



Senato della Repubblica Archivio Storico



10 JUIN

M.^r le Professeur Fr.
De Martino
Ordinario nell'Uni-
versità di Napoli
Via degli Studi 2
Naples

Italie

ACADEMIE DES
PRIVATISTES EUROPEENS

AKADEMIE EUROPÄISCHER
PRIVATRECHTSWISSENSCHAFTLER



ACADEMY OF EUROPEAN
PRIVATE LAWYERS

ACADEMIA DE
IUSPRIVATISTAS EUROPEOS

ACCADEMIA DEI GIUSPRIVATISTI EUROPEI

PAVIA CENTRO - CAS. POST. 270
I - 27100 PAVIA

Pavia, 2 marzo 1999

Illustre Professore,

ci preghiamo inviarLe le seconde bozze del Suo contributo agli "Studi in onore di Giuseppe Gandolfi". Potrà senz'altro evitare di restituircele se in esse non trova nulla da segnalarci.

Infatti, oltre ad apporre la doverosa menzione di "Senatore a vita", ci siamo limitati a correggere i pochissimi errori da Lei indicati e ad aggiungere la Sua Postilla.

Naturalmente Le invieremo un congruo numero di estratti; ma non siamo in grado di prevedere quando, perché tutto dipende dalla sollecitudine con la quale i collaboratori ci restituiranno le bozze corrette dei loro contributi.

In questa attesa, La preghiamo di accogliere i nostri omaggi più deferenti.

Comitato di redazione
Studi in onore di Giuseppe Gandolfi
(Prof. Giovanni Cordini)

Illustre
Prof. Sen. Francesco De Martino
via Aniello Falcone, 258
80127 NAPOLI

ACADEMIE DES
PRIVATISTES EUROPEENS

AKADEMIE EUROPÄISCHER
PRIVATRECHTSWISSENSCHAFTLER



ACADEMY OF EUROPEAN
PRIVATE LAWYERS

ACADEMIA DE
IUSPRIVATISTAS EUROPEOS

ACCADEMIA DEI GIUSPRIVATISTI EUROPEI

PAVIA CENTRO - CAS. POST. 270
I - 27100 PAVIA

Pavia, 10 febbraio 1999

Illustre Professore,

ci preghiamo inviarLe le prime bozze del Suo contributo agli "Studi in onore di Giuseppe Gandolfi", del quale siamo particolarmente onorati.

Molto grati, Le porgiamo i nostri migliori ossequi.

Comitato di redazione
Studi in onore di Giuseppe Gandolfi
(Prof. Giovanni Cordini)

Illustre
Prof. Sen. Francesco De Martino
via Aniello Falcone, 258
80127 NAPOLI

Francesco De Martino
Professore Emerito dell'Università "Federico II" di Napoli
Socio Nazionale dell'Accademia Nazionale dei Lincei

**CONSIDERAZIONI
SULL'UNITA' DEL DIRITTO PRIVATO IN EUROPA**

Lo studioso al quale è dedicato il mio modesto contributo ha il merito grandissimo di aver dato studi importanti alla scienza romanistica e poi di avere spinto il suo sguardo al più vasto campo del diritto moderno, fuori dell'ambito accademico nazionale, proprio in un'epoca di grandi trasformazioni e nuovi assetti mondiali, entro i quali si svolge tra molti ostacoli il processo di formazione dell'Europa unita. Mi sembra quindi quasi doveroso esporre alcune considerazioni su di un aspetto che finora non ha suscitato nemmeno negli organi politici esistenti un interesse pari a quello di altri temi, come in primo luogo la moneta. Mi riferisco alla creazione di un diritto comune europeo. Esso naturalmente non è rimasto estraneo ai giuristi, ma non è finora divenuto oggetto di un processo di realizzazione. Basti pensare che una deliberazione del Parlamento europeo del 26 maggio 1989 con la quale si invitavano gli Stati membri a predisporre le misure per attuare un comune diritto civile rimase sconosciuta alla maggior parte di essi. Per muovere le acque fu convocato per iniziativa proprio di Gandolfi un Convegno internazionale a Pavia nell'ottobre del 1990 ed in esso si discusse dell'opportunità di iniziare con l'unificazione del diritto dei contratti, per i quali si pensava di incontrare minori ostacoli. Gandolfi da parte sua sostenne che muovendo dal codice civile italiano era possibile una sintesi con il diritto francese, quello tedesco ed il *common law*. Già Peter Stein¹ aveva posto in evidenza che i giuristi romani erano più vicini alla giurisprudenza inglese di come non fossero quelli dei paesi con codici. In Italia Francia Germania, Paesi Bassi esistono associazioni di giuristi e studiosi

1, Spagna, Austria

¹ *Roman Law and English Jurisprudence yesterday and today*, Cambridge Univ. Press, 1969. Per un approfondimento comparativo tra Italia, Germania e Francia ed Inghilterra GANDOLFI, *La conversione dell'atto invalido*, Milano 1984-1988. ✓

✓ Vedi Postilla in fine.

singoli, che si occupano del tema, ma non vi è un collegamento organico con gli organi politici. Peggio ancora i romanisti si presentano divisi² ed in polemica non su punti particolari, ma su questioni fondamentali storico-teoretiche. Chi scrive nei suoi lontani anni giovanili ha collaborato attivamente ai numerosi volumi dell'Annuario di diritto comparato, anche senza essere un convinto assertore dell'utilità del metodo comparativo, ma per esigenze di vita non proprio quelle di chi tira quattro paghe per il lesso di carducciana memoria. Ebbi allora modo di farmi un'idea sulle diversità esistenti fra i vari diritti dei principali paesi europei. Il mondo di oggi è però mutato ed i problemi non sono più soltanto quelli propri dell'unificazione, ma investono i valori stessi della convivenza nella società e quelli della persona. Confesso quindi di non essere molto interessato alla disputa insorta tra i cosiddetti neopandettisti e gli storici puri del diritto, per alcuni dei quali ho stima ed ammirazione. E come non averla per un Behrends, che ai nostri tempi osa farsi editore e traduttore del Digesto o per un Bretone, che in un'ampia visuale della cultura antica e moderna si erge a campione della storicizzazione del diritto intrecciandolo con la filosofia e la sociologia?

A parte divergenze non secondarie su tale intreccio, il mio scarso interesse per la disputa dipende dal fatto che avrei preferito da personalità tanto dotate un aiuto nella ricerca delle soluzioni concrete che il nuovo diritto dovrebbe dare ai problemi del nostro tempo ed in che modo questo potrebbe essere realizzato. Io vorrei soltanto dire a proposito del metodo che l'unità del pensiero storico è indispensabile per comprendere la realtà del diritto di altre epoche, valutando poi volta a volta se furono più determinanti i fattori economici e sociali, quelli religiosi, culturali, filosofici o gli eventi bellici, rifuggendo da schematismi aprioristici. Considero tali sia la tesi della continuità del diritto romano, sia il suo opposto, cioè il relegarlo fra le anticaglie inutili del passato, dimenticando che in varie epoche esso è stato il solo fattore civile unificante dell'Europa. Per un altro verso i cultori del diritto e della sua storia non possono essere estranei ai grandi rivolgimenti di un'epoca, che già ha avuto inizio prima ancora dell'anno duemila, una data esaltata con enfasi per l'inizio del terzo millennio, come se fossimo in grado di

² BRETONE, *La coscienza ironica della romanistica*, Labeo 43, 2, 1997, 187 ss.; BEHREND, *Die Person oder die Sache?*, ivi, 1998, 1, 26 ss. Ed in essi altri riferimenti bibliografici. Riserve critiche per entrambi in GUARINO, ivi 1998, 2, 253 s. favorevole peraltro alla tesi principale di Bretone.

conoscere quello che avverrà non dico nei mille anni futuri, ma nemmeno nei cento. Poiché tali rivolgimenti investono anche valori e principi fondamentali spetta ai giuristi assumersi le responsabilità delle scelte intorno alle quali si viene sviluppando un dibattito i cui termini sono confusi e non di rado ambigui.

Per rendere esplicito e chiaro il mio pensiero sceglierò un tema fra quelli di maggiore importanza, lo stato delle persone e della famiglia. Esso è in una zona di frontiera fra pubblico e privato e l'accentuazione dell'uno o dell'altro aspetto implica già una scelta. Non occorre risalire alla controversia famosa sulla Libertà degli antichi e dei moderni per rendersene conto. Questo tema oggi è in termini diversi da quelli risultanti dai precedenti storici, come sono stati lucidamente trattati da Fritz Sturm nel suo studio sulla recezione del diritto sullo stato delle persone dalla Francia alla Germania, Austria, Svizzera e Paesi Bassi³. In tale studio si trattava di ricostruire la storia delle conquiste civili laiche avvenute nell'età della rivoluzione dopo che la Chiesa aveva per secoli tenuto i registri delle persone e degli atti di nascita, matrimonio, morte ad esse relativi, con tutti i problemi che le diversità di religione comportano. Oggi sebbene permangano controversie sulla legittimità per la Chiesa del matrimonio soltanto civile e del divorzio, non è su questo che insorge il più aspro contrasto, ma è sul valore e la definizione della famiglia, che correnti non trascurabili di opinione vorrebbero riconosciuta, diversamente dall'ordine naturale, anche se costituite da due persone dello stesso sesso. Da altri invece si domanda il riconoscimento delle unioni di fatto, cioè unioni di carattere coniugale, senza le formalità del matrimonio civile o religioso che sia. A me pare che esista una diversità insuperabile tra le due rivendicazioni e non occorre nemmeno discuterne, tanto essa è evidente. La famiglia per sua natura ha per scopo la procreazione dei figli, il che non è possibile nelle unioni omosessuali, che vanno quindi considerate dall'ordinamento giuridico in un ambito del tutto diverso da quello della famiglia. Le unioni di fatto possono invece essere riconosciute e ricorrendo alcune caratteristiche essere equiparate alla famiglia legittima. Come è noto nel sistema romano dove esistevano vari tipi di matrimonio, quello più comune non richiedeva atti formali per la sua esistenza, ma due requisiti di sostanza, l'*affectio maritalis* e la

³ *Die Rezeption des französischen Personenstandsrechts in Deutschland, Österreich und die Schweiz - Ein Markstein auf dem Weg zur Gleichheit, Glaubens- und Gewissensfreiheit*, Zeit.f. Zivilstandwesen, 59, 1991, 209 ss.

coabitazione, che poteva essere interrotta per tre giorni, il *trinodium*⁴, ciascun anno per evitare l'acquisto della patria potestà sulla donna mediante l'usucapione. Per aversi *iustae nuptiae* occorreva che vi fosse il *conubium*, vale a dire la capacità matrimoniale nei coniugi, requisito che nel corso dei secoli venne esteso a tutti coloro che in seguito alla costituzione di Antonino Caracalla ottennero la cittadinanza romana, ma continuò ad esistere nel tardo impero per le unioni fra liberi e schiavi, fra romani e barbari e fra cristiani ed ebrei, con gravi sanzioni penali per i contravventori. Ancora nella legislazione giustinianea, dove pure non si usa più il termine *conubium* nel senso tradizionale, si trovano varie limitazioni e fra di esse quella relativa ai coloni vincolati alla terra. Per le conquiste dei diritti civili del nostro tempo tutte queste discriminazioni razziali e sociali sono cadute per la famiglia legittima e conseguentemente non possono risorgere nelle unioni di fatto. Per il loro riconoscimento il diritto europeo dovrebbe dettare la disciplina dei requisiti necessari, in primo luogo in qual modo si manifesta il consenso della coppia ed il tempo necessario per accertarne la serietà. Ovviamente non basta l'iscrizione in un registro comunale, come è stato stabilito da una amministrazione comunale in Italia, non so con quale potere, dato che le norme sullo stato civile sono contenute in una legge statale e così è da augurarsi che rimanga fino a quando non si adotterà un comune diritto europeo. Di altra natura è la questione concernente lo stato giuridico del concepito, che si è sostenuto debba considerarsi come persona contro la tradizione incontrastata romanistica, che teneva conto dei possibili interessi ereditari del nascituro, se il suo dante causa fosse premorto. Il diritto romano aveva escogitato la finzione espressa nella formula famosa «*conceptus pro iam nato habetur*», garantendone l'efficacia mediante la nomina di un curatore, il *curator ventris*, che doveva appunto vigilare durante il periodo della gestazione. Al di fuori di questo non si comprende come il concepito possa essere considerato una persona prima della nascita, se non per far ricadere l'aborto nel reato di infanticidio, con un aggravamento delle sanzioni preesistenti alla legge che lo permise, la quale può essere anche ritoccata, ma non va abrogata. Comunque sia, in gran parte dell'Europa comunitaria l'aborto è ammesso e non dovrebbe essere difficile giungere ad un'intesa per stabilire un regime giuridico

⁴ Idee originali sul *trinodium* ora in L. PEPPE, *Storie di parole, storie di istituti*, SDHI, LXIII, 1997, 186 ss.

uniforme, con deroghe dove non è ammesso. Per le coppie omosessuali è superfluo dire che per esse non deve esistere discriminazione, ma soltanto riconoscere che esse non sono equiparabili alla famiglia naturale.

7 +

In uno scritto brillante in questo stesso volume A. Guarino ha constatato le diversità profonde esistenti nei vari paesi ed accennato al grossissimo problema di uniformare gli ordinamenti di *Civil Law* e gli altri di *Common Law*. Egli ha nella logica del suo discorso ridotto a queste due categorie la classificazione dell'esistente, che nei comparativisti è molto più variopinta.

Si può averne un'idea dalla ricerca approfondita fatta in tempi recenti da A. Pizzorusso⁵, il quale respinge come antiquata la distinzione fra diritto pubblico e diritto privato e sostiene che la classificazione debba considerare gli ordinamenti giuridici nella loro totalità. Con riferimento alle controversie di un tempo sull'impiego della dogmatica moderna nello studio del diritto romano, anche dopo la fine dell'*usus modernus pandectarum*, egli perviene alla conclusione che si può andare oltre le interpretazioni dei singoli ordinamenti e ricercare la spiegazione delle analogie e delle differenze. A me pare che il nostro compito sia quello di prendere conoscenza di quello che la comparazione ci offre e ricercare una sintesi storicamente ancorata alla realtà per giungere al fine ultimo, la creazione di un diritto europeo unificato. Sulle radici romanistiche torneremo alla fine di questo studio.

Bisogna riconoscere che allo stato attuale siamo ben lontani dal fine dell'unità del diritto. Nell'ottica degli organismi europei, dalla Commissione allo stesso Parlamento, che si appresta ad essere rinnovato per la quinta volta, non vi è la codificazione del diritto, ma l'avvicinamento delle legislazioni nazionali degli Stati membri nella misura necessaria al funzionamento del mercato comune (CE. Art. 3 lett. H), che viene inteso come spazio economico comune⁶. Questa è l'idea fondamentale ispiratrice del Trattato del 1958, che in fondo permane anche negli Atti successivi, nonostante gli indubbi progressi e l'affermarsi dell'Unione Europea come organizzazione economica e politica, proposta nel 1984 da Altiero Spinelli e passata dall'Atto Unico europeo (17-18 febbraio 1986) dopo varie vicende

⁵ *Sistemi giuridici comparati*, 2^a ed. Milano 1998, in particolare p. 162 ss. e gli AA. ivi citati.

⁶ Vedi B. BEUTLER, R. BIEBER, J. PIPKORN, J. STREIL, J.H.H. WEILER, *L'Unione Europea* (trad. it. Bologna 1998, a cura di V. BIAGIOTTI e J.H. WEILER), p. 490 ss. ed AA. ivi cit.

al Trattato sull'Unione Europea (Maastricht) del 7 febbraio 1992, che nell'art. N prevede una revisione, dalla quale è scaturita la Conferenza intergovernativa di Amsterdam con il relativo Trattato del 2 ottobre 1997, generalmente ritenuto deludente per le questioni sociali ed il tema dell'occupazione, divenuto nel decennio di grande gravità. In questi vari passaggi si sono realizzati alcuni progressi per l'armonizzazione del diritto, ma sempre e soltanto per oggetti separati intorno ai quali erano insorti dissensi e contrasti fra i membri della Comunità. Un campo importante per le connessioni con la libera circolazione dei beni è quello del diritto societario. Fino al 1977 la Commissione ha presentato 13 proposte di direttive, dieci delle quali sono state accolte. Alcune riguardano le società di capitali e quelle in accomandita semplice, altre le società per azioni, le fusioni interne e quelle internazionali. E' molto tormentata l'adozione di un modello di Società europea, sebbene sia stata prevista l'applicabilità in via sussidiaria del diritto interno per la struttura ed i metodi decisionali e riconosciuto il potere impositivo dello Stato dove si attua il rapporto negoziale. Ancor più contrastate sono tutte le proposte concernenti la partecipazione dei lavoratori alla gestione dell'impresa. Il massimo che si è finora ottenuto è l'accordo sulla politica sociale, allegato al Trattato sull'Unione europea, nel quale si concede che il Consiglio può deliberare a maggioranza per la consultazione dei lavoratori, mentre in caso di cogestione vale la regola dell'unanimità. Nel 1994, superando le difficoltà passate, si è approvata la direttiva 45 (G.U.C.E. L.254/94 p. 64), che ammette l'istituzione del Comitato d'azienda europeo, ma solo nelle imprese a dimensione comunitaria, per rendere più agevole l'esercizio del diritto dei lavoratori all'informazione ed alla consultazione⁷.

Bisogna purtroppo constatare che l'Europa unita politicamente ed economicamente non esiste ancora e la storia della sua nascita e del suo sviluppo ci aiuta a comprendere la realtà attuale, nella quale i problemi dei suoi organi e dei rispettivi poteri sono divenuti più complessi dopo l'ampliamento ai nuovi stati dell'Est europeo. La stessa codificazione delle norme dei vari trattati che si sono conclusi dal 1957 in poi si è arenata nelle secche della diversa tradizione giuridica dei paesi di *common law*, i quali considerano qualsiasi codificazione come una nuova legislazione. Il Consiglio europeo nella riunione di Dublino del 15 dicembre 1996

⁷ Per tutti questi dati v. BIAGIOTTI-WEILER, *L'Unione Europea*, cit., p. 148.

aveva richiesto di «presentare una versione considerevolmente semplificata dei Trattati in modo da renderli più leggibili e più semplici a comprendersi dai cittadini dell'Unione». Furono così soppressi un centinaio di articoli superati e si fece una nuova numerazione con il rischio di ulteriori difficoltà nel confronto con i testi precedenti. I temi dell'ampliamento della Comunità e della democratizzazione dei poteri, accrescendo quelli del Parlamento sono per loro natura prevalenti rispetto alle esigenze dell'unificazione giuridica, che ha finito con l'essere considerata come del tutto secondaria, il che rivela la mancanza di una visione organica complessiva del processo creativo dell'unità europea. Si possono addurre varie prove a sostegno di tale critica. La più importante di esse è l'assenza del tema dall'Agenda 2000, cioè il programma adottato per i prossimi anni, mentre nel Trattato di Amsterdam non vi è alcun accenno a questo argomento. Nella pubblicistica politica e nei dibattiti parlamentari, nei quali è di moda parlare di sfide, l'unificazione del diritto non è tra di esse né la si trova in interventi di uomini politici di mente acuta e solida formazione culturale, come il Sottosegretario agli Esteri P. Fassino, il quale ha elencato ben sei sfide⁸, fra le quali non vi è l'unificazione del diritto. E' del tutto comprensibile che gli uomini di governo rivolgano la loro attenzione ai temi sui quali il dibattito è più vivo ed attuale. Meno si comprendono i silenzi degli organi comunitari, appena rotti da qualche voce isolata. Confesso di non aver potuto disporre di una documentazione completa, ma ho quanto basta per farsi un'idea dell'attività degli organi della CEE. Trovo ad esempio una interrogazione dell'on. Ursula Braun Moser (PPE) del 1° settembre 1991 (92/C102/57) a sostegno della commissione Lando, dal nome del suo fondatore, il danese Prof. Ole Lando, il quale stava lavorando alla definizione di comuni norme giuridiche relative all'adempimento dei contratti. L'interrogazione alla Commissione si estende alle norme di diritto civile aventi rilevanza economica. La risposta è abbastanza eloquente: la carenza di personale non ha reso possibile una partecipazione più stretta! Apprendiamo peraltro che un gruppo di esperti aveva elaborato un rapporto sui «principi di diritto contrattuale europeo» fin dal marzo 1991, ma esso non sembra che abbia indotto la Commissione a formulare proposte in materia. Gli organi della Comunità sono ossessionati dalla pletora

⁸ In *Dossier Europa*, Anniversario Trattato di Roma 1957, anno X marzo 1997, p. 76 ss.)

(Sottosegretario agli Esteri a questa data, oggi
Ministro del Commercio Estero)

dei provvedimenti che vengono via via emanati ed avvertono l'esigenza di semplificare e procedere alla codificazione dei provvedimenti, ma si è visto quali difficoltà rendono arduo anche tale proposito. Per di più vi è il timore che nella redazione di questi testi codificati si intacchino, coscientemente o meno, i principi di sussidiarietà e di proporzionalità, che i trattati sanciscono, sebbene oggetto di controversie. Come esempio caratteristico dell'inquietudine ed insoddisfazione su tali temi si può vedere la risoluzione del Parlamento europeo pubblicata nella Gazzetta uff. della CE. N.C. 167 del 2.6.1997, concernente varie relazioni della Commissione. Giustamente si distingue tra la redazione dei testi, che è un tema di tecnica giuridica, dai principi di sussidiarietà e proporzionalità che hanno un valore sostanziale e non possono essere pretesto per rimettere in causa quanto è stato acquisito sul piano comunitario o tornare al metodo intergovernativo rivelatosi inefficace e poco democratico. Esplicitamente si denuncia la tendenza a presentare in seguito al fallimento di iniziative più ambiziose o della politica del Consiglio «direttive quadro», con il rischio di creare un diritto incerto, meno vincolante, quindi un'armonizzazione fittizia e una trasposizione aleatoria agli ordinamenti giuridici nazionali. Il documento rileva «con preoccupazione» la mancanza di progressi nel periodo 1993-1996 in settori essenziali del mercato interno, segnatamente la libera circolazione delle persone e la società anonima europea e denuncia l'influenza negativa dell'utilizzazione del principio di sussidiarietà in senso contrario al trattato. Domanda l'impegno di «dimostrare in modo circostanziato», che il principio di sussidiarietà non è stato applicato a scapito dell'acquis comunitario. La risoluzione deplora l'inflazione di documenti preparatori, Libri verdi e bianchi ecc. e di proposte legislative, che poi vengono ritirate. Quanto agli stati membri si rileva che essi spesso indorano le direttive comunitarie e che i parlamenti nazionali non controllano l'esatta trasposizione nelle leggi nazionali delle direttive stesse.

La critica è severa e può darsi che sia eccessiva. Essa però dimostra la riluttanza degli stati membri ad accogliere le norme comunitarie allorché esse contrastano con singole parti dell'ordinamento nazionale.

Sempre allo scopo di avere un'idea dello stato reale delle cose nell'ambito comunitario aggiungo a quel che ho posto in risalto più sopra qualche recente esempio concernente i risultati dell'iniziativa di semplificazione della legislazione (SLIM), di cui si

sono avute due fasi, come risulta dalla Relazione della Commissione del 24.11.1997. Questa iniziativa è stata affidata a gruppi di cinque esperti e cinque rappresentanti di utenti della legislazione. Nella prima fase l'oggetto era la raccolta dei dati e la nomenclatura del commercio interno. Nello svolgimento della loro attività i Gruppi hanno constatato una contraddizione tra la volontà dei ministri di semplificare e la riluttanza ad adottare procedure adeguate allo scopo. Nella seconda fase l'oggetto è l'obbligo dell'IVA, Nomenclatura combinata per il Commercio Estero, servizi bancari, fertilizzanti. Colpisce la frammentazione della ricerca, né i fattori addotti per spiegare la selezione dei settori hanno alcunché di unificante. Nel loro lavoro i Gruppi si sono fatti guidare dal desiderio di non interferire sui processi di codificazione normativa in corso, il che si giustifica solo nell'ipotesi che tali processi non avevano alcun bisogno di semplificazione. Per quanto riguarda i vari settori, le maggiori difficoltà si sono rilevate nella disciplina dei servizi bancari (v. all. 4 alla Relazione).

Interessante per la conoscenza dello stato reale dell'attività degli organi comunitari è la Comunicazione della Commissione del 27.5.1998 sull'iniziativa «Legiferare meno per agire meglio». Vi si legge che il fine di un'azione più efficace per l'integrazione europea ha ottenuto progressi sostanziali non specificati, mentre si considerano meritevoli di riflessione alcuni casi in cui il Consiglio ha sovraccaricato le proposte, date le esigenze degli Stati membri: Zoo, protezione degli animali, prodotti alimentari destinati ad un'alimentazione particolare, norme tecniche per le quali ultime il Consiglio ha adottato formulazioni molto più complesse della proposta iniziale, trasformando due definizioni di poche righe in un testo lungo e prolisso. Infine il documento segnala che nella legislazione nazionale non vi è nessun segno di diminuzione.

Mi sembra che vi sia quanto basta per la fondatezza della tesi critica di una totale mancanza nei programmi degli organi comunitari di una codificazione del diritto privato; la *Communis Europae Lex* (CELEX) è un sistema informatico in cui si pubblicano tutti gli atti e le proposte in materia di legislazione comunitaria e non ha nulla da vedere con l'unificazione.

A proposito degli Stati va rilevato che in Italia in una fase iniziale la Corte Costituzionale (n. 14, 1964) ha considerato le norme comunitarie al pari di leggi ordinarie, nel respingere il ricorso Costa sulla illegittimità costituzionale della legge di nazionalizzazione dell'Energia elettrica ed istituzione dell'ENEL in

contrasto con la Corte di giustizia europea, che affermava la preminenza del diritto comunitario su quello interno. Successivamente la Corte italiana ha finito con l'accogliere (n. 187, 1973) il principio della prevalenza, ponendo a base della decisione l'art. 11 della Costituzione⁹, che prevede, com'è noto, limitazioni della sovranità per assicurare la pace e la giustizia tra i popoli. Che la CE sia un'organizzazione internazionale utile per la pace è indubbio, ma solo con una certa forzatura interpretativa si può farla riconoscere rispondente ai fini dell'art. 11. Ad ogni modo nella sostanza delle cose è stato bene individuare un fondamento costituzionale all'adesione al Trattato istitutivo della CE, superando le resistenze che si opponevano ad essa. In seguito la Corte nel ribadire i suddetti principi li ha però dichiarati applicabili anche agli atti di esecuzione di singole norme del Trattato da parte degli organi comunitari, Corte di giustizia compresa (sent. N. 239 del 1989). In tal modo sorge un nuovo problema, quello del sindacato di legittimità costituzionale su qualsiasi attività normativa della CE¹⁰. A mio parere la questione deve essere mantenuta nell'ambito del diritto interno italiano e non si può contestare il potere della Corte costituzionale di dichiarare l'esistenza di un contrasto con principi fondamentali del nostro ordinamento, salvo a vedere con rigore quali essi siano. Su altri temi che sono stati esaminati in tempi recenti vi è una positiva tendenza delle due Corti ad uniformare le loro decisioni. L'evoluzione dei rapporti comunitari e l'insorgere di nuove e non sempre facili occasioni di dubbi richiede da parte nostra una normativa adeguata, che si stava predisponendo dalla Commissione bicamerale per la riforma della seconda parte della Costituzione, che però non è giunta a compimento in conseguenza della fine poco felice della sua attività. Bisogna peraltro riconoscere che il tema dell'unità giuridica dell'Europa non è fra quelli predominanti, anche se vari leaders dei partiti italiani sono membri anche del Parlamento europeo. Tuttavia sono stati affrontati non pochi sacrifici dal paese per conseguire nel campo della finanza pubblica i parametri necessari per partecipare all'adozione della

⁹ V. l'ampia esposizione di A. CASSESE, in *Commentario della Costituzione* a cura di Branca, I (Bologna 1975), 579 ss. con bibliografia, aggiungi Paladini ed altri cit., in BIAGIOTTI-WEILER, 153 n. 35 e SORRENTINO, *Corte costituzionale e Corte di Giustizia della Comunità europea*, I, Milano 1970; BARILE, *Il cammino comunitario della Corte*, Giur. Cost. 1973, 2405 ss.

¹⁰ V. i numerosi AA. citati per tale sentenza in BIAGIOTTI-WEILER, 154 n. 45.

moneta unica, l'Euro. Se da questo deriveranno vantaggi di ordine economico-sociale vi sarà una spinta ulteriore per procedere con maggiore impegno verso l'unificazione dell'ordinamento.

Sempre nel modo frammentario che si è detto sono stati negli ultimi tempi conseguiti progressi importanti. Fra di essi va segnalato l'Atto del Consiglio del 28 maggio 1998, che ha stabilito la Convenzione concernente la competenza, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni nelle cause matrimoniali. Sotto questo titolo non vi sono soltanto norme relative alla procedura ed alla competenza dei giudici ma anche norme di carattere sostanziale che riguardano la responsabilità dei genitori verso i figli, gli aspetti civili della sottrazione internazionale dei minori, misure sul patrimonio, che sono al confine tra l'esecuzione ed il diritto sostanziale. Il tema del matrimonio, del divorzio e dell'annullamento è del resto per sua natura procedurale e sostanziale assieme. Date le diversità esistenti nei vari Stati membri la Convenzione ha lasciato che il diritto nazionale continuasse ad esistere se non in contrasto con i principi in essa affermati. Anche la questione più delicata e spinosa della competenza esclusiva dei tribunali ecclesiastici per l'annullamento del matrimonio, come in Portogallo, o concorrente come in Italia e Spagna è stata risolta nel senso del mantenimento degli obblighi concordatari salvo il rispetto delle condizioni poste nel titolo III. Per l'Irlanda si è adottato un protocollo particolare. Ho esposto in sintesi il contenuto di questa convenzione, che si è avvalsa del potere conferito al Consiglio dall'art. K (precisamente Titolo VI del Trattato UE) perché esso potrà essere seguito da altre iniziative analoghe. Già del resto il Consiglio aveva stabilito una convenzione sulla notifica e ratifica negli Stati dell'UE degli atti giudiziari ed extragiudiziari in materia civile e commerciale, con il fine di accelerare la procedura di trasmissione degli atti e di rafforzarne la certezza giuridica. Altro passo sulla via dell'unificazione è la norma della convenzione sul matrimonio, che attribuisce alla Corte di giustizia dell'UE la competenza sulle controversie derivanti dall'applicazione delle norme del Trattato, togliendola ai giudici degli Stati membri.

Concludo questo breve e non certo esauriente contributo. Non vedo, dato il comportamento degli organi comunitari e l'incompiuta creazione dell'Europa politica istituzionalmente unita una codificazione del diritto non ~~in~~ alle porte. Ma più il processo di integrazione avanzerà, più entreranno in campo tecniche destinate a rivoluzionare i rapporti giuridici e gli stessi modi di essere materiali -

-11+

si pensi che sono già in corso gli studi e le proposte per la comunicazione elettronica della firma e di quella confidenziale, come a dire crittografia (C.U.C.E. 22.5.98 C. 157, 01) - per renderci conto di quello che ci attende.

L'unificazione comporta anche il superamento dei diritti nazionali, il che non vuol dire la loro totale scomparsa, se l'Europa unita non sarà avvolta in una grigia uniformità. Un buon ordinamento federativo le permetterà di essere unita e diversa ad un tempo, nella cultura, nell'arte ed anche nelle concezioni giuridiche in quelle parti, che saranno in grado di regolare adeguatamente la realtà nuova. Solo il corso della storia alla fine deciderà del futuro. Ma anche il nuovo conterrà in sé tradizioni e pensieri che vengono da lontano. Certo un'Europa unita non è compatibile con l'attuale stato farraginoso della legislazione comunitaria¹¹. Tra le tradizioni che sono valide vi sono quelle che risalgono al diritto romano. Non proprio nel senso che vari vagheggiano¹², ma in quello che esso in fasi precedenti le codificazioni ha costituito la base per molte norme giuridiche ed ancora oggi talune parti del diritto privato risentono dell'origine romanistica. Non si può rifiutare il giudizio espresso nella previsione pessimistica di P. Koschaker sulla crisi del diritto romano che ~~nella sua eliminazione dall'insegnamento ne avrebbe~~ sofferto la formazione scientifica del giurista. E' molto difficile comprendere un sistema giuridico, anche quando è regolato in un codice, se non se ne conosce la storia. Dall'altro lato la giurisprudenza romana ci ha lasciato un modello insuperato per collegare al caso concreto una norma od un principio. Se aveva ragione Kunkel di sdegnarsi, come riferisce Sturm, del fatto che un alto funzionario tedesco non conosceva nemmeno il nome di Savigny, il che non gli aveva impedito di ascendere ad alti gradi della gerarchia e divenire professore onorario, io temo come male peggiore che i problemi nuovi della nostra epoca si affrontino con

¹¹ Per averne una pallida idea basta dare uno sguardo al volume di A. SANTA MARIA, *Diritto commerciale comunitario* (2^a ed. Milano 1995), in particolare pp. 516-571.

¹² Mi limito a qualche recente esempio: F. FERNANDEZ DE BUJAN, *Aportacion del derecho romano al proceso de elaboracion del derecho de la Union Europea*, SDHI. LXIV, 1988, 529 ss.: il quale ritiene che la giurisprudenza comunitaria assai spesso si richiama ai principi fondamentali anche degli stati membri, nei quali è presente l'influenza del diritto romano. Più documentate ricerche in L. VACCA, *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparativistica*, Atti Congr. Intern. Pisa 1990, Milano 1991; Equilibrato giudizio in F. STURM, ZSS. CXI, 1994, 664 ss.

*A avrebbe sofferto dalla sua eliminazione
dall'insegnamento.*

un esasperato tecnicismo, trascurando la realtà umana cui la norma è destinata, una realtà che nella gerarchia dei valori dovrebbe essere al disopra di tutto. Parafrasando una felice espressione di Jhering «Per il diritto romano, ma oltre di esso» oggi direi nella costruzione dell'unità europea «Per il progresso tecnico, ma più avanti di esso».

*A pubblicato questo quarto scritto era
in stampa*

Postilla.- Non ho potuto tener conto dell'importante volume *CODE EUROPEEN DES CONTRACTS*, coordinatore G. Gandolfi, nel quale si contiene il Progetto preliminare del Libro I, in X titoli con 136 articoli. Ciascun titolo è preceduto da un Preambolo del coordinatore. Il Progetto riguarda i principi generali dei contratti. Esso è stato redatto da una commissione di giuristi, che si ricollega al Convegno del 1990 e successive riunioni negli anni dal 1992 al 1995. Ciascun titolo ed i relativi articoli sono stati discussi approfonditamente. La Presentazione di A. Tunc e la Prefazione di P. Stein danno notizie assai utili sull'attività svolta in più di un decennio e sulla partecipazione di numerosi giuristi di tutti i paesi della Comunità. Vi è anche una bibliografia (pag. 10 ss.) con gli scritti concernenti il tema, buona parte dei quali sono di G. Gandolfi. Se avessi conosciuto in tempo il volume, avrei potuto trarne certo dati e notizie e rendere il mio contributo più aderente agli interessi che in questa fase ispirano l'Accademia.

Rimane comunque la necessità di stabilire un rapporto organico tra il mondo dei giuristi e le istituzioni della Comunità, che è poi l'oggetto del presente studio.

Considerazioni sull'unità del diritto privato in Europa

Lo studioso al quale è dedicato il mio modesto contributo ha il merito grandissimo di aver dato studi importanti alla scienza romanistica e poi di avere spinto il suo sguardo al più vasto campo del diritto moderno, fuori dell'ambito accademico nazionale, proprio in un'epoca di grandi trasformazioni e nuovi assetti mondiali, entro i quali si svolge tra molti ostacoli il processo di formazione dell'Europa unita. Mi sembra quindi quasi doveroso esporre alcune considerazioni su di un aspetto che finora non ha suscitato nemmeno negli organi politici esistenti un interesse pari a quello di altri temi, come in primo luogo la moneta. Mi riferisco alla creazione di un diritto comune europeo. Esso naturalmente non è rimasto estraneo ai giuristi, ma non è finora divenuto oggetto di un processo di realizzazione. Basti pensare che una deliberazione del Parlamento europeo del 26 maggio 1989 con la quale si invitavano gli Stati membri a predisporre le misure per attuare un comune diritto civile rimase sconosciuta alla maggior parte di essi. Per muovere le acque fu convocato per iniziativa proprio di Gandolfi un Convegno internazionale a Pavia nell'ottobre del 1990 ed in esso si discusse dell'opportunità di iniziare con l'unificazione del diritto dei contratti, per i quali si pensava di incontrare minori ostacoli. Gandolfi da parte sua sostenne che movendo dal codice civile italiano era possibile una sintesi con il diritto francese, quello tedesco ed il common law. Già Peter Stein¹ aveva posto in evidenza che i giuristi romani erano più vicini alla giurisprudenza inglese di come non fossero quelli dei paesi con codici. In Italia Francia Germania, Paesi Bassi/esistono associazioni di giuristi e studiosi singoli, che si occupano del tema, ma non vi è un collegamento organico con gli organi politici. Peggio ancora i romanisti si presentano divisi² ed in polemica non su punti particolari, ma su questioni fondamentali storico-teoretiche. Chi scrive nei suoi lontani anni giovanili ha collaborato attivamente ai numerosi volumi dell'Annuario di diritto comparato, anche senza essere un convinto assertore dell'utilità del metodo comparativo, ma per esigenze di vita—non proprio quelle di chi tira quattro paghe per il leso di carducciana memoria. Ebbi allora modo di farmi un'idea sulle diversità esistenti fra i vari diritti dei principali paesi europei. Il mondo di oggi è però mutato ed i problemi non sono più soltanto quelli propri dell'unificazione, ma investono i valori stessi della convivenza nella società e quelli della persona. Confesso quindi di non essere molto interessato alla disputa insorta tra i cosiddetti neopandettisti e gli storici puri del diritto, per alcuni dei quali ho stima ed ammirazione. E come non

7, Spagna,
Austria

¹ Roman Law and English Jurisprudence yesterday and today, Cambridge Univ. Press, 1969. Per un approfondimento comparativo tra Italia, Germania e Francia ed Inghilterra Gandolfi, La conversione dell'atto invalido, Milano 1884-1988

² Bretonne, La coscienza ironica della romanistica, Labeo 43, 2, 1997, 187 ss.; Behrends, Die Person oder die Sache?, ivi, 1998, 1, 26 ss. Ed in essi altri riferimenti bibliografici. Riserve critiche per entrambi in Guarino, ivi 1998, 2, 253 s. favorevole peraltro alla tesi principale di Bretonne —

averla per un Behrends, che ai nostri tempi osa farsi editore e traduttore del Digesto o per un Bretone, che in un'ampia visuale della cultura antica e moderna si erge a campione della storicizzazione del diritto intrecciandolo con la filosofia e la sociologia?

A parte divergenze non secondarie su tale intreccio, il mio scarso interesse per la disputa dipende dal fatto che avrei preferito da personalità tanto dotate un aiuto nella ricerca delle soluzioni concrete che il nuovo diritto dovrebbe dare ai problemi del nostro tempo ed in che modo questo potrebbe essere realizzato. Io vorrei soltanto dire a proposito del metodo che l'unità del pensiero storico è indispensabile per comprendere la realtà del diritto di altre epoche, valutando poi volta a volta se furono più determinanti i fattori economici e sociali, quelli religiosi, culturali, filosofici o gli eventi bellici, rifuggendo da schematismi aprioristici. Considero tali sia la tesi della continuità del diritto romano, sia il suo opposto, cioè il relegarlo fra le anticaglie inutili del passato, dimenticando che in varie epoche esso è stato il solo fattore civile unificante dell'Europa. Per un altro verso i cultori del diritto e della sua storia non possono essere estranei ai grandi rivolgimenti di un'epoca, che già ha avuto inizio prima ancora dell'anno duemila, una data esaltata con enfasi per l'inizio del terzo millennio, come se fossimo in grado di conoscere quello che avverrà non dico nei mille anni futuri, ma nemmeno nei cento. Poiché tali rivolgimenti investono anche valori e principi fondamentali spetta ai giuristi assumersi le responsabilità delle scelte intorno alle quali si viene sviluppando un dibattito i cui termini sono confusi e non di rado ambigui.

Per rendere esplicito e chiaro il mio pensiero sceglierò un tema fra quelli di maggiore importanza, lo stato delle persone e della famiglia. Esso è in una zona di frontiera tra pubblico e privato e l'accentuazione dell'uno o dell'altro aspetto implica già una scelta. Non occorre risalire alla controversia famosa sulla Libertà degli antichi e dei moderni per rendersene conto. Questo tema oggi è in termini diversi da quelli risultanti dai precedenti storici, come sono stati lucidamente trattati da Fritz Sturm nel suo studio sulla recezione del diritto sullo stato delle persone dalla Francia alla Germania, Austria, Svizzera e Paesi Bassi.³ In tale studio si trattava di ricostruire la storia delle conquiste civili laiche avvenute nell'età della rivoluzione dopo che la Chiesa aveva per secoli tenuto i registri delle persone e degli atti di nascita, matrimonio, morte ad esse relativi, con tutti i problemi che le diversità di religione comportano. Oggi sebbene permangano controversie sulla legittimità per la Chiesa del matrimonio soltanto civile e del divorzio, non è su questo che insorge il più aspro contrasto, ma è sul valore e la definizione della famiglia, che correnti non trascurabili di opinione vorrebbero riconosciuta, diversamente dall'ordine

³ Die Rezeption des französischen Personenstandsrechts in Deutschland, Österreich und die Schweiz—Ein Markstein auf dem Weg zur Gleichheit, Glaubens- und Gewissensfreiheit, Zeit.f. Zivilstandwesen, 59 1991, 209 ss.

naturale, anche se costituite da due persone dello stesso sesso. Da altri invece si domanda il riconoscimento delle unioni di fatto, cioè unioni di carattere coniugale, senza le formalità del matrimonio civile o religioso che sia. A me pare che esista una diversità insuperabile tra le due rivendicazioni e non occorre nemmeno discuterne, tanto essa è evidente. La famiglia per sua natura ha per scopo la procreazione dei figli, il che non è possibile nelle unioni omosessuali, che vanno quindi considerate dall'ordinamento giuridico in un ambito del tutto diverso da quello della famiglia. Le unioni di fatto possono invece essere riconosciute e ricorrendo alcune caratteristiche essere equiparate alla famiglia legittima. Come è noto nel sistema romano dove esistevano vari tipi di matrimonio, quello più comune non richiedeva atti formali per la sua esistenza, ma due requisiti di sostanza, l'*affectio maritalis* e la coabitazione, che poteva essere interrotta per tre giorni, il *trinoctium*⁴, ciascun anno per evitare l'acquisto della patria potestà sulla donna mediante l'usucapione. Per aversi *iustae nuptiae* occorreva che vi fosse il *conubium*, vale a dire la capacità matrimoniale nei coniugi, requisito che nel corso dei secoli venne esteso a tutti coloro che in seguito alla costituzione di Antonino Caracalla ottennero la cittadinanza romana, ma continuò ad esistere nel tardo impero per le unioni fra liberi e schiavi, fra romani e barbari e fra cristiani ed ebrei, con gravi sanzioni penali per i contravventori. Ancora nella legislazione giustinianea, dove pure non si usa più il termine *conubium* nel senso tradizionale, si trovano varie limitazioni e fra di esse quella relativa ai coloni vincolati alla terra. Per le conquiste dei diritti civili del nostro tempo tutte queste discriminazioni razziali e sociali sono cadute per la famiglia legittima e conseguentemente non possono risorgere nelle unioni di fatto. Per il loro riconoscimento il diritto europeo dovrebbe dettare la disciplina dei requisiti necessari, in primo luogo in qual modo si manifesta il consenso della coppia ed il tempo necessario per accertarne la serietà. Ovviamente non basta l'iscrizione in un registro comunale, come è stato stabilito da una amministrazione comunale in Italia, non so con quale potere, dato che le norme sullo stato civile sono contenute in una legge statale e così è da augurarsi che rimanga fino a quando non si adotterà un comune diritto europeo. Di altra natura è la questione concernente lo stato giuridico del concepito, che si è sostenuto debba considerarsi come persona contro la tradizione incontrastata romanistica, che teneva conto dei possibili interessi ereditari del nascituro, se il suo dante causa fosse premorto. Il diritto romano aveva escogitato la finzione espressa nella formula famosa "*conceptus pro iam nato habetur*", garantendone l'efficacia mediante la nomina di un curatore, il *curator ventris*, che doveva appunto vigilare durante il periodo della gestazione. Al di fuori di questo non si comprende come il concepito possa essere considerato una persona prima della nascita, se non per far ricadere

⁴ Idee originali sul *trinoctium* ora in L. Peppe, *Storie di parole, storie di istituti*, SDHLLXIII, 1997, 186 ss.

l'aborto nel reato di infanticidio, con un aggravamento delle sanzioni preesistenti alla legge che lo permise, la quale può essere anche ritoccata, ma non va abrogata. Comunque sia, in gran parte dell'Europa comunitaria l'aborto è ammesso e non dovrebbe essere difficile giungere ad un'intesa per stabilire un regime giuridico uniforme, con deroghe dove non è ammesso. Per le coppie omosessuali è superfluo dire che per esse non deve esistere discriminazione, ma soltanto riconoscere che esse non sono equiparabili alla famiglia naturale. 77

In uno scritto brillante in questo stesso volume A. Guarino ha constatato le diversità profonde esistenti nei vari paesi ed accennato al grossissimo problema di uniformare gli ordinamenti di Civil Law e gli altri di Common Law. Egli ha nella logica del suo discorso ridotto a queste due categorie la classificazione dell'esistente, che nei comparativisti è molto più variopinta.

- Si può averne un'idea dalla ricerca approfondita fatta in tempi recenti da A. Pizzorusso⁵, il quale respinge come antiquata la distinzione fra diritto pubblico e diritto privato e sostiene che la classificazione debba considerare gli ordinamenti giuridici nella loro totalità. Con riferimento alle controversie di un tempo sull'impiego della dogmatica moderna nello studio del diritto romano, anche dopo la fine dell'usus modernus pandectarum, egli perviene alla conclusione che si può andare oltre le interpretazioni dei singoli ordinamenti e ricercare la spiegazione delle analogie e delle differenze. A me pare che il nostro compito sia quello di prendere conoscenza di quello che la comparazione ci offre e ricercare una sintesi storicamente ancorata alla realtà per giungere al fine ultimo, la creazione di un diritto europeo unificato. Sulle radici romanistiche torneremo alla fine di questo studio.

Bisogna riconoscere che allo stato attuale siamo ben lontani dal fine dell'unità del diritto. Nell'ottica degli organismi europei, dalla Commissione allo stesso Parlamento, che si appresta ad essere rinnovato per la quinta volta, non vi è la codificazione del diritto, ma l'avvicinamento delle legislazioni nazionali degli Stati membri nella misura necessaria al funzionamento del mercato comune (CE. Art. 3 lett. H), che viene inteso come spazio economico comune⁶. Questa è l'idea fondamentale ispiratrice del Trattato del 1958, che in fondo permane anche negli Atti successivi, nonostante gli indubbi progressi e l'affermarsi dell'Unione Europea come organizzazione economica e politica, proposta nel 1984 da Altiero Spinelli e passata dall'Atto Unico europeo (17-28 febbraio 1986) dopo varie vicende al Trattato sull'Unione Europea (Maastricht) del 7 febbraio 1992, che nell'art. N prevede una revisione, dalla quale è scaturita la Conferenza intergovernativa di Amsterdam con il relativo Trattato del 2

⁵ Sistemi giuridici comparati, 2a ed. Milano 1998, in particolare p. 162 ss. e gli AA. Ivi citati

⁶ Vedi B. Beutler, R. Bieber, J. Pipkorn, J. Streil, J. H. H. Weiler, L'Unione Europea (trad. It. Bologna 1998, a cura di V. Biagiotti e J. H. Weiler), p. 490 ss. ed AA. ivi cit.

ottobre 1997, generalmente ritenuto deludente per le questioni sociali ed il tema dell'occupazione, divenuto nel decennio di grande gravità. In questi vari passaggi si sono realizzati alcuni progressi per l'armonizzazione del diritto, ma sempre e soltanto per oggetti separati, intorno ai quali erano insorti dissensi e contrasti fra i membri della Comunità. Un campo importante per le connessioni con la libera circolazione dei beni è quello del diritto societario. Fino al 1977 la Commissione ha presentato 13 proposte di direttive, dieci delle quali sono state accolte. Alcune riguardano le società di capitali e quelle in accomandita semplice, altre le società per azioni, le fusioni interne e quelle internazionali. E' molto tormentata l'adozione di un modello di Società europea, sebbene sia stata prevista l'applicabilità in via sussidiaria del diritto interno per la struttura ed i metodi decisionali e riconosciuto il potere impositivo dello Stato dove si attua il rapporto negoziale. Ancor più contrastate sono tutte le proposte concernenti la partecipazione dei lavoratori alla gestione dell'impresa. Il massimo che si è finora ottenuto è l'accordo sulla politica sociale, allegato al Trattato sull'Unione europea, nel quale si concede che il Consiglio può deliberare a maggioranza per la consultazione dei lavoratori, mentre in caso di cogestione vale la regola dell'unanimità. Nel 1994, superando le difficoltà passate, si è approvata la direttiva 45/7 (G.U.C.E. L.254/94 p.64), che ammette l'istituzione del Comitato d'azienda europeo, ma solo nelle imprese a dimensione comunitaria, per rendere più agevole l'esercizio del diritto dei lavoratori all'informazione ed alla consultazione⁷.

Bisogna purtroppo constatare che l'Europa unita politicamente ed economicamente non esiste ancora e la storia della sua nascita e del suo sviluppo ci aiuta a comprendere la realtà attuale, nella quale i problemi dei suoi organi e dei rispettivi poteri sono divenuti più complessi dopo l'ampliamento ai nuovi stati dell'Est europeo. La stessa codificazione delle norme dei vari trattati che si sono conclusi dal 1957 in poi si è arenata nelle secche della diversa tradizione giuridica dei paesi di common law, i quali considerano qualsiasi codificazione come una nuova legislazione. Il Consiglio europeo nella riunione di Dublino del 15 dicembre 1996 aveva richiesto di "presentare una versione considerevolmente semplificata dei Trattati in modo da renderli più leggibili e più semplici a comprendersi dai cittadini dell'Unione". Furono così soppressi un centinaio di articoli superati e si fece una nuova numerazione con il rischio di ulteriori difficoltà nel confronto con i testi precedenti. I temi dell'ampliamento della Comunità e della democratizzazione dei poteri, accrescendo quelli del Parlamento sono per loro natura prevalenti rispetto alle esigenze dell'unificazione giuridica, che ha finito con l'essere considerata come del tutto secondaria, il che rivela la mancanza di una visione organica complessiva del processo creativo dell'unità europea. Si possono addurre

⁷ per tutti questi dati v. Biagiotti-Weiler, *L'Unione Europea* cit., p.148

varie prove a sostegno di tale critica. La più importante di esse è l'assenza del tema dall'Agenda 2000, cioè il programma adottato per i prossimi anni, mentre nel Trattato di Amsterdam non vi è alcun accenno a questo argomento. Nella pubblicistica politica e nei dibattiti parlamentari, nei quali è di moda parlare di sfide, l'unificazione del diritto non è tra di esse né la si trova in interventi di uomini politici di mente acuta e solida formazione culturale, come il ~~Sottosegretario agli Esteri~~ P. Fassino il quale ha elencato ben sei sfide⁸, fra le quali non vi è l'unificazione del diritto. E' del tutto comprensibile che gli uomini di governo rivolgano la loro attenzione ai temi sui quali il dibattito è più vivo ed attuale. Meno si comprendono i silenzi degli organi comunitari, appena rotti da qualche voce isolata. Confesso di non aver potuto disporre di una documentazione completa, ma ho quanto basta per farsi un'idea dell'attività degli organi della CE. Trovo ad esempio una interrogazione dell'on. Ursula Braun Moser (PPE) del 1° settembre 1991 (92/C102/57) a sostegno della commissione Lando, dal nome del suo fondatore, il danese prof. Ole Lando, il quale stava lavorando alla definizione di comuni norme giuridiche relative all'adempimento dei contratti. L'interrogazione alla Commissione si estende alle norme di diritto civile aventi rilevanza economica. La risposta è abbastanza eloquente: la carenza di personale non ha reso possibile una partecipazione più stretta! Apprendiamo peraltro che un gruppo di esperti aveva elaborato un rapporto sui "principi di diritto contrattuale europeo" fin dal marzo 1991, ma esso non sembra che abbia indotto la Commissione a formulare proposte in materia. Gli organi della Comunità sono ossessionati dalla pletora dei provvedimenti che vengono via via emanati ed avvertono l'esigenza di semplificare e procedere alla codificazione dei provvedimenti, ma si è visto quali difficoltà rendono arduo anche tale proposito. Per di più vi è il timore che nella redazione di questi testi codificati si intacchino, coscientemente o meno, i principi di sussidiarietà e di proporzionalità, che i trattati sanciscono, sebbene oggetto di controversie. Come esempio caratteristico dell'inquietudine ed insoddisfazione su tali temi si può vedere la risoluzione del Parlamento europeo pubblicata nella Gazzetta uff. della CE. N.C 167 del 2.6.1997, concernente varie relazioni della Commissione. Giustamente si distingue tra la redazione dei testi, che è un tema di tecnica giuridica, dai principi di sussidiarietà e proporzionalità che hanno un valore sostanziale e non possono essere pretesto per rimettere in causa quanto è stato acquisito sul piano comunitario o tornare al metodo intergovernativo rivelatosi inefficace e poco democratico. Esplicitamente si denuncia la tendenza a presentare in seguito al fallimento di iniziative più ambiziose o della politica del Consiglio "direttive quadro", con il rischio di creare un diritto incerto, meno vincolante, quindi un'armonizzazione fittizia e una trasposizione aleatoria agli ordinamenti giuridici nazionali. Il

⁸ In Dossier Europa, Anniversario Trattato di Roma 1957, anno X marzo 1997, p. 76 ss.

documento rileva "con preoccupazione" la mancanza di progressi nel periodo 1993-1996 in settori essenziali del mercato interno, segnatamente la libera circolazione delle persone e la società anonima europea e denuncia l'influenza negativa dell'utilizzazione del principio di sussidiarietà in senso contrario al trattato. Domanda l'impegno di "dimostrare in modo circostanziato", che il principio di sussidiarietà non è stato applicato a scapito dell'acquis comunitario. La risoluzione deplora l'inflazione di documenti preparatori, Libri verdi e bianchi etc. e di proposte legislative, che poi vengono ritirate. Quanto agli stati membri si rileva che essi spesso indorano le direttive comunitarie e che i parlamenti nazionali non controllano l'esatta trasposizione nelle leggi nazionali delle direttive stesse.

La critica è severa e può darsi che sia eccessiva. Essa però dimostra la riluttanza degli stati membri ad accogliere le norme comunitarie allorché esse contrastano con singole parti dell'ordinamento nazionale.

Sempre allo scopo di avere un'idea dello stato reale delle cose nell'ambito comunitario aggiungo a quel che ho posto in risalto più sopra qualche recente esempio concernente i risultati dell'iniziativa di semplificazione della legislazione (SLIM), di cui si sono avute due fasi, come risulta dalla Relazione della Commissione del 24.11.1997. Questa iniziativa è stata affidata a gruppi di cinque esperti e cinque rappresentanti di utenti della legislazione. Nella prima fase l'oggetto era la raccolta dei dati e la nomenclatura del commercio interno. Nello svolgimento della loro attività i Gruppi hanno constatato una contraddizione tra la volontà dei ministri di semplificare e la riluttanza ad adottare procedure adeguate allo scopo. Nella seconda fase l'oggetto è l'obbligo dell'IVA, Nomenclatura combinata per il Commercio Estero, servizi bancari, fertilizzanti. Colpisce la frammentazione della ricerca, né i fattori addotti per spiegare la selezione dei settori hanno alcunché di unificante. Nel loro lavoro i Gruppi si sono fatti guidare dal desiderio di non interferire sui processi di codificazione normativa in corso, il che si giustifica solo nell'ipotesi che tali processi non avevano alcun bisogno di semplificazione. Per quanto riguarda i vari settori, le maggiori difficoltà si sono rilevate nella disciplina dei servizi bancari (v. All. 4 alla Relazione).

Interessante per la conoscenza dello stato reale dell'attività degli organi comunitari è la Comunicazione della Commissione del 27.5.1998 sull'iniziativa "Legiferare meno per agire meglio". Vi si legge che il fine di un'azione più efficace per l'integrazione europea ha ottenuto progressi sostanziali non specificati, mentre si considerano meritevoli di riflessione alcuni casi in cui il Consiglio ha sovraccaricato le proposte, date le esigenze degli Stati membri: Zoo, protezione degli animali, prodotti alimentari destinati ad un'alimentazione particolare, norme tecniche per le ~~quali~~ ultime il Consiglio ha adottato formulazioni molto più complesse della proposta iniziale, trasformando due definizioni di poche righe in un

testo lungo e prolisso. Infine il documento segnala che nella legislazione nazionale non vi è nessun segno di diminuzione.

Mi sembra che vi sia quanto basta per la fondatezza della tesi critica di una totale mancanza nei programmi degli organi comunitari di una codificazione del diritto privato; la *Communis Europae Lex* (CELEX) è un sistema informatico in cui si pubblicano tutti gli atti e le proposte in materia di legislazione comunitaria e non ha nulla da vedere con l'unificazione.

A proposito degli Stati va rilevato che in Italia in una fase iniziale la Corte Costituzionale (n.14,1964) ha considerato le norme comunitarie al pari di leggi ordinarie, nel respingere il ricorso Costa sulla illegittimità costituzionale della legge di nazionalizzazione dell'Energia elettrica ed istituzione dell'ENEL in contrasto con la Corte di giustizia europea, che affermava la preminenza del diritto comunitario su quello interno. Successivamente la Corte italiana ha finito con l'accogliere (n.187, 1973) il principio della prevalenza, ponendo a base della decisione l'art. 11 della Costituzione⁹, che prevede, com'è noto, limitazioni della sovranità per assicurare la pace e la giustizia tra i popoli. Che la CE sia un'organizzazione internazionale utile per la pace è indubbio, ma solo con una certa forzatura interpretativa si può farla riconoscere rispondente ai fini dell'art. 11. Ad ogni modo nella sostanza delle cose è stato bene individuare un fondamento costituzionale all'adesione al Trattato istitutivo della CE, superando le resistenze che si opponevano ad essa. In seguito la Corte nel ribadire i suddetti principi li ha però dichiarati applicabili anche agli atti di esecuzione di singole norme del Trattato da parte degli organi comunitari, Corte di giustizia compresa (sent. n.239 del 1989). In tal modo sorge un nuovo problema, quello del sindacato di legittimità costituzionale su qualsiasi attività normativa della CE¹⁰. A mio parere la questione deve essere mantenuta nell'ambito del diritto interno italiano e non si può contestare il potere della Corte costituzionale di dichiarare l'esistenza di un contrasto con principi fondamentali del nostro ordinamento, salvo a vedere con rigore quali essi siano. Su altri temi che sono stati esaminati in tempi recenti vi è una positiva tendenza delle due Corti ad uniformare le loro decisioni. L'evoluzione dei rapporti comunitari e l'insorgere di nuove e non sempre facili occasioni di dubbi richiede da parte nostra una normativa adeguata, che si stava predisponendo dalla Commissione bicamerale per la riforma della seconda parte della Costituzione, che però non è giunta a compimento in conseguenza della fine poco felice della sua attività. Bisogna peraltro riconoscere che il tema dell'unità giuridica dell'Europa non è fra quelli predominanti, anche se vari leaders dei partiti italiani sono

⁹ V. l'ampia esposizione di A. Cassese in *Commentario della Costituzione* a cura di Branca, I (Bologna 1975), 579 ss. con bibliografia, aggiungi Paladin ed altri cit. in Biagiotti-Weiler, 153 n.35 e Sorrentino, Corte costituzionale e Corte di Giustizia della Comunità europea I, Milano 1970; Barile, Il cammino comunitario della Corte, *Giur. Cost.* 1973, 2405 ss.

¹⁰ V. i numerosi AA citati per tale sentenza in Biagini-Weiler, 154 n.45

membri anche del Parlamento europeo. Tuttavia sono stati affrontati non pochi sacrifici dal paese per conseguire nel campo della finanza pubblica i parametri necessari per partecipare all'adozione della moneta unica, l'Euro. Se da questo deriveranno vantaggi di ordine economico-sociale vi sarà una spinta ulteriore per procedere con maggiore impegno verso l'unificazione dell'ordinamento.

Sempre nel modo frammentario che si è detto sono stati negli ultimi tempi conseguiti progressi importanti. Fra di essi va segnalato l'Atto del Consiglio del 28 maggio 1998, che ha stabilito la Convenzione concernente la competenza il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni nelle cause matrimoniali. Sotto questo titolo non vi sono soltanto norme relative alla procedura ed alla competenza dei giudici ma anche norme di carattere sostanziale che riguardano la responsabilità dei genitori verso i figli, gli aspetti civili della sottrazione internazionale dei minori, misure sul patrimonio, che sono al confine tra l'esecuzione ed il diritto sostanziale. Il tema del matrimonio, del divorzio e dell'annullamento è del resto per sua natura procedurale e sostanziale assieme. Date le diversità esistenti nei vari stati membri la Convenzione ha lasciato che il diritto nazionale continuasse ad esistere se non in contrasto con i principi in essa affermati. Anche la questione più delicata e spinosa della competenza esclusiva dei tribunali ecclesiastici per l'annullamento del matrimonio, come in Portogallo, o concorrente come in Italia e Spagna è stata risolta nel senso del mantenimento degli obblighi concordatari salvo il rispetto delle condizioni poste nel titolo III. Per l'Irlanda si è adottato un protocollo particolare. Ho esposto in sintesi il contenuto di questa convenzione, che si è avvalsa del potere conferito al Consiglio dall'art. K (precisamente Titolo VI del Trattato UE) perché esso potrà essere seguito da altre iniziative analoghe. Già del resto il Consiglio aveva stabilito una convenzione sulla notifica e ratifica negli Stati dell'UE degli atti giudiziari ed extragiudiziari in materia civile e commerciale, con il fine di accelerare la procedura di trasmissione degli atti e di rafforzarne la certezza giuridica. Altro passo sulla via dell'unificazione è la norma della convenzione sul matrimonio, che attribuisce alla Corte di giustizia dell'UE la competenza sulle controversie derivanti dall'applicazione delle norme del Trattato, togliendola ai giudici degli Stati membri. Concludo questo breve e non certo esauriente contributo. Non vedo, dato il comportamento degli organi comunitari e l'incompiuta creazione dell'Europa politica istituzionalmente unita una codificazione del diritto non è alle porte. Ma più il processo di integrazione avanzerà, più entreranno in campo tecniche destinate a rivoluzionare i rapporti giuridici e gli stessi modi di essere materiali - si pensi che sono già in corso gli studi e le proposte per la comunicazione elettronica della firma e di quella confidenziale, come a dire crittografia (C.U.C.E. 22.5.98 C.157,01) - per renderci conto di quello che ci attende.

L'unificazione comporta anche il superamento dei diritti nazionali, il che non vuol dire la loro totale scomparsa, se l'Europa unita non sarà avvolta in una grigia uniformità. Un buon ordinamento federativo le permetterà di essere unita e diversa ad un tempo, nella cultura, nell'arte ed anche nelle concezioni giuridiche in quelle parti, che saranno in grado di regolare adeguatamente le realtà nuove. Solo il corso della storia alla fine deciderà del futuro. Ma anche il nuovo conterrà in sé tradizioni e pensieri che vengono da lontano. Certo un'Europa unita non è compatibile con l'attuale stato farraginoso della legislazione comunitaria.¹¹ Tra le tradizioni che sono valide vi sono quelle che risalgono al diritto romano. Non proprio nel senso che vari vagheggiano¹², ma in quello che esso in fasi precedenti le codificazioni ha costituito la base per molte norme giuridiche ed ancora oggi talune parti del diritto privato risentono dell'origine romanistica. Non si può rifiutare il giudizio espresso nella previsione pessimistica di P. Koschaker sulla crisi del diritto romano che ~~nella sua eliminazione dall'insegnamento ne~~ avrebbe sofferto la formazione scientifica del giurista. E' molto difficile comprendere un sistema giuridico, anche quando è regolato in un codice, se non se ne conosce la storia. Dall'altro lato la giurisprudenza romana ci ha lasciato un modello insuperato per collegare al caso concreto una norma od un principio. Se aveva ragione Kunkel di sdegnarsi, come riferisce Sturm, del fatto che un alto funzionario tedesco non conosceva nemmeno il nome di Savigny, il che non gli aveva impedito di ascendere ad alti gradi della gerarchia e divenire professore onorario, io temo come male peggiore che i problemi nuovi della nostra epoca si affrontino con un esasperato tecnicismo, trascurando la realtà umana cui la norma è destinata, una realtà che nella gerarchia dei valori dovrebbe essere al disopra di tutto. Parafrasando una felice espressione di Jhering "Per il diritto romano, ma oltre di esso" oggi direi nella costruzione dell'unità europea "Per il progresso tecnico, ma più avanti di esso."

*Avrebbe sofferto della sua
eliminazione dall'insegnamento.*

¹¹ Per averne una pallida idea basta dare uno sguardo al volume di A. Santa Maria, *Diritto commerciale comunitario* (2a ed. Milano 1995), in particolare pp. 516-571.

¹² Mi limito a qualche recente esempio: F. Fernandez de Buján, *Aportación del derecho romano al proceso de elaboración del derecho de la Unión Europea*, SDHI. LXIV, 1988, 529 ss. il quale ritiene che la giurisprudenza comunitaria assai spesso si richiama ai principi fondamentali anche degli stati membri, nei quali è presente l'influenza del diritto romano. Più documentate ricerche in L. Vacca, *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparativistica*. Atti Congr. Intern. Pisa 1990, Milano 1991; *Equilibrato giudizio* in F. Sturm, ZSS. CXI, 1994, 664 ss.

A pubblicato quando questo scritto era in stampa,

14
Postilla.- Non ho potuto tener conto dell'importante volume *X* CODE EUROPEEN DES CONTRACTS, coordinatore G. Gandolfi, nel quale si contiene il Progetto preliminare del Libro I, in *X* titoli con 136 articoli. Ciascun titolo è preceduto da un Preambolo del coordinatore. Il Progetto riguarda i principi generali dei contratti. Esso è stato redatto da una commissione di giuristi, che si ricollega al Convegno del 1990 e successive riunioni negli anni dal 1992 al 1995. Ciascun titolo ed i relativi articoli sono stati discussi approfonditamente. La Presentazione ^{di} A. Tunc e la Prefazione di P. Stein danno notizie assai utili sull'attività svolta in più di un decennio e sulla partecipazione di numerosi giuristi di tutti i paesi della Comunità. Vi è anche una bibliografia (pag. 10 ss.) con gli scritti concernenti il tema, buona parte dei quali sono di G. Gandolfi. Se avessi conosciuto in tempo il volume, avrei potuto trarne certo dati e notizie e rendere il mio contributo più aderente agli interessi che in questa fase ispirano l'Accademia.

Rimane comunque la necessità di stabilire un rapporto organico tra il mondo dei giuristi e le istituzioni della Comunità, che è poi l'oggetto del presente studio.

SENATO DEL

INSERIRE QUI
DOCUMENTI DI VIAGGIO

Posta Celere

167/846056

prof. Giovanni Carolini
Accademici dei Privati Europei

VIA Pavia Centro - ~~Posta 270~~

27100

28

Questa spedizione vi è stata consegnata da

in Rente

Franco de Martini 02/99 VP

A. Felcone 258

napoli



foto di base

a Roma 17.11.2001

