

La divergenza nel diritto contrattuale europeo e il suo significato per il processo di armonizzazione

Matthew East*

Term paper preparato nel contesto del seminario, “Introduzione al diritto comparato”, svolto dal professore Jacques Ziller.

1	La storia dell'uropeizzazione del diritto contrattuale.....	- 2 -
2	Giustificazioni dell'uropeizzazione.....	- 4 -
3	Divergenza nei sistemi nazionali.....	- 5 -
3.1	Divergenza nelle regole.....	- 5 -
3.2	Divergenza negli stili giudiziali.....	- 7 -
3.3	Divergenza nelle procedure giuridiche	- 9 -
4	Meccanismi di Europeizzazione	- 10 -
4.1	Hard law	- 11 -
4.2	Soft law.....	- 13 -
5	Conclusione: un'ibrido?.....	- 15 -

Conteggio parole utilizzate (note incluse): 6056

* matthew.east@iue.it

La divergenza nel diritto contrattuale europeo e il suo significato per il processo di armonizzazione

Introduzione

La questione sull'europeizzazione¹ del diritto privato, e del diritto contrattuale in particolare, è stata molto discussa negli anni recenti. Diverse sono state le iniziative europee in merito, e tante le risposte di quanti si sono cimentati su questo argomento. La letteratura infatti è così ampia che è difficile riuscire ad essere particolarmente originali. Questo saggio quindi ha lo scopo seppur modesto di sottolineare alcune prospettive spesso dimenticate. Due sono i temi da tenere in considerazione: in primo luogo, l'importanza di un'analisi comparativa al processo di europeizzazione, e in secondo luogo, l'importanza di distinguere chiaramente i diversi meccanismi che potrebbero promuovere l'armonizzazione.

Nella prima ci occuperemo brevemente del processo di armonizzazione che è stato portato avanti fino ad ora. Nella seconda sezione esploreremo le giustificazioni economiche che spesso vengono usate per difendere il processo. La terza presenterà un'analisi comparativa dei sistemi principali europei del diritto contrattuale. Alcuni dei più importanti metodi di *hard* e *soft law* che il processo di europeizzazione potrebbe utilizzare verranno considerati nella quarta sezione, alla luce delle precedenti riflessioni comparative. Seguiranno in fine alcuni commenti sulla possibilità di un processo di armonizzazione 'ibrido' di *hard* e *soft law*.

1 La storia dell'europeizzazione del diritto contrattuale

È importante ricordare come un processo di europeizzazione avviene senza nessun organizzazione europea o sovranazionale. Sebbene vi sia molta diversità fra le regole che si applicano ai contratti, è importante ricordare che vi sono dei concetti di partenza in comune che dimostrano che il processo di europeizzazione esiste da quando esiste un diritto contrattuale. Molti sono i sistemi che mostrano una somiglianza con il diritto romano contrattuale. Tutti i sistemi giuridici riconoscono il concetto liberale dell'autonomia privata. Il diritto comunitario insieme alla disciplina del diritto comparato hanno aumentato la convergenza fra i sistemi nazionali. L'estensione della convergenza

¹ È opportuno precisare subito che il termine 'europeizzazione' in questo saggio verrà usato intercambiabilmente con il termine 'armonizzazione'. Con questo termine intendiamo una convergenza nelle regole e pratiche del diritto contrattuale nei sistemi degli stati membri dell'Unione europea, sia graduale che immediata.

accaduta, e della divergenza rimasta, saranno oggetto della terza sezione.

La Comunità ha stabilito diverse leggi armonizzanti in campi settoriali abbastanza specifici, che si concentrano in particolar modo sulla tutela dei consumatori². Un'iniziativa verso un'armonizzazione generale è stata proposta dal Parlamento europeo nel 1989³, che ha provocato l'inizio di una ricerca accademica sulla possibilità di un codice civile europeo. Da allora, diversi gruppi di giuristi hanno prodotto dei codici che potrebbero essere la base di un diritto contrattuale europeo: fra loro i più importanti sono la Commissione di diritto contrattuale europeo⁴ e l'accademia dei giuristi europei privati⁵.

Nel 2001, la Commissione europea ha pubblicato una comunicazione al Consiglio e Parlamento europeo, con lo scopo di "allargare il dibattito sul diritto contrattuale europeo, coinvolgendo il Parlamento europeo, il Consiglio e le diverse parti interessate: imprese, operatori del diritto, accademici e associazioni dei consumatori."⁶ La comunicazione ha proposto quattro opzioni per il futuro sviluppo del diritto contrattuale europeo:

1. assenza di un'azione comunitaria;
2. promozione di un complesso di principi comuni in materia di diritto contrattuale per arrivare a una maggiore convergenza degli ordinamenti nazionali;
3. miglioramento qualitativo della legislazione già esistente;
4. adozione di una nuova ed esaustiva legislazione a livello comunitario.

Le risposte alla comunicazione della Commissione sono state tante⁷, quasi sempre favorevoli alle opzioni 2 e 3, e quasi sempre sfavorevoli all'opzione 4. Dopo il processo consultivo, la Commissione ha prodotto il piano d'azione⁸ che, pur essendo favorevole alle opzioni 2 e 3, non manca di volontà nel continuare la ricerca ad un possibile codice europeo. Sembra quindi che l'idea della codificazione non sia stata abbandonata, e sarà un obiettivo per il futuro.

² Almeno sette direttive sono state prodotte in questo campo. La legislazione europea verrà analizzata nella sezione 4.

³ OJ C 158, 26.6.1989, p.400 (Resolution A2-157/89)

⁴ O Lando and H Beale (eds.), *Principles of European Contract Law Parts I and II*, Kluwer, 2000.

⁵ Academy of European Private Lawyers, *European Contract Code – Preliminary draft*, Pavia, 2001.

⁶ *Commission Communication*, COM (2001) 398 definitivo, 11.07.2001, p2

⁷ Possono essere consultate in linea al seguente indirizzo:

http://www.europa.eu.int/comm/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/comments/index_en.htm

⁸ *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio: Maggiore Coerenza nel diritto contrattuale europeo, un piano d'azione*, COM(2003) 68 definitivo, 12.2.2003

2 Giustificazioni dell'uropeizzazione

Le giustificazioni che vengono proposte per l'armonizzazione del diritto contrattuale europeo sono quasi esclusivamente economiche, fenomeno non sorprendente dato che le competenze più importanti della comunità restano nella realizzazione di un mercato interno coerente. L'argomento proposto da coloro che sono favorevoli all'armonizzazione è basato sui costi delle transazioni: una varietà di regole fra stati può essere inconveniente alle imprese che svolgono un'attività internazionale in quanto spesso sarà necessario il ricorso ad esperti locali per capire le regole sconosciute. Questo aumenta i costi di una transazione con un'impresa straniera, e diminuisce l'incentivazione e l'inclinazione di entrare in contratti internazionali. Questa situazione ovviamente non è facilmente compatibile con l'idea di un mercato unico. L'uropeizzazione quindi può diminuire questi costi di transazione e facilitare lo scambio di prodotti nel mercato internazionale.

Tuttavia questi ragionamenti non possono essere accettati automaticamente. Alcuni giuristi sostengono un argomento contrario: in una comunità di sistemi legali vari, i privati possono approfittare della diversità per scegliere il sistema di regole più adatto alla loro transazione. Ma il ricorso alle regole che regalano i conflitti di leggi⁹ non è capace di risolvere il problema economico dei costi delle transazioni. I privati che non conoscono bene i diversi sistemi giuridici non potranno approfittare della possibilità di scegliere il sistema più adatto alla loro transazione. Inoltre, la possibilità dei privati di scegliere, è strettamente limitata a coloro che abbiano il potere di esercitare pienamente la loro autonomia contrattuale¹⁰. A ragione di questo, si sostiene che vi sono buoni motivi economici di avanzare l'armonizzazione del diritto dei contrattuali.

Vi sono anche motivi non economici. È chiaro che la presenza di una legge uniforme rappresenta un'unità culturale fra i popoli. Un diritto contrattuale europeo avrebbe quindi il ruolo sia di contribuire alla creazione di una cultura comune europea, sia di evidenziarne l'esistenza. Chiaramente questo tema non è stato trattato molto nella letteratura¹¹, visto che il legame fra l'armonizzazione del diritto contrattuale e la competenza culturale della comunità (Articolo 151 TEC) non è abbastanza forte da

⁹ Rome Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations, 19 June 1980.

¹⁰ Cf. O Lando, 'Some Features of the Law of Contract in the Third Millennium', 40 *Scandinavian Studies in Law*, 343-402 (2000); The Joint Responses of the European Commission on Contract Law and the Study Group on a European Civil Code; Response of Sir Roy Goode. Gli ultimi due documenti si trovano in linea, sopra nota 7.

¹¹ Un'eccezione è MA Eisenberg, 'The Unification of Law', in M Bussani, and U Mattei (eds), *The Common Core of European Private Law* (2002).

superare il principio di sussidiarietà¹².

3 Divergenza nei sistemi nazionali

Questa sezione, che usa tecniche del diritto comparato, analizzerà il livello di convergenza e divergenza fra i sistemi nazionali del diritto contrattuale in europa. Questo ci porterà, nelle pagine successive, ad un'analisi dei problemi che incontrerà il processo di armonizzazione. Tre categorie di diversità verranno analizzate: divergenza nelle regole che governano i contratti, divergenza negli stili giudiziari, e divergenza nella regole procedurali.

3.1 *Divergenza nelle regole*

L'estensione della varietà nelle regole che governano i contratti negli stati membri non è facilmente quantificabile. Mentre è evidente che le regole usate per regolare i contratti variano molto a primo impatto, è altrettanto evidente che diverse regole possono portare ad un risultato simile in una particolare situazione. Poiché un'analisi completa dei diritti contrattuali degli stati membri non è possibile nello spazio qui permesso, ci limiteremo ad alcuni commenti generali¹³.

La distinzione fra il *common law* and il *civil law* viene usata da giuristi anche nel diritto comparato contrattuale. Il diritto romano ha esercitato una grande influenza sui sistemi *civil law*. Anche se la parte generale del diritto contrattuale romano non era altamente sviluppata, i giuristi canonici insieme alle scuole di diritto naturale e di volontarismo hanno trasformato le idee romane in un sistema complesso di regole, di cui la più importante realizzazione era il codice civile francese. Dall'altra parte della Manica la crescita del diritto contrattuale è stata più lenta. È accettato generalmente che il diritto romano non ha esercitato la medesima influenza sul sistema inglese. Per questo motivo molte delle regole inglesi non si trovano nei sistemi continentali e viceversa. Possiamo citare come esempi le regole inglesi di *consideration* e *privity of contract*, e le regole continentali di buona fede o l'accomodamento giudiziario del contratto. Inoltre, anche quando regole simili esistono in entrambi le famiglie giuridiche, spesso hanno conseguenze diverse.

¹² Cf. C Schmid, 'Legitimacy Conditions for a European Civil Code', 8 Maastricht Journal of Comparative Law 277 (2001).

¹³ È opportuno a questo proposito osservare che il concetto di famiglie giuridiche, da noi usato, anche se molto utile nella discussione comparativa per paragonare gruppi di sistemi giuridici, richiede un certo grado di semplificazione. Questo è inevitabile se il comparatista vuole svolgere il suo lavoro in poco spazio. Tuttavia la divisione di sistemi giuridici europei in due o tre categorie ignora la varietà che esiste fra sistemi della stessa categoria.

Tuttavia, nonostante queste divergenze formali, vi è molta convergenza nascosta¹⁴, sia nelle regole (un buon esempio sono le regole che governano la formazione di un contratto) sia nel risultato e nelle conseguenze di regole diverse. Quest'ultima osservazione è alla base delle tecniche moderne del diritto comparato, che analizzano il risultato delle regole giuridiche in una data situazione anzichè paragonarle¹⁵. Utilizzando questa tecnica, si può osservare che molte divergenze apparenti nelle regole non costituiscono una barriera all'europeizzazione¹⁶. È giusto anche sottolineare come i gruppi di giuristi di diverse nazionalità sono arrivati con una certa facilità a regole comuni¹⁷. Questa riflessione ci suggerisce che vi è meno divergenza fra i sistemi nazionali di quello che sembra.

Nonostante questa convergenza nascosta, sarebbe un'esagerazione sostenere che non vi sono importanti punti di divergenza fra stati. Anche quando diversi studi ci hanno mostrato che vi è almeno un grado di convergenza (per esempio nella dottrina di buona fede¹⁸), esistono ancora differenze fondamentali nell'approccio e nel risultato delle regole dei sistemi diversi, e soprattutto fra i sistemi *common law* e quelli *civil law*. Bisogna quindi chiedersi fino a che punto questa divergenza potrebbe impedire il processo di europeizzazione. La risposta a questa domanda dipende da una questione ancora più complessa: fino a che punto le regole che governano i contratti entrano nell'identità e nella cultura di una società. Le regole contrattuali rappresentano la scelta di una società riguardo a valori sociali della giustizia distributiva e il sopporto di pratiche sociali. Per questo motivo il processo di europeizzazione sarà difficile da mantenere senza un accordo europeo su questi valori¹⁹. L'europeizzazione quindi sarà difficile, però questo

¹⁴ L'influenza importante del diritto romano sul diritto inglese viene troppo spesso ignorata. Una buona analisi si trova in R Zimmerman, *Roman Law, Contemporary Law, European Law, The Civilian Tradition Today* (2001). Inoltre ci sono alcuni esempi di un'influenza comparativa durante lo sviluppo del diritto inglese: i giuristi Savigny e Poitier hanno avuto un'influenza importante sui giudici inglesi. Cf. B Markesinis, 'Our Debt to Europe, Past, Present and Future', in B Markesinis *The Coming Together of the Common Law and the Civil Law*, Hart, Oxford, 2000.

¹⁵ Questa tecnica comparativa può essere nominata come "common core", molto usata dopo il progetto Cornell negli anni 60. Cf R B Schlesinger, *Formation of contracts, a study of the common core of legal systems*, New York, 1968, e M Bussani, U Mattei, 'The Common Core Approach to European Private Law', (Vol. 3 1997/98) *The Columbia Journal of European Law* 339.

¹⁶ Questa è anche la conclusione di diversi studi: H Kötz, *European Contract Law*, 1997 (translated by T Weir); B Markesinis, *The Coming Together of the Common Law and the Civil Law*, sopra nota 14; H Beale, A Hartkamp, H Kötz, D Tallon (eds), *Cases, Materials and Text on Contract Law*, 2002; the Trento Common Core of European Private Law Project: Reinhard Zimmermann, Simon Whittaker, *Good Faith in European Contract Law*, 2000; James Gordley, *The Enforceability of Promises in European Contract law*, Cambridge, 2001.

¹⁷ Cf. O Lando, 'Optional or Mandatory Harmonisation', (2000) *European Review of Private Law*, p.59, alla p.65.

¹⁸ Cf. R Zimmermann, S Whittaker, *Good Faith in European Contract Law*, sopra nota 16. Le conclusioni della ricerca vengono criticate da L Nottage, 'Convergence Divergence and the Middle Way in Unifying or Harmonising Private Law'.

¹⁹ Cf. H Collins, 'European Private Law and the Cultural Identity of States', (1995) *ERPL* 3: pp.353-365.

non implica che sarà impossibile. Invece un approccio più sottile di armonizzazione è necessario. Questo tema sarà oggetto della sezione 4.

3.2 *Divergenza negli stili giudiziari*

In questa sezione ci occuperemo delle difficoltà che gli stili giudiziari divergenti provocano sull'europeizzazione. A volte viene sostenuto che i diversi sistemi legali della comunità europea hanno degli stili giudiziari diversi o *mentalité*. Detto semplicemente si possono identificare tre famiglie di sistemi, ognuno di cui ha un'enfasi diversa sul ruolo dei giudici, potere legislativo, e giuristi. Larghe distinzioni sono state identificate fra i sistemi 'inglesi' (che danno maggior importanza al potere normativo dei giudici), quelli 'francesi-romanistici' (che danno maggior importanza al potere normativo del Parlamento) e quelli 'germanici' (che sfruttano pienamente i contributi della dottrina)²⁰. Un'analisi comparativa più profonda è necessaria per verificare la verità di queste generalizzazioni.

Il sistema inglese è molto dipendente dai processi per formare i principi del diritto contrattuale. Pochi sono gli statuti in questo campo e quelli che esistono si applicano solo a piccole parti del diritto. Il giurista Pierre Legrand ha collegato l'assenza di un codice civile nel diritto inglese con un fenomeno culturale inglese: "the English definitely feel uncomfortable with systems of rigid rules [...] the English pride themselves that many problems can be solved without formal rules."²¹ Dall'altro lato è anche vero che le famiglie giuridiche francesi-romanistici e germanici sono più dipendenti dalla codificazione e dagli statuti. Legrand sostiene che questo dipenda dal "deep-seated conviction held by civilian jurists that the lived experience ought no longer to be privileged [...] that the lived experience can be reduced to propositional knowledge in the form of a panoptic and autarkic body of rules of law". Anche Van Gerven²² e Nicholas²³ osservano che, mentre gli avvocati inglesi per risolvere una causa tendono a cercare processi, quelli francesi tendono a guardare il codice civile.

Queste osservazioni ci sembrano importanti. Tuttavia quest'analisi rudimentale ignora il livello di convergenza che esiste nei ruoli della giurisprudenza e del potere legislativo nei sistemi europei, in particolar modo nei sistemi di diritto privato. Sono importanti gli studi comparativi che cercano di identificare le somiglianze dei sistemi

²⁰ Cf. R C Van Caenegem, *Judges, Legislators and Professors, Chapters in European Legal History*, Cambridge University Press, 1987; W Van Gerven, 'A Common Framework of Reference and Teaching', *European Journal of Legal Education* 2004 (forthcoming).

²¹ P Legrand, *Against a European Civil Code*, (1997) 60 MLR 44.

²² W Van Gerven, sopra nota 19.

²³ B Nicholas, 'Rules and Terms', (1974) *Tulane Law Review* 946.

giuridici anziché le differenze²⁴. Nello specifico, una convergenza può essere osservata nell'uso della potere normativo giudiziario e del concetto del precedente giudiziario. Da un lato, i sistemi cosiddetti *civil law* hanno iniziato a riconoscere sempre di più il ruolo del giudice (un esempio evidente è il diritto francese della responsabilità, che dipende molto dal potere normativo giudiziario). Inoltre, anche se nei sistemi continentali spesso non si trova un concetto del precedente giuriziaro nel senso stretto del termine, la consistenza del sistema delle corti spesso provoca un effetto simile²⁵. Dall'altro lato, la rigidità del concetto del precedente giudiziario nei sistemi *common law* viene erosa da due fenomeni: in primo luogo le decisioni del House of Lords di non essere più obbligati a seguire le proprie decisioni²⁶, e in secondo luogo la flessibilità della pratica di “distinguere” i precedenti giudiziari. Quest'ultima pratica permette al giudice di non seguire una decisione precedente se il ‘ratio decidendi’ del precedente non si applica precisamente ai fatti della causa in considerazione. L'applicazione di questa pratica dipende da un giudizio di valore, per cui permette grande flessibilità. Infatti Cross sostiene come la procedura è così flessibile che l'idea di un concetto rigido di precedenza giudiziaria “exists only in the minds of academic lawyers”²⁷. Per quanto riguarda l'importanza degli statuti nel diritto contrattuale inglese, bisogna osservare una tendenza evidente di dipendere sempre di più dal potere legislativo²⁸, anche se non vi è nessuna prospettiva di codificazione²⁹. Vi è quindi una notevole convergenza fra le famiglie europee nei ruoli della giurisprudenza e del potere legislativo.

La stessa conclusione non è possibile quando si considerano gli stili con cui i giudici affrontano le cause³⁰. Il fenomeno dello stile giudiziario è rilevante alla questione del ruolo della giurisprudenza in un sistema giuridico, in quanto il modo in cui il giudice concepisce il suo lavoro viene dimostrato dal suo linguaggio e dalla profondità della sua analisi.

Anche se è possibile identificare una leggera convergenza nell'approccio giudiziario

²⁴ Cf. in genere N MacCormick and R Summers (eds.), *Interpreting Precedent - A Comparative Study*, 1997; also *Interpreting Statutes, A Comparative Study*, 1991.

²⁵ La posizione contraria è difesa da M Cappelletti, ‘The Doctrine of Stare Decisis and the Civil Law: A Fundamental Difference – Or No Difference at All?’, *Festschrift Zweigert* (1981) 381.

²⁶ Practice Statement of the Lord Chancellor, [1966] 1 WLR 1234.

²⁷ R Cross, ‘Stare Decisis in contemporary England’, 82 LQR p.203 (1966), at p.214.

²⁸ Per esempio: Law Reform (Frustrated Contracts) Act (1943), Misrepresentation Act (1967), Unfair Contract Terms Act (1977), Contracts (Rights of Third Parties) Act (1999).

²⁹ Anche se una ricerca è stata fatta: H McGregor, *Contract code : drawn up on behalf of the English Law Commission*, Milano, 1993.

³⁰ Cf. in genere B Markesinis, ‘A Matter of Style’, (1994) 110 LQR 607.

dovuta all'influenza crescente del diritto comunitario³¹, la divergenza rimane piuttosto evidente: le sentenze inglesi sono quasi sempre lunghe e vengono scritte con un linguaggio semplice ed accessibile a tutti. A volte raggiungono anche uno stile poetico. Al contrario, i giudici tedeschi “march at times to pitiless conclusions under the prod of a remorseless logic which is supposed to leave no alternative”³², mentre i giudici francesi sono “trained to keep their thoughts to themselves”³³. Questi stili diversi presentano difficoltà per il processo di armonizzazione, soprattutto data la difficoltà di ottenere un'interpretazione consistente di un eventuale codice civile. Questi problemi verranno esaminati successivamente.

Un'altro esempio di divergenza può essere notato nel ruolo della partecipazione della dottrina e dei giuristi nel processo normativo. I giuristi hanno un ruolo elevato nel processo normativo di diversi sistemi europei (per esempio nel sistema tedesco e quello italiano), sia perché i codici spesso vengono preparati da giuristi, sia perché i giudici prestano molta attenzione alle opinioni della dottrina. I giudici inglesi non hanno questo rispetto per le opinioni dei giuristi. Markesinis collega questo fenomeno alla mentalità giudiziaria e alla ripugnanza degli avvocati praticanti verso la ricerca accademica.

3.3 *Divergenza nelle procedure giuridiche*

Molti autori hanno sottolineato l'importanza delle regole che governano l'esecuzione del diritto contrattuale (*enforcement rules*)³⁴. Sul piano economico, queste regole portano un'incentivazione al privato di eseguire la propria parte della transazione. Senza la possibilità di un'esecuzione efficace, i privati avrebbero la tentazione di agire in un modo opportunistico senza completare la transazione. Le regole che governano l'esecuzione del diritto contrattuale quindi aumentano l'efficienza del mercato, in quanto aumentano il numero di transazioni eseguite con successo. Possono anche diminuire i costi delle transazioni in quanto si evita la necessità di stabilire sistemi privati di esecuzione. Per questi motivi una divergenza nei sistemi nazionali di procedura giuridica potrebbe essere un grave impedimento alla realizzazione di un mercato unico e al processo di armonizzazione.

³¹ Per maggior spiegazione: K Zweigert and H Kötz, *An Introduction to Comparative Law*, 3rd edition (translated by T Weir), Oxford 1998, at p.265.

³² B Cardoso, *The Growth of the Law*, 1924, p.215.

³³ B Markesinis, sopra nota 30.

³⁴ U Mattei, 'Efficiency and Equal Protection in the New European Contract Law: Mandatory, Default and Enforcement Rules', 39 *Virginia Journal of International Law*, p. 537 (1998-1999); A Schwartze, 'Enforcement of Private Law: The Missing Link in the Process of European Harmonisation', *ERPL* 1:135-146, 2000.

Due aree di divergenza devono essere analizzati³⁵. In primo luogo, variano molto i metodi usati per permettere ai privati di accedere alla giustizia. Anche se vi è stata una graduale convergenza nei diritti procedurali di base³⁶ dovuta all'influenza della Convenzione Europea dei Diritti d'Uomo³⁷ firmata da tutti gli stati membri dell'Unione, questa convergenza non ha avuto un effetto importante sulle procedure civili. Molte questioni vengono affrontate in modo diverso dai sistemi nazionali, come i costi della causa, cause per risarcimenti di piccolo valore, e la velocità della giustizia. Questa divergenza provoca problemi fondamentali per l'esecuzione di un diritto contrattuale europeo.

In secondo luogo, variano i metodi di condurre la causa. Ritorna nuovamente importante la divisione classica fra *common law* e *civil law*. Il sistema accusatorio usato dal *common law* prevede un'udienza unica per la causa, che può durare anche molti giorni. In questo sistema, il ruolo dell'avvocato è primario. Invece, il sistema inquisitorio usato dal *civil law* dà un ruolo più importante al giudice, che deve scoprire la verità. Questa differenza corrisponde a due diverse ideologie. La filosofia del sistema accusatorio propone che il miglior modo di arrivare alla giustizia nasce nel permettere ai due privati di combattersi: “[i]n litigation as in war”³⁸. Invece, il sistema inquisitorio ha come filosofia l'idea che il giudice sia la persona più adatta a scoprire la verità. La differenza è più marcata nelle procedure penali, ma è presente anche in quelle civili. Un risultato di questa differenza è che il sistema inquisitorio non richiede regole per governare le prove che possono essere citate nella corte (law of evidence). Il sistema accusatorio ha il pregio di prestare più attenzione all'imparzialità del giudice, ma può essere criticato per una maggior parzialità degli avvocati³⁹. In ogni caso la divergenza nelle procedure fra sistemi europei potrebbe presentare dei problemi per il processo di europeizzazione.

4 Meccanismi di Europeizzazione

In questa sezione ci occuperemo dei diversi meccanismi che esistono per promuovere il processo di europeizzazione alla luce delle divergenze e convergenze identificate nella parte precedente. Due tipi di giuristi possono essere identificati nella letteratura favorevole all'europeizzazione: quelli che propongono la codificazione di un

³⁵ Cf. in genere M Cappelletti, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, Oxford 1989, soprattutto capitolo 6.

³⁶ Come *nemo iudex sine actore; ne eat iudex ultra petita et alegata a partibus, nemo iudex in re sua, audiatur et altera pars*.

³⁷ In particolare articolo 6.

³⁸ Per Lord Denning in *Burmah Oil Co. v Bank of England* [1979] 1 WLR 473, at 484.

³⁹ Cf. Langbein, 'The German Advantage in Civil Procedure', 52 U. Chi. Rev. 823 (1985).

diritto europeo contrattuale e quelli che sostengono che la codificazione non sia necessaria oppure che sia inefficace per completare una coerente armonizzazione. Questi ultimi spesso consigliano dei meccanismi di *soft law* per promuovere il processo di europeizzazione. Le difficoltà che l'europeizzazione incontrerà dipendono fortemente da quale fra questi meccanismi verrà favorito. Le due posizioni sono spesso considerate insovrapponibili, spesso paragonate allo scambio di opinioni avvenuto prima della codificazione del diritto privato tedesco fra i professori Savigny di Berlino e Thibaut di Heidelberg⁴⁰. Tuttavia è stato notato che questa contrapposizione non è valida, e infatti due posizioni possono complementarsi⁴¹. Anche se l'idea di immediata codificazione verrà respinta nelle pagine successive, la posizione difesa sarà che un ruolo complementare per i meccanismi *hard* e *soft law* non è solamente possibile, ma addirittura necessario per una coerente armonizzazione.

4.1 ***Hard law***

L'espressione '*hard law*' merita un'ulteriore spiegazione. Con questo termine intendiamo le regole inderogabili (*mandatory laws*) che vengono introdotte nei sistemi giuridici degli stati membri, sia dal potere legislativo dell'Unione europea, sia dagli stati membri indipendentemente attraverso un trattato. L'espressione quindi comprende l'armonizzazione con le direttive (la Opzione 3 nella comunicazione della Commissione europea), e anche l'armonizzazione con un codice civile europeo.

La legislazione europea avvenuta fino a ora ha avuto un ruolo importante per rompere alcune barriere economiche al mercato unico, create da regole divergenti. Tuttavia vi sono molti problemi con la legislazione esistente. In primo luogo, il 'metodo classico comunitario'⁴², usato dal processo legislativo europeo, non si presta all'armonizzazione del diritto contrattuale europeo, dato che il campo ha rilevanza per almeno cinque direzioni generali (DG) nella Commissione europea. Questo ha provocato una notevole incoerenza nelle direttive prodotte. In secondo luogo la scelta della direttiva come atto legislativo significa che molta divergenza nazionale non viene eliminata nel processo di attuazione. Inoltre, nei casi di una insufficiente attuazione, la direttiva stessa non ha validità fra due privati in una causa⁴³. Per questi motivi la legislazione esistente in questo campo può essere considerato insufficiente e inefficace per risolvere i bisogni

⁴⁰ Per esempio: O Lando, sopra note 10 e 17.

⁴¹ Cf. M Bussani, "Integrative Comparative Law Enterprises and the Inner Stratification of Legal Systems", (2000) ERPL p. 85, at p.92.

⁴² J Scott and D Trubek, 'Mind the Gap: Law and New Approaches to Governance in the European Union', ELJ 8/1:1-18 (2002).

⁴³ Cf. U Mattei, sopra nota 34.

economici di un mercato unico. Un programma di riforma è necessario quanto urgente.

Diversi giuristi hanno sostenuto la desiderabilità della progettazione, esecuzione e applicazione di un codice contrattuale europeo⁴⁴. Il principale vantaggio di un codice europeo è la sua capacità di diminuire i costi di transazione, a condizione che le regole inderogabili siano limitate a quelle assolutamente necessarie⁴⁵. Tuttavia secondo il nostro giudizio, una codificazione europea del diritto contrattuale non è la soluzione migliore agli attuali problemi dell'integrazione europea in questo campo per diversi motivi. Le questioni dei costi amministrativi di un progetto del genere⁴⁶ e della legittimità del potere legislativo europeo di codificare⁴⁷ non verranno qui considerate, anche se alcuni giuristi le aggiungerebbero alla lista di problemi. La discussione si concentrerà piuttosto sui problemi che le divergenze precedentemente identificate creeranno per un'eventuale codificazione. La distinzione fra i tre tipi di divergenza sopra identificati sarà mantenuta nella struttura di ciò che segue.

In primo luogo, la divergenza nelle regole giuridiche significa che un eventuale codice non sarà facilmente accettato in Europa, ma più importante è il legame fra le regole che governano i contratti e l'identità culturale di una società. Quest'ultimo significa che un codice contrattuale europeo dovrebbe stabilire dei valori della giustizia distributiva per sostituire quelli già esistenti nei sistemi nazionali. Data la mancanza di accordo fra gli stati membri nel campo della protezione sociale, è da dubitare che un codice pattuito fra gli stati membri possa avere la coerenza necessaria per stabilire questi valori. Per questo motivo è necessario stabilire una cultura contrattuale europea prima di poter codificare le regole.

In secondo luogo, la divergenza negli stili giudiziari nazionali presenta un problema ancora più grave per la coerenza di un'eventuale codificazione. Sono esagerate le proposte che la divergenza negli stili giudiziari è tale da impedire completamente il processo di europeizzazione⁴⁸. La presenza di diversità non preclude la possibilità di una futura convergenza. Tuttavia, la precedente analisi della divergenza negli stili giudiziari degli stati membri porta alla conclusione che un diritto uniforme sui libri non corrisponderebbe ad un diritto uniforme nella pratica. Considerati gli stili diversi sia del

⁴⁴ Es. O Lando, sopra note 10, 17; U Mattei, 'Hard Code Now!', 2:1 *Global Jurist Frontiers*, Article 1 (2002).

⁴⁵ U Mattei, sopra nota 34.

⁴⁶ A questo proposito vedi G Wagner, 'The Economics of Harmonization: The Case of Contract Law', *Common Market Law Review*, Volume 39, pp.995-1023; R Van Den Bergh, 'Forced Harmonisation of Contract Law in Europe: Not to be Continued', in: S. Grundmann and J. Stuyck (eds), *An Academic Green Paper on European Contract Law*, Kluwer, The Hague, 2002, p. 245-264.

⁴⁷ A questo proposito vedi C Schmid, sopra nota 12.

⁴⁸ P Legrand, sopra nota 21.

processo normativo giudiziale, sia dell'interpretazione giudiziale e sia degli stili delle sentenze, è chiaro che molta divergenza rimarrebbe nonostante l'esistenza di un codice uniforme europeo⁴⁹. Per questo motivo, non sparirebbero molti dei costi di transazione creati dalla varietà dei sistemi giuridici: avvocati locali sarebbero sempre indispensabili nelle transazioni internazionali. Un'uniformità coerente richiede pertanto una riforma istituzionale e metodi di coordinamento del processo giudiziale europeo⁵⁰.

In terzo luogo, la divergenza nelle procedure giuridiche crea un altro problema: una codificazione del diritto contrattuale europeo non sarebbe efficace o socialmente accettabile senza un sistema armonizzato di applicazione, esecuzione e sanzione della legge. Sarebbe possibile per i privati di scegliere il sistema procedurale più adatto alla transazione, ma questa non è una soluzione soddisfacente, dato che i privati meno dotati di informazione e di potere contrattuale non potrebbero usufruire di questa possibilità. Per questo motivo sosteniamo che un processo di codificazione del diritto contrattuale deve essere accompagnato dall'armonizzazione delle procedure giuridiche civili⁵¹. L'esperienza degli Stati Uniti sopporta questo argomento.

Inoltre, sosteniamo che i problemi economici analizzati precedentemente non necessitano obbligatoriamente una codificazione del diritto contrattuale. È importante notare che il mercato unico statunitense non è gravemente danneggiato dalla mancanza di una codificazione del diritto contrattuale⁵². Anche se i vantaggi di un diritto uniforme dei contratti sono chiari, questo non implica che la codificazione sia l'unico modo di approfittare di questi vantaggi, soprattutto considerati i diversi problemi che la codificazione incontrerebbe. È necessario aumentare la convergenza nelle tre aree che abbiamo identificato (le regole, stili e procedure giuridici) prima che la codificazione possa essere un progetto realistico.

4.2 *Soft law*

Considerate le critiche subite dal meccanismo di codificazione, molti giuristi hanno proposto altri meccanismi '*soft*' con cui promuovere l'europeizzazione. Molti hanno

⁴⁹ Questa proposizione è affermata dai problemi di interpretazione con la legislazione europea già esistente. Cf. G Teubner, 'Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences', 61 MLR 11 (1998).

⁵⁰ Cf. le proposte di C Schmid, sopra nota 12, e A Schwartze, sopra nota 34.

⁵¹ I progetti attualmente realizzati non hanno avuto molto successo: M Storme (ed.), *Approximation of Judiciary Law in the European Union*, Nikhoff, Dordrecht et al, 1994; and F K Juenger, 'Some Comments on European Procedural Harmonisation', 45 (1997) AmJCompL 932.

⁵² Cf. O Kahn-Freund, 'Common Law and Civil Law – Imaginary and Real Obstacles to Assimilation', in M Cappelletti (ed.) *New Perspectives for a Common Law of Europe*, European University Institute, Leyden/London/Boston, 1978, pp137 et seq; Lord Goff, 'Coming Together – The Future', in B Markesinis (ed.), *The Coming Together of the Common Law and the Civil Law*, Hart, Oxford, 2000

sottolineato l'importanza di creare una cultura contrattuale europea per facilitare il processo di armonizzazione. Questa non sarà un'impresa facile, e saranno necessarie altre iniziative. In primo luogo, è necessaria l'identificazione di un diritto comune contrattuale europeo. Questo significa la realizzazione di libri che superano le frontiere fra stati. Alcuni passi sono già stati fatti a tal fine⁵³. È anche importante iniziare un'educazione più 'europea' di questo diritto comune: le università europee hanno un ruolo importante per educare le future generazioni di avvocati⁵⁴. L'importanza di questo diventa chiara quando si guarda all'altra parte dell'Atlantico: anche se il diritto contrattuale statunitense non è armonizzato completamente gli studenti di giurisprudenza crescono con il diritto federale, non quello statale⁵⁵. Progetti del genere sono veramente scarsi in Europa, e molti sono i giuristi che ne hanno esortato la creazione⁵⁶. I giudici nazionali hanno un ruolo importantissimo nella creazione di una cultura contrattuale europea. La ricerca comparativa deve fare una parte del processo giudiziale. Questa disciplina viene raramente praticata⁵⁷.

Il modello statunitense basta a evidenziare la grande importanza di questi progetti. Una cultura contrattuale europea deve essere creata per fornire una base per l'armonizzazione, mentre l'uso del diritto comparato dai giudici è vitale per facilitare un apprendimento mutuale fra sistemi, dal punto di vista sia delle regole, sia degli stili giudiziari.

Tuttavia questi meccanismi da soli non bastano ad ottenere un diritto contrattuale europeo unito, necessario per superare i bisogni economici di un mercato unico. Per questo motivi, molti dei giuristi non favorevoli alla codificazione spesso propongono un modello facoltativo al fine di incoraggiare una maggiore convergenza. Questo modello potrebbe essere simile al 'Restatement of Law', una compilazione privata celebre negli Stati Uniti in forma di articoli che espone sistematicamente le decisioni emesse nei vari stati che, secondo i compilatori, meritano di essere applicate dai giudici. Un modello simile avrebbe il vantaggio di permettere sia al potere legislativo sia ai giudici di impegnarsi nella ricerca comparativa nel adattare le regole nazionali secondo una

⁵³ Vedi le ricerche citate sopra alla nota 16.

⁵⁴ Cf. B Markesinis, 'Why a code is not the best way to advance the cause of European legal unity', ERPL 5:519-524, 1997.

⁵⁵ Cf. MA Eisenberg, sopra nota 11.

⁵⁶ B Markesinis, sopra nota 54, W Van Gerven, sopra nota 20; H Kötz, 'A Common Private Law for Europe: Perspectives for the Reform of European Legal Education', in B De Witte, C Forder (eds.), *The Common Law of Europe and the Future of Legal Education*, Kluwer, 1992; M Faure, J Smits, and H Schneider (eds.), *Towards a European Ius Commune in Legal Education and Research*, Maastricht, Metro, 2002.

⁵⁷ Un'eccezione nel contesto inglese è stata la decisione della House of Lords in *Fairchild v Glenhove* (20 June 2002).

struttura europea⁵⁸. Anche se un ‘Restatement’ non ha la validità giuridica di legge, l’esempio degli Stati Uniti indica che potrebbe svolgere un ruolo importante. Una maggior convergenza nelle procedure giuridiche potrebbe essere ottenuta con un meccanismo simile⁵⁹. Tuttavia molti giuristi insistono che un meccanismo del genere non sarebbe sufficiente per ottenere l’unità necessaria di realizzare un mercato unico⁶⁰.

5 Conclusione: un’ibrido?

È evidente che i meccanismi descritti nella parte precedente non mancano di aspetti criticabili: L’europa non è pronta per la codificazione dovuto all’eccessiva divergenza nelle regole, stili e procedure giuridici, la legislazione attuale manca di coerenza, e i meccanismi ‘soft’ non sono sufficienti per soddisfare i bisogni dell’integrazione europea. A questo punto è utile considerare le discussioni più generali sull’integrazione europea, fuori dal campo del diritto privato. Il conflitto fra giuristi favorevoli al *hard law* e quelli favorevoli al *soft law* appare anche nel contesto del programma sociale europeo⁶¹. Alcuni giuristi preferiscono l’uso del metodo comunitario classico, mentre altri preferiscono meccanismi ‘soft’, come il metodo aperto di coordinamento. Questo primo gruppo presume che la mancanza di legislazione centrale provochi un ‘*race to the bottom*’ negli standard sociali, mentre il secondo gruppo sostiene che la diversità sia un vantaggio nella ricerca verso nuove soluzioni a problemi nuovi creati dall’integrazione europea. Tuttavia la verità è che un conflitto fra questi due gruppi non è inevitabile: una convergenza maggiore può essere ottenuta con un’ibrido delle due idee⁶². Questa verità è stata riconosciuta anche dalla Convenzione europea: “[t]he existence of Community legislation in a given area does not however necessarily rule out recourse to policy coordination”⁶³. Questi ragionamenti sono applicabili anche alla discussione sul diritto europeo contrattuale: mentre il ruolo del *hard law* è insostituibile per ottenere un’unità coerente per realizzare un mercato unico, il ruolo del *soft law* è ugualmente insostituibile per coordinare il processo legislativo⁶⁴ e aumentare la convergenza fra gli stati membri. Altri meccanismi *soft* sono indispensabili alla creazione di una cultura contrattuale europea,

⁵⁸ Cf. C Schmid, sopra nota 12.

⁵⁹ Cf. le proposte di A Schwartze, sopra nota 34.

⁶⁰ O Lando, sopra nota 10, U Mattei, sopra nota 44.

⁶¹ Cf. in genere, G De Búrca, ‘The Constitutional Challenge of New Governance in the EU’, (2003) 28 ELRev 814.

⁶² Cf. D Trubek and L Trubek, ‘Hard and Soft Law in the Construction of Social Europe’, paper prepared for presentation at the SALTSA, OSE, UW Workshop on “Opening the Open Method of Coordination”, EUI, July 2003.

⁶³ Convention Secretariat, WG VI, WD 015, Brussels, 26 September 2002, at p.16.

⁶⁴ F Cafaggi, ‘Una governance per il diritto Europeo dei contratti?’, in F Cafaggi (ed.), *Quale Armonizzazione per il Diritto Europeo dei Contratti*, 2003.

importante per preparare una base per l'accettabilità e la coerenza di un'eventuale legislazione. La convergenza e l'unità del diritto contrattuale europeo è desiderabile, ma non può avvenire con un meccanismo semplice come l'immediata codificazione. L'integrazione europea in questo campo non è facile e necessita invece di un approccio più sottile.