

Il Codice civile e il processo costituente europeo

di Stefano Rodotà

Publicato in Rivista critica del diritto privato, 2005

1. Un esplicito e formale “processo costituente” europeo ha una precisa data di nascita: il Consiglio europeo di Koln, nel giugno del 1999, dove si stabilì che l’Unione europea aveva bisogno di una Carta dei diritti fondamentali e che la preparazione di questa Carta doveva essere affidata ad un nuovo organismo istituzionale – la Convenzione. Questa scelta è stata confermata dal fatto che la Carta è divenuta parte del Trattato per una Costituzione europea e che il metodo della Convenzione è stato poi adottato per predisporre proprio il progetto di Trattato.

Per valutare meglio il processo così avviato, e collocare in esso il problema di una possibile codificazione europea, è necessario sottolineare l’affermazione forse più importante contenuta nel documento approvato a Köln. “La tutela dei diritti fondamentali costituisce un principio fondatore dell’Unione europea e il presupposto indispensabile della sua legittimità. L’obbligo dell’Unione di rispettare i diritti fondamentali é confermato e definito dalla Corte di giustizia europea nella sua giurisprudenza. Allo stato attuale dello sviluppo dell’Unione, é necessario elaborare una Carta di tali diritti al fine di sancirne in modo visibile l’importanza capitale e la portata per i cittadini dell’Unione”. Questa affermazione, e il conseguente mandato per la Convention, erano evidentemente basati su due premesse: l’esistenza nel sistema costituzionale europeo non solo di un deficit di democrazia, ma anche e soprattutto di un deficit di legittimità; la conseguente necessità di superare questa situazione attraverso un nuovo ed autonomo documento, la Carta, considerato anche come lo strumento per fondare su basi più solide il rapporto tra istituzioni europee e cittadini.

Questa idea della legittimazione attraverso i diritti fondamentali fa parte della tradizione politica e giuridica di molte culture europee. Basta ricordare l’articolo 16 della *Déclaration des droits de l’homme et du citoyen* del 1789: “Toute société dans laquelle la garantie des droits n’est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n’a point de Constitution”.

In che modo questo processo di costituzionalizzazione incide sulla prospettiva della codificazione, dunque sul più classico strumento del diritto privato? Per dare una prima risposta a questa domanda, è opportuno citare un altro documento dell’Unione europea, la Comunicazione alla Commissione sull’applicazione della Carta, firmata nel febbraio 2001 dal Presidente Romano Prodi e dal Commissario Antonio Vitorino. In essa si legge che “tutte le proposte legislative ed ogni

altra proposta da adottare da parte della Commissione devono, come parte dell'ordinario processo di decisione, essere anzitutto valutate in base alla loro compatibilità con la Carta". Questo implica che ogni atto di codificazione, quale che sia la procedura seguita e la forma assunta, deve essere coerente con quanto disposto dalla Carta, deve essere sottoposto ad un test di compatibilità con i principi e le specifiche disposizioni in essa contenute. E questa indicazione assume maggior forza oggi, in presenza di un quadro costituzionale di portata generale.

2. L'idea di un codice europeo non è in sé nuova. Nel 1807, Bigot de Prémeneu, uno degli autori del *Code civil*, ne parlava come del futuro "diritto comune" dell'Europa. E nell'esilio di Sant'Elena, Napoleone Bonaparte si chiedeva con amarezza "pourquoi mon code Napoléon n'eut-il servi de base à un Code européen?". La domanda può sorprendere in un grande politico che ben conosceva le reazioni che, in molte parti d'Europa, erano state suscitate proprio dal *Code civil*, nel quale si vedeva uno degli strumenti per imporre ovunque l'egemonia francese. Il *Code* era un prodotto politico, un modello giuridico che accompagnava appunto l'unificazione politica di un territorio. La sua estensione all'intera Europa, o ad una sua parte significativa, si presentava come parte di un progetto non di una Europa unita, ma di una Europa imperiale, dunque di una imposizione unilaterale fatalmente destinata ad essere rifiutata.

Ad ogni modo, la prepotente identificazione di Napoleone con il "suo" codice, che spiega la sua delusione di fronte ai freni posti alla sua espansione, non cancella la profondità storica della sua riflessione. Se aveva esclamato "mon Code est perdu" all'apparizione dei suoi primi commenti da parte di giuristi, confidandosi, sempre nell'esilio, con Charles de Montholon osservava che la sconfitta di Waterloo avrebbe cancellato il ricordo delle sue quaranta vittorie, ma aggiungeva: "ce que rien n'effacera, ce qui vivra éternellement, c'est mon Code civil".

Da questa breve digressione intorno a Napoleone e al suo Code, si può prendere spunto per considerare la rilevanza storica di questo modello legislativo e, al tempo stesso, l'intrinseca sua politicità e le difficoltà che s'incontrano quando si voglia farne lo strumento per l'imposizione unilaterale di una cultura. Con due conseguenze: l'impossibilità di chiudere la codificazione europea nella dimensione puramente tecnica; la debolezza di ogni tentativo di imporre modelli espressivi di singole tradizioni culturali (come dimostrano le reazioni recentemente suscitate da alcuni progetti messi a punto da gruppi di giuristi).

A questo proposito, vale la pena di ricordare un tentativo compiuto alla fine degli anni Venti del secolo passato. Nell'ottobre del 1927 viene approvato a Parigi un Progetto di codice italo-francese delle obbligazioni e dei contratti, che non avrà fortuna, accantonato più per ragioni politiche che per le critiche ad esso rivolte, ma che dichiarava un'ambizione meritevole d'essere

ricordata: "esso costituisce (...) un serio tentativo di attuare ciò che potrebbe essere in un futuro più o meno lontano il nuovo diritto privato comune dell'Europa o per lo meno di un gran numero di Stati europei e forse persino di Stati d'oltre Oceano". Nella Relazione al Progetto si sottolineava che l'unificazione legislativa della disciplina delle obbligazioni e dei contratti sarebbe più facile, essendo tale materia quella rimasta più vicina al diritto romano e al diritto comune. In realtà, se si analizzano i lavori del Progetto, e le diverse valutazioni che suscitò, non è difficile cogliere la rilevanza assunta dal dato economico nella scelta di effettuare in quella materia un tentativo di unificazione.

Questo elemento diventa la motivazione esplicita della Risoluzione del Parlamento europeo del 1994 sull'armonizzazione di taluni settori di diritto privato, dando priorità alla materia contrattuale, e più in generale all'unificazione del diritto patrimoniale, considerata "essenziale per la realizzazione del mercato interno" (nella Risoluzione del 1989 si parlava di un modello capace di parlare all'esterno, in particolare all'America Latina, con una significativa analogia con il Progetto italo-francese). Nella storia d'Europa, dunque, esistono progetti politici diversi di codificazione comune, come operazioni di egemonia culturale o di razionalizzazione economica.

Ma, in presenza delle nuove dinamiche costituzionali e dei valori che esse fanno emergere, è possibile pensare alla codificazione come ad un fattore che rafforza unicamente il carattere di spazio economico dell'Unione?

3. Per rispondere a questa domanda, è necessario non limitarsi ad una analisi che si preoccupi solo delle attuali competenze dell'Unione, senza considerare il processo costituente in corso. Non si può discutere di codificazione europea con lo sguardo rivolto soprattutto al passato. Questa impostazione, apparentemente realistica, rischia di creare una situazione contraddittoria proprio con i nuovi dati costituzionali. Infatti, l'annuncio della Commissione, contenuto nell'*Action Plan* del 2003, di voler predisporre un "quadro comune di riferimento", contenente principi, definizioni e regole di diritto contrattuale per agevolare la semplificazione dell'"acquis communautaire", rischia di riproporre una logica pre-costituzionale, indifferente alla novità rappresentata dalla Carta dei diritti fondamentali e della dichiarata volontà di uscire dal passato unilateralismo di mercato che ne costituisce la più forte motivazione.

Come parlare, allora, di un codice civile europeo, della sua necessità e delle sue caratteristiche? Se si guarda alla storia di molti paesi dell'Europa continentale, si può agevolmente vedere come i codici civili abbiano giocato un ruolo essenziale nella costruzione dello Stato nazionale, rappresentando la vera costituzione della società civile, il piano delle relazioni individuali e sociali, esercitando una influenza più forte delle stesse costituzioni, considerate più

documenti politici che giuridici. Questo doppio regime costituzionale era stato ben descritto dal maggiore tra gli artefici del *Code civil*, Jean-Etienne-Marie Portalis, scrivendo che “al cittadino appartiene la proprietà, al sovrano l’impero”.

Ma l’esperienza costituzionale del XX secolo ha modificato questo rapporto. Le costituzioni sono divenute la vera legge fondamentale degli Stati, i codici civili hanno perduto il loro valore costituzionale e devono conformarsi ai valori espressi nei testi costituzionali. Nell’Unione europea si assiste ad una dinamica almeno in parte analoga. Da una parte, infatti, viene meno l’autonomia, l’autoreferenzialità della legislazione privatistica; dall’altra, siamo di fronte ad una discontinuità costituzionale, ad un mutamento del contesto, con l’emersione di valori irriducibili alle logiche di mercato.

Se, infatti, si considera la logica che sta alla base della Carta dei diritti fondamentali, si rileva che l’integrazione economica non è stata ritenuta sufficiente per conferire all’Unione piena legittimità, sì che il processo costituente si presenta anche, e per certi versi soprattutto, come un necessario passaggio dall’Europa dei mercati all’Europa dei diritti. La codificazione deve essere coerente con questo processo.

La prima conseguenza di questa situazione è la debolezza di un approccio alla codificazione che la consideri come una semplice razionalizzazione dell’esistente, come un puro *restatement*. I materiali da riordinare e da presentare in un unico testo, infatti, hanno avuto la loro origine in un contesto istituzionale prevalentemente, e talora esclusivamente, dominato dalla sola logica di mercato, dunque da un sistema di valori non corrispondente a quello ora delineato in particolare dalla Carta dei diritti fondamentali.

La seconda conseguenza riguarda l’impossibilità di rifiutare l’ipotesi della codificazione sostenendo che le dinamiche istituzionali europee hanno già prodotto qualcosa che, sostanzialmente, corrisponde ad una codificazione in alcune specifiche aree, come quella del diritto contrattuale. L’argomento è già stato adoperato per sostenere l’inutilità di una costituzione, poiché questa funzione sarebbe stata già svolta dall’insieme dei Trattati. Questa posizione è stata nei fatti superata dall’approvazione del Trattato costituzionale, che ha messo in evidenza la necessità per l’Unione europea di passare da una “mosaic law” ad un sistema giuridico pensato e voluto come unitario.

La terza conseguenza riguarda la necessità di ripensare comunque, nella nuova prospettiva, la legislazione europea di diritto privato, indipendentemente dal fatto che si arrivi ad una vera e propria codificazione. Si rischia, altrimenti, di avere una Unione europea a due velocità: una Unione “costituzionale”, fondata sui diritti fondamentali; una Unione “privatistica”, ancora ancorata alla logica di mercato.

4. Carta e Trattato costituzionale propongono un modello istituzionale che si presenta come una discontinuità nel processo di costruzione europea. Al tempo stesso, però, rappresentano un recupero di elementi forti del modello politico ed istituzionale che aveva caratterizzato la storia d'Europa nei due secoli passati.

Il sistema dei valori definito dalla Carta dei diritti fondamentali è costruito intorno ai principi di dignità, libertà, eguaglianza, solidarietà, cittadinanza, giustizia. L'innovazione rispetto alla logica dei Trattati non è trascurabile. Questi non facevano alcun esplicito riferimento all'eguaglianza ed alla solidarietà che, fin dalla Rivoluzione francese, costituiscono capisaldi del sistema delle libertà e dei diritti. Né davano rilievo al principio di dignità, che pure rappresenta una delle acquisizioni più importanti dell'ultima fase del costituzionalismo europeo, come dimostra, ad esempio, il paragrafo 1 del *Grundgesetz*.

Recuperata la pienezza del modello europeo, esso è stato poi integrato in maniera significativa in tre direzioni. Nel Preambolo della Carta si afferma che l'Unione "pone la persona al centro della sua azione". Vengono pienamente riconosciuti i cosiddetti "nuovi diritti" (in particolare quelli relativi alla bioetica, alla protezione dei dati personali, all'ambiente). Si afferma l'"indivisibilità" dei diritti civili, politici, sociali. In sostanza, siamo di fronte all'abbandono, sia pure tendenziale, della logica individualista e patrimonialista che ha segnato la prima fase della costruzione europea, così come aveva caratterizzato il primo dei grandi codici europei, il *Code Napoléon*.

L'intreccio tra interessi individuali ed esigenze sociali è il frutto di una complessa evoluzione storica, che si è manifestata soprattutto nel secolo passato, che ha portato alla nascita di un modello europeo dei diritti e che non può essere spiegato considerando solo gli aspetti giuridici del problema. Il *Code civil* era stato il frutto della vittoria della borghesia o meglio, come scrisse Karl Marx, in esso la società borghese trovò la sua "forma giuridica". Collocata come "massa di granito" nel sistema sociale del XIX secolo, la codificazione perderà il suo ruolo centrale e la sua funzione costituzionale quando i principi di base della legislazione privatistici emigreranno nelle "lunghe costituzioni" del Novecento, a cominciare da quella di Weimar del 1919, ed incontreranno l'idea sociale, divenuta ineludibile tema politico per la comparsa sulla scena della storia della classe operaia. La creazione e l'evoluzione del modello europeo, con la sua immersione dei diritti individuali nel flusso delle relazioni sociali, sono dunque il frutto dell'azione di due soggetti storici, la borghesia e la classe operaia.

Quali sono oggi le condizioni politiche e quali i soggetti che agiscono nel quadro di una possibile codificazione europea? Quali sono gli obiettivi di questo tentativo di dare all'Europa

comuni regole di diritto privato, per le quali si è adoperata una parola fortemente simbolica come “codice”, quasi per dare un surplus di legittimazione ad una impresa così impegnativa?

Se consideriamo le vicende che si sono svolte a partire dal 1994, dalla prima Risoluzione in materia del Parlamento europeo, si può notare un concentrarsi dell’attenzione sul tema del contratto, un progressivo indebolirsi dell’impulso politico ed una parallela emersione di tre protagonisti – i giuristi accademici, la tecnocrazia europea, le forze di mercato. Nascono, a questo punto, tre problemi.

Primo: si può accettare una produzione non democratica della codificazione europea? Secondo: si può accettare una codificazione europea ispirata prevalentemente alla logica del “mimic the market” e che non ponga al suo centro la nuova assiologia costituzionale? Terzo: si può accettare una codificazione europea che non consideri, al tempo stesso, uniformità e diversità, armonizzazione e pluralismo, come peraltro vuole l’articolo 22 della Carta dei diritti fondamentali, che impone il rispetto della diversità culturale, religiosa e linguistica?

Dobbiamo quindi chiederci: possiamo ancora riferirci al modello storico del codice nella prospettiva europea? No, se si considera che la “costituzionalizzazione della persona”, attuata dalla Carta, rende improponibile una logica tutta patrimonialista; che l’idea di un codice “massa di granito” contrasta con i bisogni di una società segnata da una innovazione continua e che richiede anche una legislazione per principi, omeostatica, capace di adeguarsi al mutamento; che i valori costituzionali sono definiti dalle costituzioni e dalle carte dei diritti, e ad essi i codici civili devono essere coerenti, avendo perduto l’autoreferenzialità. Sì, se pensiamo alle possibilità di unificazione e razionalizzazione degli strumenti giuridici; all’effetto di trasparenza e di democratizzazione di regole comuni dei rapporti personali e sociali non affidate soltanto alle logiche di mercato o all’azione, non sempre controllabile, di tecnocrazie nazionali o sopranazionali; alla flessibilità diacronica e sincronica del sistema. Di nuovo, il codice come impresa politica, non come operazione tecnica.

5. Consideriamo, anzitutto, il problema della legittimazione democratica della legislazione europea di diritto privato. Criticando la logica della codificazione, che sarebbe un “top down process” in sé autoritario, si è affermato che sarebbe preferibile la logica del common law, in cui si manifesterebbe un “bottom up process”, in sé democratico.

Questo argomento, tuttavia, diviene sempre più ideologico. A livello sovranazionale le regole sono sempre più il prodotto dell’azione organizzata della *business community* e dell’attivismo tecnocratico. Vi sono forme di unificazione sovranazionale del diritto, sbrigativamente definite con l’espressione *lex mercatoria*, che si manifestano come forme di privatizzazione della produzione del

diritto ad opera di soggetti che esercitano un potere *legibus solutus*, che li mette in condizione di imporre regole fuori da ogni procedura democratica.

Di fronte a questa realtà, la codificazione può essere considerata come un metodo per riportare nella dimensione democratica la produzione sovranazionale delle norme. In questo modo il codice potrebbe ricevere quella legittimazione politica che non può derivargli dalla presenza di un soggetto storico forte come, nel passato, la borghesia o la classe operaia. Ma questo esige la presenza diretta nel processo di codificazione di un soggetto politico come il Parlamento europeo. E, in questa prospettiva, la codificazione si presenta non come un sottoprodotto del processo costituente, ma come un elemento essenziale nella transizione dall'Europa del mercato all'Europa dei diritti. Verrebbe così riscoperta, in una nuova dimensione, l'antica funzione del codice come strumento di unificazione politica.

Questa impostazione, d'altra parte, è quella che meglio può consentire di rispondere alle preoccupazioni di quelli che temono l'americanizzazione del diritto europeo a causa della debolezza della cultura europea, o addirittura parlano di un "droit vecteur de la puissance americaine". Ma il rischio dell'americanizzazione nasce proprio dalla mancanza di iniziativa politica dell'Unione, che non può essere sostituita né dall'attività di gruppi accademici, né da programmi di razionalizzazione tecnocratica delle norme esistenti. Dove l'Unione europea ha dato prova di iniziativa politica e di capacità di elaborazione tecnica, come ad esempio nella materia della data protection, il suo modello ha creato le condizioni di un effettivo "multilateralismo normativo" ed ha mostrato capacità di attrazione verso altre aree del mondo, dall'Australia all'America latina.

Ma questa prospettiva della codificazione è contraddetta da un riduzionismo strisciante sempre più evidente nell'ambito dell'Unione europea. Nella Risoluzione del Parlamento del 1994 si parlava di "a common european code of private law", mentre nella Risoluzione del Consiglio del 2003 si fa riferimento più modestamente ad "a better coherence for the european contract law". Un doppio riduzionismo, dunque. Si passa dall'idea di "code" a quella di semplice "coherence"; dalla "private law" nel suo complesso al solo "contract law". E nella Comunicazione della Commissione del 2004 sul diritto contrattuale europeo e la revisione dell'acquis si dichiara esplicitamente che "la Commissione non intende proporre un 'codice civile europeo' che armonizzi in diritto contrattuale degli Stati membri" e si rende esplicita la scelta a favore di strumenti giuridici non vincolanti.

E' vero che le due prospettive, in astratto, non sono contraddittorie. Si può considerare la riorganizzazione coerente di una specifica materia come un primo passo verso una più ampia e ambiziosa impresa di codificazione. In concreto, tuttavia, negli ultimi orientamenti dell'Unione si riflette, da una parte, l'impasse nella quale si trovano le iniziative accademiche; e, dall'altra, una

caduta di tensione politica da parte delle istituzioni europee. In questo vuoto, l'unico soggetto effettivamente attivo diviene la tecnocrazia europea, alla quale viene affidato il compito di produrre i nuovi testi, in sostanziale consonanza con interessi di mercato ostili a discipline vincolanti. Il codice viene respinto sullo sfondo, e tornano a rafforzarsi ipotesi ad esso sostanzialmente alternative, come quella di uno *jus commune* europeo e di un approccio esclusivamente settoriale al tema della legislazione europea di diritto privato.

Così il codice civile europeo, nella sua vera natura, torna ad essere un tema politico, e pone al più alto livello il problema della coerenza, che si presenta in primo luogo come "coerenza costituzionale".

6. Prima di delineare quali siano le alternative alla impostazione appena ricordata, è necessario considerare i caratteri della codificazione e la sua capacità di produrre appunto un nuovo tipo di coerenza all'interno del sistema giuridico europeo, così rafforzando il processo costituente. Questa coerenza imporrebbe l'adozione di uno strumento rigido, che farebbe perdere l'"efficienza della diversità" e negherebbe il valore del pluralismo? Come può l'idea di stabilità, che accompagna storicamente il ricorso ai codici, funzionare in società in continuo cambiamento, in società definite del rischio e dell'incertezza?

Per rispondere a queste domande sono necessarie alcune considerazioni tecniche e politiche. Dal punto di vista tecnico, sono importanti gli indicatori che possono essere tratti dai progetti di codice elaborati da diversi gruppi accademici, che adottano un approccio molto diverso da quello della disciplina analitica, tipica dei tradizionali codici civili. Questi progetti, infatti, adottano un modello di codice sostanzialmente basato su principi e clausole generali (si pensi soltanto al ruolo attribuito alla clausola di buona fede nel Progetto Lando).

Questa struttura implica immediatamente un raccordo tra le clausole contenute in un codice e i valori espressi nel Trattato costituzionale, in particolare nella Carta dei diritti fondamentali. Interpretazione e concretizzazione delle clausole generali, infatti, non possono prescindere dai valori e dai principi contenuti nel testo costituzionale. Ad esempio, per riferirsi ancora alla clausola di buona fede, la controversia intorno alla sua interpretazione, secondo la pura logica di mercato o tenendo conto anche di esigenze di socialità e solidarietà, deve essere risolta attribuendo la necessaria rilevanza a quest'ultimo principio costituzionale. Una codificazione per principi, e non per regole analitiche, consente di realizzare una finalità di coerenza con il quadro costituzionale ed un obiettivo di efficienza, rendendo la disciplina giuridica adattabile a situazioni variabili.

Il codice può così divenire lo strumento per passare da una "armonizzazione analitica", sulla base delle norme esistenti, ad una "unificazione flessibile". Flessibilità non significa soltanto

possibilità di adattare la norma ad una realtà in continua trasformazione, in una prospettiva diacronica. Vuol dire anche disporre di uno strumento che consente di adattare la norma a situazioni e culture diverse, individuandone le condizioni di compatibilità e coesistenza in una prospettiva sincronica.

Si può così disporre di uno strumento forte nei principi di riferimento e flessibile nell'applicazione. Questa, in generale, può essere considerata la via corretta per ogni forma di codificazione civile che voglia presentarsi come modello di un diritto omeostatico e come strumento di dialogo tra culture e interessi. Incorporando la dimensione del futuro e della diversità, il codice può così divenire anche uno strumento che riduce l'incertezza. La critica di chi si preoccupa dell'eccessivo peso così dato al ruolo della magistratura rischia di divenire astratta, se non ideologica, poiché non tiene conto delle modalità reali di produzione delle norme, pesantemente privatizzata, sì che il recupero alla legislazione ed alla giurisdizione assume un indiscutibile significato di democrazia.

Al tempo stesso, il rapporto stretto con i valori della Carta può determinare una "ricostituzionalizzazione" del diritto privato. Questo diventa particolarmente evidente e si considera la costituzionalizzazione della persona, quale risulta in particolare dal Preambolo della Carta, dal principio di dignità dell'articolo 1, dall'articolo 3 sull'integrità della persona e dall'articolo 8 sulla protezione dei dati personali. Si pone qui anche il problema di una *Drittwirkung*, di una applicazione diretta delle norme costituzionali ai rapporti di diritto privato, nella prospettiva di un controllo delle attività e degli interessi individuali, come risulta da ultimo dalla sentenza dell'ottobre 2004 della Corte europea di giustizia sul caso Omega, che ha ritenuto legittimo il divieto di una attività economica perché violava il principio di dignità.

Inoltre, anche se un intervento nella materia dei contratti può realisticamente rappresentare il primo passo, la dimensione costituzionale del problema impone di guardare alla codificazione come ad un processo di ben maggiore portata, in cui ragioni di completezza e di coerenza impongono un suo progressivo allargamento almeno a materie come quelle delle persone, della proprietà, delle obbligazioni, della responsabilità civile. I vincoli rappresentati dalle attuali competenze dell'Unione non possono costituire un ostacolo insuperabile a questo tipo di riflessione, sia perché siamo in presenza di una situazione in movimento, sia perché spetta alla discussione politico-istituzionale stabilire quali di questi vincoli debbano essere rimossi. Anche se molte delle perplessità manifestate a proposito della competenza dell'Unione ad intervenire nelle materie via via indicate appaiono in troppi casi ispirate più dalla ostilità alla codificazione che da effettive ragioni giuridiche, è vero che non è rinviabile una riflessione politica sulla base legale adeguata all'impresa di codificazione.

Mancando questa riflessione, che può anche risolversi in una ricognizione che fughi molte perplessità, il processo di codificazione subirebbe fatalmente una delegittimazione strisciante.

La codificazione è sempre un processo dinamico, destinato ad incidere sugli equilibri precedentemente definiti.

7. Di tali questioni l'Unione europea non può liberarsi, anche se deciderà di seguire vie diverse da quelle di una codificazione in senso proprio. E sono questioni che riguardano temi essenziali di politica del diritto.

Risulta improponibile, infatti, una contrapposizione tra codice e *soft law*, poiché l'accento posto su quest'ultimo lascerebbe irrisolto, e per certi versi aggraverebbe, il problema della democraticità del processo normativo europeo. E ritorna, a questo punto, il tema dei protagonisti di questo processo, che non può essere affidato in esclusiva agli accademici, alle strutture dell'Unione o alla *business community*. Queste diverse voci sono tutte indispensabili, in particolare perché possono allargare la discussione, sensibilizzare le diverse opinioni pubbliche, e così contribuire alla lenta creazione di quel *demos* europeo che rappresenta uno degli obiettivi finali del processo costituente. Ma non sono sufficienti.

Un vero processo di codificazione, consapevole del significato che assume nella dimensione costituzionale, esige una riapertura della discussione a livello politico, coinvolgendo in primo luogo il Parlamento, in quanto soggetto rappresentativo dei cittadini europei, che non può confinare il proprio ruolo al controllo ed alla ratifica di testi elaborati da tecnocrazie pubbliche o private. Bisogna abbandonare le logiche riduzionistiche degli ultimi anni, e rendersi conto che solo una esplicita iniziativa politica può far uscire il processo di codificazione dall'impasse nella quale attualmente si trova.

Nella Comunicazione della Commissione del 2004 la via d'uscita è cercata in una esclusione dell'idea di codice, nella limitazione dell'iniziativa alla materia contrattuale e nella scelta di strumenti non vincolanti. Si cerca, poi, di rettificare una scelta così squilibrata con un maggior coinvolgimento formale delle tre istituzioni europee, con un procedimento più visibile e aperto a partecipazioni esterne e con una tecnica orientata verso indicazioni di carattere generale. Ma questa impostazione sembra piuttosto certificare un fallimento e si traduce in una rinuncia politica a continuare a seguire la via della codificazione, come dimostra anche il fatto che la Comunicazione prevede che il processo si concluda nel 2009, mettendo così in discussione la possibilità di una diversa iniziativa negli anni prossimi.

Il nuovo Parlamento e la nuova Commissione non dovrebbero accettare passivamente questa eredità. E' indispensabile riaprire la discussione sulla base delle esperienze e dei dibattiti di questi

anni perché il processo costituente europeo non può essere amputato della prospettiva della codificazione. Anche se non è qui proponibile, per la complessità delle materie, l'utilizzazione del modello della convenzione, sperimentato per la Carta dei diritti e il Trattato costituzionale, è necessario pensare ad altri strumenti istituzionali, come uno European Committee on Codification, democraticamente legittimato dal Parlamento, che testimoni dell'assunzione di una esplicita responsabilità politica da parte delle istituzioni dell'Unione, sia capace di dialogare con tutte le realtà europee e accompagni anche le iniziative settoriali già avviate, collocandole così in un contesto politicamente ed istituzionalmente più adeguato, rendendo così possibile la coerenza costituzionale del sistema politico europeo.

Tutto questo può apparire poco realistico. Ma esiste anche un realismo regressivo, che impedisce l'apertura di prospettive nuove.

E' indispensabile ormai una iniziativa politica forte per uscire dall'impasse di un impossibile codice civile europeo, così come fece Napoleone di fronte a quello che Jean-Louis Halpérin ha chiamato "l'impossible code civil" dei tempi post-rivoluzionari. V'è da sperare che a ciò si arrivi attraverso un genuino processo democratico, senza dover attendere un Napoleone del Terzo millennio.