

Diritto comunitario vs. diritto comune europeo

di Alessandro Somma

(Pubblicato in Diritto privato europeo. Fonti ed effetti - Materiali del seminario dell'8-9 novembre 2002 raccolti da G. Alpa e R. Danovi, Milano, 2004, pp. 45 – 58)

SOMMARIO: 1. L'unificazione internazionale del diritto nel contesto comunitario. - 2. Un mito da decostruire: l'idillio tra diritto comunitario e diritto comune europeo. - 3. Stato e codice nella costruzione del diritto comune europeo. - 4. Dall'individualismo al solidarismo e ritorno.

1. L'unificazione internazionale del diritto nel contesto comunitario

Con l'espressione unificazione internazionale del diritto - intesa in una accezione ampia - si è soliti indicare il processo attraverso cui le differenze tra i diritti statali sono diminuite o rimosse attraverso l'elaborazione di un sistema comune di norme¹.

In alcuni casi il sistema in discorso rimpiazza l'ordinamento statale, mentre in altri vi si affianca semplicemente. In entrambe le ipotesi sono poi pensabili situazioni in cui le corti statali conservano un ruolo nell'applicazione delle norme comuni e sistemi in cui tale funzione viene invece affidata a corti sovrastatali.

Si può così operare una distinzione tra unificazione - intesa ora in una accezione ristretta - uniformazione e armonizzazione internazionale del diritto. Con il primo termine si intende la situazione in cui la produzione di norme e la loro applicazione viene affidata - rispettivamente - ad un legislatore e ad un sistema di corti sovrastatali. Nei casi in cui difetti il secondo requisito - e quindi l'applicazione di norme resti affidata ad un sistema di corti statali - si ha invece semplice uniformazione. Di armonizzazione si parla infine se lo stato conserva un ruolo anche nella produzione delle norme: in particolare se ha il potere di modificare entro certi limiti le disposizioni prodotte a livello sovrastatale².

Si suole affermare che nel contesto europeo il movimento per l'unificazione internazionale del diritto ha radici che affondano in un passato lontano. Si allude alla

¹ Ad es. M. J. BONELL, Voce *Unificazione internazionale del diritto*, in *Enc. dir.*, Vol. 45, Milano, 1992, p. 720.

² Per tutti G. BENACCHIO, *Diritto privato della Comunità europea*, 2. ed., Padova, 2001, p. 10 s.

tradizione dello *ius commune* romano canonico, sviluppatosi a partire dal basso medioevo a fianco dei differenti *iura propria*³. Questa esperienza cessa di esistere con la nascita dello stato moderno e l'affermarsi delle codificazioni nazionali⁴.

Molti stabiliscono un rapporto tra l'epoca dello *ius commune* e l'attuale momento storico governato dalla globalizzazione⁵. La crisi dello stato moderno consentirebbe invero di eliminare alcuni insormontabili ostacoli al rifiorire di una cultura del diritto capace di annullare o almeno di rendere innocui i confini nazionali. Una cultura che nel contempo sia - almeno in via teorica - capace di restituire cittadinanza politica ai corpi intermedi, sopraffatti o occultati dalla rivoluzione francese⁶.

E in effetti la crisi dello stato moderno coincide con l'emersione di forme di armonizzazione dal basso: ovvero con la crescente circolazione di modelli risolutivi dei conflitti sociali, scaturiti da una prassi applicativa che ha anche formalmente dismesso i panni della mera esecutrice del comando statale⁷. Da alcuni decenni le corti nazionali sono le faultrici di un processo volto al riconoscimento delle istanze dei soggetti deboli e degli enti esponenziali dei loro interessi. Sono in altre parole il veicolo attraverso cui il diritto privato dei diversi ordinamenti dell'area comunitaria ha finalmente smorzato la sua vena tradizionalmente individualista e assunto accentuate coloriture solidariste⁸.

Questa ci sembra essere una caratteristica ed una costante dell'attuale diritto comune europeo⁹. Diritto scaturito dall'unificazione spontanea - non imposta dall'alto - del diritto nel vecchio continente¹⁰. Il tutto con il contributo determinante della letteratura, che da tempo sostiene l'opportunità di una rilettura delle norme civilistiche alla luce dei valori fatti propri dal costituzionalismo del dopoguerra¹¹.

Altrettanto spontanee sono ulteriori forme di armonizzazione che prescindono in modo più marcato dal ricorso alle strutture statali. Le forme cui si riferiscono coloro che valorizzano, tra le caratteristiche della globalizzazione, la restituzione della cittadinanza politica ai corpi intermedi: si pensi alle proposte di

³ Cfr. G. GORLA, *Unificazione legislativa e unificazione giurisprudenziale*, in *Foro it.*, 1977, V, c. 91 ss.

⁴ Ad es. H. COING, *Europäisches Privatrecht*, Bd. I, München, 1985, p. 7 ss.

⁵ V. H.-P. MANSER, *Rechtsvergleichung und europäische Rechtseinheit*, in *JZ*, 1991, p. 533.

⁶ In particolare P. GROSSI, *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, in *Foro it.*, 2002, V, c. 155 ss.

⁷ Ad es. P. G. MONATERI, *Pensare il diritto civile*, Torino, 1997, p. 8 ss.

⁸ Sul punto G. ALPA, *L'arte di giudicare*, Roma e Bari, 1996, p. 3 ss.

⁹ Lo rileva anche F. GALGANO, *La categoria del contratto alle soglie del terzo millennio*, in *Contr. e impr.*, 2000, p. 928.

¹⁰ C. VON BAR, *Tort law: national variety and european perspective*, in *Europa e dir. priv.*, 1999, p. 327 ss.

¹¹ V. specialmente S. RODOTÀ, *Ipotesi sul diritto privato*, in *Id.* (a cura di), *Il diritto privato nella società moderna*, Bologna, 1971, p. 9 ss.

incentivare il volontario ricorso da parte dei privati alle soluzioni elaborate dalla dottrina¹² oppure direttamente dagli operatori economici¹³.

Altri modi di unificare il diritto del contesto europeo si fondano invece su interventi autoritativi. Tra essi spicca il ricorso al diritto comunitario: strumento pensato prevalentemente in funzione di una armonizzazione minima, coordinata con un ampio ricorso più o meno ampio al diritto internazionale privato¹⁴.

Da più parti si sostiene che una simile forma di unificazione autoritativa è da preferire ad interventi più incisivi o comunque da ritenere l'unico obiettivo cui si può realisticamente tendere¹⁵. Essa avrebbe infatti carattere «neutrale»: non sarebbe cioè condizionata dalle opzioni culturali che dominano il diritto statale e con esso le decisioni delle corti nazionali¹⁶.

Se tuttavia si considera la comunanza tra molte delle soluzioni elaborate dalle corti nazionali proprio nelle materie compromesse dalla tradizione culturale dei diversi ordinamenti - comunanza evidenziata dalla ricostruzione del diritto comune europeo¹⁷ - allora si appalesa il vero obiettivo di una armonizzazione minima: coordinarsi con lo sviluppo del libero mercato - il credo cui si ispira la principale attività comunitaria - evidentemente considerato «un sistema di trasmissione di informazioni neutrale rispetto ai fini»:

«Nella prospettiva del liberalismo il mercato non è tanto il sistema di produzione e di distribuzione delle risorse più efficiente che si conosca, quanto il risultato di un lungo processo culturale, che consente di soddisfare le aspettative soggettive indipendentemente dalle decisioni e dal controllo del potere politico. Coerentemente con l'aspirazione fondamentale del liberalismo alla divisione, riduzione e controllo del potere, ciò consente anche di facilitare la soluzione dei contrasti sociali, evitando che questi assumano forme radicali e dirompenti, come invece può avvenire quando una maggioranza politica impone i suoi interessi alla minoranza. Il mercato, allora, è un sistema per tentare di separare la realizzazione delle aspettative individuali dai valori fondamentali della convivenza politica. In altre parole, per evitare che una temporanea posizione di preminenza politica si possa trasformare in una duratura posizione di preminenza economica (e viceversa)»¹⁸.

E' evidente che in un discorso sulle scienze sociali nulla può essere considerato neutrale: né i riferimenti al libero mercato, né tanto meno le tecniche normative attraverso cui se ne tenta l'instaurazione. Entrambi mirano infatti alla

¹² H. KÖTZ, *Alternativen zur legislatorischen Rechtsangleichung*, in *RabelsZ*, Bd. 56 (1992), p. 215 ss.

¹³ Al proposito M. R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, 2000, p. 101 ss.

¹⁴ Per tutti J. TAUPITZ, *Privatrechtsvereinheitlichung durch die EG: Sachenrechts- oder Kollisionsrechtsvereinheitlichung?*, in *JZ*, 1993, p. 533 ss.

¹⁵ A. PADOA-SCHIOPPA, *Il diritto comune in Europa: riflessioni sul declino e sulla rinascita di un modello*, in L. MOCCIA (a cura di), *I giuristi e l'Europa*, Roma e Bari, 1997, p. 41 s.

¹⁶ Così ad es. G. BENACCHIO, *Diritto privato della Comunità europea*, cit., p. 18.

¹⁷ Cfr. A. DE VITA, *Al crocevia degli itinerari dei diritti europei*, in *Pol. dir.*, 2000, p. 557.

¹⁸ R. CUBEDDU, *Atlante del liberalismo*, Roma, 1997, pp. 36 e 40 s.

riduzione dello stato ai minimi termini: quelli appena sufficienti a consentire il ricorso alla concorrenza come sistema universale, attraverso cui disciplinare - secondo i dettami della «mistica del mercato» - la convivenza tra i consociati¹⁹.

2. Un mito da decostruire: l'idillio tra diritto comunitario e diritto comune europeo

L'immagine di un diritto comunitario neutrale nelle forme e nei contenuti consente di trascurare o occultare i molti conflitti inevitabilmente aperti o accentuati in occasione della sua costruzione. Al primo conflitto abbiamo appena fatto riferimento: lo scontro tra diritto comune europeo e diritto comunitario.

Un simile scontro viene considerato inesistente da alcuni autori. E non solo - come è comprensibile - dai fautori del libero mercato. L'armonia tra diritto comunitario e diritto comune europeo viene affermata senza distinzione di credo e formazione: è una credenza trasversale rispetto agli schieramenti politici ed ai raggruppamenti disciplinari. Esemplicativi sono i tentativi dei privatisti di dimostrare che «l'indirizzo europeo e internazionale in materia di diritto contrattuale può dirsi univoco nel prospettare un'esigenza di temperamento tra salvaguardia della libertà contrattuale e soggezione al principio di buona fede»²⁰. Tentativi speculari alle ricostruzioni del patrimonio costituzionale europeo come complesso di valori condivisi dal livello comunitario e sostanzialmente trasfusi nella Carta europea dei diritti fondamentali²¹.

Coloro che trascurano il tema delle differenze tra diritto comune europeo e diritto comunitario, affermano che il secondo costituisce attuazione di valori liberisti e che pertanto il primo vi si deve adattare: «la scelta compiuta» in sede comunitaria «nel senso del mercato aperto e della libera concorrenza si innesta anche sul terreno del diritto privato e richiede dunque che con la stessa si misuri chi intenda svolgere l'opera difficile di costruzione di uno strumentario di concetti di diritto privato europeo»²².

Una conclusione del genere non si ritrova presso la dottrina che, invece di trascurare, occulta il conflitto tra diritto comune europeo e diritto comunitario. E' tuttavia lecito ritenere che essa discenda naturalmente - seppure non volutamente -

¹⁹ Ad es. G. GRISI, *L'Autonomia privata. Diritto dei contratti e disciplina costituzionale dell'economia*, Milano, 1999, pp. 76 e 102 ss.

²⁰ F. D. BUSNELLI, *Note in tema di buona fede ed equità*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, p. 548.

²¹ Così A. PIZZORUSSO, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Bologna, 2002, pp. 30 ss. e 39 ss.

²² C. SCOGNAMIGLIO, *Prospettive europee della responsabilità civile e discipline del mercato*, in *Europa e dir. priv.*, 2000, p. 339.

dal rifiuto di prendere atto delle radicali differenze tra i due sistemi di norme. Differenze il cui peso non può essere ridimensionato, neppure attraverso un'ermeneutica capace di esaltare oltre modo le tracce di solidarismo presenti in molti testi normativi: se si vuole anche nel diritto comunitario²³.

Come si diceva ben altri sono i contrasti messi a tacere da chi afferma il carattere neutrale del diritto comunitario: *in primis* lo scontro tra cultura liberale e credo liberista. Si ritiene che i termini dello scontro siano difficili da tracciare²⁴. Vi sono peraltro elaborazioni risalenti utilissime allo scopo: elaborazioni trascurate al solo fine di contribuire - nel modo e con i fini che vedremo - a rafforzare il partito di chi sponsorizza la svilimento dello stato nella costruzione del diritto comunitario²⁵.

Non pare infatti contestabile la definizione di liberalismo come dottrina in cui il principio di tutela dei diritti individuali si combina con la constatazione che il vivere comune necessita di norme universalizzabili, poste da un ente superiore: storicamente lo stato, considerato o meno un male necessario. Laddove il liberismo o liberalismo economico si accredita invece come teoria dell'ordine spontaneo - l'ordine del mercato considerato un'istituzione neutrale rispetto ai fini - che pone l'accento sulla tutela dei diritti economici a detrimento di quelli umani:

«Durante l'ultimo decennio prima della rivoluzione francese incominciano a mostrarsi alcuni dei lineamenti della struttura sociale e politica che doveva più o meno affermarsi per il resto del secolo XIX, una volta esaurite le guerre rivoluzionarie e napoleoniche e le loro conseguenze [...].

Si può affermare che, anche se il culmine dell'influenza borghese si è avuta durante il periodo successivo, è nel periodo in esame che l'ascesa della classe industriale avviene quasi incontrastata e senza opposizione. Nelle grandi nazioni la borghesia non domina politicamente, pur con le importanti eccezioni degli Stati Uniti e, per i diciassette anni del regime di Luigi Filippo, della Francia. In tutti i paesi però i governi, per quanto di origine e di struttura non borghesi, senza escludere quelli definiti reazionari dall'opposizione borghese, appoggiano gli interessi economici della classe industriale quasi senza discussione e fanno del loro meglio per proteggerli. Cosa ancora più importante, essi fanno questo nello spirito del *laissez-faire*, vale a dire, in base alla teoria che il modo migliore di promuovere lo sviluppo economico e il benessere generale è quello di rimuovere gli ostacoli all'iniziativa privata, abbandonandola a se stessa. Questo è il significato che [...] daremo al termine liberalismo economico [...].

Per liberalismo politico, che va distinto dal liberalismo economico, [...] noi intendiamo l'affermazione dell'esigenza del governo parlamentare; della libertà di voto e dell'estensione del diritto di voto; della libertà di stampa; della separazione del potere secolare da quello religioso; delle giurie popolari, e così via, nonché la riduzione delle spese e la politica estera pacifica anche se non necessariamente pacifista. Questo fu il programma della prima fase della rivoluzione francese. Alla fine la tendenza a metterlo in pratica si afferma dappertutto. Ma la rapidità di questa affermazione

²³ Una simile ermeneutica viene sponsorizzata da S. RODOTÀ, *La Carta come atto politico e documento giuridico*, in A. MANZELLA et al., *Riscrivere i diritti in Europa*, Bologna, 2001, p. 59 ss.

²⁴ Sul punto J. LEONHARD, *Liberalismus. Zur historischen Semantik eines europäischen Deutungsmusters*, München, 2001, p. 567 ss.

²⁵ Così D. BESOMI e G. RAMPA, *Dal liberalismo al liberismo*, Torino, 1998, p. 3 s.

differisce ampiamente nei diversi paesi, così come differiscono le combinazioni di forze e le circostanze determinanti in ciascuna fase»²⁶.

Alcuni reputano che la contrapposizione tra liberalismo e liberismo sia oramai superata: da un lato «perché il liberismo, senza rinunciare alla propria storia, ha sviluppato una diversa fondazione teorica» e dall'altro perché «pochi credono ancora nelle virtù salvifiche del laissez-faire»²⁷. Ci sembra al contrario che la contrapposizione sia viva ed attuale e che non possa essere altrimenti, almeno fino a quando il liberismo verrà concepito come una dottrina antistatalista. In particolare una dottrina che ritiene storicamente superato il ruolo della democrazia come il meccanismo più adatto - se non altro al momento - ad assicurare la rappresentanza politica degli individui e dei gruppi²⁸.

Funzionale all'occultamento della distinzione tra liberalismo e liberismo è la sottolineatura - oltre il lecito - delle comunanze tra sistemi di *common law* e sistemi di *civil law*. Funzionale dal momento che questi ultimi - stante il ruolo storicamente assunto dallo stato entro la teoria della tripartizione dei poteri - costituiscono un ottimo punto di riferimento per lo sviluppo delle tesi evoluzionistiche sull'inefficienza della produzione normativa statale. Proporre per il presente simili modelli ha nel merito «un valore scopertamente provocatorio»²⁹, che costituisce indizio di un uso della storia come veicolo di «discorsi legittimanti»³⁰ o come mera narrazione da cui attingere argomenti retorici³¹.

Occorre del resto rilevare che la costruzione della vicinanza tra *common law* e *civil law* si fonda sulla esaltazione di una particolare lettura della storia occidentale. Di essa non intendiamo mettere in luce l'eventuale infondatezza, ma semplicemente sottolineare il suo essere funzionale ad alimentare una visione del credo liberista come vicenda intellettuale che affonda le proprie radici nella cultura europea continentale.

La lettura cui facciamo riferimento narra di una *Western legal tradition* fondata sull'intima condivisione di valori - attualmente corollario del principio di superiorità del diritto sulla politica - capaci di accomunare da un lato le esperienze

²⁶ J. A. SCHUMPETER, *Storia dell'analisi economica* (1954), trad. it., Vol. 2, Torino, 1990, p. 480 ss.

²⁷ R. CUBEDDU, *Alante del liberalismo*, cit., p. 124.

²⁸ *Ibidem*, p. 85 ss.

²⁹ P. GROSSI, *Scienza giuridica e legislazione nella esperienza attuale del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, p. 183 ss.

³⁰ A. M. HESPANHA, *Introduzione alla storia del diritto europeo*, trad. it., Bologna, 1999, p. 10 ss.

³¹ Sul punto J.-L. HALPERAIN, *Entre nationalisme juridique et communauté de droit*, Paris, 1999, p. 196.

europee continentali e dall'altro l'ordinamento britannico prima³² e lo statunitense poi³³.

La sottolineatura delle comunanze tra le esperienze di *civil law* e quelle di *common law* - le ultime incarnate dal modello statunitense - è dunque utilizzata per accreditare l'idea di una naturale appartenenza del credo liberista alla tradizione culturale europea. E difatti il principio della separatezza tra politica e diritto viene proposto come schema cui informare i rapporti tra il potere statale e il potere economico: quest'ultimo considerato capace di ricomporre naturalmente il conflitto sociale ricorrendo al libero mercato³⁴, che occorre pertanto assecondare attraverso un'accentuata espansione del contrattualismo³⁵.

Ecco un'ulteriore contrasto occultato dall'affermazione che il diritto comunitario - realizzando forme di armonizzazione minima - elabora modelli neutrali: il contrasto tra i modelli di redistribuzione della ricchezza sviluppati dal mercato e quelli fondati sull'intervento eteronomo dello stato. Ma sul punto non occorre dilungarsi: l'osservazione del reale offre spunti sufficienti a confutare la tesi in modo convincente e definitivo.

3. Stato e codice nella costruzione del diritto comune europeo

Chi occulta o trascura i contrasti tra diritto comunitario e diritto comune europeo alimenta dunque una strategia discorsiva - priva di reali riscontri obbiettivi - volta a promuovere il liberismo come naturale sbocco della storia europea occidentale: naturale come il mercato, che è lo strumento e il fine di tale strategia.

Appartiene alla strategia in parola la demonizzazione dello stato come istituzione - inevitabilmente destinata a degenerare in strumento di politiche autoritarie prima e totalitarie poi - incompatibile con il proposito di promuovere l'emancipazione degli individui. Questo si ricava - con toni talvolta sfumati e talaltra espliciti - dalla letteratura che illustra il contrasto, a suo dire insanabile, tra il diritto comunitario e l'attuale disciplina costituzionale dell'economia³⁶.

Lo stesso emerge poi dalle ricerche che - pur muovendo da un punto di vista apertamente anticapitalista - finiscono per sponsorizzare le medesime costruzioni utilizzate dai fautori del libero mercato per alimentare forme estreme del

³² H. J. BERMAN, *Law and revolution*, Cambridge e London, 1983, p. 520 ss.

³³ A. GAMBARO e R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, in *Trattato di diritto comparato*, dir. da R. Sacco, Torino, 1996, p. 41 ss.

³⁴ Ad es. M. J. TREBILCOCK, *The limits of freedom of contract*, Cambridge e London, 1993, p. 1 ss.

³⁵ A. SOMMA, *Autonomia privata*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, II, p. 597 ss.

³⁶ Così per tutti N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma e Bari, 1998, p. 18 ss.

loro credo: dai libertari e dagli anarcocapitalisti in testa. Alludiamo alle ricerche che reputano l'illuminismo giuridico - definito come «costruzione intellettualistica incentrata sul primato dei diritti naturali» - l'unica alternativa alla costruzione di un sistema politico in cui l'ente statale viene pensato esclusivamente come «strumentale alla realizzazione di se stesso»³⁷.

Che lo stato non sia un'istituzione intrinsecamente autoritaria o totalitaria, lo abbiamo visto con riferimento alla nozione di liberalismo politico - o liberalismo *tout court* - che storicamente eleva il primo a motore della partecipazione politica dei cittadini³⁸. Ciò si appalesa inoltre se si abbandona il formalismo di impronta illuminista, che ha per molto tempo consentito di occultare una fondamentale distinzione tra le finalità perseguibili attraverso il controllo eteronomo statale sull'attività privata: la rappresentanza della società - specialmente degli interessi deboli - da un lato e la mera dimostrazione di superiorità dall'altro³⁹.

Quest'ultima è certamente sintomo di tendenze autoritarie o totalitarie: come esemplarmente si può osservare analizzando il diritto dei contratti dell'epoca fascista e nazionalsocialista⁴⁰. Lo stesso non si può tuttavia affermare nelle ipotesi in cui la supremazia dello stato costituisce un modo per riequilibrare i rapporti a cui prendono parte soggetti deboli. Lo si può tutt'al più sostenere per il modello liberista, che ben si presta a divenire un meccanismo con cui il mercato mira in prima istanza a riprodurre se stesso e solo di riflesso - ma è tutto da vedere - ad assicurare una distribuzione delle risorse ai meno abbienti. I quali oltretutto - in un sistema che alimenta la contrapposizione tra società civile e potere politico - sono indotti a vivere con un senso di colpa l'essere destinatari di prestazioni sociali⁴¹.

Alla demonizzazione dello stato corrisponde il rifiuto di ricorrere allo strumento codice per ordinare e rendere coercitivi i principi del diritto comune europeo. Per rafforzare tale rifiuto si rispolvera perfino il celeberrimo scritto di Friedrich Carl von Savigny su «la vocazione del nostro secolo per la legislazione e la giurisprudenza»⁴² in cui si illustra l'inopportunità di procedere ad una codificazione del diritto tedesco a fronte dell'impreparazione della dottrina dell'epoca: come se non fosse sufficientemente noto dietro simili valutazioni formaliste si celavano considerazioni di ordine politico - tra esse il proposito di non concedere spazio ad un simbolo della rivoluzione francese - evidentemente ben più rilevanti⁴³.

³⁷ A. DONATI, *Giusnaturalismo e diritto europeo*, Milano, 2002, p. 4 ss.

³⁸ A. DI MAJO, *Libertà contrattuale e dintorni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, p. 9.

³⁹ Per ricostruzioni assimilabili v. G. TEUBNER, *Sub Par. 242*, in *BGB-Alternativkommentar*, Bd. II, Neuwied, 1980, p. 44 il quale differenzia tra «Verstaatlichung» e «Vergesellschaftung des Vertrages». Cfr. anche J. GHESTIN, *L'utile et le juste dans les contrats*, in *D.*, 1982, *Chron.*, p. 3.

⁴⁰ Sul punto A. SOMMA, *Il diritto fascista dei contratti: raffronti con il modello nazionalsocialista*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, p. 639 ss.

⁴¹ D. BRUNELLE, *Droit et exclusion*, Montréal, 1997, pp. 13 s.

⁴² *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Wissenschaft*, Heidelberg, 1814.

⁴³ Al proposito A. MAZZACANE, *"Il leone fuggito dal circo"*, in *Index*, 2001, p. 102.

Del pari formalista si mostra un rimedio - ora di moda - attraverso cui ottenere una dottrina finalmente all'altezza della situazione: abbandonare l'approccio storico allo studio delle epoche passate - approccio considerato velleitario e improduttivo - e ripartire dal diritto romano direttamente o per il tramite del diritto comune europeo⁴⁴.

Nel tempo al diritto romano si sono riferiti tutti: dai fascisti ai marxisti⁴⁵. Non potevano quindi mancare all'appello i liberisti, i quali possono in effetti riferirsi alla letteratura che - oltre ad alimentare attraverso i riferimenti al diritto romano il mito della *Western legal tradition*⁴⁶ - presenta il carattere individualista del diritto romano dei contratti come lo strumento attraverso cui sviluppare il nocciolo della comune tradizione europea:

«Che i contratti basati su null'altro che il consenso informale siano - di norma - vincolanti, è ora riconosciuto in tutti i sistemi europei occidentali. Questo è uno dei quei principi latenti del diritto europeo dei contratti. E questo principio - come del resto molti altri - è una caratteristica romana e non romana allo stesso tempo: è diritto romano coperto di vestiti moderni»⁴⁷.

Queste riflessioni si possono evidentemente estendere oltre i confini del diritto dei contratti. Anche lì si ripropone infatti il nesso tra romanistica e politiche normative di stampo individualista, indisponibili a farsi carico delle sensibilità solidariste - o comunque non riconducibili ad impostazioni formaliste - considerate invece dalle carte costituzionali delle democrazie europee⁴⁸.

4. Dall'individualismo al solidarismo e ritorno

Tutt'altra impostazione emerge invece dai propositi di redazione di un codice civile europeo - cui eventualmente attribuire efficacia vincolante - che pertanto possono divenire un'efficace strumento di lotta al liberismo e non certo una forma di imperialismo culturale⁴⁹. I propositi si sono finora concretati nella redazione dei Principi di diritto europeo dei contratti elaborati dalla Commissione per il diritto

⁴⁴ Così P. GROSSI, *Storia di esperienze giuridiche e tradizione romanistica*, in *Quad. fiorentini*, Vol. 17 (1988), p. 533 ss.

⁴⁵ A. SOMMA, *Roma madre delle leggi*, in *Mat. st. cult. giur.*, 2002, p. 153 ss.

⁴⁶ R. ZIMMERMANN, *Diritto romano, diritto contemporaneo, diritto europeo: la tradizione civilistica oggi*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, p. 709 ss.

⁴⁷ R. ZIMMERMANN, *Roman Law an European Legal Unity*, in A. HARTKAMP et al. (Ed.), *Towards a European Civil Code*, London etc., 1994, p. 72.

⁴⁸ H. MOHNHAUPT, *Europäische Rechtsgeschichte und europäische Einigung*, in *FS. R. Lieberwirth zum 80. Geburtstag*, Köln etc., 2000, p. 662 s.

⁴⁹ Così P. LEGRAND, *Against a European civil code*, in *60 Modern L. R.*, 1997, p. 61.

europeo dei contratti, presieduta da Ole Lando⁵⁰ e del Progetto preliminare di Codice europeo dei contratti, predisposto dall'Accademia dei giusprivatisti europei di Giuseppe Gandolfi⁵¹.

Entrambe i testi - seppure con accenti diversi - si presentano a ben vedere come consolidazioni⁵² ampiamente fondate sugli schemi politico normativi elaborati dalle corti nazionali e sono pertanto connotati da una spiccata vena solidarista⁵³. Essi adottano un sistema di controllo eteronomo sull'attività privata, che valorizza il contesto economico e sociale in cui operano i consociati. Sostenere l'operato delle commissioni di studio ricordate significa così incentivare l'edificazione di un ordinamento privatistico capace di affrancarsi marcatamente dalle costruzioni formaliste. Le costruzioni predilette dal diritto comunitario ed esemplificate nella costruzione di un diritto dei cittadini-consumatori.⁵⁴

La contrapposizione tra diritto comune europeo - accolto nei menzionati propositi di redazione di un codice europeo - e diritto comunitario mette in evidenza i termini del percorso politico normativo di cui il secondo costituisce espressione. Entrambi sono espressione di un modo di fare diritto attento al contesto in cui operano i consociati e pertanto aperto al contributo delle scienze diverse dal diritto. Tuttavia il diritto comune europeo mostra di preferire il dialogo con le scienze sociali e difatti valorizza i concetti di classe e di ruolo - i quali alludono a schemi comportamentali fortemente eterodiretti - mutuati specialmente dall'analisi sociologica. Laddove il diritto comunitario mostra di voler dialogare prevalentemente con quelle scienze economiche che utilizzano come punto di riferimento per le loro costruzioni un modello umano capace di affrancarsi dai condizionamenti del reale⁵⁵. Il tutto nonostante quel modello sia stato sottoposto a revisione critica proprio da coloro che lo hanno in un primo tempo collocato al centro della loro riflessione scientifica⁵⁶.

In tal modo il diritto comune europeo si presenta come un ordinamento capace di consolidare il percorso storico compiuto dalla civilistica, che ha abbandonato il riferimento a modelli di impronta individualistica per valorizzare costruzioni di marca solidarista. Diversamente il diritto comunitario - sordo persino alle menzionate revisioni critiche del modello umano inizialmente elaborato dalle

⁵⁰ Ed. it. a cura di C. Castronovo, Milano, 2001 e trad. it. ufficiale in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, p. 498 ss.

⁵¹ Milano, 2001 e trad. it. in *Europa e dir. priv.*, 2001, p. 275 ss.

⁵² S. RODOTÀ, *Aspettando un codice?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, p. 4.

⁵³ A. SOMMA, *Il discorso concettuale come «mark of a certain idea»*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, p. 257 ss.

⁵⁴ Per tutti G. ALPA, *La cultura delle regole*, Roma e Bari, 2000, p. 405 s.

⁵⁵ Sul punto A. SOMMA, *Il diritto privato liberista. A proposito di un recente contributo in tema di autonomia contrattuale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2001, pp. 263 ss.

⁵⁶ G. MINDA, *Teorie postmoderne del diritto* (1995), trad. it., Bologna, 2001, pp. 159 ss. e 169 ss.

scienze economiche - si presenta come un ritorno all'individualismo ⁵⁷. Un individualismo plasmato dalle trasformazioni del credo liberale in senso liberista: affrancato cioè dalle visioni universalistiche e votato ad «una deplorable confusione delle norme del mercato con quelle della vita della morale»⁵⁸.

⁵⁷ P. CAPPELLINI, *Scienza civilistica, "rivoluzioni industriali", analisi economica del diritto: verso una neopandettistica involontaria?*, in *Quad. fiorentini*, Vol. 15 (1986), p. 523 ss.

⁵⁸ G. SOLARI, *Socialismo e diritto privato. Influenza delle odierne dottrine socialiste sul diritto privato* (1906), a cura di P. Ungari, Milano, 1980, p. 37