



27 MARZO 2019

# Il diritto privato europeo

di Guido Alpa

Professore ordinario di Diritto civile  
Sapienza – Università di Roma



# Il diritto privato europeo \*

di Guido Alpa

Professore ordinario di Diritto civile  
Sapienza – Università di Roma

**Sommario:** 1. Le accezioni della formula “diritto privato europeo”. 2. L’ Europa del diritto. 3. Il diritto europeo come scrigno delle libertà. 4. Il diritto privato e l’identità europea. 5. Il diritto privato europeo “esistente”.

## 1. Le accezioni della formula “diritto privato europeo”

Quando si definisce il diritto privato europeo si procede da una duplice convenzione: che sia uniforme l’uso del vocabolo “*diritto*” e che sia condiviso il significato dell’aggettivo “*privato*”.

Tuttavia, mentre l’espressione “diritto”, e il sintagma “diritto privato” possono vantare una storia millenaria, la formula “diritto privato europeo” è nuova: nelle trattazioni dottrinali è in uso da qualche decennio, nei documenti comunitari è in uso da alcuni anni, nelle aule universitarie è affiorata da poco tempo, nelle aule giudiziarie è pressoché sconosciuta. Si tratta infatti di una formula linguistica di nuovo conio, che non si sovrappone, né si può confondere con la *lex mercatoria* o con il *ius commune* di stampo medievale, né con altre creazioni risalenti ai secoli passati.

---

\* Riceviamo e volentieri pubblichiamo. Intervento tenuto in occasione della lezione inaugurale del ciclo di seminari “[Lezioni aperte sull’Europa](#)”, organizzato dalla Università di Roma Sapienza, Tor Vergata e Roma Tre nel mese di marzo 2019. Seguono i saluti di apertura dell’intervento:

*Magnifici Rettori,*

*Autorità, Signore e Signori, cari studenti,*

*sono davvero onorato di essere stato invitato a partecipare a questa prestigiosa iniziativa e lieto di poter offrire alla loro attenzione qualche riflessione su un tema che mi ha accompagnato negli studi degli ultimi venti anni; studi che si sono ispirati all’impegno per l’unificazione del diritto promossa da illustri Maestri della Sapienza, come Vittorio Scialoja, che coordinò la commissione italo-francese per la redazione di un progetto di codice di diritto delle obbligazioni, pubblicato nel 1927, o come Salvatore Galgano, che fondò l’Annuario di diritto comparato nel 1930, di Francesco Calasso, la cui opera straordinaria, Il Medio Evo del diritto, costituisce ancora una pietra miliare nella storia degli studi europei, di Tullio Ascarelli, che tra i primi giuristi della metà del Novecento si occupò dei rapporti tra diritto ed economia, e Gino Gorla, a cui si deve una concezione del diritto non giusformalista ma aperta alle interconnessioni con i fenomeni economici e sociali, e il mio Maestro Stefano Rodotà, che nella sua straordinaria attività ha contribuito a redigere la Carta europea dei diritti fondamentali siglata a Nizza nel 2000. Per parte mia, ho partecipato per diversi anni al gruppo di lavoro coordinato dal professor Christian von Bar dell’Università di Osnabrueck dedicato alla redazione di un progetto di codice civile europeo, una iniziativa sostenuta dal Parlamento e dalla Commissione europea dagli anni Novanta del secolo scorso fino al 2014; il progetto è stato poi sospeso sia per la contrarietà manifestata dai rappresentanti di alcuni Stati Membri (in particolare il Regno Unito e la Francia) sia perché in alcuni ordinamenti nazionali si era già avviata o si intendeva avviare una riforma dei codici civili vigenti, come è avvenuto in Germania nel 2000, in Francia nel 2016 e in Belgio l’anno scorso.*

Proprio perché nuova, si tratta di una formula da decodificare. E si tratta anche di una formula piegata a molti significati, come dimostrano i molteplici contributi via via apparsi nell'ultimo torno d'anni. Si tratta dei contributi di giuristi che provengono da esperienze culturali diverse, e quindi trattano questa formula – ormai divenuta una “materia” di insegnamento e una “branca del diritto” – dipingendola secondo le proprie categorie concettuali.

La novità della formula risiede sia nell'oggetto a cui essa allude, che prima non esisteva ed ora invece è presente nella cultura giuridica, nella letteratura, negli atti, e talvolta (ma più raramente) nelle sentenze, sia nella sua connotazione particolare, per l'appunto l'essere un diritto *europeo*.

La novità, ma anche la difficoltà, offerta da questa formula è data dal fatto che essa non può decifrarsi secondo i paradigmi a cui i giuristi sono adusi, perché *non* è un diritto appartenente ad un solo Stato, *non* è diritto internazionale, *non* è un diritto convenzionale, ma è tutte queste cose insieme e qualcosa di più. Si pensi, ad es., alla direttiva sulla responsabilità del produttore per i danni arrecati dai difetti dei prodotti agli utenti e consumatori (n. 85/374 CEE): essa è stata emanata dagli organi comunitari, è stata attuata nell'ambito degli ordinamenti statali dei Paesi membri dell'Unione, ha dato luogo ad una serie di applicazioni giurisprudenziali, ha introdotto nuovi termini, ha codificato un principio – la responsabilità oggettiva del produttore – ed ha portato al ravvicinamento delle disposizioni che nei singoli ordinamenti già regolavano la materia.

Quando si parla di diritto privato “europeo” si usa un termine altamente evocativo, perché si riferisce *all'Europa*: e l'Europa è al tempo stesso un mito, una espressione geografica, una espressione economica e sociale, una espressione politica, mentre nel nostro caso acquista un connotato *giuridico*.

Conviene tuttavia fare ancora una precisazione.

Possiamo distinguere una prima accezione di diritto privato europeo, che si colloca nell'ambito della cultura giuridica (i), una diversa accezione, che riguarda le fonti del diritto dell'Unione europea e dei diritti nazionali che hanno introdotto regole ascrivibili all'ambito del diritto privato, denominate “existing European private law” – si pensi a titolo esemplificativo alla disciplina dei diritti fondamentali nell'ambito dei rapporti tra privati, alla disciplina dei dati personali, ai rapporti tra imprese e consumatori, alla tutela dell'ambiente, all'esercizio delle professioni, a singoli tipi contrattuali in materia bancaria e assicurativa, alle regole del GEIE e al modello della società europea (ii), ed infine ai progetti di codificazione del diritto privato in ambito europeo, tentati da diversi gruppi di studiosi raccolti nello Study Group for a European Civil Code, o il gruppo che ha redatto i PECL, i PETL e così via.

## 2. L' Europa del diritto

Per compiere dunque questo percorso di decifrazione del significato del sintagma, e per comprenderne tutte le sfaccettature, le pieghe, il linguaggio e i significati riposti, conviene prendere le mosse dalla storia. Più che non dalla sua storia minuta, dalla Storia in senso proprio, quella raffigurazione aulica in cui si condensa il cammino umano

Il diritto privato europeo è una branca di un sistema giuridico che si va formando insieme con la costruzione dell'Europa moderna. La stessa concezione di Europa si è modificata nel tempo. Ed è doveroso ricordare, in questo faticoso cammino di costruzione culturale Paul Hazard, Accademico di Francia e docente al Collège de France che nel suo libro più noto, *La crise de la conscience européenne* dato alle stampe nel 1935 si chiedeva che cosa fosse l'Europa. È un nuovo ordine che nasce nel corso di meno di mezzo secolo, dal 1680 al 1715, in cui si verificano grandi cambiamenti psicologici filosofici e tecnici nella immaginazione collettiva. Alla crisi della tradizione antica e medievale il pensiero europeo reagisce con immane un'opera di ricostruzione che segue un percorso faticoso: l'empirismo di Locke, il deismo e la religione naturale professati da Boyle, da Bayle, da Collins e Toland, il diritto naturale di Grozio, Pufendorf, Spinoza, Cumberland, Fénelon, Thomasius e Gravina, la morale sociale di Mandeville, la ricerca della felicità sulla terra di Fontenelle e di Shaftsbury, la scienza e il progresso di Cartesio e Newton, la nuova umanità e il Romanticismo di Rousseau e Pope, la vita pittoresca, il riso e le lacrime, e poi la nascita dell'idea di nazione nella cultura tedesca, per finire alla psicologia dell'inquietudine.

È l'*Europa delle idee* che costituisce il fulcro dell'idea di Europa, non quella che nasce nelle guerre di religione, nelle lotte tra le potenze, nello sfruttamento delle masse, nel commercio degli schiavi.

Ma come si viene formando l'Europa? Gli storici non sono concordi sul punto, e si arrovellano in un dibattito appassionante.

Entrano in gioco anche gli aspetti ideologici, e, negli anni Trenta del Novecento si registra lo scontro tra Romanità e Germanesimo.

Le potenze dell'Asse esprimono, attraverso i loro intellettuali ed esponenti politici, i programmi unitari dei simboli (asseritamente culturali) che avvicinavano (alcuni) popoli europei e li rendevano "superiori" agli altri. È una linea di pensiero maturata nella seconda metà dell'Ottocento negli scritti degli storici e dei giuristi. Due tradizioni tra loro inizialmente contrapposte, come insegna la storia medievale d'Europa e d'Italia in particolare, poi in parte fuse nelle vicende di convivenza, di uniformazione del diritto, di percorsi politici unitari. Dal contatto delle due tradizioni si vuol far nascere la storia moderna d'Europa. Un volume, pubblicato in Italia da Sansoni e in Germania da Luetke, riflette questa concezione. Il volume raccoglie le conferenze tenute da una nutrita schiera di intellettuali versati nelle diverse discipline che

ripercorrono tutte i passaggi di storie dapprima parallele, poi intersecantesi, poi unitarie dei popoli retti dalla “civiltà romana” e dei popoli retti dalla “civiltà germanica”.

Vi si esaminano i miti, le stirpi, il diritto, i risorgimenti nazionali, la dottrina politica, la lingua, i mistici, la poesia, le arti, la musica, il teatro, il Rinascimento e il Romanticismo, l’arte della guerra, l’economia, la filosofia, tutto ciò nel tentativo di raffigurare l’incontro delle due civiltà come il cemento del moderno cammino umano.

Ma al di là delle storiche contingenze, dei fatti indubitabili di incontro di queste civiltà, le tesi qui propugnate sono del tutto peregrine. Non ci si avvede, sul piano storico, che il “germanesimo” non aveva pervaso solo la Germania, ma tutte le regioni dell’Europa settentrionale, e si era poi diffuso al sud, arrivando fino in Sicilia. E non si considera che i luoghi di contatto, di scambio, di trapianto, di osmosi, rivisitati in quegli scritti, introducevano confini del tutto arbitrari, perché ciascuna delle espressioni delle scienze e delle arti a cui si faceva riferimento poteva sì avere avuto origine in un luogo, ma si era poi diffusa in tutte le regioni europee, e di qui, con gli innesti e le alterazioni che sono propri di ogni pensiero migrante, si erano nuovamente ricollocate nei paesi di provenienza. Con un processo di mutuo arricchimento che non poteva riconoscersi solo alla Germania e all’Italia, coinvolgendo tutti i Paesi dell’Europa continentale e finanche insulare.

Di questa contraddizione intrinseca alla tesi che vede la rinascita dell’Europa nel binomio “romanità e germanesimo” si avvede il filosofo Giovanni Gentile, una delle poche voci critiche in quel contesto. Egli rintraccia la saldatura di Romanità e Germanesimo nel pensiero ottocentesco che si contrappone all’Illuminismo, nel pensiero che si affida alla realtà storica che nasce dal basso, dalle “forme rudimentali della vita spirituale del popolo”. Da queste basi Gentile fa scaturire l’idea di *nazione*, che ha un fondamento spirituale ma anche un fondamento naturale (la terra, la lingua, i costumi del popolo); e la credenza – che egli definisce una “mezza verità” – per la quale le nazioni “sono fatte da Dio, non dagli uomini”. Mezza verità perché la nazione “non è un dato naturale, bensì una realtà affermata (teoricamente e praticamente) dalla coscienza”. E, attesa la circolazione del pensiero, “si svuotano evidentemente di reale interesse le questioni intorno al carattere nazionale puro di ciascuna filosofia e agli eventuali influssi che essa possa subire da parte di altre filosofie”.

Gli aspetti giuridici sono più complessi, investendo sia la tradizione medievale e moderna, sia il fenomeno della Recezione del diritto romano in Germania, sia il movimento della Scuola storica, che si diffuse in tutta l’Europa continentale dalla seconda metà dell’Ottocento fino alla prima metà del Novecento, con l’impalcatura dogmatica della Pandettistica.

Sempre nella cornice che si è delineata – della convivenza di Romanità e Germanesimo – un grande giurista degli anni Trenta, Mariano d’Amelio, allora primo presidente della Corte di Cassazione, aveva

tracciato le fasi di questa storia binaria. La sintesi delle due tradizioni è rappresentata proprio da un romanista, Teodoro Mommsen.

Secondo Stobbe la differenza fondamentale – quanto alla natura strutturale - tra le due tradizioni era che il diritto germanico, in quanto diritto indigeno, era in gran parte consuetudinario, e perciò *ius incertum*, privo di principi generali e composto di regole particolari di natura concreta, del tutto inadatte alle esigenze di un commercio in via di sviluppo. Per contro, il diritto romano, in quanto diritto scritto, era da tutti conosciuto e adattabile alle sempre nuove necessità.

Ma d'Amelio pone in evidenza anche le correnti contrarie al pedissequo ossequio al diritto romano che si sprigionano alla fine dell'Ottocento in Germania e trovano poi alimento nella politica culturale e accademica nazista.

La diatriba sulla utilizzabilità del diritto romano prende avvio alla metà dell'Ottocento, con il dibattito tra Schmidt e Ihering, sulla configurabilità di questo “sistema” come un quadro di principi assoluti. Prosegue con Beseler, che attacca la Scuola storica, e in particolare Savigny, per il difetto di legittimazione della dottrina che aveva scelto il diritto romano come contenitore depositario di regole non volute dal popolo. Autorevoli studiosi come Windscheid avevano alzato la loro voce in difesa del diritto romano, di cui il diritto tedesco non poteva ripudiare la paternità. “Il diritto romano – egli sottolineava - non è il diritto assoluto: un diritto assoluto non esiste; nel campo giuridico come in qualunque altro la verità non si svela che con il lavoro assiduo e continuo dello spirito. Ma il diritto romano è il risultato del lavoro giuridico di quella parte dell'umanità, cui fra tutti i popoli finora apparsi nella storia del mondo venne concessa la maggiore attitudine per la cultura del diritto. Il diritto romano non è il diritto, come l'arte dell'Ellade non è l'arte; ma il patrimonio intellettuale dell'umanità non si accrebbe per opera dell'arte greca in più alta misura di quella che si sia accresciuto per opera del diritto romano”.

L'ossequio al diritto romano in Germania non si arresta neppure con la codificazione del 1896-1900. Il connubio si scioglie con la rivendicazione della nazionalità del diritto germanico da parte delle autorità naziste.

Di qui l'accorata difesa del diritto romano assunta con coraggio da Koschaker.

La tesi di Koschaker è assai suggestiva, ed è ancora diffusa nel pensiero occidentale, e richiede una riflessione approfondita, che ne collochi il significato nell'ambito del clima culturale e politico in cui è sorta. Storico del diritto romano e dei diritti orientali antichi, Paul Koschaker (1879-1951), dopo aver insegnato nella sua patria, all'Università di Graz, prosegue il suo magistero nelle più importanti università tedesche, in particolare a Lipsia, Berlino e infine a Tubinga. Negli anni berlinesi scrive per l'appunto un saggio sulla crisi del diritto romano, *Die Krise des römischen Rechts und die romanistische Rechtswissenschaft* (1938), poi raccolto, con altri saggi a cui si farà menzione, in un libro apparso nel 1947, e tradotto in

italiano con il titolo *L'Europa e il diritto romano*. Si tratta di un saggio sul metodo di studio del diritto romano, inteso come un'arte, nata dalla pratica della soluzione di casi concreti a cura dei giuristi romani, e poi trasformato in scienza dogmatica nella tradizione giuridica medievale. Per mantenere il suo insegnamento e la sua funzione formativa nel percorso degli studi di diritto, Koschaker ne pone in rilievo la struttura giuridica, piuttosto che non l'analisi storica, che attrarrebbe questa materia nell'ambito degli studi storici sottraendola a quelli giuridici.

Questa crisi nasce in Germania in epoca coeva alla introduzione del codice civile tedesco: il *BGB* attrae tutta l'attenzione dei giuristi e il diritto romano rimane sullo sfondo. Koschaker cerca di dimostrare che "il diritto romano costituisce una parte significativa, anche se non la più importante, della civiltà europea e che è perciò indissolubilmente legato all'Europa". La sua crisi si coniuga con il tramonto dell'Europa avvenuta a seguito della prima Guerra mondiale.

Koschaker dimostra che il diritto moderno affonda le sue radici nel connubio di diritto romano, Germanesimo e Cristianità. E quanto all'Europa egli sostiene che "L'Europa è anzitutto un fenomeno culturale, una inconfondibile sintesi di elementi culturali germanici e di elementi culturali classici prevalentemente romani, da cui non si può disgiungere il Cristianesimo, e che nel loro insieme determinarono la situazione culturale delle classi sociali più elevate nei diversi paesi europei, penetrando altresì nelle masse attraverso il Cristianesimo". L'Europa "non è un dato di fatto geografico e naturale, ma bensì un prodotto della storia". *L'imperium Romanum* era un impero mediterraneo; con la frantumazione dell'impero bizantino e l'invasione islamica, l'Occidente cristiano si affida ai Franchi, e la nuova concezione di "Europa" nasce con l'impero carolingio e con l'investitura data dal Papa a Carlo Magno. Tutta la storia del diritto occidentale, fondata sullo studio del diritto romano, intriso di valori germanici e cristiani, si snoda, secondo Koschaker, attraverso i secoli fino alla Recezione del diritto romano in Germania.

La tesi di Koschaker, illustrata nella sua presa di posizione contro l'emarginazione del diritto romano nell'insegnamento del diritto propugnata dalla politica universitaria nazista, fece un'enorme impressione nella cultura giuridica dell'epoca. E un altro grande studioso del diritto romano, Francesco De Martino, nel suo scritto su *Individualismo e diritto romano privato*, del 1941, riprendendo la posizione di Koschaker, scende in difesa del diritto romano così come era rappresentato dal nazionalsocialismo, cioè come "diritto del capitalismo". De Martino sottolinea che questo modo di interpretare il fenomeno era una mistificazione, perché i nazisti lottavano contro i principi civili ereditati dal diritto romano perché si opponevano alla tutela della libera personalità. Il diritto romano – secondo De Martino – deve piuttosto essere inteso come un corpo di regole che si fondano sulla libertà contro l'assolutismo, cioè contro il

potere statale illimitato. D'altra parte, sovrapporre al diritto romano la concezione capitalistica dei rapporti politici ed economici non poteva che essere una forzatura antistorica.

### **3. Il diritto europeo come scrigno delle libertà**

Allo scoppio della Seconda guerra mondiale e nel corso delle operazioni belliche, dell'occupazione da parte delle forze nazifasciste di molti Paesi europei, l'idea di Europa acquista un significato ancora diverso. Evoca le istanze di pace e di libertà dai totalitarismi. E per rendere concrete queste istanze molti pensano di creare una organizzazione di livello europeo – uno Stato federale, o una confederazione, o un ente superstatale con determinate competenze – che incarni questi valori. Si tratta di accademici, di uomini politici, e anche di giuristi. Ciascuno con una propria angolazione, derivata sia da posizioni ideologiche sia da concezioni prospettiche differenti, ma tutte orientate alla ricerca di valori comuni ad una società – europea – con i quali procedere alla ricostruzione della civiltà occidentale ormai devastata.

Anche in questo frangente la storia, meglio, l'uso della storia, contribuisce a cementare le nobili aspirazioni degli spiriti democratici.

Può apparire singolare la circostanza che proprio nei medesimi anni due storici – l'italiano Federico Chabod e il francese Lucien Febvre – dedichino i loro corsi universitari all'analisi dell'*idea di Europa*. È singolare e commovente al tempo stesso, se si considera che ormai il grande conflitto è deflagrato ed è in atto. I due storici sono animati da intenti non espressi in modo esplicito, ma chiaramente decifrabili nelle loro pagine.

Nell'anno accademico 1943-1944 Federico Chabod impartisce alla Facoltà di Lettere dell'Università di Milano un corso sulla storia europea, i cui temi saranno ripresi, a guerra ultimata, nella prolusione tenuta nel gennaio 1947 all'Università di Roma nel corso dell'anno accademico 1947-1948. I tempi allora erano procellosi: in quei mesi, come si ricorderà, l'Italia era divisa in due, il Sud già liberato dagli Alleati, il Nord ancora sotto il governo fascista collaborante con le forze naziste.

Secondo Chabod l'idea di Europa intesa in senso moderno non si deve confondere con la sua idea geografica o fisica. Ciò che rileva è l'Europa intesa in senso politico culturale e morale, perché è questa *l'idea* che penetra nella forma mentis, nell'abito culturale dei moderni. “Nella storia – avverte Chabod - ha posto solo ciò che ha coscienza di sé”. Pertanto, l'idea di Europa che gli storici fanno risalire a Isocrate, che distingueva tra Europa e Asia, a Erodoto, che delineava i confini geografici di Europa, ad Augusto, che la concepiva come oggetto di conquista di nuovi territori alla dominazione romana, alla Christianitas, che definiva il confine tra civiltà e barbarie, allo stesso Carlomagno, che insieme con il Papa la concepiva come impero romano di Occidente, baluardo contro l'invasione araba, è un'idea mutilata.



Allo stesso modo è parziale l'idea degli Umanisti che concepiscono l'Europa come la regione in cui maturano affinità culturali, morali, spirituali e di costumi. Quel che conta è l'*idea politica* d'Europa, come "corpo politico" in cui gli Stati si bilanciano reciprocamente in un equilibrio dei poteri. Chabod rintraccia questa idea in epoche più recenti, in particolare nel pensiero degli Illuministi: nelle pagine di Federico il Grande, di Voltaire, di Montesquieu. Gli Illuministi vedevano l'Europa come una terra di *libertà*. Ma le loro opinioni non erano univoche: qualcuno attribuiva al Germanesimo l'origine della nuova civiltà, mentre Voltaire insisteva sulla contrapposizione tra Europa e Asia, e riconosceva solo nell'Europa la patria delle lettere e delle scienze.

Chabod sottolinea come l'idea di Europa si offuscava con la nascita della *nazione*, costruita mediante l'apporto di Rousseau. Ma l'idea non muore. Metternich e Castlereagh la concepiscono come un tutt'uno, un corpo politico complessivo con le sue parti in equilibrio, fino al punto che lo stesso Castlereagh pensa ad un "Commonwealth of Europe". E anche in epoca romantica, con il consolidarsi dell'idea di nazione, non scompare l'esigenza di collocare le nazioni occidentali in una cornice unitaria: il rivoluzionario Mazzini o il conservatore De Maistre ritengono che i diritti delle nazioni debbano essere temperati con quelli dell'Europa.

Nell'anno accademico 1944-1945 anche Lucien Febvre, uno dei fondatori della scuola storica francese degli *Annales*, tiene un corso di lezioni al Collège de France su *Europa. Genesi di una civiltà*.

Anche Febvre prende le distanze dall'idea geografica d'Europa, ma si chiede come nasca questo nome, che non è dato per natura. Questo nome sembra risalire al 520 a.C., ad Ecateo di Mileto, che nel descrivere l'orbe terraqueo, distingueva tre regioni: l'Europa, l'Asia, la Libia. Ben presto l'Europa diventa una categoria dello spirito. E i suoi confini concettuali cambiano nel tempo a seconda delle influenze economiche e politiche. L'Europa si confonde con la civiltà del Mediterraneo, poi con i confini dell'Impero romano. Al fallimento politico dell'Impero subentra la vittoria della cultura romana, quindi europea. Per Febvre - che riprende un'affermazione di Marc Bloch - l'Europa in senso moderno nasce quando l'impero romano crolla: i suoi germi si possono rintracciare nell'Impero carolingio e nella contrapposizione dell'Occidente alla conquista araba. Si tratta dunque di un'idea eminentemente fondata sulla *cultura*: "la collaborazione ad una medesima opera di civiltà, la partecipazione ad un medesimo ideale di cultura, ad un medesimo ideale di vita, la partecipazione, la collaborazione, di popolazioni assai diverse tra loro". Ma Europa vuol dire anche la Cristianità delle crociate, la feudalità del sistema politico, la ripresa economica, la ricerca dell'oro, la repubblica delle lettere, la terra delle rivoluzioni e delle nuove libertà, la terra delle nazioni. Ecco perché l'Europa "...parola feticcio, parola rimedio, parola di salvezza" postula



una “repubblica europea”. In conclusione, di una affascinante e preziosa ricostruzione di questa idea Febvre ricordava ai suoi studenti, nella Francia occupata, che “l’Europa è il termine necessario di quella lunga marcia verso l’unità e la concentrazione, iniziata e perseguita da tutti i paesi europei da più di un millennio, dai tempi in cui l’Impero carolingio ha dato una sorta di prima prefigurazione all’ Europa. Questo hanno detto i grandi spiriti, i generosi spiriti romantici del secolo XIX. Come potremmo non dirlo, insieme con loro, noi uomini del secolo XX?”.

Frattanto l’idea di una Europa intesa in senso politico e sovranazionale avanza.

Nel 1940 R.W. Mackay pubblica a Londra un libro su *Federal Europe*. Altiero Spinelli, al confino a Ventotene, scrive nel 1941, insieme con altri detenuti, un *Manifesto* che descrive l’aspirazione di un’Italia libera in un’Europa libera e unita. Thomas Mann, nel suo messaggio pronunciato alla radio di New York il 29 gennaio 1943, professa la sua idea di unità europea e proclama la necessità di fondare una “federazione di liberi Stati con eguali diritti, capaci di far fiorire la loro indipendenza spirituale e la loro cultura tradizionale sottomessi contemporaneamente alla comune legge della ragione e della moralità”.

E già nel 1940, quando il Belgio, l’Olanda e il Lussemburgo sono invasi dai nazisti, viene creata la “Commission pour l’étude des problèmes d’après guerre” (CEPAG) che, con l’aiuto di P.H. Spaak e H. Pierlot, si preoccupa dell’avvenire dell’Europa. Sono le questioni economiche e sociali, ma soprattutto quelle politiche che si esaminano con lucidità e lungimiranza, sottolineandosi con forza la necessità di pervenire ad una unione europea tale da scoraggiare l’insorgere di altre guerre atroci e di promuovere la democrazia e il progresso dei popoli europei.

L’esito di questi ideali e di queste correnti sarà la istituzione delle Comunità e poi la fondazione dell’Unione europea. Un percorso lento e difficile scandito dal Trattato di Roma, dall’ Atto unico, dal Trattato di Maastricht, dal Trattato di Amsterdam, dalla Carta europea proclamata a Nizza, dal Trattato costituzionale in corso di redazione.

Alla fine della Guerra l’idea di Europa risorge dalle ceneri del conflitto. Gli storici promuovono un ulteriore affinamento di questa idea. Già Oscar Halecki, laureatosi a Cracovia, membro dell’Accademia polacca e poi professore alla Fordham University di New York pone, nel 1950, il problema della cronologia della storia d’Europa, con i suoi limiti geografici, le sue divisioni naturali e le sue scansioni temporali, rivendicando l’inclusione dell’Europa dell’ Est nella storia europea *tout court*.

Le radici più profonde e più chiare dell’Europa pensata come un insieme nel secolo XX sono quelle *culturali*. Secondo gli storici contemporanei esse si collocano nell’Alto Medioevo: l’uso della lingua latina, la civiltà della scrittura, i centri di insegnamento – e la nascita delle Università – sono alcuni dei fattori che gli storici coniugano con fattori giuridici: il diritto scritto, le scuole di diritto, l’universalità delle leggi,



la nozione di cittadinanza e di *res publica* costituiscono quelle che Michel Baniard, docente dell'Università di Tolosa, definisce le “salvaguardie culturali” della civiltà europea.

Ma la discussione è aperta.

Il diritto non sempre campeggia tra i tratti distintivi dell'identità europea. Ma per molti uno degli aspetti fondamentali di questa identità è data dalla costruzione dei *diritti dell'uomo*, nella duplice versione dei valori difesi dal Cristianesimo e dai valori difesi dall'Illuminismo.

La ricerca nella tradizione storica di radici europee e quindi dei caratteri distintivi dell'identità europea può essere il riflesso di una consapevolezza amara, e cioè che dall'Ottocento in poi, con il consolidarsi delle *nazioni* e con l'accreditarsi dell'*idea di nazione* e delle ideologie nazionaliste, l'Europa “ideale” si sia infranta contro la realtà e che oggi si debba ricompone l'unità anche mediante la falsificazione della storia.

#### **4. Il diritto privato e l'identità europea**

Che posto occupa il fattore giuridico nella costruzione dell'identità e della coscienza europea? Si è già sottolineato che nell'analisi degli storici il fattore giuridico non ha un rilievo fondamentale. Gli storici del diritto, per parte loro, hanno tentato di scrivere la storia del “diritto europeo”, ma nella maggior parte dei casi, si è in presenza di una storia del diritto medievale a cui si è sovrapposta la dimensione europea.

Il problema è più complesso di quanto si potrebbe pensare di primo acchito. In un libro denso e raffinato (*Italia ed Europa nella storia del diritto*, Bologna, 2004) Antonio Padoa Schioppa ci avverte che per sette secoli, sino alla fine del Settecento, “l'Europa continentale ha modellato e praticato un unico grande sistema di diritto sopranazionale, fondato su una struttura normativa a più livelli, che ha dato vita ad una sorta di comune <repubblica della cultura giuridica>”, sì che per ogni esperienza nazionale non è possibile isolare i confini territoriali di questo fenomeno. L'eredità del *Corpus iuris* giustiniano è stata ricostruita e modellata dai Glossatori, poi è stata ripresa dal diritto canonico con il *Decretum* di Graziano, poi riformulata dai Commentatori, dalla Scuola culta, fino alla caduta dell'*Ancien Régime*. La frattura con il passato si è consolidata con le prime codificazioni dell'Ottocento, anche se le tracce del diritto romano rielaborato in quei sette secoli non sono scomparse.

In questa epopea del diritto romano rielaborato aveva un ruolo anche l'Inghilterra. Ma per ragioni politiche, religiose, e anche di identità nazionale, gli storici del *common law* per lungo tempo hanno tentato di isolare l'esperienza inglese dalle esperienze continentali e hanno mantenuto un atteggiamento riduttivo nei confronti sia del diritto romano sia del diritto canonico, consumando il tentativo di creare una originalità assoluta del *common law* che oggi è in fase di rimediazione. Secondo Baker (*An Introduction to*

*English Legal History*, Londra, 1990) l'influsso del diritto romano – che è mancato nel corso della dominazione romana dell' Inghilterra – si è verificato nell'alto Medioevo e poi attraverso il diritto canonico, ma ha lasciato ben poche tracce: qualche termine o qualche nozione (come *aequum et bonum*, *dominium*, *nudum pactum*, *res nullius*) ma successivamente la costruzione di un corpo di regole autonome ha finito per allontanare il diritto inglese dal diritto continentale. E anche Plucknett (*A Concise History of the Common Law*, Londra, 1956) segue questa linea, anche se fa qualche concessione: ricorda che il trattato di Glanville manifesta una certa familiarità con il diritto romano, che il *Domesday Book* è stato scritto con l'intonazione tipica dei giuristi italiani, che Thomas Becket portò Vicario in Inghilterra, e a Vicario si deve l'insegnamento ufficiale del diritto romano nell'isola. Se si aggiungono a questi influssi anche gli ultimi guizzi della romanità introdotti dagli Stuart, ci si avvede che si tratta di fenomeni del tutto marginali. Tuttavia, nell'Ottocento lo studio del diritto romano è rifiorito: una indagine affascinante ci indica come John Austin ne abbia tratto grande vantaggio nella costruzione sistematica del common law (Hoefflich, *Roman Law and Civil Law*, Athens, Georgia, 1997).

Lo studio del diritto romano in Inghilterra è tuttora fiorente, ma ha determinato – secondo Markesinis (*Il metodo della comparazione*, trad.it., Milano, 2004) – una singolare situazione. Sembra cioè che gli studiosi inglesi di diritto comparato abbiano finito per scambiare il diritto romano con il diritto continentale, e quindi per molti anni abbiano svuotato l'interesse e la ricchezza dei modelli continentali a vantaggio di una rappresentazione immaginifica del diritto dell'Europa non insulare. Di qui sono nate due reazioni di segno opposto: l'avversione per molti giuristi inglesi contemporanei che studiano il diritto privato europeo verso ogni traccia del diritto romano, da un lato, e la pretesa, da parte di altri studiosi, di assegnare al diritto romano il ruolo di base fondamentale del diritto privato europeo (v. Alpa, *Il diritto privato nel prisma della comparazione*, Torino, 2004, p. 73 ss.).

Nessuno di loro, però, a qualsiasi orientamento appartenga, dubita che la componente giuridica sia parte essenziale della cultura e della identità europea.

Se si pensa che tra le componenti dell'identità si debbano annoverare anche il soggetto e la soggettività, la cittadinanza, i diritti fondamentali, il modello di gestione democratica del potere, si deve convenire sulla essenzialità del fattore giuridico.

Si aprono allora due problemi: se il fattore giuridico sia essenziale nella costruzione delle identità nazionali, e se l'identità europea debba essere concepita come una identità nazionale di maggiori dimensioni.

Se si associa all'idea di identità quella di coscienza, il fattore giuridico nelle identità nazionali non è particolarmente importante. L'uomo comune si sente inglese, francese, tedesco, spagnolo, italiano per la

lingua che parla, per la cultura di cui è portatore, per la “mentalità” di cui è espressione, certo non per le regole di comportamento a cui si uniforma.

Per l'identità europea - nel senso che i contemporanei assumono - invece le cose cambiano. L'Europa “unita” nasce alla metà degli anni Cinquanta del Novecento fondandosi su tre pilastri: il pilastro economico, il pilastro sociale e il pilastro giuridico. Lo spazio unitario, economico e sociale, non avrebbe potuto prendere forma senza l'apporto del diritto. L'evoluzione dell'Unione poggia quindi eminentemente sulla sua struttura giuridica (S. Cassese, *Lo spazio giuridico globale*, Roma-Bari, 2003) e sul suo spazio giudiziario (S.M. Carbone, *Lo spazio giuridico europeo*, Torino, 2000).

Di qui l'*acquis communautaire*, che in molti settori dei rapporti economici e sociali già ha introdotto un diritto uniforme e un diritto armonizzato. Di qui la ricerca di un fondamento costituzionale individuato nella Carta dei diritti e nel Trattato costituzionale ed ora nella Carta costituzionale dell'Unione europea, firmata a Roma il 29 ottobre 2004 - e le spinte verso la creazione di uno spazio giudiziario europeo. Di qui, infine, i progetti di codificazione del diritto privato europeo.

A livello europeo il fattore giuridico assolve ad un ruolo ben più importante di quello assolto nelle esperienze nazionali. Dal punto di vista statico, è uno dei pilastri che cementano l'Unione, un elemento che assicura solidità e continuità nella costruzione di una Europa unita. In questo senso, non ha rilevanza se l'Unione europea diventerà un ente sovranazionale a cui si assegneranno limitate funzioni unitarie, una federazione in cui si conserveranno le identità nazionali, o uno Stato vero e proprio a base regionale.

Dal punto di vista dinamico il fattore giuridico ha un ruolo ancora più rilevato, perché diviene uno dei motori propulsivi dell'Europa del futuro. Ed infatti è dalla dimensione giuridica che è partita la edificazione della nuova Europa.

Nella dimensione giuridica possiamo considerare: la base della tradizione, cioè il contesto della *cultura giuridica* occidentale; i *valori comuni dell'Occidente* la *struttura* del diritto comunitario; la *formazione* del diritto pubblico e del diritto privato europeo.

In questa prospettiva la cultura giuridica che oggi si sta radicando in Europa come deve essere considerata?

La situazione nella quale viviamo è ben diversa da quella descritta da Carl Schmitt nel suo acuto saggio su *La costruzione della scienza giuridica europea* (1943-1944, ora in trad.it., Roma, 1996). Non che le idee di Schmitt, espresse in quel saggio, debbano essere riprovate; anzi, Schmitt per certi aspetti sembra un preveggenze della condizione che si è venuta a creare: la scienza del diritto europeo è certamente un fatto storico, il diritto romano ha avuto un ruolo protagonista nella formazione del diritto in Europa, la crisi della legalità statale ha ricevuto le sue conferme; tuttavia, lo “Stato di diritto”, la *Rule of Law*, non hanno

abdicato alla loro essenziale funzione in ogni ordinamento democratico (e non è un caso che proprio nel preambolo della Costituzione europea si sottolinei questa scelta politica fondamentale), né possiamo dire che il paradigma di Savigny che individuava l'origine del diritto nel *Volkgeist* sia stato incorporato nella formazione del diritto europeo attuale; neppure possiamo ammettere che solo la scienza del diritto sia l'ultimo asilo della coscienza europea. Il diritto romano ripensato criticamente, come si apprende dai contributi di Riccardo Orestano e del suo allievo Massimo Brutti, insieme con il diritto canonico, può davvero considerarsi una delle radici del diritto privato europeo.

Gli osservatori contemporanei ritengono che la cultura giuridica riflessa dal diritto comunitario sia fautrice di una impressionante produzione di regole, in cui alla estensione dello spazio economico si associa la protezione dell'individuo, inteso come lavoratore, consumatore, turista, vittima del deterioramento dell'ambiente.

L'integrazione giuridica ha postulato la prevalenza del diritto comunitario sui diritti nazionali, e perciò ha contribuito a creare quella che Gessner Volkmar, docente dell'Università di Brema e del Z.E.R.P., ha denominato una "common legal structure". Tuttavia, è emersa dal "rapporto Sutherland" la distanza tra il corpus delle norme comunitarie e i singoli sistemi nazionali. In più, le differenze tra i sistemi dei Paesi Membri appaiono ancora notevoli: ad es., lo stile giudiziario, l'attitudine ad intervenire nel mercato con provvedimenti regolatori, oppure le tecniche di rapporto tra individuo e Amministrazione, che variano da quelle svedesi ("contact culture", basata su consenso e affidamento) a quelle inglesi ("negotiation culture" basata su conflitto e affidamento) a quelle tedesche ("regulatory culture" basata su conflitto e scarso affidamento), queste ultime simili a quelle italiane. Così come variano i livelli di tutela dei consumatori e i modi di risoluzione delle controversie (formali e informali).

Volkmar si chiede allora se l'integrazione giuridica europea sia condannata a mantenere il suo carattere fittizio e quali possano essere i rimedi a questa finzione. L'*acquis communautaire* è uno strumento essenziale in questa direzione, ma proprio le differenze ancora esistenti nelle culture giuridiche dei Paesi Membri possono costituire un grave ostacolo alla integrazione giuridica. Non sono sufficienti, né possono esaurire le problematiche, gli scambi di docenti e studenti, i programmi congiunti, il mutuo riconoscimento dei titoli di studio, perché "a legalculture is rooted very deeply in society and cannot easily and quickly be changed by top-down measures". Non si può poi dimenticare che la cultura giuridica europea ora è insidiata dalla globalizzazione degli scambi e del commercio in genere. Condizioni generali di contratto uniformi (uniform contract conditions), modelli contrattuali standard (standard contract forms), termini

generali usati nel business (general terms of business), codici di condotta e anche corti internazionali, sono oggi i fattori unificanti di questa cultura giuridica globale.

Il pensiero giuridico europeo può anche essere descritto in un'ottica opposta a quella della uniformazione: è l'ottica della compresenza di culture diverse, della loro convivenza e della amministrazione della complessità che ne deriva. Claude Lévi-Strauss parlava di progresso nel caso di “coalizione delle culture”. Nel suo solco André-Jean Arnaud ricorre ad immagini evocative per rappresentare il pensiero giuridico europeo come un punto di incontro, di intersezione (*carrefour*), una culla (*berçaeau*), una cornucopia (*foison*). Il *carrefour* è dato dall'incontro di diritto romano, diritto feudale e diritto canonico, il *berceau* dall'uniformazione del diritto sotto l'influenza del giusnaturalismo assiomatico moderno, il *foison* dalla convivenza di tradizioni anglosassoni e scandinave, germaniche, francofone e latine. I diritti nazionali non costituiscono – secondo Arnaud - un ostacolo all'armonizzazione e alla uniformazione del diritto europeo nella misura in cui la scienza giuridica, quale attività cognitiva, non ha confini. Occorre quindi muovere dalla premessa che il pluralismo giuridico è alla base del pensiero giuridico europeo, ma non ne costituisce un freno: la stessa realtà delle Comunità europee è una sfida permanente al pensiero giuridico tradizionale.

Per descrivere e discutere criticamente questo fenomeno Arnaud conia l'espressione di *droit pluriel*, un “diritto al plurale”, un diritto complesso costituito dal diritto comunitario e dal diritto delle Istituzioni europee. È un diritto che sfida la logica positivista tradizionale, la quale ancora il diritto allo Stato. È un diritto che si basa sul processo di integrazione dei sistemi in un ordinamento unitario e di armonizzazione delle regole. È un nuovo modo di pensare all'ordinamento giuridico a cui la cultura giuridica tradizionale si deve adattare, e tentare di creare nuovi paradigmi: la flessibilità che si raggiunge attraverso la formazione di *principi generali e standard*; la *porosità*, che ammette la “interlegalità”, concetto fenomenologicamente contrapposto a quello di pluralismo giuridico. Potremmo esprimerlo nella coesistenza di un complesso di regole uniformi (trattati e regolamenti), di regole di base (direttive) applicate in modo tendenzialmente armonico (discipline nazionali di attuazione) e – aggiungiamo noi – di una base comune di principi desunti dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia e dalla convergenza degli ordinamenti (nonché, nella sua redazione ottimale, formulati in un “codice civile europeo”).

È un “sistema” diverso da quelli costruiti a livello nazionale, proprio di un “diritto post-moderno”. È un sistema complesso che genera paradossi e una interpretazione complessa. Sono chiamati a concorrere nel governo di questa complessità i giudici, gli esperti (di cui si avvale l'Unione europea), le organizzazioni non governative, e la dottrina – *le Droit savant* – che deve compiere lo sforzo di razionalizzazione e

sistemazione delle norme. È un sistema che pone limiti ai diritti nazionali e chiede ai legislatori degli Stati Membri di autolimitarsi. La complessità del diritto europeo non è solo *funzionale*, ma anche *strutturale*, ed è ordinata secondo i cardini della *ragione economica* e della *ragione simbolica*. La ragione economica è più semplice perché le potenze sovrane sono tutte interessate a creare un mercato unico, assoggettato a leggi identiche. La seconda è più difficile da applicare: gli elementi simbolici sono legati alla storia, alla cultura, alla *civilisation*, agli usi e ai costumi, tutti fattori che, anziché unire, tendono a frammentare il sistema, e che si oppongono alla costruzione di una identità europea in cui ciascuno si possa riconoscere.

Il rapporto tra Europa e diritto è divenuto più complesso di come lo prospettava Carl Schmitt: <alla luce degli avvenimenti degli ultimi cinquant'anni [che sono appunto gli anni successivi al saggio scritto da Schmitt] , considerando sia gli avvenimenti peggiori sia quelli migliori – scrive Stig Stroemholm (*L'Europe et le droit*, trad.fr., Parigi, 2002, p. 226) sembra oggi che sia possibile sottolineare come gli elementi più rudimentali e fondamentali di un sistema di “diritto” hanno assimilato un'esperienza che legittima la distinzione tra ciò che il diritto “esige” e ciò che il diritto “tollera” nel contesto storico in cui si colloca l'Europa contemporanea. In un significato restrittivo si può persino affermare che sia meritevole di esser difesa l'idea di un diritto naturale “storicizzato” e “relativizzato”>. Ma certo la scienza giuridica “non potrà mai (...) prendere il posto delle scelte politiche” (op.cit., p.230).

Per decifrare la “cultura giuridica europea” occorre allora procedere con paradigmi diversi rispetto a quelli a cui siamo adusi.

Il diritto privato è il suo laboratorio più significativo, perché, salva la disciplina della concorrenza, le quattro libertà propugnate dal Trattato di Roma sono garantite attraverso l'adozione di direttive. E le direttive sono orientate ad uno scopo, economico e sociale. Questo implica che ogni direttiva ha una sua logica, e non è possibile trovare una coerenza interna al sistema delle regole composto dalle direttive. In più, ogni direttiva ha una sua funzione pratica, per cui, non volendo introdurre regole unitarie ma solo principi, esse non impongono l'adozione di specifici concetti astratti. Inoltre, le direttive hanno un aspetto “impressionistico”, cioè riguardano singoli specifici problemi e sono avulse dal contesto, dal tessuto connettivo dell'ordinamento nazionale in cui sono attuate. Di qui la scelta dei legislatori nazionali di modificare (o meno) il sistema di base per adattarlo alle direttive, al di là delle operazioni obbligatorie determinate dalla loro attuazione.

La complessità della nuova situazione è data anche dal fatto che le direttive creano fratture all'interno degli ordinamenti nazionali: ad es., la disciplina dei contratti dei consumatori in molte esperienze ha sollevato l'interrogativo se fosse utile introdurre una disciplina unitaria per tutti i contratti, anche se la controparte del professionista non sia qualificabile come consumatore. Inoltre, le direttive non sono



coordinate tra loro, sicché talvolta introducono sovrapposizioni o contraddizioni che debbono essere risolte a livello interno, in attesa di testi coordinati emanati in sede comunitaria.

Occorre tener conto anche di altri fattori che esplicitano la complessità del diritto europeo.

Vi sono direttive molto dettagliate che lasciano uno spazio molto esiguo all'intervento dei legislatori nazionali. Talvolta introducono concetti astratti e clausole generali, che pongono il problema della loro estensione anche al di fuori della disciplina specifica, creando quindi quell'effetto di reazione dell'ordinamento che Gunther Teubner ha felicemente denominato *legal irritants*. L'interpretazione delle leggi di attuazione delle direttive scardina i criteri di interpretazione della legge nazionale, perché obbliga l'interprete ad attribuire un significato della norma interna alla luce dei principi della direttiva. La giurisprudenza della Corte di Giustizia è eminentemente pragmatica e del tutto indifferente alle "ragioni" dell'ordinamento nazionale.

Nella concezione tradizionale della cultura giuridica (europea) il nazionalismo e il formalismo sono imperanti e si oppongono - per loro natura - ad ogni tentativo di creazione di un "diritto europeo", in particolare ad un "diritto privato europeo".

In realtà l'analisi dei casi simili porta a conclusioni opposte, come dimostrano i risultati delle ricerche della "scuola di Trento" o le analisi di Basil Markesinis sulla naturale *convergence* dei sistemi giuridici nazionali.

Minata alle fondamenta dalle moderne correnti del pensiero giuridico e incalzata dal diritto dell'Unione la "nuova cultura giuridica europea" è in fase di assestamento e di consolidamento.

Ciò non significa che si debbano abbandonare le culture nazionali o le identità nazionali: ormai siamo abituati ad avere una *pluralità di identità, una identità frammentata*. Soprattutto la nuova cultura giuridica europea è una cultura orientata alla sostanza delle cose, e quindi a privilegiare le similitudini piuttosto che non le differenze. Citando Gordley: "*coherence and good sense have little to do with national boundaries. We will have moved toward a world in which jurists everywhere recognize that fundamental problems are the same, and can talk to each other about them in the same vocabulary*".

## 5. Il diritto privato europeo "esistente"

Il diritto privato europeo esiste già e ha dato luogo ad una impressionante produzione normativa, raccolta in codici di natura scientifica che occupano migliaia di pagine. Ne sono esempio il codice predisposto da Pietro Sirena alcuni anni fa e il codice or ora dato alle stampe da Luca di Donna.

Il diritto dei consumatori non sarebbe esistito, o forse sarebbe esistito in formule meno estese e pressanti, se il nostro Paese non avesse fatto parte dell'Unione, e così il diritto dell'ambiente, e per le altre materie che ho menzionato. Ma soprattutto la persona, nella sua dimensione valoriale, come raffigurata nella



Carta dei diritti fondamentali siglata a Nizza nel 2000 e divenuta vincolante con il Trattato di Lisbona del 2007. Una persona a cui si riconosce innanzitutto la dignità ad evitare ogni forma di sopraffazione, persecuzione, sfruttamento, una persona che deve essere difesa dalle discriminazioni, una persona che è tutelata nella sua integrità fisica e morale, nella sua dimensione privata eppure nella sua immagine digitale. Tutti questi aspetti sono oggetto di una letteratura vastissima, che trova la sua sintesi critica nelle pagine insuperabili di Paolo Ridola.

E poi si deve tener conto del diritto patrimoniale che sarebbe complesso riassumere in poche parole. L'Europa è dunque un processo storico, un cammino comune di natura culturale, sociale, valoriale, e non solo economico. Il diritto privato europeo ne è uno specchio significativo. È un diritto incentrato non più sul mercato ma sulla persona. È questo il messaggio giuridico che l'Europa, come sostiene autorevolmente Paolo Grossi, può consegnare a tutti gli altri continenti.