

Roberto Pardolesi e Daniela Caruso
Per una storia della Direttiva 1985/374/CEE

I. Introduzione

Inventata (per comune riconoscimento) negli Stati Uniti¹, la responsabilità oggettiva per danno da prodotti difettosi fiorì – meglio, “esplose” – nel corso degli anni Settanta del secolo scorso². Questa dilatazione dell’esposizione risarcitoria dei produttori fu presto demonizzata nei circoli politici e screditata dal punto di vista intellettuale da orde di giuristi³. Venne accusata di mandare in bancarotta l’economia statunitense, di distruggere l’equilibrio del mercato assicurativo e finanche di essere incostituzionale⁴. Alla fine del primo mandato del Presidente Reagan, la responsabilità incondizionata da prodotti difettosi si ritrovò ostracizzata nella sua stessa patria e sembrò irrecuperabile – in politica, così come in economia, ed in campo giuridico.⁵ Quando la Comunità Economica Europea abbracciò l’idea della responsabilità oggettiva da prodotti difettosi nella sua direttiva del 1985, la reazione americana fu di sconcerto. Tutt’ora, agli occhi di molti, la direttiva 374/85/CEE è ambito emblematico di una storia di divergenze transatlantiche.

Questo breve scritto rivisita tale narrativa ed evidenzia come, sotto più punti di vista, la parabola europea della responsabilità da prodotto tra il 1970 ed il 1985 abbia assunto contorni simili a quelli della sua controparte americana. Lungi dall’attingere il punto più alto della responsabilità oggettiva, il testo finale della Direttiva costituì un compromesso politico. Tale compromesso rifletteva non tanto la crescente forza del movimento pro-consumatori, bensì la crescente rappresentanza degli interessi corporativi all’interno del Parlamento Europeo, delle legislature nazionali e dei circoli accademici, attraverso la diffusione incipiente della *supply-side economics*.

II. Il quadro di partenza

¹ W. Boger, *The Harmonization of European Products Liability Law*, 7 *Fordham Int’l L. J.* 1, 2 e 5 (1983-1984); M. Reimann, *Product Liability in a Global Context: The Hollow Victory of the European Model*, 2003 *European L. Rev.* 128, 130.

² J. A. Henderson & T. Eisenberg, *The Quiet Revolution in Products Liability: An Empirical Study of Legal Change*, 37 *UCLA L. Rev.* 479, 484 (1991).

³ V., ad es., A. Schwartz, *Products Liability and Judicial Wealth Redistributions*, 51 *Ind. L. J.* 558 (1976).

⁴ J. H. Wade, *Is Section 402A of the Second Restatement of Torts Preempted by the UCC and Therefore Unconstitutional?*, 42 *Tenn. L. Rev.* 123 (1974-1975).

⁵ Anche se gli anni Sessanta conobbero la pubblicazione della sezione 402A del Restatement Second of Torts ed i primi segni della responsabilità oggettiva nelle corti statunitensi, un incremento genuino delle vittorie degli attori e un drammatico rilassamento dell’onere della prova nel contenzioso relativo alla responsabilità da prodotti difettosi divennero visibili solo negli anni Settanta: cfr. Reymont Associates, *Impact of Product Liability on International Trade* (1980).

Negli anni Sessanta e Settanta ognuno degli Stati Membri aveva sviluppato, per ragioni politiche diverse, una marcata predisposizione a rafforzare le possibilità di accesso al contenzioso, da parte dei consumatori, nei confronti dei produttori di prodotti difettosi.

La tragedia del Talidomide, di cui ricorre proprio ora il cinquantenario, continuò a produrre effetti devastanti nel corso degli anni Settanta. L'opinione pubblica si aspettava che i politici assumessero un atteggiamento etico in favore dei danneggiati e condannassero con rigore le irresponsabili modalità produttive di un'era di produzione di massa. In Germania, così come nel Regno Unito, il meccanismo prescelto per compensare le vittime del Talidomide fu quello di predisporre fondi amministrati dalle istituzioni pubbliche, ma l'idea che il produttore potesse essere ritenuto direttamente responsabile nei confronti di ciascun ricorrente in base agli strumenti privatistici aveva fatto capolino nelle arene giudiziarie e legislative.

La proposta del 1976, relativamente ad una possibile direttiva sulla responsabilità da prodotto⁶, non rappresentava, dunque, un tentativo radicale da parte della Commissione di affermare il proprio potere di indirizzo legislativo nei confronti degli Stati membri recalcitranti. Al contrario, essa costituiva un gesto piuttosto moderato e circoscritto, strettamente modellato sui lavori precedenti del Consiglio d'Europa ed in gran parte basato su sviluppi già avvenuti in ambito statale. E non sarebbe potuto essere altrimenti. Durante la presidenza di François Xavier Ortoli (1973-1976), la credibilità politica della Commissione era ridotta ai minimi storici⁷. L'Europa veniva tormentata dalla crescente inflazione, dalla disoccupazione e dal deficit nei commerci. Come reazione allo shock petrolifero del 1973, gli Stati membri avevano adottato modelli di economia politica radicalmente divergenti, e la Commissione non aveva a disposizione alcun modo significativo di rispondere coerentemente alla crisi economica⁸. Ad onor del vero, alcune personalità all'interno della Commissione furono in grado di porre in essere iniziative lungimiranti (e ancor oggi faticose), come l'apertura della strada verso il sistema monetario europeo⁹; ma si deve convenire che non era quello il tempo delle misure coraggiose. Il progetto di riforma della responsabilità civile da prodotti difettosi sarebbe venuto alla luce da forze di livello nazionale.

Una tassonomia degli Stati membri relativamente alla responsabilità da prodotti difettosi, pubblicata nel 1978 da un osservatore americano, classificava cinque di questi (Francia, Belgio, Lussemburgo, Olanda e, "in una certa misura", anche la Germania) come "progressisti", *id est* "Stati con responsabilità oggettiva od una qualche approssimazione di questa, che facilitano

⁶ OJ No C 241, 14. 10. 1976, p. 9.

⁷ M. Cini, *The European Commission: Leadership, Organisation and Culture in the EU Administration*, p.59.

⁸ Cini, cit., p. 57-58.

⁹ R. Jenkins, Presidente della Commissione dal 1977 al 1980, fu capace di persuadere Helmut Schmidt e Giscard d'Estaing a supportare una zona di stabilità monetaria nell'Europa Occidentale (il Sistema Monetario Europeo).

l'onere, in capo all'attore, di provare la negligenza"¹⁰. Ma il risultato degli sforzi tassonomici è spesso determinato dalla scelta del criterio di analisi - in questo caso, dalla ricerca di convalide esplicite e sistemiche della responsabilità senza colpa. In effetti, però, gli Stati presuntivamente "conservatori" (Italia, Danimarca, Regno Unito e Irlanda) non erano affatto contrari all'idea della responsabilità oggettiva. Un altro ricercatore, che contemporaneamente scriveva sullo stato della responsabilità da prodotti difettosi in Gran Bretagna, si diceva "incapace... di rilevare qualsivoglia seria opposizione al concetto di responsabilità oggettiva, sia politicamente che ideologicamente, nel Regno Unito o nel resto dell'Europa"¹¹. Richard Burke, commissario irlandese per la tutela dei consumatori, parlando ad una conferenza sulla responsabilità da prodotti difettosi nel febbraio del 1980 a Londra, poté tranquillamente dichiarare che "la responsabilità oggettiva non è estranea alla legge di questo Paese", e sostenere questa affermazione con una serie consistente di esempi. Infatti, la Commissione Pearson, lavorando su mandato del governo britannico, aveva espresso il suo forte sostegno in favore della responsabilità oggettiva, ivi compresa la responsabilità per i rischi cd. da sviluppo¹². Anche l'Italia era entrata in discontinuità con il regime codicistico della colpa sin dagli anni Sessanta - in particolar modo nelle corti con il famoso caso Saiwa, e nel mondo accademico, grazie al lavoro pionieristico di Pietro Trimarchi¹³. Per lo stesso motivo, i tribunali danesi, ritenuti "conservatori" da Orban, facevano leva sui principi generali della colpa, ma l'interpretavano a guisa di responsabilità oggettiva in caso di prodotti difettosi¹⁴ ed imponevano la responsabilità in capo ai distributori per le mancanze commesse nei precedenti passaggi della catena distributiva¹⁵. In fin dei conti, si potrebbe concludere che negli Stati "conservatori" il problema veniva sì trattato lungo traiettorie tradizionali, ma generava risultati non meno "progressivi" di quelli riscontrati nel resto della Comunità.

Il trionfo assoluto della responsabilità civile da prodotti difettosi in quanto tendenza generale, nonostante sacche isolate di resistenza ideologica, fu un fenomeno sincronico su entrambi i lati dell'Atlantico. Tale responsabilità è stata giustamente descritta come il sintomo di una più ampia convergenza di vedute. Per dirla con David Owen:

“...un solido consenso sociale ... ha forgiato il trionfo della teoria e dottrina moderna della responsabilità da prodotti difettosi ... Si determinò una sintonica convergenza tra i sentimenti politici dominanti negli anni Sessanta e la diffusa convinzione ... che l'onere

¹⁰ F. A. Orban, *Product Liability: A Comparative Legal Restatement – Foreign National Law and the EEC Directive*, 8 *Ga. J. Int'l & Comp. L.* 342, 344 e 350 (1978). La traduzione italiana di questo ed altri passi in inglese riportati in queste pagine è nostra.

¹¹ G. M. Plummer, *Products Liability in Britain*, 9 *Anglo-Am. L. Rev.* 65, 91 (1980).

¹² Royal Commission on Civil Liability and Compensation for Personal Injury Report (Chairman: Lord Pearson), March 1978, Volume I: Report, p. 75: "strict liability should be imposed on producers for injuries caused by defective products." Il Report rimarca altresì che "the producer should not be allowed a defence of development risk" (p. 269) e "should not be enabled to contract out of strict liability" (p. 270).

¹³ P. Trimarchi, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, Giuffrè, 1961.

¹⁴ G. Howells, *Comparative Product Liability* 163 (1993).

¹⁵ Id. V. anche C-402/03, *Skov v Bilka* [2006], ¶ 9.

economico degli infortuni accidentali dovesse essere spostato dalle “vittime” individuali alle istituzioni che possono assorbirlo o trasferirlo attraverso un incremento del costo delle tasse nei confronti della società collettivamente intesa. La responsabilità d’impresa era [percepita come] una sorta di tappa nel breve viaggio verso un ampio sistema di sicurezza sociale e assicurazione del benessere”¹⁶.

Owen nota, inoltre, il “forte sapore etico” dell’espansione della responsabilità da prodotti difettosi negli Stati Uniti,¹⁷ un sapore che si avverte anche in testimonianze europee di quell’epoca¹⁸. “Non va mai dimenticato” – riferiva Burke alla sua platea londinese – “che la responsabilità da prodotto ... riguarda sofferenze e danni agli uomini. Se avessimo una direttiva sulla responsabilità da prodotto nella CEE, questo ci aiuterebbe a rendere la nostra Comunità un luogo in cui coloro i quali hanno sofferto troverebbero più prontamente giustizia”¹⁹.

Si conveniva dai più, di qua e di là dall’Atlantico, che l’affermarsi di una deriva da *strict liability* avrebbe contribuito a: 1) promuovere la più razionale allocazione delle perdite, mercé la loro traslazione in capo al soggetto nella miglior posizione per assicurarsi e per redistribuire i costi assicurativi, attraverso una correzione del prezzo finale del prodotto modulata sulla considerazione degli oneri da responsabilità come costi di produzione; 2) comprimere i costi transattivi, attraverso la semplificazione dell’onere probatorio a carico della vittima, col risultato di abbattere gli oneri da contenzioso e di incoraggiare composizioni stragiudiziali delle liti; 3) scoraggiare il consumo di prodotti potenzialmente pericolosi; 4) incoraggiare investimenti in sicurezza del prodotto²⁰. Tutti obiettivi a caratura utilitaristica, salvo il rilievo del primo, *loss spreading*, anche sul versante equitativo.

III. I primi anni Ottanta

Gli anni Ottanta indicano, in prima approssimazione, un punto di dissonanza comparativa: da un lato dell’Atlantico, i politici e gli accademici statunitensi ‘coprono’ la crisi della responsabilità da prodotto ed iniziano a contenere i propri indisciplinati tribunali²¹; dall’altro lato, invece, la

¹⁶ D. G. Owen, *The Intellectual Development of Modern Product Liability Law: A Comment on Priest’s View of the Cathedral’s Foundations*, 14 *J. Legal Studies* 529, 531-533 (1985).

¹⁷ Owen, cit. p.532.

¹⁸ Pearson Report, p. 274: “[W]e have no reason to believe that the total effect of introducing strict liability would be more than a small proportion of product costs as a whole. We think this is a justifiable price for consumers and producers to pay for the benefits which the victims stand to gain by it.”

¹⁹ R. Burke, Conferenza londinese sulla responsabilità da prodotti difettosi, 28 febbraio 1980.

²⁰ Per un’analitica ricostruzione delle finalità usualmente attribuite a una scelta di campo di responsabilità oggettiva nell’ambito del danno da prodotto v. Note (K. M. Nilles), *Defining the Limits of Liability: A Legal and Political Analysis of the European Community Products Liability Directive*, 25 *Va. J. Int’l L.* 729, 758 ss. (1984-85).

²¹ Cfr., indicativamente, “Report of the Tort Policy Working Group on the Causes, Extent and Policy Implications of the Current Crisis in Insurance Availability and Affordability,” US Department of Justice (1986). V. altresì G. Priest, *The Insurance Crisis and Modern Tort Law*, 96 *Yale L. J.* 1521 (1987); e J. A. Henderson & A. D. Twerski,

Commissione Europea persegue la responsabilità oggettiva con entusiasmo crescente. L'impressione è corroborata da molte fonti²². Al fine di “vendere” la direttiva al pubblico, la Commissione si vede costretta a dissipare le forti voci transatlantiche concernenti l'incapacità dei produttori di assicurarsi contro una grande esposizione in termini di responsabilità civile; per farlo, sceglie di enfatizzare le differenze sistemiche tra Europa ed America. Qui si riporta uno di questi tentativi:

“La preoccupazione dell'industria nei confronti della Direttiva è in parte dovuta all'esistenza di storie scoraggianti provenienti dagli Stati Uniti, dove la responsabilità oggettiva esiste già. Molte di queste storie erano apocriefe. Inoltre, il sistema legale negli Stati Uniti è molto differente da quello della Comunità e dei suoi Stati membri. Negli Stati Uniti, i giuristi operano sulla base di *contingency fees*, spesso in azioni di classe, in maniera tale che l'attore possa adire le corti senza pensare troppo al costo del contenzioso [...] In aggiunta, negli Stati Uniti i danni sono attribuiti dalle giurie [...] e talvolta vengono accordati danni punitivi. L'esperienza americana è una guida poco affidabile sul problema delle conseguenze sulla direttiva CEE per l'industria.”²³.

Un'altra differenza transatlantica, comunemente invocata per dissipare il timore che la crisi nord-americana si sarebbe materializzata in Europa, era la mancanza di un adeguato sistema previdenziale e di assicurazione sanitaria negli Stati Uniti²⁴. I meccanismi pubblici di indennizzo per gli infortuni, abbastanza comuni negli Stati sociali continentali, avrebbero arginato l'espansione giudiziaria e mantenuto a livello di guardia l'ammontare dei risarcimenti. Mentre gli Stati Uniti erano costretti a fare marcia indietro, l'Europa sarebbe andata avanti risolutamente²⁵.

Ad un esame più approfondito, comunque, la via europea alla direttiva sulla responsabilità civile da prodotti difettosi appare identica all'itinerario della riforma statunitense degli illeciti civili. La riforma della disciplina degli illeciti civili negli Stati Uniti, così come formulata negli anni Ottanta, era caratterizzata da due obiettivi dichiarati: “Il primo è di imbrigliare un sistema di responsabilità ritenuto troppo espansivo. [...] Il secondo obiettivo è di rendere la legge sulla

Closing the American Product Liability Frontier: The Rejection of Liability Without Defect, 66 *N.Y.U.L. Rev.* 1263, 1266 (1991).

²² J.A. Henderson & A.D. Twerski, *What Europe, Japan, and Other Countries Can Learn from the American Restatement of Products Liability*, 34 *Tex. Int'l L.J.* 1, 12-13 (1999) (“The self-proclaimed progression from negligence to strict liability in Europe and Japan is quintessentially 1960s American rhetoric. The movement in this country over the last three decades has been in quite the opposite direction.”).

²³ Burke, cit.

²⁴ Orban, cit., p. 393.

²⁵ Non senza alimentare preoccupazioni statunitensi sulla possibilità che le proprie imprese si sarebbero ritrovate alle prese con “the most stringent products liability in the world”: cfr. Comment (W.T. Jebb II), *The EEC's Proposed Directive on Products Liability: A Call for Reappraisal in Light of the Model Uniform Product Liability Act*, 6 *B.C. Int'l & Comp. L. Rev.* 315, 316 (1983). Preoccupazioni che, come si vedrà tra un momento, gli sviluppi successivi si sarebbero incaricati di far rientrare.

responsabilità civile da prodotti difettosi negli Stati Uniti più uniforme e prevedibile.”²⁶. Le prossime sezioni spiegano come la traiettoria Europea della responsabilità da prodotti difettosi durante gli anni Ottanta perseguisse esattamente i medesimi due obiettivi – uniformità e contenimento.

1. Uniformità

Oggi appare assolutamente normale –e il dibattito in corso sulla CESL ne offre il riscontro più evidente e tormentato- che la Commissione promuova l’armonizzazione del diritto privato (con particolare attenzione alle norme ed agli standard riguardanti i contratti dei consumatori), basando le sue proposte in questo campo sull’idea che abolire le differenze sul piano privatistico tra i confini nazionali faciliti il commercio transnazionale²⁷. Ma non è sempre stato così. Nel 1980 l’armonizzazione della disciplina privatistica a livello sovranazionale era una novità assoluta. Sin dalla sua costituzione, la CEE aveva lasciato intatti i sistemi di diritto privato, focalizzandosi piuttosto su questioni (agricoltura, industria, barriere commerciali risultanti dalla regolamentazione statale) che erano prerogativa del diritto amministrativo nazionale. L’interferenza sovranazionale con l’autonomia privata era semplicemente al di fuori dei piani dei padri fondatori dell’Unione Europea.²⁸

Il fatto che la direttiva sulla responsabilità da prodotti difettosi – una incursione senza precedenti nei codici civili continentali – venisse approvata unanimemente rappresentò, nel 1985, uno straordinario successo dal punto di vista dell’integrazione giuridica. L’unanimità fu tra l’altro

²⁶ A. Bernstein, *A Model of Products Liability Reform*, 27 *Valparaiso U. L. Rev.* 637, 639 (1993).

²⁷ Fra il 1985 e il 2002 sono state adottate numerose direttive (vendita porta a porta; viaggi tutto compreso; clausole abusive; multiproprietà; contratti a distanza; garanzie nella vendita) che, senza comporre un quadro organico –si è parlato, a ragione, di “pointlist guidelines”-, hanno tuttavia contribuito ad avvicinare le discipline nazionali e, in taluni casi (in Italia, ad esempio), a elevare il livello di tutela garantito ai consumatori. Tali direttive erano tutte basate sul principio dell’armonizzazione minima, che mira ad assicurare un plafond irrinunciabile di protezione, lasciando liberi gli Stati membri di implementare, all’atto della recezione (la quale comporta l’inserimento nella disciplina domestica, con gli adattamenti del caso), forme più incisive di tutela. Per tutta conseguenza, la programmazione europea aveva portato a una frammentazione sistematica, se si preferisce alla creazione di 27 regimi convergenti ma, nel dettaglio, differenti per ognuno dei profili trattati dalle direttive in questione. Di qui, nel 2008, il cambio di rotta, con l’obiettivo di semplificare e completare il quadro normativo esistente, realizzando un mercato interno capace di raggiungere “il giusto equilibrio tra un elevato livello di tutela dei consumatori e la competitività delle imprese”, nel rispetto del principio di solidarietà. A tal fine, occorreva tagliar corto con l’armonizzazione minima, responsabile delle troppe discrepanze disciplinari tra i vari ordinamenti e, quindi, della (presunta) riluttanza delle imprese a vendere oltre frontiera, con conseguente pregiudizio dei consumatori, a loro volta penalizzati dall’impossibilità di fruire di offerte transfrontaliere. Con l’armonizzazione completa del diritto dei contratti dei consumatori si sarebbe determinato un insieme unico di regole, che avrebbe consentito ai commercianti di operare alle stesse condizioni in ogni angolo d’Europa, garantendo così un elevato livello di tutela per i consumatori e, in pari tempo, un considerevole contenimento dei costi amministrativi sostenuti dalle imprese per adeguarsi al diritto vigente. In altre parole, l’approccio dell’armonizzazione completa si candidava a “nuovo inizio” nella materia dei contratti dei consumatori. La recente vicenda della Direttiva sui contratti dei consumatori dimostra che quell’inizio è già dietro le spalle, senza essere mai riuscito a concretizzarsi: cfr., in prima approssimazione, R. Pardolesi, *Contratti dei consumatori e armonizzazione: minimax e commiato?*, in *Foro it.*, 2012, V, 177.

²⁸ D. Caruso, *The Missing View of the Cathedral: The Private Law Paradigm of European Legal Integration*, 3 *Eur. L. J.* 3 (1997).

ancor più rimarchevole, posto che la debolezza istituzionale e politica della Commissione sarebbe persistita ben dentro agli anni Ottanta²⁹.

Questo (momentaneo) balzo in avanti nella storia dell'integrazione giuridica trova spiegazione in una pluralità di fattori. *In primis*, come dianzi osservato, la spinta verso la responsabilità oggettiva venne direttamente dagli Stati membri, i quali avevano già espresso la volontà di coordinare le loro azioni attraverso il Consiglio d'Europa³⁰.

Secondo, la Francia era notoriamente a capo degli Stati membri nella pratica dell'imposizione in capo a tutti i produttori, mediante l'utilizzo di un approccio contrattuale,³¹ della responsabilità oggettiva per i prodotti difettosi, ivi inclusi i produttori di medicine. La Francia, con il suo approccio "progressista", non si sarebbe mai opposta alla diffusione pan-europea della responsabilità che la Commissione aveva proposto nel 1976. Costringere ovunque in Europa i produttori a internalizzare, come in Francia, il costo dei loro prodotti difettosi avrebbe consentito di livellare il campo di battaglia in favore dei produttori francesi (esattamente come la normativa sul salario uguale per lavoro uguale, inserita nel Trattato di Roma su insistenza francese, aveva fatto all'alba del progetto europeo). Gaston Thorn, che aveva sostituito Roy Jenkins come capo della Commissione nel 1981, era notoriamente vicino a Giscard d'Estaing ed un fautore degli interessi francesi.

Terzo, espandere la responsabilità dei produttori era priorità naturale per l'agenda ideologicamente ambivalente della Commissione – ente che aspirava sia ad una deregolamentazione (contro barriere al commercio di stampo statale) sia ad una nuova regolamentazione (a livello sovranazionale). La direttiva mirava a regolamentare l'attività del produttore e in questo senso era tutto fuorché *laissez faire*. Tuttavia, proprio come le libertà negative del trattato, essa avrebbe aiutato ad abolire le barriere di mercato. Nicolas Jabko riassume efficacemente la scelta ideologica della Commissione al tempo:

“La Commissione Europea non era storicamente predisposta verso il liberismo di mercato. La preferenza della Commissione per l'intervento pubblico nell'economia era condivisa dai governi di molti Stati membri; la differenza era che i funzionari della

²⁹ “Where there were achievements, they were often based on deals done at national level, rather than on initiatives taken at the center.” Cini, cit., p. 66.

³⁰ All'iniziativa del Consiglio d'Europa, che già nel 1972 aveva nominato un consiglio d'esperti, ai cui lavori era seguita l'elaborazione di un progetto di Convenzione europea relativa al diritto della responsabilità da prodotto, sono dedicate le ricognizioni critiche di W. Lorenz, *Some comparative Aspects of the European Unification of the Law of Products Liability*, 60 *Cornell L. Rev.* 1005 (1974-75), e di B. Hanotiau, *The Council of Europe Convention on Products Liability*, 8 *Ga.J. Int'l & Comp. L.* 325 (1978). Ma la battuta d'esordio era toccata alla Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato, la quale aveva adottato nel 1972, e aperto per la sottoscrizione degli Stati aderenti, una Convenzione sul diritto applicabile alla responsabilità da prodotto: v. *amplius* Note (G. L. Clark), *Recent Supranational Developments In European Products Liability: Defective and Unreasonably Dangerous?*, 6 *Suffolk Transnat'l L. J.* 277 (1981-82).

³¹ Ciò spiega perchè la Francia, in principio incline ad un risultato pratico di responsabilità oggettiva, sarà poi un paese ritardatario nel conformare la sua legge al modello europeo, v. *infra*.

Commissione avrebbero voluto centralizzare l'intervento pubblico ad un livello europeo piuttosto che nazionale"³².

In relazione alla responsabilità civile da prodotti difettosi, il consenso tra gli Stati membri era sufficientemente elevato da far apparire perlomeno fattibile la politica di centralizzazione.

2. Contenimento: troncare, sopire.

Come già osservato, i fautori della Direttiva produssero una lista cospicua di ragioni in base alle quali la crisi della responsabilità da prodotti difettosi, che sembrava stesse colpendo gli Stati Uniti, non avrebbe avuto luogo in Europa. Ciò valse a prevenire interruzioni nell'itinerario legislativo (lento per parte sua) della Direttiva.

Le notizie della crisi americana, ad ogni modo, incresparono le acque atlantiche e colpirono il testo della direttiva in maniera significativa. Il movimento di riforma degli illeciti civili negli Stati Uniti impattò il regime europeo della responsabilità da prodotti su due differenti livelli: primo, durante la finalizzazione del testo della direttiva nei primi anni Ottanta e poi, dopo l'adozione a Bruxelles, nelle schermaglie politiche nazionali concernenti l'implementazione e l'aggiudicazione.

Ad entrambi i livelli emerge una traiettoria ben definita: in Europa, come negli Stati Uniti, il "solido consenso sociale" che aveva aperto la strada alla responsabilità da prodotti difettosi cede il passo ad un nuovo clima ideologico, più focalizzato sul versante della *supply-side economics* che su quello della domanda e della protezione del consumatore³³. La ragione per cui la protezione del consumatore rimase nondimeno prominente sull'agenda della Commissione è che essa dimostrò di essere una base legislativa eccezionalmente fruibile³⁴ e di costituire un opportuno antidoto retorico per l'agenda deregolatoria di Bruxelles³⁵. Con la direttiva del 1985 sulla responsabilità da prodotti difettosi, la Commissione cavalcò la protezione del consumatore come un cavallo di Troia attraverso le mura delle prerogative degli Stati in ambito privatistico; e lì è rimasta da allora. Lo ha fatto, ad ogni modo, in un clima socio-politico che non supporta più in maniera univoca cause quali la ripartizione del rischio, l'assicurazione sociale e la regolamentazione del mercato dall'alto. La storia legislativa della direttiva sulla responsabilità da prodotti è una lezione antesignana di come le normative siano state costruite a Bruxelles sin dai primi anni Ottanta: l'impeto neoliberale dell'integrazione di mercato ha dato vita a

³² N. Jabko, *Playing the Market: A Political Strategy for Uniting Europe, 1985-2005* (Cornell UP 2006) p. 47-48.

³³ "After a long period of Keynesian-style policymaking, neoliberal ideas gained ground in the 1970s and 1980s, while existing institutions continued to shape and constrain actors' behavior." Jabko, cit., p. 29. V. anche M. Everson & C. Joerges, *Reconfiguring the Politics – Law Relationship in the Integration Project Through Conflicts-Law Constitutionalism*, 18 *Eur. L. J.* 644 (2012).

³⁴ La protezione del consumatore fu inserita nel Trattato CEE (Art. 100a(3)) tra gli interessi da tenere in conto in fase di armonizzazione con l'Atto Unico Europeo del 1986 (Art. 18). Nel 1993, con l'entrata in vigore del Trattato di Maastricht, la protezione del consumatore divenne obiettivo esplicito (Trattato CE, Art. 153). V. S. Weatherill, *EU Consumer Law and Policy* 4 (Elgar 2005).

³⁵ Libro Bianco, *Il completamento del mercato interno*, COM (1985) 310 finale, 14 giugno 1985.

preoccupazioni sociali ogni volta che queste ultime hanno facilitato il consenso politico nell'arena legislativa dell'UE. Il progetto di armonizzazione del diritto privato, che cominciò nei primi anni Ottanta e di cui la direttiva sulla responsabilità da prodotti è l'esempio più lampante, è fondamentalmente caratterizzato da questa sorta di ambivalenza ideologica. Nella visione generale di Jabko:

“Né l'europeismo, né il liberalismo economico avevano incontrato molto successo in passato – il primo perché sembrava ... attentare alle prerogative nazionali, il secondo perché metteva in pericolo le basi sociali dell'ordine politico europeo postbellico. Ma la ricetta della “nuova” Europa della metà degli anni Ottanta doveva coniugare selettivamente questi obiettivi parzialmente confliggenti in una forma tecnica apparentemente non ideologica.”³⁶.

Il ‘mantra’ della protezione del consumatore ha, nel tempo, perso smalto –ne dà vibrante testimonianza la vicenda recessiva della Direttiva sui consumatori-, ma non slancio politico, ancorché opacizzato da persistenti ambiguità. Sorprendentemente, la responsabilità da prodotto – il primo passo del processo- è sparita dal quadro dell'*acquis communautaire* in materia di tutela dei consumatori.

IV. Contenere la responsabilità da prodotto

Un funzionario giuridico della commissione, che scriveva nel 1984, opinò che la tendenza Europea verso una più rigorosa responsabilità dei produttori fosse “inesorabile”³⁷. Le entità commerciali che avevano più da perdere dall'espansione della responsabilità oggettiva per i prodotti difettosi non potevano più contrastare la riforma, ma solo contribuire a (ri)modellare la proposta esistente in qualcosa di accettabile, forse anche desiderabile, se comparata con il regime di responsabilità esistente in Stati come la Francia³⁸. Le strategie di contenimento sviluppate negli Stati Uniti costituirono a tale fine un insieme di strumenti conveniente e ben rodato.

1. Responsabilità oggettiva: ma quanto?

La scelta della responsabilità oggettiva come criterio di determinazione della responsabilità del produttore era rimbalzata sul progetto originario di direttiva dal testo della Convenzione europea voluta dal Consiglio d'Europa. Si trattava di una scelta netta, che – alla luce dell'inadeguatezza

³⁶ Jabko, cit., p. 50.

³⁷ Boger, cit.

³⁸ Vedi il Pearson Report, cit., Volume 3, *Overseas Systems of Compensation*, p. 94, che evidenzia l'inclinazione delle Corti francesi in favore dei consumatori con riguardo ai prodotti farmaceutici difettosi.

delle discipline vigenti nei singoli quadranti nazionali³⁹ - non faceva sconti per i rischi di sviluppo (di cui si parlerà tra un momento) e misurava la difettosità del prodotto in termini di aspettativa di sicurezza del consumatore. Il novero delle cause di esclusione di responsabilità (insussistenza di atto d'immissione in commercio, inesistenza del difetto al momento dell'immissione in commercio, disciplina della prescrizione) era ridotto ai minimi termini. E la tassonomia dei difetti –di fabbricazione, progettazione, informazione, con i problemi differenziati che vi si ricollegavano nell'esperienza statunitense- era del tutto pretermessa. Per tutto risultato, sarebbe dovuta risultare preclusa la traiettoria che, negli Stati Uniti, a partire dagli anni Settanta, ha portato a riconoscere che, nel caso di difetti di progettazione e informazione, l'enfasi sulla irragionevole pericolosità del prodotto comporta il recupero di una valutazione in chiave di costi/benefici e, quindi, di colpa, sia pure sotto mentite spoglie.⁴⁰ Così è stato, formalmente. Ma è risultato presto evidente che, attraverso l'aggancio dell'aspettativa di sicurezza al modo in cui il prodotto viene messo in circolazione, alla sua presentazione, alle sue caratteristiche palesi e alle avvertenze fornite, nonché all'uso al quale il prodotto può essere ragionevolmente destinato ed ai comportamenti prevedibili, la seduttiva semplicità del paradigma di responsabilità oggettiva adottato in Europa andava evaporando, sino a lasciar intravedere, di là dalle enunciazioni formali, differenze transatlantiche di grado piuttosto che di quadro.

2. Come la *Development Risk Defense* fece ingresso nella direttiva

Come testé ricordato, l'approccio adottato in origine (ci si riferisce alla prima stesura del progetto, resa nota nel 1976) non lasciava margini per incertezze: la responsabilità sarebbe dovuta scattare a prescindere dalla colpa. Ciò implicava (come palesato dalla seconda frase dell'art. 1) che il produttore avrebbe dovuto rispondere anche per i rischi da sviluppo, ossia difetti che non possono essere riconosciuti come tali in vista delle conoscenze scientifiche disponibili al momento dell'immissione in commercio del prodotto. La ragione per questa scelta si radicava su esigenze di equità nei confronti di un consumatore cui non si poteva chiedere di sopportare il rischio di difetti ignoti.

Ma la via per l'approvazione finale si sarebbe rivelata lunga e piena di insidie. A partire dalla valutazione del Parlamento europeo, che nella disciplina dei rischi da sviluppo intravide la minaccia di un freno all'innovazione, di costi industriali crescenti e, in ultima analisi, di rischi di disoccupazione. Ecco allora, nel 1979, profilarsi un correttivo, consistente nell'introduzione di una difesa da "stato dell'arte". Non fu da meno il Comitato economico e sociale, anch'esso preoccupato della possibilità che il rigore della disciplina inneschasse un handicap concorrenziale gravissimo per l'industria europea nei mercati mondiali.

³⁹ Commissione CE, *Memorandum on the Approximation of the Laws of the Member States relating to Product Liability*, Working Document No. 1 (agosto 1974).

⁴⁰ Il Third Restatement si sarebbe poi incaricato di declinare il problema in termini di ragionevole sicurezza alla luce dei rischi prevedibili di danno, col che sarebbe diventata evidente la più stretta connessione con uno standard di colpa.

La proposta di direttiva fu emendata nel 1979: ma la Commissione, pur sensibile alle indicazioni rivenienti dalle varie istituzioni comunitarie, mostrò di non voler fare marcia indietro quanto ai danni da sviluppo, perché ciò avrebbe comunque comportato grave iniquità a danno del consumatore. Per tutto risultato, le tensioni crebbero esponenzialmente; e toccò al consiglio dei ministri elaborare i compromessi che avrebbero spianato la strada alla definitiva approvazione della direttiva. Uno dei punti cruciali della soluzione divisata fu appunto quello di rinunciare all'accorpamento intransigente dei difetti da sviluppo fra quelli idonei a far sì che la sicurezza attesa dal consumatore dovesse considerarsi tradita: si decise che la decisione al riguardo sarebbe toccata ai singoli Stati membri. Di qui l'esito, sostanzialmente coeso a dispetto di un paio di deviazioni, nel senso dell'immunità del produttore.

3. Come si arrivò all'originaria esenzione per i prodotti agricoli

Il problema della responsabilità connessa ai prodotti naturali era emerso nell'ambito dei lavori per il progetto di Convenzione di Strasburgo. Si era osservato allora che, nella misura in cui fossero stati sottoposti a lavorazioni industriali, tali prodotti dovevano considerarsi virtualmente indistinguibili dagli altri e, perciò, assoggettabili alla medesima disciplina. Ma si dubitava dell'opportunità di sottomettere coltivatori e pescatori allo stesso regime. Non a caso, a livello convenzionale non fu possibile trovare un accordo soddisfacente per tutti gli Stati e si preferì lasciare a ciascuno di essi la scelta se applicare o non, la convenzione ai "raw agricultural products".⁴¹ Dal Consiglio d'Europa la questione rimbalzò nel 1979 nella prima revisione della proposta comunitaria, assumendo i contorni di uno "special interest lobbying"⁴². In ultima analisi, la breccia così aperta spianava la via alla soluzione opzionale di lasciare agli Stati membri la decisione se estendere l'applicazione della Direttiva ai prodotti agricoli: opzione utilizzata dal solo Lussemburgo⁴³, prima che la crisi della "mucca pazza" s'incaricasse di ricomporre il quadro in termini di omogeneità⁴⁴.

4. Il tetto al risarcimento

⁴¹ Cfr. Lorenz, cit., p. 1022 s., il quale non esitava a sottoscrivere l'approccio maggioritario (inclusione dei prodotti agricoli) in vista della sempre più incisiva presenza di processi industriali nell'attività agreste, laddove inclinava a dubitare che il pescatore potesse essere riguardato come produttore.

⁴² Cfr. N. Reich, *Product Liability and Product Safety- An Analysis of the EEC Council Directive of 25 July 1985 on the Approximation of the Laws, Regulations, and Administrative Provisions of the Member States Concerning Liability for Defective Products*, 9 *J. Consumer Policy* 133, 143: "This exclusion for agricultural products and grains is an example of "special interest lobbying," protecting European farmers, breeders, and fishers, even when they have grown these products industrially. A consumer cannot therefore claim damages under the directive against the grain producer who has employed dangerous pesticides, against the breeder of veal who has employed artificial hormones, etc." Sulla stessa linea H. C. Taschner, *Harmonization of Products Liability Law in the European Community*, 34 *Texas Int'l L. J.* 21, 29 (1999).

⁴³ V. P. Thieffry, Ph. Van Doorn e S. Lowe, *Strict Product Liability in the EEC: Implementation, Practice, and Impact on U.S. Manufacturers of Directive 85/374*, 25 *Tort & Ins. L.J.* 67, 79 (1989-90).

⁴⁴ Riassuntivamente, G. Howells, *Product Liability – A History of Harmonization*, 645, 650 (15 gennaio 2010), disponibile in SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1537180> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1537180>.

La proposta della Commissione, già nella sua versione del 1976, prevedeva un argine alla complessiva esposizione risarcitoria del produttore; limite che figurava altresì nella versione rimaneggiata del 1979⁴⁵, ed era ancora in discussione, quattro anni dopo, nel Parlamento Europeo, pervenuto ad uno stallo riguardo alla “questione di limitare la responsabilità finanziaria dei produttori”

In effetti, si trattava di un profilo delicato, che sin dal primo affacciarsi della problematica della responsabilità da prodotto, anche fuori dal percorso comunitario, aveva suscitato reazioni assai divaricate⁴⁶. Nel Regno Unito, ad esempio, la Law Commission aveva espresso, già nel 1977, un’opinione decisamente negativa circa l’opportunità di prevedere tetti all’esposizione risarcitoria del produttore, sia perché ciò avrebbe contraddetto la finalità compensativa del sistema di responsabilità civile, sia sulla scorta del rilievo che la fissazione di tetti contenuti quanto basta per abbattere i premi assicurativi avrebbe reso improbabile la soddisfazione delle esigenze di ristoro dei consumatori danneggiati⁴⁷. Sul versante opposto, si osservava che un argine alla mannaia risarcitoria si candidava come complemento necessario all’introduzione di un regime di responsabilità oggettiva. Innescare un rischio dalle ricadute incalcolabili *ex ante*, argomentava la Commissione, avrebbe determinato resistenze insuperabili; l’unico modo di vincere l’opposizione dell’industria era quello di restituire certezze, e praticabilità assicurativa, in forma di limiti all’esposizione totale⁴⁸. Di qui le cifre massime assai ridotte di cui alla proposta originaria (art. 7), senza che, però, la Commissione s’impegnasse più di tanto a fissare limiti per la richiesta individuale di risarcimento; e, ancora, l’estenuante dibattito che, come dianzi ricordato, continuava a incresparsi le acque quando ormai il gioco delle proposte compromissorie sembrava aver spianato la strada al *rush* finale. Prevalse, alla fine, l’idea di non decidere. L’implementazione di tetti davvero contenuti avrebbe posto delicati interrogativi sulle modalità di gestione del limite nel caso di istanze individuali di portata eccedentaria: segnatamente, avrebbe esacerbato il problema di come apporzionare le perdite in esubero, salva l’attivazione di meccanismi pubblici di supporto alle vittime insoddisfatte: prospettiva troppo complessa e articolata per poter essere ragionevolmente gestita a livello di direttiva. Ma la rinuncia a fissare tetti risarcitori non si tradusse nell’affermazione del ristoro pieno⁴⁹. Su pressione tedesca, l’art. 16 della Direttiva lasciò agli Stati membri la possibilità di indicare un ammontare massimo per tutte le lesioni personali prodotte da articoli identici gravati dallo stesso difetto. La *Produkthaftung* teutonica avrebbe, di lì a poco, utilizzato questa opportunità.

V. Epilogo

⁴⁵ OJ No C 271, 26. 10. 1979, p. 3.

⁴⁶ European Parliament, Principal developments in the European Community, June 1983 - June 1984.

⁴⁷ Liability for Defective Products (Cmnd. 6831), giugno 1977.

⁴⁸ Cfr., significativamente, Product Liability, Bull. Eur. Comm. No. C 271, Supp. 11/1976, 17-19.

⁴⁹ Reich, cit., p. 146-7.

Come è noto, il testo finale della direttiva, mitigato rispetto alla proposta originale e corredato di opzioni da ridiscutere in fase di implementazione, ottenne il necessario voto unanime degli Stati membri. Il libro bianco di Lord Cockfield del giugno 1985 conteneva una lunga e dettagliata lista di barriere da abolire al fine di addivenire ad un mercato europeo comune, ma non faceva alcuna menzione delle differenze sostanziali tra i regimi giuridici degli Stati con riguardo agli illeciti civili. La direttiva sulla responsabilità da prodotti difettosi era già, dunque, acqua sotto i ponti, un *fait accompli* per tutti i propositi pratici, la cui entrata in vigore - a luglio - sarebbe stata a buon proposito rapida e poco appariscente.

Un contributo progettato per spiegare come la direttiva sulla responsabilità da prodotti difettosi conobbe vita potrebbe e dovrebbe fermarsi qui, alla sua nascita. La ragione di questo epilogo è che i ventisette anni successivi alla promulgazione rinforzano il punto di questa breve genealogia – segnatamente che la direttiva del 1985 non fu esattamente una riforma in favore dei consumatori, ma più che altro un catalizzatore della contro-riforma.

Le opzioni offerte dalla Direttiva lasciarono agli Stati membri il compito di confrontarsi con problematiche politiche difficili, sino ad allora pacatamente risolte dalle corti giudiziarie. Doveva essere concesso ai convenuti di provare che essi non avevano avuto alcuna maniera di evitare il difetto? Doveva essere stabilito un tetto ai risarcimenti? Le “mele marce” dovevano essere trattate come prodotti industriali? Queste opzioni concessero alle *lobbies* dei produttori un’opportunità senza precedenti di resistenza alle tendenze dei sistemi giudiziari in favore degli attori. La saga dell’implementazione in Francia mostra, ad esempio, come la direttiva innalzò non tanto il potere delle associazioni dei consumatori, ma più che altro quello dell’industria farmaceutica, che si battè strenuamente nell’*Assemblée Nationale* per la *development risk defense*, e la lobby degli agricoltori, che ottenne l’esonero legislativo per i prodotti agricoli⁵⁰.

Dieci anni fa, Mathias Reimann, nell’ambito di una ricognizione puntigliosa del modo di operare concreto della disciplina alla legge sulla responsabilità da prodotti difettosi, concluse che, mentre la direttiva aveva “all’inizio abbracciato apertamente e categoricamente [...] la responsabilità oggettiva come illecito civile”⁵¹, essa aveva fatto molta poca differenza per i consumatori di prodotti europei. Il nuovo regime non era nei fatti così nuovo, non aveva costituito alcuna minaccia né al mercato assicurativo né ai produttori, ed era rimasto in un certo modo conservatore rispetto alla sua controparte americana⁵². La responsabilità era più che altro confinata in capo ai produttori (o ai loro *alter ego*), non copriva i danni agli immobili commerciali, e mancava dell’infrastruttura che aveva rinforzato gli attori negli Stati Uniti – specialmente le *contingency fees* e le azioni di classe prontamente disponibili⁵³. Per la verità, se

⁵⁰ Caruso, cit.

⁵¹ Reimann, cit., p 132.

⁵² Id., p. 137: “Generally speaking, the European rules are more restrictive than their American counterparts and thus cover a narrower range of claims.”

⁵³ Id., p. 151-152.

confrontato col terzo Restatement of Torts, il sistema europeo potrebbe sembrare in altri modi meno protettivo per i convenuti. Esso concentrava infatti sotto un'unica categoria i difetti – in contrasto con la sottile distinzione statunitense tra difetti nel design, nella produzione e nelle avvertenze⁵⁴; enfatizzava le aspettative del consumatore – così opponendosi all'analisi rischi/benefici; e non invocava affatto considerazione sulla ragionevolezza delle cautele⁵⁵. Eppure, ai fini pratici, non aveva lasciato i produttori più esposti di quanto essi lo fossero già stati con riguardo al diritto statale⁵⁶.

Ciò che Reimann non poteva sapere era che, nel tempo, l'ambito della responsabilità dei produttori nel sistema statale non sarebbe rimasto inalterato. Esso si sarebbe in realtà ristretto, come risultato della Direttiva⁵⁷. La Corte Europea di Giustizia, a partire dal 2002, ha ripetutamente affermato che la Direttiva era intesa come uno strumento di massima armonizzazione e come, nel suo ambito, gli Stati membri non possano mantenere forme più generose di protezione del consumatore⁵⁸. Come conseguenza, in molti casi, l'attore non ha più rimedi attraverso il diritto statale, anche se tali rimedi dovrebbero essere disponibili, stante quanto stabilito dalla direttiva⁵⁹.

Ci resta un ammonimento. La riforma del 1985 ha chiaramente portato – nel bene e nel male – una significativa armonizzazione a chiare lettere in un'area centrale del diritto privato⁶⁰. Su altri fronti – l'effettiva uniformità giuridica, i prodotti più sicuri ed una ripartizione equa della responsabilità tra imprese –, il suo primato rimane, nella migliore delle ipotesi, oscuro. Il “sapore fortemente etico” del movimento sulla responsabilità civile da prodotti difettosi è sicuramente svaporato.

⁵⁴ Id., p. 144.

⁵⁵ Ibid.

⁵⁶ Id., p. 146-148.

⁵⁷ Per una disamina normativa di tali casi vedi Marija Bartl, *Legitimacy and European Private Law*, tesi dottorale EUI, giugno 2012.

⁵⁸ V. C-183/2000, *María Victoria González Sánchez v Medicina Asturiana SA* [2002] e C-402/03, *Skov v Bilka* [2006].

⁵⁹ Art. 13. V. C-402/03, *Skov v Bilka* [2006], ¶ 17, con riferimento alle minute del milleventicinquesimo meeting del Consiglio dei Ministri del 25 luglio 1985.

⁶⁰ Una massima armonizzazione in materia di vendite sembra, al momento, altamente improbabile (N. Reich and H-W. Micklitz, *Crónica De Una Muerte Anunciada: The Commission Proposal for a 'Directive on Consumer Rights'*, 46 *Common Market L. Rev.* 471–519 (2009)) e ragionevolmente non desiderabile in prospettiva normativa (Bartl 2012, supra).