

Marisaria Maugeri

**Versione provvisoria**  
**Si prega di non citare senza il permesso dell'autrice**

1. Il progetto Latino Americano

La decisione presa a Tucumàn nel 2011, durante il XXIII Convegno dei Civilisti latino-americani, di addivenire a un *Codice comune dei contratti* valido in tutto il continente sud-americano sollecita in noi tutti una domanda: in che stato versa attualmente il processo di armonizzazione del diritto privato in seno all'UE?

La circostanza poi che in quell'area ci si sia decisamente pronunciati a favore della redazione di un codice sollecita poi un ulteriore quesito: la strada che si sta percorrendo nell'UE, che sembra procedere invece verso un progressivo abbandono dell'idea di addivenire alla redazione di un vero e proprio codice – sia sotto il profilo dell'estensione delle materie disciplinate sia sotto il profilo della vincolatività del testo, è quella giusta? <sup>1</sup> oppure, come si chiede già la collega Lucilla Gatt, facendo anche tesoro di alcuni fallimenti nell'utilizzo di strumenti opzionali<sup>2</sup>, la Vecchia Europa dovrebbe ascoltare la lezione che arriva dal Nuovo Mondo<sup>3</sup>?

Proverò, in questo breve intervento, ad affrontare questi quesiti.

Prima di avviare il discorso, però, desidero chiarire la ragione per cui io attribuisco importanza all'armonizzazione e all'uniformazione. Credo che il processo abbia valore soprattutto sul piano simbolico di costruzione di una cultura europea e, dunque, dell'Europa. Credo, cioè, che in una fase in cui le transazioni economiche sono sempre meno legate alla vicinanza geografica la vera questione non risieda nella facilitazione degli scambi commerciali endoeuropei quanto piuttosto nella creazione di una identità europea.

2. Problemi in materia di armonizzazione: la possibile disaffezione

Non vi è dubbio alcuno, come già sottolineato da altri e come ho già detto, che negli ultimi anni il processo di armonizzazione in senso forte, intendo con ciò riferirmi all'aspirazione ad arrivare alla redazione e all'adozione di un vero e proprio codice – esteso nei contenuti e vincolante per tutti - abbia subito una battuta di arresto.

Altre sono state le vie dichiaratamente scelte e ciò in ragione di una pluralità di ragioni. Fra queste l'essere il codice uno strumento “datato” (tipico di altre fasi storiche, legato alla creazione degli

---

<sup>1</sup> V. REDING, *Colloquio di Louvain*, citato da L.Gatt

<sup>2</sup> L.GATT fa riferimento all'esperienza inglese nell'applicazione della Uniform Laws on International Sales Act 1967 (cfr. *Et où en est le «Code des contrats» dans L'Union européenne?*, in *Rev. int. droit comp.*, ..., 339

<sup>3</sup> *Op. cit.*, 340.

stati unitari, etc...) e poco rispettoso delle differenti tradizioni giuridiche, in particolare di quella di common law<sup>4</sup>.

Ciò su cui, però, vorrei richiamare in primo luogo la vostra attenzione è l'esistenza di vischiosità anche nel percorrere la via più soft (quella dello strumento opzionale unita alla rivisitazione di alcune Direttive) intrapresa dall'Unione.

Nel percorso scelto, infatti, si registra:

- sia un mancato coordinamento fra le varie istituzioni europee nel portare avanti il processo;
- sia un non sempre corretto rapporto con i soggetti chiamati a dare il loro parere sui progetti che si susseguono.

Vorrei portare due esempi volti ad esemplificare quanto da ultimo segnalato.

Con riferimento al mancato coordinamento fra le varie istituzioni si pensi allo scontro fra Commissione e Parlamento che si è appalesato nella redazione del DCFR e della proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sui diritti dei consumatori (oggi Direttiva 2011/83/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO del 25 ottobre 2011 sui diritti dei consumatori).

Come tutti ricorderanno la prima versione del DCFR (c.d. interim edition), pubblicato sotto l'egida della Commissione, viene pubblicata nel 2008. Nell'ottobre dello stesso anno viene pubblicata una proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sui diritti dei consumatori. Tale Direttiva era stata fortemente voluta dal Parlamento. Ebbene fra il testo della direttiva e il DCFR non c'era raccordo alcuno! Si pensi solo alla definizione di consumatore e all'estensione della protezione affatto diversa nei due testi. E in quel momento si è appalesato (ma in vero già si sapeva) lo scontro in corso fra Commissione e Parlamento.

Sembra evidente che intanto un processo così importante può giungere in porto in quanto ci sia un coordinamento fra i soggetti istituzionali coinvolti.

Con riferimento al rapporto con i soggetti chiamati a dare il loro parere sui progetti che si susseguono si pensi a quanto accaduto negli ultimi anni.

Come è noto, il primo luglio 2010 la Commissione ha pubblicato un Libro verde sulle opzioni possibili in vista di un diritto europeo dei contratti per i consumatori e le imprese. Il sottotitolo avrebbe potuto essere (ma non lo era): E ora che facciamo con il DCFR?

Semplificando si può dire che la Commissione chiedeva di scegliere fra quattro opzioni:

1. Ci si limita a pubblicare il DCFR?
2. Lo si fa diventare un atto cui la commissione può attingere come se fosse uno strumentario?
3. Si fa una raccomandazione con cui si incoraggiano gli stati membri a sostituire il diritto nazionale dei contratti?
4. Lo sia adotta come strumento opzionale? E, se sì, come? Con una Direttiva o con un Regolamento?

Sembra chiaro che intanto si può dare una risposta ai superiori quesiti in quanto si sia analizzato anche il contenuto e la qualità del testo di riferimento.

Mentre tutti noi, sollecitati dalla Commissione (la consultazione si concludeva il 31 gennaio 2011), ci affannavamo a organizzare convegni per dire cosa andava bene nel DCFR, cosa non andava, come si doveva migliorare etc., la stessa Commissione dava mandato al Gruppo di esperti non solo (come dichiarato) di effettuare uno studio di fattibilità ma anche di ridurre il DCFR (senza, però, dare comunicazione di ciò).

Sembra evidente che non è affatto corretto chiedere ai soggetti interessati di esprimere un parere su un testo se si chiede contemporaneamente ad altri di modificare lo stesso.

Tutto questo crea disaffezione ai temi e, di conseguenza, al processo in corso.

Il giudizio sulla conduzione del processo in corso da parte delle istituzioni dell'Unione non è, dunque, del tutto positivo.

La disaffezione (o se si preferisce il disappunto) nei confronti del processo in corso è poi legata anche alla circostanza che l'ambito di intervento in chiave di uniformazione sembra essere di mese in mese sempre più ridotto. Siamo partiti dall'idea di un possibile codice comune e siamo giunti alla CESL, contenuta sia sotto il profilo dell'ambito di intervento sia sotto il profilo della coerenza (come è a tutti noto, se approvata, sarebbe comunque uno strumento opzionale).

Gli sforzi compiuti appaiono a una prima lettura sproporzionati rispetto ai risultati.

Inviterei, però, ad andare oltre la prima lettura.

Nonostante i già segnalati errori nella conduzione del processo in corso da parte delle istituzioni dell'UE, infatti, a me sembra che il processo di armonizzazione non possa dirsi né "stagnante" né in recessione.

A me sembra che via sia un significativo progresso nel senso detto e che gli sforzi di tutti gli attori coinvolti non siano stati vanificati.

Il processo di armonizzazione oggi è vivo e in fase di espansione.

Attrici fondamentali di tale processo sono la Corte di Giustizia e la CEDU. Oggi anche il giurista più periferico dell'Unione fa riferimento nel proprio argomentare a quelle decisioni.

Non sarebbe, però, corretto immaginare che i giudici delle due Corti operino in una sorta di vuoto ed assenza di vincoli e punti di riferimento. Così come non sarebbe corretto immaginare che gli stessi si siano attribuiti un compito di mediazione sociale sottraendolo al potere politico (almeno non più di quanto facciano le corti nazionali, ad esempio in Italia).

In vero le argomentazioni delle Corti poggiano su letture dei testi fortemente influenzate dalle riflessioni accademiche, a loro volta sollecitate dai testi redatti dalle varie Commissioni e gruppi di lavoro. L'acquis viene poi arricchito dagli interventi settoriali (che a volte dialogano con le precedenti decisioni delle Corti) e questo innesca un processo di creazione del sistema.

Ciò, però, non significa che non sia auspicabile un intervento del legislatore, nei termini che chiarirò di seguito, al fine di arginare eventuali tentazioni (consentitemi un neologismo) Corti-centriche.

Quel che voglio sottolineare, in ogni caso, è che i giuristi europei oggi possono anche non concordare ma cominciano a utilizzare lo stesso linguaggio (smentendo nei fatti le tesi di Pierre Legrand). Cominciano a capirsi nel confronto. Le analisi che negavano ciò sono datate. Oggi la situazione è palesemente diversa da quella che si presentava anche solo 5 o 6 anni fa. E questo è un grande risultato.

### 3. L'esperienza nordamericana

Ma, pur in presenza di risultati certi, ci sono domande cui non ci si può sottrarre, e cioè:

- a) la via intrapresa è troppo debole e destinata (volutamente o meno) a non incidere sul governo dell'economia<sup>5</sup>?
- b) abbiamo esperienze recenti di uniformazione andata in porto che si possano assumere come esempi?
- c) esistono strategie, diverse dall'opzionalità e contestualmente rispettose del pluralismo, che mostrino maggiori margini di successo?

La mia tesi è che, in società e sistemi complessi, caratterizzati da una progressiva mancanza di soggetti cui venga riconosciuta un'autorevolezza indiscussa (e non mi riferisco esclusivamente a quella di tipo formale, quale potrebbe essere quella legata all'essere il soggetto il Re, l'Imperatore, etc., ma a quella di tipo sostanziale, derivante ad esempio da una riconosciuta superiorità cognitiva,

---

<sup>5</sup> Era questa la critica di U. Mattei

etica o strategica) e dall'assenza di organi centrali legittimati in senso forte da eventi di rottura con il passato (come è accaduto in occasione della creazione degli Stati unitari) i processi di uniformazione, per avere successo, non possano che richiedere mediazioni e tempi lunghi.

Il confronto, però, lungi dall'essere valutabile alla stregua di inutile perdita di tempo, arricchisce e pone basi durature. La procedura di consultazione, rinvii, coinvolgimento degli attori, va a sostituire l'autorevolezza oggi persa. L'apporto di molti fa crescere pian piano la bontà del progetto.

In questo senso l'esperienza europea non va guardata complessivamente con sospetto o con "disprezzo" ma va considerata come strategia praticabile per raggiungere i risultati voluti (di armonizzazione e di governo dell'economia) in presenza di "condizioni" storicamente date (al fine di non essere fraintesa, chiarisco che io non ritengo che le "condizioni" non possano essere modificate, ritengo solo che i processi vadano valutati all'interno del paradigma e alla struttura in cui sono iscritti. Evidentemente se si modifica il paradigma - con lotte politiche, rivoluzioni o altro - si modifica anche il giudizio circa le vie da seguire).

Da quanto detto, però, non si può ricavare un giudizio positivo in merito alla scelta in chiave di opzionalità. Molte perplessità possono, in vero, essere avanzate con riferimento alle potenzialità di questa via. Pochi credono che lo strumento opzionale sarebbe scelto dalle parti e ciò sia, in generale, in ragione di una forma di pigrizia e diffidenza di queste ultime ad affidare la soluzione delle controversie a un "nuovo non conosciuto", sia, con particolare riferimento alla CESL, per l'eccessivo intervento di controllo sui contratti, non certo gradito alle parti realmente in grado di imporre l'opzione .

Esistono, però, altre vie , diverse dall'opzionalità e contestualmente rispettose del pluralismo, che possono essere utilmente perseguite.

La storia, relativamente recente, prova ciò.

Non è qui possibile sviluppare tutti i passaggi della mia tesi.

Vorrei in questa sede limitarmi a illustrare un'esperienza di uniformazione di successo, vicina a noi sia per i temi, sia per i periodi in cui sono state realizzate sia per le situazioni di partenza. Esperienza che fa perno non sulla predisposizione di un Codice cogente ma per l'appunto su un metodo soft e su una procedura concertata.

Brevemente, e chiedendo scusa per le necessarie semplificazioni, vorrei in particolare qui ricordare la via seguita nella redazione di uno dei testi di riferimento più importanti negli USA nel settore per noi rilevante: l'*Uniform Commercial Code*.

Prima di analizzare la specifica storia del testo selezionato, conviene qui ricordare che negli USA si sviluppò nella seconda metà del diciannovesimo secolo un movimento che auspicava l'uniformazione del diritto.

L'*Alabama State Bar Association* già nel 1881 mise in evidenza che l'esistenza di discipline diverse nei diversi stati dell'unione poteva creare difficoltà nelle transazioni commerciali.

Da questo movimento originò la costituzione della *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* (NCCUSL). Quest'ultima, che opera dal 1892, è composta da soggetti nominati da ogni stato. Lo scopo è quello di individuare i settori che necessitano di uniformazione e di fare proposte utili allo scopo. Gli esiti, sotto forma di modelli normativi, vengono proposti ai diversi stati, i quali restano comunque liberi di adottare o meno tali modelli.

Quindi la Conferenza ha il mero scopo di raccomandare agli Stati l'adozione del testo.

La procedura seguita nella redazione dei testi è molto complessa. La creazione di un modello legale richiede molti anni.

L'*Uniform Commercial Code* è stato, per l'appunto, redatto dalla *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* e dall'*American Law Institute* (fondato nel 1923 al fine di promuovere la semplificazione del diritto degli USA e di adattare lo stesso alle mutate esigenze sociali, e composto giudici, avvocati e accademici di sicuro prestigio).

L'*Uniform Commercial Code* è stato uno degli atti di elevata complessità la cui redazione ha richiesto molti anni. Nel meeting del 1941, infatti, sono state avviate le trattative fra NCC e ALI per la redazione del code. Nel 1944 si è dato inizio al processo di redazione del testo. A tali lavori hanno contribuito studiosi illustri (mi piace ricordare qui la presenza anche di una giurista - Soia Mentschikoff - che è anche stata la prima donna che ha insegnato nella *Harvard Law School*). Nel 1949 è stata presentata una prima bozza, sottoposta al parere delle bar Associations, dei grandi studi professionali, e di tutti i vari soggetti interessati alla redazione del Code. Nel 1952 è stato presentato un testo, adottato nel 1943 in Pennsylvania. Negli anni successivi è stato preparato un lavoro monumentale dalla New York Law Revision Commission. Il testo è stato revisionato alla luce delle critiche contenute in tale lavoro e il Draft Ufficiale è stato presentato nel 1957.

Nel 1966, ben 48 stati avevano già adottato il Code.

Il processo di uniformazione nel settore ha, dunque, richiesto 25 anni per giungere in porto in modo compiuto. E l'esigenza di armonizzazione generale è stata avvertita più di settanta anni prima.

La via scelta negli Usa, dunque, che si può definire soft (e che corrisponde grosso modo all'opzione del Libro Verde, poi scartata, "si fa una raccomandazione con cui si incoraggiano gli stati membri a sostituire il diritto nazionale dei contratti") ha richiesto tempo ma, ed è questo il punto, è giunta a buon fine. Oggi il Code è accettato dagli Stati dell'Unione. Il testo è stato affinato, migliorato, compreso. Il tempo è stato amico.

Questo metodo - che va oltre il c.d. open method of coordination, praticato nell'U.E. ed è decisamente diverso da quello opzionale - ha, dunque, dato risultati in un ambiente e in una fase storica non troppo diversi da quelli in cui noi operiamo. E quando dico ha dato risultati, intendo anche dire che ha inciso sul governo dell'economia.

Io credo che si debba fare tesoro di quell'esperienza e indirizzare, ed è ancora possibile, verso quella via il nostro percorso.