

Vincenzo Zeno-Zencovich

**LE BASI COSTITUZIONALI
DI UN DIRITTO PRIVATO EUROPEO (*)**

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Un catalogo di diritti (privati) fondamentali. — 3. La Carta europea nel processo costituente europeo. — 4. Competenze dell'unione, principio di sussidiarietà e codice civile europeo.

1. Come uscirà il diritto privato europeo dal processo costituente in atto in questi ultimi anni?

La risposta interessa ovviamente i cultori del diritto privato, ma anche gli studiosi della formazione e dell'evoluzione dei sistemi giuridici per il processo circolare di interazione fra i diversi aspetti e livelli del diritto.

Se ci poniamo in una prospettiva storica e osserviamo quanto si è verificato nel corso del XX secolo constatiamo, nell'area continentale, i seguenti elementi:

a) Lo spostamento del baricentro del diritto privato dalla proprietà verso il contratto e l'utilizzo del contratto come elemento dinamico e flessibile per l'adattamento del sistema giuridico ai mutamenti economici e sociali.

b) La crescente « amministrativizzazione » del diritto privato nel senso che l'interventismo statale nell'economia e nella società ha sempre di più piegato l'autonomia privata alle sue esigenze.

c) La costituzionalizzazione di numerosi aspetti del diritto privato con il risultato di modificare le gerarchie delle situazioni giuridiche private e di creare una nuova fonte, superiore e ordinante.

(*) Si ringrazia la dott.ssa Noah Vardi per la collaborazione e la ricerca e redazione delle note bibliografiche.

Il primo aspetto costituisce un dato acquisito; il secondo ha subito un ulteriore rafforzamento dalla alluvionale disciplina regolamentare comunitaria che ha coperto aree di enorme rilievo quali la concorrenza, i trasporti, l'energia, le telecomunicazioni, i mercati finanziari, il commercio transfrontaliero; il terzo va ora analizzato in relazione ai recenti atti comunitari e alle loro conseguenze.

2. Il primo punto da mettere a fuoco è quali sono i diritti di natura privatistica cui la Carta di Nizza del dicembre 2000 conferisce la natura di « diritti fondamentali » (1).

Si tratta di un catalogo che, dal punto di vista oggettivo, solo in parte può farsi coincidere con l'elencazione contenuta nella Convenzione europea del 1950 e risulta sia dall'evoluzione della teoria e della prassi dei diritti umani nell'ultimo mezzo secolo (2), che dalla revisione dei trattati comunitari, in particolare con il Trattato di Amsterdam (3).

(1) Nella ormai vastissima bibliografia sulla Carta europea dei diritti fondamentali sia rinvia, per una trattazione generale corredata da un commentario alla Carta stessa, a R. Bifulco, M. Cartabia, A. Celotto, *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea* (Bologna 2001). Si vedano inoltre F. Pocar, *Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea, (Padova 2001); L. Ferrari Bravo, F. M. Di Majo e A. Rizzo, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea commentata con la giurisprudenza della Corte di giustizia CE e della Corte europea dei diritti dell'uomo e con i documenti rilevanti* (Milano 2001); G. Quinn e L. Flynn, *The EU Charter on Fundamental Rights. Issues and Perspectives* (Oxford 2001); G. F. Ferrari (a cura di) *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza. Il Costituzionalismo dei diritti* (Milano 2001); A. W. Heringa e L. Verhey, *The EU Charter: Text and Structure*, Maastricht Journal of European and Comparative Law, 2001.

(2) Sulla tutela dei diritti fondamentali in Europa, si veda in particolare con riferimento alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali: S. Bartole, B. Conforti e C. Raimondi, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali* (Padova 2001); R. Blackburn e J. Polakiewicz, *Fundamental Rights in Europe. The ECHR and its Member States, 1950-2000* (Oxford 2001). Sul ruolo della Corte di Giustizia delle Comunità europee e della Corte europea dei diritti dell'uomo su questo tema, si vedano K. Lenaerts e E. De Smijter, *The Charter and the Role of the European Courts*, Maa-

a) La « dignità umana » (art. 1): l'articolo introduttivo della Carta è importante non tanto per il principio che afferma, quanto per la sua prevedibile funzione di canone interpretativo e creativo rispetto all'intero testo della Carta. Si tratta di una affermazione che, prevedibilmente e come già sottolineato dai primi commentatori, si presta ad essere utiliz-

stricht Journal of European and Comparative Law, 2001; J. H. H. Weiler e N. J. Lockhart, *Taking Rights Seriously. The European Court of Justice and its Fundamental Rights Jurisprudence*, Common Market Law Review, 1995. Inoltre, sullo stesso tema con riferimento anche alla Carta europea dei diritti: E. Pagano, *Sui rapporti tra la Carta e i principi fondamentali elaborati dalla Corte di giustizia*, Diritto pubblico comparato ed europeo, 2001; R. Toniatti, *La via giurisdizionale per la legittimazione dell'Unione europea*, Diritto pubblico comparato ed europeo, 2001. Sul rapporto tra la Carta europea dei diritti fondamentali e la CEDU si veda P. Lemmens, *The Relation Between the Charter of Fundamental Rights of the European Union and the European Convention on Human Rights - Substantive Aspects*, Maastricht Journal of European and Comparative Law, 2001. Più in generale sui diritti umani in Europa: P. Alston (ed.) *The EU and Human Rights* (Oxford 1999); A. Tizzano, *L'azione dell'Unione europea per la promozione e la protezione dei diritti umani*, Il diritto dell'Unione europea, 1999; F. Sudre, *Droit international et européen des droits de l'homme* (Paris 1999); J. F. Renucci *Droit européen des droits de l'homme* (Paris 2001).

(3) Sull'evoluzione e lo stato dei diritti fondamentali in Europa dopo il Trattato di Amsterdam si veda: S. Negri, *La tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario alla luce del Trattato di Amsterdam*, Il diritto dell'Unione europea, 1997; L. Azzera, *L'integrazione attraverso i diritti; dal cittadino italiano al cittadino europeo* (Torino 1998); A. Pizzorusso, *Il rapporto del comitato Simitis*, Diritto pubblico comparato ed europeo, 1999; I. Pernice, *Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited?* Common Market Law Review, 36, 1999; G. Tesauo, *Eguaglianza e legalità nel diritto comunitario*, Il Diritto dell'Unione europea, 1999; M. C. Baruffi, *Alla ricerca della tutela dei diritti fondamentali nel sistema comunitario*, Diritti pubblico comparato ed europeo, 1999; P. Ridola, *Diritti di libertà e mercato nella Costituzione europea*, Quaderni costituzionali, 2000; J. H. H. Weiler, *Editorial: Does the European Union Truly Need a Charter of Rights?* European Law Journal, 2000; K. Lenaerts, *Respect for Fundamental Rights as a Constitutional Principle of the European Union*, Columbia Journal of European Law, 2000; G. Telese, *Dal Trattato di Amsterdam alla proclamazione dei diritti dell'Unione europea: recenti sviluppi nella codificazione dei diritti fondamentali in ambito comunitario*, Diritto pubblico comparato ed europeo, 2001; A. Manzella, P. Melograni, E. Paciotti, S. Rodotà, *Riscrivere i diritti in Europa* (Bologna 2001).

zata come lo sono stati gli articoli 1 e 2 rispettivamente della Costituzione tedesca e di quella italiana.

b) Il « diritto all'integrità della persona » (art. 3): sicuramente l'impatto più significativo si avrà nel delicato e controverso campo della c.d. bioetica, peraltro già regolamentato dalla Convenzione di Oviedo del 1997. Ma gli aspetti più propriamente privatistici sono evidenti:

i) lo status di persona (con il divieto della clonazione riproduttiva);

ii) i diritti sul proprio corpo (con il divieto di fare del corpo umano una fonte di lucro);

iii) il contratto medico e di ospedalità (per il quale il « consenso informato » assurge a pre-requisito costituzionale);

iv) la responsabilità civile ed il risarcimento del danno alla persona (con la tutela dell'integrità sia fisica che psichica);

c) La tutela della riservatezza (art. 7): qui la disposizione è riproduttiva di analoga previsione contenuta nella CEDU.

d) Il rispetto della vita familiare (art. 7): anche qui si tratta di norma pre-esistente, ma converrà considerarne la portata con riguardo ai crescenti fermenti nel diritto di famiglia, soprattutto fra famiglia fondata sul matrimonio ed altre forme di unione. La disposizione va coordinata con gli artt. 9 e 33.

e) La protezione dei dati personali (art. 8): la costituzionalizzazione della riservatezza informatica — già introdotta nella Costituzione spagnola del 1978 — si arricchisce specificando i diritti dell'interessato ed il ruolo del consenso.

f) Diritto di sposarsi e di costituire una famiglia (art. 9): l'articolo andrà letto in controluce con l'analoga disposizione della CEDU (art. 12) che però individuava esplicitamente, come titolari del diritto, « l'uomo e la donna ».

g) Libertà di espressione e d'informazione (art. 11): la disposizione interessa in negativo perché sono stati soppressi i riferimenti che l'analoga disposizione della CEDU (art. 10) faceva alla protezione « dei diritti altrui » o per « impedire la divulgazione di informazioni riservate ». È dunque prevedibile una incidenza sulla assai sensibile area della responsabilità civile dei mass-media verso i privati, anche se il principio enunciato dall'art. 52, terzo comma, potrebbe far riemergere le previsioni della CEDU.

h) Diritto di lavorare (art. 15): questo articolo va letto uni-

tamente agli artt. 27/33. In via preliminare ci si può chiedere se i rapporti di lavoro subordinato rientrano nella nozione di diritto privato. Senza voler entrare nei dettagli di un dibattito fin troppo sottile fra i giuristi italiani, si deve osservare che se si segue un approccio realista si constata che in generale, nel panorama europeo, il diritto del lavoro si è ormai strutturato in una branca autonoma del diritto nel quale le fondanti istituzioni del diritto privato — in particolare il contratto — appaiono sbiadite e spesso irricognoscibili.

Ciò detto, se per un verso esime dall'entrare in una dettagliata disamina dei numerosi articoli prima citati, per altro verso fa intendere quanto la Carta dei diritti fondamentali porti ad una costituzionalizzazione del rapporto di lavoro, ponendo in posizione apicale situazioni giuridiche che precedentemente erano contenute solo in forma implicita in testi costituzionali ovvero si trovavano affermate in testi di rango inferiore quali la Carta sociale europea o la Carta comunitaria dei diritti sociali.

i) Libertà d'impresa (art. 16): la disposizione si limita, nella sostanza, a rinviare all'*acquis communautaire*, ponendo una questione, che si vedrà oltre, del rapporto fra la Carta e gli altri trattati comunitari. Se è evidente l'incidenza sul governo pubblico dell'economia, il profilo privatistico di maggiore interesse è rappresentato dalla pervasiva incidenza del principio della concorrenza come incentivo ma anche limite all'attività contrattuale dell'impresa. Non vi è infatti chi non veda come questa debba tener conto — nella sua concreta esplicazione ed efficacia — sia degli interessi dei consumatori (di cui si tratta il successivo art. 38) che della libertà del mercato da intese restrittive e da abusi di posizioni dominanti. Il diritto europeo dei contratti — qualora i principi ora affermati dagli artt. 81 e 82 del Trattato CE venissero costituzionalizzati — non potrebbe non esserne concettualmente e praticamente influenzato.

l) Il diritto di proprietà (art. 17): il cuore delle Carte liberali dell'800, posto in una posizione decentrata nelle Costituzioni post-belliche, escluso dalla CEDU del 1950 e recuperato nell'art. 1 del primo protocollo alla stessa, trova ora riconoscimento nel nuovo testo, che tuttavia conferma la sua natura di diritto « funzionale ». Seppure la norma avrà l'importanza che

solo l'applicazione e l'interpretazione sapranno darle, sicuramente essa dovrà essere tenuta in considerazione nella formazione del diritto privato europeo ed in particolare nelle discussioni su un progetto di codice civile europeo. Ancorché non ricchissima e non necessariamente cogente o anche solo autorevole, dalla giurisprudenza applicativa del I protocollo della CEDU emergono alcune importanti questioni tipicamente privatistiche quali, ad esempio, la nozione di « bene », il concetto di « espropriazione », la determinazione dell'indennizzo. Potrebbe valere la pena riflettere su come negli Stati Uniti il quinto emendamento ed il principio del *due process* e la c.d. *takings clause* sono stati interpretati per tutelare la proprietà, quest'ultima intesa in termini estremamente ampi.

m) *Parità tra uomo e donna* (art. 23): sono evidenti gli effetti della disposizione nel campo dei rapporti di lavoro, ma qui interessano soprattutto i riflessi nell'ambito familiare su aspetti ancora controversi, quali ad esempio la potestà sui figli minori oppure il cognome della moglie e dei figli.

n) *Diritti del bambino* (art. 24): la disposizione recepisce uno dei principi centrali della Convenzione internazionale dei diritti del fanciullo del 1989, quello del preminente interesse del minore. Dietro la sua formulazione retorica si colgono le implicazioni su tutti i procedimenti in cui il minore si veda contrapposto ai genitori e, in generale, agli adulti. Le ripercussioni dunque non sono solo sul diritto sostanziale, ma in prospettiva e in maniera vistosa su quello processuale.

o) *Protezione dei consumatori* (art. 38): la telegrafica disposizione costituzionalizza l'*acquis communautaire* in tema di tutela del consumatore, con tutti i riflessi sul diritto dei contratti e della responsabilità che si sono ampiamente studiati.

p) *Principio di proporzionalità* (art. 52): è interessante notare che tale principio — cardine di tutta l'attività comunitaria — viene ora esteso agli Stati e non più con riferimento al solo tradizionale campo dell'amministrazione pubblica, bensì anche a quello del diritto privato. Le conseguenze, tuttavia sono ben diverse, giacché il principio non viene utilizzato per temperare l'invasione del potere pubblico a tutela di un proprio interesse, bensì per far prevalere una situazione privata su un'altra.

q) *Abuso del diritto* (art. 54): la norma di chiusura della Carta innalza a principio fondamentale una figura, come quella dell'abuso del diritto, che trova un precedente — storicamente giustificabile — nella Costituzione tedesca. Anche qui la portata della norma dovrà essere stabilita dall'interprete, ma se si osserva la ricca esperienza giurisprudenziale francese se ne colgono le notevoli implicazioni privatistiche.

Da questa ricognizione si constata che il catalogo dei diritti fondamentali « privatistici » è ricco ma copre solo alcune parti del diritto civile, soprattutto le persone e la famiglia, assai meno il resto. Si tratta di una struttura idonea a costruire un diritto privato europeo uniforme? La risposta richiede che si esamini la posizione della Carta come fonte di diritto.

3. Fin dalla sua approvazione a Nizza nel dicembre 2000 la Carta europea dei diritti fondamentali si è collocata in una posizione preminente fra le fonti del diritto comunitario. Ancorché sia incerto il suo rapporto con il Trattato UE e con il Trattato CE essa non costituisce certo una dichiarazione meramente programmatica (4). Progressivamente si sta facendo

(4) Sull'efficacia, gli effetti, ed il futuro della Carta europea dei diritti fondamentali si vedano; J. Duthel De La Rochere, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne: quelle valeur ajoutée, quel avenir?* Revue du Marché Commun et de l'Union européenne, 2000; B. De Witte, *The Legal Status of the Charter: Vital Question or Non-issue?* Maastricht Journal of European and Comparative Law, 2001; A. Weber, *Il futuro della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Rivista italiana di diritto pubblico comunitario, 2002; U. De Siervo, *L'ambigua redazione della Carta dei diritti fondamentali nel processo di costituzionalizzazione dell'Unione europea*, Diritto pubblico, 2001; in particolare sull'efficacia della Carta europea dei diritti fondamentali nelle relazioni esterne dell'Unione europea, si veda J. Wouters, *Editorial: The EU Charter of Fundamental Rights - some Reflections on its External Dimension*, Maastricht Journal of European and Comparative Law, 2001; L. F. Besselink, *The Member States, the National Constitutions and the Scope of the Charter*, Maastricht Journal of European and Comparative Law, 2001; sulla sfera d'applicazione *ratione personae* della Carta si veda D. Curtin e R. Van Ooik, *The Sting is always in the Tail. The Personal Scope of Application of the EU Charter of Fundamental Rights*, Maastricht Journal of European and Comparative Law, 2001; E. Pache, *Die europäische Grundrechtscharta - ein Rückschritt für den Grundrechtsschutz in Europa?* Europarecht,

strada una convinzione — avvalorata da una serie di documenti ufficiali — che la Carta sia già precettiva per gli organi comunitari anche sulla scorta del primo comma dell'art. 51, e costituisca uno dei pilastri attorno al quale costruire una futura costituzione europea (5).

2001; G. Sacerdoti, *La Carta dei diritti fondamentali: dall'Europa degli Stati all'Europa dei cittadini*, Diritto pubblico comparato ed europeo, 2000; V. Atripaldi, *La Carta dei diritti fondamentali: un processo verso una Carta d'identità europea*, Diritto pubblico comparato ed europeo, 2001; G. G. Florida, « *Nell'intenzion dell'artista, e agli occhi degli abitanti* » (osservazioni sulla « *Dichiarazione dei diritti* » di Nizza), Diritto pubblico comparato ed europeo, 2001; A. Ruggeri, *La "forza" della Carta europea dei diritti*, Diritto pubblico comparato ed europeo, 2001.

(5) Sul dibattito circa l'esistenza e la necessità di una cosiddetta « Costituzione europea », si vedano in particolare, prima della elaborazione della Carta dei diritti fondamentali: D. Grimm, *Does Europe Need a Constitution?* *European Law Journal*, 1995; P. Häberle, *Per una dottrina della Costituzione europea*, Quaderni costituzionali, 1999; J. C. Piris, *Does the European Union Have a Constitution? Does it Need One?* *European Law Review*, 1999; A. Barbera, *Esiste una "costituzione europea"?* Quaderni costituzionali, 2000; A. Anzon, *La Costituzione europea come problema*, Rivista italiana di diritto pubblico comunitario, 2000; *La Costituzione europea (Annuario A. i. c 1999)* (Padova 2000); J. H. H. Weiler, *The Constitution of Europe* (Cambridge 1999).

Per il dibattito seguito all'approvazione della Carta di Nizza si vedano invece, nella serie *Verso la Costituzione europea* (Bologna 2001), i volumi di G. Bonacchi, *Una Costituzione senza Stato* (Bologna 2001); U. De Siervo, *La difficile Costituzione europea* (Bologna 2001); U. De Siervo, *Costituzionalizzare l'Europa ieri ed oggi* (Bologna 2001); S. Guerrieri, A. Manzella, e F. Sdogati, *Dall'Europa dei Quindici alla Grande Europa. La Sfida istituzionale* (Bologna 2001); L. Torchia, *Una Costituzione senza Stato*, Diritto pubblico, 2001; V. E. Parsi, *Cittadinanza e identità costituzionale europea* (Bologna 2001); A. M. Petroni, *Modelli giuridici ed economici per la Costituzione europea* (Bologna 2001); A. Quadro Curzio, *Profili della Costituzione economica europea* (Bologna 2002); S. Gambino, *Costituzione italiana e diritto comunitario* (Bologna 2002); U. De Siervo, *I diritti fondamentali europei ed i diritti costituzionali italiani (a proposito della Carta dei diritti fondamentali)*, Diritto pubblico comparato ed europeo, 2001; A. Giovannelli, *Dalla Carta dei diritti alla Costituzione europea*, Diritto pubblico comparato ed europeo, 2001; S. Mangiameli, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Diritto pubblico comparato ed europeo, 2001; T. Padoa Schioppa, *Una Costituzione per l'Europa*, (Bologna 2001); A. Pizzorusso, *Il patrimonio costituzionale europeo* (Bologna, 2002). Da ultimo si veda il progetto di Costituzione europea presentato dal presidente della Convenzione, Giscard d'Estaing, che ingloba, per *relationem*, la Carta di Nizza.

Va in primo luogo ricordato il secondo comma dell'art. 52 il quale afferma che « i diritti riconosciuti dalla presente Carta che trovano fondamento nei trattati comunitari o nel trattato sull'Unione europea si esercitano alle condizioni e nei limiti definiti dai trattati stessi » (6).

La norma sembrerebbe avere una portata restrittiva, ma nei casi in cui l'intervento comunitario è particolarmente incisivo, come ad esempio nei campi della concorrenza e della tutela dei consumatori, il richiamo ha una portata espansiva.

Va tuttavia sottolineato come l'attuale pluralità di fonti (in particolare Trattato UE, Trattato CE, Carta dei diritti) costituisca un elemento di complicazione, soprattutto a livello interpretativo. Di qui l'esigenza della redazione di un unico testo contenente, oltre ai diritti fondamentali le altre disposizioni che costituiscono il nucleo centrale dell'Unione, in particolare sulle istituzioni, le loro competenze, le politiche comuni.

Questa futura Costituzione europea — il cui carattere e le cui modalità di approvazione sono ancora in discussione — dovrebbe dunque recepire molti principi dai Trattati UE e CE, collocando in un ruolo subordinato talune problematiche e regole. In tal modo tuttavia è anche possibile che cambino alcuni contenuti della Carta non tanto in sé, quanto per la compresenza di altre disposizioni di pari rango « costituzionale ».

Questo discorso appare particolarmente valido per le tradizionali « quattro libertà » economiche su cui si fondano — anche concretamente — lo sviluppo ed il successo della politica comunitaria in questi decenni, e che sono sostanzialmente marginalizzate nella Carta, tranne un richiamo contenuto nell'art. 15, secondo comma, ma limitato alle sole persone fisiche.

(6) Non essendo possibile in questa sede ripercorrere la sterminata bibliografia in materia di diritto comunitario, sia consentito *ex multis* rinviare per una rassegna a: G. Benacchio e V. Simoni, *Repertorio di diritto comunitario civile e commerciale* (Padova 2001); P. Craig e G. De Burca, *The Evolution of EU Law* (Oxford 1999); sugli aspetti costituzionali dei Trattati europei si veda K. Lenaerts e P. Van Nuffel, *Constitutional Law of the European Union* (London 1999); T. Tridimas, *The General Principles of EC Law* (Oxford 2000); K. J. Alter, *Establishing the Supremacy of European Law. The Making of an International Rule of Law in Europe* (Oxford 2001); P. Craig e C. Harlow, *Lawmaking in the European Union* (The Hague 1998).

Dal punto di vista della costruzione del diritto privato europeo il richiamo rileva laddove si consideri che la Carta ha una forte connotazione « sociale », non controbilanciata da una valorizzazione dell'iniziativa economica.

Il risultato potrebbe essere quello di un diritto privato interamente dominato da interessi generali, o comunque funzionalizzato ad essi. Vanno infatti tenuti presente non solo gli effetti diretti sulla regolamentazione, ma anche quelli indiretti determinati dalle politiche fiscali necessarie a garantire l'alto livello dei diritti sociali contenuti nella Carta. Se — come normalmente avviene — essi verranno finanziati attraverso il prelievo sulle attività economiche, qualunque equilibrio contrattuale si riesca a trovare fra le parti verrà alterato dalla pressione del Fisco.

Le conseguenze, dal punto di vista della concorrenza fra sistemi giuridici, sono facilmente immaginabili.

Il processo costituente europeo, dunque, potrà avere significative ripercussioni sul futuro del diritto privato europeo e sul contesto nel quale dovrà operare.

4. Vi è un aspetto conclusivo da considerare. Negli ultimi anni uno degli aspetti — teorico ma anche estremamente pratico — su cui si è incentrato il dibattito è stato quello della competenza delle autorità comunitarie a procedere verso una unificazione/uniformazione del diritto privato europeo (7). E

(7) Sul diritto contrattuale europeo e sui diversi progetti di codificazione del diritto privato europeo, si vedano: O. Lando e H. Beale, *Principles of European Contract Law, Parts I and II Combined and Revised* (The Hague-London-Boston 2000) ed. it., *Principi di diritto europeo dei contratti*, a cura di C. Castronovo (Milano 2001); A. S. Hartkamp, *Towards a European Civil Code* (The Hague 1998); H. Kötz e A. Flessner, *European Contract Law. I. Formation, Validity and Content of Contracts; Contract and Third Parties* (trans. by P. Weir) (Oxford 1997); C. von Bar, *The Common European Law of Torts. I: The Core Areas of Tort Law, its Approximation in Europe, and its Accommodation in the Legal System*, (Oxford 1998); C. von Bar, *The Common European Law of Torts. II: Damage and Damages, Liability for and without Personal Misconduct, Causality and Defences* (München-New York 2000); M. Van Hoelcke e F. Ost, *The Harmonisation of European Private Law* (Oxford-Portland-Oregon 2000); F. Werro, *L'Européisation du droit privé. Vers un code*

questo non solo per quanto attiene allo strumento normativo (direttiva/regolamento) ma soprattutto con riguardo alla sua compatibilità con il principio di sussidiarietà che ha finora guidato l'azione comunitaria.

Tale problematica si presenta con caratteri estremamente

civil européen? (Fribourg 1998); F. Werro, *New Perspectives on European Private Law* (Fribourg 1998); C. Jamin, *L'Harmonisation du droit des contrats en Europe* (Paris 2001); S. Grundmann, *The Structure of European Contract Law*, *European Review of Private Law*, vol. 9, n. 4, 2001; Consiglio Nazionale Forense, *La riforma dei codici in Europa e il progetto di codice civile europeo*, Materiali dei seminari 2001 raccolti da G. Alpa e E. N. Buccico (Milano 2002).

Quanto al dibattito circa l'opportunità di tale procedimento si veda innanzitutto la Comunicazione: Commissione delle Comunità Europee, *Comunicazione al Consiglio e al Parlamento Europeo sul diritto contrattuale europeo*, COM (2001) 398 definitivo, 11/07/2001; e la risposta Commission on European Contract Law and Study Group on a European Civil Code, *Communication on European Contract Law: Joint Response of the Commission on European Contract Law and the Study Group on a European Civil Code*, in questa *Rivista*, 2002, 133; R. Sacco, *Diversity and Uniformity in the Law*, *American Journal of Comparative Law*, 2001.

Quanto alla metodologia si vedano G. Gandolfi/Accademia dei Giusprivatisti Europei, *Code Européen des contrats: avant-projet* (Milano 2001); M. Bussani e U. Mattei, *The Common Core Approach to European Private Law*, 3 *Columbia Journal of European Law*, 1998, 339; O. Lando, *The Common Core of European Private Law and the Principles of European Contract Law*, 21 *Hastings International and Comparative Law Review*, 1998, 809; O. Lando, *Comparative Law and Law making*, 75 *Tulane Law Review*, 2001, 1015; U. Mattei, *The Issue of European Civil Codification and Legal Scholarship: Biases, Strategies, and Developments*, 21 *Hastings International and Comparative Law Review*, 1998, 883; C. Kirchner, *A "European Civil Code": Potential, Conceptual, and Methodological Implications*, 31 *U. C. Davis Law Review*, 1998, 671; G. Alpa, *European Community Resolutions and the Codification of "Private Law"*, *European Review of Private Law*, 2000, 321; J. Basedow, *Codification of Private Law in the European Union: the making of a Hybrid*, *European Review of Private Law*, 2001, 35; C. von Bar, *Le Groupe d'études sur un Code civil européen*, *Revue internationale de droit comparé*, 2001; A. Chamboredon e C. U. Schmid, *Pour la création d'un "Institut européen de droit" entre une unification législative ou non législative, l'émergence d'une science juridique transnationale en Europe*, *Revue internationale de droit comparé*, 2001; F. Sturm, *Der Entwurf eines Europäischen Vertragsgesetzbuchs*, *Juristen Zeitung*, 2001; K. P. Berger, *The Principles of European Contract Law and the concept of the "Creeping Codification" of law*, *European Review of Private Law*, 2001, 21.

marcati nella prospettiva di una Costituzione europea. Infatti, se si dovesse accedere alla proposta — non priva di argomentazioni plausibili — secondo cui dovrebbero spettare all'Unione solo le competenze espressamente enunciate, che queste dovrebbero essere esercitate nel rispetto dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità, e che tutte le competenze non attribuite all'Unione resterebbero in capo agli Stati membri, ci si avvede che il percorso di un possibile codice civile europeo, o anche solo di un codice contrattuale europeo si presenterebbe assai impervio.

Se infatti l'attuale Carta tocca solo alcuni aspetti di diritto privato; se all'Unione non verrà attribuito specificamente il compito di procedere alla redazione di testi uniformi; se la struttura giudiziaria dell'Unione rimarrà ancora gracile, non è facile prevedere quali potranno essere gli esiti del pur ricchissimo dibattito nel quale sono stati coinvolti i giuristi di tutta Europa.

La risposta sarebbe — ma essa si pone su un piano eminentemente politico — quella di includere nelle competenze degli organi dell'Unione anche quella di procedere nel senso da molti auspicato, ma anche da tanti criticato.

Si tratterebbe dunque di « costituzionalizzare » non solo taluni contenuti — che, come s'è visto, sono già presenti nella Carta — ma anche forme e procedure. Il che non mancherà di animare il dibattito, soprattutto per il rapporto fra sistemi continentali e quello inglese (8).

Quanto si è finora esposto, infatti, si inserisce in un percorso storico e sistematico tipico degli ordinamenti di *civil law* dei quali la gerarchia delle fonti di produzione normativa ed il procedimento logico deduttivo costituiscono tratti caratteristici.

In ciò si misura la distanza con la *common law* inglese la quale — a differenza di quella statunitense — non è abituata a

(8) Sul diritto europeo in una prospettiva di ravvicinamento delle diverse tradizioni giuridiche, si veda a cura di B. S. Markesinis, *The Clifford Chance Millennium Lectures. The Coming together of the Common Law and the Civil Law* (Oxford-Portland-Oregon 2000).

confrontarsi (ed anzi è refrattaria a farlo) con principi supremi e ad utilizzare testi normativi in maniera « creativa ».

Con riguardo ai temi qui affrontati emerge una ulteriore e sostanziale differenza: mentre tutti i paesi dell'Europa continentale dispongono di costituzioni scritte in larga misura simili fra loro, il Regno Unito ha tutt'altra tradizione incentrata sulle prassi e procedure costituzionali.

Si tratta di differenze di non poco momento dal punto di vista pratico se si considera che per il completo adeguamento dell'ordinamento inglese alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo del 1950 è stato necessario attendere quasi mezzo secolo fino allo *Human Rights Act* del 1998.

Da queste brevi notazioni si comprende facilmente che già il progetto di una Costituzione europea pone non facili questioni di adattamento al contesto inglese e fa dubitare del suo concreto impatto ivi nell'area che si è qualificata come « diritto privato europeo ».

Prendere atto delle difficoltà non significa, tuttavia, dover rinunciare ad una prospettiva che appare sempre di più imposta dall'unificazione socio-economica. È possibile infatti immaginare anche percorsi diversi che, partendo dal nucleo che sarà individuato da una Costituzione europea, consenta la redazione di testi sul modello dei *Restatements*; oppure — ma anche qui è evidente la valenza politica della opzione — un approccio, non dissimile da quello adottato per la moneta unica, che anziché puntare ad una soluzione per tutta l'Europa comunitaria, prospetti percorsi di uniformazione dei paesi di *civil law* (ai quali rapidamente potrebbero aggregarsi gran parte dei candidati all'Unione), con possibilità di altri Paesi membri di aderirvi in un momento successivo. La proposta si trova nella risposta che la Commissione sul codice civile europeo (c.d. Commissione von Bar) e la Commissione Lando hanno dato alla pubblica consultazione avviata, nel luglio 2001, dalla Commissione europea sul diritto contrattuale europeo.