ILARIA AMELIA CAGGIANO

L'uniformazione del diritto contrattuale europeo. *American perspectives*

1. A più di un anno dall'emanazione da parte del Parlamento Europeo e del Consiglio della Proposta di regolamento per un diritto comune europeo della vendita[1] e alla luce della riflessione che è maturata in proposito, appare opportuno dar conto dei possibili esiti di una entrata in vigore del Regolamento, già oggetto di diffuse critiche.

Come noto, la Proposta di regolamento per un diritto europeo della vendita rappresenta l'ultimo passo di un percorso avviato dalle istituzioni europee sul finire degli anni Ottanta e poi più incisivamente condotto a partire dal 2001[2],

[1] COM(2011) 635 definitivo dell'11 ottobre 2011.

[2] Il primo atto ufficiale riguardante la politica di convergenza dei diritti contrattuali nell'ambito europeo, nell'ambito dei provvedimenti di cooperazione giudiziaria in materia civile, è costituito dalla Risoluzione del Parlamento Europeo A2–157/89 sull'azione di allineare i diritti privati degli Stati Membri, in *G.U.C.E.* C 158 del 26 giugno 1989, p. 400, cui ha fatto seguito la Risoluzione sull'armonizzazione di taluni settori del diritto privato degli Stati membri A3–0329/94, in *GUCE* 1994 C del 25 luglio 1994, p. 518. I documenti fanno riferimento alla creazione di uno spazio giuridico uniforme di diritto privato sostanziale, pur riconoscendo, all'interno di questo, la centralità dei diritti dei contratti e delle obbligazioni, come essenziale per il completamento del mercato interno. In particolare nel 1989, il Parlamento affermava che la forma di un Codice civile europeo sarebbe stato il modo più efficace di effettuare l'armonizzazione funzionale al mercato unico. Ma sull'effettiva portata che il proposto codice assunse in quegli anni, soprattutto in rapporto ai Principi di diritto europeo dei contratti (su cui *infra*, spec. nt. 3), di può vedersi C. CASTRONOVO, *I «Principi di diritto europeo dei contratti» e l'idea del codice,* in *Riv. dir. comm.*, 1995, I, p. 21 ss.

volto alla armonizzazione/uniformazione dei diritti contrattuali degli Stati Membri. Esso, a sua volta, si è collocato sulla scia di progetti ben prima intrapresi dalla dottrina giuridica europea e culminati in importanti contributi aventi uno stile normativo[3].

Infatti, è alla luce dei risultati prodotti dai lavori dei gruppi di studiosi su indicati che, nel 2001, l'Unione europea inaugura una politica più decisamente volta alla armonizzazione del diritto contrattuale dei paesi membri, con la Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo, dell'11 luglio 2001, sul *diritto contrattuale europeo*[4], e quindi con la Comunicazione su una *maggiore coerenza del diritto contrattuale europeo – Piano d'azione* (c.d. *Action Plan*) del 12 febbraio 2003. Già quest'ultima iniziativa, tuttavia, rivelava

[3] Si fa riferimento, anzitutto, quanto alle organizzazioni di studiosi, alla Commissione per un diritto europeo dei contratti, formatasi agli inizi degli anni Ottanta, su sollecitazione della Comunità europea, diretta dal suo ideatore e presidente (il giurista danese Ole Lando), il cui lavoro ha dato vita ai PECL (acronimo per *Principles of European Contract Law*), pubblicati nel 1995, 2000, 2003. L'idea della Commissione era quella di produrre in materia di contratti non regole puntuali, ma – appunto – principi, anche se l'esito finale è stato quello di norme di dettaglio. Cfr. R. ZIMMERMANN, Ius commune *and the Principles of European Contract Law: Contemporary Renewal of an Old Idea*, in AA. VV., *European Contract Law: Scots and South African Perspectives* a cura di Mac Queen e Zimmermann (curr.), Edimburgo, 2006, p. 1 ss., e, nella versione italiana, ID., *Lo* ius commune *e i Principi di diritto europeo dei contratti: rivisitazione moderna di un'antica idea,* in *Contr. e impresa/Europa*, 2009, p. 101 ss., spec. p. 106 ss.

Diversamente, l'Accademia dei Giusprivatisti europei, fondata nel 1990, e coordinata da Giuseppe Gandolfi, ebbe sin dall'inizio l'obbiettivo di redigere il testo di un possibile codice europeo dei contratti (*Code européen des contrats*, *Livre premiere*, riguardante il contratto in generale e pubblicato nella versione definitiva nel 2002). Nel 2006 è stata pubblicata la prima parte, relativa alla vendita, del Libro II, attualmente disponibile anche all'indirizzo www.accademiagiusprivatistieuropei.it. Sulla diversa impostazione dei due progetti scientifici, si veda ancora R. ZIMMERMANN, *Lo* ius commune *e i Principi di diritto europeo dei contratti* [...], cit., p. 103 ss., le cui valutazioni appaiono, tuttavia, alquanto riduttive circa l'impegno di lavoro profuso dall'Accademia, rispetto al processo di redazione dei Principi.

[4] COM(2001) 398 definitivo, volta ad avviare un dialogo sui problemi per il mercato interno derivanti dalla frammentazione giuridica tra gli Stati membri (n. 71 s. delle Conclusioni).

quella che poi sarebbe stata la cifra costante dei provvedimenti europei in materia di uniformazione del diritto contrattuale in ambito europeo: certa soluzione di compromesso tra un'idea più decisa di uniformazione, concretantesi in principi e regole comuni ai diritti degli Stati membri, pur al prezzo di variazioni rispetto ai singoli diritti nazionali, e la limitazione dell'ambito di operatività di tale diritto uniforme a singoli settori, pur rilevanti (l'*acquis* comunitario in materia di consumatore, o i contratti transfrontalieri)[5].

Il provvedimento, infatti, espressamente vede la creazione di un quadro comune di riferimento, ma come «passo intermedio verso il miglioramento della qualità dell'*acquis* comunitario in materia di diritto contrattuale»; l'elaborazione di clausole contrattuali standard; l'indagine sull'opportunità di uno strumento opzionale[6].

In esecuzione dell'*Action Plan* e della successiva Comunicazione su *Diritto contrattuale europeo e revisione*

[5] La questione delle ragioni e dei moventi dell'indirizzo assunto dalle politiche di armonizzazione dei diritti sostanziali (in ambito privatistico) rappresenta ovviamente una questione annosa e complicata. Se si condivide che l'uniformazione, realizzata, tuttavia, secondo ben precise modalità (diritto unico sostitutivo dei diritti domestici o, quanto meno, applicabile in via opzionale ai contratti interni e transfrontalieri), possa rappresentare un fattore di crescita economica nello spazio europeo (ma, sul punto più dettagliatamente si veda *infra* para. 3), l'ostacolo (politico) fondamentale è rappresentato dalle difficoltà di far convergere le volontà sovrane di tutti gli Stati membri verso la adozione di uno strumento normativo coerente e conseguenziale rispetto alle premesse.

[6] COM(2003) 68 definitivo, che aveva come obiettivi, oltre alla continuazione del dibattito aperto con istituzioni, aziende, consumatori, professioni giuridiche, avviato dalla Comunicazione del 2001, quello di «sollecitare» «reazioni e commenti sulla proposta combinazione di misure normative e non normative [...] nonché dei contributi all'ulteriore riflessione sullo *strumento opzionale* (c.vo *nostro*) nel campo del diritto contrattuale europeo». Sull' *Action Plan*, cfr. L. GATT, *Le incoerenze dell'Action Plan*, in AA. VV., *Contratto e diritto uniforme*, a cura di L. Gatt e P. Pollice, Napoli, 2005, p. 127 ss., ma altresì, ID., *Action Plan on European Contract Law – Response to Communication on European Contract Law- COM (2003)68 final* disponibile al link http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/stakeholders/5–22.pdf

*dell'*acquis: *prospettive per il futuro*, dell'11 ottobre 2004[7], si è giunti nel 2009 alla pubblicazione della versione definitiva del *Draft Common Frame of Reference* (*DCFR*), un *corpus* di principi, definizioni, norme modello)[8], elaborato da gruppi di esperti[9], e relativo a materie del diritto privato europeo[10].

[7] COM(2004) 651 definitivo, che ha per oggetto: la promozione di condizioni contrattuali standard applicabili in tutta l'Unione europea (punto 81 ss.); la prosecuzione del dialogo sull'opportunità dello *strumento opzionale* (c.vo *nostro*) (punto 89 ss.); il miglioramento dell'*acquis*, con particolare riguardo al potenziamento della protezione del consumatore, attraverso la formulazione di un quadro comune di riferimento nel campo diritto contrattuale europeo (punto 55 ss.). Va a questo punto richiamata la stretta connessione evidenziata, a partire dalla Comunicazione del 2001, tra la convergenza tra i diritti contrattuali degli Stati membri (rilevata anche sulla base del metodo comparatistico, alla stregua di quanto fatto per i PECL) e il miglioramento e l'uniformazione dell'*acquis* comunitario in ambito contrattuale (spec. punti 34 ss. sull'applicazione uniforme, e 57 ss. sul miglioramento qualitativo della legislazione esistente COM(2001) 398; e punto 55 ss. della COM(2003) 68, con particolare riguardo al ruolo del Quadro comune di riferimento nel miglioramento dell'*acquis*). Tale connessione è stata poi abbandonata nell'ambito della revisione dell'*acquis* comunitario in materia di diritto dei consumatori, culminata con la Direttiva sui diritto dei consumatori (direttiva 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2011, in *G.U.U.E.* L 304 del 22 novembre 2011), secondo una direzione che quindi sembra svincolare il diritto contrattuale europeo generale dal diritto europeo del consumatore. Sul punto e sul ruolo svolto in proposito dalla Commissione giuridica del Parlamento europeo, si veda G. D'AMICO, *Direttiva sui diritti dei consumatori e Regolamento sul Diritto comune europeo della vendita: quale strategia dell'Unione europea in materia di armonizzazione?*, in *Contratti,* 2012, p. 611 ss., spec. p. 613 ss.

[8] Sulle diverse tipologie normative, cfr. U. BRECCIA, Principles, definitions *e* model rules *nel "comune quadro di riferimento europeo"* (Draft Common Frame of Reference), in *Contratti*, 2010, p. 95 ss.

[9] I redattori del progetto sono stati accademici internazionali, e segnatamente, il Gruppo di Studio sul Codice Civile Europeo (*Study Group on a European Civil Code* guidato da Christian von Bar), il Gruppo di Studio sul Diritto Privato comunitario in vigore (noto come Gruppo di ricerca sull' *Acquis communautaire – Research Group on the Exixting EC Private Law (Acquis Group)* guidato da Hugh Beale) e il Gruppo sul Diritto delle Assicurazioni.

[10] Il progetto copre l'ambito del diritto dei contratti, della responsabilità extracontrattuale e si riferisce sia a contratti commerciali sia ai contratti dei consumatori. Tra le funzioni del quadro di riferimento, oltre a quello di costituire un "sostrato" per la formulazione di condizioni contrattuali standard, sono indicati: il suo impiego negli arbitrati, da parte dei legislatori come guida nel recepimento delle direttive, e di ispirazione per la Corte di giustizia delle Comunità Europee. Cfr.

All'elaborazione del *DCFR*, seguono provvedimenti della Commissione europea, nuovamente incentrati sul più ristretto ambito del diritto dei contratti[11], secondo cui un diverso gruppo di Esperti (Gruppo di esperti per un quadro comune di riferimento nell'area del diritto europeo dei contratti) avrebbe dovuto incaricarsi della redazione di un quadro comune di riferimento del diritto europeo dei contratti, basato sul *DCFR* e sull'*acquis*[12]. Il progetto elaborato dal Gruppo sarà successivamente ribattezzato studio di fattibilità[13].

I lavori di tale commissione, instaurata nel 2010, sono poi rapidamente confluiti nella Proposta di regolamento del Parlamento europeo del Consiglio relativo a un diritto comune europeo della vendita (di beni mobili)[14], di cui qui si discute.

COM(2004) 651, p. 6 (versione italiana). E' ben noto come il gruppo di studio sul DCFR si sia accuratamente richiamato, in sede di redazione, ai contenuti dei PECL.

[11] Cfr. Libro verde della Commissione sulle opzioni possibili in vista di un diritto europeo dei contratti per i consumatori e le imprese (COM (2010)348 definitivo)

[12] Decisione della Commissione del 26 aprile 2010 che istituisce il gruppo di esperti per un quadro comune di riferimento nel settore del diritto europeo dei contratti (2010/233/UE), in *G.U.U.E.* L 105, p. 109 ss., peraltro determinando criteri di selezione «*subject to considerable criticism*», così R. ZIMMERMANN, *The Civilian Experience Reconsidered on the Eve of a Common European Sales Law*, p. 27 del dattiloscritto.

[13] Il progetto appare nel maggio 2011. EXPERT GROUP, *A European contract law for consumers and businesses: Publication of the results of the feasibility study carried out by the Expert Group on European contract law for stakeholders' and legal practitioners' feedback* (3 maggio 2011), disponibile all'indirizzo http://ec.europa.eu/justice/contract/files/feasibility_study_final.pdf. Lo studio era destinato a sollecitare, a stretto giro (entro il 1° luglio 2011), le risposte delle categorie interessate, sul merito dello studio.

[14] Non risulta chiaro perché la Commissione si sia orientata verso il profilo ridotto della vendita. Così CASTRONOVO, *Sulla proposta di regolamento relativo a un diritto comune europeo della vendita*, in *Europa diritto privato*, 2012, p. 289 ss., spec. 292 e D'AMICO, *Direttiva sui diritti dei consumatori e Regolamento sul Diritto comune europeo della vendita: quale strategia dell'Unione europea in materia di armonizzazione?*, cit., p. 617. Il riferimento alla vendita (ma anche alla fornitura di servizi), come tipologie di contratti più frequenti, compare in verità per la prima volta nella Risoluzione del Parlamento europeo dell'8 giugno 2011 sulle opzioni possibili in vista di un diritto europeo dei contratti per i consumatori e le imprese (2011/2013(INI)), dell'8 giugno 2011 (*sub* 25).

In base all'ambito e alla portata, la successione dei provvedimenti adottati in sede europea sembrerebbe seguire un andamento parabolico, per quanto confuso: con un primo tratto tendenzialmente ascendente, nonostante le evidenti soluzioni non lineari e di compromesso dovute alla divergenza di opinioni tra gli Stati Membri. Tale stadio corrisponde all'impulso dato delle istituzioni europee per un progetto di uniformazione del diritto dei contratti, con una prospettiva estesa all'intero diritto privato (o di suoi vasti settori), sebbene molto spesso non ne sia stato ben evidenziato il reale obiettivo (come già detto nel caso dell'*Action plan* obiettivi specifici erano il miglioramento dell'*acquis*, e la solo eventuale redazione di uno strumento opzionale).

Discendente, ovvero ulteriormente riduttivo, risulta, invece, il secondo ramo di questa ideale parabola[15], confluente in un provvedimento limitativo per ambito (la vendita transfrontaliera di beni mobili, materiale digitale e servizi accessori) e per valenza, dato ormai il definito distacco dei

[15] Va rammentato (cfr. *supra* nt. 6) come, invece, la possibilità di uno strumento opzionale, cioè cui le parti possano decidere di fare rinvio, costituisse uno degli oggetti di consultazione già a partire dall'*Action Plan* (punto 89 ss.). Di tale strumento rimaneva aperta la determinazione dell'ambito (se quello del CFR ovvero contratti specifici, cfr. punto 95). Segnatamente, si specificava come: «90. Sono stati avanzati degli argomenti a favore di uno strumento opzionale [...] di regole particolarmente adattate ai contratti transfrontalieri nel mercato interno. [...] 91. Col passare del tempo gli operatori economici acquisterebbero un grado di familiarità con tali regole equivalente a quello acquisito con il loro diritto contrattuale nazionale vigente [...]. La Commissione esaminerà se misure non settoriali, come un siffatto strumento opzionale, possano essere utili per risolvere i problemi constatati nell'ambito del diritto contrattuale europeo. [...] 95. [...] Il contenuto del quadro comune di riferimento dovrebbe di norma fungere da base per lo sviluppo del nuovo strumento opzionale. *Se il nuovo strumento debba coprire tutte le materie che saranno riprese dal quadro comune di riferimento o solo da una parte di esse, oppure se debba comprendere soltanto regole di diritto contrattuale aventi portata generale oppure anche regole afferenti a contratti specifici è una questione che attualmente rimane aperta*» (*c.vo nostro*).

progetti di uniformazione dall'*acquis* in materia di diritto dei consumatori[16].

In quest'ottica, la Proposta di regolamento dell'ottobre 2011 rappresenta l'«esito minimalista» del processo di uniformazione[17], in cui gli obiettivi della armonizzazione o uniformazione vengono fatti passare tramite la creazione di un sistema legale aggiuntivo[18].

Per altro verso, proprio le soluzioni da ultimo avanzate dalle istituzioni europee inducono a rimettere sul banco le ragioni di fondo e le caratteristiche del processo di uniformazione delle legislazioni degli Stati membri, e ad interrogarsi sulle

[16] Cfr. Libro Verde *Revisione dell'*acquis *relativo ai consumatori* COM(2006) 744 definitivo, in cui, per il miglioramento del quadro normativo esistente non si fa più alcun riferimento al *CFR*. Tale soluzione, tuttavia, discernendo possibili critiche sul merito degli strumenti poi in concreto adottati per l'obiettivo della uniformazione, potrebbe essere considerata come un passo auspicabile verso la redazione di un codice europeo del consumatore. Cfr. M. W. HESSELINK, *The Consumer Rights Directive and the CFR: two worlds apart*, testo dell'audizione al Parlamento europeo, 2 marzo 2009, disponibile all'indirizzo http://ssrn.com, poi pubblicato anche in *European Rev. Contr. Law*, 2009, p. 290 ss.

[17] Parla di esito minimalista CASTRONOVO, *Sulla proposta di regolamento relativo a un diritto comune europeo della vendita*, cit., p. 289 ss., il quale pur avanza il dubbio interpretativo che l'ambito di applicazione della Proposta di regolamento possa essere esteso, dalla vendita al contratto in generale, per quelle parti (I – III, nonché VI – VIII), aventi appunto portata generale, e come testimonia l'*iter* dell'atto, nato e a lungo incentrato sul diritto generale dei contratti (cfr. *supra* nt. 12), e il fatto di concernere un tipo contrattuale e non – come usualmente in ambito comunitario – un *transtipo* (cfr. CASTRONOVO, *ult. op. cit.*, p. 293 s.). Sulla valenza di una disciplina sulla vendita nel contesto più generale del diritto dei contratti e delle obbligazioni, più ampiamente, *infra* para. 4.

[18] Il significato politico della CESL può comprendersi con quella paura per la codificazione che il prof. Von Bar già dichiarava con riguardo al DCFR: «I've learned my lesson: if we want to achieve something, if we wish to convince lawyers thaat a common basis for private law in whatever legal format is a good idea, we must avoid the notion of a 'European Civil Code' at nearly any cost; it raises emotions and fears which for the time being are impossible to overcome. That is another reason why the concept of a 'Common Frame of Reference' is not that bad. It is worth pursuing; it has the charm of the unknown and, at least on the face of it, the politically innocent» C. VON BAR, *Coverage and Structure of the Academic Draft Common Frame of Reference*, in 3 *ERCL*, 2007, p. 353.

prospettive di metodo e di merito assunte/ o da assumere in sede comunitaria.

Anche contributi autorevoli, principalmente nel segno di una prospettiva liberista e improntata all'analisi economica, hanno infatti segnalato il prevedibile insuccesso del regolamento, se entrasse in vigore[19].

Accanto a questi orientamenti interpretativi si colloca l'opinione di coloro che ne stigmatizzano la timidezza ovvero tendono a difenderne una certa valenza in funzione della creazione della identità europea.

E' da avvertirsi sin d'ora che, tuttavia, quest'ultimo risvolto dia l'impressione di esser piuttosto secondario, rispetto al primario risultato di un qualsiasi provvedimento normativo, cioè la sua applicazione, soprattutto quando essa sia rimessa alla scelta delle parti, e, in ogni caso, non possa prescindere dal primo.

2. La Proposta di regolamento relativo ad un diritto comune europeo della vendita (il cui contenuto normativo è comunemente indicato dall'acronimo *CESL, Common*

[19] La Proposta di regolamento è stata criticata sotto molteplici profili: da un punto di vista strettamente tecnico – giuridico (ad esempio per il sovrapporsi ad altre discipline già vigenti, come evidenziato ampiamente da CASTRONOVO, *Sulla proposta di regolamento relativo a un diritto comune europeo della vendita*, cit., p. 296 ss. e già prima, nell'audizione al Parlamento europeo, Commissione affari giuridici, del 1 marzo 2012, www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201203/20120307ATT40133/20120307ATT40133EN.pdf); per, ancora una volta, la cattiva qualità della formalizzazione/linguaggio legislativi (CASTRONOVO, *Sulla proposta*, cit., p. 315, e nello stesso senso R. ZIMMERMANN, *The Civilian Experience Reconsidered on the Eve of a Common European Sales Law*, p. 24). Tuttavia, i principali aspetti critici riguardano la tecnica legislativa adottata (quella di una disciplina suppletiva), unitamente ai contenuti, che sembrano rendere lo strumento poco appetibile ai suoi destinatari, tenuto conto della consueta prospettiva "protezionistica" rivolta a determinate categorie di "contraenti deboli" (consumatori, PMI). Su questi aspetti ci è sembrato utile provare ad adottare una *perspective of outsiders*, segnatamente quella della dottrina statunitense, che mette in discussione, più radicalmente, l'approccio europeo alla questione della uniformazione giuridica.

European Sales Law) rappresenta, dopo anni di dibattiti, consultazioni, progetti, la prima proposta comunitaria di atto normativo per l'uniformazione del diritto contrattuale, non limitato all'ambito dell'*acquis*.

Con la consapevolezza di questo importante ruolo, è necessario procedere ad analizzarlo.

Il regolamento ha per oggetto la disciplina delle operazioni transfrontaliere (art. 4) di vendita di beni mobili materiali, di fornitura di contenuti digitali e dei relativi servizi accessori (art. 1, 5), in cui il venditore sia un professionista e l'altra parte un consumatore, ovvero una piccola o media impresa (PMI) (art. 7), fatta salva la possibilità per gli Stati membri di estendere la disciplina ai contratti tra professionisti, di cui nessuno sia una PMI (art. 13, lett. *b*)), e/o di estenderlo anche ai contratti domestici (art. 13, lett. *a*)).

Il testo della relazione di cui la proposta di regolamento costituisce l'allegato I espressamente esclude che si tratti di uno strumento di diritto internazionale privato, bensì «un secondo regime di diritto dei contratti all'interno dell'ordinamento nazionale di ciascuno Stato membro»[20], la cui scelta è rimessa all'accordo delle parti[21], e che, una volta prescelto, esclude l'applicazione di qualsiasi altra norma di diritto nazionale, quand'anche – astrattamente – incompatibile o più favorevole[22].

[20] Cfr. Proposta di Regolamento cit., p. 6.

[21] Tuttavia, la macchinosità delle forme prescritte per la scelta della CESL (artt. 8 e 9 della Proposta: nota informativa, dichiarazione separata dal restante accordo), in caso di contratto concluso con un consumatore, è stata, a ragione, stigmatizzata come un ostacolo alla promozione della normativa stessa, in quanto metterebbe in allerta il consumatore circa il pericolo di perdere, con l'adesione alla CESL, una possibile maggiore tutela garantita dal proprio ordinamento nazionale. Tale rischio, avendo riguardo alla complessiva disciplina, è stato considerato altamente remoto. Sul punto, CASTRONOVO, *Sulla proposta di regolamento relativo a un diritto comune europeo della vendita*, cit., p. 297 ss.

[22] Cfr. Proposta di Regolamento, cit., p. 6.

Tale scelta si differenzia, quindi, dalla individuazione che le parti possono fare della legge applicabile, e che, in materia contrattuale nello spazio giuridico europeo, è disciplinata dal regolamento di Roma I[23].

Il Regolamento Roma I regola il conflitto tra leggi in materia di obbligazioni contrattuali (secondo i criteri di cui agli art. 4 e 6, quest'ultimo per i rapporti soggettivamente qualificati dalla presenza di un consumatore), solo per l'ipotesi in cui le parti non abbiano scelto la legge regolatrice (art. 3, para 1 ss.), e stabilisce, altresì, in casi determinati, clausole di salvaguardia a favore di una normativa inderogabile (come nei casi di scelta di legge aliena rispetto a tutti gli ordinamenti con cui vi siano elementi di connessione, art. 3, para. 3; ovvero in materia di protezione del consumatore, *ex* art. 6, para. 2)[24].

La disciplina sul diritto comune della vendita si pone, quindi, accanto e come alternativa ulteriore a regimi disciplinari già oggetto di facoltà di scelta delle parti, e, ove prescelta, non è sottoposta alle regole di risoluzione dei conflitti tra leggi.

[23] Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I), in *G.U.U.E.* n. 177 del 4.7. 2008, p. 6 ss., la cui applicazione resta impregiudicata dall'entrata in vigore della CESL (cfr. Proposta di Regolamento cit., p. 6). Già, peraltro, il Regolamento Roma I apriva alla possibilità di uno strumento comunitario di diritto sostanziale (contrattuale) che prevedesse la possibilità per le parti di sceglierlo.

[24] E' stato, tuttavia, rilevato come, onde evitare possibili conflitti con l'art. 6, para. 2 del Regolamento Roma I, sarebbe opportuno prevedere che la CESL ne costituisca una espressa eccezione, potendo sorgere altrimenti problemi interpretativi. Si veda U. MAGNUS, *CISG and CESL*, *Max Planck Private Law Research Paper No. 12/27*, online sul sito http://ssrn.com, p. 225 ss., spec. pp. 238 – 241. In verità, trattandosi di fonti pari-ordinate (regolamento), ci sembra che un'interpretazione sistematica della CESL e l'applicazione del criterio cronologico siano sufficienti a determinare la prevalenza della CESL sul Regolamento Roma I.

Spetta ora verificare quale sia la platea di possibili *competitors*, sul terreno delle leggi che le parti possono scegliere[25].

La CESL come "strumento opzionale", si trova a concorrere almeno con un diritto nazionale, ovvero la sua disciplina inderogabile di una delle parti del contratto: il consumatore (nel caso di contratti conclusi da consumatori, *ex* art. 6, par. 2, Reg. Roma I). Infatti, nel caso in cui la CESL venga preferita, anche ove astrattamente meno favorevole per il consumatore, non potrà essere, neppure parzialmente, soppiantata dalla legge nazionale più favorevole[26].

[25] Faremo riferimento all'ipotesi base comune, quella di un contratto transfrontaliero, tra soggetti (che si tratti di un rapporto tra professionista e PMI o professionista e consumatore) di cui almeno uno abbia la residenza abituale in uno Stato Membro (art. 4 DCESL). Ma le soluzioni non differiscono anche ove si estenda lo spettro delle fattispecie al contratto puramente domestico, facoltà (dell'estensione dell'ambito di applicazione) che – come si è visto – potrebbe essere concessa agli Stati membri.

[26] In verità, con riguardo alla tutela dei consumatori, il pericolo che l'applicazione della CESL possa comportarne un arretramento è considerato marginale. Cfr. D'AMICO, *Direttiva sui diritto dei consumatori e Regolamento sul Diritto comune europeo della vendita: quale strategia dell'Unione europea in materia di armonizzazione?*, cit., p. 620 s. Si tratta cioè di ipotesi eccezionali. Si consideri, ad esempio, il caso spagnolo relativamente al controllo giurisdizionale sul contenuto economico del contratto. Come di recente confermato dalla stessa Corte europea di giustizia (Sez. I, 3 giugno 2010, caso C-484/08, altresì nota come sentenza Caja de Ahorros), l'ordinamento spagnolo (l. n. 26/1984, modificata dalla l. n. 7/1998, che ha trasposto nel diritto interno la direttiva 93/13/CEE) non violato alcun obbligo nel non recepire l'art. 4, n. 2, della direttiva 93/13/CEE (il quale esclude che la valutazione del carattere abusivo verta su una clausola concernente l'oggetto del contratto, nei contratti stipulati con i consumatori), non costituendo tale disposizione norma inderogabile ai fini dell'armonizzazione minima della direttiva. Ciò ha determinato il permanere in vigore della normativa nazionale, che prevede il controllo da parte del giudice sull'oggetto principale del contratto o sulla perequazione tra prezzo/remunerazione e beni/servizi forniti, indipendentemente dalla trasparenza (ovvero della chiarezza espositiva) della clausola.

Va, tuttavia, rilevato come: 1. la CESL (All. I alla Proposta), che negli artt. 79 ss. disciplina le clausole abusive, esclude la valutazione dell'oggetto principale del contratto o dell'adeguatezza del prezzo dovuto solo nei contratti tra professionisti (art. 80, para. 3 dell'All. I). In questa prospettiva, l'avanzamento della tutela del consumatore approntato dalla CESL esclude un possibile conflitto anche con

In questo campo, peraltro, i diritti nazionali, pur diversificati per effetto della tecnica normativa propria dell'*acquis*, che è stato quello delle direttive ad armonizzazione minima, hanno ricevuto una spinta verso l'armonizzazione massima dalla recente direttiva sui contratti a distanza e negoziati fuori dai locali commerciali, la quale – con una disciplina identica o simile rispetto alla disciplina dei rapporti di consumo prevista dalla CESL – viene ad intersecarsi (quanto ad ambito) e sovrapporsi (quanto a contenuto) dando luogo, per aspetti rilevanti del rapporto di consumo, a duplicati normativi contemporaneamente vigenti nello stesso ordinamento[27].

Ciò comporta un assetto di discipline, che proprio per la loro somiglianza, e nella prospettiva del meccanismo opzionale della CESL, non possono costituire delle reali alternative l'una rispetto all'altra.

Nel caso di contratti conclusi da un professionista ed una piccola o media impresa (PMI), il discorso si fa più complesso.

La CESL viene ad aggiungersi ad un ventaglio di ipotesi già amplissimo. Ai sensi del Regolamento Roma I, le parti possono

l'ordinamento spagnolo. 2. In ogni caso, può ritenersi che, per ogni altra ipotesi possibile di maggiore protezione accordata dall'ordinamento nazionale, il Parlamento e la Commissione abbiano – anche attraverso la predisposizione di un meccanismo di consapevole avvertimento al consumatore circa il rischio di perdita di protezione su specifici aspetti – considerato come prevalente il beneficio dell'uniformazione a fronte della perdita, possibile ma infrequente, di protezione per il consumatore.

[27] Sui contenuti specifici della direttiva 2011/83/UE e sull'impatto rispetto alla normativa previgente, nonché sull'ambito soggettivo di applicazione, si veda MAZZAMUTO, *La nuova direttiva sui diritti del consumatore*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, p. 861 ss. Tale direttiva risulta poi totalmente disgiunta dal CFR, come già notava M. W. HESSELINK, *The Consumer Rights Directive and the CFR: two worlds apart*, cit., p. 290 ss. Peraltro, come si è già visto (cfr. *supra* nt. 16) questo distacco tra gli strumenti per l'uniformazione e l'*acquis* in materia di diritto dei consumatori, si era già manifestato con il Libro Verde 2007, in forte discontinuità rispetto all'*Action Plan* il quale, invece, intendeva migliorare la coerenza interna all'*acquis* attraverso il *CFR*, quale strumento in grado di fornire una base di norme, terminologia, principî comuni.

scegliere di sottoporre la disciplina del contratto non solo ad una delle leggi degli Stati membri, ma astrattamente anche leggi diverse da quelle degli Stati membri (salvo, in casi specifici, il rispetto della disciplina inderogabile comunitaria o di uno Stato membro, *arg. ex* art. 3, para. 3 ss. Reg. Roma I), ma, altresì, ad un diritto non statale ovvero ad una convenzione internazionale (consid. 13 Reg. Roma I)[28].

Inoltre, ancora con riguardo ai contratti tra imprese (di cui almeno una sia una PMI[29]), non può sfuggire che la CESL si trovi a concorrere con altri strumento di diritto uniforme, tra cui probabilmente il più riuscito a livello internazionale (considerato il numero di Stati firmatari e di ratifiche) relativo ai contratti commerciali di vendita è la Convenzione di Vienna sulla vendita di beni mobili[30].

[28] Alla luce di questo dato, acquista miglior luce la diffusa affermazione secondo cui la Proposta di Regolamento (DCESL) avrebbe dato vita ad un ventottesimo diritto all'interno dell'Unione, accanto a quelli di ciascuno Stato membro. Tale notazione non va tuttavia confusa con l'idea che i possibili concorrenti della CESL siano soltanto i diritti dell'Unione, come pure ci sembra facciano voci autorevoli: cfr. CASTRONOVO, *Sulla proposta di regolamento relativo a un diritto comune europeo della vendita*, cit., p. 295; E. POSNER, *The Questionable Basis of the Common European Sales Law: The Role of an Optional Instrument in Jurisdictional Competition*, *Chicago Institute for Law and Economics Working Paper No. 597 (2d series)*, online al link http://ssrn.com/abstract=2049594, p. 1 ss., spec. p. 6,

[29] Ricordiamo sempre, tuttavia, che è lasciata agli Stati membri la possibilità estendere l'ambito di applicazione anche ai contratti e rapporti tra professionisti di cui uno non sia una PMI (art. 13 lett. *b)* della Proposta).

[30] Convenzione delle Nazioni Unite sui Contratti di compravendita internazionale di beni mobili, siglata a Vienna l'11 aprile 1980, altresì nota con l'acronimo CISG (*Convention on the International Sales of Goods*), riguarda rapporti tra imprese, di qualsiasi dimensione, ed è uno strumento che mira alla uniformazione a livello internazionale globale. Difatti, la sua applicazione non è rimessa alla volontà delle parti ma opera automaticamente nelle vendite internazionali di beni mobili per i Paesi che abbiano ratificato la Convenzione (attualmente 77), salva la possibilità per le parti di escluderne l'applicazione o di derogare alle sue disposizione (art. 6 CISG), esclusion fatta per alcuni effetti inderogabili (art. 12, ma anche la promozione della buona fede nei rapporti commerciali internazionali, *ex* art. 7). Ciò dimostra come l'ambito applicativo dei due strumenti (CESL e CISG) non coincida totalmente, per presupposti e requisiti soggettivi (gli Stati in cui si applica e i contratti, soggettivamente qualificati i modo diverso), nonché per requisiti oggettivi (non è

La valutazione comparativa nel merito delle opzioni normative a disposizione, e, quindi, delle ragioni di una preferenza tra queste, appare eccedente l'ambito del presente lavoro, ed è, peraltro, oggetto di contrastanti interpretazioni[31].

Il riferimento alle altre possibili alternative, ed in particolare della CISG, può fornire, però, almeno per quanto riguarda l'ambito di applicazione coincidente con la CESL, primi dubbi sulla possibile operatività di uno strumento opzionale di diritto sostanziale uniforme, in considerazione dei dati che sono ricavabili dall'utilizzo del primo[32].

compresa nell'ambito di applicazione della CISG, ad esempio, la vendita di contenuti digitali). Per ulteriori aspetti, si veda altresì U. MAGNUS, *CISG and CESL*, cit., p. 232 ss., nonché M. J. BONELL, *The CISG, European Contract Law and the Development of a World Contract Law*, in 56 *Amer. J. Comp. Law*, 2008, 1, 6.

Si ricordi, altresì, che potenzialmente applicabili (solo, però, ove le parti abbiano rinviato agli stessi, ai principi generali di diritto, ovvero alla *lex mercatoria*, vedi Preambolo), nei contratti commerciali internazionali, sono i Principi Unidroit dei contratti commerciali internazionali (ormai giunti alla terza edizione, 2010), editi per la prima volta nel 1994, successivamente alla Convenzione di Vienna, e che, oltre che a quest'ultima, s'ispirano altresì, più propriamente, alla c.d. *lex mercatoria*, ovvero a documenti della Camera di Commercio internazionale e dell'UNCITRAL.

Se si guarda, tuttavia, all'utilizzo dei due strumenti, il ricorso a CISG appare esponenzialmente più frequente (a partire del 1988 risultano decisi 915 casi, a fronte dei 295 regolati dai Principi UNIDROIT, a partire dal 1994). Dati tratti dal database Unilex, disponibile sul sito www.unilex.info/dynasite.cfm?dssid=2375&dsmid=14276

[31] M. B. M. LOOS e H. SHELHAAS, *Commercial sales: the Common European Sales Law compared to the Vienna Sales Convention*, *Centre for the Study of European Contract Law – Working paper series No. 2012 – 014*, disponibile al sito http//:ssrn.com/abstract=2166839, che, anche sul terreno della concorrenza con la CISG, difende il migliore assetto offerto dalla CESL, in punto di formazione del contratto – carente in CISG, che vi dedica solo 11 articoli – e di controllo sulle clausole abusive. *Contra*, U. MAGNUS, *CISG and CESL*, cit., p. 254 ss. che, invece, della *CISG* esalta non solo il meccanismo dell'*opt-out solution* (anziché dell'*opt-in* presente nella CESL, che la renderà presumibilmente lettera morta), ma altresì, tenuto conto del lungo e faticoso lavoro che ne è alle spalle, lo stile normativo e l'essenzialità, ritenendo che, le integrazioni apportate dalla CESL – che riguardano principalmente i rapporti di consumo – non comportino significative differenze rispetto alle vendite commerciali.

[32] La CISG non solo ha costituito la linea guida nella redazione dei successivi strumenti di diritto sostanziale uniforme (rispetto ai Principi Unidroit, ma anche alla legislazione europea, cfr. nt. successiva), ma rappresenta altresì – come si è detto

Inoltre, l'esistenza di un panorama ampio di scelte possibili per i contraenti (nei rapporti B2b, con PMI), e comunque di opzioni omogenee (nei rapporti B2C e B2b)[33], può fornire alcuni elementi per predirne l'efficacia[34].

In altri termini, ci si chiede se la CESL, nelle vesti di strumento facoltativo, possieda caratteristiche tali da renderlo, anche nel breve periodo, strumento preferibile ai propri concorrenti.

3. Come si è visto, l'essere la CESL uno strumento opzionale ne mette subito in evidenza il confronto "competitivo" con altre normative applicabili.

supra nt. 30 – lo strumento di diritto uniforme più diffuso a livello internazionale, in virtù del numero di ratifiche, anche perché strutturato secondo un meccanismo di *opting out*. Pur nel riconoscimento di tale preminenza, studi empirici dimostrano come la stessa CISG risulti derogata, quasi «automaticamente», in numerosi Stati: in media, dagli avvocati nord–americani (nonché canadesi e australiani), ma anche europei (le statistiche riguardano la Germania, Svizzera, Austria), intorno 50% dei casi (55 – 71 % per da parte degli avvocati negli Stati Uniti, 45% in Germania, 41% in Spagna, 55% in Austria, solo 37% in Cina). Sul punto, cfr. L. SPAGNOLO, *Through the Kaleidoscope: choices of Law and the CISG (Kaleidoscope Part I)*, in 1 *Vidobona J. Intl. Comm. Law & Arb.*, 2009, p. 135 ss., spec. p. 135 s., nonché EAD., *Rats in the Kaleidoscope: Rationality, Irrationality, and the Economics and Psychology of Opting In and Out of the CISG (Kaleidoscope Part II)*, in 13 *Vidobona J. Intl. Comm. Law & Arb.*, 2009, p. 157 ss., ove le ragioni del rigetto della CISG sono ascritte alla scarsa conoscenza della stessa, il che non esclude l'innestarsi di un circolo virtuoso per effetto dell'utilizzo della CISG da parte delle controparti cinesi (normalmente dotate di un alto *bargaining power*). Si veda, inoltre, C. R. DRAHOZAL, *Contracting out of National Law: an Empirical Look at the New Law Mercant,* in 80 *Notre Dame L. Rev.*, 2005, p. 523 ss., che, servendosi di ulteriori studî empirici, dimostra l'utilizzo marginale degli strumenti di diritto uniforme (genericamente indicato come *lex mercatoria*) nelle clausole compromissorie di devoluzione ad arbitrati internazionali (su percentuali inferiori al 3% dal 1989 fino al 2003).

[33] In particolare, su come la CISG abbia costantemente ispirato la normativa europea, cfr. U. MAGNUS, *The CISG's Impact on European Legislation*, in F. FERRARI (cur.), *The 1980 Uniform Sales Law: Old Issues Revisited in the Light of Recent Experiences*, 2003, p. 129 ss.

[34] L'idea che l'abbondanza di scelta sia in grado di frenare il processo decisionale è stata espressa più compiutamente, con riguardo alle scelte di acquisto, di recente da B. SCHWARTZ, *The Paradox of Choice*, Harper Collins, 2003.

Prima, tuttavia, di poter trarre le conseguenze di questo aspetto, appare necessario fare un passo indietro e verificare la funzionalità del provvedimento in sé considerato, valutazione che può essere fatta solo avendo riguardo alle ragioni della sua adozione.

Solo mettendone in campo le *rationes*, che corrispondono più in generale a quelle del processo di uniformazione del diritto contrattuale, sarà possibile procedere ad una valutazione ponderata della utilizzabilità e utilità dello strumento che in concreto le istituzioni europee intendono adottare, in funzione degli obiettivi stessi che esso si prefigge, e quindi dell'impatto nel contesto in cui si verrebbe ad inserire.

Come tutto il processo di integrazione europea, anche l'idea della creazione di un sistema giuridico comune agli Stati membri si ispira all'obiettivo di abbattere le barriere commerciali tra questi ultimi, e quindi di favorire l'aumento degli scambi nello spazio giuridico europeo. Con riguardo, più in particolare, all'armonizzazione del diritto privato e del diritto dei contratti, tali vantaggi economici si spiegano, principalmente, in virtù dell'abbattimento dei c.d. costi di transazione.

La differenza tra i diritti nazionali è da tempo considerata un ostacolo allo sviluppo degli scambi tra soggetti appartenenti a diversi Stati membri [35]. L'incertezza circa la disciplina applicabile nel paese dell'altro contraente – se ipotizziamo, al minimo, un contratto con due sole parti – è in grado di determinare, infatti, un innalzamento dei costi di transazione,

[35] Per i documenti europei anteriori alla Proposta di regolamento, si veda, ad esempio, il Piano d'azione 2003, ove (punto 25) la divergenza tra i diritti contrattuali, nonché le divergenze nell'applicazione e nel recepimento delle direttive comunitarie, sono considerate costituire «ostacoli e disincentivi alle transazioni transfrontaliere derivanti direttamente o indirettamente dal divergere dei diritti contrattuali nazionali o dalla complessità giuridica di tali divergenze, suscettibili di proibire, ostacolare o rendere altrimenti meno vantaggiose tali transazioni».

necessari per l'acquisizione di conoscenza dell'altro sistema giuridico e le negoziazioni relative alla legge applicabile. Tale maggior costo frena, quindi, gli operatori economici (compresi i consumatori) dal rivolgersi al mercato interno[36].

Appare evidente, allora, che la politica europea abbia avuto riguardo, in funzione di un loro incremento, esclusivamente alle operazioni transfrontaliere, suggerendo, quale soluzione, la creazione di un diritto comune[37].

Mancando una volontà politica verso uno strumento normativo più incisivo, si è pervenuti alla Proposta di regolamento in oggetto.

[36] Secondo la Proposta di Regolamento relativo a un diritto comune europeo della vendita cit., p. 2 (relazione): «Il sussistere di differenze tra i singoli diritti dei contratti degli Stati membri è un ostacolo per chi, professionista o consumatore, intenda effettuare scambi transfrontalieri nel mercato interno. Proprio a causa di questi ostacoli, i professionisti, in particolare le piccole e medie imprese (PMI), esitano a lanciarsi nel commercio transfrontaliero e ad espandersi su nuovi mercati e i consumatori non riescono ad accedere ai prodotti offerti in altri Stati membri», e ancora «Rispetto alle situazioni nazionali, le situazioni transfrontaliere di norma comportano costi aggiuntivi a carico dei professionisti, connessi alla difficoltà di reperire le norme straniere applicabili, alla consulenza legale, alla necessità di negoziare la legge applicabile nelle transazioni tra imprese e di adeguare i contratti ai requisiti della legge del consumatore nelle transazioni tra un'impresa e un consumatore».

[37] «Obiettivo generale della proposta è migliorare l'instaurazione e il funzionamento del mercato interno facilitando l'espansione degli scambi transfrontalieri per le imprese e gli acquisti transfrontalieri per i consumatori. Questo obiettivo può essere conseguito con un corpus autonomo e uniforme di norme di diritto dei contratti, comprensivo di norme a tutela del consumatore – il diritto comune europeo della vendita – [...]» « i professionisti si risparmiano i costi di transazione aggiuntivi legati al diritto dei contratti per operare in un ambiente giuridico meno complesso per gli scambi transfrontalieri [...] I professionisti saranno nelle condizioni di approfittare meglio del mercato interno operando anche oltre frontiera, con il risultato che aumenterà la concorrenza nel mercato interno. I consumatori godranno di un accesso migliore alle offerte provenienti da tutta l'unione europea a prezzi inferiori [...] avranno poi maggiori certezze quanto ai loro diritti in caso di acquisti transfrontalieri grazie a un corpus unico di norme imperative che offrono al consumatore una tutela elevata» (Proposta di Regolamento relativo a un diritto comune europeo della vendita cit., p. 4 (relazione))

Come si è visto, più nel dettaglio, la disciplina contenuta nella Proposta di regolamento presenta una serie di caratteristiche:

1. si applica solo a *contratti* di vendita *soggettivamente qualificati* tra imprese e consumatori, e ai contratti commerciali in cui almeno una parte sia una piccola/media impresa, in entrambi i casi solo se le parti risiedano in Stati membri differenti (contratti transfrontalieri);
2. è una disciplina di *diritto sostanziale uniforme*, *facoltativa*, la cui applicazione è rimessa alla scelta delle parti (*meccanismo dell'*opt–in). Tale normativa è, peraltro, fortemente votata all'autosufficienza, non tollerando il richiamo a diritti nazionali[38];
3. da un punto di vista contenutistico, infine, appaiono essere presenti due diversi registri. Relativamente ai rapporti di consumo, la Proposta offre una disciplina imperativa di forte protezione per il consumatore[39]; quanto invece ai rapporti con le PMI, sembra cambiare marcia, affermando che «i professionisti godono di totale autonomia e nella redazione delle loro clausole contrattuali sono incoraggiati ad ispirarsi al diritto

[38] Cfr. art. 4 CESL: «1. Il diritto comune europeo della vendita deve essere interpretato in modo autonomo e conformemente agli obiettivi e ai principi che lo ispirano. 2. Le questioni rientranti nel campo di applicazione del diritto comune europeo della vendita che non siano da questo espressamente disciplinate devono essere risolte in base agli obiettivi e ai principi che lo ispirano e a tutte le sue disposizioni, senza ricorrere alla legge nazionale che sarebbe applicabile qualora non ne fosse stata concordata l'applicazione, né a qualunque altra legge [...]».

[39] Si vedano, a mo' d'esempio, le norme che – al pari di quanto avvenuto in sede di direttiva 2011/83/UE – elevano a 14 gg. il termine per l'esercizio del diritto di recesso da parte del consumatore, nei contratti a distanza e negoziati fuori dai locali commerciali (art. 42 CESL), ovvero la inderogabilità della responsabilità per danni causati al consumatore per violazione degli obblighi di informazione pre–contrattuali (art. 29, para. 4 CESL). O ancora, quali espressione della maggiore protezione accordata dalla CESL, si vedano gli artt. 114, para. 2, 109, 106, para. 3, lett. *a)*. Cfr., inoltre, *supra* ntt. 21 e 26.

> comune europeo della vendita»[40]. Va, tuttavia, chiarito come, anche i rapporti tra le imprese siano governati dalle clausole di buona fede e correttezza, applicabili in via generale, e, specificamente, dalla ragionevolezza, dagli usi e dalle pratiche commerciali o professionali[41].

Ciò chiarito, torna a riproporsi la domanda che ci si poneva all'inizio di questo paragrafo: sono i mezzi che si propone di adottare coerenti con gli obiettivi asseriti? Lo strumento proposto può considerarsi efficace?

Il presente lavoro prova ad analizzare questi interrogativi, approcciandoli dalla prospettiva di autorevoli *outsiders*.

In un ambito che vede quale motivazione espressa della produzione legislativa l'impulso economico alle transazioni (intese nell'accezione tecnico–economica, propria del legislatore europeo, di operazioni economiche) transfrontaliere, può ritenersi confacente verificare i suggerimenti di quella parte di dottrina che tradizionalmente utilizza lo strumento dell'analisi economica del diritto: quella statunitense[42].

Tale punto di vista e le problematiche in questo ambito proposte possono risultare particolarmente efficaci se si considera che sull'altra sponda dell'oceano, le prospettive riguardo all'armonizzazione giuridica, nelle opinioni della dottrina europea, appaiono fortemente condizionate dall'appartenenza territoriale di ciascun autore, in funzione

[40] Proposta Reg., Allegato I (CESL), consid. 21, p. 20.

[41] Cfr. artt. 2, 3, 5, 23, para. 2 lett. *(f)*, 66, 67, 68.

[42] Si farà principalmente riferimento ai contributi e al dibattito emergente da una importante conferenza tenutasi presso la University of Chicago e organizzata dall'Institute for Law and Economics dal titolo *European Contract Law: A Law-and-Economics Perspective* (Chicago, 27 – 28 aprile 2012), cui, tra l'altro hanno preso parte autorevoli esponenti della dottrina europea. Il presente lavoro mira, tuttavia, a sceverare il punto di vista

della posizione e delle preferenze all'interno ciascun Stato membro[43].

Pertanto, il richiamo alla dottrina statunitense può prestarsi a rappresentare un iniziale e apparentemente più neutrale punto di vista da cui partire.

Procediamo, quindi, a verificare quali siano le principali problematiche sollevate.

A) Si è, anzitutto, dubitato che l'uniformazione in sé sia in grado di abbassare i costi transattivi, in maniera così rilevante da far aumentare il numero delle transazioni all'interno del mercato unico europeo. Tali dubbi sono stati sollevati considerando altresì l'effettiva incidenza della diversità giuridica come componente dei costi transattivi, come percepiti dagli operatori, nelle contrattazioni europee.

B) Ci si è, quindi, chiesti se, quand'anche si ammetta che l'obiettivo economico dello sviluppo del mercato unico europeo sia raggiungibile attraverso l'adozione di uno strumento giuridico che escluda il conflitto di leggi, la scelta di una disciplina facoltativa, e limitata ai rapporti transfrontalieri, possa rappresentare la scelta più appropriata. In questo ambito, ulteriori profili critici derivano dal merito stesso della disciplina proposta, relativamente, ad esempio alla scelta di aumentare il livello di protezione del consumatore, ovvero di limitarne l'applicazione ai contratti commerciali con PMI.

C) Si è, infine, ipotizzato come, al di là degli obiettivi proclamati e di cui può dubitarsi la realizzabilità, il

[43] Cfr. J. M. SMITS, *What do Nationalist Maximise? A Public Choice Perspective on the (Non–) Europeanization of Private Law*, *Maastricht European Private Law Institute Working Paper No. 2012/9*, disponibile sul sito www.ssrn.com; S. LEVMORE, *Harmonization, Preferences, and the Caulculus of Consent in Commercial and Other Law*, *Chicago Institute for Law and Economics Working Paper No. 602 (2d series)*, disponibile al link www.law.uchicago.edu/Lawecon/index.html

provvedimento in esame (ma più in generale uno strumento di diritto comune) non possa realizzare diverse e più vaste finalità, come ad esempio cementare il senso dell'identità europea.

Con riguardo alla prima delle questioni poste (*sub* A)), si è messo in dubbio, in via generale, che l'uniformazione giuridica possa effettivamente garantire un più alto benessere sociale rispetto alla competizione tra gli ordinamenti[44].

Questa posizione, pur rispondendo ad una visione fortemente liberista secondo cui la normativa di matrice europea vada complessivamente valutata nei termini di *over-regulation*[45], sottolinea come una disciplina uniforme ed

[44] R. A. EPSTEIN, *Harmonization, Heterogeneity and Regulation: Why the Common European Sales Law Should Be Scrapped*, disponibile al link www.law.uchicago.edu/Lawecon/index.html e in corso di pubblicazione in *Common Market Law Rev.*, 2012. L'a. ritiene non sufficientemente dimostrato dalle stesse istituzioni europee come la soluzione dell'uniformazione giuridica sia in grado di far innalzare il benessere collettivo, anche tenuto conto del tenore della normativa prevista, che non consente variazioni *in melius* o in *peius* delle norme, e che quindi esclude qualsiasi tipo di differenziazione in grado di soddisfare le preferenze dei diversi soggetti. In altri termini, qualsiasi forma di regolazione, soprattutto se nella forma di disciplina imperativa che non ammette alcuna eterogeneità di soluzioni, non è in grado di tener conto delle diversità interne alla stessa classe protetta e quindi rischia di non soddisfare le preferenze degli attori dello scambio. Così, nel caso dei contratti di consumo, essa favorirebbe solo i consumatori non sofisticati. Si afferma, pertanto, che «The more heterogeneous the class, the more difficult it is to determine the impact of regulation, first in the individual case and then in the aggregate. That high level of variance makes it virtually certain that regulation that is intended to protect the needy and unsophisticated will necessarily increase the transactional burdens of other merchants and consumers who do quite well on their own» (p. 4). Ma sulla posizione contraria secondo cui sono i consumatori più sofisticati gli unici in grado di avvalersi delle tutele offerte dal diritto (europeo), O. BAR-GILL e O. BEN SHAHAR, *Regulatory Techniques in Consumer Protection: A Critique of European Consumer Contract Law, Law, Law and Economics Research Paper Series, Working Paper No. 12 - 12*, disponibile all'indirizzo http://ssrn.com/abstract=2061148, p. 9.

[45] EPSTEIN, *Harmonization, Heterogeneity and Regulation* etc., cit., p. 2 «As a general matter, we should all be suspicious of these state imposed tie-in arrangement».

imperativa porti a non soddisfare le preferenze eterogenee dei diversi attori del mercato[46].

La stessa uniformazione è, quindi, di per sé foriera di costi, di cui il principale è la perdita dei *welfare gains* che possono derivare ai cittadini dalla varietà di scelta tra le leggi applicabili[47].

A questi sono poi da aggiungersi i costi amministrativi, imputabili alla modifica della normativa, i quali possono grossolanamente dividersi in costi di promulgazione e applicazione. Essi risultano normalmente elevati, specie nel breve periodo, in considerazione anche dell'usuale scarsa qualità delle normative attuali, soggette ad ambiguità o modificate da gruppi di interesse politici[48].

Inoltre, la tutela dei soggetti c.d. deboli (consumatori e PMI) contenuta nella disciplina viene ritenuta in grado di innalzare i costi totali (per effetto dell'aumento di quelli a carico,

[46] In senso analogo, E. POSNER, *The Questionable Basis of the Common European Sales Law: The Role of an Optional Instrument in Jurisdictional Competition*, cit., p. 1: «When people enter in transactions, they prefer to deal with people or entities within the borders of their country, and so will go across borders only when price or quality diffrences are sufficiently high. Although it is not clear that there is anything wrong with this, European officials concluded that cross–border transactions were hindered by the conflict of laws».

[47] LEVMORE, *Harmonization, Preferences, and the Caulculus of Consent in Commercial and Other Law*, cit., p. 7.

[48] EPSTEIN, *Harmonization, Heterogeneity and Regulation* etc., cit., p. 4, nonché L. BERNSTEIN, *An (Un)Common Frame of Reference: An American Perspective on the Jurisprudence of CESL*, p. 1 ss., spec. p. 10, e disponibile al link http://ssrn.com/abstract=2067196, ove, nel dettaglio, e con specifico riguardo all'applicazione delle clausole generali (di correttezza e buona fede), nonché agli usi negoziali, si precisa come la previsione di tali criteri di valutazione accresca ulteriormente i costi connessi all'uniformazione, per effetto della necessità di conoscere come tali clausole vengano applicate nel paese in cui la controversia, pur assoggettata a CESL, verrà decisa, nonché le stesse norme processuali del foro competente. Più nel dettaglio sui principi di buona fede, correttezza e ragionevolezza nella CESL, si può vedere P. STANZIONE, *Il Regolamento di Diritto comune europeo della vendita*, in *Contratti,* 2012, p. 624 ss., spec. pp. 629 – 633.

apparentemente, delle grandi imprese), che potrebbero non essere compensati da corrispondenti guadagni.

Merita, quindi, di esser valutata con attenzione, in questa prospettiva ancora generale di alternativa tra omogeneità e eterogeneità di discipline, il bilanciamento tra costi e benefici di una disciplina uniforme.

Il ragionevole dubbio che quindi sorge, e che non sembra esser stato affrontato in sede europea, è se l'abbassamento dei costi transattivi derivante dal non doversi più informare e conformare a leggi straniere (che può produrre un'economia di scala, ma per le grandi imprese, tendenzialmente[49]) riesca a bilanciare e sia maggiore dei sopra indicati costi connessi all'uniformazione.

Le istituzioni europee sembrano non aver considerato questi effetti, sostenendo, invece, convintamente l'equazione: uniformazione giuridica = riduzione costi transazione = aumento degli scambi nel mercato europeo[50].

Se come abbiamo visto, l'equazione può non essere vera per valori positivi nelle prime due espressioni, risulta altresì indimostrata, pur assumendo per buone le prime due, la

[49] Anche per le PMI, avverse al rischio, la possibile loro preferenza per leggi locali, che consentirebbero di adottare differenti strategie aziendali nei differenti sistemi è, tuttavia, superata dai costi di interfacciarsi con differenti sistemi legali e una diversa tipologia di domanda in ciascuno di essi. Cfr. LEVMORE, *Harmonization, Preferences, and the Caulculus of Consent in Commercial and Other Law*, cit., p. 7

[50] « [...] le situazioni transfrontaliere di norma comportano costi aggiuntivi a carico dei professionisti, connessi alla difficoltà di reperire le norme straniere applicabili, alla consulenza legale, alla necessità di negoziare la legge applicabile nelle transazioni tra imprese e di adeguare i contratti ai requisiti della legge del consumatore nelle transazioni tra un'impresa e un consumatore. Nelle transazioni transfrontaliere tra imprese e consumatori notevole è l'incidenza dei costi legati al diritto dei contratti e degli ostacoli giuridici indotti dalla diversità delle norme imperative nazionali a tutela del consumatore [...] Pertanto, le differenze tra i diritti dei contratti, i costi di transazione aggiuntivi e la conseguente complessità delle transazioni transfrontaliere dissuadono un numero considerevole di professionisti, soprattutto PMI, dall'espandersi su mercati di altri stati membri». Proposta di regolamento, cit., p. 2 (relazione),

variazione del terzo fattore. In altri termini, non è provato in che misura una disciplina uniforme sia in grado di trainare un aumento delle operazioni nel mercato interno.

Si rischia, pertanto, che tutto il processo di uniformazione, se condotto esclusivamente in ragione degli effetti favorevoli sul mercato, si basi sostanzialmente su un equivoco.

Una recente contributo, che rilegge i sondaggi condotti sui cittadini europei per conto dell'Unione come fondamento della Proposta di Regolamento[51], dimostra che i dati empirici ricavabili da tali indagini rivelino una relativa bassa incidenza della diversità giuridica tra gli ostacoli percepiti dagli operatori europei nelle operazioni transfrontaliere. Ed, in ogni caso, atteso il basso, ma comunque economicamente significativo, numero di imprese e consumatori che risultano scoraggiati nelle operazioni transfrontaliere per effetto della diversità di diritti contrattuali, la disciplina proposta non risulterebbe in grado di sortire l'effetto voluto[52]. Ciò, peraltro, con riferimento

[51] Eurobarometro 320 sul diritto europeo dei contratti nelle transazioni tra imprese, 2011, e Eurobaromentro 321 sul diritto europeo dei contratti nelle transazioni fra imprese e consumatori, 2011, entrambi condotti dalla Gallup nel gennaio 2011. Si ricorda tuttavia che nel documento di accompagnamento COM(2011) 636 definitivo vengono altresì citati il Flash Eurobarometro 299, e SEC 385 (2010), Terza edizione del quadro di valutazione dei mercati dei beni di consumo.

[52] W. H. J. HUBBARD, *Another Look at the Eurobarometer Survey*, *Chicago Institute for Law and Economics Working Paper No. 615 (2d series)*, disponibile al sito http://www.law.uchicago.edu/Lawecon/index.html, spec. 5. Lo studio dimostra come il numero di imprese scoraggiate dai commerci transfrontalieri non sia elevato, né la diversità dei diritti dei contratti costituisca un ostacolo agli stessi. Allo stesso tempo l'abbassamento delle (assunte) barriere ai traffici tra Stati membri non innalza significativamente né il numero dei professionisti intenzionati ad entrare per la prima volta nel mercato interno (c.d. *extensive margin*), né innalza il livello di partecipazione al mercato interno (estensione dei traffici con altri Stati membri per le imprese già impegnate in almeno uno scambio transfrontaliero) di coloro che già vi ci operano (c.d. *intensive margin*). Ciò risulta dovuto, al fatto che la quota più rilevante di PMI (le piccole e micro imprese, che il documento di accompagnamento alla Proposta – COM (2011) 636, definitivo, p. 2 – valuta come maggiormente penalizzate dai costi di conoscere plurimi sistemi nazionali) risultano, invece, interessate ad un mercato strettamente

alle operazioni commerciali, risulta conforme proprio ai sondaggi dell'Euro–barometro, che vedono la preferenza relativa del campione di imprese analizzato a favore di una legge uniforme, applicabile a tutti i tipi di contratti (nazionali e transfrontalieri) e sostitutiva dei diritti nazionali. Paradossalmente, la scelta adottata dal legislatore europeo (strumento facoltativo limitato ai contratti transfrontalieri), risulta la meno desiderata, soprattutto dalle PMI.

Quanto ai contratti B2C, ugualmente i dati sembrerebbero solo genericamente supportare le scelte compiute in sede europea[53].

A tali considerazioni, possono unirsene di ulteriori, relative allo strumento giuridico adottato e alla disciplina in esso contenuta (*sub* B)).

Si è già segnalata l'insidia insita nella convinzione che un diritto uniforme (che comporta, certamente nel breve periodo, un aumento dei costi) sia in grado di abbattere i costi di transazione totali, e abbia la capacità di stimolare gli scambi.

E', in ogni caso da valutarsi se, ove anche ciò fosse rivalutato, una legge uniforme, proposta come strumento

locale (p. 7 s.), come confermato dai dati (citati, p. 12) che vedono, addirittura, le grandi imprese più preoccupate da tali costi rispetto alle piccole e micro imprese. Ciò, tuttavia, nello stesso pensiero dell'a. (p. 13), non significa che anche una piccola variazione in aumento degli scambi intra–europei non comporti un incremento significativo del valore degli scambi (pari a migliaia di milioni di euro). Si veda, altresì, R. HALSON, *A Common Lawyer's Perspective on Contract Law Codes*, in *Jersey & Guernsey Law Rev.*, 2011, disponibile al link http://www.jerseylaw.je/Publications/jerseylawreview/june11/JLR1106_Halson.aspx, in part. testo corrispondente a nt. 88, ove vengono sollevati analoghi dubbi sull'attendibilità dei dati empirici.

[53] Come, ad esempio, il rilievo che più del 50% dei tentativi di acquisti online fallisca, sebbene ciò sia, in realtà, dovuto al fatto che le imprese non effettuano consegne all'estero. Non sarebbe quindi chiaro se tale rifiuto sia motivato dalla diversità di disciplina, ovvero dalla tendenza delle imprese ad avere un mercato locale e non il più ampio mercato presente su Internet, considerato che – in ogni caso – le spese di consegna potrebbero essere facilmente poste a carico del cliente. HUBBARD, *Another Look at the Eurobarometer Survey*, cit., p. 18, spec. nt. 42.

facoltativo (secondo il meccanismo dell'*opt-in*)), possa considerarsi effettivamente efficace[54].

Come si è visto, la mancanza di una volontà politica comune, sulla quale non può escludersi abbiano inciso gli interessi della stessa classe di ceti professionali e della classe accademica nel mantenimento della loro specializzazione sulle leggi nazionali[55], ha impedito un provvedimento con aspirazioni più ampie[56].

Quest'ultimo aspetto è stato analizzato da molteplici prospettive: guardando, ad esempio, ai precedenti storici di normative uniformi caratterizzate dal meccanismo applicativo

[54] Come riporta lo stesso HUBBARD, *Another Look at the Eurobarometer Survey*, cit., p. 13, nt. 27, anche se si guarda semplicemente alla valutazione delle aspettative dei cittadini europei, uno dei principali punti deboli degli stessi dati empirici posti alla base della Proposta risiede nel fatto di aver chiesto opinioni sui benefici di un ipotetico diritto contrattuale europeo, senza specificarne i contenuti.

[55] Come fa presente A. OGUS, *The Economic Approach: Competition between Legal Systems*, in AA. VV., *Comparative Law. A Handbook,* a cura di E. Örücü e D. Nelken, Oxford – Portland (Hart Publishing), 2007, pp. 159 e 162 s., ove ulteriore bibliografia, il problema della comportamenti opportunistici delle professioni legali può estrinsecarsi in diversi modi, comunque producendo il comune risultato di creare posizioni monopolistiche nell'offerta del servizio legale. Questo atteggiamento, allo stesso tempo, milita contro la soluzione più efficiente (ovvero, che meglio serve gli interessi delle parti coinvolte).

[56] Si pensi alla posizione inglese, ben chiara in E. MCKENDRICK, *Harmonization of European Contract Law: The State We Are In,* in AA. VV., *The Harmonisation of European Contract Law*, a cura di S. Vogenauer e S. Weatherill, Hart Publishing, 2006, p. 5 ss., in part. p. 21 ss., nonché in HALSON, *A Common Lawyer's Perspective on Contract Law Codes*, cit. La tradizionale avversione del mondo anglosassone verso l'armonizzazione dei diritti sovranazionali, può essere ascritta a plurimi fattori, tra cui, non ultimo il sentimento nazionale, ma, altresì, la perdita della primazia competitiva del diritto inglese rispetto agli altri diritti. Il rilievo trova conferma nei dati empirici: cfr., ad esempio, i sondaggi di Clifford Chances sul diritto privato europeo (2005 e 2008), individuano tra i diritti scelti nei contratti commerciali, al primo posto, appunto, quello inglese. Uguale resistenza all'armonizzazione è storicamente espressa dalla dottrina francese, tacciata di una progressiva autoemarginazione, di ripiegamento su sé stessa, di pregiudizio a favore dei propri concetti, e, infine, di lentezza e vincoli gerarchici della comunicazione accademica. Cfr. G. BALDUS, *Europei del Sud e diritto privato europeo*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2012, I, p. 460 s.

dell'*opt-in*[57]; ovvero, verificando se possano sussistere forti incentivi economici alla scelta della nuova opzione.

Ebbene, anche questi ultimi sono stati riconosciuti come minimi, in considerazione di almeno tre rilievi: il già descritto iniziale e sostanziale aumento dei costi transattivi necessari per verificare l'eventuale maggior efficienza della nuova disciplina rispetto agli altri diritti utilizzabili nei contratti transfrontalieri, unitamente ai connessi costi dell'uniformazione (intesi come perdita delle possibilità di scelta di un diritto più conforme alle proprie preferenze); la generale tendenza verso la somiglianza dei diritti contrattuali, cui non si sottrae la stessa CESL[58]; l'elevata tutela del consumatore (e in ogni caso dell'acquirente) che renderebbe la disciplina affatto attraente per il venditore (impresa), che è la parte che fornisce le condizioni generali[59].

Quindi, con particolare riguardo ai contratti con i consumatori, è lo stesso contenuto del provvedimento (ispirato

[57] Cfr. U. MAGNUS, *CISG and CESL*, cit., p. 228 ss., facendo riferimento, principalmente alla Convenzione dell'Aja del 1964 sulla vendita uniforme, e alla frequente applicazione nei Paesi nei quali è stato prescelto il sistema dell'*opting-out*, ovvero dell'applicazione automatica salva diversa volontà delle parti del contratto (es. Belgio, Italia), rispetto a Paesi, come la Gran Bretagna, ove la convenzione è stata ratificata con il sistema dell'*opt-in*, ovvero con un'applicazione basata sulla scelta dei contraenti.

[58] La ragione di tale convergenza risiede nel carattere "facilitativo" anziché "regolativo" dei diritti contrattuali, ovvero la tendenza a lasciare spazio all'autonomia privata rispetto a discipline imperative. Cfr. POSNER, *The Questionable Basis of the Common European Sales Law: The Role of an Optional Instrument in Jurisdictional Competition*, cit., p. 6 s., ove (p. 6): « [...] it is hard to believe that a new option – the CESl – will give the parties an option that is more than trivially better than the existing legal choices, while they will nonetheless sustain the costs of an uncertain instrument in the short to medium term».

[59] POSNER, *The Questionable Basis of the Common European Sales Law* etc., cit., p. 4 ss., spec. 7 ss. Si sottolinea come gli alti costi di "start-up" associati alla CESL, tra cui non possono essere sottovalutate, altresì, le difficoltà e le diversità nell'applicazione da parte delle corti nazionali (nonostante la supervisione prevista dalla Corte Europea di Giustizia, cfr. COM(2011) 635 definitivo, p. 30 (art. 14 CESL)), alla stregua di quanto avvenuto nell'esperienza americana dell'U.C.C., impediscano di produrre benefici anche nel lungo periodo. Sul punto, similmente, BERNSTEIN, *An (Un)Common Frame of Reference: An American Perspective on the Jurisprudence of CESL*, cit., p. 10. Cfr. *supra* nt. 48.

alla tutela della "parte debole" del contratto) a rappresentare un ostacolo alla sua applicazione[60]. Infatti, se è vero che nei contratti tra professionisti e consumatori (o PMI) sono i primi a proporre le condizioni generali, è dubbio che essi si indirizzino ad avanzare il richiamo ad una disciplina più favorevole alla controparte[61].

Invero, a ciò potrebbe obiettarsi che una maggiore protezione del consumatore si riversa, comunque, in un aumento dei costi per questi, e, in definitiva, essa non viene sopportata dal professionista[62]. Ebbene in un contesto competitivo, ciò significa però che la scelta dell'impresa che opti per CESL potrebbe comportare un aumento del prezzo del bene offerto.

[60] O. BAR-GILL e O. BEN SHAHAR, *Regulatory Techniques in Consumer Protection*, cit., p. 1 ss. sostengono il carattere solo "superficialmente protettivo" delle norme CESL a favore del consumatore (distinte in *mandatory pro-consumer arrangements*; *mandated disclosure; regulation of entry and withdrawal; pro-consumer default ruels and contract interpretation*), le quali non fanno che tradursi in un aumento del prezzo *ex ante*, nonchè in una minaccia, anziché un sostegno, per la "giustizia sociale".

[61] Invero, l'idea del *social dumping* (ovvero l'orientamento secondo cui uno strumento facoltativo di diritto contrattuale può essere scelto solo se prevede un abbassamento dei livelli di protezione del consumatore) è diffuso ampiamente anche nella letteratura europea. Si vedano, *ex multis*, R. SEFTON-GREEN, *Choice, Certainty and Diversity: Why More is Less*, in *European Rev. Priv. Law*, 2011, p. 134 ss.; H. COLLINS, *The European Civil Code, The Way Forward*, Cambridge (CUP), 2008, p. 74 ss. *Contra,* J. J. GANUZA e F. GOMEZ, *Optional Law for Firms and Consumers: An Economic Analysis of Opting into the Common European Sales Law*, disponibile al link www.law.uchicago.edu/files/files/Gomez%20paper_0.pdf

[62] L'aumento del prezzo del bene o servizio derivante dal *surplus* di tutela imposto, e la conseguente perdita di scelta per il consumatore, possibilmente interessato (anche in ragione della tipologia di bene) ad un prezzo più basso, anziché a rimedi o diritti più incisivi, è meccanismo ben evidenziato dalla dottrina statunitense, in chiave critica. Cfr. O. BEN SHAHAR, *The Myth of Opportunity to Read in Contract Law*, in 5 *European Rev. Contract Law*, 2009, p. 1 ss.; O. BEN SHAHAR e C. E. SCHNEIDER, *The Failure of Mandated Disclosure*, in 159 *University of Pennsylvania Law Rev*, 2011, p. 647 ss. Per la dottrina italiana, spunti analoghi sono in M. MAUGERI, *Alcune perplessità in merito alla possibilità di adottare il DCFR come strumento opzionale (o facoltativo)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, II, p. 253 ss., spec. p. 255.

In questo senso, anche le grandi imprese, in un sistema opzionale, sono dissuase dall'"internalizzare" costi secchi e dal considerare prevalenti le aspirazioni all'uniformazione, in vista di una prospettiva – solo eventuale – di risparmio di spesa nel lungo periodo –, rispetto ai costi iniziali da sopportare.

Quindi, la prospettiva del contenuto della disciplina conferma uno stridente contrasto rispetto all'obiettivo di una sua diffusione nei mercati transfrontalieri[63].

E' parsa, altresì, inappropriata la scelta di limitare la disciplina in oggetto ai contratti transfrontalieri[64]. Il *dual standard*, ovvero la diversa regolamentazione per i contratti domestici e quelli transfrontalieri, innalza i costi complessivi per l'impresa che operi nel mercato nazionale e in quello europeo poiché l'impresa non può ammortizzare i costi di verifica della nuova normativa sostenuti nel breve periodo.

Inoltre, questo assetto duale porterebbe ad estendere la disciplina di protezione a tutti i consumatori dell'impresa, il che costituisce un ulteriore aspetto negativo, se si ritiene tale regolamentazione inefficiente[65].

Il portato della CESL è apparso, quindi, inadatto agli obiettivi (economici) assunti a fondamento della Proposta.

[63] Se è comunemente percepita l'evidente discrasia tra i due fini (protezione del consumatore e uniformazione del diritto con uno schema di *opt-in*), si è proposta una singolare strada alternativa. Per favorire lo sviluppo del dei mercati, anche attraverso la semplificazione della comparazione tra prodotti, il regime opzionale previsto dovrebbe essere modificato nel senso di una minima protezione a favore del consumatore, e quindi di una alta appetibilità per il venditore (grande impresa). Soltanto una volta che tal regime risulti diffuso e familiare, sarebbe possibile introdurvi modificazioni aventi un effetto redistributivo (cioè protettivo per i consumatori), divenendo a quel punto difficile per le imprese che abbiano già sviluppato una rete legale, distaccarsi da tale network. Cfr. O. BAR-GILL e O. BEN SHAHAR, *Regulatory Techniques in Consumer Protection*, cit., p. 27.

[64] GANUZA e GOMEZ, *Optional Law for Firms and Consumers* etc., cit., p. 15; J. M. SMITS, *Party Choice and the Common European Sales Law, or: How to Prevent the CESL from Becoming a Lemon on the Law Market, Maastricht European Private Law Institute Working Paper No 2012/13*, p. 1 ss., spec. p. 12 ss. e 14.

[65] EPSTEIN, *Harmonization, Heterogeneity and Regulation* etc., cit., p. 7 s.

Si è, quindi, avanzata l'idea di estenderne i possibili ambiti di incidenza a quelli politici, della creazione di una identità europea (*sub* C).

L'argomento è stato proposto con diverse prospettive[66]: quella della teoria della scelta pubblica, secondo cui la principale conseguenza dell'armonizzazione, intesa come il prodotto di una maggioranza stabile, che tende ad esternalizzare alla collettività i costi di scelte conformi alle proprie preferenze, sia rappresentata dallo sviluppo di una identità politica e culturale. In questo quadro, l'armonizzazione diventa un progetto portato avanti da coloro che si aspettano di vincere la sfida culturale nella formazione della identità europea[67].

Il medesimo argomento è stato condotto sotto il profilo della costruzione di una più consapevole "giustizia sociale" nel diritto privato europeo[68], sebbene anche sotto questo profilo lo stesso concetto di giustizia sociale risponda a distinti modelli nazionali[69].

[66] LEVMORE, *Harmonization, Preferences, and the Caulculus of Consent* etc., cit.; per la dottrina europea, M. HESSELINK, *The Case for a Common European Sales Law in an Age of Rising Nationalism*, *Centre for the Study of European Contract Law Working Paper Series No. 2012-01*, disponibile la link http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1998174##; C. MAK, *Unweaving the CESL: Legal-Economic Reason and Institutional Imagination in European Contract Law*, *Centre for the Study of European Contract Law Working Paper No. 2012-10*, disponibile al link http://ssrn.com/abstract=2088777. *Contra,* POSNER, *The Questionable Basis of the Common European Sales Law* etc., pp. 10 – 13.

[67] LEVMORE, *Harmonization, Preferences, and the Caulculus of Consent* etc., p. 17.

[68] Cfr. STUDY GROUP ON SOCIAL JUSTICE IN EUROPEAN PRIVATE LAW, *Social Justice in European Contract Law: a Manifesto*, in *European Law Journal*, 2004, p. 653 ss., ove: «proposals for the construction of a European contract law are not merely (or even primarily concerned) with a a technical problem of reducing obstacles to cross-border trade in the Internal Market; rather, they aim towards the political goal of the construction of a union of shared fundamental values concerning the social and economic relations between citizens».

[69] Cfr., MAK, *Unweaving the CESL: Legal-Economic Reason and Institutional Imagination in European Contract Law*, cit. p. 7 ss.

Peraltro, si deve in ogni caso essere consapevoli che anche se lo di volesse così intendere, un diritto contrattuale uniforme non rappresenta che un piccolo granello nella costruzione della identità europea[70].

4. Il dibattito appena illustrato, come si è visto, può estendersi a livelli più generali: dall'alternanza tra omogeneità o eterogeneità nel diritto; all'analisi delle preferenze e la loro incidenza sul concetto di *ratio legis*.

Ma approfondire questi aspetti condurrebbe il discorso troppo lontano.

Le opinioni espresse, nella maggior parte dei casi, valutano negativamente la Proposta non riconoscendo in essa presente alcun incentivo che induca ad una scelta volontaria delle parti verso la CESL, tale da poterne determinare una virtuosa diffusione nel mercato.

Una via possibile appare certamente quella di una promozione, che pur nell'alveo dello strumento facoltativo, proponga un modello contrattuale comune, cioè un contratto standard già fornito alle imprese, reso applicabile sia agli scambi transfrontalieri sia a quelli domestici.

Questo significa valorizzare gli aspetti positivi già presenti nella Proposta: la stesura di "clausole contrattuali tipo europee", previste tra le misure di accompagnamento; la creazione di una banca dati accessibile al pubblico contenente le decisioni delle autorità giurisdizionali europee e nazionali che interpretano le disposizioni dello strumento. Ma soprattutto, se si vuole che lo strumento predisposto – pure nei suoi contenuti oggetto di critica – possa cominciare a

[70] Efficacemente, sotto questo aspetto, ancora POSNER, *The Questionable Basis of the Common European Sales Law* etc., cit., p. 11, ove si dubita che un'iniziativa molto meno significativa dell'unione monetaria possa far innalzare di molto il senso dell'identità europea. «If the CESL turns out to be a failure, then businesses will simply not use it, and European identity will be none the worse».

circolare, estenderne l'applicazione a tutte le contrattazioni: relativamente all'ambito soggettivo, cioè non limitandole ai c.d. "contratti asimmetrici"; e a loro collocazione geografica (con il venir meno della distinzione tra contratti transfrontalieri e non).

Non andrebbe, invece, valutata con particolare rigore, la limitazione dell'ambito di applicazione al contratto di compravendita, per la sua storica funzione di modello archetipico di contratto[71].

Solo in tal modo si potrà attivare un circolo virtuoso di diffusione di uno strumento che è, singolarmente, già disponibile in tutte le lingue dell'Unione e appare passibile, tramite l'operato della Corte di Giustizia, di una spinta decisiva verso la sua implementazione[72].

[71] Cfr., altresì, D'AMICO, *Direttiva sui diritti dei consumatori e Regolamento sul Diritto comune europeo della vendita: quale strategia dell'Unione europea in materia di armonizzazione?*, cit., p. 617 s.

[72] Rimanda l'efficacia dello strumento, in definitiva, all'operato della Corte di Giustizia G. VETTORI, *Il contratto senza numeri e aggettivi. Oltre il consumatore e l'impresa debole,* in *Contratto e impresa*, 2012, p. 1190 ss., spec. 1209.