Verso l'uniformazione del diritto privato latinoamericano: l'esperienza del Mercosur

Lorenzo Bairati e Barbara Pasa*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il diritto privato: dai Codici nazionali alle norme di diritto internazionale privato. – 3. Il diritto privato nel Mercosur. – 4. Proposte di codificazione unitaria in ambito patrimoniale. – 5. Le proposte di uniformazione del diritto di famiglia. – 6. Riflessioni conclusive.

1. I progetti di armonizzazione giuridica non contraddistinguono unicamente il processo di integrazione europea. Anche l'integrazione latinoamericana dell'ultimo decennio è stata segnata da proposte tese ad incoraggiare una progressiva uniformazione della normativa di diritto privato, nell'ambito di alcune organizzazioni regionali.

Questo processo è stato avviato all'interno del *Mercado Común del Sur (Mercosur)*, istituito agli inizi degli anni '90 da Argentina, Brasile, Paraguay e Uruguay, cui si aggiunge il Venezuela, che vi ha aderito il 4 luglio 2006. Si tratta della più matura esperienza di integrazione nel contesto latinoamericano[1] e dell'unica esperienza regionalistica di quell'area in cui si può scorgere un concreto dibattito sull'opportunità dell'uniformazione del diritto privato.

Nonostante le battute d'arresto e gli interrogativi irrisolti, il cammino verso l'integrazione giuridica, considerata come elemento cardine per l'integrazione politica, è oggetto di un dibattito sempre più intenso. Prima ancora che uno strumento di razionalizzazione dell'ordinamento giuridico, un Codice civile unico per tutto il continente latinoamericano è considerato come uno degli elementi decisivi per il rilancio da un punto di vista politico ed economico. La dottrina nel suo complesso avverte che un'ampia uniformazione del diritto privato sia difficile da conseguire in tempi brevi, ma sono rare le voci che ne sostengano l'inopportunità.

Il nostro intento è quello di svolgere un'analisi che coniughi la riflessione sulle potenzialità del dibattito in atto nell'ambito del Merco-

* Lorenzo Bairati è dottorando di ricerca in diritto comparato presso l'Università di Firenze. Barbara Pasa è ricercatore di diritto privato comparato presso l'Università di Torino. Sebbene il saggio sia il frutto di un lavoro comune, la responsabilità è da attribuirsi a L. Bairati per le sezioni 3, 4, 5 e 6, e a B. Pasa per le sezioni 1 e 2.

[1] Un'analisi relativa alle prospettive di integrazione in America Latina è offerta in Salas G.R., *Principios del Derecho de la Integración en America Latina*, in Pueyo Los J. - Rey Caro E.J., *Mercosur: nuevos ámbitos y perspectivas en el desarrollo del proceso de integración*, Universidad del Salvador - Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2000, 75 e ss.

sur con un'osservazione critica dell'analogo dibattito europeo relativo all'armonizzazione del diritto privato. Illustreremo quali elementi (politici, istituzionali, economici, sociali, culturali) inducano all'ottimismo e quali, al contrario, spingano a ridimensionare le aspettative; indicheremo come incidano le organizzazioni regionali; tratteremo del rapporto fra codici nazionali e diritto uniforme; ed infine valuteremo quale ruolo abbia assunto la dottrina in questo processo.

2. In questa sede non intendiamo svolgere una descrizione delle codificazioni nazionali latino-americane[2], perché i dati a questo proposito sono noti e i contributi numerosi, ma vogliamo ricordare un dato fondamentale, ribadito in qualsiasi testo che dedichi anche solo un accenno a questa esperienza. Da un lato, la dottrina sostiene unanimemente l'appartenenza del diritto latinoamericano alla famiglia romanistica; dall'altro, ne approfondisce i tratti originali, fra cui ricordiamo la natura omogenea e compatta dell'esperienza latinoamericana[3], che in questo senso si discosta dalla tradizione europea, tradizionalmente caratterizzata da fenomeni particolaristici e dall'isolamento delle esperienze giuridiche nazionali.

La dottrina statual-legalista continentale, che impone il rispetto del monopolio della produzione del diritto da parte di ciascun legislatore nazionale, si è affermata, come noto, nel periodo dei nazionalismi, e vede il suo più esplicito manifesto nel *Code Civil des Français*. Esso costituisce la più alta affermazione della statualità del diritto, ovvero della relazione biunivoca fra stato nazionale e ordinamento giuridico.

Diversamente, in America Latina, il riferimento ai principi generali del diritto, coniugato col rispetto delle consuetudini indigene, è alla base di quella «*mezcla*» che esprime la complessità del blocco romano-ibero-precolombino, o, in altri termini, la base socio-culturale dell'unità del sistema. In questo quadro, le codificazioni sono parte di un complesso albero genealogico di «famiglie» interconnesse, e con multiple proiezioni fra esse intrecciate[4].

Le ragioni della compattezza dell'esperienza latinoamericana sono connesse ad una realtà culturale in cui gli sviluppi politico-istituzionali non alterano l'esistenza di un substrato comune, costituito

[2] Ci riferiamo ai codici civili uruguayano (risalente al 1868), argentino (1869), venezuelano (1982), paraguayano (1987) e brasiliano (2003).

[3] Sandro Schipani si sofferma sul costante richiamo ai principi generali diritto, che costituisce un elemento unificante dell'esperienza latinoamericana nel suo complesso. V. Schipani S., *Armonización y unificación del derecho: derecho común en materia de obligaciones y contratos en América Latina*, in «Roma e America - Diritto Romano Comune», 2004.

[4] Questa è la definizione fornita da Alejandro Guzman Brito. Guzman Brito, A., *Historia de la codificación civil en Iberoamérica*, Thompson Aranzadi, 2006, pagina 112.

dal diritto romano-ibero-precolombino. Ciò significa che le singole dinamiche storico-politiche degli stati nazionali non intaccano questa base comune che, a partire dall'Indipendenza, si è sviluppata autonomamente.

In questo quadro, le codificazioni latinoamericane si sono presentate non solo come cardini della struttura del diritto privato, ma anche come manifesto politico di dimensione costituzionale. Come è noto, l'ondata codificatoria coincise, infatti, con il processo di ricostruzione della società che seguì alle lotte per l'emancipazione dalle potenze europee. L'emanazione dei codici, che poggiava in primo luogo sulle basi concettuali delle correnti filosofiche di provenienza europea, quali la pianificazione razionalista e il volontarismo giuridico[5], era una condizione necessaria per il raggiungimento di un obiettivo politico. A questo proposito, Francisco Murillo Rubiera afferma che «*el motor aqui fue la necesidad insoslayable de extender la independencia política al àmbito de las leyes*»[6]: con l'Indipendenza si espresse nitidamente la consapevolezza delle popolazioni latinoamericane di essere parte di una «*comunidad*», accomunata da fattori linguistici, etnici e culturali omogenei, e, soprattutto, da un «destino comune»[7]. Con l'Indipendenza, i paesi latinoamericani avviarono un processo di integrazione fondato sulla condivisione di valori, che hanno costituito il substrato su cui esso si è snodato, e che si è espresso nei più svariati ambiti culturali, politici, giuridici, ecc.

Questa vocazione integrazionista[8] si è concretizzata, in primo luogo, nelle azioni diplomatiche multilaterali, conferenze e congressi

[5] L'autore propone un quadro esauriente dell'eredità culturale e filosofica che costituisce il presupposto delle codificazioni latinoamericane in Schipani S., *Derecho Romano. Codificación y unificación del Derecho*, Universidad Exernado de Colombia, 1983, 16-17.

[6] Cit. Da Murillo Rubiera F.A., *Codificación y sistema jurídico iberoamericano*, in Levaggi A. (coord.), *Fuentes ideológicas y normativas de la codificación latinoamericana*, Universidad del Museo social argentino, Buenos Aires, 1992.

[7] La particolarità consiste nel fatto che si considera che l'integrazione non sia incompatibile con l'affermazione della sovranità nazionale. Con le parole di Dromi, possiamo affermare che «*Las relaciones del derecho comunitario de la integración no niegan, ni limitan, ni excluyen la soberanía, sino que la ubican en un marco ampliado, donde se extiende o prolonga el poder soberano del Estado en otras materias que no tenía, ahora compatibilizado con el poder soberano de otro Estado membro. En suma, la integración aumenta cualitativamente la soberanía de los Estados Miembros*». Cit. da Dromi R., Akmekdjian M., Rivera J., *Derecho Comunitario - Régimen del Mercosur*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996, 40. A proposito della diffusione di questo sentimento, v. Corna O., *La construcción del concepto de integración en a opinión pública: el caso Mercosur*, in Stahriger De Caramuti O., *El Mercosur en el nuevo orden mundial*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996, 375-390.

[8] Negli ultimi decenni, inoltre, questo stesso spirito ha contribuito a stimolare l'istituzione delle varie organizzazioni regionali. Oltre all'esperienza del Mercosur, si considerino la *Comunidad Andina*, il *Tratado de Libre Commercio de América del Norte* (T.L.C.A.N. o N.A.F.T.A.) e la *Comunidad del Caribe* (CARICOM).

risalenti alla prima metà del XIX secolo, ovvero molto prima che ciò avvenisse in Europa.

Con il Congresso di Panama[9], convocato da Simòn de Bolivar nel 1826, si aprì la stagione dell'integrazione, che coinvolse in primo luogo il profilo politico diplomatico, e solo incidentalmente l'elemento giuridico e legislativo. L'agenda del Congresso era incentrata su questioni relative alle relazioni internazionali, quali l'istituzione di una lega di Stati americani, la costituzione di una autorità arbitrale internazionale e l'enunciazione delle basi di una politica estera comune[10], ma la possibilità di giungere ad una qualche forma di regolazione comune fu sbrigativamente discussa e bocciata[11]. L'ideale volto al raggiungimento di un'armonizzazione legislativa animò numerose proposte e riunioni che si celebrarono in diversi Stati americani nel corso del XIX secolo[12]; tuttavia la generale situazione di precarietà, provocata dalla minaccia di una controffensiva spagnola in America, impediva di perseguire progetti ampi e di lungo periodo. A questo si aggiunga ancora che la situazione interna dei nuovi stati era particolarmente turbolenta anche a causa della delimitazione delle frontiere tutt'altro che pacifica. D'altro canto, lo scarso approfondimento teorico dedicato al diritto internazionale, così come la scarsa conoscenza

[9] Vi parteciparono i delegati della Colombia (che ai tempi comprendeva Ecuador, Panama e Venezuela), della República Mayor de Centroamérica, del Messico e del Perù.

[10] Per quanto riguarda gli esiti del Congresso, rimandiamo all'ampia bibliografia disponibile. Fra gli altri, Yepes J.M., Del *Congreso de Panamá a la Conferencia de las Caracas 1826-1954*, t. 1, Caracas, 1955; Uribe Vargas D., *Panamericanismo democrático. Bases para una transformación del derecho Continental*, Bogotà, 1958.

[11] Fernandez Arroyo segnala che durante il congresso si fece presente l'importanza di giungere ad una codificazione relativa al Diritto Internazionale Pubblico, attraverso una mozione in cui si sollecitava l'inizio dei lavori preparatori alla codificazione del «*Derecho de Gentes*» nel continente americano. La mozione non fu però approvata. L'episodio è accennato in Fernandez Arroyo D.P., *La codificación del derecho internacional privado en América Latina*, Editorial Beramar, Madrid, 1994, 84. Costantinoff J., *La codification du droit international et l'unification législative*, Parigi; Maekelt T.B., *Conferencia especializada de D.I.Pr. (CIDIP-I)*, Caracas, 1979.

[12] Possiamo menzionare i cinque inviti realizzati dal Messico fra il 1831 e il 1842, e quello effettuato, sempre nel 1842, dalla Colombia. Analoghi intenti animarono i congressi realizzati a Lima nel 1847-1848 (cui parteciparono Bolivia, Colombia, Cile, Ecuador e Perù) e nel 1864-1865 (in cui erano rappresentati Argentina, Boliva, Colombia, Cile, Ecuaodr, El Salvador, Perù e Venezuela). Nel 1867 nuove iniziative furono promosse da Colombia e Perù, ma nemmeno queste sortirono i risultati sperati. Preferiamo non soffermarci su questi riunioni, in cui si esaltavano gli ideali di sovranità e indipendenza, ma in cui non si riuscì a raggiungere risultati giuridicamente rilevanti, a causa di una diplomazia inadeguata rispetto agli obiettivi prefissati. Alcuni trattati hanno riguardato questioni quali le relazioni consolari, il commercio e la navigazione ed hanno dimostrato una tendenza a regolare il regime di circolazione delle merci e delle persone e a facilitare l'armonizzazione di tariffe e franchigie. Tuttavia, nessuno dei testi normativi approvati in questi congressi entrò mai in vigore.

del diritto applicato nei diversi paesi dell'area[13], costituivano ulteriori ostacoli al perseguimento dell'obiettivo.

Una tappa importante nel processo di costruzione del diritto internazionale privato coincise con il Congresso di Lima, convocato dal governo peruviano[14], con lo specifico obiettivo di «*procurar la uniformidad de la Legislación Privada en cuanto lo permitan las circunstancias especiales de cada país y fijar en los respectivos Códigos, relativamente a los puntos en que esa uniformidad no sea posible, las disposiciones conforme a las cuales deban resolverse los conflictos que ocurran en la aplicación de esas leyes*»[15]. Anche se il Trattato di Lima, concluso il 9 novembre 1878, abbandonò la prospettiva di un'unificazione del diritto sostanziale[16] e fu ratificato, a causa della guerra del Pacifico del 1879, solo da Costa Rica e Perù, fu il primo caso in cui il carattere eminentemente politico, che aveva animato gli anteriori Congressi, non si risolse in se stesso, ma produsse un opera di natura propriamente giuridica.

Il Primo Congresso Sudamericano di Diritto Internazionale Privato, svoltosi a Montevideo nel 1888-1889[17] grazie all'iniziativa congiunta di Argentina a Uruguay, sorse come reazione al Trattato di Lima. Il dibattito si concentrò nuovamente sui principi di nazionalità e domicilio[18], che erano considerati i punti di partenza per delineare le posizioni soggettive in un sistema di diritto internazionale privato. In quella sede si adottarono otto trattati multilaterali (e un protocollo addizionale) concernenti il diritto internazionale privato nella sua quasi

[13] Le enormi dimensioni del continente americano impedivano uno scambio di informazioni adeguato. Quindi la conoscenza delle leggi, ma soprattutto del diritto consuetudinario, era molto spesso del tutto carente. Tutto ciò ovviamente non facilitava il raggiungimento degli accordi e dei compromessi necessari alla formazione di normative comuni. A questo proposito, v. Urrutia F.J., *La codification du droit international en Amérique*, in «Révue des contrats», t. 22, 1928 - II, 81-236.

[14] Al Congresso aderirono rappresentanti di Argentina, Bolivia, Cile, Costa Rica, Cuba e Venezuela, mentre non aderirono né gli Stati Uniti né il Brasile. Il governo degli Stati Uniti non accettò l'invito con la scusa che la separazione di competenze fra livello federale e statale non consentiva la conclusione di accordi internazionali relativi a questa materia. Il Brasile decise di non inviare rappresentanti, perché era favorevole ad una iniziativa più ampia con carattere universale, del tipo di quelle adottate nel 1874-75 a Ginevra o all'Haya. A queste convenzioni accenneremo in seguito.

[15] Brano tratto da Fernandez Arroyo D.P., *La codificación del derecho internacional privado en América Latina*, Editorial Beramar, Madrid, 1994, 91.

[16] I titoli di cui si compone sono dedicati, rispettivamente, a: 1. Stato e capacità delle persone e contratti conclusi all'estero; 2. Successioni; 3. Competenza del giudice in ambito civile; 4. Giurisdizione penale; 5. Esecuzione delle sentenze e di altri atti; 6. Legalizzazione; 7. Disposizioni comuni ai capitoli precedenti.

[17] Il congresso si riunì il 25 agosto 1888 e durò all'incirca sette mesi, fino al 18 febbraio 1889. Anche se i paesi organizzatori avevano invitato tutti i paesi latinoamericani, si riunirono rappresentati solo di Bolivia, Brasile, Cile, Paraguay e Perù (oltre a Argentina e Uruguay).

[18] Vedi Garcia Calderon K., «*Apuntes sobre los Tratados de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889 y 1940*», in «Revista Peruana de Derecho Internacional», t. 35, num. 88, 1983, p. 4.

totalità[19]; in particolare si regolarono questioni di diritto civile sostanziale e processuale, e di diritto commerciale[20]. Tutto ciò potrebbe indurre a considerare come pienamente riuscita l'iniziativa; in realtà numerosi sono gli autori che hanno insistito sui limiti del Congresso[21].

Senza dubbio lo sforzo di uniformazione giuridica diretto a coinvolgere un maggior numero di Stati è rappresentato dal Codice di diritto internazionale privato o *Código Bustamante*, approvato nella Sesta Conferenza Panamericana svoltasi a L'Havana nel 1928[22]. L'autore, Bustamante, decise di realizzare una codificazione globale del diritto internazionale privato, in questo modo contraddicendo l'opinione di autorevoli giuristi[23]. Tutta la normativa fu organizzata in quattro libri (relativi alla materia civile, commerciale, penale e processuale), preceduti da un Titolo preliminare (composto da otto articoli)[24]. Il tentativo di trattare nel dettaglio il diritto internazionale privato nella sua globalità non sortì gli effetti desiderati[25]; l'apparente uniformità dell'articolato svanisce non appena si considerano i numerosi rinvii al diritto locale e la quantità e l'ampiezza di riserve di cui è stato oggetto[26].

[19] Nello specifico i trattati sottoscritti sono: Trattato di Diritto Civile Internazionale (12 febbraio 1889), Trattato di Diritto Commerciale Internazionale (12 febbraio 1889), Trattato di Diritto Processuale Internazionale (11 gennaio 1889), Trattato di Diritto Penale Internazionale (23 gennaio 1889), Trattato sui brevetti (16 gennaio 1889), Trattato sulla proprietà letteraria ed artistica (11 gennaio 1889), Trattato sui marchi (16 gennaio 1889), Trattato relativo all'esercizio di professioni liberali (4 febbraio 1889), Protocollo addizionale sull'applicazione del Diritto Straniero (13 febbraio 1889).

[20] I Trattati di Montevideo furono ratificati da Argentina, Bolivia, Colombia, Paraguay, Perù e Uruguay. I nove trattati di Montevideo del 1889 furono riesaminati dal Secondo Congresso Sudamericano di Diritto Internazionale Privato del 1939-40. Tuttavia, le modifiche apportate furono poco numerose, e furono ratificate solo da Argentina, Paraguay e Uruguay.

[21] Nonostante l'apparente clima costruttivo, la disparità del potere negoziale delle parti in causa, e le irrisolte questioni politiche e di frontiera, portarono al relativo fallimento dell'operazione.V. Bustamante y Sirven A.S., *La nacionalidad y el domicilio*, La Habana, El siglo XX, 1927; Zeballos E., *La codification de droit international privé aux Conférences de La Haye (1893-1904)*, Bulletin Argentino de Derecho Internacional Privado, VI, 1903-1905.

[22] Il codice fu sottoscritto da venti paesi e ratificato da quindici di essi.

[23] L'opinione secondo cui sarebbe stato più fruttuoso procedere ad una armonizzazione graduale e progressiva, già emersa durante la Quinta Conferenza Panamericana, in un primo tempo era riuscita ad influenzare l'opera di Bustamante; nonostante ciò, l'euforia internazionalista del momento indusse l'autore a perseverare nell'intento di comprendere in un solo testo tutto il diritto internazionale privato. Per approfondire questi dibattiti, v. Samtleben J., *Derecho Internacional Privado en América Latina. Teora y Práctica del Código Bustamante*, Buenos Aires, Depalma, 1983.

[24] Così rispettando lo schema tipico delle codificazioni nazionali V. Lorenzen E.G., *The Panamerican Code of Private International Law*, in «Tulan Law Review», vol. IV, 1929-30, 429-528.

[25] V. Nolde B., *La codification du Droit International privé*, Recueil des Cours, t. 55 (1936) 303-431.

[26] Queste conclusioni sono riportate in Garro A., *Armonización y unificación del derecho privado en America Latina: esfuerzos, tendencias y realidades*, Centro di Studi e ricerche di Diritto Comparato, Roma, 1992, 10.

Dopo l'importante ma incompiuto passo costituito dal Congresso di L'Havana del 1928, complice l'instabilità politica e l'inizio della Seconda Guerra Mondiale, per circa vent'anni mancarono le condizioni necessarie a prospettare iniziative indirizzate alla creazione di un diritto internazionale privato. Le sopravvissute conferenze internazionali avevano portato ad una moltiplicazione di organi all'uopo, ma il più delle volte la loro attività, priva di una comune regia, aveva causato situazioni estremamente confuse quando non contraddittorie[27]. In una di queste conferenze, ovvero nella Conferenza Interamericana sui «*Problemas de la Guerra y de la Paz*» (Città del Messico 1945) si adottò una risoluzione che perseguiva la «*reorganización, consolidación y fortalecimiento del Sistema Interamericano*»; questa servì come base per i documenti ufficiali della Carta della Organizzazione degli Stati Americani («*Organización de los Estados Americanos*», O.E.A.) firmata a Bogotà il 30 aprile 1948. Gli aspetti giuridici della nuova organizzazione furono delegati al *Consejo Interamericano de Jurisconsultos*, il cui compito specifico consisteva, fra l'altro, nella promozione dell'armonizzazione delle legislazioni americane. Nel corso degli anni '50 gli organismi tecnici della O.E.A. esplorarono la possibilità di armonizzare i criteri di selezione del diritto applicabile, adottati dal Codice di Bustamante con quelli incorporati nei Trattati Sudamericani di diritto internazionale privato e il «*Restatement of the Law of Conflicts of Laws*» preparato dall'*American Law Institute*. Tuttavia, fin dall'inizio degli anni '50 si fece strada l'opinione secondo cui difficilmente si sarebbe potuta realizzare un'opera di sintesi che coinvolgesse anche il *Restatement*; le ragioni erano appunto diplomatiche, perché c'era l'assoluta consapevolezza che gli Stati Uniti sarebbero stati reticenti di fronte ad un'opera di portata così generale. A queste si aggiungevano le difficoltà legate al tentativo di armonizzare normative proprie di Stati appartenenti a famiglie giuridiche di *Common law* e *Civil law*.

Il *Comité Jurídico Interamericano (C.J.I.)*, che dal 1967 aveva assunto le competenze del *Consejo* dell'O.E.A., si ritrovò a lottare contro l'inerzia dei governi, che si dimostravano insensibili ai temi del diritto dell'integrazione.

Il lungo processo di elaborazione di un diritto internazionale privato conobbe una data decisiva il 23 aprile 1971, giorno in cui l'assemblea generale della O.E.A. convocò la prima[28] delle *Conferencias Especializadas Interamericanas sobre Derecho Internacional Privado* (CIDIPs), che si realizzò nella città di Panama, dal 14 al 30 gennaio

[27] Su questo punto si sofferma Freeman A.V., *The first meeting of the Inter-American Council of Jurists*, in «American Journal of International Law», vol. 44, 1950, 374-382.

[28] Con la CIDIP I si adottarono convenzioni concernenti: rogatorie, ricezione di prove provenienti dall'estero, regime legale delle procure da utilizzarsi all'estero; lettere di cambio e pagherò cambiario; assegni e arbitrato commerciale.

del 1975. Lo scopo della Conferenza consisteva in un processo di modernizzazione che permettesse di superare la dicotomia esistente fra gli Stati che avevano aderito al Trattato di Montevideo oppure al Codice di Bustamante; da questo punto di vista gli autori concordano che questo obiettivo è stato raggiunto[29]. Da allora, si sono svolte sei edizioni della Conferenza, a distanza di cinque anni l'una dall'altra (Montevideo, 1979[30] e 1989[31]; La Paz 1984[32]; Città del Messico 1994[33] e Washington 2002); queste hanno prodotto ventuno convenzioni interamericane, due protocolli addizionali, una legge modello ed un documento uniforme.

Con le CIDIPs e la nuova generazione delle convenzioni interamericane si riafferma la tradizione regionalista di codificazione del diritto internazionale privato; la novità consiste nel fatto che l'approccio è settoriale e più pragmatico rispetto agli inizi. Le nuove Conferenze si sono concentrate, da un lato sulle soluzioni ai conflitti di leggi, e, dall'altro, sugli strumenti idonei alla risoluzione di controversie, quali l'arbitrato e la cooperazione giudiziale[34].

I Trattati di Montevideo, il *Código Bustamante* e le Convenzioni interamericane non sono gli unici strumenti per l'armonizzazione del diritto internazionale che interessano i paesi del *Mercosur*: numerosi Stati latinoamericani hanno infatti aderito anche ad altre convenzioni internazionali in materia di diritto civile e commerciale, elaborate in seno ad organismi di cui fanno parte anche Stati europei. Questo fenomeno non rientra pienamente nell'ambito delle concretizzazioni

[29] V. Garcia Calderon K.M., *Derecho Internacional Privado*, Lima, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1969, 23; Santos Belando R.B., *Vigencia de los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940 a la luz de la CIDIP I, II y III*, in «Revista de Informaçao Legislativa», Brasilia, num. 103, 1989, 297 e ss.

[30] Con la CIDIP II si adottarono norme generali di diritto internazionale privato: domicilio delle persone fisiche; protocollo addizionale alla convenzione del 1975 su collaborazione e rogatorie internazionali; efficacia extraterritoriale delle sentenze e dei lodi arbitrali stranieri; esecuzione delle misure cautelari; assegni; società commerciali.

[31] La CIDIP IV adottò convenzioni sulle obbligazioni alimentari, la restituzione internazionale di minori e il trasporto internazionale di merci. Santos Belando R.B., *Convención interamericana sobre obligaciones alimentarias. Reglas de conflicto materialmente orientadas hacia la protección de la personas*, Montevideo, 1991.

[32] La CIDIP III approvò le seguenti convenzioni: adozione di minori, personalità e capacità delle persone giuridiche nel diritto internazionale privato; competenza nella sfera internazionale per l'efficacia extraterritoriale delle sentenze straniere.

[33] La CIDIP V apportò innovazioni rilevanti in materia di contratti nel commercio internazionale. Il tema è trattato in Operetti Badan D. - Fresnedo De Aguirre C., *Contratos comerciales internacionales - Ultimos desarrollos teórico-positivos en el ámbito internacional*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, 1997, 23 e ss.

[34] Samtleben J., *Los resultados de la labor codificadora de la CIDIP desde la perspectiva europea, España y la Codificación internacional del D.I.Pr.*, Centro de Estudios superiores Sociales y Jurídicos Ramòn Carande, Madrid, 1993.

dell'ideale di integrazione latinoamericana[35], né trova una specifica connessione con il tema delle organizzazioni regionali come il *Mercosur*. Tuttavia, riteniamo opportuno evidenziare che gli Stati Latinoamericani hanno optato per la partecipazione attiva in seno agli organismi internazionali, e non solo all'interno del continente americano. Da tale cooperazione internazionale è derivato il c.d. «Diritto Mercosureño Eteronomo», che si distingue dal «Diritto Mercosureño autonomo» perché è costituito da convenzioni provenienti da fonti esterne all'area, ma vigenti in tutti i paesi mercosureñi aderenti. Un primo caso di diritto eteronomo è costituito dalla normativa stabilita dalla Commissione delle Nazioni Unite per il Diritto Commerciale Internazionale (UNCITRAL), in cui è presente una rappresentanza permanente di sei paesi latinoamericani[36].

Il panorama risultante da tutti questi elementi appare piuttosto articolato, constando da un lato di un diritto internazionale privato elaborato da organismi come la conferenza dell'Haya[37] o l'ONU e, dall'altro, dei numerosi accordi bilaterali con Stati non appartenenti al *Mercosur*.

A questo punto, possiamo trarre alcune conclusioni relative ai processi di armonizzazione giuridica fino all'inizio degli anni '90, ossia, prima della nascita del *Mercosur*. Gli strumenti interamericani ela-

[35] Infatti, si tratta di adesione di stati latinoamericani ad organismi internazionali cui partecipano stati di tutti i continenti.

[36] Inoltre, all'inizio degli anni '90, dieci stati latinoamericani (Argentina, Bolivia, Cile, Colombia, Cuba, Messico, Nicaragua, Paraguay, Uruguay e Venezuela) hanno aderito all'UNIDROIT (Istituto per l'Unificazione del Diritto Privato), che ha orientato i propri sforzi all'unificazione di alcune aree specifiche di alto significato patrimoniale e finanziario, quali il *factoring* e il *leasing*. La convenzione ad essi relativa si concluse ad Ottawa il 28 maggio 1988; rappresentanti furono inviati da Antigua e Barbuda, Colombia, Cile, El Salvador, Stati Uniti, Messico, Repubblica Dominicana e Venezuela. Inoltre, i rappresentanti di Perù ed Uruguay assisterono in qualità di osservatori. Si noti che la CIDIP-IV raccomandò agli stati membri della OEA la ratificazione della convenzione di Ottawa. A partire dagli anni successivi questo organismo si concentrò nell'elaborazione di un progetto relativo ai «principi applicabili ai contratti commerciali internazionali», che intende codificare una sorta di *Lex Mercatoria* dei contratti internazionali in modo da integrare le diverse convenzioni internazionali. Si tratta di Rivera V., *Los principios Unidroit: una alternativa de morigeración de la Lex Mercatoria para Latinoamérica*, disponibile all'indirizzo *http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1590/25.pdf*.

[37] Ci riferiamo alla Conferenza di Diritto Internazionale privato, costituita all'Haya nel 1893, e strutturatasi come organismo intergovernativo a partire dal 1955. I primi lavori di questo organismo sono stati minati da grande incertezza rispetto al metodo da seguire. Nel momento in cui si è deciso di ridefinire il programma e le finalità degli studi, l'obiettivo è sostanzialmente coinciso con quelli delle CIDIPs, consistenti nella codificazione parziale e graduale del diritto internazionale privato e nell'istituzione di una cooperazione giudiziale internazionale. Anche se la Conferenza dell'Haya si è profilata come una istituzione tipicamente europea, la sua composizione è cambiata, fino a comprendere, fra gli aderenti, moltissimi stati extraeuropei. Alla Conferenza dell'Haya hanno aderito quattro stati latinoamericani, ovvero Argentina, Cile, Messico e Venezuela; l'Argentina, inoltre, ha ratificato quattro convenzioni multilaterali elaborate in seno alla Conferenza.

borati dalle CIDIPs si sono concentrati sul diritto processuale e sulla cooperazione giudiziaria, mentre l'atteggiamento del C.J.I. in materia di compravendita internazionale ha denotato uno scarso interesse nei confronti dell'unificazione del diritto commerciale sostanziale[38]. Diversi autori, fra cui Alejandro Garro[39], hanno sostenuto che la ratifica da parte di numerosi stati latinoamericani del testo della Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale, così come la compatibilità delle diverse legislazioni nazionali latinoamericane con i principi stabiliti dall'UNIDROIT, hanno indotto ad un certo ottimismo in relazione all'uniformazione anche del diritto sostanziale. Allo stesso tempo, però, gli osservatori concordano sul fatto che l'integrazione del diritto privato non può prescindere dai processi di regionalizzazione[40]. La tendenza degli ultimi quindici anni conferma queste conclusioni.

Volendo pertanto fotografare la situazione relativa al processo di integrazione[41] del diritto privato latinoamericano nel momento che precede l'istituzione del *Mercosur*, va evidenziato quanto segue. Quando entrò in vigore il Trattato di Asunciòn gli Stati aderenti avevano percorso strade diverse quanto a relazioni internazionali, in particolare se si considerano le Convenzioni relative al diritto privato. Per questa ragione la regolamentazione delle relazioni commerciali con l'estero era frutto di sviluppi asimmetrici, e quindi inevitabilmente differiva da Stato a Stato. Da un lato Argentina, Uruguay e Paraguay avevano seguito un cammino analogo, aderendo ai Trattati di Montevideo. Perciò, salvo specifiche eccezioni[42], negli ordinamenti dei tre Stati valevano le regole stabilite a Montevideo (e, successiva-

[38] Parra-Aranguen V. G., *Legislación uniforme sobre compraventa internacional de mercaderías*, in «Revista de Derecho de la Universidad Católica de Andrés Bello», 1986, vol. 35, 28 e ss.

[39] V. Garro A., *Armonización y unificación del derecho privado en America Latina: esfuerzos, tendencias y realidades*, Centro di Studi e ricerche di Diritto Comparato, Roma, 1992, 42.

[40] Sulla tensione fra regionalismo e internazionalismo nella tradizione latinoamericana si esprime efficacemente Becker Lorca A., *International Law In Latin America or Latin American International Law? Rise, Fall, and Retrieval of a Tradition of Legal Thinking and Political Imagination*, 47 *Harvard International Law Journal* 283, 2006, a 302 ss.: con le espressioni «*regional fraternity*» vs. «*intra-regional conflicts*» descrive la conflittualità che caratterizza il regionalismo del diritto del *Mercosur*.

[41] Volutamente utilizziamo qui il termine «integrazione», per porre in evidenza che la dottrina latinoamericana ha sempre utilizzato indistintamente termini come uniformazione, unificazione, armonizzazione, codificazione unitaria, che agli occhi di un osservatore europeo non sono affatto intercambiabili, ma che suggeriscono piuttosto posizioni antitetiche.

[42] I tre paesi erano vincolati giuridicamente dai Trattati di Montevideo del 1939/40, ma i trattati su asilo e rifugio politico, diritto penale e proprietà intellettuale furono ratificati solo da Paraguay e Uruguay; rispetto a queste materie, in Argentina reggevano le regole fissate nel 1889. L'Argentina, inoltre, ratificò solo nel 1995 le convenzioni interamericane approvate nelle CIDIP I e II relative all'arbitrato commerciale internazionale; al contrario, non ratificò quelle relative all'assegno e al domicilio delle persone fisiche. Queste indicazioni sono state tratte da:

mente, anche quelle fissate nelle CIDIP), relative alle lettere di cambio, alla assunzione di prove, alle società commerciali, all'efficacia extraterritoriale delle sentenze ed alle misure cautelari. Singolare si presentava, invece, la situazione del Brasile, che aveva ratificato con riserva il *Código* Bustamante, e successivamente si era tenuto completamente estraneo rispetto alle CIDIP, a causa di una politica globale sostanzialmente refrattaria all'adesione a convenzioni multilaterali. L'adesione al *Mercosur* portò il Brasile a cambiare politica e a ratificare numerose convenzioni interamericane[43]; questo atteggiamento è talmente accentuato che il Brasile, nel corso degli ultimi anni, è progressivamente diventato lo Stato mercosureño che ha ratificato il maggior numero di convenzioni CIDIP III, IV e V[44].

3. Il quadro costituito dalle fonti di diritto internazionale privato appare particolarmente frastagliato: le norme prodotte dalle diverse convenzioni internazionali da un lato, e quelle fissate in seno al *Mercosur* dall'altro, hanno dato luogo ad una sovrapposizione di normative che non facilita certo la determinazione del diritto applicabile al caso concreto.

A questo si aggiunga che in ogni Stato è vigente un codice civile, e che nel caso di Argentina e Uruguay si tratta di codificazioni piuttosto risalenti[45], interessate da tutte quelle dinamiche collegate alla decodificazione[46] che hanno investito la famiglia di *Civil law* nel suo complesso. La progressiva erosione dei codici, lentamente sostituiti da leggi speciali, che rivelano «logiche autonome» e «principi organici» propri e indipendenti, ha portato ad una sottrazione di intere materie alla disciplina codicistica da parte di micro-sistemi di norme. La questione, come è noto, è quella che Natalino Irti ha definito la «fuga dal Codice Civile», ossia il processo che porta le codificazioni a perdere il carattere di centralità nel sistema delle fonti[47].

Fernandez Arroyo D.P., *Conceptos y problemas básicos del Derecho Internacional Privado*, in Fernandez Arroyo (coord.), *Derecho Internacional Privado de los Estados del Mercosur*, Zavalia Editor, Buenos Aires, 2003, 115.

[43] Fra le più significative possiamo ricordare quelle relative alle società commerciali e all'efficacia extraterritoriale delle sentenze,

[44] Rispettivamente, convenzioni su adozione di minori e sulla personalità e capacità delle persone giuridiche; convenzioni in materia di adozione (ratificata anche da Argentina e Paraguay) e sull'obbligo agli alimenti (ratificata anch'essa dal Paraguay); convenzioni sul traffico internazionale di minori, ratificati da tutti e quattro gli stati.

[45] Mentre Brasile, Paraguay e Venezuela hanno codici piuttosto recenti (entrati in vigore, rispettivamente, nel 2003, 1987 e 1982), i codici argentino e uruguayano sono entrai in vigore intorno alla metà del XIX secolo (rispettivamente, nel 1869 e 1868).

[46] Irti N., *L'età della decodificazione*, Milano, 1979. I concetti qui riportati appaiono a p. 25 e ss.

[47] Emilio Beltrán Sanchez tratta della crisi del diritto privato codificato con particolare attenzione nei confronti del superamento del dualismo fra diritto civile e diritto commerciale. L'autore si concentra sulle nuove evoluzioni del diritto com-

L'«orgia legislativa» che discende dalla concorrenza delle diverse fonti del diritto è stata avvertita in maniera sempre più pressante dalla dottrina latinoamericana. In questo contesto, i sostenitori dell'unificazione giuridica hanno trovato una nuova forte ragione per insistere nel loro intento di razionalizzazione delle norme. Negli ultimi decenni, infatti, ai tanti fattori che inducono a proseguire nel cammino verso l'unificazione giuridica[48], si sono aggiunte le spinte che enfatizzano l'unità latinoamericana come risposta alle ingerenze europee e nordamericane[49], connesse alle dinamiche proprie dell'integrazione economica e della globalizzazione[50]. Per questa ragione, il regionalismo latinoamericano ha assunto i contorni di un «nazionalismo regionale», simultaneamente influenzato da ragioni storiche e motivazioni economiche.

Le molteplici questioni giuridiche connesse alla dimensione transnazionale del commercio, degli schemi di organizzazione produttiva, dei mercati finanziari e dei flussi di investimenti, hanno ravvivato il dibattito relativo al rafforzamento degli strumenti del diritto internazionale privato e all'accelerazione dei processi di armonizzazione del diritto privato sostanziale. Possiamo esprimere questo concetto con le parole di Diego Fernandez Arroyo, secondo cui «*lo que siempre fue un objetivo político de fondo se ha convertido, además, con la modificación del escenario mundial, en una imposición de la realidad*»[51]. In questo modo i percorsi delle codificazioni nazionali e dell'uniformazione sopranazionale appaiono intrecciati[52]; attraverso l'opera di uniforma-

merciale, e dei riflessi sul diritto privato in generale; ad una trattazione generale segue un breve rinvio a diverse esperienze, fra cui segnaliamo il caso argentino. Beltran Sanchez E., *La unificación del Derecho Privado*, Colegios Notariales de España, Madrid, 1995.

[48] Ci riferiamo agli elementi ricordati nei corsi delle pagine precedenti, fra cui spiccano le affinità dal punto di vista linguistico ed etnico, l'omogeneità di religione, e, soprattutto, le comuni radici giuridiche.

[49] A questo proposito v. Mattei U., *A Theory of Imperial Law: A Study on U.S. Hegemony and Latin resistance, Global Jurist Frontier*, volume 3, Issue 2, 2003.

[50] V. Nicolau N.L., *El derecho contractual frente al plurijuridismo, la integración y la globalización*, in Alterini Nicolau (Directores), *El Derecho Privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización, Homenaje al Professor Miguel Angel Ciuro Caldani*, La Ley, Buenos Aires, 2005, 427.

[51] Cit. da Fernandez Arroyo D.P., *Conceptos y problemas básicos del Derecho Internacional Privado*, in Fernandez Arroyo (coord.), *Derecho Internacional Privado de los Estados del Mercosur*, Zavalia Editor, Buenos Aires, 2003, 68.

[52] Sin ora abbiamo utilizzato i termini «uniformazione», «unificazione» e «armonizzazione» in modo flessibile. In generale possiamo affermare che l'uniformazione può consistere in un'approssimazione delle legislazioni nazionali (mantenendo intatta l'individualità dei diversi ordinamenti), oppure può giungere, secondo l'opzione più ambiziosa, all'adozione di un sistema normativo uniforme. Sempre ragionando in termini generali, si può affermare che l'unificazione *tout court* del diritto privato potrebbe implicare l'adozione di un testo comune che potrebbe essere un trattato internazionale, o una convenzione, o una legge modello. A questo si dovrebbe accompagnare un'applicazione diretta delle regole da parte dei tribunali locali e il controllo da parte di un tribunale sovranazionale. Al contra-

zione del diritto mercosureño, si tenta di superare le difficoltà proprie delle riforme dei codici nazionali, e di porre un argine alla proliferazione di una selva di normative internazionali settoriali e disorganiche, le cui conseguenze vanno misurate sia sul parametro della giustizia, sia sul parametro dell'efficienza[53]. Del resto, l'esigenza di riordinare in modo organico la normativa *de quo* era sentita anche prima che organizzazioni regionali come il Mercosur venissero istituite.

A partire dagli anni '60 erano infatti state elaborate numerose proposte di armonizzazione relative a distinte branche del diritto, sia pubblico che privato, che hanno successivamente assunto la forma di «leggi-tipo» e «codici-modelli», allo scopo di offrire modelli legislativi in vista di successive riforme. Anche se l'obiettivo principale non è mai stato raggiunto, i dibattiti sorti in occasione dei lavori preparatori hanno costituito un importante tentativo di raccordo fra riforma dei codici nazionali e prospettive di uniformazione del diritto[54].

rio, l'armonizzazione è un procedimento più flessibile, che non implica necessariamente l'adozione di un testo uniforme, ma in generale può consistere in una semplice approssimazione di criteri giuridici stabiliti in una legge tipo o in una dottrina comune, che possono fungere da punto di partenza per l'incorporazione nel diritto interno di modelli approvati preventivamente nel seno di istituzioni comunitarie. Il tema è trattato in termini generali in Rios Avalos B., *Derecho Comunitario*, Intercontinental Editora, Asunciòn, Paraguay, 1998, 20 e ss. Un quadro generale molto esaustivo è proposto in Sanchez Cordero J.A., *El proceso actual de armonización y uniformidad legislativa*; il testo è disponibile alla pagina *http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1590/37.pdf*.

[53] A partire degli anni '90 parte della dottrina ha sostenuto la necessità di superare un diritto privato comunitario frammentato, asistematico e incoerente, adducendo ragioni di efficienza economica. Secondo questa impostazione, in un mercato unico si deve giungere a condizioni di concorrenza perfetta, e in questo quadro le diversità di legislazioni nazionali costituiscono un ostacolo alla libera concorrenza degli operatori nel mercato. Questa tesi, che applica il metodo proprio dell'analisi economica del diritto, è stata contestata da chi, richiamandosi alle stesse ragioni di efficienza, ha sostenuto che meglio rispoderebbe al parametro dell'efficienza la «competizione fra ordinamenti», che conduce a modelli via via meno protezionisti e quindi più favorevoli al commercio intracomunitario. A questo proposito, v. Reich N., *Competition between Legal Orders: A New Paradigm of EC Law?*, Common Market Law Review, 1992; Trachtmann J., *International Regulatory Competition, Externalization, and Jurisdiction*, *Havard International Law Review*, 1993; Mattei U., *A transaction Cost Approach to the European Code*, in «European Review of Private Law», 1997. Recentemente il tema è stato ripreso in Nicola F., *Politica e armonizzazione del Diritto Europeo*, in «Riv. crit. dir. priv.», anno XXIV - 2, giugno 2006, 273 e ss.; Somma A., *Tutti per uno. Scienza Giuridica, economia e politica nella costruzione del diritto privato comunitario*, in «Riv. crit. dir. priv.», anno XXIV - 2, giugno 2006, 307 e ss.

[54] Si noti che questi progetti solo in parte riguardano l'ambito del diritto privato; le leggi-tipo cui abbiamo accennato riguardano l'uniformazione delle prerogative della pubblica accusa e dell'arbitrato, mentre i codici-tipo concernono il diritto tributario, penale, aeronautico, processuale civile e penale. A questo proposito, v. Fix-Zamudio, *Función constitucional del Ministerio Público - Tres ensayos y un epílogo*, Universidad Nacional Autónoma de México, Città del Messico, 2002; v. *El proyecto de modelo de Código Tributario para América Latina*, in *Memoria de las Conferencias Sustentadas con Motivo del XXV Aniversario de la Promulgación de la Ley de Justicia Fiscal*, Città del Messico, 1966; v. Reyes A., *El proyecto de Código Pe-*

La questione dell'armonizzazione o uniformazione del diritto privato latinoamericano[55], studiata inizialmente solo da pochi cultori, a partire dalla formazione delle organizzazioni regionali è diventata il tema centrale del dibattito giuridico-politico latinoamericano, tanto da essere affrontata in prospettiva interdisciplinare da storici, comparatisti[56], costituzionalisti, internazionalisti e comunitaristi[57].

Il 26 marzo 1991, con il Trattato di Asunciòn, Brasile, Uruguay, Paraguay e Argentina costituiscono il *Mercado Común del Sur* (*Mercosur*). Come precedentemente accennato, si tratta dell'esperienza di integrazione regionale più matura dell'area latinoamericana[58]. L'obiet-

nal Tipo Latinoamericano, in «Revista de la Universidad Externado de Colombia», Bogotà, dicembre 1967; v. Grisola F., *Génesis y trayectoria del Proyecto de Código Penal Tipo para Latinoamérica*, in «Revista Mexicana de Derecho Penal», Città del Messico, novembre-dicembre 1971; v. Rodriguez Jurado V., *El proyecto de Código Aeronautico Latinoaméricano*, in *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Enrique A.C. Aztria*, Buenos Aires, 1966; v. *Proyecto de Código Procesal Civil modelo para Iberoamérica*, Instituto Chileno de Derecho Procesal, Valparaiso, 1989; *El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica*, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, Montevideo, 1988; v. Schipani - Cavvarella, *Un codice tipo di procedura civile per l'America Latina*, Padova, 1990; v. Fairen Guillen V., *Notas sobre el proyectado Código de Proceso Penal-modelo para Iberoamérica*, in «Boletín Mexicano de Derecho Comparado», vol. XXIV, núm. 70, 1991.

[55] A questo proposito, segnaliamo che esiste un'ampia bibliografia relativa all'esperienza europea. Degli autori italiani, tra i primi ad occuparsene cfr. Mattei U., *Quale Codice Civile per l'Europa?*, in «Riv. crit. dir. priv.», 2002, 3-6; *Ibidem*, *Hard Code Now!*, 2006 disponibile all'indirizzo: *http://works.bepress.com/ugo_mattei/5*. Inoltre si vedano: Ioriatti Ferrari E., *Codice civile europeo: il dibattito, i modelli, le tendenze*, Padova, 2006; Alpa G., Andenas M., *Fondamenti del diritto privato europeo*, nel «Tratt. dir. priv.», a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2005; Moccia L. *Comparazione giuridica e Diritto europeo*, Milano, 2005, a 1001-1024.

Sulle questioni legate all'armonizzazione/uniformazione/unificazione del diritto privato in Europa cfr anche Benacchio G., Pasa B., *A Common Law for Europe*, Chapter I, Budapest, 2005, 30 ss. e l'ampia bibliografia citata in calce a quel capitolo; inoltre Alpa G. (cur.), *Il diritto privato nel prisma della comparazione*, Torino, 2004; Alpa G., Danovi R. (cur.), *Diritto Privato Europeo. Fonti ed effetti* (Materiali del Seminario dell'8-9 novembre 2002), Milano, 2004; Benacchio G., *Diritto Privato della Comunità Europea*, Padova, 2004; Bussani M., Mattei U. (cur.), *The Common Core of European Private Law*, The Hague, London, New York, 2003; Ferreri S., *Unificazione, uniformazione*, in «Dig. disc. priv.», Sezione Civile, XIX, Torino, 1999, 504 e ss.

[56] A questo proposito, Roberto Dromi afferma che «*el derecho comparado ha pasado del rol de informador sobre el derecho extranjero a la de colaborador en la definición de un derecho común*». Cit. da Dromi R., Akmekdjian M., Rivera J., *Derecho Comunitario - Régimen del Mercosur*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996, 259.

[57] In una prospettiva generale, vedi Fix-Zamudio H., *Armonización del Derecho de América Latina y procedimientos para lograrla. Breves reflexiones sobre los instrumentos de armonización jurídica en América Latina*, in «Revista Jurídica del Perú», t. 30, 1979, 283-309; V. anche Fix-Zamudio H. e Cuadra H., *Problemas actuales de armonización y unificación de los derechos nacionales en América Latina*, Anuario Jurídico (Mexico), num. I, 1974, 93-158.

[58] Come precedentemente accennato, le altre organizzazioni che interessano stati latinoamericani sono la *Comunidad Andina*, cui aderiscono Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador e Perú; il *Tratado de Libre Comercio de America del Norte*, cui aderi-

tivo principale dell'istituzione regionale consiste nel favorire «*la libera circolazione dei beni, servizi e fattori produttivi.fra gli Stati membri*» (art. 1), attraverso l'eliminazione delle restrizioni doganali[59] e l'istituzione di una dogana comune verso l'esterno[60]; l'adozione di una politica commerciale comune nei confronti di paesi terzi, il coordinamento di politiche macroeconomiche e settoriali fra gli Stati membri, concernenti il commercio estero, l'agricoltura, l'industria, il sistema fiscale, le politiche economiche, finanziarie e monetarie, e relative ai trasporti e alle comunicazioni.

Al fine di raggiungere gli obiettivi di integrazione economica fortemente compromessa dalle asimmetrie di mercato e certamente non favorita dalla diversità delle regole di diritto civile e commerciale dovuta alla pluralità di ordinamenti giuridici, l'Art. 1 del Trattato di Asunciòn stabilisce l'impegno da parte degli Stati membri di armonizzare le proprie legislazioni in modo da proseguire nel processo di integrazione[61]. La norma ha costituito il presupposto istituzionale su cui si è instaurato il dibattito concernente la ricerca di criteri uniformatori e del metodo da seguire per il raggiungimento dell'obiettivo, le basi del diritto comunitario del *Mercosur* e il ruolo dei principi generali del diritto. Detto articolo è stato interpretato come norma programmatica, tale da prevedere la predisposizione di regole comuni relative ad ambiti specifici.

Nel corso degli anni, sono state elaborate misure relative a tutte le materie che tradizionalmente compongono il diritto privato internazionale, quali la giurisdizione internazionale, il riconoscimento e l'esecuzione di sentenze straniere e tutte le questioni processuali relative alla condizione dei soggetti privati in ambito internazionale. In concreto, fra i protocolli più importanti ricordiamo quello relativo al riconoscimento e all'esecuzione di decisioni e alla collaborazione giudiziale internazionale[62], alla giurisdizione internazionale in materia contrattuale[63] e alle misure cautelari[64]. Si tratta comunque di un'attività di

sono Canada, Messico e Stati Uniti; la *Comunidad del Caribe*, cui aderisono gran parte degli stati caraibici.

[59] Il tema è trattato in Gionco R.A., *Mercosur: armonización de políticas fiscales y aduaneras*, in Ciuro Caldani M.A. (coordinador), *Del Mercosur*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1998, 97-104.

[60] Da questo punto di vista, l'obiettivo prefissato è stato raggiunto. Da quando è stato stabilito l'*Arancel Externo Común* (AEC) agli Stati membri è stato sottratto il potere di modificare le restrizioni doganali nei confronti di paesi terzi. A questo proposito v. Jardel S. - Barraza A., *Mercosur - Aspectos jurídicos y económicos*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1998.

[61] «*El compromiso de los estados Partes de armonizar sus legislaciones en las áreas pertinentes, para lograr el proceso de integración*».

[62] Protocollo de Las *Leñas* su «*cooperación y asistencia jurisdiccional en materia civil, comercial, laboral y administrativa*», 1992. Nel 2002 il protocollo fu emendato in modo da estendere il sistema agli stati associati Bolivia e Cile.

[63] Protocollo di Buenos Aires sulla giurisdizione internazionale in materia contrattuale, 1994.

[64] Protocollo di Ouro Preto sulle misure cautelari, 1994.

armonizzazione settoriale[65], scarsamente sistematica, la quale, come si è già evidenziato, invece di facilitare gli scambi economici tra gli Stati membri può portare a complicare ulteriormente il quadro della legislazione vigente[66]. Pertanto, al fine di assecondare esigenze di semplificazione e di riordino, accanto a queste iniziative di ambito circoscritto si è fatta strada una tendenza all'armonizzazione di settori giuridici più generali, in modo da aumentare la certezza del diritto e in definitiva chiudere la fase delle convenzioni bilaterali incrociate.

Gli intenti di uniformazione di ambiti generali del diritto sono stati rilanciati a più riprese, attraverso un rafforzamento istituzionale, da un lato, e convegni organizzati al fine di promuovere un'armonizzazione del diritto sostanziale, dall'altro.

Il primo fenomeno risale al Protocollo di Ouro Preto del 17 dicembre del 1994, il quale ha anche istituito nuovi organi, completando, così, il quadro istituzionale del *Mercosur*[67]. Il Trattato di Asunciòn, infatti, aveva istituito i due organi principali, ovvero il *Consejo de Mercado Común*[68] e il *Grupo Mercado Común*[69]; mentre al primo è stata assegnata la funzione di conduzione politica del processo di integrazione[70], al secondo spetta il compito di elaborare progetti e solu-

[65] Nel primo semestre del 1996 a San Luís fu approvato un protocollo in materia di responsabilità civile da incidenti derivanti dal trasporto fra paesi del Mercosur, che contiene, oltre ai criteri per determinare il giudice competente, anche il riferimento al diritto sostanziale che il giudice dovrà applicare. Nel secondo semestre dello stesso anno, fu adottato il Protocollo di Santa Maria sulla giurisdizione internazionale in materia di tutela dei consumatori, che integrarono il Protocollo di Buenos Aires, stabilendo i criteri di competenza specifica per questa materia. Nel 1998, a Buenos Aires, fu adottato l'accordo sull'arbitrato commerciale internazionale del Mercosur.

[66] A questo proposito, la dottrina ha denunciato una scarsa attenzione dedicata all'organizzazione delle diverse normative provenienti dalle distinte fonti giuridiche. Possiamo portare l'esempio del Protocollo de Las *Leñas* che all'art. 35 stabilisce che il testo «*no restringerá las disposiciones de las convenciones que sobre la misma materia hubieran sido subscritas anteriormente antre los Estados parte en tanto no lo contradigan*». Nel 2002, il testo è stato emendato, ed è stata sostituita l'espressione «*en tanto no lo contradigan*» con «*en tanto sean más beneficiosas con la cooperación*».

[67] Per un quadro esauriente degli organi che compongono il Mercosur, v. Vignali, Copello, Piperno, *Mercosur - balance y perspectivas, IV encuentro internacional de Derecho para América del sur - El desarrollo de la integración hacia el siglo XXI*, Fundación de Cultura Universitaria, 1996, 22 e ss.

[68] Il *Consejo* è composto dai Ministri degli Esteri e dell'Economia degli stati membri, ed è aperto alla partecipazione di altri ministri o autorità di livello ministeriale. Si riunisce ogni volta che sia ritenuto opportuno, e almeno una volta ogni semestre vi partecipano i Presidenti degli Stati membri. La presidenza del *Consejo* si esercita a rotazione per periodi di sei mesi.

[69] Il *Grupo Mercado Común*, coordinato dai Ministri degli Esteri, è integrato da quattro membri per ciascuno Stato, che rappresentano i rispettivi ministeri degli Esteri, i ministeri dell'Economia, e le banche centrali.

[70] *Tratado de Asunción*, art. 10: il CMC «*...es el órgano superior del Mercado Común, correspondiéndole la conducción politica del mismo y la toma de decisiones para asegurar el cumplimiento de los objetivos y plazos establecidos para la constitu-*

zioni concrete, in vista degli obiettivi fissati dal primo. A questi organi, dal 1994 ne sono stati affiancati altri, quali la *Comisiòn de Comercio del Mercosur*[71], la *Comisión Parlamentaria Conjunta*[72], il *Foro Consultivo Económico y Social*[73] e la *Secretaría Administrativa del Mercosur*[74].

Il secondo fenomeno, che mira all'armonizzazione del diritto privato sostanziale, riguarda principalmente l'ambito del diritto civile patrimoniale, in particolar modo la teoria generale delle obbligazioni e dei contratti.

Sotto questo profilo, una tappa rilevante è consistita nelle «*XIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil*»[75], svoltesi a Tucumàn fra il 20 e il 24 settembre 1993. In quell'occasione si discusse del tema «*Los principios romanistas como fondo común del Derecho de Integración*», e si evidenziò il ruolo dei principi generali del diritto. Inoltre, la commissione incaricata di fissare le «*Bases para la armonización del Derecho Patrimonial en el el Mercosur*» approvò all'unanimità le seguenti conclusioni in merito alle priorità da perseguire:

a) Favorire la creazione di un diritto comunitario.

b) Armonizzare la regolazione di ambiti quali la tutela dei consumatori, la responsabilità da prodotti difettosi, la pubblicità commerciale, il diritto della concorrenza, i contratti di trasporto, la compravendita di beni mobili, le libere professioni, il *franchising*, i marchi[76].

c) Regolare il diritto della concorrenza mediante norme che proibiscano accordi e pratiche che perseguano l'obiettivo di impedire, restringere o alterare la libera concorrenza e che proibiscano l'abuso di posizione dominante.

d) Elaborare una normativa unica in tema di pubblicità ingannevole e di clausole abusive, nel quadro di una più stringente normativa a tutela dei consumatori.

e) In tema di responsabilità civile, applicare il principio secondo cui ad ogni pregiudizio corrisponde un adeguato risarcimento; nel caso dei contratti conclusi da consumatori, prevedere un regime di responsabilità oggettiva di tutti i soggetti che si collochino nella catena produttiva e commerciale.

ción efectiva del Mercato Común». Funzioni elencate nell'art. 8 del Protocollo di Ouro Preto.

[71] Questo organo, cui sono attribuite importanti competenze in materia di politiche commerciali, è composto da quattro membri titolari oltre a quattro membri a rotazione per ogni Stato membro, ed è coordinato dai Ministri degli Esteri.

[72] Costituita da 64 parlamentari (16 per ogni Stato), designati dai rispettivi parlamenti nazionali, per periodi non inferiori a due anni.

[73] Si tratta di un organo in cui sono rappresentati settori economici e sociali, con funzione eminentemente consultiva.

[74] Organo di appoggio operativo, ausiliario rispetto agli altri organi del Mercosur, ha sede nella città di Montevideo.

[75] Le informazioni relative a questo convegno sono state tratte da Alterini A.A., Boldorini M.C., *El sistema jurídico en el Mercosur - Estructura General*, Abeledo - Pierrot, Buenos Aires, 1995, 105 e ss.

[76] Questo eterogeneo elenco di materie è tratto direttamente dall'articolato del protocollo.

Negli ultimi quindici anni la prospettiva di una codificazione unitaria si è man mano irrobustita, tendendo a superare l'elaborazione (non sempre ultimata) di normative attinenti ad ambiti giuridici circoscritti[77] che inizialmente ha scandito il processo di integrazione del diritto privato latinoamericano.

Del resto, se si considera la relativa lentezza della crescita istituzionale del Mercosur (di cui si dirà nell'ultimo paragrafo), si comprende che difficilmente poteva essere altrimenti. Gli organi competenti a legiferare, così come sono stati concepiti, hanno costituito gruppi di lavoro cui sono stati commissionati progetti di portata specifica, come quelli in materia di proprietà industriale e intellettuale, di assicurazioni marittime, di trasporti aerei e navali, e di difesa dei consumatori[78]. Parallelamente si è sviluppata una corrente dottrinale[79] che ha avanzato proposte di unificazione del diritto, necessarie a porre rimedio alla frammentazione e al caos normativo.

La questione tuttavia rimane aperta e riguarda la prospettabilità stessa di una normativa unitaria, nonché la sua praticabilità in assenza di condizioni politiche e istituzionali stabili. In alcuni ambiti, fra cui spiccano quelli del diritto civile e commerciale, l'uniformazione è necessaria per superare le asimmetrie che compromettono l'agilità negli scambi commerciali e l'integrazione economica nel suo complesso. Coloro che hanno prefigurato un Codice del *Mercosur* non a caso hanno sostenuto che questo dovrebbe regolare, in primo luogo, la materia patrimoniale.

4. Le prime proposte di Codice unitario si sono concentrate sul diritto delle obbligazioni e dei contratti. A questo proposito, la dottrina mette in luce come i processi di globalizzazione ed integrazione esaltino il principio di utilità, che si sviluppa nella misura in cui le regole di diritto contrattuale risultino efficienti ed efficaci nel facilitare il regime delle transazioni commerciali[80]. Per questa ragione, il diritto dell'integrazione concerne in primo luogo le transazioni commerciali,

[77] A questo proposito Dromi afferma che «*la armonización por sectores parciales no es sencilla pues importa la reacción de lo que, siguiendo a Irti, hemos aquí denominado microsistemas que profundizan el proceso de descodificación y deben articularse con el sistema general de derecho privado de cada uno de los Estados miembros*». Cit. da Dromi - Akmekdjian - Rivera, *Derecho Comunitario - Régimen del Mercosur*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996, 268.

[78] La funzione utilitaristica del diritto così concepito porta necessariamente ad un panorama normativo frammentato: l'utilità è di per se stessa concreta, frammentaria e mutevole. A queste iniziative è dedicato il volume di Ghersi (Director), *Mercosur - Perspectivas desde el Derecho Privado. Parte Segunda*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1996.

[79] Sulla quale v. infra le prossime pagine, in occasione dell'analisi relativa ai dibattiti e alle proposte concretamente presentate.

[80] A questo proposito si è già fatto riferimento al contributo dell'analisi economica del diritto.

e intorno al diritto dei contratti si sono sviluppati i dibattiti relativi alla natura stessa del Codice e alle sue finalità.

Un processo di armonizzazione sempre più ambizioso, orientato alla creazione di una disciplina giuridica uniforme, risponde, tanto nel Mercosur quanto in Europa, alle esigenze e all'etica del mercato. A questo proposito, è evidente che le numerose norme che regolano il conflitto di leggi, pur favorendo le prevedibilità del diritto applicabile, non sono sufficienti ad arginare la frammentarietà e le diversità delle normative nazionali. Appare dunque necessaria una legge organica ed esaustiva che regoli tutti gli aspetti dei traffici commerciali[81], che funga da strumento utile ad evitare tutte le conseguenze negative derivanti dall'incremento indiscriminato e asistematico di norme. Su questa tesi si fonda il progetto denominato «*Bases para la unificación del Derecho obligacional en el Mercosur*» cui lavorano, a partire dal 1995, ricercatori del *Centro de Investigaciones de Derecho Civil* della Facoltà di Giurisprudenza della «*Universidad Nacional*» di Rosario e della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università Federale di Rio Grande do Sul (Porto Alegre)[82].

Il dibattito, in generale, prima ancora di affrontare nel merito le questioni di diritto sostanziale ha affrontato (per ora senza giungere a conclusioni definitive) le questioni relative al ruolo del Codice, alla sua natura, e alle finalità che con questo strumento si intendono perseguire. A questo proposito è stato oggetto di discussione il concetto di «modello giuridico» proposto dal gius-filosofo brasiliano Miguel Reale, che ha presieduto la commissione che ha portato all'emanazione del nuovo Codice brasiliano del 2003. La nozione di modello giuridico è connessa all'idea di «pianificazione logica e rappresentazione simbolica e anticipata dei risultati da raggiungere, attraverso una sequenza ordinata di *medidas y prescripciones*»[83]. Funzione principale del legislatore consiste nella selezione del «modello giuridico» idoneo, che può variare a seconda che chi legifera intenda modificare, rifor-

[81] Queste considerazioni ricalcano il contenuto di Dromi - Akmekdjian - Rivera, *Derecho Comunitario - Régimen del Mercosur*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996, 255.

[82] I firmatari del Progetto sono Noemi Nicolau, María A. Araujo, Ariel Ariza, Jorge Baldarenas, David Esborraz, Sandra Frustagli, Cristian Guglielmett, Carlos Hernández, Carlos Merlo, Margarita Ramonda, María Elena Vitale e Carina Galano. La proposta cui accenniamo ha avuto alcuni precedenti, fra cui ricordiamo il progetto di una commissione coordinata da Fueyo Laneri: Fueyo Laneri F. (coord.), *Proyecto de Código Unico de las Obligaciones y de los Contratos para los Países de origen latino*, in «Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela», 1971; pubblicato anche in *Revista Jurídica de San Isidro (Argentina)*, 1982, 11 e ss.

[83] A questo proposito, l'autore sottolinea la funzione pedagogica esplicata dal «modello giuridico», in quanto costitutivo di paradigmi educativi con cui il legislatore pretende di influenzare le condotte future.

mare la società, oppure intenda optare per un mero adeguamento delle norme alla pratica sociale già consolidata. Il legislatore sarà quindi tenuto ad operare una scelta politica; nel caso in cui si prefigga una riforma, assumeranno particolare rilevanza i valori da perseguire da un lato, e la strategia idonea a concretizzarli, dall'altro[84].

Altro tema affrontato è stato quello della dimensione assiologica del Codice unitario. Al di là delle declamazioni retoriche sul perseguimento del principio di giustizia, è interessante notare che i valori sono incorporati in quei principi generali del diritto che sono considerati come la cerniera fra le diverse esperienze nazionali, posti alla base del sistema comune latinoamericano. In relazione alla codificazione unitaria, questi principi devono essere considerati come le coordinate che orientano gli operatori, i legislatori da un lato, e gli interpreti dall'altro. I *principios generales* dovranno dunque svolgere un ruolo centrale per quanto riguarda le scelte politiche che ispirano la normativa comune; questi, infatti, assumeranno una funzione insostituibile, quali strumenti di integrazione e di interpretazione del diritto uniforme, c.d. comunitario[85]. Anche se né il Trattato di Asunciòn, né i Protocolli di Brasilia e Ouro Preto, fanno espresso riferimento ai principi generali come fonte del diritto comunitario, gli studiosi concordano nel ritenere che i principi generali sono il dato saliente inespresso attorno al quale si è costruito il sistema comunitario. Del resto è già stato messo in luce che i principi generali hanno rivestito un ruolo centrale nella storia del diritto latinoamericano; abbondante letteratura ha approfondito le funzioni di integrazione e di punto di riferimento per gli interpreti e per i legislatori. Inoltre, come abbiamo appena ricordato, gli interpreti considerano fondamentale il ricorso ai principi, perché questi esprimono un contenuto etico che determina i limiti della discrezionalità politica al momento della costruzione di un ordinamento sopranazionale. Fra i principi giuridici comunemente riconosciuti come coordinate che orientano gli operatori possiamo ricordare quello relativo alla forza vincolante del contratto (art. 1197 c.c.arg., art. 1291 c.c.uru., art. 715 c.c.par), alla buona fede (art. 1198 c.c.arg., art. 131 cod. cons. br., art. 1291 c.c.uru., artt. 372, 689 e 715 c.c.par.), all'abuso del diritto (art. 1071 cod. civ. arg., art. 372 cod. civ. par.), all'arricchimento senza causa (art. 1308 c.c.uru e art. 1817 c.c.par.), all'adempimento in forma specifica (artt. 1109 e 1113 c.c.arg., art. 1319 c.c.uru., artt. 421, 450/53 c.c.par.), alla protezione

[84] Analoga impostazione è stata definita da Vincenzo Roppo come «progettazione e decisione politica», contrapposta a «confronto e cooperazione culturale». Roppo V., *Sul Diritto Europeo dei Contratti: per un approccio costruttivamente critico*, in «Europa e Diritto Privato», 2004, fasc. 2, 469.

[85] Cfr. Trabucchi A., *Regole di diritto e principi generali del diritto nell'ordinamento comunitario*, in «Riv. dir. civ.», n. 5, Padova, Cedam, settembre-ottobre 1991, 511 e ss.; Mengozzi P., *Il Diritto della Comunità Europea*, in «Tratt. dir. comm. e Dir. pubbl. econ.», t. 15, diretto da Francesco Galgano, Padova, Cedam, 1990, 251 e ss.

del contraente debole (art. 954 c.c.arg. e art. 3 legge 24.240 arg.; cod. cons. br, artt. 671 e 691 c.c.par.).

Coloro che avanzano queste proposte di codificazione unitaria, pur soffermandosi sul ruolo dei principi generali, avvertono che la codificazione cui essi pensano non si configura come un sistema di soli principi, ma come un sistema di regole; ciò non significa disconoscere l'importanza dei primi, ma affermare che la loro vigenza sarà assicurata solo nei termini in cui questi siano riconosciuti ed esplicitati dalla codificazione unitaria.

Per quanto riguarda il contenuto della codificazione, gli autori sostengono che il sistema normativo dovrebbe gravitare intorno al contratto come categoria giuridica concreta, completata dalla nozione più astratta di obbligazione; quest'impostazione dovrebbe permettere di comprendere in un sistema coerente tanto la dichiarazione unilaterale di volontà, quanto la responsabilità precontrattuale ed extracontrattuale.

Infine, gli autori del progetto di Codice unitario condividono la tesi, sostenuta anche in Europa[86], sulla convenienza di uniformare termini e adottare nozioni giuridiche comuni, in relazione alla disci-

[86] A questo proposito si segnala che è disponibile un'ampia bibliografia; fra gli altri cfr. Pasa B., Rossi P., Weitenberg M. (cur.), *Il Diritto contrattuale europeo tra Direttive comunitarie e trasposizioni nazionali*, Torino, 2008; Ioriatti Ferrari E. (cur.), *La traduzione del diritto comunitario ed europeo: riflessioni metodologiche. Atti del Convegno (Trento, 10-11 marzo 2006)*, Trento, 2007; Pasa B., *Old Terms for new Concepts in Consumer Contracts*?, Jean Monnet Working Papers NYU School of Law, 12-11-2007, disponibile all'indirizzo *http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/07/070901.html*; Jacometti V., Pozzo B. (cur.), *Le politiche linguistiche delle istituzioni comunitarie dopo l'allargamento. Redazione, traduzione e interpretazione degli atti giuridici comunitari e il loro impatto sull'armonizzazione del diritto europeo*, in Pozzo B., *Le lingue del diritto*, Milano, 2006; Rossi P., *Il diritto privato europeo nella comparazione tra sistemi giuridici nazionali: analisi linguistica e contesti interpretativi*, Torino, 2006; Ajani G. - Ebers M., *Uniform Terminology for European Private Law*, Baden Baden, 2005; Pozzo B. (ed.), *Ordinary Language and Legal Language*, Milano, 2005; Ioriatti Ferrari E., *Lingua e Diritto: multilinguismo, pluralismo linguistico e terminologia giuridica uniforme nel diritto europeo dei contratti*, in «Diritto Pubblico Comparato ed Europeo», 2005, II, fasc. 4, p, 1549 e ss.; Ferreri S., *La lingua del legislatore. Modelli comunitari e attuazione negli Stati membri*, in «Riv. dir. civ.», 2004, Parte I, 561-579; Ortolani A., *Lingue e politica linguistica nell'Unione Europea*, in «Riv. crit. dir. priv.», fasc. 1, 2002, 127-168; Sacco R. (ed.), *L'interprètation des Textes Juridiques Rèdigés dans plus d'une Langue*, Torino, 2002; Sacco R., Castellani L. (ed.), *Les Multiples Langues du Droit Européen Uniforme*, Torino, 1999; Alpa G., *Note sulla costruzione del Diritto Privato Europeo*, in «Sociologia del Diritto», n. 1, 1993, 111 e ss. Ioriatti Ferrari E., *La traduzione del diritto comunitario ed europeo: riflessioni metodologiche. Atti del Convegno (Trento, 10-11 marzo 2006)*, Trento, 2007. Bussani M. - Mattei U., *The Common Core of European Private Law*, Kluwer Law International, The Hague, London, New York, 2003; Ioriatti Ferrari E., *Codice civile europeo: il dibattito, i modelli, le tendenze*, Padova, 2006; Moccia L. *Comparazione giuridica e Diritto europeo*, Giuffrè, Milano, 2005, 1001-1024; Patti S., *Diversità, armonizzazione, unificazione e codificazione: le tappe di un difficile percorso*, in *Diritto Privato Europeo. Fonti ed effetti*, Materiali del Seminario dell'8-9 novembre 2002, raccolti da Alpa G. e Danovi R., Giuffrè, Milano, 2004.

plina del contratto. A questo proposito la discussione è aperta e si propone in termini originali. Da un lato, non c'è dubbio che nel *Mercosur* non si presentano le difficoltà linguistiche e semantiche che, nell'ambito dell'Unione Europea, hanno da sempre accompagnato i tentativi di formulazione di una nozione univoca di contratto. D'altra parte, l'esistenza di una tradizione giuridica latinoamericana (da ricondursi, nonostante gli elementi autoctoni, alla tradizione di *Civil Law*) non significa che i sistemi giuridici nazionali siano identici; anche in terra americana, nell'ambito del diritto privato, è possibile individuare alcune discrepanze.

Particolari difficoltà sono derivate dall'introduzione di una regolamentazione specifica dei contratti conclusi dai consumatori, individuati come categoria a sé stante. Gli autori della proposta di codificazione unitaria hanno denunciato la difficoltà di conciliare gli intenti di protezione dei consumatori considerati come gruppo, con il marcato individualismo espresso, in particolare, nei codici argentino e brasiliano[87]. Questo elemento ha indotto gli interpreti a riflettere sulla opportunità di inserire le diverse nozioni di contratto, quella relativa ai contratti con i consumatori da un lato, e quelle relative ai contratti di diritto comune o fra professionisti, dall'altro, in un Codice unico[88], oppure, al contrario, di regolare il diritto del consumo in un Codice separato[89].

La questione più dibattuta è quella concernente gli elementi strutturali del contratto (i c.d. elementi essenziali), ai fini di precisare i requisiti che devono concorrere alla costituzione di un rapporto contrattuale valido ed efficace. È superfluo ricordare che anche nel panorama europeo questo tema ha rivestito un ruolo centrale, ed ha animato il confronto della dottrina in particolare in relazione alle diverse soluzioni relative alla causa o alla *consideration* come elemento necessario del contratto. Tuttavia, a partire dalla fine XX secolo la dottrina europea ha abbandonato questo terreno di confronto giocato sull'esistenza degli elementi essenziali del contratto, per ricercare regole, ma soprattutto «principi comuni» che governano il diritto contrattuale, enunciando il principio di trasparenza fra i principi cardine da cui far discendere il diritto ad un'informazione veritiera e corretta durante l'intero *iter* contrattuale.

[87] A questo proposito un quadro esaustivo è offerto da Lima Marques C., *Los Derechos del Consumidor. Una visión comparativa entre el Brasil y la Argentina*, in Ghersi (Director), *Mercosur - Perspectivas desde el Derecho Privado. Parte Segunda*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 199-238; V. Hernandez C.A., *Reflexiones sobre el Derecho del Consumidor (A propósito de algunos aportes del Dr. Miguel Angel Caldani)*, in Alterini Nicolau (Directores), *El Derecho Privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización, Homenaje al Professor Miguel Angel Ciuro Caldani*, La Ley, Buenos Aires, 2005, 373-389.

[88] Il modello monista si concretizza nell'impostazione del BGB.

[89] Sul modello di Italia e Francia.

In America Latina il dibattito dottrinale rimane incentrato sugli aspetti che potremmo definire «statici» del diritto contrattuale ovvero sugli elementi essenziali del contratto in conseguenza dell'eterogeneità delle soluzioni adottate dalle diverse codificazioni nazionali. L'ambiguità del Codice civile argentino (artt. 500-502) ha portato ad accese discussioni dottrinali relative alla necessità di una causa[90]. Il Codice uruguayano, invece, negli articoli 1287/90 prevede espressamente la causa come elemento necessario. I codici brasiliano e paraguayano seguono il modello apertamente anticausalista del BGB. Questo elemento di eterogeneità è un nodo che deve essere necessariamente sciolto al momento di progettare una codificazione unitaria; in ogni caso, pare che l'orientamento dominante sottolinei la funzione moralizzatrice della causa come elemento strutturale, necessario per perseguire quelle esigenze di giustizia contrattuale che diverse fonti sovranazionali del *Mercosur* enunciano come obiettivo principale.

Sotto un diverso profilo, quello più «dinamico» relativo all'iter che porta alla conclusione del contratto, una questione che appare decisiva da risolvere nell'odierno dibattito sul diritto contrattuale latinoamericano riguarda la determinazione del momento in cui il contratto a distanza possa dirsi concluso. Anche a questo proposito le asimmetrie fra le diverse legislazioni nazionali non mancano; mentre Brasile e Paraguay aderiscono alla teoria della spedizione come regola e della ricezione come eccezione (artt. 1086 C.c.B. e 680, 688 C.c.P.), il legislatore argentino opta per la teoria della spedizione e in rari casi dà rilevanza alla cognizione (artt. 1154, 1149, 1155). In Uruguay la soluzione è ancora diversa: la ricezione è la regola, e la cognizione l'eccezione (artt. 1265, 1268).

Minore spazio è dedicato alla discussione della disciplina dei diritti reali; semplicemente si afferma che il Codice unitario dovrebbe regolare non solo il trasferimento della proprietà, ma anche il pegno e l'ipoteca, considerato il loro stretto legame con la dimensione dei traffici commerciali.

Il dibattito relativo alla uniformazione del diritto privato in America Latina non si è limitato a considerare l'ambito del diritto contrattuale. La dottrina ha percorso una sorta di tragitto interpretativo che è partito dall'analisi della tensione fra principio dell'utilità e diritti della personalità[91]. La questione, in questo caso, concerne il tema

[90] V. Moreno Rodriguez J.A., *«Causa» y «Consideration» en la Formación del Contrato: Estado actual en el Derecho Comparado*, in Alterini Nicolau (Directores), *El Derecho Privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización, Homenaje al Professor Miguel Angel Ciuro Caldani*, La Ley, Buenos Aires, 2005, 401-422.

[91] A questo proposito, v. Frustagli S.A., *Reflexiones en torno al contrato como marco de la tensión entre utilidad y derechos de la personalidad*, in Alterini Nicolau (Directores), *El Derecho Privado ante la internacionalidad, la integración y la globa-*

della natura dei diritti coinvolti dagli accordi contrattuali. In un panorama in cui viene consacrato il principio di utilità come stella polare nella predisposizione degli strumenti giuridici, la dottrina ha inteso sottolineare la stretta interconnessione fra la natura patrimoniale della prestazione dovuta e i diritti inerenti alla persona connessi al contenuto dell'accordo.

La valorizzazione dei diritti personalissimi come nota caratterizzante della cultura postmoderna è stata oggetto di numerose opere dottrinali[92]. Negli ultimi decenni i diritti economici e sociali sono stati recepiti da patti e trattati internazionali[93] e naturalmente dalle più recenti Costituzioni nazionali. Il fenomeno ha raggiunto dimensioni tali da proiettarsi in modo significativo anche sul diritto privato, e in particolar modo sul diritto dei contratti. Il dibattito ruota intorno alla loro opponibilità: è ormai opinione condivisa che non si tratta di diritti soggettivi di natura pubblica, opponibili solo nei confronti dello Stato, ma che sia possibile farli valere anche nei rapporti fra soggetti privati. La questione si è posta con urgenza, data la progressiva espansione dei servizi offerti da imprese private, che sono giunte ad occupare ambiti (e rispondere ad esigenze) tipicamente assegnati alla funzione pubblica. In termini più concreti, si tratta di tutte quelle attività svolte da operatori privati che condizionano direttamente i diritti personalissimi della controparte, quali i diritti alla vita, all'integrità fisica, all'intimità, all'educazione, ecc.[94]. Va peraltro precisato che la natura patrimoniale che caratterizza questi contratti determina l'esclusione dei diritti personalissimi in quanto oggetto immediato della prestazione, perché essi, per loro intrinseca natura, potranno essere oggetto diretto solo di quelli che la dottrina ha denominato «negozi giuridici personalissimi». Pur non potendo essere oggetto della prestazione contrattuale, i diritti fondamentali della persona possono

lización, Homenaje al Professor Miguel Angel Ciuro Caldani, La Ley, Buenos Aires, 2005, 319 e ss.

[92] Ciuro Caldani, *Notas trialistas para la sistematización y la hubicación histórica de los fundamentos de los derechos humanos*, in «Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofia Juridica y Filosofia Social», n. 23, FIJ, Rosario, 1998; Jaime, *Identité culturelle et intégration; le droit international privé postmoderne*, in «Recueil des Cours de l'Academie de Droit International de l'Haye», T. 251, 1995.

[93] In particolare, ci riferiamo a: Dichiarazione americana dei diritti e doveri dell'uomo (Colombia, 1948); Dichiarazione universale dei Diritti Umani (Risoluzione 217 A (III) dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite del 10 dicembre 1948); Patto Internazionale dei Diritti economici, sociali e culturali; Convenzione Internazionale sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione raziale; Convenzione americana sui diritti umani; Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione contro le donne; Convenzione sui diritti del bambino.

[94] Servizi geriatrici, prestazioni legate all'educazione, e servizi finanziari costituiscono i più tipici esempi dei fenomeni di cui stiamo trattando A questo proposito, v. Frustagli S.A., *Reflexiones en torno al contrato como marco de la tensión entre utilidad y derechos de la personalidad*, in Alterini Nicolau (Directores), *El Derecho Privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización, Homenaje al Professor Miguel Angel Ciuro Caldani*, La Ley, Buenos Aires, 2005, 319-329 e ss.

esserne sensibilmente influenzati. La vita, la salute, l'intimità, l'educazione della persona vanno tutelati a fronte dell'espansione dell'autonomia contrattuale. Pertanto l'opponibilità dei diritti personalissimi diventa una questione di interpretazione delle clausole e delle prestazioni oggetto delle obbligazioni contrattuali. Essi costituiscono chiaramente un nuovo limite all'autonomia privata, ed evidenziano la necessità di un sistema contrattuale compatibile con una dimensione assiologica riconosciuta entro parametri costituzionali[95].

Sul continente europeo autorevole voce ha da tempo efficacemente segnalato l'inadeguatezza della dimensione giuridica tradizionale, che imponeva una riduzione di ciò che era da considerare giuridicamente rilevante alle sole attività accompagnate dall'attributo della patrimonialità, escludendo tutto ciò che non apparteneva o non era riducibile al puro dato economico. Il passaggio dal soggetto alla persona, dall'astrazione alla realtà, è stato evidenziato come momento decisivo per la nostra epoca. L'astrazione «*allontanava dalla vita il diritto*». La «rivincita della vita» è iniziata quando si è capovolta l'impostazione che si rivolge al mero soggetto economico, in favore di una visione che considera la persona ed i suoi diritti fondamentali come vincolati ad un sistema di valori in grado di offrire una guida anche per le scelte tecnologiche[96].

5. L'attenzione per il diritto delle persone non è sfociata solo nelle considerazioni riguardanti le possibili implicazioni relative alla disciplina contrattuale. Parte della dottrina si è cimentata direttamente nella proposta di estendere l'uniformazione alla sfera del diritto di fa-

[95] In Italia questa tesi è stata sostenuta a partire dagli anni '80 in particolare da Pietro Perlingieri. V. Perlingieri P., *Profili istituzionali del Diritto Civile*, Jovene, Napoli, 1975; Perlingieri P. *Diritto comunitario e legalità costituzionale: per un sistema italo-comunitario delle fonti*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 1992; Perlingieri P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 1997; Perlingieri P., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato: problemi di diritto civile*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2003.

[96] Rodotà S., *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 4ª ed., 2007, 25 ss. La dimensione giuridica attuale si può analizzare nei suoi vari segmenti: – la dimensione dell'identità della persona e le questioni ad essa correlate del mutamento dei caratteri sessuali, dei trapianti, degli impianti (di *microchips* nel corpo umano) sino alla clonazione; – la dimensione della *privacy* e la capacità di governo delle informazioni relative alla persona; – le forme e le tecniche di governo della sorte, intesa come vicenda da controllare, come fattore che può essere istituzionalizzato fino a trasformarsi in strumento per la decisione (diagnosi prenatale, diagnosi preimpianto per evitare la trasmissione di malattie genetiche e diritto ad un patrimonio genetico non manipolato); – il principio generale del divieto di ogni discriminazione che sia fondata sul patrimonio genetico o sulle caratteristiche genetiche correlata al crescente ricorso a test genetici predittivi; – la dimensione della dignità della persona e l'accanimento terapeutico, sino al diritto di morire con dignità o diritto di morire (senza altre specificazioni) e la questione correlata dei testamenti biologici; – la dimensione esistenziale del pieno sviluppo della personalità e la cura (intesa come proiezione sociale della personalità) dei figli, di persone affette da handicap, di anziani, etc.

miglia. Abbiamo più volte affermato che il *Mercosur* è nato come unione doganale e commerciale; ben presto, però, in maniera analoga a quanto accaduto in Europa, si è giunti alla conclusione che il processo d'integrazione non poteva rimanere confinato alla sfera dell'economia, ma era destinato a comprendere anche il campo sociale e dei diritti delle persone. Del resto questa ampia prospettiva contava su un precedente, che consiste nel riconoscimento, da parte delle diverse Costituzioni nazionali, del concetto di integrazione non solo economica, ma anche politica, sociale e culturale.

La dottrina è concorde nel ritenere che la creazione di un mercato comune non può prescindere dalla protezione delle persone, e questa tutela si sviluppa non solo considerando i «costi umani»[97] delle relazioni contrattuali, ma anche riconoscendo il valore della famiglia, come nucleo sociale, in funzione di sostentamento e appoggio affettivo e materiale nei confronti di ogni componente, con particolare attenzione ai soggetti minori di età[98]. La necessità di procedere ad una regolazione armonica delle relazioni famigliari, nell'aspirazione della dottrina e della classe politica[99] può conferire maggiore certezza ai diritti delle persone, soprattutto nei casi di spostamento di residenza all'interno della regione[100]. Tuttavia, anche l'uniformazione del diritto di famiglia sta procedendo in modo a-sistematico.

Un ruolo fondamentale è stato svolto dalle conferenze interamericane di diritto internazionale privato e dalle Conferenze internazionali dell'Haya[101]. Di particolare interesse ai nostri fini sono quegli

[97] L'analisi sociologica utilizza questo termine per descrivere la ricaduta di un fenomeno sociale sulla sfera personale degli individui. A questo proposito, v. Gallino L., *Il costo umano della flessibilità*, Laterza, 2005.

[98] V. Grosman C.P., *Importancia de la armonización legislativa del derecho de familia en el Mercosur y Paises Asociados*, in Alterini Nicolau (Directores), *El Derecho Privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización, Homenaje al Professor Miguel Angel Ciuro Caldani*, La Ley, Buenos Aires, 2005, 597-616.

[99] Sin'ora non sono ancora scomparse le restrizioni migratorie fra paesi membri. È già stato elaborato un protocollo che permetterà ai residenti del Mercosur di spostarsi all'interno della comunità regionale e di cambiare residenza a parità di diritti e di doveri. Nel 2002 è stato firmato un Accordo sulla residenza dei cittadini degli stati membri del Mercosur, il cui proposito è favorire una politica di libera circolazione delle persone; tuttavia, ad oggi non si sono raggiunti risultati sostanziali. Durante il XXV Vertice dei Presidenti dei paesi del Mercosur, svoltosi a Montevideo nel 2003, si sottolineò l'opportunità di sviluppare una strategia unitaria sul fenomeno migratorio, prendendo in considerazione la connessione fra mobilità delle persone e sviluppo sociale, così come la tutela dei diritti umani dei migranti e delle rispettive famiglie.

[100] A questo proposito, v. Trevino Ghioldi S., *Libre circulación y migraciones de trabajadores*, in Ciuro Caldani M.A. (coordinador), *Del Mercosur*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1998, 357-366.

[101] Una descrizione della natura delle norme fissate nei diversi trattati è presente in Cordoba M.M., *La incidencia de los Tratados Internacionales en el Derecho de Familia*, in Alterini Nicolau (Directores), *El Derecho Privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización, Homenaje al Professor Miguel Angel Ciuro Caldani*, La Ley, Buenos Aires, 2005, 467-476.

strumenti che, sottoscritti specificamente nel campo del *Mercosur*, incidono sul diritto di famiglia e contribuiscono a metterne in luce affinità sostanziali, come il «*Protocollo de Las Leñas de Asistencia jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa*» del 1992[102] e il «*Protocolo de Ouro Preto de Medidas Cautelares*» del 1994.

Anche se in questa materia non sono stati presentati progetti di codificazione analoghi a quelli relativi al diritto dei contratti, qualche passo in direzione dell'armonizzazione si sta muovendo.

In primo luogo è stata avviata anche in questo ambito una discussione che verte sui valori su cui fondare la disciplina unitaria e sui relativi criteri di omogeneizzazione. La base assiologica è costituita dai trattati internazionali sui diritti umani: tanto i diritti civili e politici, quanto i diritti sociali ed economici.

In secondo luogo la dottrina ha messo in luce l'interazione dialettica fra pubblico e privato, derivante dal rispetto del principio secondo cui i valori propri di una società democratica devono essere vigenti in tutte le istituzioni e formazioni che la compongono[103]. A questo proposito sono sorti innumerevoli problemi, che si sostanziano nella necessità di stabilire una gerarchia fra diritti umani che tendono ad escludersi vicendevolmente[104]. Il caso più eclatante in cui è necessario raggiungere un delicato equilibrio fra diritti contrapposti è quello relativo alla disciplina delle diverse forme di convivenza famigliare, comprendendo fra queste le unioni di fatto e i nuclei composti da un solo genitore con figli[105]. Il principio di uguaglianza e il conseguente rispetto per la differenza esige che l'ordinamento e le politiche sociali contemplino le specifiche necessità delle diverse forme di fa-

[102] Detto Protocollo comprende questioni civilistiche relative al diritto di famiglia e alla capacità di agire connessa alla minore età. Inoltre vengono affrontati temi quali l'eguaglianza di trattamento processuale, la forza probatoria dei documenti pubblici emanati da uno degli stati membri, e il riconoscimento e l'esecuzione di sentenze in materia civile. A questo proposito, v. Tellechea Bergman E., *Panorama de los Protocolos del Mercosur sobre Derecho Internacional Privado, con especial referencia a aquéllos relativos a la cooperación jurídica internacional*, in Ciuro Caldani M.A. (coordinador), *Del Mercosur*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1998, 187-242.

[103] V. Chaumet M., *El Estado Constitucional y el Derecho Privado*, in Alterini Nicolau (Directores), *El Derecho Privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización, Homenaje al Professor Miguel Angel Ciuro Caldani*, La Ley, Buenos Aires, 2005, 29-51.

[104] A questo tema è dedicata una approfondita riflessione in Louge Emiliozzi E., Bases para la caracterización de un Derecho Privado Humanista, in Alterini Nicolau (Directores), *El Derecho Privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización, Homenaje al Professor Miguel Angel Ciuro Caldani*, La Ley, Buenos Aires, 2005, 117-124. L'articolo contiene una breve rassegna di casi giudicati da tribunali argentini e consistenti in diversi «*conflictos de derechos fundamentales*».

[105] La questione è trattata in Uriondo De Martinoli A., *Incidencia de los Tratados Internacionales en el Derecho de Familia*, in Alterini Nicolau (Directores), *El Derecho Privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización, Homenaje al Professor Miguel Angel Ciuro Caldani*, La Ley, Buenos Aires, 2005, 537-550.

miglia; queste devono quindi essere previste da un'adeguata legislazione che preveda il riconoscimento, di volta in volta, di diritti e responsabilità reciproche. Il rispetto per i diritti umani porta a delineare una famiglia basata sull'uguaglianza dei coniugi o conviventi, sia nelle relazioni personali che in quelle patrimoniali. Questo principio, ancorché richiamato in numerosi trattati internazionali, ha incontrato diverse difficoltà quanto alla sua realizzazione.

A causa della mancanza di strategie sociali adeguate, l'uguaglianza è sempre stata riconosciuta esclusivamente in senso formale. Affinché si riconosca l'uguaglianza sostanziale è necessario che sia effettivo un altro diritto paradigmatico della democrazia sociale, ovvero quello dell'uguaglianza di opportunità; perché ogni persona possa costruire il proprio progetto di vita, è necessario poter coniugare valori propri dell'individualismo, quali l'autonomia e l'indipendenza personale, con i valori di unità e solidarietà famigliare.

A fronte di una certa inerzia da parte delle istituzioni, la dottrina latinoamericana ha contribuito dunque ad orientare secondo queste linee direttrici le prospettive di uniformazione del diritto di famiglia.

D'altra parte, le considerazioni in merito allo stato embrionale di questo processo devono essere accompagnate da un'altra constatazione: il diritto dell'integrazione nel corso degli ultimi anni ha coinvolto anche altri specifici settori del diritto delle persone[106]. Un tema particolarmente dibattuto è stato quello relativo alla condizione giuridica dei figli naturali rispetto ai figli legittimi; altre questioni approfondite hanno riguardato gli strumenti che il progresso tecnologico offre in tema di determinazione filiale[107]; infine, tema centrale, cui la dottrina latinoamericana è particolarmente sensibile, è la regolazione delle adozioni, della condizione giuridica del figlio adottivo, e delle situazioni di fatto che costituiscono motivo sufficiente per separare i figli dalla famiglia e dichiararli adottabili.

Il grande sforzo profuso dalla dottrina riguardo alla tutela dei minori è teso a rispondere a drammatiche esigenze sociali[108]; la dot-

[106] Per una panoramica relativa all'esperienza latinoamericana, v., Messina de Estrella Gutierrez G.N., *La Internacionalización, la integración y la globalización de los Derechos Personalísimos*, in Alterini Nicolau (Directores), *El Derecho Privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización, Homenaje al Professor Miguel Angel Ciuro Caldani*, La Ley, Buenos Aires, 2005, 145-158.

[107] A questo proposito, v. Medina G., *Cuestiones jurídicas que suscita el genoma humano (en especial su patentamiento)*, in «Revista jurídica argentina», La Ley, 1994, 790-804; Risola S., *Proyecto genoma humano: concepto y estrategias*, in «Revista de Occidente», n. 142, mar. 1993.

[108] Vd. Mendez Costa M.J., *Los niños con capacidades diferentes en la Convención y en America Latina*, in Alterini Nicolau (Directores), *El Derecho Privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización, Homenaje al Profesor Miguel Angel Ciuro Caldani*, La Ley, Buenos Aires, 2005, 495 e ss.; Sajon R. *Derecho de menores*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995; D'Antonio D.H., *Convención sobre derechos del niño*, Astrea, Buenos Aires, 2001.

trina maggioritaria esalta il principio che considera il minore non tanto come un soggetto debole da proteggere, quanto come soggetto titolare di diritti, in grado di relazionarsi con l'adulto e di esprimere necessità e desideri. A questo riguardo la dottrina si riferisce, con particolare enfasi, alla libertà d'espressione[109], di pensiero, di coscienza e di religione, al diritto alla formazione e all'informazione, alla libertà di associazione e riunione, al diritto all'intimità, al diritto alla salute, al diritto di ricorrere alla giustizia. La figura del figlio come soggetto di diritti assume particolare rilievo anche in tema di rottura della relazione di coppia; all'antiquata concezione del figlio come oggetto di possesso, si oppone il principio della cooperazione fra coniugi, ai fini di una corretta crescita e formazione dei figli, anche nel caso di separazione o divorzio.

6. Nel *Mercosur*, a differenza che nell'Unione europea, il carattere compatto e omogeneo che contraddistingue, in generale, le codificazioni nazionali, ha facilitato il compito di coloro i quali (giuristi e politici) si propongono di formulare progetti per l'uniformazione o unificazione delle regole giuridiche.

In secondo luogo, la discussione sulla dimensione assiologica che deve sostenere il progetto di codificazione, prontamente avviata in quegli ordinamenti, contraddistingue il dibattito della dottrina latinoamericana, a differenza di quella europea[110]. Al di là delle declamazioni retoriche sul perseguimento di una giustizia di tipo distributivo, è interessante notare che i valori ai quali essi si richiamano sono incorporati in quei principi generali del diritto che sono considerati come la cerniera fra le diverse esperienze nazionali, posti alla base del sistema comune latinoamericano di cui si è detto.

In terzo luogo, la diffusa coscienza integrazionista ha fatto sì che in America Latina gli impulsi all'uniformazione siano stati costanti anche in presenza di contingenze politiche e congiunture economiche sfavorevoli. Più concretamente, la proliferazione delle fonti di diritto internazionale privato, che in un primo tempo ha complicato il già frastagliato quadro di micro-sistemi di normative speciali, è arrivata a preludere, negli ultimi anni, a forme di unificazione giuridica sempre più ampie ed ambiziose.

La macro-comparazione rispetto al contesto giuridico europeo, tuttavia, non può spingersi oltre. Le condizioni istituzionali, giuridiche ed economiche del *Mercosur* sono tanto mutevoli da rendere par-

[109] Kemelmajer De Carlucci A., *El derecho constitucional del menor a ser oído*, in «Revista de Derecho Privado y Comunitario», n. 7, 1994, 157 e ss.

[110] Sulla mancanza di un dialogo aperto sui valori si veda, fra gli altri, Somma A. (cur.), *Giustizia sociale e mercato nel diritto europeo dei contratti*, Torino, 2007, nel quale sono raccolti i contributi di alcuni degli esponenti del Gruppo di studio sulla giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti, di recente costituzione.

ticolarmente difficile un'effettiva comparazione con la situazione europea. Nonostante gli importanti progressi registrati negli ultimi anni, il *Mercosur* continua ad avere un'architettura istituzionale più simile ad una organizzazione intergovernativa che ad una organizzazione sopranazionale. A questo si aggiunga che il sistema delle fonti del diritto[111] degli stati mercosureñi condiziona profondamente il dibattito relativo alla codificazione unitaria, e a questo proposito, l'unanime dottrina sottolinea l'urgenza di una riforma del regime di recepimento delle norme di diritto derivato[112]. La mancanza di efficacia diretta e immediata delle norme costituisce un evidente ostacolo al processo di integrazione, e induce gli specialisti a definire il diritto mercosureño non come diritto comunitario, ma piuttosto come «diritto comune» o «diritto della cooperazione»[113]. Inoltre, le Carte costituzionali degli Stati membri del *Mercosur* presentano diversi ostacoli alla formazione di un diritto comunitario: mentre le Costituzioni argentina e paraguayana riconoscono la superiorità formale del trattato internazionale sulla legge, in Brasile e in Uruguay permane il principio secondo cui fra le due fonti del diritto vi è una relazione di pariordinazione[114]. Ciò significa che una norma internazionale può essere derogata da una norma nazionale successiva di rango costituzionale, tramite l'applicazione del principio «*lex posterior derogat priori*»[115].

[111] La gerarchia delle fonti del diritto mercosureno, stabilita solo con il Protocollo di Brasilia per la risoluzione delle controversie (art. 19) stabilisce che l'apice della piramide è occupato dal *Tratado* di Asunciòn e dagli accordi e protocolli complementari; al secondo livello si trovano le decisioni del *Consejo Mercado Común* e le risoluzioni del *Grupo Mercado Común*; al terzo livello vengono collocati, in funzione di fonte sussidiaria, i principi del diritto internazionale applicabili alla materia. Il tema è trattato approfonditamente in Safari Marquez C., *Fuentes del Derecho*, in *Sistema Comunitario I*, Editorial Ciudad Argentina, Buenos Aires, Madrid, 2003, 43-129.

[112] Il diritto del *Mercosur*, almeno per ora, difetta delle note, proprie del diritto dell'Unione Europea, di autonomia, supremazia, applicabilità immediata ed effetto diretto. A questo proposito, v. Jardel S. - Barraza A., *Mercosur - Aspectos juridicos*, cit., 179; Barol Knoll De Bertolotti S., *Administración y Gobierno del Mercosur*, Depalma, Buenos Aires, 1997, 145 e ss. Questi autori segnalano che, tra l'altro, non esiste un istituto che rappresenti i popoli. Quest'ultima osservazione deve però esere rivista, perché nel luglio 2006 è stata approvata l'istituzione del Parlamento del Mercosur, che entrerà in funzione a partire dal 2011, in seguito all'elezione diretta dei suoi membri. Cfr. Portela De Castro M.P., *Mercosul: frente e verso*, paper dattiloscritto, 2006.

[113] Wanderlei Rodriguas H., *Mercosul: alguns conceitos básicos necessários á sua compreensâo*, in Wanderlei Rodriguas H. (Org.), *Soluções de controvérsias no Mercosul*, Porto Alegre, 1997.

[114] Il tema è trattato approfonditamente in Ruiz Diaz Librano R., *Mercosur. Integración y Derecho*, Ciudad Argentina - Intercontinental Editora, Buenos Aires, 1998. V. in particolare: *Cap. 56 - La Constitución de los Estados Parte. Supranacionalidad y Primacía de los Tratados sobre las Leyes*, 503 e ss.

[115] Martinez Puñal A., *La solución de controversias en el Mercado Común del Sur (Mercosur): estudio de sus mecanismos*, Tórculo Edicións, Colección Estudios Intrnacionales, Santiago de Compostela, 2000, 66 e ss.

Una gerarchia delle fonti così delineata si dimostra largamente inadeguata ai fini dell'uniformazione giuridica. Gli unici soggetti obbligati dalle norme del *Mercosur* sono gli Stati; non esistono organi realmente sovranazionali; non esiste nemmeno un organo che rappresenti esclusivamente gli interessi comunitari, indipendente rispetto agli Stati membri; ed è del tutto assente un organo giurisdizionale mercosureño che assicuri l'uniformità nell'interpretazione e nell'applicazione del Trattato di Asunción e del diritto derivato. Ne consegue che la soluzione dei conflitti è affidata più alla contingenza politica che a strumenti giuridici.

In un sistema istituzionale in cui né le decisioni, né tanto meno le risoluzioni, ricoprono il ruolo che in Europa hanno assunto i regolamenti e le direttive[116], e nel quale non esiste nemmeno una Corte di vertice dotata di funzione nomofilattica, l'armonizzazione o l'uniformazione giuridica possono essere conseguite solo in due modi: o attraverso gli abituali strumenti del diritto internazionale privato, oppure tramite l'emanazione di una legge o codice-tipo, che funga da modello al fine di orientare l'attività dei legislatori nazionali. Riguardo alla prima ipotesi, sono già stati messi in luce i fattori che inducono al pessimismo: si è visto, infatti, che gli strumenti di diritto internazionale privato sono idonei ad uniformare alcuni settori, ma si rivelano inadeguati quando si tratta di compiere un'uniformazione giuridica più ampia. D'altra parte, affinché le leggi modello portino a risultati apprezzabili, è necessaria una stabilità istituzionale ed una comunità di intenti da parte dei rispettivi governi, che finora non si è mai verificata. Negli ultimi anni il *Mercosur* si è, infatti, trovato in una situazione di paralisi, dovuta ad una crisi di credibilità e ad una generale sfiducia in merito agli obiettivi che il Trattato di Asunciòn aveva formalizzato[117]. Attualmente, alcuni segnali indicano che il *Mercosur*, nonostante le difficoltà, sta assumendo un profilo istituzionale più stabile[118] e a questo proposito grande risalto è stato dato alla ses-

[116] A questo proposito Dromi afferma che le decisioni «*son los actos adoptados por el Consejo del Mercado Común para el cumplimiento de las funciones que l otorgan los arts. 10 del Tratado de Asunción y 3° y 8° del Protocollo de Ouro Preto; es decir, la conducción politica del proceso de integración, la toma de decisiones para asegurar el cumplimiento de los objetivos establecidos en el Tratado y las que corrisponda adoptar en materia financiera y presupuestaria*»; le risoluzioni sono definite come «*la forma jurídica a través de la cual se pronuncia el Grupo Mercado Común*», che come sappiamo è «*la autoridad ejecutiva del Mercosur y en tal carácter debe tomar las medidas necesarias para el cumplimiento de las decisiones adoptadas por el Consejo del Mercato Común así como adoptar resoluciones en materia financiera y presupuestaria*».

[117] A questo proposito l'articolo di Ismael Bermúdez, che traccia un quadro generale non certo incoraggiante. Bermudez I., *Mercosur: cumpleaños con poco para festejar*, El Clarín, 2, gennaio 2005. Disponibile all'indirizzo *http://www.clarin.com/suplementos/economico/2005/01/02/n-00201.html*.

[118] Nessuno mette in dubbio che già oggi il Mercosur sia decisamente più prossimo al modello comunitario dell'Unione Europea piuttosto che all'impianto

sione inaugurale del Parlamento del *Mercosur*, svoltasi il 14 dicembre 2006[119]. Questo progresso interessa molto da vicino anche il tema dell'armonizzazione del diritto privato: il Parlamento ha, infatti, il compito principale di dare impulso all'attività legislativa comune ed è legittimato a farlo sotto il profilo democratico. Le prime elezioni si svolgeranno nel 2011; soltanto successivamente sarà possibile valutare se l'attività di questa istituzione potrà produrre un Codice unitario applicabile in modo uniforme su tutto il continente latinoamericano (ipotesi per ora assai remota), o se piuttosto renderà più agile e veloce l'adozione, da parte dei legislatori nazionali, di un comune sistema di regole giuridiche nel settore del diritto privato, tramite misure di trasposizione interne.

proprio del N.A.F.T.A. (Trattato di Libero Scambio), semplicemente orientato al libero scambio. Almeida P.R., *O MERCOSUL no contexto global*, in Ribeiro Bastos C., Finkelstein C. (coord.), *Mercosul. lições do Periodo de Transitoriedade*, San Paolo, 1998.

[119] A proposito della nuova istituzione, v. Alvarez Macias M.V., *El Parlamento del Mercosur. Una visión comparada con el Parlamento Europeo*, disponibile in *http://es.muestrarios.org/b/httpalvarezmaciasblogspotcom.html.*