un giudizio basato fundamentalmente sulle statuizioni di un altro sistema giuridico, quello della legge veramente «applicabile»⁸⁸. Secondo quest'interpretazione, si tratterebbe di prescrizioni che vengono in rilievo soprattutto nella valutazione della colpa o della buona fede del presunto responsabile. Infine, non è certo se l'art. 9 funzioni soltanto nel senso dell'attenuazione del regime di responsabilità imposto al presunto responsabile ovvero possa essere utilizzato anche a favore della vittima. Nel silenzio del rapporto – che peraltro cita ad esempio un caso in cui gli *standards* del luogo della condotta sono meno severi di quelli della *lex causae* – si ritiene preferibile pensare che tale strumento funzioni in entrambe le direzioni in un'ottica di equilibrio tra le parti⁸⁹.

Per quanto riguarda, invece, l'ambito di applicazione della disposizione, è evidente che la previsione dell'art. 9 viene in rilievo quando la *lex causae* non coincide con il luogo di commercializzazione del prodotto. Quindi, alla luce dei criteri di collegamento accolti dalla Convenzione, pare che l'applicazione della disposizione in esame sia astrattamente possibile in tutte le ipotesi contemplate dagli artt. 4, 5 e 6. Anche nel caso in cui ricorrano le

⁸⁷ Per un'analisi delle varie possibilità e dei rispettivi pro e contro v. M. FALLON, *Le projet de convention* cit., p. 78; ID., *Les accidents* cit., p. 416 ss.; H. DUINTER TEBBENS, *International product liability* cit., p. 352. La prima interpretazione riportata è stata prospettata da Fallon, che però ne rileva anche i vari inconvenienti. Sul punto v. anche W.L.M. REESE, *Explanatory report* cit., p. 268.

⁸⁸ Così R. DE NOVA, *La convenzione dell'Aja* cit., p. 329. Nel corso dei lavori preparatori i delegati si erano chiesti se la disposizione dovesse essere interpretata nel senso che il giudice può scegliere se applicare gli *standards* dell'una o dell'altra legge ovvero che deve applicare gli *standards* della *lex causae*, salvo tener conto, eventualmente, di quelli del luogo in cui il prodotto viene posto in commercio. La seconda soluzione sembra preferibile. Nello stesso senso v. ad es. M. FALLON, *Les accidents* cit., p. 249: «l'article 9 se contente de conditionner la mise en œuvre d'une règle de rattachement ».

⁸⁹ L'introduzione dell'art. 9 si deve all'iniziativa del delegato tedesco Lorenz, che aveva proposto di sostituire la clausola di prevedibilità contenuta nell'art. 7 con un altro strumento a favore del presunto responsabile. Tale strumento consisteva nella possibilità per il giudice di prendere in considerazione le prescrizioni in materia di sicurezza dei prodotti che fossero prevedibili per il presunto responsabile. Cfr. *Actes et documents* cit., p. 168. Il testo definitivo però non accoglie la sostituzione suggerita, inserendo nel testo sia l'una che l'altra disposizione. L'art. 9 quindi non deve più essere concepito come mezzo per compensare i vantaggi concessi alla parte lesa dall'opzione prevista dall'art. 6, ma come strumento «neutrale», che può venire in soccorso di entrambe le parti. In questo senso v. H. DUINTER TEBBENS, *International product liability* cit., p. 352; M. FALLON, *Les accidents* cit., p. 260. *Contra*: W. LORENZ, *Private international law with regard to products liability*, in *13 Law and State*, 1976, p. 29 ss.

combinazioni previste dall'art. 4 c) (luogo del danno e luogo di acquisto del prodotto) e dall'art. 5 b) (luogo di residenza abituale della vittima e luogo di acquisto del prodotto), può accadere che il luogo di acquisto del prodotto non rappresenti quello di immissione in commercio dello stesso: non vi è infatti coincidenza tra le due nozioni, basti pensare al commercio di beni usati o al commercio B2B che coinvolgano Paesi diversi. La condizione di prevedibilità contenuta nell'art. 7 non sembra idonea a restringere lo spazio applicativo dell'art. 9, visto che può essere invocata dal presunto responsabile in relazione alla legge individuata ai sensi degli artt. 4, 5 e 6.

In considerazione delle difficoltà applicative che può suscitare e dell'ampio ambito di applicazione riservato di fatto all'articolo, si ritiene che la clausola (più che introdurre un elemento di flessibilità nel sistema messo a punto dalla Convenzione) rappresenti – così formulata – un elemento di incertezza che va ad inserirsi in un sistema di per sé già particolarmente complesso.

Non desta invece particolari preoccupazioni l'altro limite alla *lex causae* previsto dalla Convenzione, cioè la tradizionale eccezione di ordine pubblico internazionale, contenuta nell'art. 10. Secondo tale disposizione, la legge straniera individuata ai sensi della Convenzione non si applica quando è manifestamente contraria all'ordine pubblico⁹⁰. Si tratta di una formulazione classica, che rispecchia sostanzialmente quella adottata nelle altre Convenzioni dell'Aja. L'avverbio «manifestamente» serve semplicemente a richiamare il carattere eccezionale che deve rivestire il ricorso a tale meccanismo: è possibile procedere all'evizione della legge straniera solo se urta i principi irrinunciabili dell'ordinamento del foro. Nel'ottica di un utilizzo accorto e limitato di questo strumento, il rapporto invita a preservare il più possibile l'applicazione della legge individuata ai sensi della Convenzione, che deve comunque disciplinare – se possibile – tutte le questioni che sfuggono al limite dell'ordine pubblico⁹¹.

⁹⁰ Art. 10: «L'application d'une des lois déclarées compétentes par la présente Convention ne peut être écartée que si elle est manifestement incompatible avec l'ordre public»; «The application of a law declared applicable under this Convention may be refused only where such application would be manifestly incompatible with public policy («ordre public»»).

⁹¹ Sulle problematiche specifiche che solleva questo istituto in relazione alla responsabilità del produttore v. *infra*, cap. 3, par. 3.5.3.

4. IL BILANCIO DELLA SOLUZIONE CONVENZIONALE.

Un primo bilancio della Convenzione può desumersi dal numero di Stati che ne hanno perfezionato il procedimento di ratifica. Sebbene questo dato non sia necessariamente indicativo della bontà (o meno) delle soluzioni adottate, rappresenta certamente un parametro del successo che la Convenzione ha riscosso a livello globale. A più di trentacinque anni dalla sua adozione il testo convenzionale è stato ratificato soltanto da undici Paesi, tra i quali non figurano gli Stati Uniti, che pure avevano sollevato la questione in seno alla Conferenza⁹². Un simile risultato non stupisce se si osservano le reazioni sostanzialmente negative manifestate da parte di diversi delegati alla Conferenza, nonché da numerosi esponenti della dottrina⁹³, sia durante i lavori che hanno condotto all'adozione della Convenzione sia immediatamente dopo.

Sembra inoltre ragionevole ritenere che il numero delle ratifiche non sia destinato ad aumentare, se non marginalmente. Innanzitutto, per quanto riguarda i Paesi membri dell'Unione europea, va considerato che, dopo l'entrata in vigore del regolamento «Roma II» sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali, tali ordinamenti perdono «il potere [...] di contrarre con gli Stati terzi obbligazioni che incidano su dette norme»⁹⁴. Pare quindi esclusa la possibilità di una futura ratifica della Convenzione da parte degli Stati membri dell'Unione che non ne fossero già parti al momento dell'adozione del regolamento⁹⁵. Per i

⁹² Alla fine del 2009 la Convenzione è in vigore in Croazia, Finlandia, Francia, Lussemburgo, Macedonia, Montenegro, Norvegia, Paesi Bassi, Serbia, Slovenia e Spagna. Lo stato aggiornato delle ratifiche è disponibile sul sito www.hcch.net.

⁹³ V. ad es. R. DE NOVA, *La Convenzione* cit. Per ulteriori riferimenti v. J.J. FAWCETT, *Products liability* cit., p. 147 ss.

⁹⁴ CGCE, sent. 31 marzo 1971, causa 22/70, *Commissione c. Consiglio (c.d. AETS)*, punti 16-19. Per l'esattezza la Corte enuncia il noto principio secondo il quale: «tutte le volte che (per la realizzazione di una politica comune prevista dal Trattato) la Comunità ha adottato delle disposizioni contenenti, sotto qualsivoglia forma, norme comuni, gli Stati membri non hanno più il potere – né individualmente né collettivamente – di contrarre con gli Stati terzi obbligazioni che incidano su dette norme. Man mano che queste norme comuni vengono adottate, infatti, si accentra nella Comunità la competenza ad assumere e ad adempiere – con effetto per l'intera sfera in cui vige l'ordinamento comunitario – degli impegni nei confronti degli Stati terzi. Di conseguenza, nell'attuare le disposizioni del Trattato, non è possibile separare il regime dei provvedimenti interni alla Comunità da quello delle relazioni esterne».

⁹⁵ Sebbene non sia affatto pacifico che la Comunità disponga di una competenza esterna esclusiva in tema di cooperazione giudiziaria in materia civile, nel caso di specie una simile conclusione sembra avallata dai principi dettati dalla Corte di giustizia nella sentenza *AETS* (sent. 31 marzo 1971, cit.) e nel parere del 7 febbraio 2006 (Parere 1/03, *Competenza della Comunità a concludere la nuova convenzione di Lugano concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale*). Infatti, in base alla c.d. *ERTA doctrine*, che viene ripresa e sintetizzata nel parere 1/03, va compiuta un'analisi caso per caso fondata anche sulla natura delle disposizioni comuni adottate dalla Comunità, oltre che sull'ambito di applicazione delle stesse. Il carattere universale del regolamento depone quindi a favore della soluzione prospettata. In argomento v. A. BORRÀS, *Diritto internazionale privato comunitario e rapporti con Stati terzi*, in P. PICONE (a cura di), *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, Padova, 2004, p. 449 ss.; ID., *Le droit international privé communautaire: réalités, problèmes et perspectives d'avenir*, in *Recueil des Cours*, t. 317,

sei Paesi europei nei quali la Convenzione era già in vigore (cioè Finlandia, Francia, Lussemburgo, Olanda, Slovenia, Spagna), le norme conflittuali di fonte pattizia prevalgono rispetto a quelle di origine comunitaria, salva la possibilità di denuncia della Convenzione stessa⁹⁶. Sembra inoltre fortemente improbabile che i Paesi in via di sviluppo possano decidere in futuro di ratificare la Convenzione. L'atteggiamento diffidente di tali Paesi è giustificato dal fatto che la disciplina convenzionale è decisamente sbilanciata a favore dei Paesi più progrediti. La preferenza accordata alla residenza abituale della vittima o al luogo in cui si è verificato il danno (artt. 4 e 5) determina in pratica un vantaggio concorrenziale per le imprese dei Paesi industrializzati e una scarsa tutela per i consumatori dei Paesi meno avanzati. In caso di esportazione verso i Paesi più sviluppati, si applicherebbero alla responsabilità da prodotto gli *standards* più elevati previsti da tali ordinamenti, mentre in caso di importazione i consumatori danneggiati dovrebbero accontentarsi dei livelli di tutela più bassi che caratterizzano i Paesi in via di sviluppo. Ovviamente il discorso è diverso se viene in rilievo la legge del luogo in cui ha sede il produttore, che però riveste un ruolo residuale nel sistema della Convenzione. Infine, è da escludere un'eventuale ratifica anche da parte della Svizzera o degli Stati Uniti: la prima, come si dirà a breve, ha adottato una disposizione *ad hoc* per i casi di responsabilità da prodotto caratterizzati da elementi di internazionalità, che si distacca volutamente dalla soluzione accolta nella Convenzione; i secondi hanno sempre visto la Convenzione come una risposta poco idonea alle esigenze che pone la materia⁹⁷.

L'esiguo numero di ratifiche intervenute (con la pesante assenza degli Stati Uniti) e le prospettive future poco rosee sono chiari indici del fatto che la Convenzione non sia stata accolta favorevolmente a livello internazionale, non riuscendo così a realizzare un'ampia unificazione delle norme di conflitto sulla responsabilità del produttore. In questo senso, si può dire che la Convenzione abbia raggiunto solo in minima parte uno degli obiettivi connaturati a qualsiasi convenzione di diritto internazionale privato, cioè quello di uniformare *effettivamente* un certo settore della materia.

2005, p. 313 ss., spec. p. 467 ss.; A. MALATESTA, S. BARIATTI, F. POCAR (a cura di), *The external dimension of EC private international law in family and succession matters*, Padova, 2008.

⁹⁶ Sul coordinamento della Convenzione con il regolamento (CE) n. 864/2007 v. *infra*, cap. 3 par. 4.3. Si noti fin d'ora che l'eventualità di denuncia della Convenzione da parte degli Stati europei che hanno ratificato la Convenzione non è poi così remota: autorevoli esponenti della dottrina si sono già espressi in questo senso, v. ad es. S. CORNELOUP, *La responsabilité du fait des produits*, in S. CORNELOUP, N. JOUBERT (sous la direction de), *Le règlement communautaire «Rome II» sur la loi applicable aux obligations non contractuelles*, Paris, 2008, p. 85 ss.

⁹⁷ In questo senso oltre a Reese v. ad es. F.K. JUENGER, *What now? Lack of cohesion in interest analysis theory*, in 46 *Ohio St. L. J.*, 1985, p. 509 ss., p. 518, e i rif. citati da J.J. FAWCETT, *Products liability* cit., p. 147 nt. 323. Oltre alle critiche mosse alla Convenzione dalla dottrina avevano manifestato parere contrario a un'eventuale ratifica da parte degli Stati Uniti l'*American Bar Association* e le associazioni di avvocati dedite alla tutela dei diritti dei consumatori.

Quest'ultimo rilievo consente di spostare l'attenzione sugli obiettivi che dovrebbero essere perseguiti nell'elaborare una simile convenzione, per valutare se effettivamente la soluzione accolta dalla Conferenza sia coerente con essi. In proposito, si ritiene – a partire dagli scritti di Ehrenzweig – che la disciplina conflittuale della responsabilità per danno da prodotto debba operare un equo temperamento delle esigenze di consumatori e produttori. Contemperare gli interessi di entrambe le categorie coinvolte significa, in estrema sintesi, tutelare la parte debole del rapporto (che subisce la lesione di beni primari, quali ad es. la salute e l'integrità fisica) senza pregiudicare ingiustamente gli interessi dell'industria, motore dell'economia nazionale: il produttore deve essere in condizione di preventivare i relativi costi, potendo contare sull'applicazione di una legge prevedibile. Quest'obiettivo condiviso può assumere peraltro due diverse connotazioni, che – operando una necessaria semplificazione – rispecchiano due diverse visioni del diritto internazionale privato. Vi è infatti chi auspica una soluzione che favorisca *a priori* la parte debole del rapporto, limitando le conseguenze pregiudizievoli che ne possano derivare in capo al produttore, in linea con un diritto internazionale privato permeabile ai «valori sociali». Vi sono altri invece che propendono per una soluzione equa nei confronti di entrambe le parti, ma al contempo equidistante rispetto agli interessi delle stesse, in ossequio a una concezione tradizionale che vede il diritto internazionale privato come tendenzialmente «neutro». Accanto al bilanciamento degli interessi delle parti – inteso sia in un senso che nell'altro – vengono poi in rilievo due obiettivi generali del diritto internazionale privato, che rivestono una particolare importanza nella materia: la certezza del diritto e la semplicità (per quanto possibile)⁹⁸ delle soluzioni conflittuali. Tali obiettivi rispondono a esigenze di «giustizia conflittuale», ma sono anche funzionali al raggiungimento dell'obiettivo sostanziale. Pare quindi opportuno valutare la soluzione convenzionale prendendo le mosse da questi ultimi per poi considerare la sua conformità rispetto all'obiettivo specifico.

Sotto il profilo della certezza, va senza dubbio rilevato lo sforzo definitorio compiuto dai redattori della Convenzione, che hanno cercato di precisare alcune delle nozioni-chiave contenute nel testo. Ulteriore chiarezza sulla portata dei vari concetti e sul funzionamento della Convenzione dovrebbe venire poi dal Rapporto redatto dal relatore alla luce delle conclusioni raggiunte nei lavori preparatori. Ciononostante, dall'indagine svolta è emerso un sistema costellato di piccole e grandi incertezze che vanno ben al di là del significato da attribuire alle espressioni di volta in volta utilizzate. Se in alcuni casi la scelta di lasciare al

⁹⁸ Più che di semplicità *tout court* sarebbe forse più corretto dire che l'obiettivo è quello di evitare un'inutile complessità.

giudice la soluzione di determinate questioni sembra giustificata da esigenze di flessibilità e giustizia del caso concreto, in molti altri tale tendenza rischia di frustrare la volontà di unificazione che anima la Convenzione. Le maggiori carenze si registrano nella disciplina della legge applicabile, fondata su nozioni che si prestano a interpretazioni divergenti nei diversi ordinamenti (o addirittura nel medesimo ordinamento) e talvolta formulata in termini approssimativi. In primo luogo, non vengono definiti i concetti di residenza abituale della persona direttamente lesa e di stabilimento principale del presunto responsabile (tale mancanza è particolarmente problematica con riferimento alle persone giuridiche); non si fornisce alcuna indicazione espressa per il caso in cui il danno sia strettamente collegato all'attività di una filiale; manca qualsiasi riferimento di carattere temporale che risolva *a priori* i problemi di conflitto mobile che possano sorgere. Inoltre, il collegamento della fattispecie al mercato di riferimento viene effettuato – a vario titolo – sulla base di concetti apparentemente diversi (perché formulati in maniera diversa), dei quali è difficile tracciare i confini: negli artt. 4 e 5 si richiama il «luogo di acquisto» del prodotto, nell'art. 7 si parla di «immissione in commercio» del prodotto e nell'art. 9 di luogo in cui il prodotto è stato «introdotto sul mercato», senza peraltro chiarire le ambiguità insite in queste espressioni. Per quanto riguarda poi i due articoli da ultimo menzionati, si può dire che la mancanza di precisione sia pressoché generalizzata. Non è del tutto esente da inconvenienti di questo tipo nemmeno l'individuazione dell'ambito di applicazione materiale della Convenzione: è discusso ad es. se il criterio dell'assenza di trasferimento diretto tra parte lesa e presunto responsabile precluda l'applicazione della Convenzione ogni volta che sia stato concluso un contratto tra le parti. Si noti infine che le innumerevoli lacune della Convenzione rappresentano un'ulteriore fonte di incertezza.

La situazione non è migliore sotto il profilo della semplicità di applicazione. La complessità del sistema accolto nella Convenzione deriva innanzitutto dal fatto che l'individuazione della legge applicabile debba passare attraverso ben quattro disposizioni (cinque se si conta anche l'art. 9 che prevede la possibilità del giudice di «prendere in considerazione» le norme di sicurezza e condotta del luogo in cui il prodotto è stato introdotto sul mercato). L'ordine degli articoli inoltre non rispecchia l'effettiva «gerarchia» ad essi assegnata: la legge del luogo di residenza abituale della persona direttamente lesa prevale sulla *lex loci* ogni volta che si verificano le combinazioni previste dall'art. 5, ma la locuzione che dovrebbe palesare la prevalenza del suddetto articolo («notwithstanding the provisions of article 4», «nonobstant les dispositions de l'article 4») ha in realtà generato equivoci sia in

dottrina⁹⁹ che in giurisprudenza¹⁰⁰. L'art. 7 poi, dedicato alla clausola di prevedibilità, si limita a porre una condizione negativa senza indicare la legge da applicare se quelle richiamate in via principale risultano imprevedibili per il produttore, costringendo l'interprete a trovare la risposta negli articoli precedenti. Nel corso della Sedicesima sessione della Conferenza la disciplina convenzionale è stata al centro delle critiche mosse dagli operatori del diritto di vari Paesi proprio per l'intrinseca complessità del sistema accolto¹⁰¹.

Per quanto concerne infine l'obiettivo di ordine sostanziale, l'intento della Convenzione – esplicitato da Reese nel proprio rapporto – è quello di assumere un atteggiamento neutrale nei confronti delle parti, cercando di individuare innanzitutto la legge che presenti una connessione significativa con la fattispecie (*v. grouping of contacts theory*). La Convenzione in sostanza intende restare fedele all'approccio spaziale classico, che si propone di individuare la legge «più giusta» secondo criteri territoriali. Ciononostante, come è stato autorevolmente rilevato in dottrina¹⁰², anche le regole di conflitto «neutre» sottendono un aspetto sostanziale perché il legislatore nel formularle opera delle scelte che dipendono anche da considerazioni di natura sociale. Nel caso di specie, sembra che la volontà di non favorire *a priori* né il danneggiato né il presunto responsabile si traduca in pratica in una soluzione complessivamente sbilanciata a favore del produttore. Innanzitutto, la parte lesa potrà usufruire dell'*optio legis* prevista dall'art. 6 in ipotesi marginali, mentre il presunto responsabile è ampiamente protetto dalla clausola di prevedibilità di cui all'art. 7 che, come si è avuto modo di rilevare, gli consente di esercitare a sua volta un'opzione sulla legge applicabile ogni volta che ricorrano le circostanze per poter invocare l'imprevedibilità della legge individuata. Inoltre, se dovesse prevalere un'interpretazione dell'art. 9 nel senso di un'attenuazione del regime di responsabilità e non viceversa, il presunto responsabile avrebbe un ulteriore strumento da poter utilizzare a suo favore. Con riferimento poi alla preferenza accordata al criterio della residenza abituale, si noti che, sebbene esso conduca

⁹⁹ V. ad es. G. ALPA, *Commento*, in *Politica del diritto*, 1973, p. 24 ss. L'Autore scrive: «In sede di redazione del testo definitivo, la Commissione ha mutato avviso ed ha scelto il criterio (tradizionale in materia di responsabilità civile) della *lex loci delicti commissi*», p. 26. E ancora: «la Convenzione prevede, quale criterio di scelta per l'applicazione della legge destinata a disciplinare la responsabilità del fabbricante «la legge interna dello stato sul cui territorio il fatto dannoso si è prodotto» (purché il medesimo Stato sia anche lo Stato di residenza abituale della persona lesa [...]) (art. 4); in mancanza, si applica la legge del luogo ove la vittima ha la residenza abituale (art. 5)», pp. 26- 27.

¹⁰⁰ V. nt. 51.

¹⁰¹ Cfr. *Actes et documents de la seizième session (3 au 20 octobre 1988)*, pp. 263 e 266, L'Aja, 1990-1991. Hanno sottolineato questo aspetto gli avvocati tedeschi, austriaci e svedesi. *Contra*, la delegazione norvegese ha ridimensionato le critiche, affermando – sulla base dell'esperienza maturata – che

¹⁰² V. G. KEGEL, *The crisis* cit., p. 185; F. POCAR, *La protection de la partie faible* cit., p. 355; P.M. PATOCCHI, *Règles de rattachement localisatrices et règles de rattachement à caractère substantiel*, Gèneve, 1985, pp. 265-266.

all'applicazione di una legge familiare al consumatore, non è detto che tale legge sia più protettiva degli interessi di quest'ultimo¹⁰³.

D'altro canto, se è vero che il sistema accolto si presenta sulla carta come più attento alle esigenze del presunto responsabile che a quelle del consumatore danneggiato, i rilievi svolti in precedenza sull'elevato grado di incertezza che discende dalla formulazione di varie disposizioni mettono in evidenza che la soluzione convenzionale non garantisce compiutamente nemmeno la prevedibilità della legge applicabile.

In conclusione, si ritiene che la Convenzione non sia coerente con gli interessi materiali sottostanti alla disciplina della fattispecie e non risponda in generale alle esigenze del settore¹⁰⁴, pur rappresentando un tassello fondamentale nell'evoluzione della materia. Come si è già avuto modo di sottolineare, la Convenzione costituisce infatti il primo esempio di regolamentazione specifica del danno da prodotto considerato in chiave internazionalprivatistica e contribuisce a sviluppare il relativo dibattito. L'interesse (positivo o negativo) suscitato dalla soluzione convenzionale favorisce lo studio autonomo della materia, nella sempre crescente consapevolezza delle sue peculiarità.

4.1. LA CONVENZIONE E LE CODIFICAZIONI EUROPEE DI DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO CHE ADOTTANO UNA NORMA *AD HOC* PER IL DANNO DA PRODOTTO: CENNI.

Preso atto dello scarso successo della Convenzione sulla scena internazionale e dei limiti che la contraddistinguono (se considerata in relazione alle esigenze che si pongono in questo settore), resta da verificare se la Convenzione abbia rappresentato un «modello persuasivo» per gli ordinamenti che hanno deciso di inserire nelle proprie codificazioni di diritto internazionale privato una norma specifica per il danno da prodotto. Può accadere infatti che i testi convenzionali, pur non essendo in vigore in un determinato Paese, influenzino comunque le soluzioni messe a punto dalla giurisprudenza¹⁰⁵ o fungano da modello per il legislatore nazionale che si accinge a disciplinare la materia.

¹⁰³ Basti pensare al caso in cui il produttore esporti i propri prodotti verso Paesi meno industrializzati, che fisiologicamente prevedono *standards* di protezione meno elevati.

¹⁰⁴ In questo senso v. ad es. G. ALPA, *Commento cit.*; A. SARAVALLE, *Responsabilità del produttore cit.*, p. p. 186 e 193; A. DAVÌ, *Responsabilità non contrattuale nel diritto internazionale privato*, in *Digesto sez. civ.*, 1998, p. 302 ss., a p. 327 s.

¹⁰⁵ V. ad es. l'influenza esercitata dal c.d. Progetto Benelux sulla giurisprudenza olandese in materia d'illecito, su cui S. BARIATTI, *L'influenza della legge uniforme cit.*

Come noto, nel corso degli anni Sessanta si è avviato in Europa un consistente movimento di codificazione nazionale del diritto internazionale privato¹⁰⁶ che, in materia di illeciti, ha condotto al mutamento del ruolo della *lex loci*. In estrema sintesi tale criterio, pur mantenendo un ruolo importante nella disciplina della materia, sempre più spesso viene affiancato da una serie di meccanismi volti a garantirne la flessibilità e tende ad assumere una funzione residuale rispetto alle disposizioni dedicate alle diverse categorie di illeciti¹⁰⁷. Dalla conclusione della Convenzione ai giorni nostri diverse leggi nazionali di diritto internazionale privato hanno ritenuto opportuno riservare un trattamento speciale al danno da prodotto. In ambito europeo, hanno provveduto in tal senso la Svizzera (1987)¹⁰⁸, la Romania (1992)¹⁰⁹, l'Estonia (1994)¹¹⁰, l'Italia (1995)¹¹¹, la Lituania (2000)¹¹² e da ultimo il Belgio (2004)¹¹³; mentre al di fuori dell'Europa si segnalano le norme *ad hoc* introdotte in Louisiana (1991)¹¹⁴, Tunisia (1998)¹¹⁵, Bielorussia (1998)¹¹⁶ e Russia (2001)¹¹⁷.

Nessuna delle soluzioni adottate rispecchia l'impostazione accolta nella Convenzione dell'Aja, almeno per quanto riguarda le disciplina della legge applicabile intesa in senso stretto (artt. 4, 5, 6 e 7). I legislatori nazionali hanno preferito percorrere strade diverse per garantire l'equo bilanciamento degli interessi delle parti. Considerando il contesto europeo, è possibile individuare un indirizzo legislativo prevalente, che si rifà a una delle due correnti dottrinali – già segnalate – sviluppatesi in Europa a partire dalla fine degli anni Sessanta¹¹⁸. A livello positivo ha trovato maggior riscontro la visione di coloro che, pur mirando a contemperare gli interessi di produttori e consumatori, si mostrano maggiormente sensibili

¹⁰⁶ In argomento v. per tutti T. BALLARINO, *Le codificazioni recenti nel diritto internazionale privato in Europa*, in G. BROGGINI (a cura di), *Il nuovo diritto internazionale privato in Svizzera*, Milano, 1990, p. 361 ss.

¹⁰⁷ V. *supra*, cap. 1 par. 1.

¹⁰⁸ Cfr. art. 135, Legge federale sul diritto internazionale privato del 18 dicembre 1987.

¹⁰⁹ Cfr. gli artt. 114-116 della legge n. 105 del 22 settembre 1992 riprodotta in francese in *Revue critique*, 1994, p. 172 ss., a p. 185, con commento di O. CAPATINA, *La réforme du droit international privé roumain*, *ibidem*, p. 167 ss.

¹¹⁰ Cfr. art. 166 dei Principi generali del codice civile del 28 giugno 1994.

¹¹¹ Cfr. art. 63 della legge n. 218 del 31 maggio 1995. Su tale disposizione v. F. POCAR, *Art. 63 (Responsabilità extracontrattuale per danno da prodotto)*, in AA.VV., *Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato: legge 31 maggio 1995, n. 218. Commentario*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1995, 1217 ss.; A. SARAVALLE, *Artt. 62 e 63*, in S. BARIATTI (a cura di), *Legge 31 maggio 1995, n. 218. Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, in *Nuove leggi civ.*, 1996, p. 1441 ss.; G. CONETTI, *Il danno da prodotto nel diritto internazionale privato*, in *Studium iuris*, 1996, p. 160 ss.; A. DAVI, *Responsabilità non contrattuale cit.*, p. 324 ss.

¹¹² Cfr. art. 1.43(5) del Codice civile adottato il 18 luglio 2000.

¹¹³ Cfr. art. 99 par. 2 punto 4° della Loi du 16 juillet 2004 portant le code de droit international privé.

¹¹⁴ Cfr. art. 3545 della legge sul diritto internazionale privato della Louisiana n. 923 del 1991, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1993, p. 237, con commento di S. SYMEONIDES, *La nuova normativa della Louisiana sul diritto internazionale privato in tema di responsabilità extracontrattuale*, *ibidem*, p. 43 ss.

¹¹⁵ Cfr. art. 72, Loi n. 98-97 du 27 novembre 1998, portant promulgation du code de droit international privé.

¹¹⁶ Cfr. art. 1130 del Codice civile del 7 dicembre 1998.

¹¹⁷ Cfr. art. 1121 del codice civile.

¹¹⁸ V. *supra*, cap. 1 par. 3.2.

alle esigenze di questi ultimi: le leggi svizzera, romena, estone e italiana prevedono infatti un'*optio legis* a favore del consumatore danneggiato, bilanciata da una clausola di prevedibilità che ridimensiona sensibilmente le conseguenze pregiudizievoli che potrebbero ripercuotersi sul produttore. Una posizione affatto diversa è invece adottata dal codice belga che, nel dichiarato intento di favorire la parte debole del rapporto, prevede un *rattachement fixe* alla legge della residenza abituale della vittima.

CAPITOLO 3

COORDINAMENTO A LIVELLO REGIONALE: LA LEGGE APPLICABILE ALLA RESPONSABILITÀ PER DANNO DA PRODOTTO NEL DIRITTO COMUNITARIO (TRA DIRITTO MATERIALE E DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO)

SOMMARIO: 1. Introduzione. 2. LA DISCIPLINA DEL DANNO DA PRODOTTO NELLE DIRETTIVE 85/374/CEE E 1999/34/CE. 2.1. La direttiva 85/374/CEE nel contesto della politica comunitaria di protezione dei consumatori. Obiettivi e base giuridica. 2.2. Il regime di responsabilità oggettiva e i concetti chiave della direttiva. 2.3. I tratti salienti della nuova disciplina: un sorvolo. 2.4. Il grado di armonizzazione della direttiva: *standard* minimo di tutela o armonizzazione completa? 3. LA LEGGE APPLICABILE ALLA RESPONSABILITÀ DA PRODOTTO NEL REGOLAMENTO (CE) N. 864 DEL 2007. 3.1. La genesi del regolamento e le vicissitudini della disposizione sul danno da prodotto. 3.2. Gli obiettivi perseguiti. 3.3. La disciplina della legge applicabile. 3.3.1. La scelta delle parti (art. 14 par. 1 del regolamento). 3.3.2. La «responsabilità da prodotti» (art. 5 del regolamento): ambito di applicazione materiale. 3.3.3. *Segue*: il «sistema a cascata» di criteri di collegamento, la clausola di prevedibilità e le clausole d'eccezione. 3.4. L'ambito della legge applicabile. 3.5. Il coordinamento con le disposizioni di altri ordinamenti e i limiti all'applicazione della *lex causae*. 3.5.1. Le norme di sicurezza e di condotta. 3.5.2. Le norme imperative applicabili in assenza di un accordo tra le parti, le norme di applicazione necessaria e le norme di conflitto speciali. 3.5.3. L'ordine pubblico e i danni punitivi. 4. I RAPPORTI TRA LE FONTI CHE CONCORRONO A DISCIPLINARE LA LEGGE APPLICABILE AL DANNO DA PRODOTTO NEGLI STATI MEMBRI DELL'UNIONE EUROPEA: l'art. 5 del regolamento e le disposizioni nazionali. 4.1. *Segue*: il coordinamento tra l'art. 5 del regolamento «Roma II» e la direttiva 85/374/CEE. 4.2. *Segue*: il coordinamento tra l'art. 5 del regolamento «Roma II» e la direttiva 2000/31/CE. 4.3. *Segue*: il coordinamento tra il regolamento «Roma II» e la Convenzione dell'Aja del 2 ottobre 1973.

1. INTRODUZIONE.

Il Parlamento europeo e il Consiglio dell'Unione hanno adottato l'11 luglio 2007 il regolamento n. 864/2007/CE sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali («Roma II»)¹. L'atto comunitario introduce negli Stati membri dell'Unione, ad eccezione della Danimarca², una disciplina di conflitto uniforme in materia di obbligazioni

¹ In *G.U.U.E.*, L 199 del 31 luglio 2007, p. 40 ss.

² V. Protocollo n. 5 sulla posizione della Danimarca (1997) allegato al TUE e al TCE. Va segnalato peraltro che la Danimarca ha di recente concluso con la Comunità due accordi volti a «recepire» il regolamento (CE) n. 44/2001 e il regolamento (CE) n. 1348/2000, applicabili dal 1° luglio 2007. Non è quindi da escludere che in

extracontrattuali che si applica dall'11 gennaio 2009 ai fatti dannosi intervenuti dopo la sua entrata in vigore³.

Il regolamento è una delle più recenti espressioni del fenomeno di «comunitarizzazione» del diritto internazionale privato⁴ ed è il primo atto di diritto derivato che si propone di regolare in maniera organica esclusivamente i conflitti di leggi. La “duplice natura” di tale atto, che è al contempo un testo comunitario e un testo di diritto internazionale privato, richiede all'interprete di ampliare il proprio angolo visuale, valutando le molteplici implicazioni che ne discendono. Innanzitutto, devono essere prese in conto le peculiarità che presenta la materia in considerazione della propria origine comunitaria. Basti pensare in proposito all'influenza che esercita l'ordinamento comunitario sugli obiettivi perseguiti in ambito internazionalprivatistico: la tradizionale neutralità delle norme sui conflitti di leggi e giurisdizioni viene accantonata in nome di un diritto internazionale privato funzionale alla realizzazione delle *policies* sostanziali dell'Unione⁵. In secondo luogo, va considerato che il regolamento si inserisce in un “tessuto” normativo assai complesso, che comprende fonti internazionali, atti di diritto comunitario derivato e norme nazionali, con i quali lo stesso è chiamato a coordinarsi. Tale esigenza di coordinamento è particolarmente evidente in relazione al regolamento n. 593/2008/CE (c.d. «Roma I») del 17 giugno 2008⁶ – che sostituirà la Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali⁷ – e al regolamento n. 44/2001/CE del 22 dicembre 2000 sulla competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, sostitutivo della Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968. I tre

futuro si proceda nello stesso senso anche con riferimento al regolamento «Roma II». Per quanto riguarda Regno Unito e Irlanda invece, che godono a propria volta di uno *status* particolare in forza del Protocollo ad esse relativo allegato ai Trattati (Protocollo n. 4 del 1997), il regolamento è vincolante perché i due Paesi hanno esercitato la facoltà di *opting in*.

³ Così dispongono gli artt. 31 (applicazione nel tempo) e 32 (data di applicazione) del regolamento. Sui problemi interpretativi suscitati da questi due articoli v. G. LÉGIER, *Le règlement «Rome II» sur la loi applicable aux obligations non contractuelles*, in *La semaine juridique – Edition générale*, I 207 (21 novembre 2007), p. 13 ss., specific. a p. 14 s.

⁴ Tra i numerosi contributi sul fenomeno della «comunitarizzazione» del diritto internazionale privato v. nell'ambito della letteratura italiana F. POCAR, *La comunitarizzazione del diritto internazionale privato: una «European conflict of laws revolution»?*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2000, p. 873 ss.; S. BARIATTI, *La cooperazione giudiziaria in materia civile dal terzo pilastro dell'Unione europea al Titolo IV del Trattato CE*, in *Dir. Un. eur.*, 2001, p. 261 ss.; P. PICONE (a cura di), *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, Padova, 2004. Da ultimo v. S. BARIATTI, *Casi e materiali di diritto internazionale privato comunitario*, Milano, 2009 e i contributi pubblicati in A. BONOMI (a cura di), *Diritto internazionale privato e cooperazione giudiziaria in materia civile*, Torino, 2009.

⁵ Sul punto v. ad es. S. M. CARBONE, *Obiettivi di diritto materiale e tendenze del diritto internazionale privato e processuale comunitario*, in *Il nuovo diritto europeo dei contratti: dalla Convenzione di Roma al regolamento «Roma I»*, Milano, 2007, p. 12 ss.

⁶ In *G.U.U.E.*, L 177 del 4 luglio 2008, p. 6 ss.

⁷ Per il testo consolidato v. *G.U.U.E.*, C 334 del 30 dicembre 2005, p. 1 ss.

strumenti comunitari sono infatti destinati a creare un complesso normativo unitario per le obbligazioni che attengono alla materia civile e commerciale, nell'intento di favorire – tra l'altro – la certezza del diritto e la prevedibilità delle soluzioni in vista della progressiva creazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia⁸.

Quest'ultimo aspetto presenta una particolare rilevanza in tema di legge applicabile alla responsabilità per danno da prodotto: la disciplina specifica dettata per la materia dall'art. 5 del regolamento si colloca in un contesto normativo già costellato di altre fonti, di varia natura, che hanno un'incidenza diretta sulla medesima problematica. *In primis*, come si è già anticipato, in virtù del proprio art. 28 par. 1, il regolamento «non osta all'applicazione delle Convenzioni internazionali di cui uno o più Stati membri sono parti contraenti [...] e che disciplinano i conflitti di leggi inerenti ad obbligazioni extracontrattuali», così sancendo il carattere “cedevole” delle norme comunitarie rispetto alla Convenzione dell'Aja del 1973 (la quale resta in vigore in Finlandia, Francia, Lussemburgo, Paesi Bassi, Slovenia e Spagna). Il regolamento viceversa prevale sulle norme interne con esso incompatibili, comportandone la disapplicazione da parte dei giudici nazionali⁹. Ciò significa che le disposizioni nazionali che riservano un trattamento *sui generis* al danno da prodotto sul piano del diritto internazionale privato – adottate, come si è detto, in diversi Paesi membri dell'Unione europea¹⁰ – sono inoperanti nella misura in cui rientrano nell'ambito di applicazione materiale e spaziale dell'art. 5.

Inoltre, la disciplina speciale contenuta nel regolamento deve essere coordinata con le norme materiali elaborate dalla Comunità europea (e oggetto di una successiva trasposizione da parte degli Stati membri) nel settore in esame o che comunque possano avere una correlazione con lo stesso. In proposito, si segnala innanzitutto l'opera di armonizzazione realizzata dal legislatore comunitario con la direttiva 85/374/CEE del 25 luglio 1985 «relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di responsabilità per danni da prodotto difettoso». Posto che il semplice *ravvicinamento* delle normative interne non fa venir meno l'interesse per la problematica

⁸ L'esigenza di coordinamento dei tre strumenti comunitari viene esplicitata nel preambolo dei regolamenti «Roma I» (*considerando* n. 7, 15, 17, 24) e «Roma II» (*considerando* n. 7). In argomento v. L. GAROFALO, *Il coordinamento tra le proposte di regolamento «Roma I» e «Roma II»*, in *Il nuovo diritto europeo dei contratti* cit., p. 203 ss. Sulle sinergie che scaturiscono da questo coordinamento v. E. LEIN, *La nouvelle synergie Rome I / Rome II / Bruxelles I*, in E. CASHIN RITAINE, A. BONOMI (éds.), *Le nouveau règlement européen «Rome I» relatif à a loi applicable aux obligations contractuelles*, Genève-Zurich-Bâle, 2008, p. 27 ss.

⁹ Come previsto dall'art. 249 TCE, il regolamento è fonte di norme direttamente applicabili all'interno degli Stati membri.

¹⁰ Tra i Paesi membri dell'Unione hanno riservato un trattamento speciale al danno da prodotto Romania (1992), Estonia (1994), Italia (1995), Lituania (2000), Belgio (2004), v. *supra*, cap. 2 par. 4.1.

internazionalprivatistica¹¹, resta da valutare l'effettiva incidenza della direttiva sulla questione della legge applicabile. Tale atto riveste senz'altro un'importanza fondamentale nell'individuazione del campo di applicazione dell'art. 5¹², ma v'è da chiedersi se si manifestino altre "interazioni" tra le norme sostanziali e le norme di conflitto di fonte comunitaria. Tra i limiti che il regolamento pone all'applicazione della *lex causae* possono essere annoverate le norme imperative (sia nazionali che comunitarie) applicabili in assenza di un accordo tra le parti (art. 14 parr. 2 e 3), le norme di applicazione necessaria (art. 16) e le norme di conflitto speciali (art. 27). Se non v'è dubbio che il regime di responsabilità previsto dalla direttiva sia inderogabile dalla volontà delle parti¹³, non è chiaro quale sia il grado d'imperatività di dette norme e se esse integrino una norma di conflitto speciale di cui all'art. 27 del regolamento.

In aggiunta, se il prodotto all'origine del danno è stato acquistato via *Internet*, si pone il problema del coordinamento tra l'art. 5 e la direttiva 2000/31/CE sul «commercio elettronico», menzionata espressamente dal *considerando* n. 32 del regolamento. Da più parti, infatti, si è sostenuto che il c.d. «principio dello Stato d'origine» accolto dalla direttiva governi anche le questioni internazionalprivatistiche che possono sorgere in caso di responsabilità contrattuale e non contrattuale.

Nel presente capitolo ci si propone quindi di esaminare i tratti fondamentali della direttiva 85/374/CEE (come modificata dalla direttiva 1999/34/CE) e del regolamento n. 864/2007 per poi delineare i rapporti esistenti tra le varie fonti (nazionali, comunitarie e internazionali) che concorrono a disciplinare la questione della legge applicabile al danno da prodotto negli Stati membri dell'Unione europea.

¹¹ Per quanto riguarda le fattispecie intracomunitarie, l'individuazione della legge applicabile rimane rilevante considerato che la direttiva non opera un'armonizzazione completa (v. *infra*, par. 2.4.); per quanto riguarda invece i rapporti con gli Stati terzi, i conflitti rimangono inalterati e l'importanza di una norma di conflitto è evidente.

¹² Come si vedrà, la Commissione rinvia espressamente alla direttiva per la definizione di alcune nozioni utilizzate nell'art. del regolamento, v. *infra*, par. 3.3.2.

¹³ Cfr. art. 12 della direttiva.

2. LA DISCIPLINA DEL DANNO DA PRODOTTO NELLE DIRETTIVE 85/374/CEE E 1999/34/CE.

2.1. LA DIRETTIVA 85/374/CEE NEL CONTESTO DELLA POLITICA COMUNITARIA DI PROTEZIONE DEI CONSUMATORI. OBIETTIVI E BASE GIURIDICA.

Nel corso degli anni Settanta si registra in Europa una crescente attenzione per la figura del consumatore che, in qualità di «partenaire (économique) de l'entreprise»¹⁴, svolge un ruolo importante nell'ambito del mercato interno. Si segnalano in proposito una serie di iniziative intraprese a livello sovranazionale volte ad assicurare una tutela più ampia ed efficace a tutti coloro che, acquistando beni o servizi al di fuori della propria attività professionale, si trovano in una posizione di debolezza. Il 17 maggio 1973 il Consiglio d'Europa adotta la «Carta di protezione del consumatore»¹⁵ e pochi anni dopo elabora un progetto di convenzione di diritto uniforme concernente la responsabilità derivante da prodotti difettosi in caso di lesioni personali o di morte¹⁶. La Comunità europea dal canto suo, preso atto che la realizzazione del mercato unico – fondato sulla libera circolazione di merci, persone, servizi e capitali – non poteva prescindere dalla protezione degli interessi dei consumatori, adotta nel 1975 il primo «programma preliminare per una politica di protezione e informazione del consumatore»¹⁷. Tale atto, richiamando la vocazione della Comunità al miglioramento costante delle condizioni di vita e alla promozione di uno sviluppo armonioso delle attività economiche, riconosce al consumatore un ruolo fondamentale nella ricerca di un nuovo equilibrio in seno al mercato, considerandolo però ancora in un'ottica strettamente funzionale a considerazioni di natura economica. Il programma fissa gli obiettivi da perseguire per l'instaurazione di una politica comunitaria dei consumatori e pone le basi per i futuri interventi degli organi della Comunità. In tale ambito vengono menzionati per la prima volta i diritti dei consumatori alla tutela della sicurezza e della salute, alla salvaguardia degli interessi economici, al risarcimento dei danni derivanti dall'acquisto o utilizzo di prodotti

¹⁴ M. FALLON, *Droit matériel général de l'Union européenne*, Louvain-la-Neuve, 2^{ème} éd., 2002, p. 461.

¹⁵ Su tale atto v. G. ALPA, M. BESSONE, *La «Carta europea dei consumatori»*, in *Riv. soc.*, 1974, p. 827 ss.

¹⁶ La prima versione del progetto risale al 24 luglio 1974, poi modificato il 27 gennaio 1977. Il testo può leggersi in G. ALPA, M. BESSONE, *La responsabilità cit.*, p. 212 ss. Per un commento v. G. ALPA, *In margine ad un progetto legislativo del Consiglio d'Europa in materia di responsabilità del fabbricante*, in *Riv. soc.*, 1975, p. 329 ss.; B. NASCIMBENE, *Progetti ed iniziative per una disciplina internazionale uniforme della responsabilità del produttore*, in *Impr., amb. e pubbl. amm.*, 1976, p. 748 ss..

¹⁷ Cfr. Risoluzione del Consiglio del 14 aprile 1975 riguardante un programma preliminare per della Comunità economica europea per una politica di protezione e di informazione del consumatore, in *G.U.C.E.* C 92 del 25 aprile 1975, p. 1 ss. La necessità d'instaurare una politica di protezione dei consumatori emerge per la prima volta nel corso del vertice di Parigi del 20-21 ottobre 1972. In quell'occasione i capi di Stato e di governo mettono in evidenza come «l'espansione economica, che non è un fine a sé stante, deve, con precedenza, consentire di attenuare le disparità delle condizioni di vita» traducendosi «in un miglioramento della qualità come del tenore di vita». Cfr. *Bollettino Com. eur.*, 1972, n. 10, p. 16.

difettosi o di servizi inadeguati e a ricevere informazioni sufficienti per operare una scelta sicura, razionale e consapevole.

È in questo contesto che prendono il via i lavori per l'elaborazione di una direttiva comunitaria che armonizzi la disciplina degli Stati membri in tema di responsabilità per danno da prodotto difettoso. L'iniziativa si inserisce in un disegno più ampio e in uno scenario in continua evoluzione, che vede la progressiva nascita di un'organica politica di tutela dei consumatori. L'intervento comunitario nel settore in discorso si atteggia inizialmente come una mera «politica di accompagnamento» rispetto all'obiettivo primario dell'instaurazione di un mercato comune. Gli atti adottati in questo periodo sono finalizzati all'abolizione degli ostacoli che si frappongono a una piena realizzazione delle libertà di circolazione e prendono in conto gli interessi dei consumatori in quanto funzionali a tale scopo¹⁸. In assenza di espresse indicazioni contenute nei Trattati, lo sviluppo di tale politica è affidato ai programmi d'azione elaborati dalla Commissione e approvati dal Consiglio¹⁹, attuati con l'adozione di specifici atti normativi, tra cui figura appunto la direttiva in discorso. Un primo riconoscimento testuale del rilievo accordato in ambito comunitario alla protezione dei consumatori si ha con l'Atto unico europeo del 1986, che introduce l'art. 100A (poi 95 CE, ora 114 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione), istitutivo di una nuova procedura per l'adozione di atti comunitari diretti all'instaurazione del mercato interno. Il par. 3 dell'articolo prevede infatti che la Commissione, nell'elaborare le proprie proposte con riferimento, tra l'altro, al settore considerato, debba basarsi «su un livello di protezione elevato». Con il Trattato di Maastricht del 1992 si arriva poi alla piena affermazione di una dimensione comunitaria di tutela dei consumatori, sancita dall'art. 3, che contempla tra le azioni della Comunità «un contributo al rafforzamento della protezione dei consumatori», e dall'art. 129A (poi art. 153 CE, ora trasfuso negli artt. 12 e 169 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea)²⁰, che conferisce un autonomo rilievo alla politica di difesa dei consumatori.

¹⁸ È significativo in proposito come la Corte di giustizia annoveri la «difesa dei consumatori» tra le esigenze imperative idonee a giustificare il mantenimento da parte degli Stati membri di barriere agli scambi intracomunitari, considerandola in tal modo come espressione del potere normativo statale. Cfr. CGCE, sent. 20 febbraio 1979, in causa 128/78, *Rewe-Zentral AG (c.d. Cassis de Dijon)*.

¹⁹ Cfr. Risoluzione del Consiglio del 14 aprile 1975 cit.; risoluzione del Consiglio del 19 maggio 1981 riguardante un secondo programma della Comunità economica europea per una politica di protezione e informazione del consumatore, in *G.U.C.E.*, C 133 del 3 giugno 1981, p. 1 ss.; risoluzione del Consiglio del 23 giugno 1986 concernente il futuro orientamento della politica della Comunità economica europea per la tutela e la promozione degli interessi del consumatore, *iibidem*, C 167 del 5 luglio 1986, p. 1 ss. etc.

²⁰ Per l'esattezza il par. 2 dell'art. 153 CE è confluito nell'art. 12 del Trattato sul funzionamento dell'Unione e recita: «nella definizione e nell'attuazione di altre politiche o attività dell'Unione sono prese in considerazione le esigenze inerenti alla protezione dei consumatori». I parr. 1, 3, 4 e 5 compongono l'attuale art. 169 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea.

La direttiva rappresenta quindi uno dei primi tasselli nella graduale realizzazione di un'organica politica dei consumatori e trova il proprio fondamento giuridico nell'art. 94 (ex art. 100 CEE, ora art. 115 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea) che, prima dell'introduzione del predetto art. 95, costituiva lo strumento al quale le istituzioni comunitarie facevano ricorso regolarmente per armonizzare le normative nazionali in vista del buon funzionamento del mercato interno. L'art. 94 consente al Consiglio di adottare all'unanimità «le direttive volte al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative che abbiano un'incidenza diretta sull'instaurazione o sul funzionamento del mercato comune» (direttive c.d. *di prima generazione*), mentre il successivo prevede la possibilità di adottare «misure» analoghe secondo la procedura di codecisione²¹.

Il primo progetto di direttiva viene presentato dalla Commissione al Consiglio nel 1976²², una nuova versione vede la luce nel 1979²³, ma è solo nel 1985 che si arriva all'adozione del testo definitivo²⁴. Il lungo e difficile *iter* che ha caratterizzato la direttiva è dipeso dalla ricerca di un compromesso che garantisse un'adeguata tutela della parte debole del rapporto senza tuttavia pregiudicare «ingiustificatamente» gli interessi del mondo industriale. Un aspetto particolarmente delicato era l'estensione o meno del regime di responsabilità previsto a carico del produttore ai c.d. rischi da sviluppo. La soluzione affermativa, accolta nella versione del 1979, sanciva di fatto l'introduzione di una forma di responsabilità assoluta, nella convinzione che il produttore fosse in ogni caso il soggetto più

²¹ Per un commento di tali articoli v. G. BOSCO, *Il mercato interno della Comunità economica europea*, Milano, 1990, p. 73 ss.; F. POCAR (a cura di), *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea*, Padova, 2001, p. 496 ss.

²² In *G.U.C.E.* C 241 del 14 ottobre 1976, p. 9.

²³ In *G.U.C.E.* C 271 del 29 ottobre 1979, p. 3.

²⁴ Direttiva del Consiglio CEE 85/374 del 25 luglio 1985 relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di responsabilità per danni da prodotto difettoso, in *G.U.C.E.* L 210 del 7 agosto 1985. Nella letteratura italiana v. tra gli altri M. S. SPOLIDORO, *Responsabilità per danno da prodotti difettosi: la direttiva CEE*, in *Riv. soc.*, 1985, p. 1471 ss.; A. FUSARO, *Note sulla direttiva comunitaria in tema di responsabilità del produttore*, in *Giur. comm.*, 1987, p. 130 ss.; G. ALPA, *L'attuazione della direttiva comunitaria sulla responsabilità del produttore. Tecniche e modelli a confronto*, in *Contratto e impresa*, 1988, p. 573 ss.; S. PIZZORNO, *La responsabilità del produttore nella direttiva del 25 luglio 1985 del Consiglio delle Comunità europee (85/374)*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1988, p. 233 ss.; A. DI MAJO, *La responsabilità per prodotti difettosi nella direttiva comunitaria*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, I, p. 21 ss.; F. CAPELLI (a cura di), *La responsabilità del produttore (con riferimento alla direttiva CEE n. 85/374)*, Parma, 1988. Nella letteratura straniera v. *inter alia* S. WHITTAKER, *The EEC directive on product liability*, in *Yearb. Eur. L.*, 1985, p. 233 ss.; H.J. DIELMANN, *The European Economic Community's Council directive on product liability*, in *Int. Lawyer*, 1986, p. 1391 ss.; J. GHESTIN, *La directive du 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux*, in *Dalloz*, 1986, I, p. 135 ss.; J.L. FAGNART, *La directive du 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits*, in *Cahiers dr. eur.*, 1987, p. 3 ss.; Y. MARKOVITS, *La directive C.E.E. du 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux*, Paris, 1990. Recentemente, v. D. FAIRGRIEVE, G. HOWELLS, *Rethinking product liability: a missing element in the European Commission's third review of the European product liability directive*, in *70 Mod. Law Rev.*, 2007, p. 962 ss. Come previsto dall'art. 21, la Commissione ha presentato al Consiglio relazioni quinquennali sull'applicazione della direttiva: COM(95) 617 def.; COM(2000) 893 def.; COM(2006) 496 def.

indicato per assorbire le conseguenze pregiudizievoli legate all'immissione sul mercato di prodotti difettosi. Le forti resistenze manifestate dall'industria crearono una situazione di stallo, che si è risolta lasciando alla discrezionalità di ciascuno Stato membro la decisione finale sul punto²⁵.

Le esigenze economiche che contraddistinguono le fasi iniziali del processo d'integrazione europea e che ispirano gli articoli sopra menzionati trovano riscontro negli obiettivi della direttiva, espressi nel primo *considerando*, secondo il quale l'intervento comunitario tende innanzitutto a evitare che le disparità esistenti fra le discipline dei vari Stati membri creino delle distorsioni della concorrenza e pregiudichino la libera circolazione delle merci nell'ambito del mercato comune. Lo stesso *considerando* richiama poi un altro obiettivo della direttiva, cioè quello di evitare disparità «nel grado di protezione del consumatore contro i danni causati alla sua salute e ai suoi beni da un prodotto difettoso»²⁶. I *considerando 2 e 7* mettono in evidenza come la protezione della parte debole del rapporto venga perseguita dal legislatore comunitario in modo tale da favorire un equilibrio tra diritti e obbligazioni di entrambe le parti, cercando altresì di garantire un elevato grado di certezza e prevedibilità tanto per il consumatore quanto per il produttore²⁷. L'esigenza di garantire una buona amministrazione della giustizia traspare infine dal *considerando n. 9*.

La sempre crescente attenzione dell'ordinamento comunitario per la tutela della salute e sicurezza dei consumatori sfocia di lì a poco nell'adozione della direttiva 92/59/CEE sulla sicurezza generale dei prodotti²⁸ (oggi sostituita dalla direttiva 2001/95/CE), che affianca alla disciplina privatistica una regolamentazione amministrativa di carattere generale. La tutela successiva garantita al consumatore dalla direttiva 85/374/CEE trova così un completamento nella previsione di meccanismi di tutela preventiva, che intervengono sulla fonte del rischio di danno, attraverso controlli sul processo produttivo e sul prodotto finito.

²⁵ Cfr. art. 15 lett. b).

²⁶ Sugli obiettivi alla base della direttiva v. diffusamente Y. MARKOVITS, *La directive* cit., p. 78 ss.

²⁷ La ricerca di un equo bilanciamento degli interessi delle parti emerge chiaramente dai *considerando 2 e 7* della direttiva che dicono rispettivamente: «considerando che solo la responsabilità del produttore, indipendente dalla sua colpa costituisce un'adeguata soluzione del problema specifico di un'epoca caratterizzata da progresso tecnologico, di una giusta attribuzione dei rischi inerenti alla produzione tecnica moderna»; «considerando che una giusta ripartizione dei rischi tra il danneggiato e il produttore implica che quest'ultimo possa esimersi dalla responsabilità se prova l'esistenza di alcuni fatti che lo liberano».

²⁸ Direttiva del Consiglio CEE 92/59 del 29 giugno 1992, in *G.U.C.E.*, L 228 dell'11 agosto 1992, p. 24. Per una valutazione delle relazioni esistenti tra la direttiva del 1985 e quella del 1992, v. A. CARUSO, *D. leg. 115/95: nuovi obblighi di sicurezza a carico del produttore*, in *Danno e resp.*, 1997, p. 428 ss.; F. CAFAGGI, *La responsabilità dell'impresa* cit., p. 1001 s. e 1019 ss.

2.2. IL REGIME DI RESPONSABILITÀ E I CONCETTI CHIAVE DELLA DIRETTIVA.

La disciplina comunitaria della responsabilità del produttore si apre con l'affermazione del principio generale secondo il quale «il produttore è responsabile del danno causato da un difetto del suo prodotto»²⁹. In tal modo l'atto comunitario si limita ad affermare il carattere oggettivo della responsabilità senza esplicitare la natura contrattuale o extracontrattuale della stessa. Dalla lettura dell'articolato della direttiva si evince peraltro che la responsabilità del produttore deriva dalla «messa in circolazione» di un prodotto difettoso e non dalla sua vendita, essendo quindi del tutto indipendente dall'esistenza di un rapporto contrattuale tra fabbricante e danneggiato. Secondo l'opinione prevalente quindi la direttiva accoglie un sistema di responsabilità di ordine extracontrattuale³⁰. V'è tuttavia chi ritiene che l'intenzione del legislatore comunitario fosse quella di «dépasser le clivage entre responsabilité contractuelle et delictuelle à fin de donner une protection semblable à toutes les victimes qu'elles soient cocontractant du fournisseur ou simple tiers», arrivando quindi a configurare una sorta di responsabilità *sui generis* per il danno da prodotto, caratterizzata da una natura ibrida e per questo non interamente riconducibile a nessuna delle due categorie tradizionali³¹.

Non vi sono dubbi invece sull'adozione di un regime di *strict liability*, ispirato al modello nordamericano e giustificato storicamente dal maggior potere contrattuale del produttore rispetto al consumatore, dalla possibilità di distribuire i rischi all'interno di una determinata organizzazione sociale – attuata attraverso il meccanismo assicurativo –, nonché dall'internalizzazione dei costi derivanti dai danni causati dai prodotti difettosi³². L'anzidetto regime dovrebbe quindi consentire ai consumatori danneggiati di ottenere un'adequata forma di risarcimento, favorendo al contempo una razionalizzazione delle attività d'impresa potenzialmente dannose e incentivando i processi di prevenzione del danno.

La natura oggettiva della responsabilità prevista dall'art. 1 sembra individuata in maniera unitaria, senza alcun riferimento alla distinzione classica tra le varie tipologie di

²⁹ Cfr. art. 1 direttiva 85/374/CEE.

³⁰ In questo senso v. ad es. A. DI MAJO, *La responsabilità* cit., p. 33; G. PONZANELLI, *Art. 1 (Responsabilità del produttore)*, in R. PARDOLESI, G. PONZANELLI, *La responsabilità per danno da prodotti difettosi, Commentario al d.p.r. 24 maggio 1988, n. 224 di attuazione della direttiva CEE n. 85/374*, in *Nuove leggi civ.*, 1989, p. 506 ss.; G. SACERDOTI, *Foro competente e legge applicabile alla responsabilità per danni da prodotto nella Comunità europea*, in F. CAPELLI (a cura di), *La responsabilità del produttore* cit., p. 301 ss., p. 303; J.L. FAGNART, *La directive* cit., p. 8; B. PFISTER, *Considerazioni di diritto comparato sulle leggi europee in tema di responsabilità da prodotto*, in S. PATTI (a cura di), *Il danno da prodotti in Italia-Austria-Repubblica Federale di Germania-Svizzera*, Padova, 1990, p. 219 ss.; G. ALPA, *L'attuazione della direttiva* cit., p. 18.

³¹ V. J. HUET, *Responsabilité du fait des produits défectueux*, in *Juris Classeur Europe*, 1991, p. 6 ss.

³² Si tratta dei tre presupposti tradizionalmente posti a fondamento del sistema di responsabilità oggettiva. Sul punto v. per tutti G. PRIEST, *The invention of enterprise liability: a critical history of the intellectual foundations of modern tort law*, 14 *J. Leg. Studies*, 1985, p. 461 ss.

difetti elaborata in dottrina³³. Ciononostante, per apprezzare la reale portata del regime di responsabilità accolto dalla direttiva è necessario leggere la suddetta previsione generale alla luce delle altre disposizioni, tra le quali si segnalano in particolare l'art. 6 sulla nozione di difetto, l'art. 7 che indica le cause di esclusione della responsabilità e l'art. 9 sulle limitazioni al danno risarcibile. In proposito, si noti che esistono diverse forme di responsabilità che prescindono dalla colpa, come ad es. la responsabilità assoluta e quella per rischio d'impresa. La prima rappresenta di fatto una garanzia posto che non ammette prova contraria e comprende generalmente i c.d. rischi da sviluppo, mentre la seconda fonda la responsabilità del produttore sulla mera esistenza di danni causati dal prodotto, anche se normalmente lo stesso non è chiamato a rispondere di tutti i danni che ne sono derivati³⁴. Nel caso di specie si ritiene che il legislatore comunitario abbia configurato un sistema di responsabilità oggettiva «limitata», considerato che è necessaria la presenza di un difetto³⁵, sono previste specifiche cause di esclusione della responsabilità e vengono posti dei limiti al danno risarcibile.

Già da queste brevi notazioni emerge chiaramente che l'impianto della direttiva ruota attorno ai due concetti fondamentali di *prodotto* e *difetto*. Ai sensi dell'art. 2, per «prodotto» si deve intendere ogni bene mobile, anche se incorporato in un altro bene mobile o immobile, inclusa l'elettricità. La definizione deve essere poi integrata alla luce delle precisazioni contenute nell'articolo successivo, dedicato al profilo soggettivo della responsabilità, che mettono in evidenza come il bene mobile considerato debba essere il risultato di un'attività professionale³⁶. In origine, erano esclusi dal regime di responsabilità previsto per gli altri beni mobili i prodotti agricoli del suolo, dell'allevamento, della pesca e della caccia che non avessero subito successive trasformazioni. L'art. 15 lett. a) consentiva peraltro ai legislatori nazionali di estendere l'ambito di applicazione della direttiva fino a ricomprendere tali prodotti. Tale discrezionalità è venuta meno per effetto della direttiva 1999/34/CE che ha assoggettato i danni derivanti dai prodotti anzidetti al regime di responsabilità oggettiva

³³ Secondo la classificazione tradizionalmente accolta dalla dottrina statunitense e «recepita» da quella europea, i difetti del prodotto possono riguardare la fase di progettazione (difetti di costruzione), quella di produzione (difetti di fabbricazione) o comunque consistere nella mancanza di adeguate istruzioni e avvertenze per l'uso (difetti d'informazione). Esiste poi una quarta categoria di difetti, relativa ai c.d. rischi da sviluppo, che emergono in seguito allo sviluppo delle conoscenze scientifiche e tecniche e che non erano prevedibili al momento della messa in circolazione del prodotto.

³⁴ V. in proposito G. PONZANELLI, *Art. 1 (Responsabilità del produttore)*, in R. PARDOLESI, G. PONZANELLI, *La responsabilità* cit., p. 508 s.

³⁵ La centralità del difetto nella disciplina della responsabilità extracontrattuale è stata mutuata dall'esperienza statunitense.

³⁶ Sottolinea questo aspetto C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità* cit., p. 688.

previsto in generale dalla direttiva³⁷. Preso atto (in seguito alla crisi della «mucca pazza») dell'elevato coefficiente di pericolosità di questi prodotti, il legislatore comunitario ha ritenuto opportuno intervenire per ricostituire la fiducia dei consumatori e tutelare adeguatamente la salute e l'integrità fisica degli stessi, oltre che per eliminare le preesistenti disparità che interessavano gli scambi agricoli.

In dottrina sono stati sollevati dubbi sull'inclusione o meno del *software* nella nozione di prodotto³⁸. Può accadere ad es. che si verifichi un incidente aereo a seguito dell'errata programmazione dei voli o di un difetto nel sistema di controllo, che si scontrino i convogli di una metropolitana completamente automatizzata o ancora, prendendo in considerazione conseguenze meno gravi, che si deteriori una collezione di vini a causa del malfunzionamento del sistema che deve garantire una determinata temperatura e umidità. Il moltiplicarsi dei danni derivanti da un *software* difettoso e il dibattito in corso nell'ambiente giuridico statunitense hanno fatto sì che ci si interrogasse sull'applicabilità della direttiva a tali fattispecie. Dopo varie oscillazioni pare che la dottrina propenda per la soluzione affermativa considerato che il *software*, quando viene messo in circolazione, acquista una consistenza materiale che gli consente di contribuire al funzionamento di una certa macchina. Tale opinione è condivisa dalla Commissione europea che, interpellata sul punto con un'interrogazione scritta, ha ritenuto che la direttiva fosse applicabile al *software* così come ai prodotti artigianali e artistici³⁹. In senso favorevole alla configurazione del *software* come «prodotto materiale» si pronunciano anche alcune sentenze italiane⁴⁰.

Per quanto riguarda invece l'altro punto cardine della direttiva, l'art. 6 dispone che «un prodotto è difettoso quando non offre la sicurezza che ci si può legittimamente attendere tenuto conto di tutte le circostanze». Tra queste vengono indicate a titolo esemplificativo «la presentazione del prodotto», «l'uso al quale il prodotto può essere ragionevolmente destinato» e «il momento della messa in circolazione del prodotto». Il giudizio sulla difettosità del prodotto non deve essere influenzato dal fatto che «un prodotto più perfezionato sia stato

³⁷ Sulla direttiva 1999/34/CE e sul d.lgs. 25/01 che l'ha attuata in Italia v. ad es. G. PONZANELLI, *Estensione della responsabilità oggettiva anche all'agricoltore, all'allevatore, al pescatore e al cacciatore*, in *Danno e resp.*, 2001, p. 792 ss.

³⁸ V. ad es. A. ZACCARIA, *La responsabilità del «produttore» di software*, in *Contratto e Impresa*, 1993, p. 294 ss.

³⁹ Cfr. G.U.C.E. n. C 114/42 dell'8 maggio 1989. In argomento v. J.-P. TRIAILLE, *L'applicazione della direttiva comunitaria sulla responsabilità del produttore nel campo del software*, in *Dir. inf.*, 1990, p. 725 ss. La precisazione della Commissione sull'applicabilità della direttiva ai prodotti artigianali e artistici intende chiarire una contraddizione presente nel testo della direttiva. Nel terzo considerando della direttiva si manifesta l'intenzione di limitare l'applicazione della disciplina comunitaria ai beni oggetto di produzione industriale. Tale intenzione non trova però riscontro nella lettera dell'art. 2, che non esclude espressamente i prodotti artigianali e artistici.

⁴⁰ Cfr. Pretore Monza, 21 marzo 1991, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1991, p. 936 ss.

messo in circolazione successivamente ad esso» (art. 6 par. 2). Dalla lettura di questa disposizione si desume innanzitutto che la nozione di difetto si fonda sul concetto di sicurezza con la conseguenza che “prodotto difettoso” diventa sinonimo di “prodotto insicuro”⁴¹. Definire il difetto in termini di mancanza di sicurezza significa di fatto ricostruire tale concetto con una valutazione *ex post* effettuata sulla base del danno verificatosi. A prescindere dal fatto che il difetto sia un concetto dotato di reale autonomia ovvero sia semplicemente una «sintesi linguistica» dei fenomeni dannosi in cui si concretizza la mancanza di sicurezza⁴², ciò che qui interessa rilevare è che il giudice deve fare riferimento a tutte le circostanze del caso per verificare la difformità tra il grado di sicurezza offerta dal prodotto e quello che ci si poteva legittimamente attendere⁴³. Le circostanze espressamente indicate dall’articolo evocano doveri di comportamento del produttore (che deve rispettare *standards* di sicurezza relativi al modo in cui il prodotto viene presentato al pubblico e messo in circolazione), ma richiamano anche il comportamento del consumatore (che deve utilizzare il prodotto secondo l’uso a cui è destinato). Sebbene da taluni sia stato sostenuto che il riferimento a determinati aspetti del comportamento del produttore si traduca in un recupero della colpa come criterio di imputazione della responsabilità⁴⁴, sembra preferibile l’opinione di chi considera l’eventuale negligenza del produttore come indice della pericolosità del prodotto⁴⁵.

Strettamente collegata alla nozione di difetto risulta – come si è visto – quella di danno, di cui si occupa l’art. 9, che limita il novero dei pregiudizi risarcibili ai sensi della direttiva, evidenziando il compromesso raggiunto a livello comunitario. La tutela più agevole concessa al consumatore danneggiato con la previsione di un regime di responsabilità oggettiva è stata bilanciata dall’inserimento di una serie di “contrappesi” che circoscrivono sotto diversi profili la responsabilità del produttore. L’art. 9 è uno di questi “contrappesi” e legittima il consumatore a chiedere, alternativamente o cumulativamente, il risarcimento del danno derivante da morte o lesioni personali e del danno patrimoniale relativo a una cosa diversa dal prodotto difettoso di entità superiore a 500 euro. La risarcibilità dei danni alle cose

⁴¹ Un’autorevole dottrina ha sostenuto che – a ben vedere – la responsabilità del produttore, così come disciplinata nella direttiva, prescinde dal difetto ed è piuttosto fondata sull’organizzazione d’impresa. V. C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità* cit., p. 692 s.

⁴² V. CASTRONOVO, *op. ult. cit.*, p. 692 L’autore ritiene che il difetto non sia un *quid* dotato di una realtà propria, ma piuttosto una «sintesi linguistica degli epifenomeni dannosi».

⁴³ Sul punto di tornerà *infra*, par. 2.3., con riferimento all’onere della prova posto a carico del danneggiato.

⁴⁴ V. ad es. C. MARTORANA, *L’orditoio: una macchina che non offre le insicurezze che si possono legittimamente attendere ...le persone di non alta statura*, in *Resp. civ. prev.*, 1996, p. 379 ss.

⁴⁵ Così G. GHIDINI, *Commento all’art. 5*, in G. ALPA, U. CARNEVALI, F. DI GIOVANNI, G. GHIDINI, U. RUFFOLO, C. M. VERARDI, *La responsabilità per danno da prodotti difettosi*, Milano, 1990, p. 43. In senso analogo, v. ad es. A. DI MAJO, *La responsabilità* cit., p. 37 ss.; G. ALPA, M. BESSONE, *La responsabilità* cit., p. 251.

è subordinata a due ulteriori condizioni: deve trattarsi di cose normalmente destinate all'uso e consumo privato e a questo fine devono essere principalmente utilizzate dal danneggiato. La direttiva rinuncia inoltre a prendere posizione sulla questione dei danni morali, rinviando alle giurisdizioni nazionali la valutazione sulla loro risarcibilità.

Primo dato rilevante è l'esclusione del *danno al prodotto* dall'ambito di applicazione della disciplina comunitaria. La scelta rispecchia un orientamento risalente di *common law* secondo il quale questo tipo di danno è collegato alle aspettative che derivano dal contratto e deve essere gestito secondo rimedi contrattuali, più idonei a ristabilire l'equilibrio tra prezzo pagato e qualità del prodotto. Questo assunto viene contestato con forza da buona parte della dottrina che sostiene l'inadeguatezza della disciplina contrattuale a garantire le ragioni dell'acquirente, specialmente nel caso in cui il danno al prodotto non consista esclusivamente in una diminuzione del valore economico del bene, ma crei anche un rischio di danno alla persona e alle cose diverse dal prodotto⁴⁶. Tali rilievi hanno portato sia la dottrina che la giurisprudenza ad ammettere, anche per questo tipo di danno, la possibilità d'invocare una tutela extracontrattuale, che ovviamente non sarà quella prevista dalla direttiva in commento. Il secondo aspetto degno di nota riguarda invece le limitazioni previste per la risarcibilità dei danni alle cose diverse dal prodotto. La necessaria destinazione a uso privato dei beni oggetto di risarcimento circoscrive l'ambito di applicazione della direttiva a coloro che, in relazione al bene in questione, si atteggiavano come consumatori finali o *bystanders*⁴⁷. Viceversa, non è contemplato dall'atto comunitario il risarcimento dei danni cagionati dal prodotto a una cosa destinata a un uso professionale. Alla base di questa esclusione sta uno degli obiettivi della direttiva che si propone di garantire una tutela differenziata del consumatore inteso in senso stretto⁴⁸, lasciando invece alle discipline nazionali la gestione dei "conflitti" fra imprenditori. La previsione di una franchigia di 500 euro svolge invece una funzione deflattiva, volendo liberare le imprese dall'onere di affrontare una serie di pretese risarcitorie marginali. È stato

⁴⁶ Sottolinea quest'ultimo aspetto F. CAFAGGI, *Danno al prodotto e funzioni della responsabilità del produttore*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, p. 561 ss.; ID., *Verso un approccio sistematico ai rimedi contro la difettosità dei prodotti*, in S. PATTI (a cura di), *Il danno da prodotti* cit., p. 83 ss., spec. p. 95 ss. In generale sul punto v. ad es. A. FUSARO, *Note sulla direttiva* cit., pp. 130-131; R. PARDOLESI, *Art. 11 (danno risarcibile)*, in R. PARDOLESI, G. PONZANELLI (a cura di), *La responsabilità* cit., p. 628 ss., a p. 630 e i riferimenti ivi citati.

⁴⁷ In dottrina sono state rilevate le difficoltà che una simile indagine può comportare, v. ad es. R. PARDOLESI, *Commento all'art. 11* cit., p. 632 s.

⁴⁸ Così F. CAFAGGI, *Verso un approccio* cit., pp. 93-94. L'autore sottolinea che: «Ampliare l'area del danno risarcibile a danni a cose diverse dal prodotto difettoso che, ad esempio, vengano utilizzate nel processo produttivo dall'imprenditore, acquirente commerciale del bene difettoso, avrebbe significato rendere applicabile la nuova disciplina della responsabilità del produttore a rapporti imprenditoriali vanificandone il fondamento funzionale originario».

tuttavia rilevato come l'anzidetta limitazione contribuisca in pratica ad una frantumazione della responsabilità da prodotto difettoso.

Del profilo soggettivo della responsabilità si occupa invece l'art. 3, dal quale emerge che, oltre al produttore, in determinate circostanze possono essere chiamati a rispondere per i danni causati da un prodotto difettoso anche l'importatore e il fornitore. L'articolo definisce innanzitutto il concetto di produttore, che comprende il fabbricante del prodotto finito, quello di una sua componente, nonché il produttore della materia prima. Rientrano così tra i potenziali responsabili tutti coloro che partecipano al processo di fabbricazione del prodotto e si evita – giustamente – di “canalizzare” la responsabilità sul produttore finale. Ai sensi della medesima disposizione deve essere considerato produttore anche chi si presenta come tale, «apponendo il proprio nome, marchio o altro segno distintivo sul prodotto».

La prima parte della definizione è solo apparentemente esaustiva perché non specifica se il produttore sia solamente il soggetto professionale o se vi rientri anche la persona fisica che produca alcunché e poi lo metta in circolazione. L'analisi della disciplina complessivamente approntata dalla direttiva, dei suoi obiettivi, nonché del generale programma di protezione del consumatore nel quale la stessa si inserisce suggerisce di interpretare la norma nel primo senso, assoggettando alla disciplina comunitaria solamente il produttore professionale⁴⁹. Una simile interpretazione è avallata anche dal parallelo tra la figura del produttore e quella degli altri soggetti potenzialmente responsabili, ossia l'importatore e il fornitore, che integrano senza dubbio il carattere della professionalità.

Viene infatti equiparato al produttore quanto alla responsabilità colui che importa prodotti nella Comunità europea «ai fini della vendita, della locazione, del "leasing" o di qualsiasi altra forma di distribuzione nell'ambito della sua attività commerciale». Questa previsione, che rappresenta una novità rispetto all'esperienza statunitense, serve a tutelare più efficacemente il consumatore europeo, ma soprattutto è funzionale alla creazione di un mercato unico anche dal punto di vista della sicurezza dei prodotti e della tutela risarcitoria per i danni che ne possono derivare. Sulla stessa linea si colloca la disposizione contenuta nel comma terzo dell'art. 3, secondo il quale la responsabilità può essere attribuita in via sussidiaria al fornitore alla duplice condizione che il produttore non sia individuabile e che il fornitore stesso non «comunichi al danneggiato, entro un termine ragionevole, l'identità del produttore o della persona che gli ha fornito il prodotto»⁵⁰. L'estensione della responsabilità al

⁴⁹ In questo senso C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità* cit., pp. 688-689.

⁵⁰ Sui confini della responsabilità del fornitore e sul livello di armonizzazione istituito sul punto dalla direttiva v. CGCE, sent. 25 aprile 2002, causa C-52/00, *Commissione c. Francia*; sent. 10 gennaio 2006, causa C-402/03,

fornitore può riguardare anche un prodotto importato che non indichi il nome di colui che ha introdotto il prodotto nella Comunità, anche se è noto il produttore.

In tal modo la direttiva incentiva l'ingresso di prodotti sicuri nel territorio comunitario e semplifica l'accesso alla tutela giurisdizionale dei consumatori danneggiati, che possono rivolgersi a un responsabile presente nella Comunità (nei confronti del quale sussiste la giurisdizione) per ottenere il risarcimento dei danni derivanti da un prodotto difettoso penetrato nel mercato comunitario. Il sistema istituito dalle direttive 85/374/CEE e 92/59/CEE (poi sostituita dalla direttiva 2001/95/CE) tende quindi a rafforzare il livello di protezione garantita al consumatore nel mercato europeo, nel quale la garanzia di sicurezza e di un'adeguata compensazione "corrono con la merce" che circola all'interno della Comunità.

Queste ultime considerazioni mettono in evidenza l'importanza cruciale di un'altra nozione, quella di «messa in circolazione del prodotto», che non viene espressamente definita dalla direttiva, ma ne attraversa in filigrana tutto il tessuto⁵¹. A tal proposito, si è già osservato come la responsabilità oggettiva del produttore scaturisca dal fatto di aver posto in commercio un prodotto difettoso. Ciò si evince in particolare dall'art. 7 lett. a), b) ed e) che esonera il produttore dalla responsabilità in relazione a una serie di circostanze collegate alla «messa in circolazione»⁵². Inoltre, esaminando il concetto di difetto di cui all'art. 6, si è rilevato che la nozione in discorso figura tra le circostanze di cui tenere conto al fine di valutare «la sicurezza che ci si può legittimamente attendere» da un determinato prodotto. Ancora, come si dirà a breve, tale nozione svolge un ruolo fondamentale nell'ambito dell'art. 11, in tema di decadenza, dal momento che il termine decennale per l'esercizio dell'azione decorre dal momento della «messa in circolazione del prodotto». Infine, ai sensi dell'art. 17, la direttiva «non si applica ai prodotti messi in circolazione prima della data di entrata in vigore» delle disposizioni di attuazione.

Preziose indicazioni sul significato da attribuire alla nozione di «messa in circolazione» provengono dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, che ha avuto occasione di pronunciarsi sul punto in due circostanze. Nel primo caso, il giudice comunitario

Skov. Si veda inoltre la Risoluzione del Consiglio del 19 dicembre 2002 sulla modifica della direttiva relativa alla responsabilità per danno da prodotti difettosi, 2003/C 26/02, in *G.U.U.E.*, C 26/2 del 4 febbraio 2003. Come risulta da tale risoluzione, per fornitore ai sensi dell'art. 3 par. 3 della direttiva si intende la persona che opera nella catena di distribuzione.

⁵¹ La centralità del concetto di «messa in circolazione» nell'economia della direttiva ha indotto il legislatore italiano a esplicitarne il contenuto nell'art. 7 del d.p.r. n. 224 del 24 maggio 1988, *G.U.* n. 146 del 23 giugno 1988, suppl. ord. In argomento v. D. CARUSO, *Art. 7 (Messa in circolazione del prodotto)*, in R. PARDOLESI, G. PONZANELLI, *La responsabilità* cit., p. 583 ss.; C. COSSU, *La messa in circolazione del prodotto*, in G. ALPA, M. BIN, P. CENDON, *La responsabilità del produttore*, Padova, 1989, p. 149 ss. Tale articolo corrisponde oggi all'art. 119 del Codice del consumo di cui al d.lgs. 6 ottobre 2005 n. 206.

⁵² V. *infra*, par. 2.3.

viene chiamato a valutare la portata dell'esimente di cui all'art. 7 lett. a), secondo la quale il produttore non è responsabile se prova «che non ha messo il prodotto in circolazione»⁵³. La controversia, giunta di fronte alla Corte di cassazione danese, concerne i danni causati da un liquido difettoso utilizzato nell'ambito di un trattamento sanitario (nella specie, la preparazione di un organo umano per il suo trapianto). I giudici danesi si chiedono se il fatto che il prodotto difettoso sia stato fabbricato e utilizzato nel medesimo contesto, cioè quello ospedaliero, ne escluda l'immissione in commercio, con il conseguente esonero di responsabilità del produttore. In via preliminare, la Corte rileva che la disposizione in commento «riguarda anzitutto i casi in cui una persona diversa dal produttore abbia fatto uscire il prodotto dal procedimento di fabbricazione» ovvero i casi in cui il prodotto sia stato utilizzato contro la volontà del produttore, come ad es. «quando il processo di fabbricazione non è ancora concluso». Viceversa, non è determinante nella fattispecie il fatto che il prodotto difettoso non sia mai uscito dalla sfera di controllo del produttore, posto che «l'uso del prodotto è caratterizzato dal fatto che la persona alla quale è destinato deve essa stessa recarsi» nel luogo di produzione⁵⁴.

Il secondo caso verte, invece, sull'interpretazione dell'art. 11 della direttiva e riguarda un vaccino antiemofilico difettoso, somministrato a un bambino in un ospedale del Regno Unito⁵⁵. Il prodotto incriminato era stato fornito all'ospedale da una società inglese, distributrice della controllante francese, che aveva fabbricato il vaccino. I giudici inglesi si rivolgono alla Corte per sapere quale sia il momento della «messa in circolazione» del prodotto nel caso in cui esso sia ceduto dal produttore a una filiale di distribuzione (completamente controllata) e venga in seguito venduto a un terzo (l'ospedale). A tal proposito la Corte afferma che un prodotto si deve considerare posto in circolazione ai sensi dell'art. 11 della direttiva «quando è uscito dal processo di fabbricazione messo in atto dal produttore ed è entrato in un processo di commercializzazione in cui si trova nello stato offerto al pubblico per essere utilizzato o consumato». È irrilevante, secondo la Corte, che il bene sia stato venduto all'utilizzatore direttamente dal produttore o che la vendita sia avvenuta «nell'ambito di un processo di distribuzione che implica uno o più operatori»⁵⁶.

Come si avrà modo di precisare meglio in seguito, la rilevanza della nozione di «messa in circolazione» trascende l'interpretazione delle disposizioni esaminate, rivestendo un'importanza fondamentale per il coordinamento della direttiva con il regolamento «Roma

⁵³ CGCE, sent. 10 maggio 2001, causa C-203/99, *Henning Veddfald*.

⁵⁴ CGCE, sent. 10 maggio 2001, cit., punti 16 e 17.

⁵⁵ CGCE, sent. 9 febbraio 2006, causa C-127/04, *Declan O'Byrne*.

⁵⁶ CGCE, sent. 9 febbraio 2006, cit., punti 27 e 28.

II», nonché per l'interpretazione di quest'ultimo che, nel dettare una disciplina di conflitto uniforme in tema di responsabilità da prodotto, conferisce un ruolo centrale al requisito della commercializzazione.

2.3. I PUNTI SALIENTI DELLA DISCIPLINA COMUNITARIA: UN SORVOLO.

Nell'ambito del regime di responsabilità introdotto dalla direttiva, occorre innanzitutto segnalare le previsioni in materia di prova. Ai sensi dell'art. 4 della direttiva «il danneggiato deve provare il danno, il difetto e la connessione causale tra difetto e danno», mentre in forza dell'art. 7, al produttore è consentita la prova liberatoria in una serie di casi tassativamente elencati. In particolare, la responsabilità è esclusa se il convenuto dimostra «che non ha messo il prodotto in circolazione» (lett. a), «che, tenuto conto delle circostanze, è lecito ritenere che il difetto che ha causato il danno non esistesse quando l'aveva messo in circolazione o sia sorto successivamente» (lett. b), «che non ha fabbricato il prodotto per la vendita o qualsiasi altra forma di distribuzione a scopo economico né l'ha fabbricato o distribuito nel quadro della sua attività professionale» (lett. c), «che il difetto è dovuto alla conformità del prodotto a regole imperative emanate dai poteri pubblici» (lett. d), «che lo stato delle conoscenze scientifiche e tecniche al momento in cui ha messo in circolazione il prodotto non permetteva di scoprire l'esistenza del difetto» (lett. e). Quest'ultima esimente, relativa al c.d. rischio da sviluppo, è stata alla base di un accesissimo dibattito in sede di elaborazione della direttiva, che si è risolto con una soluzione di compromesso: l'art. 15 par. 1 lett. b) della direttiva lascia agli Stati membri la possibilità di escludere tale eccezione in sede di trasposizione dell'atto⁵⁷.

Le due disposizioni, da leggere in stretto collegamento con l'affermazione generale di cui all'art. 1, confermano la natura oggettiva del modello di responsabilità contemplato dalla disciplina comunitaria ed escludono al contempo la previsione di una forma di responsabilità assoluta a carico del produttore. L'esperienza maturata in ambito nazionale a più di vent'anni dall'entrata in vigore delle disposizioni di attuazione della direttiva mette in evidenza alcune divergenze interpretative tra i vari Stati membri relative all'applicazione di queste disposizioni.

⁵⁷ Gli unici Paesi che hanno deciso di assoggettare il produttore alla responsabilità per i rischi da sviluppo sono la Finlandia e il Lussemburgo. Con riferimento all'esimente in discorso, si segnala lo studio sull'impatto economico della clausola del rischio da sviluppo pubblicato dalla Fondazione Rosselli nel 2004 ed eseguito per conto della Commissione europea. La conclusione a cui giunge detto studio è che l'eccezione per rischio da sviluppo debba essere mantenuta, poiché, in caso contrario, i costi di innovazione gravanti sui produttori sarebbero troppo elevati e finirebbero per ripercuotersi sui consumatori nel lungo periodo.

Uno degli aspetti più controversi è quello della prova del difetto. Quest'ultimo, come si è già rilevato, deve essere valutato secondo il "test delle aspettative" – previsto dall'art. 6 della direttiva –, in base al quale «un prodotto è difettoso quando non offre la sicurezza che ci si può legittimamente attendere tenuto conto di tutte le circostanze». La natura soggettiva di tale test implica un certo grado di discrezionalità dell'organo giudicante, che si è tradotto in letture divergenti dell'onere probatorio incombente sul danneggiato. A tal proposito, si segnalano ad esempio due decisioni inglesi, nelle quali la mancata individuazione da parte dell'attore danneggiato della causa all'origine del malfunzionamento del prodotto ha indotto i giudici a escludere la responsabilità del produttore perché non poteva considerarsi provato il requisito della difettosità⁵⁸. Di diverso avviso sono i giudici di svariati Paesi dell'Europa continentale, i quali non esigono che sia provata l'esatta natura del presunto difetto – cosa praticamente impossibile in determinati casi –, "accontentandosi" della prova del diretto coinvolgimento del prodotto nel danno⁵⁹. La Suprema corte italiana mostra un atteggiamento ambivalente sul punto: in una prima sentenza, emessa nel marzo del 2007, considera necessario che il danneggiato provi la causa che ha determinato l'insorgere del danno (finendo per negare il risarcimento richiesto da una donna a un'impresa produttrice di tinture per capelli)⁶⁰, mentre in un'altra pronuncia di poco successiva ritiene che il danneggiato debba semplicemente dimostrare «che l'uso del prodotto ha comportato risultati anomali rispetto alle normali aspettative e tali da evidenziare la sussistenza di un difetto»⁶¹. Un altro aspetto che ha formato oggetto di giudicati contrastanti, nonostante la Corte di giustizia abbia avuto

⁵⁸ *Richardson v. LRC Products Ltd* [2000] PIQR P164; *Foster v. Biosil* [2001] 59 BMLR 178. Nel secondo caso, riguardante una protesi mammaria in silicone esplosa in sede di impianto, il giudice ha rilevato come non fosse sufficiente dimostrare «merely that the product failed in circumstances which were unsafe and contrary to what persons generally might expect», contravvenendo palesemente a quanto espressamente disposto dall'art. 6 della direttiva.

⁵⁹ Tribunal de Grande Instance de Aix-en-Provence, 2 ottobre 2001, in *Dalloz*, 2001, p. 3092 ss. In senso analogo, v. App. Toulouse, 7 novembre 2000, disponibile sul sito www.legifrance.gouv.fr; OGH, 22 ottobre 2002, commentata da S. LENZE, *Strict liability for manufacturing defects – What proof is needed?*, in *European Product Liability Review*, 2003, p. 37 ss. Un altro caso deciso in Belgio, riguardante lo scoppio della bottiglia di una bibita analcolica, è menzionato dalla Commissione nella sua Terza relazione all'applicazione della direttiva, COM(2006) 496 def., cit. p. 11.

⁶⁰ Cass. civ., 15 marzo 2007, n. 6007, in *Resp. civ. e prev.*, 2007, p. 15787 ss., con nota di M. GORGONI, *Responsabilità per prodotto difettoso: alla ricerca della (prova della) causa del danno*.

⁶¹ Cass. civ., 8 ottobre 2007, n. 20985, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, p. 354 ss., con nota di U. CARNEVALI, *Prodotto difettoso e oneri probatori del danneggiato*. La fattispecie riguardava la rottura di una protesi mammaria.

occasione di pronunciarsi in merito⁶², riguarda l'esatta portata da attribuire alla tanto discussa eccezione per rischio da sviluppo⁶³.

Le altre disposizioni della direttiva contribuiscono a delineare un quadro giuridico il più possibile equilibrato e stabile, che tiene conto delle esigenze sia dei consumatori che dei produttori. Così, ad esempio, per favorire il ristoro del consumatore nei casi in cui abbiano partecipato alla fabbricazione del prodotto una pluralità di soggetti, l'art. 5 della direttiva stabilisce la responsabilità solidale di tutti i presunti responsabili, «fatte salve le disposizioni nazionali in materia di diritto di rivalsa». L'art. 8 par. 2 tende invece a garantire un'equa ripartizione del carico di responsabilità tra consumatore e produttore, ammettendo, a seconda delle circostanze del caso, la riduzione o soppressione della responsabilità di quest'ultimo in caso di concorso di colpa del danneggiato. Gli artt. 10 e 11 della direttiva fissano poi un limite temporale alla responsabilità del produttore, stabilendo rispettivamente un termine breve di prescrizione per l'esercizio dell'azione risarcitoria (tre anni a partire dal giorno in cui il danneggiato ha avuto o avrebbe dovuto avere conoscenza del danno, del difetto e dell'identità del responsabile) e un termine decennale per l'estinzione dei diritti del danneggiato, che decorre, come si è già rilevato, dal momento in cui il prodotto all'origine del danno viene messo in circolazione, «a meno che il danneggiato non abbia avviato, durante tale periodo, un procedimento giudiziario contro il produttore»⁶⁴.

Una menzione particolare merita infine l'art. 12, secondo il quale «la responsabilità del produttore derivante dalla presente direttiva non può essere soppressa o limitata, nei confronti del danneggiato, da una clausola limitativa o esonerativa di responsabilità». Il *considerando* n. 12 della direttiva afferma in proposito che «ai fini di una efficace protezione del consumatore» viene esclusa «la possibilità di derogare con clausola contrattuale alla responsabilità del produttore nei confronti del danneggiato». L'ampiezza e la genericità dei termini con cui è formulata tale preclusione induce a ritenere che siano vietati tutti gli accordi che abbiano l'effetto di limitare o escludere il diritto al risarcimento che il danneggiato può invocare ai sensi della direttiva, come ad esempio le clausole che riducano i termini previsti dai menzionati artt. 11 e 12⁶⁵. Si anticipa fin d'ora che il carattere imperativo del regime introdotto dalla direttiva (cioè il fatto che le disposizioni armonizzate non possano essere

⁶² CGCE, sent. 29 maggio 1997, causa C-300/95, *Commissione c. Regno Unito*.

⁶³ V. in proposito i due casi in tema di sangue infetto, decisi in maniera antitetica dalla *High Court* inglese e da un Tribunale distrettuale di Amsterdam, riportati dalla Commissione nella sua Terza relazione, COM(2006) 496 def., cit. p. 7.

⁶⁴ Tale articolo è stato oggetto d'interpretazione da parte della Corte di giustizia in due occasioni. Cfr. CGCE, sent. 9 febbraio 2006, cit.; sent. 2 dicembre 2009, causa C-358/08, *Aventis Pasteur SA*.

⁶⁵ In tal senso v. Y. MARKOVITS, *La directive* cit., p. 271.

derogate, nei confronti del danneggiato, dalla volontà delle parti) presenta una particolare rilevanza dal punto di vista del diritto internazionale privato⁶⁶.

2.4. IL GRADO DI ARMONIZZAZIONE DELLA DIRETTIVA: *STANDARD* MINIMO DI TUTELA O ARMONIZZAZIONE COMPLETA?

Tra i primi commentatori della direttiva era opinione diffusa che la protezione dei consumatori rivestisse un ruolo centrale nel sistema di responsabilità per danno da prodotto difettoso istituito dalla stessa, sebbene tale esigenza fosse affiancata a obiettivi diretti a promuovere il buon funzionamento del mercato interno, quali la garanzia di una concorrenza non falsata e la facilitazione degli scambi commerciali in seno al mercato stesso. A tal proposito, v'è chi sottolinea che «il richiamo alla libertà di concorrenza ed al principio di libera circolazione delle merci, seppure idoneo a legittimare un intervento normativo a livello comunitario, sembra insufficiente a giustificare le opzioni regolamentari selezionate a partire dal fondamento della responsabilità per difetto». Secondo lo stesso autore, una lettura complessiva dei *considerando* della direttiva mette in evidenza come «l'obiettivo primario d'intervento della direttiva fosse quello della protezione della salute e della sicurezza del consumatore»⁶⁷. Altra dottrina riconduce la direttiva all'*ordre public de protection*, sostenendo che le disposizioni armonizzate rappresentano il livello minimo di tutela che gli Stati membri devono garantire al consumatore⁶⁸. Secondo tale visione, la protezione della parte debole del rapporto riveste un'importanza cruciale in seno alla direttiva, anche se questo obiettivo viene perseguito in modo da conciliare le esigenze di consumatori e produttori e in ossequio ai principi del buon funzionamento del mercato interno.

Il 25 aprile 2002 il giudice comunitario emette una serie di tre sentenze in cui afferma chiaramente che la direttiva 85/374/CEE persegue, sugli aspetti che disciplina, un'armonizzazione globale delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri. Ciò significa che «il margine discrezionale di cui dispongono gli Stati membri al fine di disciplinare la responsabilità per danno da prodotti difettosi è totalmente determinato dalla direttiva stessa e deve essere dedotto dal tenore letterale, dalla finalità e dall'economia di

⁶⁶ V. *infra* par. 4.1.

⁶⁷ Per entrambe le citazioni v. F. CAFAGGI, *La responsabilità dell'impresa per prodotti difettosi*, in N. LIPARI (a cura di), *Diritto privato europeo*, vol. II, Padova, 1997, p. 996 ss., a p. 1002 s.

⁶⁸ V. per tutti Y. MARKOVITS, *La directive cit., passim*. Il concetto viene ribadito in sede di conclusioni a p. 366.

quest'ultima»⁶⁹. In altre parole, la Corte ritiene che i Paesi membri dell'Unione non dispongano di alcun margine per discostarsi dalle disposizioni armonizzate, al di là delle deroghe tassativamente previste dalle stesse⁷⁰. Diretta conseguenza di queste affermazioni è l'incompatibilità con il diritto comunitario di qualsiasi regime interno che determini un ampliamento dei diritti riconosciuti ai soggetti danneggiati in forza della direttiva.

L'occasione per precisare il grado di armonizzazione realizzato dall'atto in questione viene fornita alla Corte da due ricorsi per infrazione promossi dalla Commissione al fine di accertare la trasposizione non corretta della direttiva da parte di Francia e Grecia e da un rinvio pregiudiziale, inoltrato da un giudice spagnolo, vertente sull'interpretazione dell'art. 13 della direttiva stessa. Quest'ultima disposizione – che chiarisce come la nuova disciplina comunitaria lasci impregiudicati «i diritti che il danneggiato può esercitare in base al diritto relativo alla responsabilità contrattuale o extracontrattuale o in base ad un regime speciale di responsabilità esistente al momento di notifica della direttiva»⁷¹ – assume un rilievo centrale nel ragionamento effettuato dalla Corte in tutte e tre le sentenze. Secondo la Corte, tale norma consente la sopravvivenza di regimi generali di responsabilità (contrattuale o extracontrattuale) fondati su elementi diversi da quelli previsti nella direttiva («come la garanzia dei vizi occulti o la colpa») e di regimi speciali riferiti a uno specifico settore di produzione, eventualmente vigenti al momento della notifica della direttiva.

La posizione espressa dalla Corte nelle pronunce in discorso è conforme alle conclusioni presentate dall'Avvocato generale, che propone una lettura della direttiva strettamente legata alla base giuridica che ne ha consentito l'adozione e indipendente dai successivi sviluppi della politica dei consumatori. Il fatto che la direttiva sia stata emanata dal Consiglio statuendo all'unanimità sulla base dell'art. 94 CE (ex art. 100 CEE, ora divenuto art. 114 del Trattato sul funzionamento dell'Unione) ha delle precise conseguenze – secondo l'Avvocato generale – sul potere discrezionale lasciato al legislatore nazionale in sede di

⁶⁹ CGCE, sent. 25 aprile 2002, causa C-52/00, *Commissione c. Francia*, punto 16; sent. 25 aprile 2002, C-154/00, *Commissione c. Grecia*, punto 12; sent. 25 aprile 2002, causa C-183/00, *González Sánchez*, punto 25.

⁷⁰ Cfr. art. 15 n. 1 e art. 16 della direttiva.

⁷¹ Si noti che la norma italiana di attuazione della direttiva (art. 15 comma 1 del d.p.r. 224 del 1988 ora trasfuso nell'art. 127 comma 1 del Codice del consumo) afferma in maniera più criptica che le disposizioni armonizzate «non escludono né limitano i diritti attribuiti al danneggiato da altre leggi». Tale ambigua formulazione ha suscitato un dibattito nell'ambito della dottrina italiana sulla sua effettiva portata. V. in proposito le opinioni espresse da F. GALGANO, *Dalla direttiva al decreto di attuazione*, in G. ALPA, M. BIN, P. CENDON, *La responsabilità* cit., p. 1 ss., spec. p. 13 ss.; A. FUSARO, *La responsabilità secondo altre leggi*, *ibidem*, p. 265 ss.; F.D. BUSNELLI, G. PONZANELLI, *La responsabilità del produttore tra legge speciale e codice civile*, in S. PATTI (a cura di), *Il danno da prodotti* cit., 19 ss.

trasposizione⁷². A differenza dell'art. 95 CE (ex art. 100A CEE, ora divenuto art. 115 del Trattato sul funzionamento dell'Unione), che riserva la possibilità di talune deroghe, l'art. 94 non prevede alcuna possibilità per gli Stati membri di mantenere o di introdurre norme in deroga a disposizioni comunitarie di armonizzazione»⁷³.

Tale impostazione trova conferma nella successiva giurisprudenza comunitaria⁷⁴, smentendo – ormai con una certa costanza – l'opinione di chi aveva sostenuto e auspicato che la disciplina armonizzata in tema di responsabilità per danno da prodotto difettoso rappresentasse lo *standard* minimo di tutela predisposto a favore del consumatore.

3. LA LEGGE APPLICABILE ALLA RESPONSABILITÀ DA PRODOTTO NEL REGOLAMENTO N. 864 DELL'11 LUGLIO 2007.

3.1. LA GENESI DEL REGOLAMENTO E LE VICISSITUDINI DELLA DISPOSIZIONE SUL DANNO DA PRODOTTO.

Il regolamento comunitario sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali è stato adottato l'11 luglio 2007 dopo più di trentacinque anni di “gestazione”. Il primo tentativo di elaborare norme uniformi in materia risale infatti alla fine degli anni Sessanta e sfocia nel progetto preliminare di Convenzione della Comunità europea sulle obbligazioni contrattuali ed extracontrattuali del 1972⁷⁵. L'adesione alla Comunità di Regno Unito, Irlanda e Danimarca – perfezionatasi nel 1977 – crea però una situazione di stallo: le notevoli differenze esistenti tra il criterio tradizionalmente accolto dai Paesi continentali in tema di obbligazioni extracontrattuali (*locus commissi delicti*) e la c.d. *double actionability rule* utilizzata nell'ordinamento inglese, nei Paesi del Galles e in Scozia appaiono di difficile composizione. L'*impasse* viene superato con l'esclusione delle obbligazioni extracontrattuali dai lavori, che – alleggeriti dalle difficoltà menzionate – conducono ben presto all'adozione

⁷² V. Conclusioni dell'Avvocato generale Geelhoed presentate il 20 settembre 2001 in causa C-52/00 e C-183/00, punto 40.

⁷³ V. ad es. CGCE, sent. 25 aprile 2002, causa C-52/00, cit., punto 14.

⁷⁴ CGCE, sent. 10 gennaio 2006, cit.; sent. 4 giugno 2009, cit.; sent. 2 dicembre 2009, cit.

⁷⁵ Cfr. Progetto preliminare di Convenzione sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali e non contrattuali cit. Per un commento, oltre ai riferimenti già citati v. P. LAGARDE, *Travaux du Comité français de droit international privé, 1971-1973*, p. 147 ss.; J. FOYER, *L'avant-projet de convention CEE sur la loi applicable aux obligations contractuelles et non contractuelles*, in *Clunet*, 1976, p. 555 ss. L'iniziativa della Comunità è strettamente collegata alla conclusione, il 27 settembre 1968, della Convenzione di Bruxelles sulla competenza giudiziaria, il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze in materia civile e commerciale.

della Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali⁷⁶.

Nella seconda metà degli anni Novanta la Comunità dimostra un rinnovato interesse per la formulazione di norme di conflitto uniformi in materia di illeciti: la conclusione di una convenzione al riguardo rientra tra gli obiettivi indicati dal Consiglio nella sua risoluzione del 14 ottobre 1996, che fissa le priorità della cooperazione nel settore della giustizia e degli affari interni per il periodo 1996-1998⁷⁷. Due anni dopo il Gruppo europeo di diritto internazionale privato (GEDIP) adotta una proposta di convenzione europea sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali, che deve fungere da base per i successivi negoziati⁷⁸. L'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam, avvenuta il 1° maggio 1999, modifica però il tenore del progetto, attuando la c.d. «comunitarizzazione» del diritto internazionale privato: nella parte III del Trattato istitutivo della Comunità europea viene introdotto un nuovo Titolo IV, dedicato a Visti, asilo, immigrazione e altre politiche connesse alla libera circolazione delle persone, che attribuisce alle istituzioni comunitarie la competenza per l'adozione di misure specifiche nel settore della cooperazione giudiziaria in materia civile (artt. 61 e 65). Alla luce della nuova base giuridica prevista dal Trattato CE, le istituzioni decidono di elaborare un regolamento, in modo da sfuggire alle lungaggini in genere connesse al processo di ratifica di una convenzione.

Inizia quindi l'*iter* legislativo previsto dall'art. 251 TCE, relativo alla procedura di codecisione, che si apre con una proposta della Commissione, presentata il 22 luglio 2003⁷⁹ e sottoposta all'esame del Parlamento europeo e del Consiglio. In seguito agli emendamenti adottati in prima lettura dal Parlamento⁸⁰ e all'esito dei lavori del Consiglio, la Commissione

⁷⁶ In *G.U.C.E.* L 266 del 9 ottobre 1980, p. 1 ss. La versione consolidata della Convenzione, che dà conto delle convenzioni di adesione necessarie per estendere la stessa ai nuovi Stati membri, è pubblicata in *G.U.C.E.* C 27 del 26 gennaio 1998. La Convenzione è entrata in vigore il 1° aprile 1991. Si noti che la Convenzione non è stata adottata sulla base di un articolo del Trattato, ma presenta comunque uno strettissimo legame con la Comunità: è stata conclusa soltanto tra Stati membri di quest'ultima e la sua interpretazione è riservata, ai sensi di due protocolli addizionali, alla Corte di giustizia delle Comunità europee.

⁷⁷ In *G.U.C.E.* C 319 del 26 ottobre 1996, p. 1.

⁷⁸ Il testo del progetto è pubblicato in *Revue critique*, 1998, p. 802 ss. ed è disponibile sul sito www.gedip-egpil.eu. Per un commento v. F. SEATZU, *Verso una disciplina comunitaria della legge applicabile alle obbligazioni non contrattuali? Considerazioni in margine a una recente proposta del "Gruppo europeo di diritto internazionale privato"*, in *Jus*, 2001, p. 37 ss.

⁷⁹ Commissione delle Comunità europee, *Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali* («Roma II»), 22 luglio 2003, COM(2003) 427 def.

⁸⁰ Parlamento europeo, *Risoluzione legislativa sulla proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali* («Roma II»), 6 luglio 2005, P6_TA(2005)0284.

modifica la precedente proposta⁸¹ e la trasmette nuovamente al Consiglio, che adotta una «posizione comune»⁸². Questa nuova statuizione non sana tuttavia i disaccordi esistenti tra Parlamento⁸³ e Consiglio e diventa necessario convocare il comitato di conciliazione, che riesce infine ad approvare un progetto comune, poi adottato a maggioranza dalle due istituzioni⁸⁴.

Nell'arco dei trentacinque anni che hanno condotto all'adozione del regolamento Roma II, la volontà di introdurre una disciplina *ad hoc* per la responsabilità da prodotto viene manifestata per la prima volta dalla Commissione europea, che inserisce una disposizione ad essa dedicata sia nel progetto preliminare di regolamento⁸⁵ – sottoposto a consultazione pubblica – che nella proposta successivamente presentata alle istituzioni. Non contengono invece alcun riferimento alle specifiche esigenze di questo settore della responsabilità civile il

⁸¹ Commissione delle Comunità europee, *Proposta modificata di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali («Roma II»)*, 21 febbraio 2006, COM(2006) 83 def.

⁸² Consiglio dell'Unione europea, *Posizione comune definita dal Consiglio in vista dell'adozione del regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali*, 25 settembre 2006, JUSTCIV 137 CODEC 531.

⁸³ Il Parlamento europeo adotta 19 emendamenti in seconda lettura: *Risoluzione legislativa del Parlamento europeo relativa alla posizione comune del Consiglio in vista dell'adozione del regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali («Roma II»)*, 18 gennaio 2007, P6_TA(2007)0006.

⁸⁴ Tra i numerosi commenti apparsi sul regolamento (CE) n. 864/2007 v. in partic. G. LÉGIER, *Le règlement «Rome II»* cit.; L. DE LIMA PINHEIRO, *Choice of law of non-contractual obligations between communitarization and globalization. A first assessment of EC regulation Rome II*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2008, p. 5 ss.; C. BRIÈRE, *Le règlement n. 864/2007 du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II)*, in *Clunet*, 2008, p. 31 ss.; P. FRANZINA, *Il regolamento n. 864/2007/CE sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali («Roma II»)*, in *Nuove leggi civ.*, 2008, p. 971 ss.; PRETELLI I., *La legge applicabile alle obbligazioni non contrattuali nel Regolamento «Roma II»*, in A. BONOMI, (a cura di), *Diritto internazionale privato e cooperazione giudiziaria in materia civile*, Torino, 2009, p. 409 ss.; S. FRANCO, *Le règlement «Rome II» concernant la loi applicable aux obligations non contractuelles – Entre droit communautaire et droit International privé*, in *Journal de droit européen*, 2008, p. 289 ss.

⁸⁵ Il 3 maggio 2002 la Direzione Giustizia e Affari Interni della Commissione ha lanciato una consultazione pubblica su una «preliminary draft proposal for a Council regulation on the law applicable to non-contractual obligations». A seguito della consultazione sono pervenuti alla Commissione una ottantina di contributi provenienti da esponenti del mondo accademico, governi nazionali, rappresentanti del mondo economico e di quello giuridico. Il testo del progetto e un riassunto dei vari contributi in lingua inglese sono disponibili all'indirizzo http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/rome_ii. Lo stesso testo è pubblicato in lingua francese come appendice a C. NOURISSAT, E. TREPPOZ, *Quelques observations sur l'avant-projet de proposition de règlement du Conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles «Rome II»*, in *Clunet*, 2003, p. 7 ss., a p. 32 ss. Tra i vari contributi pubblicati in risposta alla proposta della Commissione si segnalano anche A. DICKINSON, *Cross-border torts in EC courts – A response to the proposed «Rome II» Regulation*, in *Eur. Bus. L. Rev.*, 2002, p. 369 ss. HAMBURG GROUP FOR PRIVATE INTERNATIONAL LAW, *Comments on the European Commission's draft proposal for a Council regulation on the law applicable to non-contractual obligations*, in *RebelsZ*, 2003, p. 1 ss. Con specifico riferimento alla alterne vicende subite dalla disposizione sul danno da prodotto v. T. KADNER GRAZIANO, *The law applicable to product liability: the present state of the law in Europe and current proposals for reform*, in *Int. Comp. L. Quart.*, 2005, p. 475 ss.; A. SARAVALLE, *The law applicable to products liability: hopping off the endless merry-go-round*, in A. MALATESTA (ed.), *The unification of choice of law rules on torts and other non-contractual obligations in Europe. The «Rome II» proposal*, Padova, 2006, p. 107 ss.; P. HUBER, M. ILLMER, *International product liability. A commentary on article 5 of the Rome II regulation*, in *Yearb. Priv. Int. Law*, 2007, p. 37 ss.

progetto preliminare di convenzione del 1972 e la proposta elaborata dal GEDIP nel 1998: il primo però non contempla alcuna regola speciale per le diverse categorie di illecito, ma cerca piuttosto di attenuare la rigidità del criterio della *lex loci* con la previsione di una clausola d'eccezione a carattere generale⁸⁶, mentre il secondo ritiene opportuno inserire una serie di presunzioni che prendono atto delle specificità proprie di determinate aree dell'illecito civile, quali le obbligazioni extracontrattuali derivanti da violazioni della vita privata e dei diritti della personalità, la diffamazione, la concorrenza sleale e le pratiche commerciali restrittive, il danno ambientale.

Nel progetto preliminare elaborato dalla Commissione nel 2002, la disciplina della responsabilità del produttore è affidata all'art. 5, che richiama in via residuale la *lex loci commissi delicti* dopo aver utilizzato la tecnica del "raggruppamento binario" di criteri di collegamento, accolta – in una versione molto più complessa – dalla Convenzione dell'Aja del 1973⁸⁷. In particolare, il primo comma considera competente la legge del luogo di residenza abituale della persona direttamente lesa (o la sua sede principale se si tratta di persona giuridica) a condizione che esso coincida con il luogo in cui è ubicata la sede principale del presunto responsabile o con il luogo di acquisto del prodotto.

Dai contributi trasmessi alla Commissione a seguito della consultazione pubblica è emerso un generale favore per l'adozione di una disposizione specifica in materia, che realizzi un equo contemperamento – anche a livello conflittuale – tra le esigenze di protezione del consumatore e gli interessi economici connessi alla produzione. La formulazione iniziale della norma si presta però a una serie di rilievi critici, che evidenziano tra l'altro ambiguità e lacune della soluzione prospettata in prima analisi dalla Commissione, di cui si darà conto molto brevemente. Innanzitutto, non sembra opportuna (per tutte le ragioni profusamente illustrate *supra*) l'ampiezza conferita al criterio tradizionale del *locus delicti*⁸⁸, che oltretutto viene espresso in termini tali da alimentare la polivalenza già insita nello stesso. Affermare la competenza della legge del Paese in cui «the tort or delict is committed» significa di fatto lasciare aperta la *querelle* tra i sostenitori del luogo dell'evento e i fautori del luogo

⁸⁶ V. *supra*, cap. 1, par. 1.

⁸⁷ V. *supra* cap. 2, par. 3.2. L'art. 5 del progetto preliminare dispone: «1. The law applicable to a non-contractual obligation arising out of damage caused by a product shall be that of the country in which the person directly sustaining the loss is habitually resident or has his main establishment, if that country is also the country where: the person alleged to be liable has his main establishment; or the product was purchased. 2. In all other cases, the applicable law shall be that of the country where the tort or delict is committed».

⁸⁸ Sebbene il richiamo alla *lex loci* sia effettuato al secondo comma, rappresenta in realtà la regola generale che verrà applicata in tutti i casi, salvo quelli eccezionalmente previsti dal primo comma. In questo senso v. HAMBURG GROUP FOR PRIVATE INTERNATIONAL LAW, *Comments cit.*, p. 17; A. SARAVALLE, *The law applicable cit.*, p. 114 s..

dell'azione, con le divergenze interpretative che ne conseguono. Inoltre, con riferimento alla responsabilità da prodotto, non è affatto chiaro se la condotta dannosa debba essere identificata con il momento della produzione (che può essere frammentata in varie fasi dislocate in Paesi diversi) o dell'assemblaggio ovvero con quello dell'immissione in commercio del prodotto. È stata poi rilevata da più parti l'eccessiva rigidità della disposizione, che non necessariamente garantisce l'applicazione di una legge strettamente connessa alla fattispecie. Non sembrano sufficienti a tal fine il richiamo alla *lex domicilii communis partium* e la combinazione tra il luogo di residenza del danneggiato e quello di acquisto del prodotto. Viene quindi segnalata l'opportunità di introdurre una clausola d'eccezione a carattere generale, che attribuisca al giudice un margine di manovra funzionale al perseguimento di uno degli obiettivi espressamente perseguiti dal regolamento: la giustizia del caso concreto. L'impostazione accolta dalla Commissione risente infine della mancanza di una clausola che consenta al produttore di invocare l'imprevedibilità della legge applicabile in base ai criteri di collegamento previsti dalla norma, imprevedibilità che è tanto più probabile se trova applicazione la regola della *lex loci*.

La proposta presentata dalla Commissione il 22 luglio 2003 recepisce buona parte delle osservazioni formulate a seguito della consultazione pubblica, discostandosi sostanzialmente dal progetto preliminare⁸⁹. L'art. 4, rubricato «responsabilità per danno da prodotti difettosi», richiama in via generale la legge del luogo di residenza abituale della persona lesa, che tuttavia si applica a condizione che il prodotto sia stato commercializzato in tale Paese con il consenso del presunto responsabile; in caso contrario, trova applicazione la legge del luogo di residenza abituale di quest'ultimo⁹⁰. La norma inoltre incorpora, tramite espresso rinvio all'art. 3 parr. 2 e 3, le due eccezioni previste nell'ambito della regola generale in materia di obbligazioni extracontrattuali. Viene così fatta salva anche in materia di responsabilità da prodotto l'applicazione della *lex domicilii communis partium*⁹¹ e introdotta una «clausola di salvaguardia» che consente al giudice di applicare la legge di un Paese

⁸⁹ Commissione delle Comunità europee, *Proposta* cit.

⁹⁰ Cfr. art. 4: «Fatto salvo l'articolo 3, paragrafi 2 e 3, la legge applicabile all'obbligazione extracontrattuale in caso di danno o di rischio di danno causato da prodotto difettoso è quella del paese in cui la parte lesa risiede abitualmente, a meno che il presunto responsabile non provi che il prodotto è stato commercializzato in quel paese senza il suo consenso, nel qual caso la legge applicabile è quella del paese in cui il presunto responsabile risiede abitualmente».

⁹¹ Cfr. art. 3 comma 2: «Tuttavia, qualora il presunto responsabile e la parte lesa risiedano abitualmente nello stesso paese nel momento in cui il danno si verifica, l'obbligazione extracontrattuale è disciplinata dalla legge di quel paese».

diverso da quello individuato in prima istanza, se ritiene che la fattispecie presenti un collegamento manifestamente più stretto con tale Paese⁹².

La Commissione in tal modo si orienta verso una norma di conflitto *hard and fast*, che si propone di salvaguardare le esigenze della parte debole richiamando una legge a essa familiare, senza pregiudicare gli interessi del presunto responsabile, tutelato da una clausola di prevedibilità, fondata sul requisito della commercializzazione. La formulazione di tale clausola desta peraltro le medesime perplessità che si sono evidenziate commentando le norme di conflitto svizzera e italiana⁹³: sembra infatti preferibile valutare la prevedibilità della legge applicabile in relazione a un parametro oggettivo, anziché utilizzare il requisito soggettivo del consenso del produttore. Se venisse accolta un'interpretazione restrittiva del termine, non sarebbe difficile per il produttore ottenere l'applicazione della propria legge in luogo di quella del consumatore dimostrando semplicemente che non ha prestato il proprio formale consenso alla riesportazione del prodotto verso determinati mercati. Inoltre, come si è già rilevato, la scelta della residenza abituale della parte lesa come criterio di collegamento principale non è necessariamente protettiva del consumatore: sebbene tale legge sia familiare al danneggiato, potrebbe essere meno favorevole di altre strettamente collegate alla fattispecie e risultare addirittura pregiudizievole per coloro che risiedono in Paesi che non fanno parte dell'Unione e sono ancora poco sensibili alla tutela dei consumatori. Se a ciò si aggiunge il fatto che l'applicazione di tale legge viene meno ogni volta che il prodotto acquistato non sia commercializzato nel Paese di residenza abituale della vittima, la disposizione sembra sbilanciata a favore del produttore, che vede applicata in molti casi la legge della propria residenza⁹⁴.

La posizione adottata dal Parlamento europeo in prima lettura il 6 luglio 2005 – alla luce della relazione elaborata dalla Commissione giuridica⁹⁵ – stravolge completamente la situazione precedente, sopprimendo la disposizione speciale dedicata al «danno da prodotti difettosi» e assoggettando la fattispecie alla norma generale prevista per gli illeciti (art. 4). La responsabilità del produttore viene così regolata dalla legge «del paese nel quale avviene o

⁹² Cfr. art. 3 comma 3: «A prescindere dai paragrafi 1 e 2, se dal complesso delle circostanze risulta che l'obbligazione extracontrattuale presenta collegamenti manifestamente più stretti con un altro paese, si applica la legge di quest'altro paese. Un collegamento manifestamente più stretto con un altro paese può fondarsi segnatamente su una relazione preesistente tra le parti, quale un contratto che presenta uno stretto nesso con l'obbligazione extracontrattuale in questione».

⁹³ V. *supra*, cap. 2 par. 4.1.

⁹⁴ In questo senso v. A. SARAVALLE, *The law applicable cit.*, p. 117.

⁹⁵ Parlamento europeo, Commissione giuridica (relatrice: Diana Wallis), *Relazione sulla proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali («Roma II»)*, 22 giugno 2005, A6-0211/2005.

rischia di avvenire il fatto che ha causato il danno», inadeguata rispetto alle particolari esigenze proprie della materia. La rigidità di tale disposizione viene attenuata da una clausola d'eccezione, prevista dal comma terzo, secondo la quale è possibile applicare la legge di un altro Paese «se dal complesso delle circostanze risulta che l'obbligazione extracontrattuale presenta collegamenti manifestamente più stretti» con tale Paese. Per facilitare il compito dei giudici, la disposizione elenca una serie di criteri che possono essere presi in considerazione nell'individuazione del collegamento più stretto, tra i quali figurano «la necessità di certezza, prevedibilità e uniformità di risultato», «la tutela di legittime aspettative», «le politiche inerenti alla legge straniera da applicare e le conseguenze dell'applicazione di tale legge».

L'impostazione accolta non sembra condivisibile in primo luogo perché non riconosce la specificità dell'illecito in questione, che necessita di un trattamento *ad hoc* idoneo a prendere in conto le esigenze di tutela della parte debole e prevedibilità della legge applicabile proprie della materia. Il tentativo del Parlamento di conciliare certezza giuridica e flessibilità, che riecheggia per alcuni versi l'approccio statunitense alla risoluzione dei conflitti di leggi, non è coerente con gli obiettivi perseguiti in tema di responsabilità da prodotto. Il *locus commissi delicti* è spesso fortuito e non garantisce un collegamento significativo con la fattispecie, mentre la clausola di salvaguardia – alla quale i giudici dovrebbero ricorrere per definizione in casi eccezionali – è formulata in termini talmente generici da poter condurre ai risultati più disparati a seconda del giudice che si trova ad applicarla⁹⁶.

La Commissione dal canto suo respinge gli emendamenti indicati dal Parlamento con riferimento alla responsabilità da prodotto, ribadendo l'importanza di inserire una disposizione speciale in materia, che consenta di prevedere con ragionevole certezza il diritto applicabile (in modo da favorire – tra l'altro – la composizione stragiudiziale delle controversie tra assicuratori, molto frequente in tale ambito)⁹⁷. Viene così reintrodotta nel regolamento una norma di conflitto *ad hoc* che ricalca pressoché completamente quella contenuta nella proposta del 2003⁹⁸. La posizione comune definita dal Consiglio il 25 settembre 2006 conferma l'impostazione prospettata dalla Commissione, ma interviene a

⁹⁶ In questo senso v. v. T. KADNER GRAZIANO, *The law applicable* cit., p. 486 s.; A. SARAVALLE, *The law applicable* cit., p. 121 s.; P. HUBER, M. ILLMER, *International product liability* cit., p. 35 s. Al contrario erano favorevoli al più alto grado di flessibilità che sarebbe stato introdotto grazie alla proposta del Parlamento R. J. WEINTRAUB, *Rome II and the tension between predictability and flexibility*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2005, p. 561 ss.; S. SYMEONIDES, *Rome II and tort conflicts: a missed opportunity*, in *Am. J. Comp. L.*, 2008, p. 173 ss.

⁹⁷ Commissione delle Comunità europee, *Proposta modificata* cit., p. 6.

⁹⁸ Cfr. art. 6: «Fatto salvo l'articolo 5 paragrafi 2 e 3, la legge applicabile all'obbligazione extracontrattuale in caso di danno causato da prodotto difettoso è quella del paese in cui la parte lesa risiede abitualmente nel momento in cui il danno si verifica, a meno che il presunto responsabile non provi che il prodotto è stato commercializzato in quel Paese senza il suo consenso, nel qual caso la legge applicabile è quella del paese in cui risiede abitualmente il presunto responsabile».

modificare sostanzialmente il contenuto della disposizione speciale, conferendo a quest'ultima la fisionomia attuale.

3.2. GLI OBIETTIVI PERSEGUITI.

La filosofia cui è ispirato il regolamento «Roma II» viene espressa sinteticamente nel *considerando* n. 14, secondo il quale «il requisito della certezza del diritto e l'esigenza di amministrare la giustizia nei casi concreti» sono gli obiettivi che hanno guidato la scelta dei diversi criteri di collegamento. Tali obiettivi vengono perseguiti con la predisposizione di una regola generale, di regole specifiche e con l'aggiunta, in alcuni casi, di una clausola di salvaguardia, che «consente di discostarsi da tali regole qualora risulti chiaramente [...] che il fatto illecito presenta manifestamente un collegamento più stretto con un altro paese». Per le varie obbligazioni extracontrattuali vengono quindi messe a punto soluzioni diversificate, che cercano di garantire la prevedibilità delle decisioni – della quale viene ribadita l'importanza in più punti – nell'ambito di un «quadro flessibile», idoneo a «trattare i singoli casi in maniera adeguata».

Sebbene certezza del diritto e giustizia del caso concreto vengano accostate in una posizione di apparente parità, si ritiene che la tradizionale dialettica tra i valori della certezza e prevedibilità e quello della flessibilità si risolva, in caso di conflitto, a favore delle prime⁹⁹. Tale conclusione discende dai lavori preparatori del regolamento, oltre che dall'importanza conferita al «principe de la *sécurité juridique*» dalla giurisprudenza della Corte di giustizia relativa al c.d. «sistema Bruxelles I»¹⁰⁰, con cui il regolamento stesso è chiamato a coordinarsi. Come si è già avuto modo di sottolineare¹⁰¹ infatti, l'unificazione delle norme di conflitto in materia di obbligazioni extracontrattuali interviene a completare – insieme alla Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 (sostituita dal regolamento n. 593/2008/CE) – il

⁹⁹ In questo senso v. ad es. P. FRANZINA, *Il regolamento cit.*, p. 978.

¹⁰⁰ V. CGCE, sent. 4 marzo 1982, causa 38/81, *Effer*, punto 6; sent. 17 giugno 1992, causa C-26/91, *Handte*, punti 11, 12, 18 e 19; sent. 20 gennaio 1994, causa C-129/92, *Owens Bank*, punto 32; sent. 29 giugno 1994, causa C-288/92, *Custom Made Commercial*, punto 15; sent. 28 settembre 1999, causa C-440/97, *GIE Groupe Concorde et al.*, punto 23; sent. 19 febbraio 2002, causa C-256/00, *Besix*, punto 26; sent. 9 settembre 2003, causa C-116/02, *Erich Gasser*, punti 51 e 72; sent. 1° marzo 2005, causa C-281/02, *Owusu*, punto 28; sent. 13 luglio 2006, causa C-102/05, *Reisch Montage AG*, punto 24; sent. 16 luglio 2006, causa C-539/03, *Roche Nederland*, punto 37; sent. 16 luglio 2006, causa C-4/03, *GAT*, punto 28. In argomento v. in generale G. P. ROMANO, *Principe de sécurité juridique, système de Bruxelles I / Lugano et quelques arrêts récents de CJCE*, in A. BONOMI, E. CACHIN RITAINE, G. P. ROMANO (sous la direction de), *La Convention de Lugano. Passé, présent et devenir*, Zurich, 2007, p. 165 ss.

¹⁰¹ V. *supra*, par. 1.

sistema predisposto dalla Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968 (trasformata nel regolamento n. 44/2001/CE), così contribuendo alla piena realizzazione degli scopi da esso perseguiti.

Ai due obiettivi generali appena menzionati ne va aggiunto un terzo, espresso nel *considerando* n. 16, secondo il quale le soluzioni messe a punto nel regolamento dovrebbero tra l'altro «assicurare un ragionevole equilibrio tra gli interessi del presunto responsabile e quelli della parte lesa». Da questa affermazione di principio emerge la propensione del legislatore comunitario per un bilanciamento delle esigenze delle parti, piuttosto che l'idea di *favor* verso la vittima dell'illecito, accolta con chiarezza solo nel caso del danno ambientale (art. 7). Questa propensione, non sempre condivisibile, dipende talvolta dall'importanza accordata a considerazioni di natura macro-economica, legate al corretto funzionamento del mercato interno.

Agli obiettivi perseguiti in via generale si sommano poi quelli fissati in relazione ai diversi tipi di responsabilità non contrattuale disciplinati dal regolamento, che esprimono *policies* di natura sostanziale tendenzialmente coerenti con i valori materiali alla base della disciplina privatistica. In tema di responsabilità per danno da prodotto, il *considerando* n. 20 enuncia cinque obiettivi fondamentali, che sono rispettivamente quello «di ripartire equamente i rischi di una società altamente tecnologica», «di tutelare la salute dei consumatori», «di incentivare l'innovazione», «di garantire una concorrenza non falsata» e «di agevolare gli scambi commerciali».

Non è casuale, come si avrà modo di rilevare esaminando i criteri di collegamento utilizzati, l'ordine di esposizione delle *policies* che ne hanno guidato la scelta. In prima posizione figura la corretta allocazione dei rischi connessi alla moderna attività d'impresa, mentre la tutela della salute dei consumatori rimane al secondo posto. Muovendo dall'assunto in base al quale il produttore si trova nella condizione migliore per poter distribuire in maniera efficiente i rischi, si presta particolare attenzione alle esigenze del presunto responsabile che, per potersi assicurare adeguatamente, deve poter contare su una legge prevedibile. In un'ottica analoga si pone anche il terzo obiettivo: è pur vero che lo sviluppo dell'innovazione in ambito industriale ha delle ricadute positive su tutta la società, ma nell'economia della disciplina speciale sul danno da prodotto rappresenta un argomento che va a rafforzare la posizione del produttore nella delicata ricerca di un equilibrio tra gli interessi delle parti.

L'appartenenza del regolamento al contesto comunitario fa sì che, accanto agli obiettivi tradizionalmente perseguiti in materia, ne vengano presi in conto altri, strettamente connessi al buon funzionamento del mercato unico. La preoccupazione di prevenire o limitare

distorsioni della concorrenza e di agevolare la libera circolazione delle merci acquistano quindi un certo peso nell'individuazione dei criteri di collegamento più idonei a regolare la fattispecie. Assoggettare i *competitors* che agiscono nel medesimo mercato a regimi di responsabilità divergenti può avere infatti delle notevoli ripercussioni sulla fissazione dei prezzi, ostacolando in taluni casi gli scambi commerciali e falsando la concorrenza¹⁰². Il legislatore comunitario ha quindi ritenuto opportuno intervenire per evitare simili «effetti collaterali» non solo attraverso l'armonizzazione della disciplina sostanziale, ma anche predisponendo norme di conflitto adeguate.

L'impressione che si ricava dall'analisi degli obiettivi sottesi alla regola speciale sul danno da prodotto – condotta anche alla luce delle *policies* generali del regolamento – è quella di una particolare sensibilità verso considerazioni di natura economica, che trova conferma – come si dirà a breve – nella scelta dei criteri di collegamento.

3.3. LA DISCIPLINA DELLA LEGGE APPLICABILE.

L'individuazione della legge applicabile alla «responsabilità da prodotti» coinvolge diverse disposizioni del regolamento: accanto alla regola speciale contenuta nell'art. 5, vengono infatti in rilievo l'art. 4, espressamente richiamato da quest'ultimo, e l'art. 14, che riconosce alle parti la possibilità di «sottoporre l'obbligazione extracontrattuale ad una legge di loro scelta». Si intende quindi dare conto brevemente dello spazio concesso alla volontà delle parti per poi analizzare i criteri di collegamento obiettivi dedicati alla materia.

¹⁰² La Relazione che accompagna la prima proposta di regolamento presentata dalla Commissione (COM(2003) 427 def., p. 16) dice in proposito: «La norma dell'art. 4 risponde non soltanto alle aspettative delle parti, ma anche agli obiettivi generali dell'Unione europea, che sono un elevato livello di protezione del consumatore, non meno che il mantenimento di condizioni di leale concorrenza su un determinato mercato. Infatti, se a tutti i concorrenti che intervengono su un determinato mercato viene imposto il medesimo standard di sicurezza, i produttori stabiliti in un paese con un livello di protezione poco elevato non potranno esportare questo basso livello in altri paesi, e ciò rappresenta uno stimolo generale all'innovazione, nonché allo sviluppo scientifico e tecnico».

3.3.1. LA SCELTA DELLE PARTI (ART. 14 PAR. 1 DEL REGOLAMENTO).

In linea con la sempre crescente importanza riconosciuta alla volontà delle parti in ambito sostanziale¹⁰³, il legislatore comunitario ha ritenuto opportuno valorizzare il ruolo dell'autonomia privata anche nella disciplina internazionalprivatistica delle obbligazioni extracontrattuali. Tale scelta sembra coerente con gli obiettivi del regolamento e in particolare tende a «rafforzare la certezza del diritto»¹⁰⁴ e la prevedibilità delle soluzioni conflittuali.

Consentendo alle parti di determinare la legge applicabile all'illecito, il regolamento «Roma II» segue l'esempio di alcune codificazioni nazionali, che a partire dalla fine degli anni Settanta hanno inserito disposizioni analoghe all'art. 14¹⁰⁵, e si conforma ai principi accolti dal legislatore comunitario nei regolamenti n. 44/2001 e n. 593/2008¹⁰⁶. Si tratta di un'importante novità, che vede il superamento dell'idea tradizionale tendente a circoscrivere all'area contrattuale la facoltà di scelta delle parti e rispecchia la «filosofia liberale» da sempre presente nel processo d'integrazione comunitaria, tendente a «relativizzare il peso degli interessi nazionali degli Stati membri»¹⁰⁷. Anche alla luce di questi rilievi, si ritiene che la collocazione della disposizione in una posizione «decentrata» non la releghi al ruolo di eccezione, ma si giustifichi soltanto in virtù della minore rilevanza pratica della volontà delle parti nel settore in esame rispetto a quella che riveste in materia di obbligazioni contrattuali.¹⁰⁸

La proposta inizialmente presentata dalla Commissione limitava la libertà di scelta delle parti agli accordi conclusi successivamente al verificarsi del fatto dannoso, mentre l'attuale par. 1 dell'art. 14 consente anche gli accordi preventivi «liberamente negoziat[i]» da

¹⁰³ Sottolinea questo aspetto Th. M. DE BOER, *Party autonomy and its limitations in the Rome II Regulation*, in *Yearb. Priv. Int. Law*, 2007, p. 19 ss.

¹⁰⁴ Cfr. *considerando* n. 31, che dice: «Nel rispetto del principio dell'autonomia delle parti e nell'intento di rafforzare la certezza del diritto, le parti dovrebbero poter scegliere la legge applicabile ad una obbligazione extracontrattuale. [...]».

¹⁰⁵ Prevedono l'*optio legis* in materia di obbligazioni extracontrattuali l'art. 35, par. 1 della legge austriaca di diritto internazionale privato del 15 giugno 1978; l'art. 132 della legge federale svizzera di diritto internazionale privato del 8 dicembre 1987; l'art. 42 dell'EGBGB tedesco come modificato dalla legge del 21 maggio 1999 relativa al diritto internazionale privato delle obbligazioni non contrattuali e dei beni; l'art. 6 della legge olandese dell'11 aprile 2001 sui conflitti di leggi in materia di atti illeciti; l'art. 101 del codice belga di diritto internazionale privato del 16 luglio 2004.

¹⁰⁶ L'art. 23 del regolamento (CE) n. 44/2001 ammette con una certa ampiezza la proroga di competenza, mentre il *considerando* n. 11 del regolamento (CE) n. 593/2008 definisce «la libertà delle parti di scegliere la legge applicabile» come «una delle pietre angolari del sistema».

¹⁰⁷ Così A. BONOMI, *Il diritto internazionale privato dell'Unione europea: considerazioni generali*, in A. BONOMI (a cura di), *Diritto internazionale privato* cit., p. 1 ss., a p. 43. Nel descrivere i tratti fondamentali del sistema comunitario di diritto internazionale privato, l'autore parla di «marcia trionfale dell'autonomia della volontà». In argomento v. anche H. MUIR WATT, *Choice of law in integrated and interconnected markets: a matter of political economy*, in *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 7, 2003, disponibile sul sito www.ejcl.org.

¹⁰⁸ In tal senso v. ad es. P. FRANZINA, *Il regolamento n. 864/2007/CE* cit., p. 1027; S. FRANCO, *Le règlement «Roma II»* cit., p. 293.

soggetti che esercitino «un'attività commerciale». Le restrizioni previste per gli accordi perfezionatisi *ante factum* riflettono il timore di abusi nei confronti delle parti più deboli, come ad es. i consumatori, da parte di coloro che dispongono di un maggiore potere contrattuale. In realtà, questa eventualità non è completamente fugata dall'attuale previsione, posto che squilibri – talvolta notevoli – possono esistere anche tra coloro che svolgono un'attività commerciale¹⁰⁹. Va inoltre rilevato che non è chiara la portata delle precisazioni volte a circoscrivere la facoltà di concludere accordi preventivi. Innanzitutto, un'interpretazione rigorosa dei soggetti esercenti un' «attività commerciale», porterebbe a escludere da tale categoria coloro che forniscono, nell'ambito della propria attività professionale, prestazioni di natura intellettuale, sportiva o artistica, che pure dispongono di un notevole potere contrattuale rispetto alla controparte¹¹⁰. Inoltre, alcuni autori hanno letto il requisito della «libera negoziazione» come finalizzato a escludere gli accordi contenuti nelle condizioni generali di contratto o nei contratti di adesione¹¹¹, mentre altri ritengono che stia solo ad indicare che il consenso deve essere “genuino”¹¹². Certamente, questi dubbi interpretativi rischiano di vanificare uno degli aspetti positivi della scelta di legge, cioè quello di favorire la buona amministrazione della giustizia attraverso l'economia processuale, alimentando delicate controversie sulla validità delle clausole *de lege utenda*.

Sia gli accordi preventivi che quelli successivi sono poi sottoposti a una serie di condizioni e limiti comuni, che ricalcano quelli previsti dall'art. 3 della Convenzione di Roma, ora sostituito dall'art. 3 del regolamento «Roma I». Sotto il primo profilo, l'*electio iuris* effettuata dalle parti deve essere formulata in maniera espressa ovvero risultare in modo certo dalle circostanze del caso e non deve arrecare pregiudizio ai diritti dei terzi. Quest'ultima precisazione serve semplicemente a ricordare la relatività della scelta effettuata dalle parti: l'accordo concluso tra i presunti responsabili non pregiudica i diritti delle parti lese, così come l'accordo concluso tra il presunto responsabile e una delle vittime non pregiudica le altre vittime né l'assicuratore. Sotto il secondo profilo invece, il legislatore comunitario ha ritenuto opportuno circoscrivere la portata della scelta a seconda della configurazione spaziale della fattispecie: nei casi puramente interni e in quelli intracomunitari

¹⁰⁹ Sottolinea questo aspetto S. C. SYMEONIDES (*Rome II and tort conflicts* cit., p. 216), che fa l'esempio dei contratti di assicurazione e di *franchising* stipulati da imprenditori.

¹¹⁰ V. P. FRANZINA, *Il regolamento n. 864/2007/CE* cit., p. 1030. L'autore suggerisce di interpretare estensivamente tale espressione in linea *ratio* della norma, che mira a proteggere la parte debole del rapporto.

¹¹¹ V. ad es. GARCIMARTIN ALFEREZ, *The Rome II Regulation* cit., p. 82; S. FRANCO, *Le règlement «Rome II»* cit., p.293; C. HAHN, *La liberté de choix dans les instruments communautaires récents: Rome I et Rome II – L'autonomie de la volonté entre intérêt privé et intérêt général*, in *Trav. du Comité français*, 2006-2008.

¹¹² V. ad es. P. FRANZINA, *Il regolamento n. 864/2007/CE* cit., p. 1030.

la scelta di legge operata dalle parti non vale a escludere l'osservanza delle rispettive disposizioni imperative¹¹³.

In materia di responsabilità da prodotto, la conclusione di un accordo sulla legge regolatrice del rapporto non è affatto infrequente. In alcuni dei più celebri casi di responsabilità per danno da prodotto decisi da giudici dei Paesi europei, la questione della legge applicabile è stata oggetto di un accordo tra le parti¹¹⁴. L'ammissibilità – seppure circoscritta – di accordi preventivi in questo campo consente al produttore di prevedere più agevolmente i rischi di produzione e di assicurarsi adeguatamente. L'effettiva incidenza di una simile previsione dipenderà peraltro dall'interpretazione che riceverà il requisito della libera negoziazione.

3.3.2. LA «RESPONSABILITÀ DA PRODOTTI» (ART. 5 DEL REGOLAMENTO): AMBITO DI APPLICAZIONE MATERIALE.

La natura comunitaria del regolamento «Roma II» ha delle precise conseguenze – oltre che sugli obiettivi perseguiti – anche sulla questione della qualificazione¹¹⁵: al fine di garantire l'uniforme applicazione del diritto comunitario nei 27 Stati membri dell'Unione, l'interpretazione delle relative nozioni deve essere operata in chiave autonoma. È ormai pacifico in proposito il superamento dell'approccio tradizionale, fondato tendenzialmente sulla qualificazione *lege fori*, a favore di un approccio sistematico, che individui il significato delle espressioni di volta in volta considerate alla luce delle finalità perseguite dalle singole disposizioni (nonché dall'ordinamento comunitario nel suo complesso) e del contesto giuridico nel quale esse sono inserite¹¹⁶.

Tale approccio viene esplicitato nel preambolo del regolamento – in cui si chiarisce che «la nozione di obbligazione extracontrattuale [...] dovrebbe essere intesa come nozione

¹¹³ Sulle norme imperative interne e comunitarie v. *infra*, par. 3.5.2.

¹¹⁴ Cfr. BGH, 17 marzo 1981, cit.; *Patrick Grehan v. Medical Incorporated and Valley Pines Associates*, 1986, ILRM, 627, 639. V. anche Rechtbank Rotterdam, 15 ottobre 1993, cit.

¹¹⁵ V. per tutti R. BARATTA, *The process of characterization in the EC conflict of laws: suggesting a flexible approach*, in *Yearb. Priv. Int. Law*, 2004, p. 155 ss.; S. BARIATTI, *Qualificazione e interpretazione nel diritto internazionale privato comunitario*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2006, p. 361 ss. Si noti che la questione della qualificazione del diritto internazionale privato comunitario non è che un aspetto particolare del più generale problema dell'interpretazione delle nozioni proprie del diritto comunitario, sorto con la nascita della Comunità stessa.

¹¹⁶ Per un esame della giurisprudenza della Corte di giustizia sulla rilevanza e i limiti del ricorso a nozioni autonome v. P. BERTOLI, *Corte di Giustizia, integrazione comunitaria e diritto internazionale privato e processuale*, Milano, 2005, p. 422 ss. e i riferimenti ivi contenuti.

autonoma»¹¹⁷ – e può essere visto come una delle concrete manifestazioni della più generale volontà di coordinamento tra i diversi atti sui conflitti di leggi e giurisdizioni in materia di obbligazioni civili e commerciali¹¹⁸. Così, per individuare la nozione di «obbligazione extracontrattuale» accolta dal regolamento sembra lecito rifarsi – oltre che alle precisazioni disseminate nello stesso – alle indicazioni fornite dalla Corte di giustizia in relazione alla Convenzione di Bruxelles e al regolamento (CE) n. 44/2001. Inoltre, la ricostruzione dell’ambito di applicazione materiale di tale strumento deve essere coerente con quella del regolamento «Roma I», onde evitare inopportune interferenze con lo stesso. In estrema sintesi, si ritiene che si configuri un’obbligazione extracontrattuale in presenza di un vincolo tra le parti che non sia fondato su «un obbligo liberamente assunto da una parte nei confronti dell’altra»¹¹⁹.

È in questa accezione che deve essere intesa l’obbligazione extracontrattuale relativa ai «danni causati da un prodotto» di cui all’art. 5¹²⁰. Restano dunque escluse dal campo di applicazione materiale della disposizione in esame (così come del regolamento in generale) le ipotesi in cui tale danno intervenga nell’ambito di una relazione contrattuale. In proposito, si desume dalla giurisprudenza comunitaria che l’azione promossa direttamente dal subacquirente di un bene nei confronti del produttore deve essere considerata di natura non contrattuale, anche se a livello nazionale viene qualificata in maniera diversa¹²¹. Ciò significa che una simile azione rientra nelle previsioni dell’art. 5 ogni volta che sia chiesto il risarcimento del danno derivante da un prodotto.

Sempre in merito ai caratteri della responsabilità contemplata, la Relazione che accompagna la proposta di regolamento presentata dalla Commissione (d’ora in poi la

¹¹⁷ Cfr. *considerando* n. 11.

¹¹⁸ Su tale coordinamento v. *supra*, par. 1.

¹¹⁹ La Corte di giustizia, chiamata a precisare la nozione di «delitti o quasi delitti» di cui all’art. 5 punto 3 della Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968 (poi sostituita dal regolamento (CE) n. 44/2001), ne ha fornito una definizione residuale rispetto alla «materia contrattuale» (di cui all’art. 5 punto 1). V. CGCE, sent. 27 settembre 1988, causa C-189/87, *Kalfelis*, punto 17; sent. 17 giugno 1992, causa C-26/91, *Handte*, punto 15. La formula coniata in quest’ultima sentenza viene ripresa dalla giurisprudenza successiva, tra cui v. ad es. CGCE, sent. 17 settembre 2002, causa C-334/00, *Tacconi*, punto 15. Per un approfondimento della nozione di obbligazione extracontrattuale accolta nel regolamento «Roma II», v. P. FRANZINA, *Il regolamento n. 864/2007/CE* cit., p. 982 ss.

¹²⁰ Alcuni esponenti della dottrina auspicavano la formulazione di una norma di conflitto in materia di responsabilità del produttore che non facesse distinzioni sulla natura della responsabilità, in modo da garantire una tutela unitaria a tutti i soggetti coinvolti, a prescindere dal carattere contrattuale o extracontrattuale della responsabilità invocata. In questo senso, v. P. LAGARDE, in nota a Cass., 16 dicembre 1997, cit., p. 303 s.; O. BOSKOVIC, *La réparation du préjudice en droit international privé*, Paris, 2003, p. 307 ss.; S. CORNELOUP, *La responsabilité* cit., p. 91 s.

¹²¹ V. CGCE, sent. 17 giugno 1992, cit.; sent. 27 ottobre 1998, causa C-51/97, *La Réunion Européenne S.A.* Nella specie, la Corte di cassazione francese si era rivolta ai giudici del Lussemburgo per sapere se rientrava nella «materia contrattuale» di cui all’art. 5 punto 1 della Convenzione di Bruxelles l’azione di responsabilità per vizi della cosa promossa dal subacquirente nei confronti del produttore.

Relazione) precisa che la disposizione speciale si applica sia alle azioni fondate sul regime di responsabilità oggettiva previsto dalla direttiva 85/374/CE¹²² che «alle azioni basate sulle disposizioni esclusivamente nazionali»¹²³, come previsto dall'art. 13 della direttiva stessa.

La nozione di obbligazione extracontrattuale è strettamente collegata al concetto di «danno», che riveste un ruolo centrale nell'economia del regolamento. Dal combinato disposto degli artt. 2 par. 3 e 5 emerge che quest'ultimo articolo contempla i danni attuali o futuri causati *da un prodotto*, mentre non regola i danni *al prodotto*. D'altra parte, visto che il regolamento si applica a «ogni conseguenza derivante da fatto illecito», le azioni di risarcimento del danno *al prodotto* aventi natura extracontrattuale rientrano nel campo di applicazione della regola generale in materia di illeciti di cui all'art. 4¹²⁴.

La Relazione della Commissione fornisce poi preziose indicazioni sul significato da attribuire alle nozioni di «prodotto» e di «presunto responsabile», che non vengono espressamente definite dall'art. 5. Nel primo caso, secondo la Commissione «conviene attenersi» a quanto stabilito dall'art. 2 dell'anzidetta direttiva, che accoglie – come si è visto¹²⁵ – una nozione piuttosto ampia di prodotto, da cui peraltro rimangono esclusi i beni immobili. Si noti poi che l'art. 5 del regolamento si riferisce alla «responsabilità da prodotti» *tout court* senza utilizzare l'aggettivo «difettosi», che figurava invece nella proposta iniziale della Commissione e in quella modificata, così come viene utilizzato dalla direttiva. Sembra quindi che il legislatore comunitario abbia voluto evitare di condizionare l'applicazione della disposizione speciale all'effettiva esistenza di un difetto intrinseco del prodotto. Tale accortezza è senz'altro positiva, anche se – a ben vedere – l'effettivo impatto della modifica deve essere ridimensionato alla luce dell'ampia accezione tradizionalmente riconosciuta al concetto di difetto¹²⁶.

Sotto il secondo profilo invece, la Commissione precisa che l'espressione «presunto responsabile» non designa necessariamente il fabbricante di un prodotto finito, ma può riferirsi anche ad altri soggetti, quali ad esempio il produttore di una materia prima o di un componente, un intermediario o il venditore finale. Nel novero dei presunti responsabili può rientrare inoltre «chiunque importi un prodotto nella Comunità europea ai fini della vendita, della locazione, del “leasing” o di qualsiasi altra forma di distribuzione nell'ambito della sua attività commerciale», come previsto dall'art. 3 par. 2 della direttiva 85/374/CEE. Si ritiene

¹²² V. *supra*, par. 2.2.

¹²³ Cfr. COM(2003) 427def., cit. p. 14.

¹²⁴ Mette in evidenza questo aspetto S. CORNELOUP, *La responsabilité* cit., pp. 93 e 100.

¹²⁵ V. *supra*, par. 2.2.

¹²⁶ V. *supra*, par. 2.2.

quindi che tale espressione debba essere interpretata nel senso più ampio possibile, lasciando alla *lex causae* il compito di stabilire se un determinato soggetto sia o meno effettivamente responsabile.

Per quanto riguarda infine la nozione di «persona che ha subito il danno», in assenza – ancora una volta – di una specifica definizione, si ritiene che il regolamento ne accolga un’accezione altrettanto ampia, non essendo presente alcuna indicazione in senso contrario. Possono rientrare dunque in tale categoria le persone fisiche o giuridiche, le vittime dirette o indirette. Inoltre, con specifico riferimento alla responsabilità da prodotto, ciò significa che rientrano in tale categoria sia i consumatori, ai quali si riferisce il *considerando* n. 20, sia i c.d. *innocent bystanders*. In sostanza, dalla lettera dell’art. 5 si ricava che l’articolo si applica a tutti coloro che subiscono un danno derivante da un prodotto.

3.3.3. *SEGUE*: IL «SISTEMA A CASCATA» DI CRITERI DI COLLEGAMENTO, LA CLAUSOLA DI PREVEDIBILITÀ E LE CLAUSOLE D’ECCEZIONE.

In assenza di un accordo delle parti sulla legge applicabile, l’obbligazione non contrattuale relativa ai danni da prodotto viene regolata dalla legge individuata sulla base dei criteri di collegamento obiettivi di cui all’art. 5. La disciplina di conflitto prevista per la fattispecie si fonda su un «sistema a cascata» di criteri affiancato da due clausole d’eccezione e da una clausola di prevedibilità¹²⁷.

Con un rinvio alla regola generale in materia di illeciti¹²⁸, l’art. 5 fa salva innanzitutto l’applicazione della *lex domicilii communis partium*, nell’intento di salvaguardare le ragionevoli aspettative del presunto responsabile e della parte lesa, che appartengono al

¹²⁷L’art. 5, rubricato «responsabilità da prodotti» dispone testualmente: «1. Fatto salvo l’articolo 4, paragrafo 2, la legge applicabile all’obbligazione extracontrattuale che deriva da danni causati da un prodotto è: a) la legge del paese in cui la persona che ha subito il danno risiedeva abitualmente quando si è verificato il danno, se il prodotto è stato commercializzato in tale paese; o, in mancanza, b) la legge del paese in cui è stato acquistato il prodotto, se il prodotto è stato commercializzato in tale paese; o, in mancanza, c) la legge del paese in cui il danno si è verificato, se il prodotto è stato commercializzato in tale paese. Si applica tuttavia la legge del paese in cui il presunto responsabile risiede abitualmente qualora tale persona non potesse ragionevolmente prevedere la commercializzazione del prodotto o di un prodotto dello stesso tipo nel paese la cui legge è applicabile ai sensi delle lettere a), b) o c). 2. Se dal complesso delle circostanze del caso risulta chiaramente che il fatto illecito presenta collegamenti manifestamente più stretti con un paese diverso da quello di cui al paragrafo 1, si applica la legge di quest’altro paese. Un collegamento manifestamente più stretto con un altro paese potrebbe fondarsi segnatamente su una relazione preesistente tra le parti, quale un contratto, che presenti uno stretto collegamento con il fatto illecito in questione».

¹²⁸ Cfr. art. 4 par. 2.

medesimo ambiente sociale e assumono come riferimento le stesse regole¹²⁹. Qualora le parti risiedano in Paesi diversi, il primo elemento da prendere in considerazione è la residenza abituale del danneggiato (art. 5 par. 1 lett. a), seguita dal luogo di acquisto del prodotto (art. 5 par. 1 lett. b) e dal *locus damni* (art. 5 par. 1 lett. c). Ciascuno dei tre criteri di collegamento previsti da questo «sistema a cascata» cede il passo a quello successivo se non coincide con il luogo di commercializzazione del prodotto. Così, se un cittadino italiano ivi residente viene danneggiato negli Stati Uniti da un prodotto acquistato in Canada, si applicherà la legge italiana se il prodotto viene «commercializzato» in Italia; in mancanza di quest'ultimo requisito, troverà applicazione la legge canadese, purché il prodotto sia stato «commercializzato» in tale Paese; in caso contrario, verrà applicata la legge del *Sister State* nel quale si è verificato il danno purché sia rispettata la medesima condizione. In sostanza, l'applicazione delle leggi via via richiamate dai criteri di collegamento in concorso successivo dipende dal fatto che il prodotto sia stato commercializzato in quel determinato Paese. Il funzionamento del «sistema a cascata» appena descritto può essere “paralizzato” ove risulti che il presunto responsabile non poteva ragionevolmente prevedere la commercializzazione del prodotto (o di un prodotto dello stesso tipo) nel Paese così individuato. In tal caso, si applica la legge del Paese di residenza abituale di quest'ultimo. Infine, tutti i criteri contemplati dall'art. 5 par. 1 possono essere disattesi sulla base della «clausola di salvaguardia» di cui all'art. 5 par. 2, formulata negli stessi termini di quella prevista dalla regola generale in tema di illeciti (art. 4 par. 3): per conferire una certa flessibilità a un sistema impostato su criteri di collegamento rigidi e per favorire la giustizia del caso concreto, è consentito al giudice discostarsi dalle regole previste al par. 1 dell'art. 5 qualora «dal complesso delle circostanze del caso» risulti che l'illecito «presenta collegamenti manifestamente più stretti» con un altro Paese. A tale proposito si precisa che «un collegamento manifestamente più stretto con un altro paese potrebbe fondarsi segnatamente su una relazione preesistente tra le parti, quale un contratto» (art. 5 par. 2 ult. frase).

La disposizione in esame presenta una formulazione piuttosto complessa, che riflette la volontà del legislatore comunitario – espressa nel preambolo del regolamento – di contemperare le molteplici esigenze che si pongono in materia al fine di ottenere una «soluzione equilibrata»¹³⁰. La tecnica utilizzata riecheggia per certi versi quella accolta nella Convenzione dell'Aja del 1973¹³¹, a sua volta ispirata alla teoria americana del *grouping of*

¹²⁹ V. *supra*, cap. 1 par. 1.

¹³⁰ Cfr. *considerando* n. 20.

¹³¹ V. *supra*, cap. 2 par. 3.2.

*contacts*¹³², mentre si discosta dalle soluzioni specifiche elaborate a livello nazionale¹³³. Il “raggruppamento binario” di criteri – su cui in pratica è basato il «sistema a cascata» previsto dal par. 1 dell’art. 5 – tende infatti a individuare la legge più strettamente connessa alla fattispecie, nel presupposto che nessun fattore considerato singolarmente sia idoneo a fondare la scelta di legge. Sotto altro profilo, l’art. 5 impiega alcuni degli strumenti tradizionalmente prospettati dalla dottrina e dalla prassi in materia di legge applicabile agli illeciti, incorporando una clausola d’eccezione speciale e una generale, che contribuiscono alla creazione di «un quadro flessibile di regole di conflitto»¹³⁴. Altrettanto classica in materia di «responsabilità da prodotti» è la presenza di una clausola di prevedibilità, posta a tutela del presunto responsabile.

Venendo ora a esaminare nel dettaglio gli elementi che caratterizzano la disciplina speciale, va innanzitutto rilevato che il legislatore comunitario assegna un ruolo centrale al requisito della «commercializzazione», accogliendo le istanze di quella parte della dottrina che da tempo sosteneva l’opportunità di sottoporre la fattispecie alla «legge del mercato»¹³⁵. La commercializzazione del prodotto in un determinato Paese rappresenta infatti il denominatore comune del «sistema a cascata», intervenendo a “convalidare” ciascuno dei punti di contatto richiamati in via principale. L’introduzione di questo elemento addizionale si fonda sulla stretta connessione che generalmente esiste tra il luogo di commercializzazione del prodotto e l’illecito ed è finalizzata innanzitutto a garantire la prevedibilità della legge applicabile per il presunto responsabile, in modo tale che questi sia in grado di prevenire i potenziali rischi con riferimento alla propria rete di distribuzione.

L’impiego di tale fattore suscita diverse questioni di ordine interpretativo, a cominciare dal significato da attribuire alla nozione stessa, che non viene definita dal regolamento e si presta a letture divergenti. Nel commentare la proposta iniziale della Commissione, diversi esponenti della dottrina tedesca hanno suggerito di adottare come regola base in materia di responsabilità da prodotto la legge del luogo di commercializzazione, da intendere a loro parere come «the place where the product causing harm is sold or otherwise let to a final user for the first time» e non come «the place where the

¹³² V. *supra*, cap. 1 par. 2.2.2.

¹³³ V. *supra*, cap. 2, par. 4.1.

¹³⁴ Cfr. *considerando* n. 14.

¹³⁵ V. *supra*, cap. 1 par. 3.2. V. in particolare A. SARAVALLE, *Responsabilità del produttore* cit. p. 217; J.J. FAWCETT, *Products liability* cit., pp. 123 s., 143 s. Da ultimo si sono pronunciati a favore di questo criterio T. KADNER GRAZIANO, *The law applicable* cit.; HAMBURG GROUP FOR PRIVATE INTERNATIONAL LAW, *Comments* cit., p. 15 ss. A favore di tale criterio si è talvolta espressa anche la giurisprudenza. Con riferimento all’ordinamento austriaco v. ad es. OGH, 29 ottobre 1987, in *IPRax*, 1988, p. 363 ss.

producer put the product into the chain of commerce»¹³⁶. Alla luce dell'attuale formulazione dell'art. 5 si ritiene però che tale accezione sia da escludere: accogliere una simile interpretazione del termine significherebbe identificare il luogo di acquisto del prodotto – usato come autonomo criterio di collegamento (art. 5 par. 1 lett.b) – con quello di commercializzazione dello stesso, mentre invece si tratta di due nozioni ben distinte. Posto che il requisito in questione deve essere ricostruito in chiave autonoma e in attesa di ulteriori indicazioni in merito, si ritiene di poter assumere come riferimento quanto affermato dal giudice comunitario in relazione alla direttiva 85/374/CEE. Nell'interpretare l'art. 11 della direttiva anzidetta la Corte precisa che un prodotto deve ritenersi «messo in circolazione quando è uscito dal processo di fabbricazione messo in atto dal produttore ed è entrato in un processo di commercializzazione in cui si trova nello stato offerto al pubblico per essere utilizzato o consumato»¹³⁷. La nozione di «messa in circolazione» viene quindi definita in relazione a quella di commercializzazione, fase in cui il prodotto viene «offerto al pubblico per essere utilizzato o consumato». In proposito, è irrilevante – continua la Corte – «il fatto che il prodotto sia venduto direttamente dal produttore all'utilizzatore o al consumatore oppure che tale vendita sia effettuata nell'ambito di un processo di distribuzione che implica uno o più operatori»¹³⁸. Quest'ultimo rilievo mette in evidenza come sia indifferente – anche ai fini dell'art. 5 – la persona che ha materialmente posto in commercio il prodotto (nella misura in cui tale operazione fosse prevedibile per il presunto responsabile)¹³⁹.

Altra questione sollevata in dottrina riguarda il mercato da assumere come riferimento¹⁴⁰. Ci si chiede cioè se esso debba essere inteso come il luogo in cui è stato commercializzato il prodotto che ha effettivamente causato il danno ovvero come qualsiasi luogo ove sia stato messo in commercio un prodotto dello stesso tipo. La scelta tra le due opzioni è particolarmente rilevante nel caso in cui vengano in rilievo i criteri della residenza abituale del danneggiato e del luogo in cui si è verificato il danno, che spesso non coincidono con il luogo di commercializzazione del prodotto specifico. Stando alla lettera dell'art. 5, dovrebbe essere assunto come riferimento il singolo prodotto che ha causato il danno. Considerando però la questione nel più generale contesto della disciplina speciale, si perviene

¹³⁶ V. HAMBURG GROUP FOR PRIVATE INTERNATIONAL LAW, *Comments* cit., p. 16. Fanno parte di tale gruppo: Jürgen Basedow [coord.], Felix Blobel, Jana Essebier, Jan von Hein, Axel Metzger, Ralf Michaels, Hans-Jürgen Puttfarcken, Jürgen Samtleben, Judith Schnier, Simon Schwarz, Ulrich Magnus, Peter Mankowski.

¹³⁷ CGCE, sent. 9 febbraio 2006, cit., punto 27.

¹³⁸ *Ibidem*, punto 28.

¹³⁹ Mettono l'accento su questo aspetto P. HUBER, M. ILLMER, *International product liability* cit., p. 41 s.

¹⁴⁰ La questione è emersa ad esempio nella diciassettesima riunione del *Group européen de droit international privé*, svoltasi ad Amburgo dal 16 al 16 settembre del 2007. Il resoconto delle sedute di lavoro è disponibile sul sito www.gedip-egpil.eu.

alla conclusione opposta. In tal senso depongono la formulazione della clausola di prevedibilità (che parla di «commercializzazione del prodotto o di un prodotto dello stesso tipo»), ma soprattutto l'impianto del «sistema a cascata», che sarebbe vanificato se il luogo di acquisto e quello di commercializzazione finissero regolarmente per coincidere¹⁴¹.

Infine, un'ulteriore questione riguarda la struttura della disposizione speciale, che risulta incompleta: non è previsto infatti un criterio di collegamento residuale per i casi in cui il prodotto non sia stato commercializzato in nessuno dei Paesi individuati ai sensi dell'art. 5 par. 1 lett. a), b) e c) ovvero manchi del tutto una commercializzazione. Pare senz'altro da escludere la possibilità di ricorrere alla norma generale in materia di illeciti, visto che la questione rientra nell'ambito di applicazione *ratione materiae* dell'art. 5. La soluzione va quindi ricercata all'interno di quest'ultima disposizione. In dottrina sono state prospettate due possibilità per ovviare a tale lacuna: v'è chi ha suggerito di ricorrere alla «clausola di salvaguardia» di cui all'art. 5 par. 2¹⁴² e chi invece ha rintracciato un criterio di collegamento residuale nella clausola di prevedibilità¹⁴³. La prima impostazione non sembra condivisibile perché tende a scorgere nella «clausola di salvaguardia» una norma di conflitto autonoma, anziché reputarla uno strumento eccezionale, deputato a correggere il funzionamento dei criteri di collegamento obiettivi¹⁴⁴. Appare invece maggiormente convincente l'altra soluzione, secondo la quale, se non si realizzano le combinazioni previste dal «sistema a cascata», si applica la legge del luogo di residenza abituale del presunto responsabile. Poiché tale legge trova applicazione quando il presunto responsabile non può ragionevolmente prevedere la commercializzazione del prodotto in un determinato Paese, la medesima soluzione pare ragionevole anche quando manca del tutto la commercializzazione del prodotto nei Paesi considerati.

Meno problematici del requisito testé esaminato sono invece i criteri di collegamento obiettivi utilizzati dalla disposizione in esame. La nozione di residenza abituale viene parzialmente definita dall'art. 23 del regolamento, che chiarisce alcuni aspetti delle ipotesi più controverse. Così, la residenza abituale di società, associazioni e persone giuridiche coincide con «il luogo in cui si trova la loro amministrazione centrale»¹⁴⁵. Se però l'obbligazione

¹⁴¹ Argomentano approfonditamente tale soluzione P. HUBER, M. ILLMER, *International product liability* cit., p. 42 s.

¹⁴² In questo senso I. PRETELLI, *La legge applicabile* cit., p. 440.

¹⁴³ A favore di questa soluzione si sono espressi P. HUBER, M. ILLMER (*International product liability* cit., p. 43 s.), oltre che G. WAGNER, S. LEIBLE, M. LEHMANN J. VON HEIN, M. BENECKE ivi citati alla nt. 40.

¹⁴⁴ V. però P. FRANZINA, *Il regolamento* cit., p. 996.

¹⁴⁵ Il riferimento all'«amministrazione centrale» sta a indicare la sede effettiva del presunto responsabile. La medesima espressione viene utilizzata dall'art. 4 comma 2 della Convenzione di Roma.

extracontrattuale riguarda una filiale, agenzia o altra sede di attività – perché lì si è verificato il fatto generatore del danno o si è manifestato l'evento dannoso – si prende in considerazione il luogo in cui sono ubicate le stesse. Infine, la norma disciplina il caso in cui una persona fisica abbia agito nell'esercizio della propria attività professionale, identificando la residenza abituale con la sede della sua attività principale. Viene invece dato per scontato il concetto di residenza abituale della persona fisica che abbia agito per scopi privati, da ricostruire ancora una volta in chiave autonoma, secondo le indicazioni fornite (ad altro proposito) dalla giurisprudenza della Corte di giustizia¹⁴⁶. Si noti poi che i problemi connessi ai possibili mutamenti nel tempo del criterio in questione, vengono risolti *a priori* dall'art. 5 par. 1 lett. a, che “ancora” la residenza abituale del danneggiato al momento in cui si è verificato il danno. Si ritiene che il medesimo parametro temporale sia da assumere come riferimento anche per valutare la residenza abituale del presunto responsabile, sebbene non espressamente menzionato dalla norma (art. 5 par. 1 ult. frase).

Il luogo di acquisto del prodotto, richiamato in seconda battuta dal «sistema a cascata», è un criterio ben noto in materia: come si è visto, è stato utilizzato sia nell'ambito della soluzione adottata dalla Convenzione dell'Aja del 2 ottobre 1973¹⁴⁷ che da diverse leggi nazionali contenenti una norma *ad hoc* dedicata al danno da prodotto¹⁴⁸. In linea con l'interpretazione accolta negli anzidetti strumenti, pare preferibile intendere il concetto di acquisto in un'accezione ampia e atecnica, non necessariamente riferita al perfezionamento di un contratto di compravendita. Il luogo di acquisto del prodotto sarà quindi quello in cui un soggetto è entrato materialmente in possesso del bene a diverso titolo: può trattarsi ad esempio di un prodotto ricevuto in premio o in visione ovvero di cui il soggetto dispone per comodato o deposito. È ininfluente inoltre il fatto che il prodotto dannoso sia di prima o di seconda mano ovvero che sia stato acquistato nell'ambito di una vendita commerciale o di una vendita al consumo. Infine, è appena il caso di rilevare che tale criterio serve a individuare la legge applicabile alla fattispecie e non a circoscrivere l'ambito di applicazione della norma sotto il profilo soggettivo. Ne consegue che il collegamento al luogo di acquisto del prodotto può funzionare anche quando la parte lesa sia un *innocent bystander*, sebbene sia evidente l'inadeguatezza dello stesso. In tali casi, il giudice ha la facoltà di invocare la clausola di salvaguardia di cui all'art. 5 par. 2 «se dal complesso delle circostanze del caso

¹⁴⁶ Sul punto v. G. HOHLOCH, *The Rome II regulation: an overview. Place of injury, habitual residence, closer connection and substantive scope: the basic principles*, in *Yearb. Priv. Int. Law*, 2007, p. 1 ss., a p. 11 s.

¹⁴⁷ Cfr. artt. 4 e 5 della Convenzione, che V. *supra*, cap. 2 par.3.2.

¹⁴⁸ V. *supra*, cap. 2 par. 4.1.

risulta chiaramente che il fatto illecito presenta collegamenti manifestamente più stretti con un paese diverso».

In terza e ultima posizione del «sistema a cascata» si colloca la *lex loci damni*, che deve essere interpretata in linea con le indicazioni generali fornite dall'art. 4 par 1¹⁴⁹. Ciò significa che, ai fini della localizzazione della fattispecie, sono irrilevanti sia il luogo «nel quale è avvenuto il fatto che ha dato origine al danno», cioè il luogo della condotta attiva o omissiva, sia il luogo o i luoghi «in cui si verificano le conseguenze indirette di tale fatto». Il legislatore comunitario da un lato risolve il «dilemma» tra azione ed evento pronunciandosi espressamente a favore di quest'ultima soluzione, in linea con l'evoluzione dei moderni sistemi di responsabilità civile, più attenti agli aspetti risarcitori che a quelli punitivi; dall'altro, recepisce l'indirizzo sviluppato dalla Corte di giustizia in relazione all'art. 5 punto 3 della Convenzione di Bruxelles¹⁵⁰, conferendo esclusivo rilievo al danno diretto nell'operazione di individuazione della legge applicabile. Le ricadute patrimoniali di tale danno assumono eventualmente rilievo in sede di valutazione del danno risarcibile.

Il «sistema a cascata» è poi completato, come si è accennato, da una clausola di prevedibilità, da una clausola d'eccezione a carattere speciale e da una «clausola di salvaguardia». Il primo meccanismo, che come noto è posto a tutela del presunto responsabile, presenta una formulazione classica, simile a quella accolta dalla Convenzione dell'Aja del 1973. Tale clausola riguarda in particolare l'ipotesi in cui il danneggiato abbia acquistato un prodotto usato in un Paese diverso da quello di commercializzazione e il commercio B2B.

Le altre due clausole, fondate sul principio di prossimità, sono una chiara manifestazione del processo di «flexibilisation» che interessa il diritto internazionale privato a partire dalla seconda metà del secolo scorso¹⁵¹: il legislatore comunitario reputa opportuno attenuare la rigidità dei criteri di collegamento prescelti per regolare la fattispecie «al fine di trattare i casi singoli in maniera adeguata»¹⁵². In particolare, la «clausola di salvaguardia» accolta dall'art. 5 par. 2 conferisce un certo margine di apprezzamento al giudice, che può

¹⁴⁹ Su tale disposizione si veda, oltre ai commenti generali al regolamento già richiamati, E. LOQUIN, *La règle de conflit générale en matière de délit dans le règlement du 11 juillet 2007 (Rome II)*, in S. COURNELOUP, N. JOUBERT (sous la direction de), *Le règlement communautaire* cit., p. 35 ss.; A. NUYTS, *La règle générale de conflit de lois en matière non contractuelle dans le règlement Rome II*, in *Revue de droit commercial belge*, 2008, p. 489 ss.

¹⁵⁰ CGCE, sent. 19 settembre 1995, in causa C-364/93, *Marinari*, punti 14 ss.; sent. 10 giugno 2004, in causa C-168/02, *Kronhofer*, punti 19 ss. Sulla sentenza *Marinari* v. il commento di A. SARAVALLE, *Conseguenze dell'illecito e danni patrimoniali indiretti: il foro competente*, in *Danno e Resp.*, 1996, p. 333.

¹⁵¹ V. J.D. GONZALES CAMPOS, *Diversification, spécialisation*, cit., p. 214 ss.

¹⁵² Cfr. *considerando* n. 14.

discostarsi dalla legge normalmente competente a seguito di un esame di «tutte» le circostanze del caso. Se da tale esame risulta «chiaramente» che il fatto illecito presenta un collegamento «manifestamente» più stretto con un Paese diverso da quello individuato ai sensi dell'art. 5 par. 1, il giudice dovrà applicare la legge di tale Paese. La formulazione della clausola mette in evidenza come si tratti di uno strumento avente carattere eccezionale¹⁵³, deputato a correggere il funzionamento dei criteri di collegamento fissi, quando essi conducano a un risultato “inadeguato” in termini di prossimità¹⁵⁴. Si ritiene quindi che il meccanismo in esame non integri, come anticipato, un criterio di collegamento autonomo, finalizzato a individuare la *proper law of the tort*. Una simile interpretazione sarebbe in contrasto, oltre che con la lettera dell'articolo, con le esigenze di certezza del diritto e prevedibilità delle soluzioni conflittuali tanto importanti nell'economia del regolamento¹⁵⁵.

Al fine di indirizzare l'interprete sul genere di connessione idonea ad “attivare” tale clausola, l'art. 5 par. 2 suggerisce che un collegamento manifestamente più stretto con un altro Paese «potrebbe fondarsi segnatamente su una relazione preesistente tra le parti, quale un contratto, che presenti uno stretto collegamento con il fatto illecito in questione». L'indicazione fornita dal legislatore comunitario richiama il meccanismo del collegamento accessorio¹⁵⁶, dal quale peraltro si differenzia per il carattere non vincolante dell'indicazione stessa: la legge applicabile alla relazione preesistente «non si applica automaticamente e il giudice dispone di un margine di manovra per valutare se esiste un nesso significativo tra l'obbligazione extracontrattuale» e l'anzidetta relazione¹⁵⁷, che può consistere in un contratto ovvero in un rapporto di natura familiare.

Tale previsione, che tende a preservare le legittime aspettative delle parti e a garantire la buona amministrazione della giustizia, consente di risolvere alcune difficoltà ricorrenti in materia di danno da prodotto. Innanzitutto, viene così ridimensionato il problema della distinzione tra conseguenze contrattuali e conseguenze extracontrattuali della difettosità di un

¹⁵³ Sembra quindi da escludere, in assenza di espresse indicazioni, la possibilità di utilizzare la clausola per operare un *dépeçage* dei vari aspetti dell'illecito, assoggettandoli a leggi diverse. V. in tal senso P. FRANZINA, *Il regolamento* cit., p. 999.

¹⁵⁴ L'unico parametro di giudizio ammesso dalla clausola è quello della prossimità: non è dunque possibile per l'interprete fondarsi su considerazioni di giustizia sostanziale per discostarsi dalla legge individuata ai sensi dell'art. 5 par. 1.

¹⁵⁵ In tal senso depone anche la Relazione della Commissione (cit., p. 13), che sottolinea come la «clausola di salvaguardia», pur essendo formulata sulla falsariga dell'art. 4 par. 5 della Convenzione, se ne discosti nella misura in cui va attivata solo in via eccezionale. «L'esperienza della Convenzione di Roma del 1980» - dice la Commissione - «che comincia enunciando delle presunzioni, ha dimostrato che i giudici di alcuni Stati membri tendono a ricorrere alla clausola derogatoria *ab initio*, ricercando subito la legge che corrisponde meglio al criterio di prossimità, senza passare preliminarmente attraverso queste presunzioni».

¹⁵⁶ V. *supra*, cap. 1 par. 1.

¹⁵⁷ Si esprime in questi termini la Relazione della Commissione, cit., p. 13.

prodotto, assoggettando la totalità dei rapporti tra le parti a un'unica legge. Infatti, nonostante sia pacifico che il concetto di obbligazione extracontrattuale debba essere ricostruito in maniera autonoma, potrebbero sorgere dei conflitti di qualificazione tra i diversi Stati membri ogni volta che l'elemento del danno si mescoli con elementi propri di una relazione contrattuale¹⁵⁸. In secondo luogo, con tale soluzione vengono opportunamente regolati i casi di concorso tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, evitando che l'ammissibilità e i limiti dello stesso vengano valutati alla stregua di due leggi differenti, con tutte le conseguenze che ne possono derivare.

Un'altra possibile applicazione della «clausola di salvaguardia» nella materia considerata può riguardare, come si è anticipato, le ipotesi in cui vittima dell'illecito sia un terzo, che si trova esposto al rischio senza aver né acquistato né utilizzato il prodotto (*innocent bystander*). La dottrina ha da tempo messo in evidenza come in tali casi la legge del luogo di acquisto o commercializzazione del prodotto possa risultare iniqua perché priva di un effettivo collegamento e poco rispettosa delle legittime aspettative del danneggiato¹⁵⁹. Sembra quindi preferibile consentire al giudice di condurre un'analisi caso per caso per verificare se la fattispecie presenta un collegamento manifestamente più stretto con un Paese diverso da quello individuato ai sensi dell'art. art. 5 par. 1.

3.4. L'AMBITO DELLA LEGGE APPLICABILE.

L'art. 15 del regolamento stabilisce un elenco meramente esemplificativo¹⁶⁰ di questioni che vengono regolate dalla *lex causae*¹⁶¹. La disposizione presenta una formulazione classica, che trova diversi precedenti sia a livello nazionale che convenzionale, tra i quali spicca l'art. 8 della Convenzioni dell'Aja del 2 ottobre 1973, dedicata come noto alla responsabilità per danno da prodotto¹⁶².

Sulla scorta delle esperienze passate e in linea con uno degli obiettivi fondamentali del regolamento, cioè quello di garantire la certezza giuridica e la prevedibilità delle soluzioni, il legislatore comunitario definisce in maniera assai ampia l'ambito della legge applicabile,

¹⁵⁸ Sul punto v. in generale L. GAROFALO, *Il coordinamento* cit., p. 205 s.

¹⁵⁹ V. da ultimo HAMBURG GROUP FOR PRIVATE INTERNATIONAL LAW, *Comments* cit., p. 18.

¹⁶⁰ L'art. 15 esordisce dicendo «la legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali [...] disciplina in particolare [...] (corsivo aggiunto).

¹⁶¹ Su tale disposizione v. O. BOSKOVIC, *Le domaine de la loi applicable*, in *Le règlement communautaire «Rome II»* cit., p. 183 ss.

¹⁶² V. *supra*, cap. 2 par. 3.3.

onde evitare – per quanto possibile – il frazionamento della fattispecie. Nel novero delle questioni sottoposte alla *lex causae* rientrano: «la base e la portata della responsabilità, compresa la determinazione dei soggetti che possono essere ritenuti responsabili per i propri atti» (lett. a), «i motivi di esonero dalla responsabilità, nonché ogni limitazione e ripartizione della responsabilità» (lett. b), «la questione della trasferibilità del diritto alla richiesta di risarcimento o indennizzo, anche per via successoria» (lett. e), «i soggetti aventi diritto al risarcimento del danno personalmente subito» (lett. f), «la responsabilità per fatto altrui» (lett. g), che riguardano i presupposti del sorgere della responsabilità; nonché «l'esistenza, la natura e la valutazione del danno o l'indennizzo chiesto» (lett. c), «i provvedimenti che possono essere presi da un giudice per prevenire o inibire lesioni o danni ovvero per fissare le modalità di risarcimento» (lett. d), «il modo di estinzione delle obbligazioni nonché le norme di prescrizione e di decadenza, comprese quelle relative alla decorrenza, all'interruzione e alla sospensione dei termini di prescrizione o decadenza» (lett. h), inerenti alle conseguenze giuridiche della responsabilità.

Oltre alle questioni indicate dall'art. 15, nel primo gruppo rientrano anche tutti i problemi relativi alle condizioni sostanziali di prova e alla ripartizione del relativo onere, che vengono esplicitamente assoggettati alla *lex causae* dall'art. 22. Sempre in materia di prova, la legge individuata ai sensi del regolamento è chiamata a regolare la questione della validità formale degli atti unilaterali connessi a un'obbligazione extracontrattuale, alternativamente alla legge del Paese «in cui l'atto è stato posto in essere», in ossequio al principio del *favor validitatis*¹⁶³.

3.5. IL COORDINAMENTO CON LE DISPOSIZIONI DI ALTRI ORDINAMENTI E I LIMITI ALL'APPLICAZIONE DELLA *LEX CAUSAE*.

La tendenziale unitarietà della *lex causae* (sia essa individuata in base a criteri di collegamento obiettivi o designata a seguito di un accordo delle parti), che sembra emergere dal disposto dell'art. 15, è in realtà solo apparente. La legge applicabile all'obbligazione non contrattuale subisce infatti la concorrenza di diverse leggi, tra cui figura *in primis* la *lex fori*. Quest'ultima legge, infatti, è chiamata a coordinarsi con la *lex causae* sotto un duplice punto di vista: da un lato, si tratta della legge regolatrice del processo, come si ricava dall'art. 1 par.

¹⁶³ Cfr. art. 21.

3¹⁶⁴; dall'altro lato, essa "interviene" a colmare le lacune che possono presentarsi in sede di applicazione pratica del regolamento¹⁶⁵. Sotto il primo profilo, la legge del giudice adito può venire in rilievo, ad esempio, in materia di prove o con riferimento alle misure provvisorie¹⁶⁶. In questi casi, l'integrazione tra *lex fori* e *lex causae* si rivela particolarmente delicata, trattandosi di questioni che si pongono al confine tra diritto sostanziale e diritto processuale. Inoltre, in materia di responsabilità da prodotto, potrebbe essere introdotta un'azione collettiva, in relazione alla quale la *lex fori* eserciterebbe senz'altro un ruolo fondamentale¹⁶⁷.

Sulla portata della legge applicabile all'obbligazione non contrattuale incidono poi alcune disposizioni contenute nel Capo V del regolamento, da cui emerge l'esigenza di un coordinamento tra la *lex causae* e la legge competente a regolare altri rapporti strettamente connessi all'obbligazione extracontrattuale. A tal proposito, si segnala ad esempio l'art. 18, in materia di azione diretta del danneggiato contro l'assicuratore del responsabile, che prevede un collegamento alternativo alla *lex delicti* e alla legge del contratto di assicurazione, al fine di agevolare l'esperimento di tale azione. Spetta ovviamente alla *lex contractus* disciplinare il contenuto delle obbligazioni che incombono sull'assicuratore, mentre la *lex delicti* è chiamata a intervenire soltanto con riferimento alla questione dell'ammissibilità dell'azione diretta. La legge del contratto di assicurazione può venire in rilievo anche in forza dell'art. 19, che regola l'ipotesi di surrogazione. Tale articolo stabilisce la competenza della legge applicabile all'obbligo del terzo creditore surrogato (che molto spesso è appunto l'assicuratore) in relazione all'*an* e al *quantum* della pretesa risarcitoria, mentre si ritiene che il contenuto della pretesa in questione sia sottoposto alla *lex delicti*¹⁶⁸.

Da ultimo, si noti che possono verificarsi altre forme di "interferenza" – di varia natura – tra la legge regolatrice della responsabilità e le disposizioni pertinenti di altri ordinamenti, che presentano un particolare interesse nella presente trattazione. Tali "interferenze" riguardano, in particolare, la facoltà del giudice di «prendere in

¹⁶⁴ L'art. 1 par. 3 ricorda tra l'altro che «il presente regolamento non si applica [...] alla procedura».

¹⁶⁵ Per alcune considerazioni generali sul punto v. P. FRANZINA, *Il coordinamento tra lex fori e norme uniformi nell'accertamento del titolo di giurisdizione secondo il regolamento (CE) n. 44/2001*, in *Riv. dir. int.*, 2004, p. 348 ss.

¹⁶⁶ La lettera d) dell'art. 15 assoggetta, come si è detto, alla *lex causae* i provvedimenti preventivi e inibitori «entro i limiti dei poteri attribuiti al giudice dalla sua legge processuale».

¹⁶⁷ Per un quadro comparatistico dei vari strumenti di ricorso collettivo a disposizione dei consumatori nell'Unione europea si veda il Libro verde della Commissione del 27 novembre 2008, COM(2008) 794 def. Per una prima analisi dei risvolti internazionalprivatistici della questione v. G. COSCIA, *La nuova azione collettiva risarcitoria italiana nel quadro delle discipline processuali di conflitto interne e comunitarie*, in *Liber Fausto Pocar*, p. 231 ss.; M.-L. NIBOYET, *Action de groupe en droit international privé*, in *Revue Lamy Droit civil*, 2006, p. 78 ss.

¹⁶⁸ La previsione dell'art. 19 è problematica sotto più punti di vista. V. sul punto O. BOSKOVIC, *Le domaine cit.*, p.191 nt. 13; I. PRETELLI, *La legge applicabile cit.*, p. 472 s.

considerazione» le norme di sicurezza e di condotta del luogo dell'azione, il dovere che incombe sullo stesso di applicare le norme imperative (ricorrendo certe condizioni) e le norme di applicazione necessaria, nonché di impedire il verificarsi di conseguenze inaccettabili per l'ordinamento del foro. A tali strumenti si intende dedicare un approfondimento specifico.

3.5.1. LE NORME DI SICUREZZA E DI CONDOTTA.

Ispirandosi alle soluzioni accolte dalle Convenzioni dell'Aja sugli incidenti stradali (art. 7) e sulla responsabilità da prodotto (art. 9)¹⁶⁹, nonché da alcune codificazioni nazionali di diritto internazionale privato¹⁷⁰, il regolamento «Roma II» conferisce rilievo – seppur limitato – agli *standards* di sicurezza e comportamento di un ordinamento diverso da quello competente a regolare la fattispecie. Ai sensi dell'art. 17, infatti, il giudice ha la facoltà di prendere in considerazione, ove opportuno, le «norme di sicurezza e condotta in vigore nel luogo e nel momento in cui si verifica il fatto che determina la responsabilità», per poter valutare compiutamente il comportamento del presunto responsabile.

La norma, che interviene quando non vi è coincidenza tra il luogo dell'evento e quello dell'azione, tende a “correggere” gli inconvenienti potenzialmente connessi all'applicazione di una legge diversa da quella del Paese in cui il presunto responsabile ha agito: può accadere ad esempio che l'autore del danno si sia conformato alle regole in vigore nel luogo in cui ha compiuto il fatto dannoso, ma che il suo comportamento violi i più elevati *standards* previsti dalla *lex loci damni*. L'art. 17 consente quindi al giudice di prendere in considerazione le anzidette prescrizioni nell'ambito del giudizio di responsabilità effettuato alla stregua di una diversa legge regolatrice dell'illecito.

La possibilità di “integrare” la *lex causae* con le norme di sicurezza e condotta in vigore nel luogo dell'azione è però opportunamente sottoposta a una serie di limiti, giustificati da esigenze di certezza e prevedibilità, oltre che dalla volontà di non minare una coerente applicazione della legge applicabile all'illecito. Innanzitutto, la disposizione in esame non prevede l'*applicazione* della legge della condotta, ma la semplice «presa in considerazione» della stessa quale «dato di fatto». Inoltre, il giudice *non è tenuto* a prendere in considerazione tali norme, ma conserva dei margini di discrezionalità, potendo procedere a una verifica

¹⁶⁹ V. *supra*, cap. 2 par. 3.4.

¹⁷⁰ Cfr. ad es. l'art. 142 comma 2 della Legge svizzera di diritto internazionale privato; l'art. 8 della legge olandese; l'art. 102 del codice belga diritto internazionale privato.

sull'opportunità dei risultati che ne deriverebbero. Infine, le prescrizioni della *lex loci actus* vengono in rilievo esclusivamente nella valutazione del comportamento del presunto responsabile, cioè in pratica con riferimento alla gravità della colpa commessa dall'autore del fatto. Si ritiene quindi che l'art. 17 non costituisca una deroga in senso proprio al funzionamento delle norme di conflitto, ma che rappresenti piuttosto un «fattore di *souplesse* del ragionamento conflittuale», intervenendo direttamente «sul piano della disciplina materiale della fattispecie»¹⁷¹.

Considerando il funzionamento dell'art. 17 in relazione alla responsabilità per danno da prodotto di cui all'art. 5, è necessario innanzitutto stabilire che cosa debba intendersi per «luogo in cui si verifica il fatto che determina la responsabilità». Si è già rilevato in proposito come non sia affatto scontato definire tale concetto. La soluzione più ovvia è quella che porta a individuare il luogo dell'azione con quello di produzione o assemblaggio, dove si sono verificate le anomalie nel processo produttivo. Tale conclusione, tuttavia, potrebbe non essere particolarmente calzante almeno in due occasioni. *In primis*, si pensi al caso – ormai molto frequente – di delocalizzazione produttiva, per cui ad esempio un'impresa italiana installa i propri stabilimenti produttivi in Cina per poi commercializzare i propri prodotti sul mercato europeo. In secondo luogo, non è detto che il danno causato dal prodotto dipenda da una falla nel processo di produzione, ma può riguardare ad esempio la fase di progettazione. Inoltre, se la fase di produzione è dislocata in più Paesi, la scelta di uno stabilimento in luogo di un altro si potrebbe risolvere in un'operazione meramente arbitraria. Questi rilievi depongono a favore di un'interpretazione estensiva della nozione di condotta illecita, che può essere identificata con l'immissione in commercio del prodotto. A sostegno di tale ampia accezione può essere invocata anche la soluzione accolta dall'art. 9 della Convenzione dell'Aja del 1973 (fonte d'ispirazione per la Commissione), che richiama «les règles de sécurité en vigueur dans l'Etat sur le territoire duquel le produit a été introduit sur le marché». Ad ogni modo, l'interprete dovrà procedere a un'analisi caso per caso onde valutare quale sia la soluzione che meglio si attaglia alle circostanze concrete.

Se, come si ritiene preferibile, venisse conferita rilevanza agli *standards* del luogo in cui i prodotti sono stati posti in commercio, si ridurrebbe significativamente l'incidenza dell'art. 17 sulla legge individuata ai sensi dell'art. 5. Si noti infatti che il «sistema a cascata» di criteri di collegamento previsto dall'art. 5 par. 1 rinvia in ogni caso alla legge del luogo di commercializzazione del prodotto. Inoltre, la clausola di prevedibilità può intervenire come

¹⁷¹ Così P. FRANZINA, *Il regolamento* cit., p. 1039.

correttivo tutte le volte in cui il presunto responsabile «non potesse ragionevolmente prevedere la commercializzazione del prodotto o di un prodotto dello stesso tipo» nel paese individuato in base ai predetti criteri «in cascata», nonché quando tale requisito venga a mancare. Si consideri poi il consistente e sempre crescente sforzo che la Comunità europea ha intrapreso per armonizzare «tutte le disposizioni che presentano un collegamento con la sicurezza [dei prodotti] e la condotta [dei fabbricanti]»¹⁷², riducendo sensibilmente le differenze tra un Paese membro e l'altro. Un ultimo elemento che circoscrive la rilevanza dell'art. 17 in relazione al danno da prodotto, a prescindere dal significato attribuito al luogo dell'azione, riguarda la natura della responsabilità invocata, che almeno in tutti i casi coperti dalla direttiva prescinde dalla colpa (unico elemento su cui può incidere la presa in considerazione delle prescrizioni in questione).

3.5.2. LE NORME IMPERATIVE APPLICABILI IN ASSENZA DI UN ACCORDO DELLE PARTI, LE NORME DI APPLICAZIONE NECESSARIA E LE NORME DI CONFLITTO SPECIALI.

Il regolamento «Roma II» prende in considerazione la categoria delle norme imperative sotto un duplice profilo: i parr. 2 e 3 dell'art. 14 si occupano delle norme imperative c.d. semplici, mentre l'art. 16 disciplina le norme di applicazione necessaria. Come noto, le prime si identificano con le norme inderogabili dalla volontà delle parti e, in genere, rappresentano un limite alla facoltà delle stesse di designare la legge applicabile a un determinato rapporto; le seconde invece, che rappresentano un sottoinsieme delle prime, sommano l'imperatività sul piano interno al fatto di essere applicabili «nonostante il richiamo alla legge straniera»¹⁷³.

L'art. 14 par. 2, che ripropone in materia extracontrattuale la previsione contenuta nell'art. 3 par. 3 della Convenzione di Roma, limita l'efficacia dell'*optio legis* esercitata dalle parti nel caso in cui «tutti gli elementi pertinenti alla situazione siano ubicati [...] in un paese diverso da quello la cui legge è stata scelta». In tal caso, l'accordo delle parti «non pregiudica l'applicazione delle disposizioni alle quali la legge di tale diverso paese non permette di derogare convenzionalmente». Il paragrafo successivo introduce invece un'importante novità

¹⁷² Questa è l'ampia definizione – opportunamente integrata – di norme di sicurezza e condotta fornita dal *considerando* n. 34.

¹⁷³ Così si esprime l'art. 17 della Legge n. 218 del 31 maggio 1995. Sulle tali norme v. per tutti A. BONOMI, *Le norme imperative nel diritto internazionale privato*, Zürich, 1998.

rispetto alla Convenzione di Roma, conferendo specifico rilievo alle disposizioni imperative del diritto comunitario («se del caso nella forma in cui sono applicate nello Stato membro del foro»), che non vengono pregiudicate dalla scelta della legge di un Paese terzo, qualora «tutti gli elementi pertinenti alla situazione siano ubicati [...] in uno o più Stati membri». Si noti che il regolamento «Roma I» contiene due disposizioni molto simili (art. 3 par. 3 e 4), che volutamente si allineano «per quanto possibile» all'art. 14 del regolamento «Roma II»¹⁷⁴. Scopo di queste disposizioni è quello di prevenire il fenomeno di frode alla legge, che si realizza quando l'*electio iuris* viene effettuata al solo fine di eludere le norme imperative della legge altrimenti competente a disciplinare la fattispecie. I correttivi introdotti all'autonomia privata determinano l'integrazione della *lex causae* con le norme inderogabili dello Stato del foro (art. 14 par. 2) o con quelle di fonte comunitaria «se del caso nella forma in cui sono applicate nello Stato membro del foro» (art. 14 par. 3). Quest'ultima precisazione mette in evidenza come la clausola generale posta a tutela di un *Community minimum standard* si riferisca sia a disposizioni comunitarie dotate di effetto diretto che a disposizioni interne attuative di una direttiva comunitaria¹⁷⁵. In effetti, si ritiene che le norme emanate in attuazione di una direttiva riflettano il grado d'imperatività internazionale imposto a livello comunitario e abbiano il medesimo campo di applicazione spaziale¹⁷⁶.

¹⁷⁴ Cfr. *considerando* n. 15 del regolamento (CE) n. 593/2008. Art. 3 par. 3: «Qualora tutti gli altri elementi pertinenti alla situazione siano ubicati, nel momento in cui si opera la scelta, in un paese diverso da quello la cui legge è stata scelta, la scelta effettuata dalle parti *fa salva l'applicazione* delle disposizioni alle quali la legge di tale diverso paese non permette di derogare convenzionalmente». Art. 3 par. 4: «Qualora tutti gli altri elementi pertinenti alla situazione siano ubicati, nel momento in cui si opera la scelta, in uno o più Stati membri, la scelta di una legge applicabile diversa da quella di uno Stato membro ad opera delle parti *fa salva l'applicazione* delle disposizioni di diritto comunitario, se del caso, come applicate nello Stato membro del foro, alle quali non è permesso derogare convenzionalmente». Corsivo aggiunto. Su tali disposizioni v. A. BONOMI, *Le régime des règles impératives et des lois de police dans le Règlement «Roma I» sur la loi applicable aux contrats*, in E. CASHIN RITAINE, A. BONOMI (éds.), *Le nouveau règlement cit.*, p. 217 ss.; N. BOSCHIERO, *Norme inderogabili, «disposizioni imperative del diritto comunitario» e «leggi di polizia» nella proposta di regolamento «Roma I»*, in *Il nuovo diritto europeo dei contratti cit.*, p. 101 ss.; ID., *I limiti al principio d'autonomia posti dalle norme generali del regolamento Roma I. Considerazioni sulla «conlit involution» europea*, in N. BOSCHIERO (a cura di), *La nuova disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti (Roma I)*, Torino, 2009, p. 67 ss.; G. BIAGIONI, *Art. 3 (libertà di scelta) – II*, in F. SALERNO, P. FRANZINA (a cura di), *Regolamento CE n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali («Roma I»)*. *Commentario*, in *Nuove leggi civ.*, 2009, p. 629 ss.

¹⁷⁵ Con riferimento alla medesima previsione contenuta nell'art. 3 par. 4 del regolamento «Roma I», una parte della dottrina ha criticato il riferimento alle misure nazionali di attuazione proprie della *lex fori*, evidenziando che sarebbe invece stato opportuno riferirsi alle disposizioni attuative della legge applicabile in mancanza di scelta ovvero di quelle più strettamente connesse alla fattispecie. V. S. LEIBLE, *Choice of the applicable law*, in E. CASHIN RITAINE, A. BONOMI (éds.), *Le nouveau règlement cit.*, p. 61 ss., spec. p. 74, e i riferimenti *ivi* contenuti; N. BOSCHIERO, *I limiti al principio d'autonomia cit.*, p. 115 ss.; F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *The Rome I Regulation: much ado about nothing?*, in *Europ. Legal Forum*, 2008, p. I-1 ss.

¹⁷⁶ V. A. BONOMI, *Le régime des règles cit.*, p. 219. Tale affermazione sarà peraltro oggetto di una serie di precisazioni *infra*, par. 4.1.

L'art. 16, invece, disciplina in maniera classica le norme dotate di imperatività internazionale, stabilendo che il regolamento non pregiudica «l'applicazione delle disposizioni della legge del foro che siano di applicazione necessaria alla situazione, quale che sia la legge applicabile all'obbligazione extracontrattuale». Tale sintetica formulazione si discosta da quella accolta nell'art. 9 del regolamento «Roma I», che introduce per la prima volta un'espressa definizione delle norme in discorso e conferisce (un limitato) rilievo alle stesse qualora appartengano a uno Stato terzo¹⁷⁷.

Tra le varie questioni che si pongono in relazione a tali articoli¹⁷⁸, conviene qui soffermarsi sul contenuto (delle) e sul trattamento riservato alle norme di applicazione necessaria di origine comunitaria nell'economia del regolamento. L'anzidetta questione è strettamente legata a quella dell'influenza esercitata dall'ordinamento comunitario sull'istituto in esame e deve essere valutata nel più generale contesto del diritto internazionale privato comunitario, che ha conosciuto interessanti sviluppi in materia sia sul versante giurisprudenziale che su quello normativo.

Da un punto di vista generale, si ritiene che l'ordinamento comunitario rappresenti al contempo un limite e una fonte per le norme dotate d'imperatività rafforzata: da un lato, infatti, le *lois de police* degli Stati membri sono soggette a un «test di compatibilità comunitaria»¹⁷⁹, per cui le valutazioni nazionali alla base di tali norme sono sottoposte a un controllo di legittimità e proporzionalità rispetto alle disposizioni del Trattato; dall'altro lato, si registra l'emergenza di una categoria di norme comunitarie di applicazione necessaria che, in considerazione dello stretto legame che la fattispecie presenta con la Comunità, sono suscettibili di prevalere sulla legge altrimenti applicabile secondo criteri di collegamento obiettivi e subiettivi¹⁸⁰.

¹⁷⁷ Cfr. art. 9 regolamento (CE) n. 593/2008: «1. Le norme di applicazione necessaria sono disposizioni il cui rispetto è ritenuto cruciale da un paese per la salvaguardia dei suoi interessi pubblici, quali la sua organizzazione politica, sociale o economica, al punto da esigerne l'applicazione a tutte le situazioni che rientrino nel loro campo d'applicazione, qualunque sia la legge applicabile al contratto secondo il presente regolamento. 2. Le disposizioni del presente regolamento non ostano all'applicazione delle norme di applicazione necessaria della legge del foro. 3. Può essere data efficacia anche alle norme di applicazione necessaria del paese in cui gli obblighi derivanti dal contratto devono essere o sono stati eseguiti, nella misura in cui tali norme di applicazione necessaria rendono illecito l'adempimento del contratto. Per decidere se vada data efficacia a queste norme, si deve tenere conto della loro natura e della loro finalità nonché delle conseguenze derivanti dal fatto che siano applicate, o meno».

¹⁷⁸ Altra questione su cui si è interrogata la dottrina riguarda la possibile rilevanza delle norme di applicazione necessaria di uno Stato terzo nell'ambito del regolamento «Roma II». V. sul punto ad es. P. FRANZINA, *Il regolamento* cit., p. 1041; I. PRETELLI, *La legge applicabile* cit.

¹⁷⁹ L'espressione è di P. BERTOLI, *Corte di Giustizia* cit., p. 348 ss.

¹⁸⁰ In argomento v. per tutti A. BONOMI, *Le norme imperative* cit., p. 120 ss.; ID., *Mandatory rules in Private International Law – The quest for uniformity of decision in a global environment*, in *Yearb. Priv. Int. Law*, 1999, p. 215 ss.; ID., *Il diritto internazionale privato dell'Unione europea* cit., p. 46 ss.

Sotto il primo profilo, si segnala una ormai consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia – inaugurata con la sentenza *Arblade* – che mette in evidenza come «l'appartenenza di una norma nazionale alla categoria delle leggi di polizia e di sicurezza non la sottrae all'osservanza delle disposizioni del Trattato, pena la violazione dei principi di preminenza e di applicazione uniforme del diritto comunitario. Le motivazioni che stanno alla base di tali normative nazionali – continua la Corte – possono essere prese in considerazione dal diritto comunitario soltanto a titolo di eccezioni alle libertà comunitarie previste dal Trattato e, se del caso, a titolo di ragioni imperative d'interesse generale»¹⁸¹. Ciò significa in sostanza che l'imperatività internazionale di una norma interna non può in alcun modo rappresentare un ostacolo all'esercizio delle libertà fondamentali del Trattato, a meno che non sia giustificata da esigenze imperative espressione di valori superiori condivisi a livello comunitario e rispetti i principi di proporzionalità, equivalenza e non duplicazione¹⁸².

Sotto il secondo profilo, vengono in rilievo le considerazioni svolte dalla Corte di giustizia nella celebre sentenza *Ingmar*¹⁸³, che riconosce una particolare intensità applicativa ad alcune disposizioni della direttiva 86/653/CEE sugli agenti commerciali indipendenti¹⁸⁴. Nel caso di specie, una società inglese (la *Ingmar GB Ltd*), agente commerciale per il Regno Unito di una società californiana (la *Eaton Leonard Technologies Inc.*), intenta un'azione davanti alla *High Court of Justice* per ottenere dalla controparte – tra l'altro – il risarcimento dei danni derivanti dalla cessazione del rapporto. In forza di una clausola contenuta nel contratto di agenzia, la legge designata dalle parti è quella dello Stato della California, che

¹⁸¹ CGCE, sent. 23 novembre 1999, cause C-369/96 e C-376/96, *Arblade*, punto 31, pubblicato in *Revue critique*, 2000, p. 710 ss., con nota di M. FALLON. Il medesimo principio viene ribadito poco tempo dopo nella sent. 15 marzo 2001, in causa C-165/98, *Mazzoleni*, punti 22 e 25. In senso analogo v. anche sent. 25 ottobre 2001, cause C-49/98, C-50/98, C-52/98, C-54/98, *Finalarte*, punto 31; sent. 24 gennaio 2002, causa C-164/99, *Portugaia Construções*, punto 16. Lo stesso ragionamento è implicito nelle sentenze 27 settembre 1988, causa 81/87, *Daily Mail*; 9 marzo 1999, causa C-212/97, *Centros*; 5 novembre 2002, causa C-208/2000, *Überseering*; 30 settembre 2003, causa-167/01, *Inspire Art*. Sul punto v. per tutti T. BALLARINO, *Les règles de conflit sur les sociétés commerciales à l'épreuve du droit communautaire d'établissement. Remarques sur deux arrêts récents de la Cour de Justice des Communautés européennes*, in *Revue critique*, 2003, p. 374 ss.; ID., *From Centros to Überseering, EC right of establishment and conflict of laws*, in *Yearb. Priv. Int. Law*, 2002, p. 203 ss.; ID., *Sulla mobilità delle società nella Comunità europea. Da Daily Mail a Überseering: norme imperative, norme di conflitto e libertà comunitarie*, in *Riv. soc.*, 2003, p. 669 ss.

¹⁸² Il controllo esercitato dalla Corte di giustizia sulla compatibilità delle norme di applicazione necessaria rispetto alle libertà fondamentali previste dal Trattato non è che una manifestazione specifica del generale principio del primato del diritto comunitario sul diritto interno.

¹⁸³ CGCE, sent. 9 novembre 2000, causa C-381/98, *Ingmar*. Per un commento v. L. IDOT, in *Revue critique*, 2001, p. 112 ss.; H.L.E. VERHAGEN, *The tension between party autonomy and European Union law: some observations on Ingmar GB Ltd v. Eaton Leonard Technologies Inc.*, in *Int. Comp. L. Quart.*, 2002, p. 135 ss.; W.H. ROTH, *Case C-381/98, Ingmar GB Ltd v. Eaton Leonard Technologies Inc., Judgement of the Court (Fifth Chamber) of 9 November 2000*, in *CM LR*, 2002, p. 369 ss.

¹⁸⁴ Direttiva 86/653/CEE del Consiglio del 18 dicembre 1986 relativa al coordinamento dei diritti degli Stati membri concernenti gli agenti commerciali indipendenti, in *G.U.C.E.* L 382 del 31 dicembre 1986, rettificata *ibidem*, L 189 del 20 luglio 1988.

non prevede alcun ristoro per il pregiudizio subito dall'agente a seguito dell'estinzione del contratto. Soccombente in primo grado, la *Ingmar* si rivolge alla *Court of Appeal of England and Wales*, invocando l'applicazione delle disposizioni nazionali che, in attuazione della predetta direttiva, istituivano un'indennità di fine rapporto a favore dell'agente. I giudici sospendono quindi il giudizio per chiedere alla Corte di giustizia se gli artt. 17 e 18 dell'anzidetta direttiva debbano trovare applicazione nella fattispecie, nonostante il richiamo alla legge di un Paese terzo effettuato dalle parti. La controversia verte in sostanza sulla qualificazione degli articoli 17 e 18 come norme imperative "semplici" ovvero "rafforzate". La Corte, aderendo alle argomentazioni formulate dall'Avvocato Generale, esclude l'applicazione della legge californiana perché considera il rispetto delle predette norme «essenziale per l'ordinamento giuridico comunitario» nella misura in cui l'agente esercita la propria attività all'interno di uno Stato membro, anche se il preponente è stabilito in un Stato terzo¹⁸⁵.

Sebbene la Corte non utilizzi mai l'espressione «norme di applicazione necessaria» – ma parli piuttosto di «disposizioni imperative ai sensi del diritto internazionale privato»¹⁸⁶, è evidente che i giudici del Lussemburgo (consapevolmente o meno)¹⁸⁷ abbiano qualificato come tali le disposizioni inderogabili di una direttiva priva di alcuna espressa indicazione in tal senso, facendo leva sugli obiettivi della stessa. Quest'ultima si propone infatti di tutelare la parte debole del rapporto, garantendo al contempo la libertà di stabilimento e una concorrenza non falsata nell'ambito del mercato interno. Posto il carattere inderogabile degli artt. 17 e 18¹⁸⁸, la Corte individua l'ambito di applicazione spaziale della direttiva o, in altre parole, la sua "volontà di applicazione" al caso di specie con riferimento agli obiettivi del Trattato e ai principi fondamentali dell'integrazione comunitaria: la «funzione» svolta dalle disposizioni in esame «esige» che esse trovino applicazione ogni volta che il fatto presenti uno *stretto legame con la Comunità*, legame che in quest'occasione è rappresentato dall'esercizio sul territorio di uno Stato membro dell'attività di agente. La Corte ha così sottratto all'interprete la valutazione circa la natura degli articoli menzionati¹⁸⁹, confermando quanto già sostenuto dalla dottrina più attenta¹⁹⁰. Si noti peraltro che l'esistenza di norme di applicazione

¹⁸⁵ CGCE, sent. 9 novembre 2000, cit., punto 25.

¹⁸⁶ CGCE, sent. 9 novembre 2000, cit., punti 16 e 19.

¹⁸⁷ L. IDOT nel commentare la sentenza (cit., p. 113) rileva come «la Cour de justice donne l'impression de faire du droit international privé [...] sans le savoir».

¹⁸⁸ Tale carattere è sancito dall'art. 19 della direttiva secondo il quale «le parti non possono derogare, prima della scadenza del contratto, agli articoli 17 e 18 a detrimento dell'agente commerciale».

¹⁸⁹ Si veda peraltro *Cour de cassation*, 28 novembre 2000, in *SJ*, 2001, II, p. 10527 ss.

¹⁹⁰ V. A. BONOMI, *Le norme imperative* cit., p. 125; A. NUYTS, *L'application des lois de police dans l'espace*, in *Revue critique*, 1999, p. 31 ss., a p. 38.

necessaria di origine comunitaria non rappresenta di per sé una novità¹⁹¹; ciò che viene in rilievo nella pronuncia in esame è piuttosto la conferma da parte della Corte del fatto che, pur in assenza di un'esplicita indicazione in merito, talune disposizioni comunitarie debbano essere considerate di applicazione necessaria alla fattispecie. In questi casi, l'ambito di applicazione spaziale della norma (rappresentato da un legame di prossimità comunitaria) viene ricostruito per via interpretativa, attraverso un'analisi degli obiettivi e del contesto giuridico di adozione della norma stessa.

Il *modus operandi* della Corte nelle sentenze *Arblade* e *Ingmar* rileva però anche sotto un altro punto di vista: quello del metodo di applicazione delle norme in questione. Secondo l'impostazione tradizionale, tuttora dominante, le norme di applicazione necessaria rappresentano un «limite preventivo» al funzionamento delle norme di conflitto, impedendo ogni rinvio al diritto straniero richiamato dai criteri di collegamento oggettivi o designato dalle parti; sarebbe proprio tale carattere a distinguerle dall'eccezione di ordine pubblico, che interviene invece come «limite successivo», presupponendo l'individuazione della legge straniera applicabile alla fattispecie ad opera delle norme di conflitto bilaterali¹⁹². Una parte della dottrina contesta tale assunto, sostenendo che entrambi i meccanismi intervengano *ex post* nella misura in cui la legge richiamata sia in contrasto con considerazioni di pubblico interesse del foro¹⁹³. Secondo questa opinione, l'effetto delle norme di applicazione necessaria non è quello di paralizzare il funzionamento delle ordinarie norme di conflitto, bensì quello di affiancarsi a esse determinando un concorso di leggi applicabili alla fattispecie. Le norme internazionalmente imperative del foro trovano quindi applicazione solo nel caso in cui la *lex*

¹⁹¹ La dottrina ha da tempo messo in evidenza la presenza di norme di applicazione necessaria sia nell'ambito del diritto comunitario primario che in quello derivato. Con riferimento alle norme del Trattato CE, vengono in rilievo ad es. gli artt. 81 e 82 che vietano rispettivamente le intese anticoncorrenziali e l'abuso di posizione dominante. In argomento v. per tutti A. SEGRÉ, *Il diritto comunitario della concorrenza come norma di applicazione necessaria*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1979, p. 75 ss. Per quanto riguarda invece gli atti di diritto derivato, è possibile segnalare una serie di direttive che dichiarano espressamente che gli obiettivi da esse perseguiti devono essere garantiti indipendentemente dalla legge applicabile. V. ad es. la direttiva 93/13/CEE del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, in *G.U.C.E.*, L 95 del 21 aprile 1993 (art. 6 par. 2); la direttiva 94/47/CE 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, in *G.U.C.E.*, L 280 del 29 ottobre 1994 (art. 9).

¹⁹² V. ad es. T. BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, Padova, 1996, p. 182; F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale – Parte generale e contratti*, Torino, 2004, p. 181 ss.

¹⁹³ T. TREVES, *Il controllo dei cambi nel diritto internazionale privato*, Padova, 1967, p. 56 ss.; ID., *Norme imperative e di applicazione necessaria nella Convenzione di Roma del 19 giugno 1980*, in T. TREVES (a cura di), *Verso una disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti*, Padova, 1995, p. 37 ss.; ID., *Art. 17*, in AA.VV., *Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato: legge 31 maggio 1995 n. 218. Commentario*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1995, p. 986 ss.; N. BOSCHIERO, *Art. 17 (norme di applicazione necessaria)*, in S. BARIATTI (a cura di), *Legge 31 maggio 1995, n. 218. Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, in *Nuove leggi civ.*, 1996, p. 1063 ss.; A. BONOMI, *Le norme imperative cit.*, spec. p. 143 ss. Da ultimo, v. P. BERTOLI, *Corte di Giustizia cit.*, p. 341 ss. A. DAVÌ, *La rivista e gli studi di diritto internazionale privato in Italia nel dopoguerra*, in *Riv. dir. int.*, 2007, p. 36 ss.

causae risulti incompatibile con gli obiettivi da esse perseguiti, con la conseguente disapplicazione parziale o totale, a seconda dei casi, del diritto straniero.

Quest'ultima impostazione trova conferma nella *démarche* seguita dalla Corte di giustizia nelle anzidette sentenze: sia le norme di applicazione necessaria interne che quelle di origine comunitaria vengono "azionate" secondo il «principio della comparazione» delle leggi, altrimenti detto «principio della fungibilità»¹⁹⁴. Nel primo caso, l'applicazione delle norme nazionali è subordinata a un controllo di proporzionalità, che implica per definizione una comparazione delle leggi del Paese d'origine e di quello di destinazione del prodotto o del servizio; nel secondo caso, l'evizione delle norme californiane dipende dallo specifico contenuto non protettivo delle stesse e non dal fatto che esse appartengano a un Paese terzo¹⁹⁵. In altre parole, si procede all'applicazione immediata e necessaria delle norme in discorso solo se, a seguito di un raffronto delle leggi che concorrono a regolare la fattispecie, l'interesse preso in conto dalle norme del foro non viene adeguatamente salvaguardato dalle corrispondenti norme straniere.

Passando ora all'esame specifico del regolamento «Roma II», pare opportuno domandarsi, innanzitutto, se la definizione di norme di applicazione necessaria accolta dall'art. 9 par. 1 del regolamento «Roma I» "integri" di fatto la sintetica formulazione dell'art. 16, divenendo così un parametro di riferimento per l'individuazione di tali disposizioni anche in relazione alla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali. La questione sembra da risolvere in termini affermativi: in estrema sintesi, si ritiene che la volontà di garantire un coordinamento tra i due regolamenti, espressa nei rispettivi preamboli,¹⁹⁶ deponga a favore di un'estensione della definizione alle materie coperte dal regolamento «Roma II»¹⁹⁷.

Una simile conclusione porta a interrogarsi sul significato da attribuire alla previsione dell'art. 9 par 1, che considera di applicazione necessaria le «disposizioni il cui rispetto è ritenuto cruciale da un paese per la salvaguardia dei suoi interessi pubblici, quali la sua organizzazione politica, sociale o economica». La formula utilizzata, desunta dalla

¹⁹⁴ Così, P. BERTOLI, *Corte di Giustizia* cit., cap. IV e V *passim*.

¹⁹⁵ Per una disamina approfondita delle due ipotesi v. P. BERTOLI, *Corte di Giustizia* cit., rispettivamente p. 350 ss., p. 442 ss. Pare condivisibile l'opinione dell'autore, che contesta l'emergenza di *lois de police à géométrie variable*, sostenendo che il *test* di proporzionalità riguarda sia le leggi degli Stati membri che quelle degli Stati terzi. In tal senso si era già espressa N. BOSCHIERO, *Verso il rinnovamento* cit., p. 382.

¹⁹⁶ V. *supra*, par. 1.

¹⁹⁷ In tal senso v. ad es. G. BIAGIONI, *Art. 9 (norme di applicazione necessaria)*, in F. SALERNO, P. FRANZINA (a cura di), *Regolamento CE n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali («Roma I»)*. *Commentario*, in *Nuove leggi civ.*, 2009, p. 788 ss., a p. 790. Secondo A. BONOMI (*Il diritto internazionale privato* cit., p. 47), «è probabile che tale definizione si veda attribuita una portata generale e venga utilizzata per determinare la natura di queste regole in tutte le materie del diritto internazionale privato di fonte europea».

giurisprudenza della Corte di giustizia¹⁹⁸ – a sua volta ispirata alla ricostruzione del concetto proposta negli anni Sessanta da Francescakis¹⁹⁹ – rischia di restringere (indebitamente) la portata della nozione: facendo espresso riferimento ai soli interessi pubblici, la definizione accolta dal regolamento sembra escludere dal proprio ambito le norme poste a tutela degli interessi privati di determinate categorie di individui, quali i consumatori e i lavoratori, ponendosi così in contrasto con le valutazioni effettuate dagli ordinamenti di diversi Stati membri²⁰⁰, nonché – come si dirà a breve – dallo stesso ordinamento comunitario. È evidente l'importanza che riveste la questione in materia di responsabilità da prodotto per i riflessi che la stessa esercita sugli interessi dei consumatori. In proposito, è stato rilevato come una simile interpretazione restrittiva della nozione – che appare «trop sévère et inacceptable» – «ne semble pas inéluctable»²⁰¹. Una serie di elementi inducono infatti a ritenere che non fosse intenzione del legislatore comunitario intervenire in tal senso. In primo luogo, una siffatta conclusione sarebbe in contrasto con la giurisprudenza della Corte di giustizia²⁰², oltre che con le espresse indicazioni contenute in numerosi atti di diritto derivato. Inoltre, sembra quanto meno improbabile, se non addirittura privo di logica, che la definizione contenuta nel regolamento non contempli le norme protettrici degli interessi dei lavoratori quando proprio la sentenza *Arblade*, da cui è stata tratta, verteva su simili disposizioni. Pare quindi plausibile interpretare in senso ampio e flessibile la formula accolta dall'art. 9, in modo da includere tra gli «interessi pubblici» connessi all'organizzazione politica, sociale o economica dello Stato anche gli interessi di determinate categorie di individui²⁰³.

Una volta chiarite le questioni connesse al contenuto delle norme in esame, resta da valutare se le *lois de police* di origine comunitaria rientrino nelle previsioni di cui agli artt. 14

¹⁹⁸ CGCE, sent. 23 novembre 1999, cit., punto 30. La Corte afferma che le «leggi di polizia e di sicurezza» sono «norme nazionali la cui osservanza è stata reputata cruciale per la salvaguardia dell'organizzazione politica, sociale o economica dello Stato membro interessato, al punto da imporne il rispetto a chiunque si trovi sul territorio nazionale di tale Stato membro o a qualunque rapporto giuridico localizzato nel suo territorio».

¹⁹⁹ PH. FRANCESKAKIS, *Quelques précisions sur les lois d'application immédiate et leurs rapports avec les règles de conflit de lois*, in *Revue critique*, 1966, p. 1 ss., spec. p. 13 ss. Per una critica alla definizione elaborata da Francescakis v. A. BONOMI, *Le norme imperative* cit., p. 169 ss.

²⁰⁰ Tra gli ordinamenti nazionali che includono la tutela degli interessi privati nella nozione figura senz'altro l'Italia. V. sul punto, *ex multis*, F. POCAR, *La protection de la partie faible* cit., p. 392 ss.; A. BONOMI, *Le norme imperative* cit., p. 190. Una lettura restrittiva del concetto è invece conforme all'impostazione accolta dalla dottrina tedesca e recepita dalla giurisprudenza delle Corti federali. In argomento v. A. BONOMI, *Le norme imperative* cit., p. 172 ss.

²⁰¹ Così A. BONOMI, *Le régime des règles* cit., p. 230. In senso analogo v. anche N. BOSCHIERO, *Norme inderogabili* cit., p. 111 ss.

²⁰² Si vedano in proposito a titolo esemplificativo le già citate sentenze *Arblade*, *Mazzoleni* e *Ingmar*. La Corte di giustizia è particolarmente chiara in proposito anche nella sent. 26 ottobre 2006, causa C-168/05, *Mostaza Claro*.

²⁰³ Fa altrettanto la Corte di giustizia che ad esempio, in relazione alla direttiva 93/13/CEE sulle clausole abusive nei contratti con i consumatori, sottolinea «la natura e l'importanza dell'interesse pubblico su cui si fonda la tutela che la direttiva garantisce ai consumatori» (corsivo aggiunto). V. CGCE, sent. 26 ottobre 2006, cit., punto 38.

par. 3 e 16. Nel primo caso, come si è già accennato, si parla di «disposizioni del diritto comunitario [...] alle quali non è permesso derogare convenzionalmente» in modo assolutamente speculare a quanto affermato dal legislatore comunitario nell'art. 3 par. 4 del regolamento «Roma I». Considerato che le norme imperative e le norme di applicazione necessaria (siano esse interne o comunitarie) stanno in rapporto di genere a specie, sembra ragionevole concludere che la nozione ampia e indistinta di norme inderogabili dalla volontà delle parti inglobi anche quella più ristretta di norme imperative rafforzate²⁰⁴. Nel secondo caso, invece, ci si riferisce alle «disposizioni della legge del foro che siano di applicazione necessaria alla situazione», analogamente a quanto disposto dall'art. 9 par. 2 del regolamento «Roma I». In proposito, è da considerare ormai pacifico che tra le norme di applicazione necessaria del giudice adito, a cui fanno espresso riferimento gli articoli menzionati, rientrino anche quelle di fonte comunitaria che siano divenute a tutti gli effetti parte integrante dell'ordinamento interno²⁰⁵. Per quanto riguarda le direttive, che come noto non sono giuridicamente complete e non possono esplicare effetti diretti c.d. orizzontali, valgono i rilievi svolti a proposito dell'art. 14 par. 3: le relative disposizioni assumono rilevanza «nella forma in cui sono applicate nello Stato membro del foro».

Accogliendo tale interpretazione, si riducono le ipotesi in cui l'applicazione di una norma comunitaria internazionalmente imperativa debba fondarsi sull'articolo 16: qualora le parti abbiano designato la legge regolatrice dell'illecito e tutti gli elementi della fattispecie siano localizzati in uno o più Stati membri dell'Unione, sarà sufficiente fare riferimento all'art. 14 par. 3, limitandosi a dimostrare l'imperatività semplice della disposizione. Stando alla lettera dell'art. 14, l'*optio legis* effettuata dalle parti non pregiudica l'applicazione delle norme comunitarie imperative nell'ipotesi in cui l'illecito presenti collegamenti *esclusivi* con il territorio dell'Unione²⁰⁶. Viceversa, in una fattispecie che, pur essendo strettamente connessa alla Comunità, presenta elementi extracomunitari – come quella sottoposta all'attenzione della Corte nel caso *Ingmar* – la semplice inderogabilità di una disposizione

²⁰⁴ In tal senso v. ad es. I. PRETELLI, *La legge applicabile* cit., p. 466. Con riferimento invece all'analoga disposizione contenuta nel regolamento «Roma I», v. per tutti A. BONOMI, *Le régime des règles* cit., p. 219; N. BOSCHIERO, *I limiti al principio d'autonomia* cit., p. 104 ss.

²⁰⁵ V. per tutti A. BONOMI, *Le norme imperative* cit., p. 122 s. Per ulteriori precisazioni sulle particolarità che caratterizzano le direttive v. *infra* par. 4.1.

²⁰⁶ I. PRETELLI (*La legge applicabile* cit., p. 470) si interroga sul significato da attribuire all'espressione «tutti gli elementi pertinenti alla situazione», chiedendosi se debbano effettivamente venire in rilievo la totalità degli elementi che possono comporre una fattispecie ovvero vadano presi in considerazione soltanto gli elementi di estraneità contemplati dal regolamento per l'individuazione della legge applicabile. In attesa di opportune delucidazioni da parte della Corte di giustizia, l'autrice suggerisce l'opportunità di procedere a un'analisi caso per caso. Dovendo optare per una delle due soluzioni, sembra preferibile interpretare i limiti posti all'autonomia delle parti in senso restrittivo.

non è sufficiente a “scalzare” la legge designata dalla parti. Si ritiene quindi che simili situazioni ricadano nell’ambito di applicazione dell’art. 16, anche se la questione non è affatto pacifica: non v’è accordo in dottrina sul rapporto esistente tra gli artt. 16 e 27 del regolamento e sui rispettivi ambiti di applicazione. Il problema si pone con intensità ancora maggiore in relazione agli artt. 9 par. 2 e 23 del regolamento «Roma I», poiché in materia contrattuale sono molto più numerose le potenziali ipotesi d’interferenza fra i due²⁰⁷.

Ai sensi dell’art. 27, rubricato «relazioni con altre disposizioni del diritto comunitario», le norme di conflitto uniformi dettate dal regolamento non pregiudicano «l’applicazione delle disposizioni dell’ordinamento comunitario che, con riferimento a settori specifici, disciplinino i conflitti di leggi in materia di obbligazioni extracontrattuali». L’art. 23 del regolamento «Roma I» è formulato in maniera pressoché identica. Una parte della dottrina che si è soffermata sulla questione è concorde nel ricondurre la categoria delle *lois de police* di origine comunitaria alla sfera dell’art. 27, pur adducendo motivazioni diverse a sostegno di tale opinione²⁰⁸; altri invece ritengono opportuno fondare la prevalenza delle anzidette norme sull’art. 16²⁰⁹.

A tal proposito, occorre innanzitutto considerare l’evoluzione della disposizione in esame. La prima versione dell’art. 27 (allora art. 23), contenuta nella proposta di regolamento inizialmente presentata dalla Commissione, era molto più articolata²¹⁰. Il par. 1 sanciva il primato del diritto comunitario sulla disciplina del regolamento con riferimento a tre tipi di disposizioni: le norme di conflitto speciali, le norme di applicazione necessaria comunitarie e le norme che si oppongono «all’applicazione di una o più disposizioni della legge del foro o della legge designata dal presente regolamento»; il par. 2 riguardava invece specifici strumenti comunitari contenenti la c.d. «clausola mercato interno»²¹¹. Il testo finale dell’articolo si riferisce esclusivamente alla prevalenza delle disposizioni comunitarie che disciplinino i conflitti di leggi in materia di obbligazioni extracontrattuali con riferimento a

²⁰⁷ La maggior intensità con cui si pone il problema nell’ambito del regolamento «Roma I» ha indotto la dottrina a soffermarsi sulla questione più di quanto non abbiano fatto i commentatori del regolamento «Roma II». Per tale motivo, nel prosieguo della trattazione si farà riferimento, per quanto compatibili, alle considerazioni svolte in riferimento a entrambi i regolamenti.

²⁰⁸ Con specifico riferimento al regolamento «Roma II» v. C. BRIERE, *Le règlement* cit., p. 67; M. FALLON, *La relation du règlement Rome II avec d’autres règles de conflit de lois*, in *Revue de droit commercial belge*, 2008, p. 549 ss., a p. 561 ss.; S. FRANCO, *Le règlement* cit., p. 294. In relazione alle corrispondenti norme del regolamento «Roma I» v. invece ad es. F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *The Rome I regulation* cit.

²⁰⁹ I. PRETELLI, *La legge applicabile* cit.; MAX PLANK INSTITUT, *Comments on the European Commission’s Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the law applicable to contractual obligations (Rome I)*, in *RebelsZ*, 2007, p. 225 ss. In tal senso anche A. BONOMI.

²¹⁰ COM(2003) 427 def., cit.

²¹¹ Sulle problematiche relative a questa clausola con particolare riferimento alla direttiva c.d. sul commercio elettronico v. *infra*, par. 4.2.

«settori specifici», per cui le eventuali antinomie tra norme dovranno essere risolte sulla base del principio *lex specialis derogat generali*. Un primo argomento a favore dell'art. 16 può quindi desumersi dall'evoluzione della norma, anche se potrebbe obiettarsi che l'attuale formulazione dell'art. 27 è sufficientemente ampia da ricomprendere anche le norme di applicazione necessaria del diritto comunitario²¹². D'altro canto, non si vede perché in presenza di una disposizione appositamente dedicata alle *lois de police* (che pacificamente ricomprende anche quelle di origine comunitaria) si debba fondare la loro applicazione sull'art. 27²¹³. Non pare determinante in proposito la preoccupazione – manifestata in relazione al regolamento «Roma I» – che la definizione codificata da tale atto (art. 9 par. 1) provochi l'esclusione dalla categoria delle norme che si prefiggono la protezione di interessi privati. Ciò che piuttosto induce a preferire il riferimento all'art. 16 sono le diverse modalità con cui operano i meccanismi richiamati dalle due disposizioni: le norme di conflitto speciali di cui all'art. 27 prevalgono su quelle uniformi dettate dal regolamento, bloccandone il funzionamento *a priori*, mentre le norme di applicazione necessaria – come si è rilevato – presuppongono il rinvio al diritto straniero e l'esame del caso concreto.

3.5.3. L'ORDINE PUBBLICO INTERNAZIONALE E I “DANNI PUNITIVI”.

Seguendo un'impostazione tradizionale, il regolamento «Roma II» affianca alle norme imperative “rafforzate” un altro limite classico all'applicazione della *lex causae*: l'eccezione di ordine pubblico internazionale²¹⁴, disciplinata dall'art. 26 in termini analoghi all'art. 16 della Convenzione di Roma, ora trasfuso nell'art. 21 del regolamento «Roma I». La

²¹² C. BRIÈRE (*Le règlement cit.*, p. 67 s.) ritiene che l'alternativa tra l'art. 16 e l'art. 27 debba essere risolta a favore del secondo perché in tal senso depone il *considerando* n. 35 quando dice che il regolamento «non dovrebbe pregiudicare l'applicazione di altri strumenti contenenti disposizioni intese a contribuire al corretto funzionamento del mercato interno nella misura in cui esse non possono essere applicate in collegamento con la legge designata in base al presente regolamento».

²¹³ Nel commentare la prima versione dell'art. 27 alcuni esponenti della dottrina mettono in evidenza come: «One might even question the need for art. 23(1) 2nd point DP as an additional rule next to art. 12 DP. The future regulation as such will only be applied by courts of Member States; it is submitted that Community instruments which lay down rules that apply irrespective of the national law governing the non-contractual obligation be included in the “mandatory rules of the law of the forum” or the purposes of art. 12 DP». V. HAMBURG GROUP FOR PRIVATE INTERNATIONAL LAW, *Comments cit.*, p. 54.

²¹⁴ Nell'ambito della vastissima letteratura sul tema ci si limita qui a richiamare P. LAGARDE, *Recherches sur l'ordre public*, Paris, 1959; E. VITTA, *Diritto internazionale privato*, Torino, I, 1972, p. 371 ss.; G. BARILE, in *Enciclopedia del diritto*, XXX, Milano, 1980, p. 1106 ss.; L. FUMAGALLI, *Considerazioni sull'unità del concetto di ordine pubblico*, in *Comunicazioni e studi*, XVII-XVIII, Milano, 1985, p. 593 ss.; G. BADIALI, *Ordine pubblico (diritto internazionale privato e processuale)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XXII/1, 1989; F. MOSCONI, *Exceptions to the operation of choice of law rules*, in *Recueil des Cours*, t. 217, 1989-V, p. 1 ss.

disposizione prevede l'evizione della legge individuata sulla base delle norme di conflitto uniformi ove essa risulti «manifestamente incompatibile con l'ordine pubblico del foro». L'avverbio «manifestamente» sta a sottolineare il carattere di eccezionalità del meccanismo, in linea con una concezione che configura l'ordine pubblico come limite essenzialmente negativo.

Analogamente a quanto si è rilevato in relazione alle norme di applicazione necessaria, l'operare dell'ordine pubblico nel contesto comunitario presenta una serie di particolarità, diretta conseguenza del primato del diritto comunitario sul diritto interno e del fatto che gli strumenti di diritto internazionale privato elaborati nel quadro della cooperazione giuridica e giudiziaria in materia civile contribuiscono a promuovere il buon funzionamento del mercato interno²¹⁵. L'influenza esercitata dall'ordinamento comunitario sul limite dell'ordine pubblico si manifesta a diversi livelli, intervenendo sia sulle modalità di funzionamento del meccanismo che sul nucleo di principi protetti da tale clausola. A tal proposito si noti che il processo d'integrazione comunitaria ha favorito, sotto un certo profilo, l'affermarsi di una concezione restrittiva di questa “valvola di sicurezza”, che vede ridotta la propria portata alla luce del *favor* sempre crescente per il riconoscimento e la libera circolazione delle decisioni nello spazio giudiziario europeo. Sotto altro profilo, occorre segnalare la tendenza, per certi aspetti inversa, che vede l'ingresso di principi comunitari nel concetto di ordine pubblico del foro. L'apporto del diritto comunitario alla definizione della nozione di ordine pubblico degli Stati membri – favorito dall'opera interpretativa della Corte di giustizia – può assumere diverse forme. Il diritto comunitario può innanzitutto intervenire a correggere il contenuto dell'ordine pubblico nazionale, ogni volta che l'utilizzo del meccanismo si ponga in contrasto con i principi fondamentali del mercato interno e, in particolare, con le libertà di circolazione e il principio di non discriminazione²¹⁶. Al contempo, è possibile che il giudice nazionale sia chiamato a tutelare, attraverso la clausola di ordine pubblico, valori irrinunciabili per l'ordinamento comunitario, a prescindere dal fatto che i medesimi valori siano considerati tali nello Stato del foro²¹⁷. In entrambi i casi, il limite dell'ordine pubblico si trova a svolgere una «funzione positiva», di «promozione dell'integrazione»²¹⁸, contribuendo a diffondere il

²¹⁵ Sul punto v. per tutti L. FUMAGALLI, *L'ordine pubblico nel sistema del diritto internazionale privato comunitario*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2004, p. 635 ss.

²¹⁶ CGCE, sent. 28 marzo 2000, causa C-7/98, *Krombach*; sent. 11 maggio 2000, causa C-38/98, *Renault*.

²¹⁷ CGCE, sent. 1° giugno 1999, causa C-126/97, *Eco Swiss*. Sulle implicazioni di tale pronuncia in tema di ordine pubblico v. S. POILLOT PERUZZETTO, *L'ordre public international en droit communautaire. A propos de l'arrêt de la Cour de justice des Communautés du 1^{er} juin 1999 (affaire Eco Swiss China Time Ltd.)*, in *Clunet*, 2000, p. 299 ss.;

²¹⁸ Così L. FUMAGALLI, *L'ordine pubblico* cit., p. 647.

rispetto di valori giuridici comuni nei vari ordinamenti e impedendo l'ingresso di norme straniere incompatibili con i principi fondamentali dell'ordinamento comunitario. Da questo punto di vista, ordine pubblico e norme di applicazione necessaria rappresentano strumenti fungibili per il perseguimento di un medesimo obiettivo.

La graduale emersione di principi di ordine pubblico di matrice comunitaria è particolarmente evidente nella proposta di regolamento presentata dalla Commissione nel 2003, che affianca al limite concepito in maniera classica (disciplinato dall'art. 22) una disposizione dedicata all'ordine pubblico comunitario (art. 23 par. 1 terzo trattino) e una clausola speciale espressione di quest'ultimo, dedicata ai «danni e interessi a carattere non risarcitorio» (art. 24). Secondo l'art. 24, si pone in contrasto con i principi di ordine pubblico comunitario «l'applicazione di una disposizione della legge designata dal presente regolamento che conduca ad attribuire danni e interessi non aventi carattere risarcitorio, quali danni o interessi esemplari o punitivi». Nella versione definitiva del regolamento viene soppresso il riferimento all'ordine pubblico comunitario contenuto nell'art. 23 e della clausola speciale, anch'essa soppressa, rimane traccia nel *considerando* n. 32, che mostra (a nostro avviso correttamente) un atteggiamento molto più moderato e possibilista nei confronti dei c.d. *punitive damages*, in linea con la recente giurisprudenza della Corte di giustizia²¹⁹.

Il cambiamento di rotta registratosi in relazione ai «danni non risarcitori» presenta evidentemente notevoli riflessi in tema di responsabilità del produttore. Come noto, infatti, l'istituto in discorso – previsto dagli ordinamenti di *common law* – è ampiamente utilizzato dalla giurisprudenza americana in materia di *product liability*²²⁰. I *punitive damages* – che si fondano sull'assunto secondo il quale nessuno dovrebbe avere la possibilità di trarre profitto da una condotta illecita – possono essere liquidati a favore del danneggiato, cumulandosi così ai *compensatory damages*, in ragione dell'atto particolarmente grave e riprovevole commesso dal danneggiante, nonché della sua mala fede. Tale strumento svolge essenzialmente una duplice funzione: punitiva, per sanzionare la realizzazione di profitti attraverso il compimento di fatti illeciti, e deterrente, onde evitare che altri soggetti siano incentivati a tenere

²¹⁹ CGCE, sent. 13 luglio 2006, cause riunite C-295/04 a C-298/04, *Manfredi et al.*

²²⁰ Sul punto v. ad es. D. OWEN, *Punitive damages in products liability litigation*, in 74 *Mich. L. Rev.*, 1976, p. 1257 ss.; J.K. IVEY, *Punitive damages in mass product liability cases: hope for reform?*, in 6 *Rev. Lit.*, 1987, p. 69 ss. In generale sull'argomento v. G. PONZANELLI, *I punitive damages nell'esperienza nordamericana*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, p. 435 ss.; ID., *I punitive damages, il caso Texaco e il diritto italiano*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, II, p. 405 ss.; V. ZENO-ZENCOVICH, *Il problema della pena privata nell'ordinamento italiano: un approccio comparatistico ai «punitive damages» di «common law»*, in *Giur. it.*, 1985, IV, p. 12 ss. Da ultimo v. C. CASTRONOVO, *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, p. 315 ss.

comportamenti analoghi²²¹. La finalità preventiva acquista particolare rilevanza in presenza di comportamenti illeciti suscettibili di incidere su un vasto pubblico di utenti-consumatori, come spesso avviene nei casi di danno da prodotto.

La questione della compatibilità dei *punitive damages* con l'ordine pubblico si è posta recentemente nell'ambito dell'ordinamento italiano proprio in relazione a un caso di responsabilità da prodotto. Nella specie, un produttore italiano era stato condannato da una Corte distrettuale dell'Alabama a risarcire la somma di un milione di dollari all'erede di un motociclista, rimasto vittima di un incidente stradale a causa di un difetto della fibbia di chiusura del casco. Visto che il produttore italiano non aveva provveduto al pagamento di quanto dovuto, né disponeva di beni su cui rivalersi negli Stati Uniti, l'erede decide di rivolgersi alla Corte d'appello di Venezia per ottenere l'esecutività della sentenza in Italia. Sia la Corte d'appello²²² che la Corte di cassazione²²³, adita in seguito, negano l'*exequatur* della sentenza statunitense per contrarietà all'ordine pubblico del foro dei "danni punitivi" da essa previsti. Si noti in proposito che la sentenza emessa dalla Corte distrettuale della Contea di Jefferson, essendo priva di motivazione, non aveva fornito alcuna indicazione sui criteri seguiti nella determinazione del *quantum* del risarcimento né tanto meno sulla natura dei danni. Proprio questi elementi inducono i giudici di Venezia ad affermare il carattere sanzionatorio dell'intero risarcimento (che non viene più posto in discussione nel giudizio di legittimità²²⁴). Una volta qualificati i danni liquidati dalla sentenza come *punitive damages* – che in quanto tali presentano «chiare connotazioni penalistiche» e configurano «un'ipotesi di esercizio privato della potestà pubblica» – l'incompatibilità con i principi fondamentali dell'ordinamento italiano discende, secondo i giudici di merito, dai «principi regolatori del nostro sistema civilistico in tema di responsabilità da illecito extracontrattuale», che concepiscono «il risarcimento dovuto dal danneggiante quale riparazione del pregiudizio arrecato al danneggiato». Allo stesso modo, i giudici di legittimità ritengono che «nel vigente ordinamento l'idea della punizione e della sanzione [sia] estranea al risarcimento del danno, così come è indifferente la condotta del danneggiante», posto che «alla responsabilità civile è

²²¹ Si parla in proposito di privatizzazione della sanzione.

²²² App. Venezia, 15 ottobre 2001, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2002, p. 1021 ss., con il commento di Z. CRESPI REGHIZZI, *Sulla contrarietà all'ordine pubblico di una sentenza straniera di condanna a punitive damages*, *ibidem*, p. 977 ss.

²²³ Cass. 19 gennaio 2007, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2007, p. 781 ss. Per un commento v. M. LOPEZ DE GONZALO, *Punitive damages e ordine pubblico*, *ibidem*, 2008, p. 77 ss.; G. PONZANELLI, *Danni punitivi: no grazie*, in *Foro it.*, 2007, I, col. 1460 ss.

²²⁴ A tal proposito la Suprema corte ha affermato che «l'apprezzamento del giudice della delibazione sull'eccessività dell'importo liquidato per danni dal giudice straniero e l'attribuzione alla condanna [...] natura e finalità punitiv[e] e sanzionatori[e] si risolve in un giudizio di fatto» che in quanto tale non compete alla Corte stessa..

assegnato il compito precipuo di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subito la lesione», in modo da «eliminare le conseguenze del danno arrecato».

Un atteggiamento di chiusura, seppur meno categorico, nei confronti dei *punitive damages* si rinviene in altri ordinamenti europei di tradizione civilistica, come la Svizzera o la Germania²²⁵. Si noti in proposito che l'art. 135 della legge svizzera sul diritto internazionale privato, dedicato come si è visto alla legge applicabile in materia di responsabilità da prodotto, contiene una previsione volta a evitare la condanna a risarcimenti sanzionatori nello Stato del foro. In forza del secondo comma di tale articolo, «le pretese derivanti da vizi o da una descrizione viziata di un prodotto, se regolate da un diritto straniero, possono essere soddisfatte in Svizzera soltanto nella misura prevista in simili casi dal diritto svizzero»²²⁶.

In ambito comunitario, la questione dei *punitive damages* è stata sfiorata in varie occasioni e con riferimento a diverse materie. Le istituzioni si sono poste il problema in sede di elaborazione della direttiva 2004/48/CE sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale²²⁷, concludendo però che il fine di tale atto non è quello di introdurre a carico degli Stati membri l'obbligo «di prevedere un risarcimento punitivo, ma di permettere un risarcimento fondato su una base obiettiva»²²⁸. In tema di pratiche anticoncorrenziali, invece, si segnala il Libro verde sulle «Azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme *antitrust* comunitarie» presentato dalla Commissione nel 2005²²⁹ e la sentenza *Manfredi* pronunciata dalla Corte di giustizia l'anno successivo²³⁰, che mostrano un atteggiamento possibilista nei confronti dei risarcimenti di tipo sanzionatorio. In particolare, i giudici del Lussemburgo ammettono, in ossequio al principio di equivalenza, la risarcibilità di *punitive damages* nell'ambito di azioni fondate sulle regole comunitarie della concorrenza, a condizione che simili danni siano ammessi nell'ambito di azioni analoghe fondate sul diritto interno²³¹. Non si precisa nulla sulla possibilità di applicare il diritto di un altro Stato membro.

²²⁵ In argomento v. E.C. STIEFEL, R. STÜRNER, A. STADLER, *The enforceability of excessive U.S. punitive damages awards in Germany*, in *Am. J. Comp. L.*, 1991, p. 779 ss.; A. SARAVALLE, *I punitive damages nelle sentenze delle corti europee e dei tribunali arbitrali*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1993, p. 867 ss.; H. DUINTJER TEBBENS, *Punitive damages: towards a rule of reason for U.S. awards and their recognition elsewhere*, in *Liber Fausto Pocar*, p. 272 ss.

²²⁶ Cfr. CONSIGLIO FEDERALE SVIZZERO, *Messaggio concernente una legge federale sul diritto internazionale privato del 10 novembre 1982*, p. 164.

²²⁷ Cfr. direttiva 2004/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale, in *G.U.C.E.*, L 195 del 2 giugno 2004, p. 16. Cfr. anche COM(2003) 46 def., p. 25.

²²⁸ Cfr. *considerando* n. 26.

²²⁹ COM(2005) 672 def.

²³⁰ CGCE, sent. 13 luglio 2006, cit. Su tale pronuncia e sul suo impatto sulla questione dei «danni punitivi» v. le considerazioni svolte da T. BALLARINO, *L'art. 6 del regolamento Roma II e il diritto antitrust comunitario: conflitto di leggi e principio territorialistico*, in *Riv. dir. int.*, 2008, p. 65 ss., spec. p. 70 s.

²³¹ CGCE, sent. 13 luglio 2006, cit., punto 93. La Corte peraltro aggiunge al punto successivo che «il diritto comunitario non osta a che i giudici nazionali vigilino affinché la tutela dei diritti garantiti dall'ordinamento

Il regolamento «Roma II» si è quindi allineato alla posizione espressa in sede giurisprudenziale, evitando di introdurre una disposizione che stabilisse la contrarietà dell'istituto all'ordine pubblico comunitario, quando gli Stati membri sono liberi di prevedere risarcimenti esemplari nell'ambito del proprio diritto nazionale. Come si è rilevato in dottrina, mantenere la previsione di cui all'art. 24 della proposta iniziale di regolamento avrebbe significato istituire un trattamento differenziato per una medesima fattispecie in ragione del carattere interno o internazionale della stessa in tutti i Paesi che ammettono i danni punitivi²³². Sarebbe stato alquanto paradossale per tali Paesi essere obbligati a dichiarare la contrarietà dei *punitive damages* all'ordine pubblico qualora essi siano previsti dalla legge individuata ai sensi del regolamento.

Se ormai è pacifica l'esistenza di veri e propri principi di ordine pubblico comunitario, che svolgono una «funzione di integrazione positiva» tra i vari Stati dell'Unione, ciò non significa che il concetto di ordine pubblico sia o possa essere completamente «comunitarizzato». Al contrario, in questa fase del processo d'integrazione, la definizione di taluni aspetti dell'ordine pubblico degli Stati membri pare ammissibile solo nella misura in cui incida su materie di competenza comunitaria ovvero rappresenti una conseguenza del controllo di compatibilità – esercitato dalla Corte – tra l'ordine pubblico nazionale e i principi fondamentali del diritto comunitario.

4. I RAPPORTI TRA LE FONTI CHE CONCORRONO A DISCIPLINARE LA LEGGE APPLICABILE AL DANNO DA PRODOTTO NEGLI STATI MEMBRI DELL'UNIONE EUROPEA: L'ART. 5 DEL REGOLAMENTO E LE DISPOSIZIONI NAZIONALI.

Come più volte evidenziato, la disciplina della legge applicabile alla «responsabilità da prodotti» dettata dal regolamento «Roma II» è chiamata a coordinarsi con una serie di strumenti normativi che incidono a diverso titolo sull'ambito qui esaminato. In linea con il modello di *multi-level governance* che caratterizza il fenomeno dell'integrazione europea, nella materia si intersecano innanzitutto fonti nazionali e fonti comunitarie. Vengono in rilievo al riguardo le norme dedicate al danno da prodotto adottate nell'ambito di diverse codificazioni nazionali di diritto internazionale privato, tra cui figura l'art. 63 della legge

giuridico comunitario non comporti un arricchimento senza giusta causa degli aventi diritto». Al momento gli Stati membri che prevedono la possibilità di irrogare risarcimenti sanzionatori in materia di illeciti anticoncorrenziali sono il Regno Unito, l'Irlanda e Cipro.

²³² Così T. BALLARINO, *L'art. 6 cit.*, p. 71.

italiana di riforma del 1995²³³. Tali disposizioni devono considerarsi inoperanti, conformemente al principio del primato del diritto comunitario sul diritto interno, se il loro ambito di applicazione materiale e spaziale risulta completamente assorbito da quello dell'art. 5 del regolamento.

È il caso ad esempio della norma italiana che, se rapportata alla disposizione comunitaria, non conserva alcuna residua applicabilità²³⁴. Da un punto di vista spaziale, infatti, il regolamento prevede una disciplina di conflitto a carattere universale, che sostituisce *in toto* le norme nazionali che rientrano nell'ambito di applicazione *ratione materiae* del regolamento stesso²³⁵. Sotto quest'ultimo profilo, non sembrano esservi dubbi sulla pressoché totale coincidenza delle due disposizioni in esame, posto che entrambe si occupano della responsabilità extracontrattuale per danno da prodotto e vengono interpretate sulla base delle definizioni fornite dalla direttiva 85/374/CEE²³⁶.

Molto meno scontato è il rapporto che intercorre tra l'art. 5 e le altre fonti che concorrono a disciplinare la materia, a cominciare proprio dalla direttiva da ultimo menzionata che, secondo taluni, non si limita a fungere da riferimento per la definizione della fattispecie contemplata dall'art. 5, ma finisce con l'interferire in maniera molto più profonda con lo stesso.

4.1. *SEGUE: IL COORDINAMENTO TRA L'ART. 5 DEL REGOLAMENTO «ROMA II» E LA DIRETTIVA 85/374/CEE.*

Come si è visto, le norme materiali dei Paesi membri dell'Unione europea in tema di responsabilità da prodotto sono state armonizzate per effetto della direttiva 85/374/CEE, poi modificata dalla direttiva 1999/34/CE²³⁷. Già a partire dalla fine degli anni Ottanta, la dottrina ha iniziato a interrogarsi sul rilievo internazionalprivatistico della direttiva²³⁸, inserendosi così

²³³ V. *supra*, cap. 2 par. 4.1.

²³⁴ In senso analogo v. ad es. P. FRANZINA, *Il regolamento cit.*, p. 989 s.

²³⁵ Cfr. art. 3 del regolamento.

²³⁶ Nel caso del regolamento è la Commissione che, nella sua interpretazione autentica dell'atto, rinvia ad alcune definizioni contenute nella direttiva (v. prodotto, presunto responsabile). Per quanto riguarda invece l'art. 63 della legge n. 218 del 1995, è la dottrina che, operando la tradizionale qualificazione *lege fori*, rilegge le espressioni previste dalla norma di conflitto alla luce della direttiva. V. F. POCAR, *Art. 63 cit.*, p. 1219; T. BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, Padova, 1996, p. 704; A. SARAVALLE, *Art. 63 cit.*, p. 1454.

²³⁷ V. *supra*, par. 2.

²³⁸ C.G.J. MORSE, *Products liability in the conflict of law*, in 42 *Current Legal Problems*, 1989, p. 167 ss. spec., p. 180 ss.; P. CERINA, *Osservazioni di diritto internazionale privato sulla direttiva CEE n. 85/374 in materia di*

in un più ampio filone di esplorazione dei rapporti che intercorrono tra le norme comunitarie di diritto derivato e le norme di conflitto nazionali e uniformi²³⁹. L'interesse verso gli aspetti conflittuali delle disposizioni armonizzate in materia di danno da prodotto si è rinnovato in seguito alla pronuncia emessa dalla Corte di giustizia nel caso *Ingmar*, che ha confermato la possibilità di desumere per via interpretativa il carattere di applicazione necessaria di una direttiva, pur in assenza di espresse indicazioni in merito²⁴⁰. Da ultimo, l'adozione di una disciplina uniforme sulle obbligazioni extracontrattuali, che dedica una disposizione speciale alla «responsabilità da prodotti», sollecita l'interprete al coordinamento della stessa con il diritto comunitario materiale.

Tra i primi autori che hanno sollevato la questione, v'è chi ha considerato la direttiva espressione di principi di ordine pubblico «comunitario»²⁴¹, facendo leva sul ruolo fondamentale che riveste in tale ambito la protezione degli interessi dei consumatori perseguita dalla direttiva. Diretta conseguenza di tale carattere è la necessità di un controllo «a valle» della compatibilità del diritto straniero richiamato dall'allora vigente art. 25 secondo comma disp. prel. cod. civ. con il contenuto della direttiva. Nell'analizzare gli effetti dell'atto sul funzionamento del sistema italiano di diritto internazionale privato, l'autore compie però un ulteriore importante passaggio, senza considerarne peraltro tutte le possibili implicazioni: egli rileva infatti come il concetto di «messa in circolazione» del prodotto racchiuda in pratica «una norma implicita di applicazione nello “spazio” della direttiva», in base alla quale la sua sfera di efficacia «verrebbe a coincidere con il territorio degli Stati membri». Una simile previsione, secondo l'autore, imporrebbe all'interprete di identificare il *locus commissi delicti* di cui all'art. 25 con il luogo in cui il prodotto dannoso è stato posto in circolazione, in ossequio al dovere generale d'interpretare il diritto nazionale in modo conforme alle

responsabilità per danno da prodotti difettosi, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1991, p. 355 ss.; Y. MARKOVITS, *La directive C.E.E. cit.*, p. 270 s.

²³⁹ In proposito v. ad es. L. FUMAGALLI, *Le clausole abusive nei contratti con i consumatori tra diritto comunitario e diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1994, p. 15 ss.; E. JAYME, C. KOHLER, *L'interaction des règles de conflit contenues dans le droit dérivé de la Communauté européenne et de conventions de Bruxelles et de Rome*, in *Revue critique*, 1995, p. 1 ss.; T. TREVES, *Un nuovo labirinto normativo in tema di legge applicabile alla vendita: la vendita ai consumatori*, in *Collisio Legum. Studi di diritto internazionale privato per Gerardo Broggin*, Milano, 1997, p. 561 ss.; M. FALLON, S. FRANCO, *Toward internationally mandatory directives for consumer contracts?*, in J. BASEDOW *et al.* (eds.), *Private law in the International arena. From National conflict rules towards harmonization and unification. Liber amicorum Kurt Siehr*, The Hague, 2000, p. 155 ss.; M. WILDERSPIN, X. LEWIS, *Les relations entre le droit communautaire et les règles de conflit de lois des Etats membres*, in *Revue critique*, 2002, p. 1 ss. e p. 289 ss.; H. DUINTJER TEBBENS, *Les règles de conflit contenues dans les instruments de droit dérivé*, in A. FUCHS, H. MUIR WATT, E. PATAUT (sous la direction de), *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, Paris, 2004, p. 101 ss.; J.D. GONZALES CAMPOS, *Diritto privato uniforme e diritto internazionale privato*, in P. PICONE (a cura di), *Diritto internazionale privato cit.*, p. 33 ss.

²⁴⁰ CGCE, sent. 9 novembre 2000, cit. Su tale sentenza v. *supra*, par. 3.5.2.

²⁴¹ P. CERINA, *Osservazioni cit.*, p. 362 s.

disposizioni della direttiva²⁴². Si risolverebbero così i ben noti problemi connessi all'applicazione della *lex loci* nella materia considerata.

Altri esponenti della dottrina toccano incidentalmente la questione, talvolta escludendo²⁴³ talaltra affermando²⁴⁴ la natura internazionalmente imperativa delle disposizioni contenute nella direttiva, pur senza cimentarsi in un'approfondita riflessione. È invece frutto di uno studio sistematico dei criteri di applicabilità nello spazio degli atti di diritto comunitario derivato, la posizione recentemente espressa da un'autrice belga, che considera la direttiva 85/374/CEE (al pari degli altri atti di diritto comunitario derivato) espressione di un «approccio unilaterale»²⁴⁵. Secondo questa impostazione, la direttiva delimiterebbe in modo implicito il proprio ambito di applicazione spaziale, individuando le fattispecie che è chiamata a regolare sulla base di un criterio unilaterale. Tale criterio è quello dell'immissione del prodotto sul mercato, comprensivo sia del concetto di «messa in circolazione» che di quello di «immissione in libera pratica» nel territorio della Comunità²⁴⁶. La menzionata regola di applicabilità discende, secondo l'autrice, dall'analisi della disciplina dettata dalla direttiva e da considerazioni di ordine sistematico²⁴⁷. Sotto quest'ultimo profilo, viene in rilievo il parallelo con la direttiva 2001/95/CE (sostitutiva della direttiva 92/59/CEE), intesa a garantire la sicurezza dei prodotti «immessi sul mercato» (art. 1)²⁴⁸. Ciò significa in sostanza che l'applicabilità della direttiva (o meglio delle norme interne di attuazione della stessa) ai casi di responsabilità del produttore che presentano elementi di estraneità dipenderebbe dalla messa in circolazione del prodotto negli Stati membri dell'Unione europea. In tutti i casi rientranti nell'ambito di applicazione materiale e spaziale della direttiva sarebbe dunque escluso il normale funzionamento delle norme di conflitto nazionali e uniformi.

²⁴² Su tale obbligo di interpretazione conforme v. per tutti G. TESAURO, *Diritto comunitario*, 4^a ed., Padova, p. 180 ss. e i riferimenti giurisprudenziali ivi contenuti.

²⁴³ V. ad es. J.J. FAWCETT, *Products liability* cit., p. 216 ss.; O. BOSKOVIC, *La réparation du préjudice* cit., p. 307 ss.

²⁴⁴ Y. MARKOVITS (*La directive C.E.E.* cit., p. 271), commentando l'art. 12 della direttiva, si limita a rilevare che «sont [...] prohibées les clauses de référence à une loi étrangère à la C.E.E. plus favorable au producteur». Molti autori affermano semplicemente la possibile o probabile inclusione della direttiva tra le norme di applicazione necessaria. V. ad es. J.D. GONZÁLES CAMPOS, *Diritto privato* cit., p. 42; P. BERTOLI, *Corte di giustizia* cit., p. 117; C. BRIÈRE, *Le règlement* cit. p. 67; M. FALLON, *La relation du règlement* cit., p. 562 s.

²⁴⁵ S. FRANCO, *L'applicabilité du droit communautaire dérivé au regard des méthodes du droit international privé*, Bruxelles, 2005. L'esame della direttiva è affrontato a p. 334 ss.

²⁴⁶ La nozione di immissione in libera pratica viene utilizzata dall'art. 23 TCE e definita dal successivo art. 24 TCE, nonché dall'art. 129 par. 2 del regolamento (CE) n. 450/2008 del 23 aprile 2008 che istituisce il codice doganale comunitario, in *G.U.C.E.*, L 145/1 del 4 giugno 2008.

²⁴⁷ S. FRANCO, *L'applicabilité* cit., p. 349 ss.

²⁴⁸ V. *supra*, par. 2.1.

Da questa breve panoramica emerge che la potenziale rilevanza internazionalprivatistica della direttiva si è prestata essenzialmente a tre distinte ricostruzioni, che presentano indubbi elementi di comunanza. In primo luogo, occorre rilevare che ordine pubblico, norme di applicazione necessaria e norme unilaterali sono istituti affini nella misura in cui intervengono a limitare – seppure con modalità ed effetti diversi – l’applicazione della *lex causae*. Inoltre, per quanto riguarda il rapporto tra ordine pubblico e norme di applicazione necessaria, è possibile richiamare le considerazioni svolte da quella dottrina che tende a «relativizzare» le differenze tra i due meccanismi, considerandoli piuttosto due «tecniche diverse per raggiungere un medesimo obiettivo: quello di garantire il rispetto di determinati valori giuridici nazionali, considerati irrinunciabili, anche quando il rapporto sia regolato da una *lex causae* straniera»²⁴⁹. In questo senso depongono le indicazioni ricavabili dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, che evidenzia come la predetta distinzione stia perdendo progressivamente importanza sia da un punto di vista metodologico²⁵⁰ che sostanziale²⁵¹. Ancora, tutte e tre le impostazioni mettono in evidenza come la direttiva determini la sfera di efficacia delle proprie disposizioni sulla base di un criterio unilaterale implicito. Nel primo caso peraltro tale constatazione viene semplicemente “affiancata” al rilievo secondo cui la direttiva sarebbe espressione di un ordine pubblico comunitario, anche se a ben vedere la combinazione di questi due elementi avrebbe probabilmente condotto a includere tale atto tra le norme di applicazione necessaria, anziché tra i principi di ordine pubblico. Seguendo l’opinione di chi ritiene opportuno descrivere la relazione esistente tra ordine pubblico e norme di applicazione necessaria con riferimento alla distinzione tra norme e principi²⁵², pare preferibile far rientrare (eventualmente) le disposizioni armonizzate nella seconda categoria.

Restano dunque da considerare le possibili interazioni della direttiva in esame con le norme di conflitto uniformi dettate dal regolamento «Roma II» in relazione a due ipotesi ricostruttive, che secondo la dottrina prevalente devono mantenere la propria autonomia²⁵³. Non essendo possibile in questa sede analizzare in maniera approfondita le ragioni teoriche

²⁴⁹ Così A. BONOMI, *Le norme imperative* cit., p. 214. Con particolare riferimento al contesto comunitario v. P. BERTOLI, *Corte di giustizia* cit., p. 489 ss.; N. BOSCHIERO, *I limiti al principio d'autonomia* cit., p. 128 ss. L'autrice parla di «progressivo “sgretolamento”» del confine che separa ordine pubblico e norme di applicazione necessaria, evidenziando come tale fenomeno sia agevolato dall’opera interpretativa della Corte di giustizia.

²⁵⁰ V. *supra* par. 3.5.2.

²⁵¹ CGCE, sent. 1° giugno 1999 cit.

²⁵² A. BONOMI (*Le norme imperative* cit., p. 201 ss.) mette in evidenza la “parentela” esistente tra i valori tutelati dai due meccanismi, riconducendo la distinzione tra ordine pubblico e norme di applicazione necessaria a quella esistente tra norme e principi.

²⁵³ V. per tutti A. BONOMI, *Le norme imperative* cit. p. 161

che presiedono all'una e all'altra impostazione, pare comunque interessante valutarne l'impatto pratico.

Aderire alla visione di chi considera la direttiva espressione di un approccio unilaterale significherebbe in sostanza escludere *a priori* il funzionamento dell'art. 5 ogni volta che la fattispecie concreta rientri nell'ambito di applicazione della direttiva stessa. La prevalenza della disciplina sostanziale dettata a livello comunitario sulla norma di conflitto si fonderebbe sull'art. 27 del regolamento che, come si è già avuto modo di rilevare²⁵⁴, lascia impregiudicate le «disposizioni dell'ordinamento comunitario che, con riferimento a settori specifici, disciplinano i conflitti di leggi in materia di obbligazioni extracontrattuali». La direttiva opererebbe dunque alla stregua di una norma di conflitto speciale, impedendo ogni rinvio al diritto straniero qualora il prodotto sia stato messo in circolazione nel territorio dell'Unione europea. L'art. 5 manterrebbe peraltro uno spazio applicativo residuale, intervenendo a regolare tutti i casi non contemplati dalla direttiva. Ciò significa innanzitutto che la disciplina uniforme verrebbe in rilievo nelle situazioni che esulano dall'ambito di applicazione *ratione materiae* della direttiva stessa. Si pensi ad esempio alle azioni fondate su un regime di responsabilità diverso da quello previsto dall'atto comunitario e regolate esclusivamente da disposizioni nazionali ovvero alle ipotesi di danno causato da un prodotto destinato a uso professionale. Inoltre, la norma di conflitto speciale contenuta nel regolamento funzionerebbe regolarmente quando la situazione fuoriesca dall'ambito di applicazione spaziale della direttiva, come avviene quando il prodotto sia stato messo in circolazione esclusivamente in un Paese terzo, come gli Stati Uniti o la Cina, dove è stato acquistato dal consumatore.

Al luce di quanto sopra, pare lecito concludere che, se l'impostazione testé esaminata dovesse essere accolta dalla giurisprudenza, l'ambito di applicazione dell'art. 5 ne uscirebbe decisamente ridimensionato. Ciononostante, occorre rilevare che la prevalenza accordata alle norme sostanziali non condurrebbe necessariamente a risultati difformi da quelli che si otterrebbero in forza dell'art. 5: entrambi i testi comunitari conferiscono infatti un ruolo di primo piano alla «legge del mercato». La direttiva fonderebbe la propria «volontà di applicazione» sul criterio implicito della «messa in circolazione» del prodotto all'interno dell'Unione europea; l'art. 5 del regolamento utilizza il requisito della «commercializzazione» per rafforzare ciascuno dei punti di contatto previsti dal «sistema a cascata» di cui al par. 1. Presupponendo che i due concetti tendano a coincidere, troverebbe applicazione in entrambi i

²⁵⁴ V. *supra* par. 3.5.2.

casi la legge del luogo in cui il prodotto è stato posto in commercio²⁵⁵. Questa potenziale convergenza di risultati incontra però due ordini di limiti. Il primo riguarda le ipotesi in cui il regolamento richiama un criterio di collegamento che prescinde dalla commercializzazione (v. ad es. *lex domicilii communis partium*), mentre il secondo attiene alla trasposizione della direttiva che troverebbe applicazione nel caso concreto.

Se viceversa si considerasse la direttiva alla stregua di una norma comunitaria di applicazione necessaria, il funzionamento dell'art. 5 non verrebbe "paralizzato" in via preventiva, ma rappresenterebbe al contrario il presupposto per la comparazione delle leggi che vengono in rilievo nella specie. A tal proposito, si è già evidenziato come appaia preferibile considerare le *lois de police* espressione di una «tecnica» di soluzione dei conflitti di leggi «concorrente» rispetto a quella tradizionale, piuttosto che un «metodo alternativo»²⁵⁶. Seguendo questa impostazione, le disposizioni della direttiva (o come si preciserà meglio in seguito le pertinenti norme nazionali di attuazione) sarebbero applicabili per effetto dell'art. 16 del regolamento «Roma II», anziché dell'art. 27. Ciò significa, in estrema sintesi, che la disciplina comunitaria dotata di imperatività rafforzata sarebbe chiamata a regolare il rapporto *de quo* solamente se la legge straniera altrimenti applicabile risultasse *concretamente incompatibile* con il contenuto della direttiva. Tale incompatibilità potrebbe estendersi all'intera disciplina ovvero riguardare un aspetto specifico (come il termine di prescrizione dell'azione o la decadenza del diritto). In quest'ultimo caso si avrebbe un concorso tra le norme della *lex causae* e le disposizioni comunitarie rilevanti. Se viceversa la legge straniera prevedesse uno *standard* di tutela equivalente a quello predisposto a livello comunitario, non vi sarebbe ragione alcuna di imporre l'applicazione della direttiva. In sostanza, si ritiene sufficiente operare un test di fungibilità tra la normativa comunitaria e la legge straniera altrimenti applicabile, per verificare se gli obiettivi perseguiti in ambito comunitario non siano già adeguatamente tutelati dalla *lex causae*²⁵⁷.

Le considerazioni finora svolte consentono di affermare che l'accoglimento in sede giurisprudenziale di quest'ultima impostazione avrebbe conseguenze meno rigide, ma soprattutto meno invasive rispetto a quelle connaturate a un «approccio unilaterale», idoneo a bloccare preventivamente il funzionamento delle norme di conflitto contenute nel regolamento. Annoverare la direttiva tra le norme comunitarie di applicazione necessaria implicherebbe infatti l'evizione del diritto straniero solo nella misura in cui ciò fosse

²⁵⁵ In tal senso v. S. FRANCO, *Le règlement «Rome II»* cit., p. 294.

²⁵⁶ V. *supra* par. 3.5.2. Si esprime in questi termini A. BONOMI, *Le norme imperative* cit., p. 146.

²⁵⁷ V. A. BONOMI, *Internationally mandatory rules* cit., p. 239.

strettamente necessario alla realizzazione di obiettivi fondamentali della Comunità, nel rispetto del principio di proporzionalità. Una simile concezione delle norme di applicazione necessaria dovrebbe arginare parte delle critiche rivolte dalla dottrina alla Corte di giustizia in occasione della già più volte menzionata giurisprudenza *Ingmar*. Secondo alcuni autori, uno degli effetti della pronuncia in discorso sarebbe quello di favorire il riconoscimento di «lois de police à géométrie variable»²⁵⁸, che mostrerebbero un'intensità applicativa diversa in relazione alle leggi di Stati membri o di Stati terzi. In realtà, il ragionamento compiuto dalla Corte smentisce tale accusa, poiché l'evizione della norme californiane è fondata sul loro specifico contenuto poco protettivo, e non sulla mera appartenenza di tali disposizioni alla legge di un Paese extracomunitario²⁵⁹. D'altro canto è vero che, trattandosi di norme di applicazione necessaria di origine comunitaria, ogni volta che la legge applicabile sia quella di uno Stato membro, si presume che esse costituiscano parte integrante della *lex causae*, con la conseguenza che non si dovrebbe porre il problema della loro imperatività internazionale; qualora invece le norme di conflitto conducano alla legge di uno Stato terzo, il giudice dovrà comparare il contenuto delle leggi "in concorso", valutando se le norme comunitarie debbano trovare applicazione nella fattispecie.

Dopo aver analizzato – seppur sommariamente – le diverse ricostruzioni proposte e averne valutato il potenziale impatto pratico, pare opportuno muovere da alcuni punti fermi per tratteggiare un'ipotesi di coordinamento tra il diritto comunitario materiale e il diritto internazionale privato comunitario in materia di responsabilità da prodotto. Primo dato certo è che la direttiva stabilisce espressamente il carattere imperativo semplice del regime di responsabilità da essa previsto²⁶⁰. Come si è detto, le «disposizioni del diritto comunitario alle quali non è permesso di derogare convenzionalmente» vengono prese in considerazione nell'ambito del regolamento «Roma II» in qualità di limiti all'autonomia delle parti. Oltre all'ipotesi classica di frode al diritto interno, il regolamento introduce infatti una previsione specifica per prevenire la frode al diritto comunitario (art. 14 par. 3). In forza di tale disposizione, la responsabilità del produttore derivante dalla direttiva 85/374/CEE, così come disciplinata dalla legge di attuazione dello Stato del foro, non può essere aggirata dalla scelta della legge di uno Stato terzo «qualora tutti gli elementi pertinenti alla situazione siano

²⁵⁸ L'espressione è di L. IDOT, in nota a CGCE, 9 novembre 2000, cit., p. 115. In senso analogo v. E. PATAUT, in *Revue critique*, 2001, p. 503 ss., p. 511.

²⁵⁹ In tal senso v. P. BERTOLI, *Corte di giustizia* cit., p. 360.

²⁶⁰ L'art. 12 stabilisce che «la responsabilità del produttore derivante dalla presente direttiva non può essere soppressa o limitata, nei confronti del danneggiato, da una clausola esonerativa o limitativa di responsabilità».

ubicati, nel momento in cui si verifica il fatto che determina il danno, in uno o più Stati membri».

Posto che l'inderogabilità ad opera delle parti rappresenta condizione necessaria, ma non sufficiente per includere una certa disposizione tra le *lois de police*, rimane da chiarire se l'imperatività della direttiva sia anche rafforzata. Utili indicazioni in tal senso possono essere desunte dalla sentenza *Ingmar*, relativa alla direttiva 86/653/CEE sugli agenti commerciali indipendenti, che può essere accostata sotto più punti di vista alla direttiva 85/374/CEE²⁶¹. In primo luogo, v'è da chiedersi se la direttiva delimiti la propria sfera di efficacia nello spazio attraverso un criterio implicito che ne imponga la necessaria applicazione «quando il fatto presenti un legame stretto con la Comunità». La presenza di un legame effettivo con la Comunità come condizione per l'applicazione della disciplina armonizzata riprende un'esigenza spesso esplicitata nelle direttive poste a tutela dei consumatori²⁶² ed esprime il principio generale secondo il quale la portata personale e territoriale delle disposizioni funzionali allo sviluppo del mercato interno si estende solamente a fattispecie che abbiano una diretta incidenza sullo stesso. Come evidenziato dalle impostazioni riportate, la direttiva 85/374/CEE sembra essere dotata di un criterio di applicabilità implicito che coincide con la «messa in circolazione del prodotto» nel mercato interno. In questa direzione sembra essere orientata la Commissione, la quale di recente ha affermato senza mezzi termini che la direttiva «si applica a qualsiasi prodotto commercializzato nello Spazio economico europeo»²⁶³.

L'altro elemento ricavabile dalla sentenza, che dovrebbe orientare l'interprete nell'individuazione delle norme comunitarie di applicazione necessaria, risulta piuttosto problematico, in quanto decisamente generico: si tratta della rilevanza di tali disposizioni ai fini dell'integrazione comunitaria. A tal proposito, la Corte si è limitata ad affermare che il regime previsto dalle disposizioni imperative della direttiva «mira [...] a tutelare, tramite la categoria degli agenti commerciali, la libertà di stabilimento e una concorrenza non falsata nell'ambito del mercato interno», con la conseguenza che «l'osservanza di dette disposizioni nel territorio della Comunità appare [...] necessaria per la realizzazione di tali obiettivi del

²⁶¹ Sia l'una che l'altra si prefiggono la tutela della parte debole del rapporto, ma al contempo perseguono obiettivi volti a garantire il buon funzionamento del mercato interno. Entrambe risalgono a una fase in cui il legislatore comunitario non si curava delle problematiche connesse ai conflitti di leggi (direttive c.d. di *prima generazione*): nessuna delle due contiene un criterio espresso volto a delimitarne l'ambito di applicazione spaziale, ma entrambe prevedono l'inderogabilità del regime protettivo in esse previsto. Alla direttiva sugli agenti commerciali viene spesso accostata la direttiva 85/577/CEE del 20 dicembre 1985 per la tutela dei consumatori in caso di contratti negoziati fuori dei locali commerciali, in *G.U.C.E.*, L 372 del 31 dicembre 1985.

²⁶² V. ad es. l'art. 6 della direttiva 93/13/CEE cit.

²⁶³ COM(2006) 496 def. cit., p. 4

Trattato»²⁶⁴. È evidente che il perseguimento di finalità che il Trattato pone a fondamento della Comunità accomuna per definizione tutte le disposizioni di diritto derivato e non rappresenta di per sé un fattore determinante per ascriverle nella categoria delle *lois de police* comunitarie. Ciò che nel ragionamento della Corte (e della dottrina che l'ha anticipata²⁶⁵) sembra rappresentare quel *quid pluris* che induce a qualificare come tale la direttiva sugli agenti commerciali è il contemporaneo perseguimento di un duplice scopo: quello di garantire agli agenti commerciali un livello di protezione inderogabile nei confronti del preponente, che si trova in una posizione contrattualmente più forte, tutelando al contempo la libertà di stabilimento e di concorrenza nell'ambito del mercato comune. Un'impostazione analoga pare sia alla base della direttiva 85/374/CEE, come emerge dall'analisi degli obiettivi da essa perseguiti svolta in precedenza. A tal proposito, sia la Commissione europea che la Corte di giustizia ribadiscono a più riprese come, attraverso la ricerca di un'equa ripartizione del rischio tra consumatori e produttori, la direttiva sia finalizzata «a conciliare gli interessi dei consumatori con le politiche del mercato interno (ovvero libera circolazione delle merci ed eliminazione delle distorsioni della concorrenza)»²⁶⁶.

Alla luce di quanto sopra sembra quindi plausibile annoverare la direttiva 85/374/CEE tra le norme comunitarie di applicazione necessaria. Una simile conclusione porta a interrogarsi su almeno due aspetti. Innanzitutto, trattandosi di una direttiva – che per definizione richiede la collaborazione tra legislatore comunitario e legislatore nazionale ai fini della propria applicazione pratica –, si pone il problema di valutare se vi sia corrispondenza tra il *quantum* di imperatività stabilito a livello comunitario e la disciplina dettata a livello nazionale. Infatti, è evidente che l'imperatività rafforzata delle norme comunitarie debba essere ricostruita con esclusivo riguardo a considerazioni attinenti a tale ambito. Si tratta dunque di accertare se la direttiva dotata di imperatività internazionale persegua un'armonizzazione completa, non consentendo agli Stati di discostarsi da quanto espressamente previsto, ovvero stabilisca uno *standard* minimo di tutela, lasciando liberi gli Stati di andare oltre tale livello. Nel caso di specie, come si è già avuto modo di rilevare, la Corte di giustizia è intervenuta con fermezza a chiarire questo punto, precisando che «il margine discrezionale di cui dispongono gli Stati membri al fine di disciplinare la responsabilità per danno da prodotti difettosi è totalmente determinato dalla direttiva stessa e

²⁶⁴ CGCE, 9 novembre 2000, cit., punto 24.

²⁶⁵ V. A. BONOMI, *Le norme imperative* cit., p. 125.

²⁶⁶ Così COM(2006) 496 def., cit. p. 4.

deve essere dedotto dal tenore letterale, dalla finalità e dall'economia di quest'ultima»²⁶⁷. Si presume quindi che vi sia corrispondenza tra il contenuto delle disposizioni di attuazione e l'imperatività prevista a livello comunitario.

L'altra questione che si pone all'interprete è quella di stabilire se si debba procedere all'applicazione necessaria delle norme della direttiva solo in presenza di un *pactum de lege utenda* (v. caso *Ingmar*) ovvero l'operatività delle disposizioni armonizzate sia indipendente dalle modalità con cui viene individuata la legge applicabile²⁶⁸. In attesa di delucidazioni sul punto da parte della Corte di giustizia, pare forse preferibile, nel caso di specie, la seconda opzione.

4.2. *SEGUE: IL COORDINAMENTO TRA L'ART. 5 DEL REGOLAMENTO «ROMA II» E LA DIRETTIVA 2000/31/CE: CENNI.*

Ai sensi del *considerando* n. 35 del regolamento «Roma II», «l'applicazione delle disposizioni sulla legge applicabile designata in base al presente regolamento non dovrebbe restringere la libera circolazione delle merci e dei servizi disciplinata da strumenti comunitari quali la direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'8 giugno 2000». Si esprime negli stessi termini il *considerando* n. 40 del regolamento «Roma I». La proposta iniziale di regolamento sulle obbligazioni extracontrattuali affrontava invece la questione nell'ambito dell'art. 23 (ora art. 27), che al par. 2 faceva salvi «gli strumenti comunitari che, in settori specifici e nell'ambito coordinato dai predetti strumenti, assoggettino la fornitura di servizi o di beni al rispetto di disposizioni nazionali applicabili sul territorio dello Stato membro ove il prestatore è stabilito e che, nell'ambito coordinato, non permettano di limitare la libera circolazione dei servizi provenienti da un altro Stato membro, tranne che, eventualmente, a determinate condizioni»²⁶⁹.

La portata del riferimento contenuto nel *considerando* n. 35, lungi dall'essere chiara, solleva delicati problemi di coordinamento tra le norme di conflitto uniformi e gli strumenti

²⁶⁷ CGCE, sent. 25 aprile 2002, causa C-52/00, *Commissione c. Francia*, punto 16; sent. 25 aprile 2002, C-154/00, *Commissione c. Grecia*, punto 12; sent. 25 aprile 2002, causa C-183/00, *González Sánchez*, punto 25. V. *supra*, par. 2.4.

²⁶⁸ Come previsto dalla direttiva 94/47/CE cit.

²⁶⁹ Cfr. COM(2003) 427 def. cit.

comunitari che, come la direttiva 2000/31/CE²⁷⁰, contengono la c.d. «clausola mercato interno». L'anzidetta clausola, inserita in numerose direttive settoriali di nuova generazione²⁷¹, ingloba in sostanza il *principio del Paese d'origine*, secondo il quale la legge dello Stato in cui si svolge una determinata attività, come la produzione di beni o la prestazione di servizi, ovvero si produce un certo effetto giuridico (c.d. «Paese d'origine») costituisce il parametro normativo di riferimento per disciplinare tale attività o effetto. Corollario di questo principio, che trova il proprio fondamento nella presunzione di equivalenza tra i valori giuridici di cui sono portatori gli ordinamenti degli Stati membri²⁷², è il dovere di mutuo riconoscimento, in base al quale i Paesi c.d. «di destinazione» devono riconoscere la competenza del «Paese d'origine» a disciplinare la menzionata attività o situazione giuridica.

La natura del principio in discorso e il ruolo che esso svolge nell'ambito del diritto internazionale privato e processuale comunitario sono stati oggetto di un amplissimo dibattito dottrinale, tuttora in corso, di cui non è possibile dare conto in questa sede²⁷³. Tale dibattito ha riguardato anche il significato da attribuire alla «clausola mercato interno» contenuta nella «direttiva sul commercio elettronico». Sebbene il legislatore comunitario si premuri di precisare che la direttiva «non introduce norme supplementari di diritto internazionale privato»²⁷⁴, rimangono dubbi sulla portata da attribuire alla previsione di cui all'art. 3 par. 2, secondo la quale «gli Stati membri non possono, per motivi che rientrano nell'ambito regolamentato, limitare la libera circolazione dei servizi della società dell'informazione provenienti da un altro Stato membro». I dubbi sul rilievo internazionalprivatistico della

²⁷⁰ 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 («Direttiva sul commercio elettronico»), in *G.U.C.E.*, L 178/1 del 17 luglio 2000, e rettifica *ibidem*, L 285 del 23 ottobre 2002.

²⁷¹ V. in proposito M. FALLON, *Droit matériel général* cit., p. 225 s.

²⁷² La Corte di giustizia ha affermato in proposito che il principio «costituisce espressione specifica di un principio più generale di fiducia reciproca tra le autorità degli Stati membri». Cfr. CGCE, sent. 11 maggio 1989, causa 25/88, *Wurmser et al.*, punto 18.

²⁷³ In argomento v. ad es. M. FALLON, *Variations sur le principe d'origine entre le droit communautaire et le droit international privé, Nouveaux itinéraires en droit, Hommage à François Rigaux*, Bruxelles, 1993, p. 199 ss.; ID., *Les conflits de lois et de juridiction dans un espace économique intégré. L'expérience de la Communauté européenne*, in *Recueil des Cours*, 1995, t. 253, p. 9 ss., spec. p. 257 ss.; L. RADICATI DI BROZOLO, *L'influence sur les conflits de lois des principes de droit communautaire en matière de liberté de circulation*, in *Revue critique*, 1993, p. 401 ss.; H. DUINTJER TEBBENS, *Les conflits de lois en matière de publicité déloyale à l'épreuve du droit communautaire*, in *Revue critique*, 1994, p. 451 ss.; E. JAYME, C. KOHLER, *L'interaction des règles de conflit* cit.; S. BARIATTI, *Prime considerazioni sugli effetti dei principi generali e delle norme materiali del trattato CE sul diritto internazionale privato comunitario*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2003, p. 687 ss.; G. VITELLINO, *Rome II from an internal market perspective*, in A. MALATESTA (ed.), *The unification of choice of law rules* cit., p. 284 ss.; A. MALATESTA, *Principio dello Stato d'origine e norme di conflitto dopo la direttiva 2006/123/CE sui servizi nel mercato interno: una partita finita?*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2007, p. 293 ss.

²⁷⁴ Cfr. art. 1 par. 4 della direttiva. In senso analogo il *considerando* n. 23.

direttiva vengono ora alimentati dai *considerando* sopra menzionati dei regolamenti «Roma II» e «Roma I»²⁷⁵. Al riguardo, si possono segnalare, operando una necessaria semplificazione, due principali correnti di pensiero: parte della dottrina ritiene che la direttiva contenga una norma di conflitto (espressa o implicita a seconda dei casi) che rinvia alla legge del Paese d'origine; altra parte, invece, non riconosce alla clausola la natura di una vera e propria norma di conflitto, ma ritiene che essa funzioni secondo un meccanismo analogo a quello delle norme imperative semplici o delle norme di applicazione necessaria²⁷⁶. Quest'ultima impostazione presuppone dunque il rinvio al diritto straniero e la comparazione tra la legge del Paese d'origine e quella del Paese di destinazione volta a verificare se sussistono restrizioni alla libertà di circolazione dei servizi.

La questione può acquistare rilevanza in materia di responsabilità del produttore ogni volta che il prodotto all'origine del danno sia acquistato via *Internet*. In questi casi, si tratta quindi di capire come debbano essere coordinate le previsioni della direttiva 2000/31/CE con il sistema di criteri di conflitto predisposti dall'art. 5 del regolamento. Seguendo la prima impostazione prospettata, si escluderebbe qualsiasi funzionamento della disciplina speciale; la seconda impostazione, viceversa, implicherebbe il funzionamento dell'art. 5 e una verifica in concreto delle leggi pertinenti.

4.3. *SEGUE*: IL COORDINAMENTO TRA IL REGOLAMENTO «ROMA II» E LA CONVENZIONE DELL'AJA DEL 2 OTTOBRE 1973.

In ossequio al principio del primato del diritto comunitario, l'art. 28 par. 2 stabilisce che il regolamento «prevale, tra Stati membri, sulle convenzioni concluse esclusivamente tra due o più di essi» nella misura in cui tali convenzioni rientrino nell'ambito di applicazione della disciplina di conflitto uniforme. Al contrario il par. 1 dell'articolo sancisce il carattere cedevole delle norme comunitarie rispetto alle convenzioni internazionali che «disciplinano i

²⁷⁵ In proposito A. MALATESTA (*Principio dello Stato d'origine* cit., p. 298) ha rilevato il carattere «paradossale» della situazione ingenerata dai regolamenti «Roma I» e «Roma II» con riferimento alla rilevanza conferita al principio del Paese d'origine nel diritto internazionale privato. L'autore sottolinea infatti come «nel momento in cui gli atti relativi al mercato interno sembrano “arrendersi”, il diritto internazionale privato “non accetta la resa”».

²⁷⁶ Sugli aspetti di diritto internazionale privato della direttiva v. tra i tanti e in vario senso E. CRABIT, *La directive sur le commerce électronique. Le projet «Méditerranée»*, in *RDUE*, 2000, p. 749 ss.; A. ZANOBETTI, *Legge applicabile al commercio elettronico: strumenti internazionali e comunitari*, in *Dir. Un. eur.*, 2000, p. 661 ss., spec. p. 665 ss.; M. WILDERSPIN, X. LEWIS, *Les relations* cit., p. 298; M. FALLON, J. MEEUSEN, *Le commerce électronique, la directive 2000/31/CE et le droit international privé*, in *Revue critique*, 2002, p. 435 ss.; N. BOSCHIERO, *Verso il rinnovamento* cit., p. 370 ss.; ID., *I limiti al principio d'autonomia* cit., p. 120 ss.

conflitti di leggi inerenti ad obbligazioni extracontrattuali» di cui uno o più Stati membri siano parti al momento dell'adozione del regolamento stesso²⁷⁷.

La soluzione accolta dal legislatore comunitario è destinata a produrre conseguenze pratiche non indifferenti, considerato che diversi Stati membri dell'Unione europea sono vincolati da strumenti internazionali che regolano i conflitti di leggi con riferimento a settori specifici della responsabilità civile. In particolare, vengono in rilievo la Convenzione dell'Aja del 4 maggio 1971 sulla legge applicabile agli incidenti stradali (che, tra gli Stati dell'Unione, vincola Finlandia, Francia, Lussemburgo, Paesi Bassi, Slovenia e Spagna)²⁷⁸ e, come si è già avuto modo di rilevare, la Convenzione dell'Aja del 2 ottobre 1973 sulla legge applicabile alla responsabilità per danno da prodotto²⁷⁹.

Il coordinamento tra quest'ultima convenzione e il regolamento «Roma II» si presenta particolarmente delicato per il fatto che l'atto comunitario contiene una disposizione speciale dedicata alla medesima materia, l'articolo 5²⁸⁰. Prima operazione da compiere, dunque, è il raffronto tra i rispettivi ambiti di applicazione per verificare se, nonostante la prevalenza della disciplina pattizia, residui per il regolamento uno spazio di applicazione anche in quei Paesi che hanno aderito alla Convenzione dell'Aja del 1973.

La diversità dell'approccio seguito nella definizione di taluni aspetti della fattispecie potrebbe a prima vista far pensare a differenze sostanziali nella portata dei due testi. Si pensi ad esempio alla natura della responsabilità contemplata dalle disposizioni convenzionali e dall'art. 5 del regolamento. Nel primo caso, per definire i rapporti intercorrenti tra le parti si ricorre a una qualificazione fattuale fondata sull'assenza di trasferimento diretto tra danneggiato e presunto responsabile; nel secondo caso, invece, l'obbligazione deve necessariamente avere carattere extracontrattuale per rientrare nell'ambito del regolamento. L'analisi condotta in precedenza sulla portata delle Convenzione²⁸¹ e sulla fattispecie contemplata dall'art. 5 del regolamento²⁸² evidenzia peraltro un ambito di applicazione molto simile, salvo che quello delle norme di fonte pattizia è leggermente più ampio. In proposito, si

²⁷⁷ L'art. 28 del regolamento trova un precedente nell'art. 21 della Convenzione di Roma, il quale tuttavia prevede che quest'ultima non pregiudichi «gli accordi di cui uno Stato contraente è o sarà parte». Sulla soluzione accolta nel regolamento v. C. BRIERE, *Rèflexions sur les interactions entre la proposition de Règlement «Rome II» et les conventions internationales*, in *Clunet*, 2005, p. 677 ss.; G. GARRIGA, *Relationships between «Rome II» and other international instruments*, in *Yearb. Priv. Int. Law*, 2007, p. 137 ss. Per una discussione delle varie possibilità di coordinamento tra la Convenzione e il regolamento che il legislatore comunitario avrebbe potuto accogliere v. anche T. KADNER GRAZIANO, *La coordination des règlements européens* cit.

²⁷⁸ Lo stato aggiornato delle ratifiche è disponibile sul sito www.hcch.net.

²⁷⁹ V. *infra*, cap. 2.

²⁸⁰ In argomento v. l'analisi condotta da S. CORNELOUP, *La responsabilité* cit.

²⁸¹ V. *supra*, cap. 2 par. 3.1., 3.1.1., 3.1.2.

²⁸² V. *supra* par. 3.3.2.

noti ad esempio che la nozione di prodotto accolta dall'art. 2 della Convenzione comprende gli immobili, esclusi invece dall'art. 5 del regolamento, che mutua la definizione di prodotto contenuta nella direttiva 85/374/CEE.

Ciò non significa tuttavia che il regolamento considerato nel suo complesso perda qualsiasi rilevanza per l'individuazione della legge applicabile ai casi di responsabilità da prodotto sottoposti ai giudici dei Paesi membri ove la Convenzione sia in vigore. Come si è già segnalato, infatti, il testo convenzionale non si pronuncia su un certo numero di questioni, di notevole impatto pratico, che sono viceversa disciplinate dall'atto comunitario. In questi casi il regolamento interviene a colmare le lacune della Convenzione a titolo di diritto comune degli Stati membri dell'Unione europea. Ci si riferisce innanzitutto all'ipotesi in cui le parti abbiano designato la legge applicabile all'illecito con un accordo anteriore o successivo al verificarsi dello stesso. Il rapporto che accompagna le disposizioni pattizie precisa al riguardo che la Convenzione non pone alcuna preclusione al perfezionamento di simili accordi²⁸³, che dall'entrata in vigore del regolamento «Roma II» devono essere valutate secondo quanto previsto dall'art.14 dello stesso. Altri possibili spazi di intervento del regolamento riguardano l'azione diretta contro l'assicuratore del responsabile (art. 18), la surrogazione (19) e i rapporti da debitori solidali (art. 20).

Un discorso a parte va fatto per il *danno al prodotto*, contemplato dalla Convenzione solo nella misura in cui si sommi ad altri danni causati *dal prodotto* ed escluso dall'ambito di applicazione dell'art. 5 del regolamento. Sebbene in questi casi sia meno frequente che il danneggiato cerchi ristoro agendo a titolo extracontrattuale, si ritiene che in tale eventualità trovi applicazione la norma generale in materia d'illeciti prevista dal regolamento (art. 4)²⁸⁴.

Le considerazioni finora svolte riguardano, come è normale che sia, la dimensione giudiziale della questione. In tema di responsabilità del produttore acquista però una grande importanza anche la dimensione stragiudiziale, posto che molte delle controversie che sorgono in materia trovano una composizione in via bonaria senza essere state sottoposte preventivamente al vaglio di alcun giudice. La mancanza di uniformità, nell'ambito dell'Unione europea, della disciplina di conflitto in tema di responsabilità da prodotto può dunque riverberarsi anche sulle numerose transazioni che vengono concluse²⁸⁵.

²⁸³ Cfr. W.L.M. REESE, *Explanatory report* cit., p. 268.

²⁸⁴ V. in tal senso, S. CORNELOUP, *La responsabilité* cit., p. 100. M. FALLON (*La relation du règlement* cit., p. 552) al contrario sostiene che il danno al prodotto non contemplato dalla Convenzione ricada nella sfera di applicazione dell'art. 5.

²⁸⁵ S. CORNELOUP (*La responsabilité* cit., p. 88) prospetta in proposito il caso di un consumatore francese danneggiato da un prodotto tedesco, al quale venga proposta una transazione dalla compagnia assicurativa del

produttore teutonico. Non è chiaro in tal caso quale sia la legge da utilizzare come parametro per definire i termini della transazione.

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Nell'ambito della presente trattazione – dedicata ai profili di diritto internazionale privato del danno da prodotto, con particolare riguardo ai Paesi membri dell'Unione europea – si è pensato di fondare l'analisi sugli sviluppi di carattere normativo che si sono registrati in materia, non potendo far conto su una consistente prassi giurisprudenziale. È noto infatti che in tema di responsabilità del produttore, quanto meno nel contesto europeo, le vertenze sono composte nella grande maggioranza dei casi in via stragiudiziale¹. Ciò è particolarmente vero quando non vi sono dubbi sull'esistenza della responsabilità e si tratta semplicemente di definire le modalità dell'indennizzo spettante al danneggiato². La situazione di *underlitigation* che caratterizza questo settore in Europa è ancora più accentuata, se si considerano le fattispecie di danno da prodotto aventi elementi di estraneità, che, nonostante lo sviluppo del commercio internazionale e la sempre crescente mobilità delle persone, restano meno frequenti delle fattispecie meramente interne.

L'assenza di un consistente contenzioso non ha peraltro sminuito l'interesse per il tema affrontato, che è stato oggetto di intervento comunitario sotto più punti di vista. In un primo momento si è assistito infatti all'armonizzazione delle norme materiali dei Paesi membri dell'Unione europea relative alla responsabilità per danno da prodotto difettoso, armonizzazione realizzata dalla direttiva 85/374/CEE, poi modificata dalla direttiva 1999/34/CE. Recentemente, invece, il legislatore comunitario ha predisposto una disciplina di conflitto uniforme in materia di obbligazioni extracontrattuali – dettata dal regolamento (CE) n. 864 dell'11 luglio 2007 (c.d. «Roma II») – contenente una disposizione speciale dedicata alla «responsabilità da prodotti». Per completare il complesso quadro normativo che si è andato delineando in ambito europeo occorre poi segnalare altre due fonti che, a seconda degli Stati membri considerati, concorrono a disciplinare la questione della legge applicabile al danno da prodotto. Si tratta della Convenzione dell'Aja «sur la loi applicable à la responsabilité du fait des produits» del 2 ottobre 1973 (che, tra i Paesi dl'Unione, è in vigore per Finlandia, Francia, Lussemburgo, Olanda, Slovenia e Spagna) e delle norme nazionali di diritto internazionale privato che hanno riservato un trattamento speciale al danno da prodotto, norme adottate in Romania, Estonia, Italia, Lituania e Belgio.

¹ La Commissione, nella sua seconda Relazione sull'applicazione della direttiva 85/374/CEE (COM(2000) 893 def., p. 10) riporta i dati forniti in proposito dagli assicuratori tedeschi e olandesi, secondo i quali ben il 90% delle controversie sorte in materia trova una composizione amichevole.

² A tal proposito, la Commissione ha preso atto delle lamentele provenienti dalle associazioni dei consumatori, che rilevano la scarsa trasparenza di queste operazioni e l'ingiusto vantaggio di produttori e assicuratori.

In meno di mezzo secolo si è quindi passati da una situazione in cui non veniva nemmeno riconosciuta la specialità della fattispecie, inizialmente sottoposta al criterio tradizionale utilizzato in materia di obbligazioni extracontrattuali (*lex loci commissi delicti*), alla coesistenza nel medesimo ambito di integrazione regionale di un elevato numero di fonti normative che concorrono a diverso titolo a regolare la medesima questione. Le fonti menzionate, che hanno “preso vita” in periodi e ambiti diversi (nazionale, regionale e internazionale), sono oggi chiamate a interagire e coordinarsi, sollevando problemi di ordine interpretativo. L’assenza di una “regia” unitaria alla base di questo copioso sviluppo normativo determina infatti una serie di difficoltà nell’individuazione della rispettiva portata e dell’effettiva incidenza sulla questione in discorso dei vari strumenti giuridici che vengono in rilievo.

La scelta di sviluppare l’argomento secondo una prospettiva cronologica è dipesa proprio dalla “densità” che in questo momento caratterizza il tessuto normativo dei Paesi membri dell’Unione europea in tema di legge applicabile al danno da prodotto. Passare in rassegna le diverse fasi che hanno scandito lo sviluppo della tematica qui esaminata è servito infatti a mettere in luce l’estrema complessità e le molteplici sfaccettature della stessa, le graduali acquisizioni a cui sono pervenute dottrina e giurisprudenza, nonché le peculiarità dell’esperienza europea. A tal proposito si noti come il Vecchio continente abbia iniziato a maturare fin dagli esordi un approccio alla questione distinto da quello affermatosi negli Stati Uniti, che pure hanno rappresentato la culla della responsabilità del produttore sia da un punto di vista sostanziale che internazionalprivatistico. Tale impostazione ha comportato un’analisi – con diversi livelli di approfondimento a seconda dei profili considerati – della dottrina e giurisprudenza statunitensi che hanno dato origine alla c.d. *Conflict of Laws Revolution*, fenomeno che ha determinato un completo rinnovamento del diritto internazionale privato statunitense.

L’aspetto più significativo che emerge dalla ricostruzione storica della fattispecie (v. Cap. I) riguarda la necessità di trasferire alla dimensione conflittuale considerazioni analoghe a quelle che animano la disciplina sostanziale. L’idea di temperare gli interessi dei consumatori con le esigenze della produzione – espressa per la prima volta dallo statunitense Albert Ehrenzweig nel corso degli anni Sessanta – diventa il *leitmotiv* delle proposte che da questo momento si susseguono per individuare gli strumenti conflittuali più idonei a regolare i casi di responsabilità per danno da prodotto aventi elementi di estraneità. L’avvio del dibattito dottrinale sul tema e l’analisi della giurisprudenza dei *Sister States* di questo periodo mostra peraltro che il principio dell’equo bilanciamento degli interessi delle parti si presta a letture

divergenti. Se gli autori nordamericani esprimono, almeno in questa fase, una spiccata propensione per la tutela del consumatore, temperata da alcuni accorgimenti volti a garantire la prevedibilità della legge applicabile al produttore, la dottrina europea assume un atteggiamento più prudente. Cionondimeno, anche in ambito europeo si affermano due correnti di pensiero che concepiscono in maniera diversa il punto di equilibrio tra danneggiati e mondo industriale: da un lato, v'è chi auspica l'applicazione di una legge il più possibile neutrale e rispettosa delle aspettative di entrambe le parti, che garantisca al contempo una concorrenza non falsata tra i vari *competitors* che operano nel medesimo contesto; dall'altro lato, v'è chi ritiene opportuno bilanciare lo squilibrio esistente tra consumatori e produttori attraverso forme di tutela indiretta della parte debole del rapporto, per lo più accompagnate da meccanismi che escludano l'applicazione di una legge difficilmente prevedibile per il presunto responsabile.

Quest'ultima visione trova riscontro a livello positivo nelle norme di conflitto in tema di responsabilità da prodotto elaborate da diversi legislatori nazionali, che prevedono un'*optio legis* a favore del consumatore danneggiato combinata con una clausola di prevedibilità della legge applicabile, eventualmente azionabile dal produttore. Una vera e propria consacrazione dell'altra impostazione si rinviene invece in ambito comunitario: l'art. 5 del regolamento «Roma II» assegna infatti un ruolo centrale al requisito della «commercializzazione», accogliendo le istanze di quella parte della dottrina che auspicava l'applicazione della «legge del mercato» alla fattispecie. Il sistema messo a punto dal legislatore comunitario per disciplinare il danno da prodotto sembra quindi essere improntato a considerazioni «au parfum économique marqué»³, che prendono in conto innanzitutto gli obiettivi di «ripartire equamente i rischi inerenti a una società moderna altamente tecnologica, [...] di incentivare l'innovazione, di garantire una concorrenza non falsata e di agevolare gli scambi commerciali»⁴. La tutela della salute del consumatore, anch'essa perseguita dalla disposizione, pare affidata a un'analisi costi-benefici, che si mostra particolarmente attenta all'esigenza dei produttori di individuare *ex ante*, con un ragionevole grado di certezza, la legge applicabile ai danni che potrebbero derivare dalla messa in circolazione di prodotti difettosi⁵.

Da questo punto di vista si è potuta riscontrare una perfetta omogeneità tra l'approccio seguito dal legislatore comunitario nel regolare la fattispecie a livello sostanziale e quello

³ Così M. FALLON, *La relation* cit., p. 553.

⁴ Cfr. *considerando* n. 20 del regolamento «Roma II».

⁵ In tal senso v. già I. PRETELLI, *La legge applicabile* cit., p. 444.

tenuto con riferimento ai profili di diritto internazionale privato. La direttiva 85/374/CEE persegue infatti un'armonizzazione globale delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri, essendo il risultato di «un complicato processo di valutazione comparativa di differenti interessi», tra cui figurano «la garanzia di una concorrenza non falsata, la facilitazione degli scambi commerciali in seno al mercato comune, la tutela dei consumatori e l'esigenza di una buona amministrazione della giustizia»⁶. Le esigenze dei consumatori sono certamente importanti nell'economia della direttiva, ma non rivestono carattere prioritario, come si evince dal fatto che gli Stati membri non possono ampliare la sfera dei diritti riconosciuti ai danneggiati in forza della direttiva stessa.

Constatata la coincidenza tra i valori perseguiti a livello sostanziale e conflittuale significa in sostanza ribadire la “vocazione materiale” dei conflitti di leggi nel contesto comunitario. L'analisi delle dinamiche che presiedono all'individuazione della legge applicabile al danno da prodotto nell'ambito di cooperazione regionale facente capo all'Unione europea consente infatti di rilevare la stretta connessione esistente tra i principi che ispirano tale processo d'integrazione e il diritto internazionale privato che ne scaturisce. Deve essere visto in quest'ottica il coordinamento tra l'art. 5 del regolamento «Roma II» e la direttiva 85/374/CEE. Il perseguimento delle *policies* sostanziali dell'Unione nella disciplina di conflitto di fattispecie che presentano elementi di estraneità sembra acquisire un significato ancora più esplicito nell'ipotesi considerata: pare infatti plausibile annoverare le disposizioni sostanziali armonizzate tra le *lois de police* di origine comunitaria.

A favore di una simile conclusione depone l'esame della direttiva alla luce delle indicazioni fornite dalla Corte di giustizia⁷, che mette in evidenza come l'imperatività semplice delle norme considerate debba essere accompagnata innanzitutto da un criterio esplicito o implicito che ne imponga la necessaria applicazione in presenza di uno stretto legame della situazione con la Comunità. Nella specie, tale criterio è rappresentato dalla «messa in circolazione» del prodotto nello Spazio economico europeo, come si evince da una lettura complessiva dell'articolato della direttiva e da considerazioni di ordine sistematico. L'altro elemento ricavabile dalla giurisprudenza della Corte per orientare l'interprete nell'individuazione delle norme comunitarie di applicazione necessaria è più sfumato e riguarda la presa in conto da parte dell'atto di esigenze di tutela del soggetto debole del rapporto, accompagnate dal perseguimento di obiettivi vitali per il funzionamento del mercato interno. Il fatto che la direttiva 85/374/CE tenda a contemperare gli interessi dei consumatori

⁶ CGCE, sent. 25 aprile 2002, C-154/00, cit., punto 29.

⁷ CGCE, 9 novembre 2000, cit.

con le politiche del mercato interno induce a pensare che sia soddisfatto anche questo requisito.

La convivenza nel medesimo contesto di due fonti che, a seguito di un'attenta analisi, hanno rivelato di interagire così profondamente nella definizione della stessa questione, quella cioè della legge applicabile al danno da prodotto, non pare problematica. Considerando le *lois de police* espressione di una tecnica di soluzione dei conflitti di leggi concorrente con quella tradizionale, si presuppone il normale funzionamento dell'art. 5 del regolamento, mentre la direttiva è chiamata a intervenire solo nel caso in cui la legge straniera altrimenti applicabile risulti concretamente incompatibile con le disposizioni armonizzate. Inoltre, posto che sia l'art. 5 del regolamento «Roma II» che la direttiva sono fondati sul requisito della commercializzazione, quest'ultima eventualità sembra da riferire ai casi residuali in cui tale criterio non viene impiegato ovvero ai casi in cui viene concluso un *pactum de lege utenda* ad opera delle parti.

BIBLIOGRAFIA SELETTIVA

LETTERATURA

- Actes et documents de la douzième session (2 au 21 octobre 1972)*, t III, *Responsabilité du fait des produits*, La Haye, 1974.
- ALPA G., *Commento*, in *Politica del diritto*, 1973, p. 24 ss.
- ALPA G., *In margine ad un progetto legislativo del Consiglio d'Europa in materia di responsabilità del fabbricante*, in *Riv. soc.*, 1975, p. 329 ss.
- ALPA G., *L'attuazione della direttiva comunitaria sulla responsabilità del fabbricante. Problemi di terminologia e scelte legislative*, in *Riv. soc.*, 1987, p. 867 ss.
- ALPA G., *L'attuazione della direttiva comunitaria sulla responsabilità del produttore. Tecniche e modelli a confronto*, in *Contratto e impresa*, 1988, p. 573 ss.
- ALPA G., *Scattano per la responsabilità da prodotti i principi del luogo dove si verifica il danno*, in *Guida al diritto – Diritto comunitario e internazionale*, 2007, n. 5, p. 24 ss.
- ALPA G., BESSONE M., *La responsabilità del produttore*, Milano, 1999.
- AUDIT B., *Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (Sur la «crise» des conflits de lois)*, in *Recueil des Cours*, t. 186, 1984, p. 219 ss.
- BALLARINO T., *Diritto internazionale privato*, Padova, 1982.
- BALLARINO T., *Le codificazioni recenti nel diritto internazionale privato in Europa*, in G. BROGGINI (a cura di), *Il nuovo diritto internazionale privato in Svizzera*, Milano, 1990, p. 361 ss.
- BALLARINO T., *Diritto internazionale privato*, 2° ed., Padova, 1996.
- BALLARINO T., *Les règles de conflit sur les sociétés commerciales à l'épreuve du droit communautaire d'établissement. Remarques sur deux arrêts récents de la Cour de Justice des Communautés européennes*, in *Revue critique*, 2003, p. 374 ss.
- BALLARINO T., *From Centros to Überseering, EC right of establishment and conflict of laws*, in *Yearb. Priv. Int. Law*, 2002, p. 203 ss.
- BALLARINO T., *Sulla mobilità delle società nella Comunità europea. Da Daily Mail a Überseering: norme imperative, norme di conflitto e libertà comunitarie*, in *Riv. soc.*, 2003, p. 669 ss.
- BALLARINO T., *L'art. 6 del regolamento Roma II e il diritto antitrust comunitario: conflitto di leggi e principio territorialistico*, in *Riv. dir. int.*, 2008, p. 65 ss.
- BARIATTI S., *L'interpretazione delle convenzioni internazionali di diritto uniforme*, Padova, 1986.
- BARIATTI S., *L'influenza della legge uniforme del Benelux sul diritto internazionale privato olandese in tema di illecito*, in *L'unificazione del diritto internazionale privato e processuale, Studi in memoria di Mario Giuliano*, Padova, 1989, p. 3 ss.

- BARIATTI S., *La cooperazione giudiziaria in materia civile dal terzo pilastro dell'Unione europea al Titolo IV del Trattato CE*, in *Dir. Un. eur.*, 2001, p. 261 ss.
- BARIATTI S., *Qualificazione e interpretazione nel diritto internazionale privato comunitario*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2006, p. 361 ss.
- BATIFFOL H., *La douzième session de la conférence de la Haye de droit international privé*, in *Revue critique*, 1973, p. 243 ss.
- BEITZKE G., *Les obligations délictuelles en droit international privé*, in *Recueil des Cours*, t. 115, 1965-II, p. 67 ss.
- BIN M., *L'assicurazione della responsabilità civile da prodotti*, in G. ALPA, M. BIN, P. CENDON (a cura di), *La responsabilità del produttore*, Padova, 1989, p. 273 ss.
- BONOMI A., *Le norme imperative nel diritto internazionale privato*, Zurigo, 1998.
- BONOMI A., *Le droit international privé entre régionalisme et universalisme. Quelques considérations sur les compétences européennes en matière de droit international privé et leurs effets pour les Etats tiers*, in *Revue suisse de droit international et européen*, 2006, p. 295 ss.
- BONOMI A., *Le régime des règles impératives et des lois de police dans le Règlement «Rome I» sur la loi applicable aux contrats*, in E. CASHIN RITAINE, A. BONOMI (éds.), *Le nouveau règlement européen «Rome I» relatif à la loi applicable aux obligations contractuelles*, Genève, Zurich, Bâle, 2008, p. 217 ss.
- BONOMI A. (a cura di), *Diritto internazionale privato e cooperazione giudiziaria in materia civile*, Torino, 2009.
- BONOMI A., *Il diritto internazionale privato dell'Unione europea: considerazioni generali*, in A. BONOMI (a cura di), *Diritto internazionale privato e cooperazione giudiziaria in materia civile*, Torino, 2009, p. 1 ss.
- BOSCHIERO N., *Norme inderogabili, «disposizioni imperative del diritto comunitario» e «leggi di polizia» nella proposta di regolamento «Roma I»*, in *Il nuovo diritto europeo dei contratti: dalla Convenzione di Roma al regolamento «Roma I»*, p. 101 ss.
- BOSCHIERO N., *I limiti al principio d'autonomia posti dalle norme generali del regolamento Roma I. Considerazioni sulla «conlit involution» europea*, in N. BOSCHIERO (a cura di), *La nuova disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti (Roma I)*, Torino, 2009, p. 67 ss.
- BOUREL P., *Les conflits de lois en matière d'obligations non contractuelles*, Paris, 1961.
- BOUREL P., *Du rattachement de quelques délits spéciaux en droit international privé*, in *Recueil des Cours*, t. 214, 1989-II, p. 251 ss.
- BRIERE C., *Le règlement (CE) n°864/2007 du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles*, in *Clunet*, 2008, p. 31 ss.
- CAFAGGI F., *Danno al prodotto e funzioni della responsabilità del produttore*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, p. 561 ss.
- CAFAGGI F., *Verso un approccio sistematico ai rimedi contro la difettosità dei prodotti*, in S. PATTI (a cura di), *il danno da prodotti in Italia, Austria, Repubblica Federale di Germania, Svizzera*, Padova 1990, p. 83 ss.
- CAFAGGI F., *La responsabilità dell'impresa per prodotti difettosi*, in N. LIPARI (a cura di), *Diritto privato europeo*, vol. II, Padova, 1997, p. 996 ss.

- CAPELLI F. (a cura di), *La responsabilità del produttore (con riferimento alla Direttiva n. 85/374)*, Parma, 1988.
- CASTRONOVO C., *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006.
- CASTRONOVO C., *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, p. 315 ss.
- CAVERS D. F., CHEATHAM E. E., CURRIE B., EHRENZWEIG A.A., LEFLAR R. A., REESE W.L., *Comments on Babcock v. Jackson, A recent development in conflict of laws*, in 63 *Colum L. Rev.*, 1963, p. 1212 ss.
- CAVERS D.F., *The choice-of-law process*, Ann Arbor, Mich., 1965.
- CAVERS D.F., *The proper law of producer's liability*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1977, p. 703 ss.; e in *Mélanges Morris*, 1978, p. 3 ss.
- CERINA P., *Osservazioni di diritto internazionale privato sulla direttiva CEE n. 85/374 in materia di responsabilità per danno da prodotti difettosi*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1991, p. 355 ss.
- CONETTI G., *Il danno da prodotto nel diritto internazionale privato*, in *Studium iuris*, 1996, 160 ss.
- CORNELOUP S., *La responsabilité du fait des produits*, in S. CORNELOUP, N. JOUBERT (sous la direction de), *Le règlement «Rome II» sur la loi applicable aux obligations non contractuelles*, Paris, 2008, p. 85 ss.
- CURRIE B., *On the displacement of the law of the forum*, in 58 *Colum. L. Rev.*, 1958, p. 964 ss.
- CURRIE B., *Note sui metodi e gli scopi del diritto internazionale privato*, in *Diritto internazionale*, 1960, p. 335 ss.
- CURRIE B., *The disinterested third State*, in 28 *Law & Contemp. Prob.*, 1963, p. 754 ss.
- CURRIE B., *Selected essays on the conflict of laws*, Durham, N. C., 1963.
- DAVÌ A., *Responsabilità non contrattuale nel diritto internazionale private*, in *Digesto sez. civ.*, 1998, p. 302 ss.
- DE MENT JR. J. A., *International products liability; toward a uniform choice of law rule*, in *Cornell International Law Journal*, Vol. 5, 1972, p. 75 ss.
- DE NOVA R., *Appunti sull'illecito civile in diritto internazionale privato comparato*, in *Comunicazioni e studi*, IV, Milano, 1952, p. 7 ss.
- DE NOVA R., *Le concezioni statunitensi dei conflitti di leggi viste da un continentale*, Valladolid, 1964.
- DE NOVA R., *Current developments of private inetrnational law*, in 13 *Am. J. Comp. L.* 1964, p. 542 ss.
- DE NOVA R., *Historical and Comparative Introduction to Conflict of Laws*, in *Recueil des Cours*, t. 118, 1966, p. 435 ss.
- DE NOVA R., *Il progetto preliminare dell'Aja sulla legge applicabile alla responsabilità del fabbricante per il suo prodotto*, in *Diritto Internazionale*, Vol. 25, 1971, p. 145 ss.
- DE NOVA R., *La Convenzione dell'Aja sulla legge applicabile alla responsabilità per danni derivanti da prodotti*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1973, p. 297 ss.

- DE NOVA R., *Il «Restatement, Second, Conflict of Laws»*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1974, p. 424 ss.
- DI MAJO A., *La responsabilità per prodotti difettosi nella direttiva comunitaria*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, I, p. 21 ss.
- DUINTJER TEBBENS H., *International product liability. A study of comparative and international legal aspects of product liability*, Sijthoff & Noordhoff, Netherlands, 1979.
- DUTOIT B., *Mémorandum relatif aux actes illicites en droit en droit international privé*, in *Conférence de la Haye de droit international privé, Actes et documents de la onzième session, III, Accidents de la circulation routière*, La Haye, 1970, p. 9 ss., spec. p. 19.
- DUTOIT B., *La lex loci delicti à travers le prisme des deux Conventions de La Haye sur les accidents de la circulation routière et la responsabilité du fait des produits*, in *L'unificazione del diritto internazionale privato e processuale - Studi in memoria di Mario Giuliano*, Padova, 1989, p. 417 ss.
- EHRENZWEIG A. A., *The lex fori – Basic Rule in the Conflict of Laws*, in *58 Mich. L. Rev.*, 1960, p. 637 ss.
- EHRENZWEIG A. A., *La lex fori: eccezione o regola?*, in *Diritto internazionale*, 1960, vol. XIV, p. 223 ss.
- EHRENZWEIG A. A., *Guest statutes in the conflict of laws – towards a theory of enterprise liability under foreseeable and insurable laws*”, in *69 Yale Law Journal*, 1960, p. 595 ss.
- EHRENZWEIG A. A., *Products liability in the conflict of laws – toward a theory of enterprise liability under “foreseeable and insurable laws”*”, in *69 Yale Law Journal*, 1960, p. 794 ss.
- EHRENZWEIG A. A., *Vicarious liability in the conflict of laws – toward a theory of enterprise liability under “foreseeable and insurable laws”*”, in *69 Yale Law Journal*, 1960, p. 978 ss.
- EHRENZWEIG A. A., *A treatise on the conflict of laws*, St. Paul, Minn., 1962.
- EHRENZWEIG A. A., *The «most significant relationship» in the conflict of law of torts. Law and reason versus the Restatement Second*, in *28 Law & Contemp. Prob.*, 1963, p. 700 ss.
- EHRENZWEIG A. A., *A proper law in a proper forum: a restatement of the lex fori approach*, in *18 Okla. L. Rev.*, 1965, p. 340 ss.
- EHRENZWEIG A. A., *Second Conflicts Restatement: a last appeal for its withdrawal*, in *113 U. Pa. L. Rev.*, p. 123 ss.
- EHRENZWEIG A. A., *Local and moral data in the conflict of laws*, in *55 Buffalo L. Rev.*, 1966, p. 55 ss., tradotto in italiano (con alcune modifiche) *Dati morali e dati di fatto in diritto internazionale private*, in *Dir. internaz.*, 1967, p. 246 ss.
- EHRENZWEIG A. A., *A counter-revolution in conflicts law? From Beale to Cavers*, in *80 Harv. L. Rev.*, 1966, p. 377 ss.
- EHRENZWEIG A. A., *Private international law*, vol. I, Leyden-Dobbs Ferry, 1967.
- EHRENZWEIG A. A., *Specific principles of private transnational law*, in *Recueil des Cours*, t. 124, 1968-II, p. 167 ss.

- FAGNART J. L., *La directive du 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits*, in *Cahiers dr. eur.*, 1987, p. 3 ss.
- FALLON M., *Le projet de convention sur la loi applicable à la responsabilité du fait des produits*, *Journal des Tribunaux*, Vol. 89, 1974, p. 73 ss.
- FALLON M., *Les accidents de la consommation et le droit*, Bruxelles, 1982.
- FALLON M., *Droit matériel général de l'Union européenne*, Louvain-la-Neuve, 2^{ème} éd., 2002.
- FALLON M., *La relation du règlement Rome II avec d'autres règles de conflit de lois*, in *Revue de droit commercial belge*, 2008, p. 549 ss.
- FAWCETT J. J., *Products liability in private international law: A European perspective*, in *Recueil des Cours*, t. 238, 1993-I, p. 9 ss.
- FERRARI BRAVO L., *Il luogo di commissione dell'illecito nel diritto internazionale privato*, in *Rivista di diritto civile*, 1961, p. 80 ss.
- FERRARI BRAVO L., *Responsabilità civile e diritto internazionale privato*, Napoli, 1973.
- FERRARI BRAVO L., *Les rapports entre les contrats et les obligations délictuelles en droit international privé*, in *Recueil des Cours*, t. 146, 1975-III, p. 341 ss.
- FOYER J., *L'avant-projet de Convention CEE sur la loi applicable aux obligations contractuelles et non contractuelles*, in *Clunet*, 1976, p. 555 ss.
- FOYER J., *L'avant-projet de Convention CEE sur la loi applicable aux obligations contractuelles et non contractuelles*, in *Clunet*, 1972, p. 555 ss.
- FRANCQ S., *L'applicabilité du droit communautaire dérivé au regard des méthodes du droit international privé*, Bruxelles, 2005.
- FRANCQ S., *The scope of Secondary Community Law in the Light of the Methods of Private International Law - or the other way around?*, in *Yearbook of Private International Law*, 2006, p. 333 ss.
- FRANCQ S., *Le règlement "Rome II" concernant la loi applicable aux obligations non contractuelles. Entre droit communautaire et droit international privé*, in *Journal du droit européen*, 2008, p. 289 ss.
- FRANZINA P., *Il regolamento n. 864/2007/CE sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali («Roma II»)*, in *Nuove leggi civ.*, 2008, p. 971 ss.
- FUMAGALLI L., *Considerazioni sull'unità del concetto di ordine pubblico*, in *Comunicazioni e studi*, XVII-XVIII, Milano, 1985, p. 593 ss.
- FUMAGALLI L., *Le clausole abusive nei contratti con i consumatori tra diritto comunitario e diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1994, p. 15 ss.
- FUSARO A., *Note sulla direttiva comunitaria in tema di responsabilità del produttore*, in *Giur. comm.*, 1987, p. 130 ss.
- GARRIGA G., *Relationship between Rome II and other international instruments. A commentary on article 28 of the Rome II regulation*, in *Yearb. Priv. Int. Law*, 2007, p. 137 ss.
- GAUDEMET-TALLON H., *Le pluralisme en droit international privé: richesses et faiblesses (le funambule et l'arc-en-ciel)*, in *Recueil des Cours*, t. 312, 2005, p. 13 ss., spec. p. 171 ss., p. 311 ss.

- GHESTIN J., *La directive communautaire du 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux*, in *Dalloz*, 1986, I, p. 135 ss.
- GIULIANO M., LAGARDE P. e VAN SASSE VAN YSSELT TH., *Rapport concernant l'avant-projet de convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles et non-contractuelles*, in *Riv. dir. priv. proc.*, 1973, p. 238 ss.
- GIULIANO M., *Il diritto internazionale privato e processuale nel Restatement of the Law 2d*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1974, p. 226 ss.
- GONZALES CAMPOS J. D., *Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé*, in *Recueil des Cours*, t. 287, 2000, p. 9 ss.
- HAMBURG GROUP FOR PRIVATE INTERNATIONAL LAW, *Comments on the European Commission's draft proposal for a Council regulation on the law applicable to non-contractual obligations*, in *RabelsZ*, 2003, p. 1 ss.
- HANOTIAU B., *Le droit international privé américain: du premier au second Restatement of the law, conflict of laws*, Paris-Bruxelles, 1979.
- HANOTIAU B., *The American conflicts revolution and European tort choice-of-law thinking*, in *30 Am. J. Comp. L.*, 1982, p. 73 ss.
- HUBER P. E ILLMER M., *International Product Liability. A Commentary on Article 5 of the Rome II Regulation*, in *Yearb. Priv. Int. Law*, 2007, p. 37 ss.
- JAYME E., KOHLER C., *L'interaction des règles de conflit contenues dans le droit dérivé de la Communauté européenne et de conventions de Bruxelles et de Rome*, in *Revue critique*, 1995, p. 1 ss.
- JUENGER F., *Choice of law and multistate justice*, Dordrecht-Boston-London, 1993
- KADNER GRAZIANO T., *La responsabilité délictuelle en droit international privé européen*, Bâle-Genève-Munich-Bruxelles-Paris, 2004.
- KADNER GRAZIANO T., *The Law Applicable to Product Liability : The Present State of the Law in Europe and Current Proposals for Reform*, in *Int. Comp. Law Quart.*, 2005, p. 475 ss.
- KADNER GRAZIANO T., *La coordination des règlements européens et des conventions internationales en matière de droit international privé*, in *Revue suisse de droit international et européen*, 2006, p. 279 ss.
- KADNER GRAZIANO T., *The law applicable to cross-border damage to the environment. A commentary on article 7 of the Rome II regulation*, in *Yearb. Priv. Int. Law*, 2007, p. 71 ss.
- KAY H. H., *Theory into practice: choice of law in the courts*, in *34 Mercer L. Rev.*, 1983, p. 521 ss., spec. p. 525 ss.
- KEGEL G., *The crisis of conflict of laws*, in *Recueil des Cours*, t. 112, 1964-II, p. 91 ss.
- KHAN-FREUND O., *Delictual liability and the conflict of laws*, in *Recueil des Cours*, t. 124, 1968-II, p. 1 ss.
- KOZYRIS P.J., *Values and methods in choice of law for products liability: a comparative comment on statutory solutions*, in *American Journal of Comparative Law*, Vol. 38, 1990, p. 475 ss.

- KREUZER K., *Apfelschorf im «Alten Land» - Kollisionrechtliche Probleme der Producthaftung*, in *IPRax*, 1982, p. 1 ss.
- KROPHOLLER J., *Ein Anknüpfungssystem für das Deliktstaut*, in *RabelsZ*, 1969, p. 601 ss.
- KÜHNE, *Choice of law in products liability*, in *California Law Review*, 1972, p. 1 ss.
- LAGARDE P., *Travaux du Comité français de droit international privé*, 1971-1973, p. 147 ss.
- LEGIER G., *Le règlement «Rome II» sur la loi applicable aux obligations non contractuelles*, in *La semaine juridique – Edition générale*, I 207 (21 novembre 2007), p. 13 ss.
- LEIN E., *La nouvelle synergie Rome I / Rome II / Bruxelles I*, in E. CASHIN RITAINE, A. BONOMI (éds.), *Le nouveau règlement européen «Rome I» relatif à a loi applicable aux obligations contractuelles*, Genève-Zurich-Bâle, 2008, p. 27 ss.
- LOUSSOUARN Y., *La Convention de La Haye sur la loi applicable à la responsabilité du fait des produits*, in *Journal du droit international*, 1974, p. 32 ss.
- LUPONE A., *Conflitti di leggi e di giurisdizioni nella disciplina statunitense e comunitaria della responsabilità del produttore*, in *Comunicazioni e studi*, XVII-XVIII, Milano, 1985, p. 733 ss.
- MARI L., *Sulla legge regolatrice della c.d. surroga assicuratoria*, in *Riv., dir. int. priv. e proc.*, 1975, p. 486 ss.
- MARTORANA C., *L'orditoio: una macchina che non offre le insicurezze che si possono legittimamente attendere...le persona di non alta statura*, in *Resp. civ. prev.*, 1996, p. 379 ss.
- MATTEI U., *Restatement*, in *Digesto sez. civ.*, 1998, p. 417 ss.
- MAZEAUD H., *Conflits de lois et compétence internationale dans le domaine de la responsabilité civile délictuelle et quasi-délictuelle*, in *Rev. crit. dir. pr.*, 1934, p. 377 ss.
- MONERGER F., *The last ten ou les derniers États des Etats-Unis d'Amérique fidèles à la lex loci delicti*, in A.A. V.V., *Le droit international privé: esprit et méthodes. Hommage en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, 2004, p. 575 ss.
- MORELLI G., *Elementi di diritto internazionale privato italiano*, 10^a ed., Napoli, 1971, p. 55.
- MORRIS J. H. C., *Torts in the conflict of laws*, in *12 Mod. Law Rev.*, 1949, p. 248 ss.
- MORRIS J. H. C., *The Proper Law of a Tort*, in *64 Harv. L. Rev.*, 1951, p. 881 ss.
- MORSE C. G. J., *Torts in private international law*, Amsterdam-New York-oxford, 1978.
- MORSE C. G. J., *Choice of law in tort: a comparative survey*, in *32 Am. J. Comp. Law*, 1984, p. 51 ss.
- Note, *Products liability and the choice of law*, in *78 Harv. L. Rev.*, 1965, p. 1452 ss.
- NOURISSAT C., TREPPOZ E., *Quelques observations sur l'avant-projet de proposition de règlement du Conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles «Rome II»*, in *Clunet*, 2003, p. 7 ss., a p. 32 ss.
- NYGH P., *The Reasonable Expectations of the Parties as a Guide to the Choice of Law in Contracts and Torts*, in *Recueil des cours*, 1995, t. 251, p. 294 ss.
- OVERSTAKE J. F., *La responsabilité du fabricant de produits dangereux*, in *Rev. trim. dr. Civ.*, 1972, p. 485 ss.

- PARDOLESI R., PONZANELLI G. (a cura di), *La responsabilità per danno da prodotti difettosi. Commentario al. d.p.r. 24 maggio 1988, n. 224*, in *Nuove leggi civ.*, 1989, p. 497 ss.
- PATTI S.(a cura di), *Il danno da prodotti in Italia, Germania, Svizzera, Austria, Padova*, 1990.
- PATOCCHI P.M., *Règles de rattachement localisatrices et règles de rattachement à caractère substantiel*, Gèneve, 1985.
- PICONE P., *Diritto internazionale privato comunitario e pluralità dei metodi di coordinamento tra ordinamenti*, in PICONE P. (a cura di), *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, Padova, 2004, p. 485 ss.
- PIZZORNO S., *La responsabilità del produttore nella direttiva del 25 luglio 1985 del Consiglio delle Comunità europee (85/374)*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1988, p. 233 ss.
- POCAR F., *Problemi di diritto internazionale privato in tema di infortuni sciatori e prospettive di una regolamentazione internazionale*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1976, p. 491 ss.
- POCAR F., *La protection de la partie faible en droit international privé*, in *Recueil des Cours*, t. 188, 1984-V, p. 341 ss.
- POCAR F., *Le lieu du fait illicite dans les conflits de lois et de juridictions*, in *Travaux du Comité Français de droit international privé*, Paris, 1985-86, p. 71 ss.
- POCAR F., *La nuova legge svizzera sul diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1989, p. 5 ss.
- POCAR F., *Art. 63 (Responsabilità extracontrattuale per danno da prodotto)*, in AA.VV., *Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato: legge 31 maggio 1995, n. 218. Commentario*, in *Riv. dir. intern. priv. proc.*, 1995, 1217 ss.
- POCAR F., *La comunitarizzazione del diritto internazionale privato: una «European conflict of laws revolution»?* , in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2000, p. 873 ss.
- PONZANELLI G., *I punitive damages nell'esperienza nordamericana*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, p. 435.
- PONZANELLI G., *Il concorso di responsabilità: le esperienze italiana e francese a confronto*, in *Resp. civ. prev.*, 1984, p. 36 ss.
- PRETELLI I., *La legge applicabile alle obbligazioni non contrattuali nel Regolamento «Roma II»*, in BONOMI A., (a cura di), *Diritto internazionale privato e cooperazione giudiziaria in materia civile*, Torino, 2009, p. 409 ss.
- PRIEST G., *The invention of enterprise liability: a critical history of the intellectual foundations of modern tort law*, 14 *J. Legal Studies*, 1985, p. 461 ss.
- PROSSER W. L., *The assault upon the citadel (strict liability to the consumer)*, in 69 *Yale L. J.*, 1960, p. 1099 ss.
- PROSSER W. L., *The fall of the Citadel (Strict Liability to the Consumer)*, in 50 *Minn. L. Rev.*, 1966, p. 791 ss.
- REESE W. L. M., *Conflict of laws and the Restatement Second*, in 28 *Law & Contemp. Prob.*, 1963, p. 679 ss.
- REESE W. L. M., *Choice of laws: rules or approach?*, in 57 *Cornell L. Rev.*, 1972, p. 315 ss.
- REESE W. L. M., *Products liability and choice of law: the United States proposals to the Hague Conference*, in 25 *Vand. L. Rev.*, 1972, p. 29 ss.

- REESE W. L. M., *Explanatory Report*, in *Actes et documents de la douzième session (2 au 21 octobre)*, t. III, *Responsabilité du fait des produits*, La Haye, 1974, p. 252 ss.
- REESE W. L. M., *The Hague Convention on the law applicable to products liability*, in *8 Int. lawyer*, 1974, p. 606 ss.
- REESE W. L. M., *Further comments on the Hague Convention on the law applicable to products liability*, in *8 Ga. J. Int. Comp. L.*, 1978, p. 311 ss.
- ROMANO G.P., *Principe de sécurité juridique, système de Bruxelles I / Lugano et quelques arrêts récents de CJCE*, in A. BONOMI, E. CACHIN RITAINE, G.P. ROMANO (sous la direction de), *La Convention de Lugano. Passé, présente et devenir*, Zurich, 2007, p. 165 ss.
- SACERDOTI G., *Foro competente e legge applicabile alla responsabilità per danni da prodotto nella Comunità europea*, in CAPELLI F. (a cura di), *La responsabilità del produttore (con riferimento alla Direttiva n. 85/374)*, Parma, 1988, p. 301 ss.
- SARAVALLE A., *Limiti alla giurisdizione in tema di responsabilità del produttore*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1988, p. 239 ss.
- SARAVALLE A., *Responsabilità del produttore e diritto internazionale privato*, Padova, 1991.
- SARAVALLE A., *I punitive damages nelle sentenze delle Corti europee e dei tribunali arbitrali*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1993, p. 867 ss.
- SARAVALLE A., *Art. 3 – Libertà di scelta*, in C. M. BIANCA, A. GIARDINA (a cura di), *Convenzione sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma, 19 giugno 1980)*, in *Nuove leggi civ.*, 1995, p. 940 ss.
- SARAVALLE A., *Recenti sviluppi in materia di responsabilità civile in diritto internazionale privato comparato*, in *Riv. di dir. int. priv. e proc.*, 1995, p. 657 ss.
- SARAVALLE A., *Artt. 62 e 63*, in S. BARIATTI (a cura di), *Legge 31 maggio 1995, n. 218. Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, in *Nuove leggi civ.*, 1996, p. 1441 ss.
- SAVIGNY F.C. VON, *Sistema del diritto romano attuale*, VIII, traduz. SCIALOJA, Torino, 1987.
- SEATZU F., *Verso una disciplina comunitaria della legge applicabile alle obbligazioni non contrattuali? Considerazioni in margine a una recente proposta del “Gruppo europeo di diritto internazionale privato”*, in *Jus*, 2001, p. 37 ss.
- SIEHR K., *Da Livermore a Rabel: tradizione europea e tradizione americana del diritto internazionale privato americano*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1988, p. 17 ss.
- SPERDUTI G., *Sulla capacità in diritto in diritto internazionale privato, con particolare riguardo alla capacità di obbligarsi per fatto illecito*, in *Riv. it. scienze giur.*, 1950, p. 282 ss.
- SPOLIDORO M. S., *Responsabilità per danno da prodotti difettosi: la direttiva CEE*, in *Riv. soc.*, 1985, p. 1471 ss.
- SYMEONIDES S. C., *The American choice-of-law revolution: past, present and future*, Leiden-Boston, 2006.
- VITTA E., *La responsabilità da illecito nei conflitti di legge negli Stati Uniti ; in margine ad alcune recenti sentenze*, in *Dir. int.*, 1965, p. 212 ss.

- WEINTRAUB R. J., *Choice of law for product liability: the impact of the Uniform Commercial Code and recent developments in conflicts analysis*, in *44 Tex. L. Rev.*, 1966, p. 1429 ss.
- WEINTRAUB R. J., *A defence of interest analysis in the conflict of laws and the use of that analysis in product liability cases*, in *46 Ohio St. L. J.*, 1985, p. 493 ss.
- ZICCARDI P., *Questioni di diritto internazionale privato in tema di responsabilità da illecito*, in *Dir. int.*, 1939, p. 50 ss.

Il lavoro svolto è frutto di un percorso triennale denso di stimoli e sfide sempre nuovi, che mi ha consentito di trascorrere periodi di ricerca e formazione all'estero particolarmente fruttuosi. A tal proposito vorrei rivolgere un particolare ringraziamento a tutto lo staff dell'*Instut suisse de droit comparé* di Losanna, centro d'eccellenza nel campo del diritto comparato e del diritto internazionale pubblico e privato, e in particolare ai Professori Andrea Bonomi e Gian Paolo Romano.

Un sentito ringraziamento anche ai Professori Dino Rinoldi, Tito Ballarino e Maria Chiara Tallacchini, oltre che al Professor Gianfranco Piva.