

LA COOPERAZIONE GIUDIZIARIA E IL DIRITTO CIVILE

Capitolo VIII del libro “Verso l’Europa dei diritti. Lo spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia”, a cura di Giuliano Amato e Elena Paciotti - Edizioni Il Mulino, 2005

1. La costituzionalizzazione del diritto civile europeo

Parlare di un processo di costituzionalizzazione del diritto civile europeo richiede almeno due precisazioni preliminari, che definiscano con maggior precisione i confini del tema trattato.

In primo luogo, occorre intendersi sull’accezione entro la quale accogliere l’espressione “diritto civile europeo”, definizione polisensa ed utilizzata nei più svariati contesti, con la quale, in questa sede, si intenderà un sistema <<che sia formato da materiali vari provenienti dalla legislazione comunitaria, dalla comparazione, dalla prassi giurisprudenziale e dalla scienza giuridica...operante su più livelli di efficacia, nazionale e sovra-nazionale>>².

In secondo luogo, appare necessario distinguere con chiarezza il fenomeno della costituzionalizzazione, appunto, da quello della codificazione costituzionale. Se con il primo termine, infatti, si intende <<quel processo storico-culturale per cui, una volta che esso si è tutto dispiegato e realizzato, viene a configurarsi come un rapporto giuridico la relazione intercorrente tra il detentore (o i detentori) del potere politico e coloro che sono soggetti a tale potere>>³, la seconda espressione indica quel fenomeno per cui <<la costituzionalizzazione si realizza con la produzione di un documento giuridico sistematico>>⁴.

Orbene, nel (lento) processo di definizione di un diritto civile europeo, al di là del – pur relevantissimo – profilo contenutistico, cioè del concreto recepimento di alcuni valori fondanti nell’ambito delle relazioni tra cittadini e tra cittadini e istituzioni (che tuttavia interessa non una sola determinata fase, ma continuativamente accompagna la nascita e la consolidazione di una nuova entità politica), la vera novità è costituita dal tentativo di dare all’Europa una Costituzione *scritta*, cioè la traduzione delle norme che sanciscono i diritti fondamentali dei cittadini e che regolano i rapporti tra questi ultimi e il potere politico in un insieme logicamente e fisicamente organizzato, ed è su questo punto che ci soffermeremo.

La firma del Trattato che adotta una Costituzione per l’Europa crea infatti una base giuridica da cui trarre importanti implicazioni nel settore del diritto civile.

Innanzitutto, per quel che riguarda la delimitazione del settore stesso. Se la Costituzione europea pone finalmente al centro del sistema la Persona, rispetto alla quale il Mercato e le sue esigenze si situano – almeno in linea teorica – in posizione subordinata, il soggetto del diritto privato considerato dalle istituzioni comunitarie dovrebbe diventare un individuo completo, tutelato nei molteplici aspetti che sono espressione della sua personalità. Non più solo il consumatore, o l’imprenditore, o al limite il lavoratore, ma una Persona, appunto, che può nascere e morire in due Paesi diversi, che crea una famiglia, che ha diritto ad un rapporto con i propri figli e che è soggetta a precisi obblighi nei loro confronti, senza che i confini del territorio in cui ognuna di queste vicende si compie diventino una barriera insormontabile. In questo senso, sebbene i documenti ufficiali

¹ Francesca Carocchia è autrice del paragrafo 1. Giacinto Bisogni è autore dei paragrafi nn. 2 e 3. Il paragrafo n. 4 è stato redatto da entrambi gli Autori.

² L. Moccia, *La prospettiva della «cittadinanza dell’Unione» come base giuridica per una codificazione europea di diritto privato*, in G. Alpa-R. Danovi (a cura di), *Diritto privato europeo. Fonti ed effetti*, Milano, 2004, p. 144.

³ G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*, Bologna, 1976, p. 22.

⁴ Id., p. 24.

continuino a far riferimento al *diritto civile*, sarebbe più opportuno discorrere di un *diritto privato europeo*: un diritto che, secondo una ripartizione risalente ma pur sempre valida, non abbia quale riferimento lo svolgimento o meno di attività commerciali (il *civis* contrapposto al mercante), ma più comprensivamente regoli tutte quelle situazioni in cui l'individuo non entra in rapporto con il pubblico.

L'argomento appare strettamente legato al discorso sul fondamento stesso di un diritto privato europeo, e si passa così ad analizzare un'altra delle conseguenze che potrebbero derivare dall'approvazione della Carta costituzionale.

Com'è noto, la base giuridica su cui poggiano gli interventi comunitari di costruzione di un diritto privato comune è costituita, principalmente, dagli artt. III-269 e III-172 del Trattato costituzionale (rispettivamente, *ex artt.* 65 e 95 TCE). La prima norma, tuttavia, di impostazione più internazional-privatistica, privilegia il profilo processuale e giurisdizionale, e risente pertanto dei limiti di tale prospettiva. L'art. III-172, del resto, pur concedendo uno spazio più ampio, è condizionato dall'esplicito riferimento al mercato interno, e consentirebbe comunque solo un intervento di armonizzazione, restando escluso ogni ulteriore tentativo di unificazione. Vero che si invocano, a sostegno della legittimità di un intervento più "invasivo" delle istituzioni comunitarie, i c.d. poteri impliciti di cui all'*ex art.* 308 TCE (ora confluiti nella clausola di flessibilità di cui all'art. I-18 del Trattato costituzionale), ma permangono comunque forti perplessità sull'utilizzabilità di tale strumento nel caso di specie. Resta, infine, una terza via, quella che fonda la costruzione di un diritto privato comune sulla nozione di "cittadinanza europea", quale <<valore che assorbe ed integra il mercato>>⁵. E qui si torna a quanto in precedenza accennato. Se essere cittadini europei deve avere un significato, tale significato non può essere che la possibilità di godere degli stessi diritti e delle stesse libertà fondamentali costituzionalmente garantite, in qualsiasi Stato membro ci si trovi. La cittadinanza europea, liberando lo *status* di soggetto di diritto dal vincolo del territorio nazionale, potrebbe forse consentire alle istituzioni comunitarie di dotare tale soggetto, anche sul piano del diritto sostanziale, degli strumenti normativi necessari per l'attuazione concreta dei diritti stessi.

Ancora, si può riflettere sul fatto che la firma del Trattato costituzionale crea una spinta "dal basso" verso la costruzione del diritto privato europeo. L'esistenza di precisi vincoli giuridici cui i legislatori, gli interpreti, i giudici nazionali, la Corte di giustizia, non ultimi gli stessi privati devono attenersi, porterà prevedibilmente ad un avvicinamento spontaneo delle legislazioni nazionali e contemporaneamente alla creazione di un patrimonio giuridico europeo, destinati a integrarsi reciprocamente, secondo l'idea di un diritto privato *multi-level* perfettamente coerente con il concetto di "doppia cittadinanza".

Que reste-t-il di tutto questo nelle conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo del 4-5 novembre 2004 (in particolare nella parte relativa al c.d. "Programma dell'Aia", o "Tampere II")?

Il Consiglio europeo prende atto della spinta propulsiva che potrebbe derivare dalla firma del Trattato costituzionale, e afferma che con l'integrazione della Carta di Nizza nel Trattato stesso <<l'Unione...sarà giuridicamente obbligata a garantire che in tutti i settori di sua competenza i diritti fondamentali siano non solo rispettati ma anche attivamente promossi>>⁶. È questa affermazione, la constatazione della nascita del vincolo giuridico, che dovrebbe connotare l'intero documento del Consiglio e più specificamente il Programma dell'Aia e segnare la differenza rispetto al passato.

In effetti, almeno nella definizione degli obiettivi, rispetto alle conclusioni di Tampere il nuovo documento consente di registrare una presenza più "ingombrante" dei diritti e delle libertà fondamentali dei cittadini. Se il primo *step* era stata la costruzione di un mercato unico e di un'unione economica ed il secondo la realizzazione di <<condizioni di sicurezza e di giustizia

⁵ L. Moccia, *cit.*, p. 144.

⁶ Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo di Bruxelles del 4-5 novembre 2004, Allegato I, Programma dell'Aia, *Rafforzamento della libertà, della sicurezza e della giustizia nell'Unione europea*, p. 15 del testo italiano.

accessibili a tutti>>⁷, nel presentare il Programma dell'Aia ora il Consiglio afferma chiaramente che <<detto programma riflette le ambizioni espresse nel Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa>>⁸, per poi precisare <<l'obiettivo di migliorare la capacità comune dell'Unione e dei suoi Stati membri di garantire i diritti fondamentali, le garanzie procedurali minime e l'accesso alla giustizia>>⁹.

Se, tuttavia, dalle indicazioni programmatiche si passa all'esame delle implicazioni concrete che da tali premesse derivano, la sensazione è che non tutte le conseguenze che potevano essere dedotte sono state prese in considerazione dal Consiglio.

Si ritrova l'ampliamento della nozione di diritto civile europeo, inteso non solo come diritto dei contratti o al limite delle obbligazioni, ma più in generale comprendente anche il diritto delle persone, della famiglia, delle successioni. Cenni in tal senso erano presenti anche nei documenti precedenti (le stesse conclusioni di Tampere contenevano un riferimento al settore delle controversie familiari¹⁰), ma si trattava di cenni, appunto, mai di indicazioni tanto esplicite.

Si sottolinea l'apporto che una base giuridica uniforme potrà avere nella costruzione di un patrimonio giuridico comune e nell'armonizzazione dei diritti nazionali esistenti: significativo, in tal senso, è il riferimento espresso al ruolo della giurisprudenza della Corte di giustizia, di cui si ricorda il rafforzamento operato dal Trattato costituzionale (art. III-369).

Si richiama, inoltre, il concetto di cittadinanza dell'Unione, quale strumento per il rafforzamento dello spazio di libertà, col fine dichiarato di <<garantire la circolazione dei cittadini dell'UE all'interno dell'Unione europea a condizioni analoghe a quelle dei cittadini di uno Stato membro quando si spostano o cambiano residenza all'interno del loro paese, in conformità di principi sanciti dal diritto comunitario>>¹¹.

In un'ottica di diritto sostanziale, però, non ci si spinge oltre. Ottimisticamente, registriamo i riferimenti appena citati come altrettanti segnali di un mutamento di prospettiva delle istituzioni comunitarie, ma il ruolo principale resta affidato ai tradizionali strumenti internazional-privatistici, al reciproco riconoscimento delle decisioni, alla semplificazione e armonizzazione delle procedure. Non necessariamente e non per tutti i settori del diritto privato, peraltro, questa prudenza da parte delle istituzioni deve essere valutata negativamente: si proverà ad esprimere un giudizio in tal senso nelle prossime pagine.

2. Cooperazione giudiziaria e sistema continentale di diritto internazionale privato

Il Programma dell'Aia è fondamentalmente un documento politico che, seppure non scevro di rilevanza giuridica, sarebbe un errore valutare con le tecniche dell'esegesi applicabili a un testo normativo. Esso va letto piuttosto come un programma di azione, condizionato da opzioni generali e impegnativo per le istituzioni dell'UE, in primo luogo per la Commissione, chiamata a calibrare il contenuto, e a modulare il calendario, delle sue proposte legislative in armonia con tale programma.

Partendo dalle opzioni generali vanno segnalate due affermazioni di grande rilievo nel testo approvato dal Consiglio europeo. La prima, che non si può non condividere per il suo carattere intrinsecamente democratico, consiste nell'equazione fra Europa dei cittadini e istituzione di uno spazio europeo di giustizia. Essa presuppone una visione più ampia e profonda dello spazio di giustizia, al di là delle sue implicazioni specificamente giudiziarie, strettamente connessa con la garanzia dei diritti fondamentali nel cui catalogo è iscritto, del resto, l'accesso alla giustizia¹². Si

⁷ Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo di Tampere del 15-16 ottobre 1999, p. 2 del testo italiano.

⁸ Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo di Bruxelles del 4-5 novembre 2004, p. 5 del testo italiano.

⁹ Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo di Bruxelles 4/5 novembre 2004, Allegato I, Programma dell'Aja, Rafforzamento della libertà, della sicurezza e della giustizia nell'Unione europea, p. 13 del testo italiano.

¹⁰ Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo di Tampere 15/16 ottobre 1999, p. 6 del testo italiano.

¹¹ Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo di Bruxelles 4/5 novembre 2004, Allegato I, Programma dell'Aja, Rafforzamento della libertà, della sicurezza e della giustizia nell'Unione europea, p. 17 del testo italiano.

¹² Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, articolo II- 107.

tratta, peraltro, di una affermazione che ha un contenuto fortemente programmatico e che impegna politicamente l'Unione in termini molto generali.

Più cogente è invece la seconda affermazione, quella secondo cui le frontiere tra i paesi europei non dovranno più costituire un ostacolo al pieno svolgimento delle funzioni proprie delle giurisdizioni civili. L'intendimento, espresso in termini più tecnici, potrebbe declinarsi nell'assunzione per cui l'esistenza in Europa di sistemi giurisdizionali sovrani non deve comportare ostacoli alla tutela civile dei diritti nelle fasi fondamentali della proposizione dell'azione, della risoluzione della controversia, dell'esecuzione della decisione.

Si tratta di un intendimento che in realtà non è peculiare dell'Unione europea. Esso appartiene al principio cui presiede il diritto internazionale privato e cioè quello di rendere possibile la convivenza fra sistemi giurisdizionali facenti capo a sovranità nazionali indipendenti. La realizzazione di una tale convivenza, a livelli definibili come vera e propria integrazione fra ordinamenti, risale in Europa a molto prima della nascita dell'idea di uno spazio giudiziario da realizzare fra i paesi aderenti all'Unione europea. L'adozione e l'attuazione della Convenzione di Bruxelles del 1968 aveva già posto l'Europa in una condizione unica di integrazione dei propri sistemi giurisdizionali civili. Questa convenzione aveva consentito infatti la definizione di un principio istituzionale di riconoscimento reciproco che è stato alla base di un progressivo approfondimento e di un progressivo allontanamento dal modello internazionale-privatistico classico.

Su questo contesto è intervenuta – specificamente con i trattati di Maastricht e Amsterdam – la Comunità europea¹³ determinando una forte accelerazione del processo che porta dallo scenario della tradizionale cooperazione giudiziaria alla creazione di un sistema organico di diritto internazionale privato, su base continentale, il quale, a sua volta, presuppone uno spazio di giustizia condiviso e interattivo.

Inquadrato in questo processo, il Programma dell'Aia deve ricevere una valutazione positiva perché mantiene ferma questa prospettiva e si pone l'obiettivo del *totale completamento del programma di reciproco riconoscimento adottato nel 2000*¹⁴. Va sottolineato che questa valutazione positiva non si riferisce affatto a un risultato minore e in certi sensi scontato. Due considerazioni a tale proposito sono necessarie. In primo luogo si tratta di un programma che sarebbe apparso utopico solo tornando indietro nel tempo di un decennio o forse anche di qualche anno. Ma anche all'epoca della sua adozione, il programma appariva a molti un compendio di buone intenzioni, destinate a essere impietosamente selezionate dalla realtà delle negoziazioni all'interno delle istituzioni comunitarie.

Come spesso avviene nel processo di integrazione europea, quello che sembrava impossibile realizzare è diventato scontato dopo la sua acquisizione. Non si deve però dimenticare che l'adozione dei regolamenti del 2000 e del 2001¹⁵, resa possibile dal Trattato di Amsterdam, ha fatto diventare realtà normativa progetti di convenzione rimasti tali per decenni. All'origine di questo successo vi sono varie cause. Sicuramente vale qui la pena sottolineare che la scelta di inserire la cooperazione giudiziaria civile fra le materie proprie della competenza comunitaria è stata una scelta vincente. Così pure va apprezzata, *ex post*, la decisione del Consiglio europeo di fissare in un documento politico (*Tampere*) gli obiettivi della politica comunitaria da affidare all'attenzione delle istituzioni comunitarie.

Al di là di ogni enfaticizzazione, il raggiungimento dell'obiettivo fissato nel Programma dell'Aia del *totale completamento del programma di reciproco riconoscimento adottato nel 2000* porterebbe all'acquisizione di un risultato storico. Se vogliamo esprimere tale importanza in un

¹³ Le Conclusioni del vertice di Tampere hanno un antecedente nel cd. Piano di Vienna, Piano di Azione del Consiglio e della commissione sul modo migliore per attuare le disposizioni del trattato di Amsterdam concernenti uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia. Testo adottato dal consiglio Giustizia e Affari Interni del 3 dicembre 1998 e pubblicato nella GUCE del 23.1.1999, C 19/01.

¹⁴ Programma comune per l'attuazione del principio del mutuo riconoscimento, pubblicato nella GUCE del 15.1.2001, C12.

¹⁵ Regolamenti CE del 29 maggio 2000 nn. 1346/2000, 1347/2000 e 1348/2000 pubblicati nella GUCE del 30.6.2000 L 160 e Regolamento CE n.44/2001 del 22 dicembre 2000, pubblicato nella GUCE del 16 gennaio 2001, L 12.

linguaggio facilmente comprensibile anche dai non specialisti della cooperazione giudiziaria civile potremmo dire che alla fine di questo processo, lungo poco più di un decennio¹⁶, per ogni possibile controversia civile si potrà individuare, sulla base di una legge europea¹⁷, il giudice competente e la legge che sarà applicata. La decisione sarà automaticamente riconosciuta in tutto il territorio europeo e normalmente eseguita senza possibilità di opposizioni connesse alla sua “nazionalità”. Si tratta di uno scenario inesistente negli altri continenti che avvicina nel suo complesso l’Europa alla realtà degli Stati Uniti d’America piuttosto che a quella di un sistema di relazioni fra Stati sovrani basato sul diritto internazionale privato.

Per arrivare a questo risultato sarà necessario completare il complesso normativo relativo alla legge applicabile in tutti i settori del diritto civile ed estendere gli strumenti relativi alla individuazione della competenza e del mutuo riconoscimento al diritto successorio e alle materie familiari che rimangono fuori del campo di applicazione del regolamento Bruxelles II-*bis*. Come si è detto, si tratta di un lavoro che solo poco tempo fa sarebbe stato inimmaginabile compiere in pochi anni e il cui completamento resta comunque un obiettivo molto ambizioso. Ciononostante penso che si possa ragionevolmente ipotizzare che la scadenza del 2011 sarà sostanzialmente rispettata, anche perché la Commissione europea ha già ampiamente lavorato sui dossier relativi alla legge applicabile nelle controversie concernenti il diritto delle obbligazioni.

Il Programma dell’Aia fissa in questo contesto obiettivi e scadenze: oltre alla finalizzazione dei lavori concernenti le obbligazioni (Roma I e Roma II) si prevede, per il 2005 e il 2006, la presentazione di un progetto di regolamento in materia di obblighi alimentari e di tre libri verdi, in materia di successioni, divorzio e regime patrimoniale familiare. Nella redazione del suo *score board*¹⁸ la Commissione potrà specificare e ampliare gli obiettivi del Piano ma non di certo restringerli.

Infine, una affermazione da condividere pienamente è quella per cui la piena attuazione del principio del mutuo riconoscimento richiede un sistema di valutazione obiettiva e imparziale dell’attuazione delle politiche dell’Unione europea nel settore della giustizia, specificamente un monitoraggio della attuazione degli ormai numerosi strumenti normativi adottati dopo l’entrata in vigore del trattato di Amsterdam.

Una attenzione meno articolata, ma sicuramente interessante, è riservata al tema dell’armonizzazione del diritto processuale. Si legge nel documento approvato dal Consiglio europeo che: *<<l’efficacia degli strumenti in vigore sul reciproco riconoscimento dovrebbe aumentare grazie alla standardizzazione delle procedure e dei documenti e all’elaborazione di norme minime relative ad aspetti del diritto processuale, quali la notificazione degli atti giudiziari ed extragiudiziali, l’avvio del procedimento, l’esecuzione delle sentenze e la trasparenza dei costi>>*.

Si tratta di una affermazione che è opportuno leggere nella logica della predisposizione delle cosiddette misure di accompagnamento cui già si sono ispirati i precedenti *score board* della Commissione. Non ci si potrà aspettare, dunque, una generale disponibilità ad aprire finalmente il cantiere della armonizzazione processuale europea. Vale però attribuire importanza alla frase appena riportata. L’obiettivo di una standardizzazione, seppure estraneo alla armonizzazione processuale, costituisce un ottimo veicolo per la penetrazione di una mentalità condivisa nella gestione pratica del processo civile. E’, anch’esso, un obiettivo non facile da realizzare in quanto, se percepito come una imposizione della “tecnocrazia di Bruxelles”, incontrerà sicuramente il boicottaggio degli apparati burocratici e giudiziari nazionali. La vera opportunità è quella di far camminare l’idea della standardizzazione insieme a quella della informatizzazione del processo

¹⁶ Il processo può farsi iniziare con l’entrata in vigore del Trattato di Amsterdam e il vertice di Tampere. Il documento dell’Aia fissa come termine per il completamento del programma per l’attuazione del principio del mutuo riconoscimento l’anno 2011.

¹⁷ Soggetta all’interpretazione vincolante di una Corte sopranazionale qual è la Corte di giustizia delle Comunità europee.

¹⁸ O di un eventuale possibile aggiornamento del programma di misure sul reciproco riconoscimento adottato nel 2000.

civile, obiettivo quest'ultimo che sarebbe privo di senso lasciare ai soli apparati giudiziari nazionali, dato che si perderebbero in questo modo le opportunità di collegamento in rete dei dati e le potenzialità di accesso.

Per quanto riguarda invece l'esecuzione delle sentenze il discorso è più complesso perché non sembra possibile affrontarlo efficacemente utilizzando la metodologia e il contesto delle misure di accompagnamento. Esso richiede, al contrario, una logica di armonizzazione del processo esecutivo in Europa. I cittadini, gli operatori economici e i ceti professionali nazionali sono, del resto, più sensibili al tema dell'efficienza ed efficacia della macchina giudiziaria quando si affronta il momento della esecuzione delle decisioni giudiziarie e non comprendono per quale motivo la coesistenza di diversi sistemi processuali debba compromettere la concreta operatività del principio del mutuo riconoscimento. Per altro verso la tecnica dell'armonizzazione fornisce garanzie più adeguate sotto il profilo della tutela del diritto di difesa del debitore rispetto a quella della predisposizione di standard minimi.

L'art. 65 TCE consente di armonizzare le norme processuali e, anche se lo scetticismo della dottrina e delle stesse istituzioni comunitarie su questa possibilità è molto forte, non si può negare che esistano spinte in senso opposto sia a livello accademico che professionale. La predisposizione di un libro verde sulle procedure esecutive consentirebbe sin da subito una preziosa raccolta di informazioni e punti di vista e aprirebbe il terreno a interventi più organici rispetto alla tecnica della fissazione di standard minimi di garanzia.

Per quanto riguarda la cooperazione giudiziaria, il Programma dell'Aia non prevede espressamente misure legislative (quali regolamenti e direttive). A parte quelle che potrebbero dimostrarsi necessarie per la realizzazione della *standardizzazione*, il paragrafo 3.4.3. suggerisce la istituzione di una rete delle professioni legali (notai, avvocati, magistrati, ufficiali giudiziari...) per la definizione delle migliori prassi e, probabilmente, uno strumento normativo che dia maggiore sistematicità alla utilizzazione dei magistrati di collegamento.

I passaggi più significativi del documento dell'Aia, concernenti la cooperazione giudiziaria, sono però quelli contenuti nel paragrafo 3.2 (*Rafforzare la fiducia reciproca*) che indicano, a tal fine, gli obiettivi di:

- sviluppare gradualmente una cultura giudiziaria europea basata sulla diversità degli ordinamenti giuridici degli Stati membri dell'Unione e l'unità della legge europea;
- migliorare la comprensione reciproca tra le autorità giudiziarie e i vari ordinamenti giuridici;
- sostenere le reti fra le istituzioni e gli organismi giudiziari, quali la rete dei Consigli della magistratura, la rete europea delle Corti supreme, la rete europea di formazione giudiziaria;
- istituire una efficace rete di formazione delle autorità giudiziarie sia nel settore civile che penale, come previsto dagli artt. III-269 e III-270 del nuovo Trattato costituzionale.

Vi è in tali affermazioni la coscienza che la predisposizione di un quadro organico di regole di determinazione della competenza e della legge applicabile e la previsione di un regime pressoché automatico di riconoscimento e attribuzione dell'efficacia esecutiva alle decisioni giudiziarie non è in grado di funzionare efficacemente senza un capillare coinvolgimento degli operatori del diritto. Per altro verso si riconferma, dunque, la constatazione per cui non è possibile una forte interazione fra i sistemi giurisdizionali europei senza una loro altrettanto forte integrazione.

La prima strada percorribile in tal senso è quella che viene delineata nel documento de L'Aja. In sostanza si esce dall'orizzonte tradizionale della cooperazione giudiziaria (quello della cooperazione mediante lo strumento diplomatico e governativo) per entrare in uno scenario, già ampiamente inaugurato con l'adozione di vari strumenti comunitari¹⁹, consistente nella

¹⁹ Convenzione sulla notificazione e comunicazione negli Stati membri dell'Unione europea degli atti giudiziari e extragiudiziali in materia civile e commerciale adottata il 26 maggio 1997 e pubblicata nella GUCE del 27.8.1997 C 261 e sostituita dal già citato Regolamento omonimo n. 1348/2000. Regolamento (CE) n. 1206/2001 del Consiglio del 28 maggio 2001 relativo alla cooperazione fra i giudici degli Stati membri nel settore dell'assunzione delle prove in materia civile e commerciale [Gazzetta ufficiale L 174 del 27.06.2001].

collaborazione diretta fra autorità giudiziarie e fra professioni ausiliarie e nella istituzione di reti di collegamento che rendano possibile e facilitino tale rapporto di collaborazione diretta. Di nuovo vi è da segnalare l'attenzione verso la formazione europea degli operatori del diritto, in particolare dei magistrati europei. Si tratta di una novità assolutamente positiva e da incoraggiare e che può costituire per quanto riguarda l'Italia una ottima occasione per superare divisioni corporative e provincialismi.

Ancor di più questa novità sembra essere incoraggiante perché è espressa in prima istanza come esigenza di creare una cultura giudiziaria europea anche se forse sarebbe stato più corretto parlare di cultura giurisdizionale e più ambizioso parlare, *tout court*, di cultura giuridica europea.

3. Per una politica della giustizia civile: cittadinanza multilivello, accesso alla giustizia, ADR

In definitiva, si può dunque formulare un giudizio largamente positivo sul Programma dell'Aia in quanto caratterizzato, come si è visto, dalla intenzione di perseguire gli obiettivi già individuati nelle conclusioni di Tampere e rimasti inattuati.

Manca invece un apporto innovativo sull'accesso alla giustizia e più in generale sulla delineazione di una politica europea della giustizia civile. Vi è nel paragrafo 3.2. del documento una affermazione importante:

<<In una Unione allargata la fiducia reciproca deve trovare fondamento nella certezza che tutti i cittadini europei hanno accesso a un sistema giudiziario rispondente a livelli di qualità elevati>>.

Tale affermazione sembra infatti preludere alla rivendicazione di una competenza generale dell'Unione in materia di giustizia, consistente nel potere di indirizzare i vari sistemi giurisdizionali nazionali verso obiettivi di politica giudiziaria comune e di assumere il ruolo di garante degli standard di qualità nei confronti dei cittadini. A tale affermazione di principio non segue però nel piano dell'Aia l'indicazione di obiettivi concreti e di strategie per la loro realizzazione. Ci si può chiedere il perché di questa carenza e fornire una serie di ragioni tutte incontestabili.

In primo luogo, e forse tautologicamente, si può rilevare che questa parte del programma manca perché gli Stati nazionali non sono ancora pronti a riconoscere all'Unione un ruolo politico così importante.

In secondo luogo, l'impegno su questo terreno comporta un insieme di energie e conoscenze che non sono ancora a disposizione delle istituzioni comunitarie e in particolare della Commissione.

Non è da escludere comunque che vi sia una mancanza di approfondimento del tema dello spazio di giustizia. In questo senso si sottolineava prima la riduttività dell'aggettivo giudiziario. Ma lo spazio di giustizia ha quel valore centrale che il nuovo Trattato costituzionale vuole attribuirgli solo se è concepito come uno spazio in cui si realizza la tutela dei diritti dei cittadini e la loro difesa da comportamenti anti-sociali sanzionati da misure repressive di diritto penale. In altri termini lo spazio di giustizia ha un valore strategico se è concepito come strumento fondamentale per la realizzazione dell'Europa dei cittadini. altrimenti si risolve in un mero spazio giudiziario che non aggiunge nulla di sostanziale al contenuto della cittadinanza europea.

E' questo un tema che dovrebbe registrare una forte spinta alla iniziativa comunitaria da parte delle forze politiche, in particolare di quelle che hanno a cuore le libertà civili e i diritti sociali. Purtroppo (almeno allo stato attuale) ciò non si verifica se non a livello episodico e marginale e questo sicuramente non dà forza alle potenzialità di iniziativa delle istituzioni dell'Unione.

Si dice che la ritrosia delle forze politiche fa specchio al disinteresse dei cittadini europei verso questi temi. Si tratta di una affermazione difficilmente controllabile ma che alcuni dati sembrano, invece, smentire. Per fare un esempio, nella comunicazione della Commissione²⁰ che ha

²⁰ Comunicazione (2004) 401 def. della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo del 2 giugno 2004, *Spazio di libertà, sicurezza e giustizia: bilancio del programma di Tampere e nuovi orientamenti* [SEC (2004) 680 e SEC (2004) 693].

costituito la base per la redazione del Piano dell'Aia si citava una indagine Eurobarometro del 2003 secondo cui il 90% dei cittadini europei è favorevole a un approfondimento della cooperazione giudiziaria civile, in particolare in materia familiare e a una migliore realizzazione del principio di parità dei diritti di difesa. E' questo un dato che non può essere trascurato e che dovrebbe essere al contrario valorizzato perché esprime una richiesta di tutela giurisdizionale dei diritti dei cittadini al livello dell'Unione. Le istituzioni comunitarie potrebbero essere spinte a compiere un passo in avanti deciso verso l'assunzione di una politica europea della giustizia civile che superi (senza ovviamente rinnegare) l'orizzonte della cooperazione giudiziaria e della unificazione o armonizzazione del diritto internazionale privato.

Le ragioni "costituzionali" a favore di una presa di posizione in tal senso possono essere riassunte come segue:

- l'istituzione di una cittadinanza europea e l'obiettivo fondante dello SLSC danno una connotazione politica all'Unione che è incompatibile con l'assenza di una politica europea della giustizia;

- la libera circolazione delle persone nell'Unione è ormai sganciata dalla originaria ragione istitutiva della creazione di un mercato comune e nel contesto dello SLSC richiede di essere dotata di una clausola di garanzia: ogni persona che si sposta liberamente nel territorio dell'Unione perché ha il diritto di farlo non può perdere le condizioni di tutela di cui godeva nello Stato di provenienza a causa della diversità dei sistemi giurisdizionali nazionali;

- già a regime costituzionale vigente, può ritenersi che l'Unione sia portatrice della tutela dei diritti fondamentali; è illogico, quindi, che essa si disinteressi dei meccanismi di funzionamento dei sistemi giurisdizionali nazionali, anche perché la giustizia è il tema conduttore di una serie di diritti fondamentali indicati dalla Carta di Nizza e recepiti nel testo approvato della Costituzione europea.

Per richiamare quanto detto in precedenza la realizzazione di un autentico spazio comune di giustizia richiede molto più di una semplice cooperazione giudiziaria. Si pensi, per esempio a provvedimenti legislativi già adottati da molto tempo: dalle direttive sulle azioni inibitorie a difesa dei consumatori alla normativa sulla protezione contro le discriminazioni in ragione delle proprie convinzioni religiose o politiche, del sesso, dell'età, ecc.²¹. Come può negarsi che queste misure contribuiscono sostanzialmente a fondare uno spazio di giustizia europeo?

Per altro verso, è proprio il pieno sviluppo della libertà di circolazione che fa ritenere superato il dualismo fra controversie nazionali e transfrontaliere in funzione dell'accertamento della competenza comunitaria a legiferare. Ai sensi dell'articolo 65 TCE, l'obiettivo della realizzazione e del buon funzionamento del mercato interno legittima già un ruolo attivo delle istituzioni comunitarie nell'identificazione e rimozione degli ostacoli che, a tale obiettivo, frappongono l'eterogeneità e le antinomie dei differenti sistemi processuali. A maggior ragione questo ruolo deve trovare legittimazione nell'obiettivo della creazione di uno spazio di giustizia e nel compito di garanzia dei diritti fondamentali.

Sebbene il documento dell'Aia non lo prevede è quindi giuridicamente possibile e politicamente auspicabile, se davvero si vuole consolidare l'idea di una Europa dei cittadini, che le istituzioni dell'Unione siano spinte a delineare e far operare parametri di qualità e compatibilità dei sistemi giurisdizionali civili europei. Tali parametri dovrebbero investire i momenti e gli snodi

²¹ Direttiva 1998/27/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 maggio 1998 relativa a provvedimenti inibitori a tutela degli interessi dei consumatori in GUCE L. 166, dell'11 giugno 1998.

Direttiva 2000/43/CE del Consiglio del 29 giugno 2000, che attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica pubblicata nella GUCE L. 180, del 19 luglio 2000. Direttiva 2000/78/CE del 27 novembre 2000 che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e condizioni di lavoro, pubblicata nella GUCE L, 303 del 2 dicembre 2000.

Direttiva 2004/113/CE del Consiglio del 13 dicembre 2004 n.113 del 2004, pubblicata sulla GUCE L373/37, del 21.12.2004 che attua il principio della parità di trattamento tra uomini e donne per quanto riguarda l'accesso a beni e servizi e la loro fornitura.

fondamentali della giustizia civile fissando degli standard qualitativi minimi di risposta alla domanda di giustizia dei cittadini europei.

In una prospettiva di mera esemplificazione i parametri dovrebbero occuparsi:

- a) dell'accessibilità alla giustizia e della sostenibilità dei suoi costi;
- b) della difesa delle posizioni sostanziali deboli nel processo e della tutela degli interessi collettivi;
- c) dei tempi (e dell'efficacia) della risposta alla domanda di giustizia;
- d) della tutela nei confronti della pubblica amministrazione;
- e) della possibilità di accedere a servizi professionali adeguati alla operatività di uno spazio di giustizia comune;
- f) della possibilità di rivolgersi alle Corti (o ad altre istituzioni) anche per conoscere, scegliere ed esperire procedimenti di risoluzione delle controversie alternativi rispetto alla definizione giudiziaria.

Si tratta, in altri termini, di determinare la convergenza dei sistemi giurisdizionali europei verso standard qualitativi e di efficienza elevati e condivisi e verso una filosofia comune di forte protezione dei diritti dei cittadini europei.

E' questa la visione culturale, prima ancora che giuridica e politica, che ha determinato la creazione e la adozione della formula dell'*accesso alla giustizia*, come indice rivelatore della solidità democratica di un sistema politico, nella monumentale opera di ricerca guidata da un giurista italiano di grande valore come Mauro Cappelletti²². Si tratta di un contributo e di un approccio da recuperare per la sua grande attualità e per la sua capacità di far coesistere tradizioni e modelli giuridici diversi.

Per tornare a come questo tema sia affrontato nel documento dell'Aia si può riscontrare che, al di là della affermazione di principio a cui si è fatto riferimento, esistono solo tre spunti concreti, sia pure su argomenti di notevole importanza, e cioè: l'ingiunzione di pagamento europea, le controversie di modesta entità e le forme sostitutive (alternative) di risoluzione delle controversie. Sono tre dossier sui quali la Commissione ha già raccolto molti dati ma non è riuscita ancora a formulare una proposta normativa. Il Consiglio europeo afferma genericamente che i lavori su questi progetti dovrebbero essere proseguiti attivamente.

L'ingiunzione di pagamento europea è una idea che si articolava in parallelo alla proposta della creazione di un titolo esecutivo europeo. La realizzazione di una parte di questo progetto²³ ha lasciato inattuata la sua parte forse più ambiziosa quella cioè di istituire una procedura europea finalizzata all'ottenimento di un provvedimento di ingiunzione di pagamento. Si tratta di una strada sicuramente impervia da percorrere in quanto è difficile realizzare meccanismi di funzionamento omologhi per sistemi processuali significativamente diversi. La difficoltà permane anche se si progetta questo procedimento come una sorta di procedimento *extra ordinem*, parallelo ai procedimenti ordinari e speciali propri dei vari sistemi processuali europei, per le evidenti interazioni comunque ipotizzabili. Sarebbe forse preferibile allora percorrere la strada di una armonizzazione dei sistemi processuali, sia pure nella prospettiva parziale di quale possa essere la migliore tecnica di formazione di un titolo giudiziale rappresentato da una ingiunzione di pagamento e basato sull'esibizione di prove documentali considerate particolarmente affidabili dagli ordinamenti processuali dell'Unione europea. Il lavoro darebbe dei risultati solo apparentemente meno importanti e segnerebbe l'inizio di una attività di armonizzazione consapevole dei rischi e dei difetti propri della settorializzazione degli interventi legislativi comunitari. Il rischio fondamentale è quello di alterare strutture normative consolidate nelle

²² *The Florence Access-to-Justice Project*. A Series under the General Editorship of Mauro Cappelletti, Milano, 1978-1979.

²³ Regolamento 2004/805/CE del 21 aprile 2004 che istituisce il titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati, pubblicato in GUCE L 143 del 30 aprile 2004.

Libro verde sul procedimento europeo di ingiunzione di pagamento e sulle misure atte a semplificare ed accelerare il contenzioso in materia di controversie di modesta entità, COM (2002) 746 def. del 20 dicembre 2002.

tradizioni nazionali senza costruire, per altro verso, una nuova sistematicità europea. La stessa Commissione ha preso coscienza di ciò quando ha definito la sua tecnica legislativa in materia contrattuale come una sorta di approccio parcellizzato²⁴ il cui risultato finale è l'innesto di interventi, disarmonici fra loro, sui tessuti normativi nazionali. Tutto ciò è oggetto della riflessione della Commissione in campo sostanziale e sarebbe dunque grave ripercorrere gli stessi errori in campo processuale immaginando che alcune aree degli ordinamenti processuali possano essere isolate dal contesto generale e rese permeabili all'intervento legislativo comunitario.

Questo discorso dovrebbe valere anche per le controversie di modesto valore (*small claims*). E' vero però che in questo campo esistono due fattori specifici da tenere in considerazione. Il primo attiene alla esigenza di intervento del legislatore comunitario dato che l'esistenza di sistemi processuali diversi, e la necessità di provvedersi di un difensore *in loco*, combinata alle differenze linguistiche e alla distanza geografica, costituisce una causa di inibizione dell'accesso dei cittadini alla giustizia. Il secondo fattore è di natura ordinamentale e si basa sul rilievo della "specializzazione" procedimentale già esistente in molti paesi europei per le controversie di modesto valore, cui corrisponde l'attribuzione della competenza a giudici non togati, o comunque a istanze giudiziarie capillarmente distribuite sul territorio, di fronte alle quali è meno rilevante il contenuto tecnico della difesa e la formalità del procedimento. Tutto ciò giustificherebbe sicuramente una direttiva comunitaria capace di armonizzare, in una logica comune, le differenze esistenti. Come valore aggiunto dovrebbe intervenire l'obiettivo di consentire, per le controversie di modesto valore, la possibilità delle parti di accedere a un processo a distanza, tale da diminuire al minimo i fattori disincentivanti a cui si è fatto riferimento. In questo contesto informatizzazione e standardizzazione hanno evidentemente un ruolo chiave da giocare.

Last but not least in tema di accesso alla giustizia, la risoluzione alternativa delle controversie, sebbene citata fra i dossiers da "proseguire attivamente", sembra ancora non avere ottenuto dalle istituzioni comunitarie una considerazione propositiva adeguata. La Commissione europea ha da molto tempo dedicato la sua attenzione a questo tema, adottando degli interventi molto significativi, specialmente per ciò che concerne le controversie dei consumatori²⁵. Inoltre una iniziativa orizzontale, il libro verde del 2002²⁶, era stata lanciata con la prospettiva di un esercizio di competenze da parte della Commissione e del Consiglio. In realtà proprio questo è il punto critico della questione. Hanno le istituzioni comunitarie una possibile competenza in materia? e, specificamente, hanno una competenza legislativa che non si scontri con i principi di sussidiarietà e proporzionalità?

E' molto evidente nel libro verde la preoccupazione della Commissione di non intervenire normativamente in un settore spontaneo dell'esperienza sociale come l'*Alternative Dispute Resolution* (di seguito *ADR*). L'idea soggiacente è quella della opportunità del non intervento nel merito ma invece della necessità di un intervento di minima a tutela dei cittadini su garanzie e professionalità dei mediatori. Accanto a questo intervento di minima vi è la considerazione da parte

²⁴ Cfr. Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo sul diritto contrattuale europeo dell'11 luglio 2001 [COM (2001) 398 def.], in particolare la parte sull'applicazione uniforme del diritto comunitario, paragrafo 3.3.

²⁵ La Commissione ha adottato due raccomandazioni molto importanti sui principi cui devono attenersi gli organismi incaricati delle procedure ADR concernenti i consumatori:

Raccomandazione della Commissione 1998/257/CE del 30 marzo 1998 riguardante i principi applicabili agli organi responsabili per la risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo, pubblicata in GUCE n. L 115, del 17 aprile 1998.

Raccomandazione della Commissione 2001/310/CE del 4 aprile 2001 sui principi applicabili agli organi extragiudiziali che partecipano alla risoluzione consensuale delle controversie in materia di consumo pubblicata in GUCE n. L 109/56, del 19 aprile 1998.

Ha, inoltre, istituito due reti di informazione e comunicazione per promuovere la risoluzione amichevole delle controversie dei consumatori: la Rete europea extragiudiziale (EEJ-Net e FIN - Net, quest'ultima specializzata nel settore dei servizi finanziari)

²⁶ Libro verde presentato dalla Commissione il 19 aprile 2002 relativo ai modi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale [COM (2002) 196 def.].

della Commissione dell'opportunità di un intervento di sostegno. La Commissione europea, in particolare, sembra intenzionata a ribadire e consolidare il suo ruolo nella predisposizione di reti di accesso e nella assicurazione di un servizio di informazione al pubblico.

Si tratta di una logica assolutamente condivisibile ma che non sfrutta a pieno le potenzialità dell'ADR come fattore di qualificazione dell'accesso alla giustizia. Un confronto con la realtà nordamericana, statunitense in particolare, dove l'ADR è nato e si è diffuso, sarebbe particolarmente utile. Anche in quella realtà l'intervento del legislatore federale è stato molto prudente ed è intervenuto dopo molti anni dall'affermazione dell'esperienza nella società. Peraltro, in precedenza, il sistema giurisdizionale, gli ordinamenti professionali, le legislazioni statali avevano fornito a questa composita attività un *framework* istituzionale costituito proprio dalle Corti, con una serie di risultati positivi che in Europa potrebbero avere un valore aggiunto: quello di apprestare uno strumento aggiuntivo alla tutela dei diritti in un contesto ancora più segnato da differenze istituzionali, culturali e linguistiche. La chiave di questo felice connubio fra Corti e ADR è proprio quella di costituire il luogo ideale per sensibilizzare le parti sull'esistenza di varie possibilità di risolvere un conflitto e di trovare una adeguata tutela ai propri diritti. Il coinvolgimento delle categorie professionali dell'avvocatura e della magistratura, in ruoli evidentemente diversi, che ha contraddistinto l'esperienza statunitense²⁷, ha dimostrato inoltre come sia importante garantire al complesso mondo dell'ADR dei modelli procedurali e deontologici che possano servire da riferimento per le esperienze multiformi praticate nella società. Infine la strada praticata negli USA sembra essere particolarmente aderente all'esigenza europea di creare una cultura giuridica comune e di garantire un livello adeguato di accesso alla giustizia che non risenta dell'esistenza delle frontiere nazionali.

4. Armonizzazione e codificazione: prospettive per un diritto civile europeo

Nell'ambito della definizione di uno spazio giudiziario in materia civile e commerciale, il Programma dell'Aia, sulla scorta di quanto già era stato proposto dalla Commissione con la già citata Comunicazione del 2 giugno 2004²⁸ sembra aver fissato un ordine di priorità.

In primo luogo, ha previsto di proseguire sulla strada della piena applicazione del principio del mutuo riconoscimento, riservando una particolare attenzione ai settori non ancora disciplinati a livello comunitario (ad es. le conseguenze patrimoniali della separazione delle coppie sposate e delle unioni di fatto o le successioni) e ha esteso l'operatività di tale principio oltre il campo di applicazione classico delle decisioni giudiziarie ed extragiudiziarie²⁹ a differenti tipi di documenti aventi efficacia giuridica. Quest'ultima strategia è stata ritenuta maggiormente utile, specificamente in alcuni particolari settori, quali, ad es. le successioni, lo stato civile delle persone, la filiazione.

In secondo luogo, ha programmato di completare questo quadro normativo predisponendo, negli stessi campi interessati dal mutuo riconoscimento, la disciplina della legge applicabile.

Per garantire efficacia a questo imponente sistema normativo, ancora in costruzione, il Piano prevede un monitoraggio sull'applicazione delle norme già entrate in vigore e assegna alle istituzioni comunitarie e agli Stati membri dell'Unione il compito di rendere più rapida ed effettiva l'esecuzione delle decisioni giudiziarie. Inoltre prospetta l'opportunità di varare misure di accompagnamento catalogabili come standardizzazione delle forme processuali o di armonizzazione minima.

²⁷ In particolare, occorre ricordare il coinvolgimento dell'avvocatura nella gestione dei procedimenti di ADR e la collaborazione dell'apparato giudiziario nella formazione dei codici deontologici e dei modelli di comportamento (anche procedurali) dei *neutrals*, cfr. W. Brazil, *Le Corti U.S.A. e l'A.D.R.*, in *Documenti Giustizia*, 2000, p. 878.

²⁸ Vedi nota 19.

²⁹ L'articolo 65 del vigente TCE prevede, fra le competenze in materia di cooperazione giudiziaria civile le misure idonee a semplificare e facilitare il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni civili e commerciali, comprese le decisioni extragiudiziarie.

In terzo luogo, ha fissato l'obiettivo di rafforzare la cooperazione giudiziaria esistente approfondendo la strategia, già iniziata dopo Amsterdam, del rapporto diretto fra apparati giudiziari europei e della creazione di reti di collegamento, comunicazione e cooperazione fra gli operatori del diritto europei. Inoltre ha sottolineato l'importanza di una formazione europea dei magistrati e di una cultura europea condivisa dalla comunità giuridica.

In parallelo a questi tre obiettivi generali, il Piano pone l'obiettivo di garantire la coerenza e migliorare la qualità della vigente e futura normativa comunitaria in materia di diritto contrattuale, con misure di consolidamento, codificazione e razionalizzazione degli strumenti giuridici in vigore e con la definizione di un quadro comune di riferimento.

L'obiettivo di costruire uno spazio comune entro il quale i cittadini siano liberi di muoversi ed abbiano un livello di giustizia garantito anche sotto il profilo del diritto civile, viene dunque perseguito con strumenti diversi e graduali: mutuo riconoscimento, armonizzazione, fino all'elaborazione di una serie di principi comuni che potrebbero, a lungo termine, costituire la base per una sorta di codice opzionale. Va sottolineato, però, che la stessa Commissione pare assegnare a tali strumenti differenti ambiti di operatività: riservando al diritto di famiglia il mutuo riconoscimento e la cooperazione giudiziaria e concedendo solo al diritto dei contratti la possibilità di un avvicinamento dei diritti sostanziali.

a) il diritto delle persone e della famiglia. Il diritto delle persone, della famiglia e delle successioni è preso in considerazione solo nell'ottica tradizionale internazionalistica e con l'esplicita precisazione che non si dovrebbe ricorrere a «concetti armonizzati di “famiglia”, “matrimonio”, o altri» e che «si dovrebbero varare disposizioni uniformi di diritto sostanziale soltanto come misure di accompagnamento, qualora fosse necessario per procedere al riconoscimento reciproco delle decisioni o per migliorare la cooperazione giudiziaria in materia civile».

Tale impostazione non pare, in linea di principio, criticabile. La distinzione tra mutuo riconoscimento, armonizzazione ed unificazione non è solo di tipo “quantitativo” (maggiore o minore grado di vicinanza tra gli ordinamenti, fino al livello ultimo, in cui l'ordinamento diviene unico), ma anche e forse soprattutto di ordine “qualitativo”, nel senso che, almeno nel breve periodo, non tutti questi processi sono adattabili indifferentemente all'una o all'altra delle diverse aree di partizione del diritto privato, che rispondono spesso a logiche molto diverse ed esprimono esigenze non omogenee. Ciò implica, tuttavia, l'opportunità di differenziare tempi e soluzioni, non la necessità di rinunciare a perseguire una maggiore armonizzazione del diritto sostanziale anche nei settori finora meno interessati da tale processo, come il diritto di famiglia.

Sotto questo profilo, l'obiettivo di andare avanti sulla strada della piena applicazione del principio del mutuo riconoscimento soprattutto nel campo del diritto di famiglia (oltre che delle successioni) non può che essere condiviso e sostenuto perché la sua realizzazione nel prossimo quinquennio completerebbe quel risultato davvero epocale che è dato percepire se si pensa alla complessità e vastità del territorio europeo che sarebbe interessato da un organico regime di interazione giurisdizionale, in una materia così sensibile come quella dei rapporti di famiglia.

Non si può, tuttavia, come si è già detto, concepire una strategia fondata esclusivamente sul principio del mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie, ignorando i modi e i contenuti della tutela dei diritti.

In primo luogo perché, come la stessa esperienza del diritto dei contratti ha mostrato, le aree del diritto privato sono distinte, ma non impermeabili. Se si sceglie di perseguire l'armonizzazione o addirittura l'unificazione della disciplina delle obbligazioni contrattuali, tale processo non può che avere delle conseguenze anche in tema di proprietà, nell'ambito delle successioni, sul versante patrimoniale del diritto di famiglia.

La tradizionale obiezione secondo la quale nel campo del diritto delle persone e della famiglia il compito di regolamentazione delle istituzioni comunitarie deve essere minimo, perché troppo forti sono le differenze culturali, di costume e di tradizione giuridica degli Stati membri dell'Unione, pecca di semplicismo e non è in grado di dare una risposta adeguata alla domanda di giustizia dei

cittadini. Essa si basa su una visione dei diritti nazionali come insiemi coerenti, e strettamente legati ai referenti nazionali dei singoli Paesi, che si presuppongono ancora dominanti nella coscienza collettiva. E' evidente che questa è una ricostruzione di comodo che ignora i profondi mutamenti di costume che, a partire dagli anni Sessanta, hanno sconvolto, in tutto il mondo occidentale, non solo modelli sociali radicati nella tradizione ma anche differenze di classe e appartenenze culturali, religiose e ideologiche. Di questi mutamenti hanno ovviamente risentito le legislazioni (e le pronunce giurisprudenziali) che presentano, ognuna al suo interno, forti contraddizioni.

A ciò si aggiunga il ruolo svolto dalla giurisprudenza nella creazione di un sistema di principi funzionali alla tutela dei diritti fondamentali. La Corte di giustizia è – e sarà – sempre più chiamata, in considerazione dell'inserimento della carta dei diritti fondamentali nella Costituzione europea, a svolgere un ruolo attivo e di *law making*, come dimostra l'esperienza delle Corti supreme degli USA. L'esercizio di questo ruolo avrà come sviluppo naturale l'avvicinamento dei diritti nazionali.

Né, contro l'idea di un avvicinamento dei diritti nazionali, anche per quanto riguarda la disciplina del diritto di famiglia, può valere l'argomento che contrappone una valenza prettamente economica del diritto dei contratti ad una valenza prettamente politica e culturale del diritto di famiglia. Questa divaricazione, se mai è stata vera, è assolutamente entrata in crisi da molti decenni. Il pensiero giuridico critico e quello interessato dallo studio degli effetti economici del diritto hanno mostrato l'elevato grado di politicità del diritto privato (politicità intesa, per esempio, come leggibilità delle norme in chiave di opzioni fra scelte alternative nella allocazione delle risorse). Per altro verso, le cronache di tutto il mondo occidentale dimostrano come non solo i rapporti economici siano il luogo di espressione della autonomia negoziale, della *freedom of contract*. Se si volesse trovare una formula riassuntiva si potrebbe dire che l'autonomia dei privati è più idonea della legislazione a rispondere ai continui mutamenti dei comportamenti sociali e alle esigenze poste dalla mobilità delle persone. Contrastare o ignorare questa tendenza è una scelta che i legislatori nazionali non potranno alla lunga sostenere.

Non vanno, infine, trascurate le iniziative promosse a livello accademico, anche alla luce del successo riscosso dagli analoghi progetti portati avanti nell'ambito del diritto dei contratti³⁰.

Le istituzioni comunitarie non possono sottrarsi al compito di studiare e comprendere le linee di tendenza di queste regolamentazioni spontanee. Esse infatti sono l'unica istanza che può fornire una sintesi non solo a livello normativo ma di fissazione di principi e concetti giuridici comuni. Iniziano del resto a registrarsi una serie di interventi in materia, sia della Commissione (ad es. libro verde sulle obbligazioni alimentari) che del Parlamento (ad es. Risoluzione sulle famiglie monoparentali, sulle coppie non coniugate e sulle coppie dello stesso sesso).

Si può provare ad esporre sinteticamente alcune delle priorità che l'azione comunitaria dovrebbe perseguire:

- incentivare i tentativi di armonizzazione del diritto sostanziale e di creazione di regole comuni, necessari complementi alla cooperazione giudiziaria e ai programmi di riconoscimento reciproco delle decisioni;
- favorire la creazione di un regime patrimoniale della famiglia che garantisca l'effettiva operatività del principio di eguaglianza tra coniugi e semplifichi la soluzione di eventuali controversie in materia;
- garantire la realizzazione dei diritti dei minori, uniformando la disciplina della responsabilità genitoriale, non solo in tema di obbligazioni alimentari;
- in determinati settori, quali il diritto ereditario e lo stato delle persone, appare più urgente ed utile facilitare lo scambio di informazioni e garantire la certezza delle situazioni giuridiche, che procedere nei tentativi di armonizzazione delle discipline statali: in tale prospettiva appare più che

³⁰ La Commissione su *European Family Law* ha di recente pubblicato la prima raccolta di principi in materia di diritto familiare (*Principles of European Family Law regarding divorce and maintenance between former spouses*, Antwerpen-Oxford, 2004). Per un panorama generale delle prospettive di armonizzazione in Europa, K. Boele Woelki (eds.), *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe*, Antwerpen-Oxford-New York, 2003.

condivisibile la proposta di introdurre un certificato unico di nascita, di matrimonio (convivenza) e di morte, valido in tutti i Paesi dell'Unione, nonché di un "certificato ereditario", egualmente valido in tutti i Paesi dell'Unione, che, sul modello tedesco, faciliti la circolazione dei beni ereditari, garantisca la certezza dei traffici e tuteli i diritti dei terzi.

Nelle parole della Commissione si intravede il comprensibile timore di vedere imposto una sorta di "modello europeo" di famiglia, di matrimonio: ma non è di questo che qui si tratta. Si è già osservato, infatti, che la circolazione dei modelli nei diversi Paesi dell'Unione è una realtà già in atto da tempo, e che comunque la necessità prioritaria è quella di garantire ai cittadini gli stessi diritti e gli stessi obblighi, indipendentemente dal territorio in cui hanno deciso di trascorrere tutta o parte della loro vita.

b) il diritto dei contratti. Considerazioni affatto diverse devono essere svolte con riguardo al diritto dei contratti, ove il cammino verso l'armonizzazione dei diritti nazionali e la creazione di un patrimonio comune di principi è in uno stadio molto più avanzato.

Occorre partire dalla premessa per cui un diritto privato europeo esiste già, specificamente nella materia contrattuale ma anche in quella dell'impresa, della concorrenza, delle società, della responsabilità civile, dei diritti reali così come in molti altri campi. Questo diritto è stato costruito nel tempo con interventi settoriali che hanno tratto l'origine da esigenze economiche specifiche o dal perseguimento di obiettivi generali fissati nei trattati istitutivi delle Comunità europee o nei successivi testi che li hanno emendati: la libera circolazione delle persone, delle merci, dei capitali e dei servizi, la creazione di un mercato comune, la realizzazione di condizioni non distorte di concorrenza fra le imprese, un livello elevato di tutela dei consumatori e dell'ambiente. Si tratta di interventi che hanno toccato materie tradizionalmente affidate alla regolazione dei codici civili, nel diritto europeo continentale, e che hanno finito per alterare il quadro sistematico dei diritti civili nazionali già ampiamente segnato dalla cd. età della decodificazione.

Questo panorama frastagliato, e per molti versi non appagante, ha fatto sorgere l'esigenza di una legislazione più organica e coerente in materia civile. Accanto a ciò l'ambizione di contribuire a uno strumento normativo di grande profilo come potrebbe essere un codice civile europeo ha determinato la formazione di network accademici europei che, come è noto, hanno prodotto una ormai consistente e organica opera di codificazione di principi non limitata alla materia contrattuale.

Le istituzioni comunitarie hanno dedicato molta attenzione a questo lavoro accademico e in particolare il Parlamento europeo ha manifestato l'auspicio di un recepimento normativo di una serie organica di principi del diritto europeo³¹.

Ma non solo queste due spinte hanno messo in movimento le istituzioni europee. Da una parte, l'accelerazione del processo di formazione di un mercato interno in Europa, provocata dall'introduzione dell'euro e da fattori mondiali quali la globalizzazione dell'economia e l'espansione del commercio elettronico, hanno indotto una riflessione sui possibili ostacoli derivanti alle imprese e ai consumatori europei dalla esistenza di ordinamenti giurisdizionali e diritti sostanziali profondamente diversi fra di loro.

D'altra parte, i nuovi compiti assunti dall'Unione, relativamente alla creazione di uno spazio di giustizia europeo, hanno provocato una parallela valutazione degli ostacoli derivanti al corretto funzionamento dei procedimenti civili. Le conclusioni del Vertice di Tampere hanno previsto di conseguenza uno studio su questo tema³².

³¹ Risoluzioni del Parlamento europeo A2-157/89 pubblicato in GUCE 26 giugno 1989, C 158, p. 400 e A3-329/94, in GUCE 25 luglio 1994, C 205, p. 518, nonché Risoluzione B5- 228,229,230/2000 p. 326, punto 28, pubblicata in GUCE del 29 dicembre 2000, C 377, p. 323.

³² Nelle conclusioni del Consiglio europeo di Tampere si legge al paragrafo 39: <<Per quanto concerne il diritto materiale, occorre procedere a uno studio globale sulla necessità di ravvicinare le legislazioni in materia civile per eliminare gli ostacoli al corretto svolgimento dei procedimenti civili>>.

La Commissione europea ha risposto a queste sollecitazioni lanciando nel 2001 una consultazione abbastanza inedita³³, perché non riconducibile alla tradizionale formula dei libri verdi, sul futuro del diritto contrattuale europeo, sollecitando la segnalazione di problemi e sottoponendo una serie di opzioni generali di politica legislativa. All'esito di tale consultazione, nel 2003, è stato formulato un piano d'azione³⁴ che riduceva lo spettro delle opzioni e che è stato sottoposto anche esso alla valutazione delle categorie più interessate come i rappresentanti delle imprese, dei sindacati, delle associazioni dei consumatori, delle professioni legali.

Nell'ottobre del 2004 la Commissione europea ha approvato una comunicazione³⁵ che illustra quale sarà nel futuro immediato lo sviluppo del diritto contrattuale europeo in relazione alle iniziative che la Commissione intende assumere.

Gli interventi si articolano in quattro direzioni:

- la valutazione e revisione dell'*acquis* comunitario;
- la promozione di contratti standard applicabili in tutti gli Stati membri dell'Unione e relativi ai rapporti fra imprese (B2B) e fra imprese e pubblica amministrazione (B2G);
- la creazione di un quadro comune di riferimento (*common frame of reference*, CFR) applicabile al diritto dei contratti sia in relazione ai rapporti fra imprese che tra imprese e consumatori (B2C);
- la progettazione di un strumento normativo generale relativo al diritto dei contratti e applicabile sulla base di una scelta delle parti.

Per quanto riguarda la revisione dell'*acquis* e la promozione dei contratti standard va segnalato che la Commissione intende studiare analiticamente l'impatto di una serie di direttive relative alla tutela dei consumatori³⁶ e eventualmente procedere alla loro revisione individuale o complessiva. Non vi è alcuna volontà di proporre contratti standard alle imprese, il ruolo che la Commissione intende assumere è quello di facilitatore e di mediatore imparziale. In quest'ottica la Commissione dovrebbe studiare gli ostacoli alla applicazione dei contratti nel territorio europeo, proponendo o imponendo, attraverso il ricorso alla Corte di giustizia, le modifiche legislative necessarie per garantire tale possibilità di applicazione. In secondo luogo dovrebbe fornire i mezzi e curare la pubblicizzazione dei contratti senza assumere un vero e proprio ruolo di selezionatore delle migliori prassi.

Nella sua comunicazione la Commissione chiarisce cosa dovrebbe essere e a cosa dovrebbe servire il quadro comune di riferimento. La definizione è quella di una scatola degli attrezzi, una *tool box* (*boite à outils*) per il legislatore comunitario ma anche per quello nazionale e per l'interprete. In sostanza il CFR dovrebbe contenere: le definizioni dei concetti fondamentali, i principi fondamentali e una serie di modelli di regole (separate nelle due categorie B2B e B2C) del diritto europeo dei contratti. In particolare il CFR si dovrebbe occupare dei contratti in generale e di alcuni specifici contratti, in primo luogo quelli dei consumatori e quelli di assicurazione³⁷. Per pervenire a tale risultato saranno utilizzate le fonti costituite dall'*acquis* comunitario, dai diritti dei contratti nazionali (incluse la giurisprudenza e la prassi consolidata) e dagli strumenti giuridici

³³ Si tratta della già citata (vedi nota 23) comunicazione della Commissione sul diritto contrattuale europeo.

³⁴ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, *Maggiore coerenza nel diritto contrattuale europeo. Un piano d'azione* [COM(2003) C 63/01 del 15 marzo 2003].

³⁵ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, *Diritto contrattuale europeo e revisione dell'acquis: prospettive per il futuro* [COM(2004) 651 def. dell'11 ottobre 2004].

³⁶ Le otto direttive riguardano la tutela dei consumatori: a) nei contratti negoziati fuori dei locali commerciali (direttiva 85/577/CEE), b) nei viaggi, vacanze e circuiti "tutto compreso" (direttiva 90/314/CEE), c) per le clausole abusive inserite nei contratti (direttiva 93/13/CEE), d) nell'acquisto della multiproprietà (direttiva 94/47/CE), e) nei contratti a distanza (direttiva 97/7/CE), f) nella indicazione dei prezzi nei prodotti in offerta (direttiva 98/6/CE), g) per quanto concerne la richiesta di provvedimenti inibitori in loro difesa (direttiva 98/27/CE), h) per taluni aspetti delle vendite e delle garanzie dei beni di consumo (direttiva 99/44/CE).

³⁷ Nella comunicazione si indicano subordinatamente, come possibili oggetti specifici, i contratti di compravendita, i contratti per la cessione di servizi, i trasferimenti reali immobiliari e le clausole di riserva della proprietà. Inoltre si afferma che il quadro di riferimento dovrà essere formato tenendo conto delle interazioni fra il diritto dei contratti e le materie della responsabilità civile e dei diritti reali.

internazionali (come la Convenzione di Vienna del 1980 sulla vendita internazionale di merci), seguendo la tecnica della ricerca della migliore soluzione (*better rule*). Oltre alla funzione essenziale di presiedere alla revisione e alla formazione futura dell'*acquis* il CFR potrebbe avere quelle: a) di guidare i legislatori nazionali nel recepimento delle direttive e comunque nella formazione della legislazione attinente alla materia contrattuale; b) di costituire un supporto all'interpretazione dell'*acquis* in materia contrattuale da parte della Corte di giustizia; c) di costituire un supporto per l'adozione delle misure relative agli obiettivi concernenti i contratti standard e lo strumento normativo generale e opzionale; d) di essere utilizzato negli arbitrati e nei contratti stipulati dalla Commissione. Il CFR potrebbe avere la natura giuridica di uno strumento vincolante adottato dal Parlamento e dal Consiglio o quella di uno strumento non vincolante adottato dalla Commissione (probabilmente utilizzando il modello della raccomandazione). La Commissione manifesta allo stato la sua propensione per questa seconda ipotesi.

Nella comunicazione è prevista altresì la organizzazione, la metodologia e il calendario di lavoro che dovrebbe condurre la Commissione all'adozione del quadro comune di riferimento.

Si prevede l'affidamento³⁸ a un gruppo di ricercatori della redazione di un progetto di CFR da presentare entro la fine del 2007. Il gruppo dei ricercatori lavorerà in collaborazione con due *network*, quello dei rappresentanti delle parti interessate (*stakeholders*) e cioè delle imprese, dei consumatori, delle associazioni interessate e delle professioni legali e quello degli esperti designati dagli Stati. La organizzazione di seminari e la disponibilità di un accesso alla rete della Commissione consentirà il continuo monitoraggio del lavoro dei ricercatori e la proposizione di tematiche e problemi e di emendamenti al testo in formazione.

Dopo la consegna della ricerca la Commissione valuterà la possibilità di applicazione del progetto di CFR, e in particolare la sua utilizzabilità per la revisione dell'*acquis*³⁹, e il suo impatto sulle altre misure previste dal piano d'azione (contratti standard e strumento normativo generale). Si aprirà quindi una fase di consultazione del Parlamento, del Consiglio e degli Stati membri dell'Unione. All'esito di questa consultazione, la Commissione presenterà un libro bianco illustrativo del progetto di CFR, eventualmente emendato a seguito della valutazione e della consultazione, e tradotto in tutte le lingue ufficiali dell'Unione europea. Nei sei mesi successivi si aprirà una fase di consultazione del pubblico e di verifica linguistica cui seguirà, infine, l'adozione da parte della Commissione.

Come si vede, una delle attenzioni fondamentali della Commissione è stata quella di coinvolgere sin dall'inizio il più largo numero di istituzioni e soggetti potenzialmente interessati al progetto. Una seconda, altrettanto forte, preoccupazione è stata quella di convincere gli *outsiders* che il risultato di questo progetto è aperto all'esito delle consultazioni previste, le quali costituiscono una sorta di *leitmotif* del procedimento di lavoro. Il terzo e forse più significativo impegno della Commissione è stato quello di rassicurare le opinioni contrarie alla idea di una codificazione europea, sia pure realizzata per fasi progressive, di cui la legge generale regolatrice dei contratti costituirebbe il primo passo. Per quanto riguarda i primi due punti non si può che approvare il metodo di lavoro scelto dalla Commissione anche se una attenzione maggiore va forse prestata alla conoscenza effettiva del progetto da parte degli specialisti e del pubblico più vasto.

Per quanto riguarda il terzo punto, la prudenza della Commissione è sì condivisibile a priori, a condizione però che essa non determini un risultato ibrido e poco efficace. Colpisce infatti la sperequazione fra le potenzialità attribuite al quadro di riferimento e l'evanescenza del suo contenuto giuridico, nelle intenzioni della Commissione. Se è vero che non si può intraprendere un progetto così complesso dando per definito il suo risultato finale è anche vero che, alla fine del lavoro, sarà necessaria una scelta di fondo con un evidente contenuto politico. Le conseguenze saranno ben diverse se il testo elaborato diventerà uno strumento giuridico vincolante ovvero se

³⁸ Con un finanziamento di una ricerca triennale nell'ambito del VI programma quadro di ricerca e sviluppo tecnologico (decisione 1513/2002 CE in GU L232 del 29 agosto 2002).

³⁹ Oltre che relativamente alle otto direttive nella materia della protezione dei consumatori l'applicazione dovrebbe avvenire con riferimento alla direttiva ritardi nei pagamenti.

rimarrà uno studio di sintesi e di comparazione da cui i destinatari primari della comunicazione potranno trarre libera ispirazione per la loro attività di produzione normativa o interpretazione giurisprudenziale. La attuale preferenza della commissione per l'adozione di uno strumento non vincolante andava quindi meglio chiarita e motivata.

D'altra parte, bisogna stare attenti a non fare confusione fra le finalità del quadro di riferimento e quelle dell'ipotetico strumento normativo opzionale. Se infatti le due funzioni sono e rimarranno distinte si potrà, da un lato, ottenere i risultati positivi sull'*acquis* comunitario, derivanti dall'approvazione del quadro di riferimento, e, dall'altro, fornire alle parti uno strumento opzionale di regolazione dei loro contratti che le affrancherà dall'applicazione di diritti nazionali non noti e di difficile comprensione. In questa logica però il CFR dovrebbe essere uno strumento (possibilmente vincolante e) autonomo e distinto dal regolamento ad applicazione opzionale. Se invece si ritiene che il CFR altro non sia che una fase embrionale del futuro regolamento ad applicazione opzionale il procedimento previsto nella comunicazione risulta eccessivamente articolato e non sufficientemente trasparente.

Al di là di questa valutazione che ben potrà risolversi positivamente nel risultato dei lavori, preoccupa invece lo scarso peso attribuito, nelle motivazioni⁴⁰ della Commissione, alla creazione di uno spazio di giustizia europeo. L'adozione di un quadro comune di riferimento per il diritto europeo dei contratti non può avere solo le motivazioni classiche riferibili ai trattati istitutivi delle Comunità europee ma deve costituire un momento essenziale della costruzione dello spazio di giustizia, inteso come allargamento su dimensione europea delle possibilità di accesso alla tutela dei diritti.

⁴⁰ Significativo in tal senso il riscontro con i parametri fissati per la revisione dell'*acquis* nell'allegato II della comunicazione COM(2004) 651.