



Dipartimento di
Impresa e Management

Cattedra
Diritto Privato

**Armonizzazione del diritto contrattuale europeo:
un'analisi economica**

Relatore
Prof. Roberto Pardolesi

Candidata
Alessia Cannì
154021

Anno Accademico 2011/2012

Indice

INTRODUZIONE	4
IL PROCESSO DI ARMONIZZAZIONE EUROPEA	9
Le motivazioni di un cammino necessario	9
L'architettura iniziale del diritto europeo.....	11
Discrepanze tra gli ordinamenti nazionali.....	13
Nelle regole	13
Nei sistemi giuridici e stili giudiziari.....	14
Nelle procedure giuridiche.....	15
Definizione di Armonizzazione.....	17
Processi di europeizzazione.....	18
Hard law	21
Soft law	23
IL DIRITTO CONTRATTUALE EUROPEO: ORIGINI, OBIETTIVI E STRUMENTI	26
Il diritto e la tutela dei consumatori	26
Il nuovo ruolo delle associazioni di categoria	31
Conseguenze dell'armonizzazione del diritto contrattuale	32
Primi passi concreti verso l'armonizzazione.....	34
A che punto siamo ora?	41
UN'ANALISI ECONOMICA DEL RULEMAKING EUROPEO	43
Vantaggi e svantaggi dell'approccio all'europeizzazione	43
Una prima direzione: Regole vs Standards	45
Un focus sui costi del processo di armonizzazione del diritto dei contratti	52
L'obsolescenza dei sistemi giurisprudenziali.....	55
Il <i>rulemaking</i> come investimento: c'è un valore nell'aspettare?	56
Il principio di autonomia contrattuale: un passo verso la soluzione	61
CONCLUSIONI	67
L'armonizzazione del diritto contrattuale europeo è davvero realizzabile?.....	67
Il modello efficiente per l'Europa.....	70
BIBLIOGRAFIA	75

Introduzione

L'Unione Europea nasce con l'intento di creare una comunità accessibile, sotto molti aspetti, a tutto il vasto panorama di attori che convivono al suo interno. Condividendo un'idea di organicità, è importante che il contesto in cui le Istituzioni sovranazionali si trovano ad agire, sia coordinato e coerente. Uno degli elementi davvero essenziali al fine di realizzare gli intenti di sviluppo e crescita che gli organi UE si sono da sempre riproposti è la capacità di erigere una vera e propria comunità europea, vicina ad ogni nazione membro dell'Unione e atta a diffondere delle idee di giustizia e di economia entrambe efficienti e corrette. La convergenza e il coordinamento di realtà eterogenee per tradizioni e cultura, come quelle incarnate dalle singole entità statali, ha necessitato, nel corso dei decenni, di un intenso sforzo, testimoniato, in via primaria, dalla complessa opera di armonizzazione del diritto civile nazionale a cui si è progressivamente assistito. Ancora oggi, parlare di un diritto europeo disciplinato è difficile: nella vasta molteplicità di fonti normative e contrapposte filosofie del diritto, lo spazio giuridico comunitario ci appare estremamente disarticolato. Una delle ragioni di questa disorganicità è data proprio dall'assenza di un disegno legislativo volto a smussare gli ostacoli che accompagnano le divergenze culturali, giuridiche e sociali dei numerosi ordinamenti membri.

Il diritto, considerato insieme di disposizioni valide a regolare la vita di un gruppo di individui, è un elemento basilare per l'Unione Europea, in quanto abbraccia tutti i settori della vita di una comunità, e, in particolar modo per la nostra analisi, si trova a rivestire un incarico alquanto delicato per il funzionamento del mercato interno. La materia contrattuale, soprattutto, nel momento della negoziazione di accordi transfrontalieri, affronta non pochi ostacoli. Prima di tutto l'eterogeneità delle lingue e l'asimmetria informativa, il problema della fiducia e garanzia tra contraenti lontani in termini fisici e culturali, la differente terminologia tecnica, la diversa impostazione fra sistemi giuridici e diritti di privacy; questi sono solo pochi esempi delle barriere con cui le parti potrebbero scontrarsi. Tale riflessione ci è utile per configurarci un altro aspetto scomodo che la mancanza di un coordinamento a livello europeo individua: il peso dei costi transattivi, negli accordi sovranazionali, può rivelarsi così ingente da impedire la stessa contrattazione e causare un'inefficienza basilare del mercato. In

questa visione, quindi, un diritto contrattuale europeo disciplinato ed adeguato potrebbe favorire tutte le parti, soddisfare le Istituzioni e trasformare in un vero concorrente il settore degli scambi transfrontalieri, sempre nel coerente rispetto delle disposizioni esistenti. Questo elaborato, considerando la storia, gli obiettivi e i meccanismi del processo di armonizzazione comunitaria, si chiede se, allo stato attuale, è possibile configurare un diritto europeo dei contratti e, in caso positivo, che tipo di strumenti occorra pensare per attuarlo. L'analisi vuole toccare non solo temi prettamente storici o tecnici, ma desidera anche riservare un ampio spazio ad una considerazione economica del percorso di europeizzazione in materia contrattuale, focalizzandosi su costi e benefici che l'intraprendere diverse direzioni è in grado di arrecare.

Partendo da una visione d'insieme del concetto di armonizzazione, il primo capitolo individua le motivazioni precipue, e principalmente economiche, che hanno spinto la Comunità e i suoi attori portanti a guardare al processo di riavvicinamento sovranazionale come strumento indiscusso per garantire l'efficienza ed il funzionamento del mercato interno. In questo senso, tale complesso cammino sembra ai nostri occhi "necessario": esso ha rappresentato un passo significativo per conseguire uno degli obiettivi basilari per cui l'Unione Europea era nata. Per comprendere a fondo il contesto in cui gli organismi sovranazionali hanno dovuto dare avvio al percorso, l'analisi si sposta sulla esaustiva presentazione dell'architettura iniziale del diritto europeo: evidenziamo come, in mancanza di un disegno legislativo organico e coerente, il legislatore comunitario abbia lasciato spazio, nella vasta gamma di ordinamenti nazionali, alla nascita e consolidazione spontanea di numerose e tecnicamente incisive discrepanze fra gli Stati membri ed i loro assetti giurisprudenziali. In questo senso, concentriamo la nostra attenzione su tre principali ambiti in cui le divergenze si sono rese, nel tempo, più articolate: le regole, i sistemi giuridici e stili giudiziari e le procedure giuridiche. In tutti i livelli considerati, vengono a scontrarsi due principali filosofie del diritto: il sistema del *civil law*, di stampo prettamente romanistico e che guarda principalmente alla dottrina codificata, ed il sistema di *common law*, anglosassone e più orientato alla tradizione delle corti.

Definire la parola armonizzazione, contestualizzandola nello spazio europeo, ci sembra, poi, un passo importante per evidenziare cosa voglia significare riavvicinare le legislature nazionali in vista di un fine condiviso. La parte iniziale della nostra analisi

presenta, infine, le due direzioni, a prima vista antitetiche, che il processo di europeizzazione può intraprendere per smussare le discordanze fra eterogenee legislazioni nazionali: gli indirizzi di *hard law* e di *soft law* comprendono entrambi una serie di strumenti atti ad accostare, in modo più o meno vincolante, gli ordinamenti e a garantire che un certo tipo di armonizzazione sia raggiunto, lasciando un diverso grado di discrezionalità agli Stati.

Il nostro elaborato, da una visione più generale, si focalizza, poi, sul processo di europeizzazione con riguardo alla materia del diritto specificamente contrattuale. Tale settore vede ormai protagonisti i consumatori privati, le imprese e, con un ruolo progressivamente più incisivo, le associazioni di categoria e riserva particolari implicazioni nelle transazioni transfrontaliere. Il nostro esame ripercorre la storia e l'evoluzione del diritto contrattuale nel panorama europeo, fino ad arrivare agli sviluppi più recenti.

Il terzo capitolo cambia totalmente approccio e si dilunga sugli aspetti più prettamente economici del *rulemaking*, a partire dai benefici e gli svantaggi che un processo di tal genere dovrebbe comportare. La direzione si sposta sull'analisi dei due *intermediaries of legal directives*, che, più di tutto, rappresentano le opzioni riguardo il grado di specificità che il mercato comune richiede al fine di un funzionamento efficiente. Scegliere fra disposizioni vincolanti e ben dettagliate come le regole, applicabili dall'alto all'assetto europeo o principi standards, generali, contenenti gli elementi essenziali al fine di un giudizio corretto, significa dare un tono diretto e mirato al profilo da seguire. Ci spostiamo, poi, su una panoramica dei costi coinvolti nel processo di armonizzazione del diritto contrattuale, fino a toccare l'argomento dell'obsolescenza degli ordinamenti giurisprudenziali. Nel caso di un assetto volto alle regole piuttosto che agli standards, è chiaro come efficacia ed aderenza alla realtà si consumino molto presto, stando al dinamismo con cui il diritto contrattuale si evolve. Proprio per questo motivo, abbiamo preso in considerazione l'opzione di temporeggiare sul *legal intervention* e di incidere nel sistema legislativo sovranazionale solo quando, una volta acquisite più informazioni ed esperienza riguardo determinate casistiche, il valore del cambiamento assicurerebbe all'intero sistema un beneficio nettamente positivo rispetto ai costi.

Infine, primo spunto per la conclusione alla quale l'elaborato si avvia, la riflessione si dirige verso l'importanza nodale del principio di autonomia contrattuale e su come

questo sia in grado, nonostante il suo non rappresenti un contributo costruttivo all'armonizzazione, di migliorare e rendere più efficiente e competitivo il mercato in sé. Sotto il baluardo della scelta della legge applicabile e alla luce di tutta l'analisi svolta, la via d'uscita ai problemi che un processo di armonizzazione come quella europea riscontra, non è semplice, ma nemmeno introvabile.

Partendo dalla considerazione che la legge è complicata e deve costantemente affrontare influenze da parte delle casistiche reali, la sfida principale dell'apparato normativo è rappresentata dall'essere in grado di gestire il *multifaced effect* di queste pressioni con un assetto adeguato e pratiche volte a favorire il funzionamento del sistema. Per tale motivo, il cammino legislativo europeo comune richiede una serie di azioni pianificate che avvicinino la Comunità e le singole nazioni. Deponendo l'opzione di una tirannica armonizzazione massimale, proponiamo, qui, di redigere un percorso graduale, in grado di lasciare una discreta libertà agli Stati e agli stessi operatori nelle transazioni contrattuali. La conclusione a cui giungiamo è che il diritto contrattuale, sebbene ancor oggi costituito da una pluralità di disposizioni difformi e radicate, potrebbe benissimo svilupparsi, almeno al principio, in modo adeguatamente articolato tramite una strumentazione di *soft law* che potenzi le transazioni e, al tempo stesso, non pesi gravemente sui singoli apparati nazionali. Ad esempio, è importante che, nonostante la presenza di cambiamenti importanti nelle normative comunitarie, restino, comunque, sempre valide quelle disposizioni, come il grado di protezione raggiunto nei confronti degli utenti, ormai consolidatesi a livello nazionale; la loro eliminazione si tradurrebbe, infatti, in una sostanziale regressione del sistema. Al fine di tenersi al passo con i tempi, una determinata direzione intrapresa dall'UE dovrebbe dimostrarsi, nel suo cammino, flessibile di fronte alla situazione presente, ricreando un bacino ordinato in cui l'orientamento non è più una bussola instabile. Per questo motivo, la visione di uno strumento adattabile alle contingenze potrebbe fungere, innanzitutto, da incentivo al processo di adeguamento e convergenza dell'*acquis* contrattuale. Per esempio, una particolare attenzione andrebbe dimostrata verso il commercio elettronico, prossimo ad espandersi in modo sempre più preponderante all'interno dei confini comunitari: esso potrebbe diventare una componente nient'affatto trascurabile del diritto contrattuale, con le sue specifiche tutele verso il consumatore e le clausole di natura necessariamente trasparente.

Infine, la nostra analisi si spinge ancora oltre: l'impiego di uno strumento discrezionale *soft*, che si presta gradualmente ad un lento, ma reale perfezionamento, apre alla possibilità di raggiungere un'armonizzazione di *hard law*, vincolante, ma estremamente proficua per l'Unione ed il mercato europeo. L'elaborato, in ultima istanza, risulta in linea con gli intenti delle Istituzioni comunitarie: un diritto contrattuale europeo è possibile; tuttavia, un approccio immediato che introduca un apparato completo e di natura coattiva non ci sembra il modo migliore di procedere. La nostra proposta di iniziale stampo opzionale, in vista di un progressivo avvicinamento ad un sistema più disciplinato, è adatta a raggiungere l'obiettivo di europeizzazione contrattuale, assicurando una eccellente funzionalità del mercato e la diffusione di un senso di graduale fiducia da parte degli operatori economici attivi nel contesto europeo.

Il processo di armonizzazione europea

Le motivazioni di un cammino necessario

Il progetto europeo, consapevolmente costruito nel corso dei decenni dalle potenze fondatrici e dai paesi successivamente entrati nell'Unione, si profila come un'idea fondata su molteplici pilastri. Gli ambiti di questo percorso stratificato nel tempo, hanno abbracciato un'ampia varietà di obiettivi: la definizione di un mercato comune, la creazione di una comunità dalle flessibili frontiere geografiche, costantemente portata alla "*(...) lotta contro le discriminazioni, alla promozione della giustizia...e del progresso scientifico e tecnologico (...)*" ¹, il tutto in una prospettiva di sviluppo sostenibile e bilanciato. E' proprio in questo contesto che si colloca l'ulteriore necessità di erigere una regolamentazione europea dei contratti: si intendono, cioè, accorciare maggiormente le distanze fra gli Stati membri e i rispettivi sistemi normativi nell'ambito del diritto civile e specificamente contrattuale. In realtà, però, si prospetta un percorso tutt'altro che semplice.

Le ragioni di un'armonizzazione del diritto contrattuale europeo sono per lo più economiche: questa giustificazione sembra essere la più logica, in quanto la maggior parte degli interventi a livello comunitario si concentra, nel vasto *range* d'intenti, proprio su questo obiettivo in particolare e, cioè, l'edificazione di un mercato comune. Nel marasma di tipologie di contratto esistenti e attualmente utilizzate nei rispettivi ordinamenti, richiama una particolare attenzione la gravità del peso dei costi di transazione necessari per avviare un dialogo fra sistemi legislativi, il tutto corredato da una sostanziale irrisolutezza nel procedere. Contro tali evidenze, la costruzione di un mercato unico e di un'armonizzazione del regime contrattuale implica che, qualora gli operatori economici si trovino ad operare in questo sistema, sebbene provenienti da impostazioni diverse, essi siano in grado di convenire ad un accordo in condizioni paritarie e senza dispendio di ulteriori risorse economiche. La pluralità di regole e norme fra i diversi Stati richiede, soprattutto in un contesto

1. "Unione Europea: La costruzione europea attraverso i trattati", tratto da Europa.eu.

internazionale, l'aiuto e l'assistenza di esperti e professionisti in grado di interpretare e applicare regole sovranazionali, spesso estranee al sistema locale. Il sorgere dei costi di transazione, in questo modo, risulta essere un fardello grave, talmente oneroso da scongiurare l'avvio della stessa contrattazione e creare un contesto di certo non conciliabile con la concezione di mercato interno comune. Per rendere i consumatori capaci di operare alle medesime condizioni, risulta necessario, nella mente degli attori apicali del contesto comunitario, un'europeizzazione di fatto, tale da scongiurare queste inefficienze economiche e agevolare il commercio nel mercato unico. Il dibattito su questo tipo di soluzione è stato ed è, tuttora, molto vivace.

Si può sostenere, ad esempio, che proprio la pluralità di ordinamenti potrebbe facilitare gli operatori privati nello scegliere il tipo di contratto che più si adatta alle loro esigenze e fare sì che la difformità diventi un punto di forza nella transazione. Una prospettiva opposta, invece, richiama l'immagine di un consumatore inesperto e incapace di destreggiarsi fra le diversità dei numerosi ordini legislativi esistenti e di identificare il tipo di contrattualistica aderente al suo personale caso. Lo svantaggio più evidente di questo particolare esempio si riallaccia, ancora una volta, ai costi di transazione: non è per nulla scontato che un privato possa distinguere e optare da solo, senza il ricorso ad un esperto, per un determinato accordo. Francis Bacon disse che "la conoscenza è potere" e, in questo caso, appare chiaro che l'autonomia contrattuale può essere applicata solo da chi ha, nei fatti, il potere di scegliere ciò che è più conveniente.

Astraendo dal contesto economico, la costruzione di una comunità normativa europea richiama motivi di indole diversa da quelli finora trattati. La definizione e applicazione di una legislazione unica si presenta come uno dei passi più importanti e significativi per la diffusione di un ideale condiviso a livello europeo: uno spirito comune che unisca tutti i paesi aderenti. E' un passo di valenza profonda, sintomo di quello che potremmo chiamare un "nazionalismo internazionale": un ossimoro, questo, che ci sembra il prodotto finale, razionalmente e difficilmente costruito, di questo cammino.

Al fine della costruzione di una nozione europea di dottrina, appare opportuno citare, in quanto particolarmente rappresentativo, il comma 1 dell'art. 151 del Trattato CE ² :

2. Versione consolidata del Trattato che istituisce la Comunità Europea, Gazzetta ufficiale delle Comunità Europee, 2002, Articolo 151, Comma 1.

“ 1. La Comunità contribuisce al pieno sviluppo delle culture degli Stati membri nel rispetto delle loro diversità nazionali e regionali, evidenziando nel contempo il retaggio culturale comune.”

E' evidente come la norma richiami la considerazione delle peculiarità dei singoli Stati membri in un processo in cui la Comunità si trova a decidere e apportare significativi cambiamenti in ambiti inerenti alla tradizione e alla cultura nazionale. Un esempio lampante è, infatti, la struttura stessa di un ordinamento giuridico, e, specificamente, di un regime contrattuale, entrambi fondati su determinate idee proprie di una collettività, regolate e stratificate nell'identità di ciascuna nazione.

Tuttavia, in confronto alla più tangibile motivazione economica, precedentemente citata, il baluardo di una “cultura europea” potrebbe apparire come un'argomentazione non molto solida o, perlomeno, poco popolare come oggetto di dibattito; ci è sembrato, comunque, rilevante citarla fra le motivazioni di un percorso che ha spinto l'Unione a trattare temi inizialmente di competenza meramente nazionale. In ogni caso, è razionale pensare che, sotto un equilibrato e completo inquadramento del piano degli obiettivi, una giusta e ponderata scelta volta alle prospettive future del diritto contrattuale possa fornire un apporto decisivo e pregnante per rendere efficiente l'azione dell'Unione e sviluppare il suo potenziale.

L'architettura iniziale del diritto europeo

Il diritto europeo si presenta con l'etichetta di *acquis communautaire*: una congerie di riferimenti legislativi tra cui figurano norme di provenienza comunitaria e, spesso contrastanti con queste, norme interne di provenienza nazionale; ancora, principi europei derivanti da trattati e, infine, pronunce giurisprudenziali dei più variegati tribunali sovra- e nazionali. Questo stratificato terreno di riferimenti normativi ci sembra essere davvero complesso da modificare: sotto il disegno di un'ossatura comune, convivono differenti tradizioni giurisprudenziali che si occupano di

disciplinare, nazione per nazione, i medesimi settori del diritto, spesso creando una vera e propria sovrapposizione di fonti fra cui è difficile orientarsi. Da questa multi-presenza giuridica derivano sia costi, dovuti ai problemi di coordinamento fra sistemi, che vantaggi, come la possibilità di scelta fra gli assetti dispositivi di molte realtà.

Nel tempo, tuttavia, si sono andati delineando e accreditando, come è logico pensare, dei tratti comuni acquisiti dai diversi ordinamenti. Uno di questi è l'attenzione verso la tutela del consumatore, ad esempio, e l'importanza di allineare il settore del diritto contrattuale con i successi del mercato: concependo un sistema in grado di rispondere positivamente alle necessità del consumatore, si viene a creare, a beneficio di chi non possiede un grande potere contrattuale, un efficiente impiego e un sostanzioso risparmio di risorse, anche economiche. Per certo comprendiamo che il complesso giurisprudenziale che stiamo analizzando è frutto di tradizioni, smussamenti, contributi vari che manovrano il diritto interno dei singoli Stati e rappresentano un primo *step* nella lunga e complessa realizzazione del disegno organico di un diritto europeo armonizzato. Risulta chiaro come, in questa stratificazione confusa, manchi e necessiti, tuttavia, una pianificazione, come pure una sistematicità del diritto che funga da prerogativa essenziale per un'efficiente gestione e conduzione dell'architettura giuridica europea. La fondamentale critica mossa al legislatore è di non aver immaginato un disegno coerente nella predisposizione e creazione graduale di norme che potessero coesistere in più ordinamenti. Nella realtà dell'*acquis*, ci troviamo di fronte ad un contesto colmo di ridondanze, carenze ed incongruenze che abbisognano di una risoluzione chiara ed efficace, intesa come metodo di coordinamento e, al contempo, di identificazione delle disuguaglianze giuridiche nazionali. Il marasma che viene a convivere nell'Istituzione UE si evidenzia concretamente nelle discrepanze che toccano sistemi e ambiti diversificati. Nello specifico, parleremo di discrepanza nelle regole, nei sistemi giuridici e stili giudiziari e nelle procedure giuridiche.^{3a}

3a. East Matthew, " *La divergenza nel diritto contrattuale europeo e il suo significato per il processo di armonizzazione*", nei lavori del seminario *Introduzione al diritto comparato* organizzato da Ziller, pag. 5.

Discrepanze tra gli ordinamenti nazionali

Nelle regole

Le due tradizioni di formulazione di regole - internazionalmente riconosciute dai giuristi - sono il sistema di *civil law* ed il sistema di *common law*. Il sistema basato sul *civil law* è il genere di ordinamento giuridico che discende per formazione dallo *ius romano-giustiniano* ed è il sistema più largamente usato in molti paesi europei. Soprannominato anche “diritto continentale”, esso guarda principalmente alla dottrina codificata quale riferimento essenziale per la risoluzione della controversia processuale. E’ fondato su un ampio set di regole, applicabile tramite *deductive techniques of interpretation*⁴. Dal diritto romano fino all’attuazione, nel 1804, del *Code Civil* francese, il *civil law* trova la sua fonte di legittimazione nella legislazione scritta. Convenzionalmente opposto alla salda architettura costruita da questo disciplinato approccio alle regole, l’ordinamento giuridico del *common law* è, invece, di derivazione anglosassone e ben poco riprende dalla sistematicità dei codici. La sua matrice è rappresentata dalla tradizione giuridica. Non trovano applicazione, quindi, leggi e codici di emanazione parlamentare; piuttosto, il giudice tende a seguire lo *stare decisis* e ad applicare il risultato di precedenti processuali, diventati ormai convenzionali nel tempo. Diffuso prevalentemente in paesi come il Regno Unito, gli Stati Uniti d’America o l’Australia, il *common law* tiene in considerazione determinate regole inaccettabili per un ordinamento così costruito e tramandato qual è quello di *civil law*. In entrambi i ceppi giuridici, inoltre, figurano regole che sembrano richiamarsi vicendevolmente per principio, ma provocano effetti, spesso, completamente diversi. Tradizionalmente, gli ordini giurisprudenziali hanno visto scontrarsi queste due colossali famiglie, da una parte quella “romanistica”, dall’altra quella anglosassone: ad un’attenta analisi, possiamo scoprire come questa divergenza appaia, in realtà, formale e riveli un punto di incontro e una convergenza nel prodotto e nelle conclusioni dell’applicazione dei due differenti complessi di dettami.

4. Parisi Francesco, “*Harmonization of European Private Law: An Economic Analysis*”, University of Minnesota, Law School, 2007, Minnesota Legal Studies Research Paper N. 07-41, pag. 11, che richiama H. Merryman, “*The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America*” (Stanford University Press, 1969).

Ed è per questo che tecniche comparative fra i risultati delle due discipline ⁵, possono dimostrarci come la discrepanza delle regole non rappresenti il principale ostacolo all'armonizzazione. Nel corso del tempo si è, inoltre, assistito ad un tendenziale adattamento da entrambe le parti. Il sistema continentale, per esempio, tende a conferire una sempre maggiore importanza alla parola del magistrato chiamato a giudicare. D'altro canto, nonostante una mancanza di pianificazione legislativa, il complesso anglosassone sta sviluppando un progressivo assoggettamento agli atti legislativi ⁶, levigando il principio di "inflexibilità" dei precedenti giudiziari tramite la possibilità di "differenziare" ogni caso e considerarlo come a se stante.

Osservando l'architettura delle disposizioni regolamentative da una prospettiva più banalmente nazionalistica, rimane vero che le regole che stanno alla base degli ordinamenti entrano a fondo nella società e, anzi, costituiscono le fondamenta dell'accettazione di determinati principi collettivamente rispettati dalla comunità cui appartengono. Negarli o ignorarli, nella progettazione di un diritto comune totalizzante, vorrebbe dire negare o ignorare i presupposti essenziali di un determinato modo di pensare ed agire.

Nei sistemi giuridici e stili giudiziari

Una conseguenza della divergenza tra i diversi ordinamenti presenti in Europa è una sostanziale fioritura di diversi stili di giudizio adottati dai giudici nei contesti nazionali. Van Caenegem⁷ individua tre stili principali, ciascuno con un accento diverso sulla figura del giudice come fonte di legittimazione nel processo. Innanzitutto, il sistema di derivazione romanistico-francese, che pone l'enfasi sul legislatore e il frutto del suo lavoro di codificazione; segue il sistema inglese, figlio del common law, che guarda

5. Bussiani Mauro e Mattei Ugo, "The common core approach to European Private Law", in The Columbia Journal of European Law, Vol. 3, 1997/98, pag. 339, *passim*.

6. Per esempio, l'*Unfair Contract Terms Act* (1977) e altri vari prodotti del potere legislativo.

7. R. C. Van Caenegem, "Judges, Legislators and Professors, Chapters in European Legal History", Cambridge University Press, 27 Nov 1992, *passim*.

all'autorità dei giudici e al valore dei precedenti nelle sentenze; a completare il quadro, infine, il sistema "germanico", con il suo *Bürgerliches Gesetzbuch*, che "sfrutta pienamente i contributi della dottrina"⁸, e che più si avvicina al primo stile citato, di derivazione mediterranea.

Ci sembra rilevante confrontare i diversi stili giudiziari per capire dove si celano le principali barriere all'armonizzazione. Il giudice di *mentalité* francese, nel formulare la sentenza in un processo, consulta il codice civile; quello inglese, invece, trae esperienza e delibera sulla base dei precedenti rinvenuti in cause simili. Quasi tutto, nella maniera adottata dai giudici per interpretare il loro ruolo nel procedimento giudiziario, appare diverso alla luce di un'analisi comparata dei diversi stili. Coperte sotto grevi strati di polvere millenaria, le sentenze dei giudici continentali si circondano di tecnicismi e parole ricercate, comprensibili, spesso, solo per chi è un esperto; gli inglesi preferiscono adottare un vocabolario chiaro, e uno stile lungo, facilmente decifrabile; i tedeschi, infine, raggiungono giudizi delineati da un sentiero razionale e logico con prove che non lasciano spazio al dubbio. Un'ulteriore nota va fatta a riguardo dello stile inglese e dell'atteggiamento lontano dalla riverenza e dal rispetto che i giudici anglosassoni dimostrano verso i giuristi, funzione chiave, spesso, nella formazione delle norme e dei codici. Markesinis⁹ ne fa, semplicemente, un fatto di *mentalité*.

Nelle procedure giuridiche

L'ultimo aspetto che mette in definitivo dubbio la possibilità di un'europeizzazione facilmente raggiungibile, si trova nell'applicazione pratica della dottrina del diritto privato. Il terzo momento della nostra analisi va a toccare, infatti, il campo del procedimento giuridico.

8. East Matthew, "La divergenza nel diritto contrattuale europeo e il suo significato per il processo di armonizzazione", nei lavori del seminario "Introduzione al diritto comparato" organizzato da Ziller, pag. 7.

9. Markesinis Basil, "A matter of Style", in *Law Quarterly Review*, n. 110, pag. 607 et Seq, 1994, *passim*.

Prima di tutto, occorre ricordare la sostanziale divergenza nel modo in cui i soggetti privati hanno diritto a ricorrere alla giustizia: disarmonie sostanziali, nonostante siano stati creati diversi momenti di incontro tra gli ordinamenti, permangono sui tempi dei processi o l'entità di spesa per le contese.

Secondo, è il modo in cui i processi sono interpretati e gestiti a creare la massima disarmonia fra sistemi. Ancora una volta, si presenta il classico schieramento *civil law* vs. *common law*. Le regole del *civil law* indicano che, nel processo, è il giudice a imporsi come la figura più di spicco e più marcatamente importante, in quanto unica capace di dirimere la questione e dare un giudizio equo e bilanciato sui fatti. Il sistema imposto dal *common law* pone, invece, in una singola udienza con durata variabile, il *princeps fori*, l'avvocato, quale figura adatta a dare voce allo scontro fra i due contendenti e portare alla luce l'evidenza dei fatti. Siamo di fronte all'ennesima incompatibilità, questa volta riguardante i metodi di esecuzione della procedura giuridica.

Gli ostacoli alla costruzione di un diritto europeo comune sono, come si è visto, molteplici e la strada non sembra per nulla agevole. Trasformare le tradizioni per impiantarne di nuove richiederebbe un lavoro di conversione immane e difficile e resterebbe, comunque, il dubbio di un fallimento. Se non si riuscisse a diffondere un nuovo tipo di cultura totalizzante, che abbracci ogni aspetto di quelli fino ad ora trattati, verremmo sostanzialmente schiacciati da un'inefficienza di mercato dilagante, in cui i costi di transazione si moltiplicano senza posa. Tuttavia, ci sembra che, con il tempo, questo *status quo* di divergenza si sia, per certi aspetti, appianato: troviamo una mutua compartecipazione che ha visto singoli paesi fare propri determinati presupposti comunitari, contemporaneamente a un processo inverso, in cui principi nazionali hanno ispirato la produzione normativa europea. Il tutto è risultato, per certo, uno strumento di arricchimento vicendevole a cui, tuttavia, occorre ancora una linea di strutturazione solida. L'attuazione di un ben delineato coordinamento ha trovato, così, la sua possibile realizzazione in quello che viene considerato il "processo di armonizzazione" del regime contrattuale europeo. Per comprendere più chiaramente ciò di cui stiamo parlando (e parleremo in seguito), possiamo ora a definire il concetto di armonizzazione nello specifico contesto europeo.

Definizione di Armonizzazione

Abbiamo visto in precedenza che la ragione per cui l'Unione Europea avanza un piano di ravvicinamento del diritto è prevalentemente economica: la costruzione di un mercato comune con un ridotto incidere dei costi di transazione rappresenta uno strumento per creare un spazio commerciale coeso fra i paesi della Comunità.

Ci sembrano assai rilevanti alcuni stralci dell'articolo 14¹⁰ della versione consolidata del Trattato che istituisce la Comunità Europea, i quali ci suggeriscono che, proprio al suddetto fine, l'armonizzazione rappresenta un mezzo giuridico essenziale di cui l'UE è autorizzata a servirsi. Essa prevede un coordinamento fra le diverse legislazioni: stabilito uno scopo comunitario, oltre le barriere nazionali, l'armonizzazione di leggi e norme serve ad identificare questo obiettivo e ad avvicinarvisi. In questo senso, l'armonizzazione è sentita come il *“progressivo riavvicinamento delle legislazioni degli Stati membri della Comunità al fine di eliminare ogni ostacolo tecnico, amministrativo o normativo alla libera circolazione delle merci e delle persone.”*¹¹ Intendiamo così non una omogeneizzazione fedelissima di ogni settore del diritto, ma uno smussamento sostanziale che rimuova le discrepanze più incisive e nocive all'europeizzazione, capaci di impedire la convergenza ed il funzionamento del mercato o di snaturare la libera concorrenza per aziende e clienti.

Il legislatore comunitario si serve senza distinzioni dei termini “riavvicinamento” o “unificazione” quali sinonimi di armonizzazione; in realtà, adottando un atteggiamento più squisitamente giuridico, vediamo come queste parole siano connotate da un significato ben diverso. Il concetto di riavvicinamento richiama un vasto *range* di strumenti, tra cui specificamente la direttiva, di cui servirsi per giungere ad una compatibilità legislativa sovranazionale concorde alle intenzioni della Comunità.

10. Versione consolidata del Trattato che istituisce la Comunità Europea, (GUCE C 325 del 24/12/2002). Articolo 14. *“1. La Comunità adotta le misure destinate all'instaurazione del mercato interno (...) 2. Il mercato interno comporta uno spazio senza frontiere interne, nel quale è assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali secondo le disposizioni del presente trattato; 3. Il Consiglio, deliberando a maggioranza qualificata su proposta della Commissione, definisce gli orientamenti e le condizioni necessari per garantire un progresso equilibrato nell'insieme dei settori considerati.”*

11. Tratto da Edizioni giuridiche Simone – Dizionari Online.

L'unificazione, al contrario, si focalizza sui regolamenti, il mezzo coattivo per eccellenza dell'Unione ed immediatamente valido nell'architettura di ciascun membro.

La direttiva, in questo senso invece, “ (...) consente un certo grado di flessibilità, per integrare le disposizioni comunitarie agli istituti, ai concetti giuridici, all'ordine sistematico, nonché alla cultura e alla tradizione giuridica costituenti l'ordinamento all'interno del quale le norme comunitarie dovranno operare.”¹²

Processi di europeizzazione

Passiamo ora ad analizzare più nello specifico gli strumenti di cui servirsi per attuare il processo di “armonizzazione”: come realizzarla?

Molte sono le variabili da considerare nel disegno europeo: “(...) la necessità dell'intervento, la precisazione dei limiti oggettivi e soggettivi, l'indicazione circa la scelta degli strumenti giuridici attuativi, le ripercussioni e la vincolatività rispetto all'ordinamento giuridico vigente negli Stati membri.”¹³ Per quanto riguarda la situazione attuale, notiamo che l'intento dell'Unione è stato finora indirizzato, con un approccio variegato e per nulla schematico verso la legislazione, all'abbattimento dei principali limiti ed impedimenti alla formazione di un mercato unico, inizialmente colmo di disarmonie incompatibili. Ci sembrano rilevanti, a tal proposito, l'art. 94 - sul riavvicinamento delle legislazioni - e l'art. 249 - che elenca le fonti e l'ordine degli strumenti giuridici di cui l'Unione si può servire -. Entrambi sono presi dal Trattato Istitutivo della Comunità Europea¹⁴ .

12. Troiani Umberto, “Verso un diritto contrattuale europeo Il processo di armonizzazione delle regole e l'individuazione di principi ordinanti nei lavori della Commissione UE”, Università degli Studi Roma Tre, Scuola Dottorale “Tullio Ascarelli”, Sezione di Dottorato di Ricerca in Consumatori e Mercato, XX Ciclo, 2008, pag. 24.

13. Vedi Sopra, Nota 12, pag 65.

14. Trattato Istitutivo CE, 1957.

Articolo 94. “Il Consiglio, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo e del Comitato economico e sociale, stabilisce (...)”

A completare e rendere più moderno il quadro degli strumenti presi in considerazione, il comma 1 dell' articolo I-33 della Costituzione UE¹⁵ introduce una nuova terminologia e riconosce, con esclusiva originalità, gli atti legislativi e gli atti non legislativi.

Ordiniamo, qui di seguito, il quadro presentato nelle note, attuando un mutuo riconoscimento fra gli strumenti citati. Identifichiamo, come atti legislativi, la legge europea, costituzionalmente tradotta nel regolamento, e la legge quadro, ora identificata nella direttiva. La legge europea, secondo l'impostazione del regolamento, si adotta senza recepimento presso l'ordinamento di ogni Stato membro. La legge quadro, proprio come la direttiva, precisa gli intenti, lasciando un margine di discrezionalità alle nazioni riguardo il modo di attuazione.

14. (continua) (...) direttive volte all' avvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri che abbiano un'incidenza diretta sull'instaurazione o sul funzionamento del mercato comune.”

Articolo 249. “Per l'assolvimento dei loro compiti e alle condizioni contemplate dal presente trattato il Parlamento europeo congiuntamente con il Consiglio, il Consiglio e la Commissione adottano regolamenti e direttive, prendono decisioni e formulano raccomandazioni o pareri. Il regolamento ha portata generale. Esso è obbligatorio in tutti i suoi elementi e direttamente applicabile in ciascuno degli Stati membri. La direttiva vincola lo Stato membro cui è rivolta per quanto riguarda il risultato da raggiungere, salva restando la competenza degli organi nazionali in merito alla forma e ai mezzi. La decisione è obbligatoria in tutti i suoi elementi per i destinatari da essa designati. Le raccomandazioni e i pareri non sono vincolanti.”

15. Costituzione Europea. Parte I - Titolo V: Esercizio delle competenze dell'Unione. Capo I – Disposizioni comuni. Articolo I-33: Atti giuridici dell'Unione. “Le istituzioni, per esercitare le competenze dell'Unione, utilizzano come strumenti giuridici, conformemente alla parte III, la legge europea, la legge quadro europea, il regolamento europeo, la decisione europea, le raccomandazioni e i pareri. La legge europea è un atto legislativo di portata generale. È obbligatoria in tutti i suoi elementi e direttamente applicabile in ciascuno degli Stati membri. La legge quadro europea è un atto legislativo che vincola tutti gli Stati membri destinatari per quanto riguarda il risultato da raggiungere, salva restando la competenza degli organi nazionali in merito alla scelta della forma e dei mezzi. Il regolamento europeo è un atto non legislativo di portata generale volto all'attuazione degli atti legislativi e di talune disposizioni specifiche della Costituzione. Può essere obbligatorio in tutti i suoi elementi e direttamente applicabile in ciascuno degli Stati membri, oppure vincolare lo Stato membro destinatario per quanto riguarda il risultato da raggiungere, salva restando la competenza degli organi nazionali in merito alla scelta della forma e dei mezzi. La decisione europea è un atto non legislativo obbligatorio in tutti i suoi elementi. Se designa dei destinatari, essa è obbligatoria soltanto nei confronti di questi. Le raccomandazioni e i pareri non hanno effetto vincolante.”

Gli atti non legislativi registrati sono il regolamento europeo (da non confondere con l'attuale definizione di legge europea), la decisione, le raccomandazioni e i pareri.

Il regolamento europeo concretizza gli atti legislativi e varie altre delibere costituzionali mantenendosi su un terreno generico. Le decisioni sono un atto non legislativo, ma vincolante e si rivolgono sia a soggetti incaricati specifici (come nel citato art. 249), sia a soggetti generali (secondo la nuova definizione della Costituzione UE). Sono "*obbligatorie in ogni elemento*"¹⁶.

Passando agli atti non legislativi e non vincolanti, continuiamo con le raccomandazioni, che fungono da esortazione al destinatario a svolgere il proprio compito o a comportarsi in un certo modo; infine, i pareri, immediata esplicitazione di un determinato giudizio o presa di posizione dell'organo da cui sono emessi, a proposito di un *topic* determinato.

Dopo questa carrellata di definizioni, presentata in un'ottica evolutiva, occorre concentrarsi sull'area di dibattito più viva, ovvero in che modo adoperare gli atti forniti da trattati e Costituzione. Nel processo di attuazione dell'intento europeo, la questione si focalizza sul grado di intervento della Comunità: fino a che punto è indispensabile incidere sui singoli membri con strumenti coattivi e autoritari di stampo sovranazionale? E dove, invece, conviene intervenire con artifici non obbligatori e tecniche discrezionali, lasciando a ciascuna entità la scelta più giusta e un campo di azione ed interpretazione più soggettivo? Ed, infine, è possibile un ibrido fra queste due soluzioni di sentore estremo?

La questione è rilevante: le conseguenze di un inadeguato modo di agire potrebbero, senza dubbio, ricadere su un'inefficienza delle transazioni internazionali. Accettando una discrezionalità nazionale si rischia che le diversità singole si intralcino le une con le altre, quando chiamate in causa: un chiaro esempio è la contrapposizione tra clausole contrattuali considerate convenzionali in un determinato contesto e, allo stesso tempo, estranee ad un altro. La disarmonia fra le prassi nazionali potrebbe spingere, quindi, ad un determinante insorgere di costi transattivi (derivanti da informativa ed eventuali contese) e, drasticamente, ad un fallimento dell'accordo.

Nella realtà dei fatti, il dissenso si sostanzia in due schieramenti: una parte degli studiosi sostiene una codificazione totale del diritto europeo, mentre un secondo

16. Sintesi della legislazione dell' UE, tratto da Europa.eu.

schieramento non giudica una legislazione totalizzante essenziale o comunque decisiva per attuare il ravvicinamento comunitario. Si vengono a scontrare, guardando ai modelli dottrinali, i metodi di *hard law* e *soft law*. Vedremo meglio in seguito in cosa si sostanziano questi due approcci nel contesto europeo, ma ci sembra assolutamente utile distinguere, qui, fra il ruolo dell' *hard law*, essenziale per costituire una salda organicità nel processo, e quello del *soft law*, mirato al coordinamento graduale fra nazioni con un più ampio confine di libertà e decisione. Nel corso storico del dibattito, queste due posizioni sono sembrate da sempre coinvolte in un "duello fra spadaccini al buio", assolutamente esclusive. Tuttavia, ad un più attento esame, potremmo pensare che queste due facce contrapposte possano, in realtà, dimostrarsi complementari ed entrambe necessarie per l'europeizzazione.

Hard law

L'*hard law* rappresenta il meccanismo più invasivo di armonizzazione, che si serve di trattati, norme e leggi categoricamente improrogabili (le cosiddette "*mandatory laws*") per imporsi come una spada di Damocle sugli ordinamenti nazionali. In questo metodo rientrano, quindi, l'armonizzazione tramite direttive o codificazione.

Il processo di europeizzazione del diritto contrattuale europeo tramite direttiva ci appare inadatto ad affrontare la plausibile serie di difficoltà e critiche che possono derivare dalla sua attuazione. La direttiva risponde ad un intento economico pragmatico, quello di impiantare un principio, lasciando al singolo Stato il compito di elaborare una disciplina adatta a situazioni più definite. Alla luce di ciò, tale procedimento normativo mal si presta a livellare le discrepanze tra gli ordinamenti considerati. La direttiva, emanata a livello europeo, deve essere recepita da ogni nazione membro: questo secondo *step*, nel processo legislativo, potrebbe risultare fonte di una divergenza ulteriore o, comunque, non capace di estinguere la radice dell'incongruenza. La direttiva appare di per sé frammentaria, adatta solamente a richiamare un regime di armonizzazione minimo ed incapace di fornire un disegno organico e metodico. Il risultato, ben prevedibile, è una serie di lacune, doppioni ed antinomie che altro non fanno che interferire con gli intenti iniziali.

Un esempio di incongruenza palpabile, fornito da questo strumento, è la discordanza fra le caratteristiche e gli scopi delle direttive stesse, confrontate nel corso del tempo. Nell'ambito del diritto dei consumatori, gli atti più lontani, scarni di regole, si concentrano sul riconoscere degli standards di tutela aggiuntivi rispetto a quelli già compresi nei singoli sistemi giuridici ¹⁷ ; le più recenti direttive, invece, risultano più minuziose ed esaurienti sia in merito al momento pre-contrattuale che a quello finale, con particolare attenzione e scopo disciplinante verso l' argomento e la sostanza dell'accordo scritto. Incongruenze di questo genere, che lasciano carenze di chiarezza fra i provvedimenti nel tempo, spingono a considerare la direttiva un mezzo per nulla idoneo alla realizzazione degli scopi. L'incentivo è, quindi, quello di valicare i limiti di uno strumento incompleto e disomogeneo e guardare ad una prospettiva più globale.

Un altro meccanismo di *hard law*, maggiormente acclamato dal coro di giuristi internazionali, è la codificazione: esso viene considerato un efficace ed efficiente strumento per il raggiungimento degli intenti. Un codice europeo presenta il principale beneficio di dispensare dai costi di transazione, bestia nera del reticolato sistema legislativo occidentale; esso, comunque, necessita di una costruzione graduale necessariamente ben strutturata. Il codice sembra una solida alternativa nello scenario dei procedimenti; è indispensabile, però, che le norme presenti nella fonte siano quelle davvero essenziali. Parliamo qui di standards più che di regole, della cui differenza avremo modo di discorrere, a lungo, più in là.

Vediamo, ora, di approntare un'analisi più puntuale di ciò che l'attuazione di un codice richiede. Innanzitutto, esso implica un percorso di pianificazione, stesura e impiego finale: un totale di costi amministrativi non certo esiguo. La questione diventa più cruciale quando ci spostiamo a considerare quali effetti deterrà il codice sulla normativa europea vigente. Con tutta probabilità, una codificazione avrebbe la conseguenza di non appianare gradualmente le divergenze esistenti fra gli ordinamenti, ma di sradicarle in modo brusco e compatto, sostituendo una europeizzazione di estrema *hard law* di cui difficile ci sembra evidenziare la coerenza sostanziale.

17. Possiamo citare il diritto di recesso, *jus poenitendi*, entro un determinato lasso di tempo dalla conclusione del contratto.

Verrebbero così a formarsi una cultura e un'identità di valori sovranazionali imposte e sovrapposte a millenni di tradizione giudiziaria e contrattuale, probabilmente non accettate in pieno dai singoli soggetti.

Un secondo spunto di riflessione è dato da una considerazione ragionata degli effetti che le disarmonie a livello "interpretativo" di legge possono apportare: ad un codice unico nella teoria, probabilmente, non corrisponderebbe una medesima coerenza di comportamenti attuati nella realtà. Si rischia che, al momento dell'attuazione, durante un procedimento giudiziale, un personale e nazionalmente sordo metodo di tradurre e giudicare la norma scritta porti ad una ulteriore incapacità di uniformità. Senza un'opera di trasformazione coordinata del sistema, nascerebbero ulteriori costi transattivi al fine di dirimere le questioni internazionali.

Terzo e ultimo punto di discrepanza negli ordinamenti: i procedimenti giuridici. Senza un "(...) *sistema armonizzato di applicazione, esecuzione e sanzione della legge*" e, quindi, una "*armonizzazione delle procedure giuridiche civili*" ^{3b}, una codificazione europea risulterebbe vana e inefficace.

I fattori portati finora alla nostra attenzione ci inducono a pensare che, nella realtà, un codice non sarebbe benevolmente accolto nel contesto considerato e, in più, finirebbe per colpire la capacità nazionale di gestione riguardo all'applicazione, interpretazione e attuazione della legge stessa. Se davvero si volesse optare per una soluzione di codificazione, occorrerebbe, almeno, gettare le basi per una tradizione contrattuale europea al fine di favorire la convergenza verso i tre pilastri di cui a lungo già trattato: "*regole, stili e procedure giuridiche*" ^{3a}. Solo in questo modo potremmo iniziare a pensare ad un disegno ragionevole e concretizzabile di codificazione del diritto contrattuale europeo.

Soft law

Preso coscienza delle difficoltà evidenti che un sistema di *hard law* come la codificazione presenta, rivolgiamo l'attenzione ad un altro tipo di meccanismo finalizzato alla nostra armonizzazione: i fenomeni di *soft law* hanno una natura non

3b. Vedi Nota 3a, pag. 13.

vincolante nell'imporre i propri dettami sul soggetto a cui si rivolgono. Differentemente dai metodi di *hard law*, che vengono introdotti dalle autorità di competenza e sono dotati di efficacia diretta, questi meccanismi presentano caratteristiche di formalità lontane da quelle dei trattati internazionali. Nell'ambito del processo di armonizzazione europea, hanno già trovato sbocco strumenti volti a fondare, prima di tutto, una tradizione contrattuale sovranazionale: i fenomeni di *soft law*, infatti, potrebbero essere impiegati per costruire una edificante "formazione" europea. Nel novero dei mezzi già implementati, dobbiamo considerare i libri *cross-border* o la funzione che le Università e gli Istituti di istruzione sono in grado di svolgere: formare esperti del domani capaci di agire, con un atteggiamento più cosmopolita, in un contesto giuridico non limitatamente nazionale. E' fondamentale che il *soft law* realizzi quello che l' *hard law* non è in grado di fare: creare un fondamento per l'europeizzazione, aiutando i giudici stessi ad un impiego del diritto comparato più frequente e più spontaneo.

Prescindendo dalla specifica situazione europea, l'esempio americano sembra essere il più vicino. Gli Stati Uniti d'America, pur in un conglomerato di Stati diversi tra loro per dimensione e cultura, rimangono una Federazione: non esiste un completo procedimento di armonizzazione statunitense, ma il diritto federale, perlomeno, è uno strumento proattivo, studiato e attuato. Il prodotto statunitense più concreto è l'*Uniform Commercial Code* (UCC), una fonte di normative federali redatte per gestire contratti sovranazionali. L'incapacità europea di creare un regime contrattuale europeo sostanziale è, invece, resa lampante dall'assenza di un *European Contract Code* (ECC) ¹⁸, progetto di cui a lungo discusso, ma che non ha trovato ancora, e come precedentemente accennato, una totale realizzabilità.

La concentrazione degli sforzi si è, pertanto, diretta su altri meccanismi di *soft law*. Forniamo qui, con riserva di approfondirle in seguito, alcune dimostrazioni della rotta europea di approccio più mitigato. Produzione della Commissione Lando e del Parlamento UE, coordinati dal 1980 in poi, i PECL, *Principles of European Contract Law*, sono una traccia di questo lavoro, seguiti da passi come la creazione dell'*Accademia dei giusprivatisti europei*.

18. Ruscalla Gabriele, "Soft law e hard law per armonizzare: Alla ricerca di regole comuni nei commerci internazionali", in *Diritto internazionale dell'Economia*, Bocconi 2011, *passim*.

Qui di seguito, facciamo accenno al successivo DCFR, il *Draft Common Frame of Reference*, suggerito dalla Commissione nel 2001, come strumento atto non alla codificazione, ma alla considerazione dell'architettura giuridica vigente e alla predisposizione per le successive iniziative nell'ambito del diritto contrattuale.

Ci è, qui, utile una breve riflessione finale sui metodi che abbiamo individuato poco sopra, che rappresentano i sostanziali strumenti di cui l'uropeizzazione può servirsi nel suo percorso. Consideriamo gli organi UE attori molto importanti nel processo che va a decidere sui meccanismi tramite cui utenti e venditori negoziano: una loro disposizione su un determinato obbligo di informativa dovrà essere necessariamente seguita da metodi di controllo. Questi saranno mirati a garantire il rispetto della legge non per incutere la paura di una sanzione giuridica, ma per tutelare la fattività della disposizione e delineare un chiaro quadro di responsabilità. In questo senso, il modello di *soft law* arriva dove l'*hard law* fallisce, ovvero nel condizionare intensamente l'efficacia del progetto di riavvicinamento del diritto europeo.

Possiamo pensare, ancora, al caso in cui non esista del tutto un certo tipo di dottrina di grado comunitario riguardo uno specifico settore, pur esistendo, sullo sfondo, degli intenti di riavvicinamento e armonizzazione. L'esempio concreto è fornito dalla disciplina dei contratti di locazione: per questa è assente un obiettivo formale di europeizzazione, ma esistono comunque dei principi comuni, intenti regolativi e una *policy* di uguaglianza che rimandano a sottolineare l'esigenza di un ampio disegno di coordinazione europea, in modo non vincolante.

Il diritto contrattuale europeo: origini, obiettivi e strumenti

Il diritto e la tutela dei consumatori

Rivolgiamo una particolare attenzione al diritto privato dei consumatori, fulcro del processo di armonizzazione comunitaria.¹⁹ Esso rappresenta un settore di ampia significatività nel mercato interno che necessita, per la sua corretta attività, di una convergenza europea della normativa nazionale. Finora, la visione del legislatore è stata approntata alla creazione di uno spazio contrattuale non lacunoso o inadatto al mercato transfrontaliero, in cui il consumatore fosse minimamente spinto a decisioni irragionevoli o incoscienti; cause, queste, di sostanziali inefficienze negli scambi. Il modello teorico ha portato alla definizione di strumenti legislativi specifici per settore (su: contratti di vendita di beni di consumo, condizioni illecite, contratti negoziati all'esterno dei locali commerciali, etc.), retti da valori di chiarezza, comprensibilità ed esaustività e fonti di tutela omogenea per l'utente.

19. Citiamo ad esempio:

Direttiva 1999/44/CE: su vendita e garanzie dei beni di consumo;

Direttiva 93/13/CEE: su clausole abusive;

Direttiva 90/314/CEE: su viaggi, pacchetti e circuiti "tutto compreso";

Direttiva 85/577/CEE: su tutela dei consumatori qualora i contratti siano negoziati fuori dei locali commerciali;

Direttiva 87/102/CEE: su credito al consumo, e successive 90/88/CEE e 98/7/CE;

Direttiva 97/7/CE: su protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza;

Direttiva 94/47/CE: su la tutela dell'acquirente nell' acquisto di un diritto di godimento a tempo parziale di beni immobili;

Direttiva 2002/65/EC: su vendita a distanza di servizi finanziari.

A tal fine, l'articolo 153²⁰ del Trattato che istituisce la Comunità Europea offre un delineato quadro delle azioni e dei compiti degli organi comunitari. Uno degli intenti essenziali della Comunità, volto a promuovere un sistema di relazioni efficace e corretto nel mercato comune, è proprio alimentare, nelle transazioni transfrontaliere, la sicurezza degli utenti attraverso ragguardevoli standards di tutela del consumatore. L'ostacolo principale negli scambi sovranazionali è la spesso incompatibile congerie di ordinamenti interni aventi caratteristiche e sistemi di tutela propri; un risultato, questo, raggiunto a causa di una politica di direttive, che ha lasciato ampio raggio, ai singoli governi, di stabilire dettami più o meno vantaggiosi per gli utenti rispetto al contesto europeo. Il tutto viene reso più complesso dalle caratteristiche proprie delle normative stesse, assolutamente imperative e mal disposte ad armonizzarsi in un contesto più ampio. A questo pro, le numerose Comunicazioni della Commissione Europea, nel corso degli anni 2000 - su cui ci soffermeremo successivamente - hanno ripreso e sottolineato più volte l'importanza di un riavvicinamento fra le disposizioni riguardo la tutela dei consumatori: un obiettivo che presupporrebbe la convergenza dei singoli sistemi attraverso lo smussamento delle incongruenze e delle lacune. Nella concretizzazione delle aspettative, occorrerà, quindi, un lavoro atto a capire se le norme e direttive fino ad ora approvate siano in linea con gli scopi degli organismi UE; un'analisi approfondita, questa, che dovrà partire dal contenuto delle disposizioni finanche al modo in cui esse sono state recepite e diffuse nei diversi settori del mercato.

20. Trattato che istituisce la Comunità Europea (versione consolidata), 24/12/2002. Titolo XIV - Protezione dei Consumatori: Articolo 153. *“Al fine di promuovere gli interessi dei consumatori ed assicurare un livello elevato di protezione dei consumatori, la Comunità contribuisce a tutelare la salute, la sicurezza e gli interessi economici dei consumatori nonché a promuovere il loro diritto all'informazione, all'educazione e all'organizzazione per la salvaguardia dei propri interessi. Nella definizione e nell'attuazione di altre politiche o attività comunitarie sono prese in considerazione le esigenze inerenti alla protezione dei consumatori*
La Comunità contribuisce al conseguimento degli obiettivi di cui al paragrafo 1 mediante:
a) misure adottate a norma dell'articolo 95 nel quadro della realizzazione del mercato interno,
b) misure di sostegno, di integrazione e di controllo della politica svolta dagli Stati membri.
Il Consiglio, deliberando secondo la procedura di cui all'articolo 251 e previa consultazione del Comitato economico e sociale, adotta le misure di cui al paragrafo 3, lettera b).
Le misure adottate a norma del paragrafo 4 non impediscono ai singoli Stati membri di mantenere o di introdurre misure di protezione più rigorose. Tali misure devono essere compatibili con il presente trattato. Esse sono notificate alla Commissione.”

In questo senso, una riflessione che ci rende le fila del discorso immediatamente comprensibili, è quella rappresentata dall'incongruenza fra le discipline nazionali sulle clausole contrattuali. Si rischia che un quadro di europeizzazione totale possa far regredire il grado di tutela dei consumatori, sviluppatosi, finora, in modo assai differente per esperienza nazionale. Nei contratti assicurativi, ad esempio, le clausole sono estremamente rilevanti: cambiare il sistema potrebbe sfavorire entrambe o una sola delle parti coinvolte nelle transazioni. Inoltre, qualora si eliminasse o definisse illegale, nell'ordinamento europeo, una determinata clausola, occorrerebbe contestualmente analizzare che effetti questo provvedimento potrebbe causare nel settore del diritto contrattuale interno.

Stesso discorso possiamo intraprendere per ambiti come l'inosservanza contrattuale: definire un assetto normativo che operi a livello sovranazionale su tale materia, non potrà mai essere condivisibile fino a che continuerà ad esistere un altro con portata nazionale. Di conseguenza, si creerebbero delle situazioni in cui disposizioni negoziali interne, discordi da quelle comunitarie, potrebbero venire marcate come nulle e creare un'ambiguità di fatto. Per queste motivazioni, è stata condivisa la possibilità di un'alternativa al principio di riavvicinamento totale. E' stato pensato, infatti, di introdurre la condizione di mutuo riconoscimento, secondo cui ogni paese membro dell'Unione si impegna a riconoscere " (...) *prodotti legalmente o lealmente fabbricati negli altri Stati membri, anche se secondo prescrizioni diverse da quelle nazionali, purché i prodotti in questione rispondono in maniera adeguata alle esigenze normative dello Stato importatore (...)* " ¹¹. Per questo motivo, nel momento in cui le avvisaglie di un piano di armonizzazione massima rischiano di stravolgere la tradizione normativa degli ordinamenti, si preferisce ricorrere ad una soluzione che rispetti la condizione vigente e dia priorità all'attuale assetto regolativo in materia. Tale idea si basa su una regola secondo la quale, in un ordinamento, non può essere proibita la vendita di prodotti provenienti da un'altra realtà statale, sia la natura di questi beni comunque legale. A questa disposizione si accompagna una limitazione nel senso in cui, qualora non esista una normativa superiore ed in condizioni tecnicamente molto rigide, lo Stato in questione potrebbe essere autorizzato ad introdurre una propria disciplina restrittiva per la circolazione di determinati beni o la fornitura di servizi. In ogni caso, il principio di mutuo riconoscimento assicura la concorrenza commerciale e rappresenta un elemento determinante nella libera circolazione delle merci. Esso, comunque,

rimane un concetto particolarmente delicato, alla luce del fatto che non è generalmente uso a disciplinare il settore contrattuale, portando con sé la conseguenza di una possibile penuria di informativa. Il discorso è delicato: se non si diffondono dei sistemi capaci di invogliare gli Stati alla confidenza reciproca e non si riesce a trasformare il principio di mutuo riconoscimento in un fattore integrativo al processo di europeizzazione contrattuale, si rischia che, come è già successo, molte realtà si astengano dall'introdurre i propri beni e servizi nel mercato internazionale. In una concezione coerente e dinamica del diritto contrattuale europeo, invece, il principio di mutuo riconoscimento si accompagna perfettamente alle singole architetture governative in un background legislativo di coordinamento comunitario. Se volessimo entrare ancor più nel particolare delle difficoltà insorte in ambito negoziale, alla luce del processo di armonizzazione, il caso della responsabilità derivante da vizi del prodotto riesce di aiuto. Pur prefissato come oggetto di una direttiva volta al riavvicinamento totale, questo argomento mal si è prestato ad un regime così incalzante: è stato impossibile, infatti, negare l'applicabilità di disposizioni in materia già esistenti, capaci di fornire una più ampia tutela per gli utenti. Lo stesso articolo 13²¹ della Direttiva del 1985 ha, così, chiarito questo nodo.

21. Direttiva CEE/CEEA/CE n. 374 del 25/07/1985, relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri in materia di responsabilità per danno da prodotti difettosi.

Articolo 13. *“La presente direttiva lascia impregiudicati i diritti che il danneggiato può esercitare in base al diritto relativo alla responsabilità contrattuale o extracontrattuale o in base ad un regime speciale di responsabilità esistente al momento della notifica della direttiva.”*

Vediamo, adesso, di trasformare in numeri i dati e le informazioni che abbiamo presentato finora nel testo, al fine di delineare un panorama completo della significatività delle disposizioni in materia contrattuale.

Riprendiamo qui di seguito parte della tabella riassuntiva che il Parisi presenta nel suo *Harmonization of European Private Law: An Economic Analysis* ²².

Codes	Contracts and Sales
French Civil Code of 1804	387 (A)
Italian Civil Code of 1865	275 (B)
German Civil Code of 1900	273 (C)
Netherlands Civil Code of 1990	277 (D)
Israeli Civil Code (Draft 2004)	385 (E)
European Civil Code (Draft 2004)	267 (F)

- A) Articoli 1101-1369 e 1582-1701 del *Code Civil* francese
- B) Articoli 1097-1139, 1157-1377 e 1447-1548 del *Codice Civile* italiano
- C) Sezione 241-514 del *Bürgerliches Gesetzbuch* tedesco
- D) Articoli 6:1-161, 213-279; 7:1-5 del *Netherlands Civil Code*
- E) Articoli 114-228, 241-435, 498-520 e 520-575 della bozza del *Civil Code of Israel*
- F) Libro II, Capitoli 2-8L; Libro III, Capitolo 1-2; Libro IV, Capitoli 1-2 Dal Giugno 2004 , dall' *European Civil Code Draft*

La tabella ci riporta il numero di disposizioni impiegate nei singoli Codici per un determinato settore del diritto. Il prospetto originale aggiunge anche altre aree specifiche come il diritto di proprietà o le successioni; tuttavia, abbiamo deciso di richiamare solo la colonna relativa al diritto dei contratti e delle vendite in quanto particolarmente rilevante ai fini della nostra analisi. Intuitivamente, si può dedurre che più alto è il numero di *provisions* atte a disciplinare questo settore, più profondo è il livello di particolarità che il potere legislativo ha voluto adottare.

22. Vedi Sopra, Nota 4, pag. 14-15

Vediamo che il primato per il numero maggiore di disposizioni va al *Code Civil* francese e al *Civil Code of Israel*, che superano di più di un centinaio di norme il resto degli ordinamenti considerati. Francia e Israele, infatti, avendo ancora prima della redazione dei loro Codici una cultura economica già stratificata, dimostravano una forte tradizione commerciale; gli altri paesi, invece, e l'apparato europeo soprattutto, vedono il codice come un mezzo per arrivare ad un parto organico e coerente del sistema giurisprudenziale del diritto di interesse. Con il fine della minore specificità di una dottrina contrattuale perfettamente aderente ai rapidi cambiamenti del settore, l'ordine comunitario si volge soprattutto alla convergenza della terminologia e delle eterogeneità proprie di ogni ordinamento normativo nazionale. Ecco, quindi, spiegato il motivo di un numero di disposizioni che non equivale per nulla alla mera somma algebrica delle parti, ovvero delle *provisions* dei singoli Stati; esso è, infatti, decisamente minore.

Il nuovo ruolo delle associazioni di categoria

Nell'eterogeneo panorama europeo, al fine di delineare chiaramente il contesto da cui partire per sviluppare una linea di azione corretta e coerente con gli obiettivi dell'Unione, occorre prendere coscienza di quelli che sono gli attori attivi nel processo di armonizzazione. Ci sembra rilevante accennare al cambiamento che si sta verificando nel procedimento di elaborazione della dottrina specificamente contrattuale: assumono un ruolo sempre più imponente alcuni nuovi soggetti come le associazioni di categoria. Esse ricoprono una funzione di difesa e riguardo verso una fetta di interessi condivisa da un certo gruppo sociale, come i consumatori o le aziende, e si occupano di prendere parte al processo legislativo del diritto dei contratti in modo progressivamente significativo. Quello che occorre capire è che, innanzitutto, il diritto dei consumatori è un settore molto vicino alla quotidianità dei soggetti comunitari e, come tale, coinvolgendo diverse tradizioni legislative, necessita di una particolare attenzione.

Guardando alla funzione che le associazioni hanno ricoperto finora nella storia contrattuale italiana, possiamo notare come esse abbiano partecipato alla creazione, contrattata e dibattuta, di disposizioni volte a condizionare il riavvicinamento sovranazionale. In questo modo, ricoprendo sempre più spesso la funzione “legislativa”, esse sono diventate artefici di norme che vanno ad influenzare massicciamente il modo in cui il principio privato della scelta della legge applicabile viene adoperato. Esistono, ad esempio, casi in cui gruppi di categoria, propri di singoli ordinamenti, hanno dato un loro contributo al percorso dell’Unione, ma la realizzazione di contratti “tipo” usufruibili dal pubblico comunitario privato non è ancora diventata una politica strutturata delle associazioni, anche se presente negli intenti teorici.

Figurano, comunque, pareri contrastanti: alcuni professionisti ed esperti, addirittura, difendono l’eterogeneità legislativa in quanto patrimonio nazionale da salvaguardare. Ci sono, poi, le associazioni dei consumatori, che hanno un’idea variegata di quale dovrebbe essere, come dovrebbe svolgersi e a cosa dovrebbe puntare il loro compito, nel fenomeno armonizzazione. Il dibattito si snoda fra la possibilità di mantenere la varietà di ordinamenti, assicurandosi così una funzione intermediaria nella competizione fra assetti contrattuali, l’alternativa di interpretare un ruolo di garanti e difensori nelle transazioni o, infine, di diventare espliciti partecipanti attivi all’accordo. Il dubbio finale sorge quando ci si chiede fino a che punto queste associazioni siano rappresentative ed autorizzate a ricoprire un ruolo così massiccio e rilevante, sia esso di armonizzazione che di tutela della diversità. Il dilemma è già presente nella tradizione nazionale: un discorso ancora più complesso e delicato, quindi, va da farsi per l’esperienza sovranazionale.

Conseguenze dell’armonizzazione del diritto contrattuale

Consideriamo il disegno organico della struttura comunitaria: la prassi, la storia e la disciplina esistente in ciascun paese membro si incontrano con il piano europeo di

armonizzazione. Tramandate nei decenni, si rinviene la tradizione giuridica sovranazionale con quella dei singoli Stati ed, insieme a queste, spicca il taglio della Costituzione UE che, sommamente, difende e solidifica tale eredità.

Il percorso avviato dalle Istituzioni sovranazionali è indirizzato alla creazione di un diritto dei contratti comunitario, *“intendendo l’espressione nel senso più esteso, comprendente il diritto contrattuale del consumo, il diritto dei contratti commerciali e il diritto delle obbligazioni e della responsabilità che ne deriva”* ²³.

E’ una strada impervia e densa di incertezze, tra cui spicca il problema di come e cosa scegliere per la realizzazione del piano, una volta appurata l’effettiva influenza del cambiamento su ogni geometria nazionale. Prendiamo atto, innanzitutto, del fatto che il considerato settore del diritto europeo intende disciplinare uniformemente i contratti di beni e servizi, partendo dalla proposta dell’accordo ed abbracciando, in modo esauriente, anche il campo della responsabilità contrattuale. Questo processo di riavvicinamento si fa testimone primario del cammino europeo: l’attuazione di un’architettura sovranazionale solida e coerente non potrà avere luogo soltanto con dinamiche relazionali “spontanee”, ma attraverso un incisivo lavoro degli organismi UE. Se condotta nel modo adatto, tenendo conto di tutte le variabili, l’europeizzazione rappresenterà il momento di affermazione di un vasto canale di meccanismi di difesa a vantaggio del consumatore e sarà il principale referente dei singoli Stati. La totale realizzazione del percorso, almeno secondo la volontà della Commissione di creare un’egida contrattuale europea, sotto la quale cercare una visione comune e condivisa, si sposterà alla delineazione e diffusione di un “quadro generale di regole”, per unire, in maniera uniforme, tutta la dottrina specifica. Questo quadro non nasce con l’intenzione di una codificazione, ma con un intento pragmatico, di approccio orizzontale. L’intento suddetto ha visto il suo compimento nella redazione del cosiddetto: *“Quadro Comune di Riferimento”* (QCR), un espediente essenziale per delineare una nomenclatura omogenea nel settore contrattuale, oltre che fondamento per la formulazione di atti legislativi con valenza sovranazionale. Affronteremo in seguito il *Common Frame of Reference* con più analiticità.

23. Parere del Comitato Economico e Sociale in merito alla "Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento Europeo sul diritto contrattuale europeo" - (COM(2001) 398 def.), (2002/C 241/01).

Ci sembra, tuttavia, chiaro come, da questo tipo di rotta si evinca che, nell'ambito della redazione di una disciplina comune del diritto europeo, è ormai considerata un presupposto ed una condizione necessaria²⁴ la definizione di una terminologia diffusa e consolidata nel contesto comunitario. In mancanza di questa, specialmente nel settore contrattuale e nelle transazioni internazionali, l'insorgenza di una possibile sfiducia tra le controparti potrebbe rivelarsi quasi una certezza, a causa di un sostanziale *misunderstanding* nella terminologia o di un ammontare considerevole dei costi informativi necessari.

Secondo gli Istituti UE, un approccio volto a delineare un sistema giuridico omogeneo avrebbe la conseguenza di sopprimere questa diffidenza e, invece, incentivare lo scambio commerciale, migliorando il funzionamento del mercato e rendendolo più efficiente in termini di costi e tempistiche. Requisito primario, però, perché ciò avvenga è la consapevolezza dello *status quo* vigente nell'Unione: è bene, quindi chiarire, in via precipua, che significato hanno e come vengono adoperate le diverse terminologie giuridiche adottate dai singoli Stati.

Primi passi concreti verso l'armonizzazione

Intento di questo paragrafo è fornire una *overview* sostanziale della storia del processo di armonizzazione del regime contrattuale europeo. Guardando alle transazioni sovranazionali, non possiamo tralasciare i primi tre comma dell'articolo 3 della Convenzione di Roma²⁵, considerata un atto legislativo che ha saputo unire, almeno su un fronte comune, anche se particolarmente generico, l'impostazione del diritto dei contratti a livello comunitario. Secondo tale articolo, il giudizio di discrezione secondo cui applicare una determinata disposizione nella relazione contrattuale è dato dai contraenti stessi: è quella che definiamo autonomia contrattuale.

24. Pozzo Barbara, "Harmonization of European Contract Law and the Need of Creating a Common Terminology", in *European Review of Private Law*, n.6, 2003, pag. 754, *passim*.

25. Convenzione sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali aperta alla firma (...)

In rapporto a questa prospettiva, la Commissione Europea si definisce non in totale accordo con un principio che permette, sì, un criterio di scelta totalmente personale, ma che rischia, anche, di essere fonte di inefficienze. Decidere secondo autonomia potrebbe voler dire immettersi nel campo di un sistema giuridico straniero, con cui, razionalmente, occorre avere familiarità, se si vogliono evitare le inefficienze transattive. Per non parlare del fatto che, fra le parti, sarà di certo il contraente più potente a risolvere la questione, optando per l'una o l'altra giurisdizione. La conseguenza più tangibile potrebbe rivelarsi, e questo in particolare per piccole e medie imprese, un disincentivo nel negoziare a livello europeo. La Commissione ha, così, rivelato di perseguire un intento di riavvicinamento fra i diritti contrattuali nazionali, strumento che si rivela tale da costituire una possibilità in più, al momento della decisione sul tipo di ordinamento esercitabile nel contratto. Le avvisaglie di un primo ed incerto progetto di ravvicinamento comunitario sono ravvisabili nella Risoluzione del Parlamento del maggio 1989, considerata una riflessione dell'organo legislativo europeo ispirata ad attuare una serie di azioni volte alla realizzazione di un corpus unitario disciplinante. Baluardo e fine indiscusso del disegno è stato sempre il completo ed efficiente funzionamento del mercato transfrontaliero comune, considerato possibile solo grazie alla convergenza di determinati settori del diritto privato. La Risoluzione di allora, però, guardava ad un Codice, simbolo più immediato e definitivo di un processo di unificazione.

25 (continua) (...) a Roma il 19 giugno 1980, (80/934/CEE). Articolo 3: Libertà di scelta.

“1. Il contratto è regolato dalla legge scelta dalle parti. La scelta dev'essere espressa, o risultare in modo ragionevolmente certo dalle disposizioni del contratto o dalle circostanze. Le parti possono designare la legge applicabile a tutto il contratto, ovvero a una parte soltanto di esso.

2. Le parti possono convenire, in qualsiasi momento, di sottoporre il contratto ad una legge diversa da quella che lo regolava in precedenza, vuoi in funzione di una scelta anteriore secondo il presente articolo, vuoi in funzione di altre disposizioni della presente convenzione. Qualsiasi modifica relativa alla determinazione della legge applicabile, intervenuta posteriormente alla conclusione del contratto, non inficia la validità formale del contratto ai sensi dell'articolo 9 e non pregiudica i diritti dei terzi.

3. La scelta di una legge straniera ad opera delle parti, accompagnata o non dalla scelta di un tribunale straniero, qualora nel momento della scelta tutti gli altri dati di fatto si riferiscano a un unico paese, non può recare pregiudizio alle norme alle quali la legge di tale paese non consente di derogare per contratto, qui di seguito denominate «disposizioni imperative».”

Possiamo senza dubbio affermare che dal 1989 in poi, varie fazioni di esperti e giuristi si sono avvicinate negli anni, riflettendo e studiando a lungo il tipo di strategia da adottare, al fine di scoprire un punto di convergenza e dialogo condiviso.²⁶

All'atto del 1989 è seguito un monito più vivace: cinque anni più tardi, nel maggio 1994, un' ulteriore Risoluzione dell'organo legislativo europeo ha esplicitato la richiesta di creazione di un Codice e di formazione di una commissione di esperti in grado di stabilire i passi del processo, in un contesto di breve e lungo periodo.²⁷

Il momento in cui il progetto teorico della Comunità è stato reso più tangibile risale al 1999, grazie al parere del Consiglio di Tampere (Finlandia), focalizzato più che altro sulla convergenza del diritto dei contratti. In questo senso, uno dei primi passi degli organismi UE è stato mosso verso uno strumento che abbiamo già avuto modo di analizzare in precedenza: la direttiva, mirata a disciplinare alcuni settori determinati, ad esempio, il commercio digitale, bancario e finanziario, la protezione del consumatore o il regime del diritto d'autore. Ci si è chiesti, successivamente, se un'impostazione di questo tipo, specifica per ambiti, fosse la migliore mossa strategica o se, invece, un corpus normativo più compatto non rappresentasse un'alternativa altrettanto e ancora più valida ed efficace. Con l'aumentare del numero dei paesi membri dell'Unione e l'allargarsi, così, dello spazio di azione degli intenti europei, la Commissione ha sentito proprio e vivo il desiderio di delineare un cammino molto più organico, analitico e significativo. Il primo testimone di questo cambiamento di rotta, in linea con il Consiglio del '99, è la Comunicazione della Commissione Europea, rivolta al Consiglio e al Parlamento Europeo con data Luglio 2011 (num. 398) sul tema del diritto contrattuale comunitario. L'intento della Comunicazione è stato di accogliere opinioni su difficoltà e ostacoli che sussistono nel mercato e nel commercio transnazionale a causa delle incongruenze fra gli eterogenei ordinamenti giuridici dei singoli Stati membri, nel settore contrattuale.

26. Ricordiamo a riguardo, la Commissione di Lando e Beale cui si devono i *Principles of European Contract Law*; l'*Academy of European Private Lawyers* con il loro preliminare *European Contract Code* o il *Gruppo di Studio per un Codice Civile Europeo*.

27. Il tutto senza dimenticare del pregio e del contributo della Commissione Lando.

Coinvolgendo più soggetti, quali *“imprese, operatori del diritto, accademici e associazioni dei consumatori”*²⁸, nel dibattito sulla direzione del percorso di armonizzazione, l’organismo europeo ha cercato di ampliare le prospettive e tenere conto di pareri precedentemente non considerati, ma rilevanti per i fini presupposti.

La Comunicazione ha voluto indagare se l’efficienza del mercato europeo non fosse minata da difficoltà inerenti alla negoziazione, lettura ed esecuzione degli accordi nelle transazioni sovranazionali e se la presenza di così numerose strutture dottrinali non pregiudicasse i contratti o li rendesse meno appetibili per l’insorgenza di costi transattivi. Per questo è ravvisabile, nella Comunicazione, la funzione di *“apriporta”* ad un disegno legislativo europeo, riguardo ad un settore del diritto privato che costituisce un perno economico.

Quattro sono state le linee di rotta proposte dalla Commissione:

“I. assenza di un’azione comunitaria;

II. promozione di un complesso di principi comuni in materia di diritto contrattuale per arrivare a una maggiore convergenza degli ordinamenti nazionali;

III. miglioramento qualitativo della legislazione già esistente;

*IV. adozione di una nuova ed esaustiva legislazione a livello comunitario.”*²⁹

Fin da allora, l’approccio più seguito è stato propenso alle azioni II e III e decisamente lontano dall’ultima (IV), ma l’attuazione delle richieste della Comunicazione ha reso evidente quanto ardua sarebbe stata l’uniformazione delle architetture contrattuali.

28. Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento Europeo sul diritto contrattuale europeo, Bruxelles, 11/07/2001, COM (2001), 398 definitivo.

29. Vedi Sopra, Nota 23.

Risale al febbraio 2003 il Piano D'azione della Commissione che, riconoscendo le divergenze esistenti in materia, promuove una politica graduale, composta di disposizioni normative e non, al fine di appianare il campo dell'azione europea e di:

- *accrescere la coerenza dell'acquis comunitario nel campo del diritto contrattuale;*
- *promuovere l'elaborazione di clausole contrattuali standard applicabili nell'insieme dell'Unione;*
- *esaminare ulteriormente se i problemi legati al diritto contrattuale europeo non richiedano soluzioni specifiche non settoriali, quali uno strumento opzionale.*³⁰

Un passo decisivo per l'avanzamento delle proposte comunitarie è rappresentato dalla Comunicazione del 2004, che stabilisce la creazione di un CFR , *Common Frame of Reference, o Quadro Comune di Riferimento*, chiamato anche *tool box*, con l'intento di revisionare l'acquis e fornire un calendario di disposizioni precise e obiettivi determinati. Ripreso negli intenti della Comunicazione del maggio 2005 sul programma dell' Aja³¹, il CFR assume due funzioni principali: ufficializzare una terminologia condivisa nel settore del diritto dei contratti, chiarendo i punti di incongruenza fra ordinamenti, e fungere da corpo unitario di disposizioni sovranazionali, assolutamente discrezionale.

30. Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio - Maggiore coerenza nel diritto contrattuale Europeo - Un piano d'azione, Gazzetta ufficiale n. 063 del 15/03/2003.

31. Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio: Il programma dell'Aia: dieci priorità per i prossimi cinque anni - Partenariato per rinnovare l'Europa nel campo della libertà, sicurezza e giustizia. Bruxelles, 10/5/2005, COM (2005) 184 definitivo, Commissione delle Comunità europee.

9. Giustizia civile e penale: garantire per tutti uno spazio europeo effettivo di giustizia. "Quanto alle disposizioni sostanziali del diritto europeo in materia di contratti, entro il 2009 sarà adottato un quadro comune di riferimento (QCR) che avrà una funzione strumentale per migliorare la coerenza e il rigore della legislazione europea."

Tralasciando le iniziative degli organismi europei, concentriamoci, ora, sul mondo delle Istituzioni accademiche e sul contributo che, nel corso degli anni, esse hanno continuato a fornire, affiancando la Comunità. Già citati precedentemente, i lavori della Commissione sul diritto contrattuale europeo o Commissione Lando, hanno portato, nel 2000, alla redazione dei PECL, *Principles of European Contract Law*, principi validi per gli Stati membri dell'Unione in materia di contenuto, lettura e forma del contratto. Nati con l'idea di trovare un denominatore comune fra i paesi europei, nel settore del regime contrattuale, i PECL potrebbero rappresentare uno strumento regolativo adottabile o nell'accordo totale fra le parti o nella redazione delle semplici clausole.

Del 2001 è il lavoro dell' *Academy of European Private Lawyers*, che ha stilato una bozza preliminare dell' *European Contract Code*, un corpus normativo basato sugli ordinamenti dei Paesi UE, concernente aspetti generali della disciplina contrattuale.

Abbiamo già accennato anche allo *Study Group of European Contract Law*, una commissione di giuristi e studiosi di 15 nazionalità diverse, guidati dal Professore Christian V. Bar, che si occupa di ambiti quali la vendita o gli obblighi extracontrattuali. Unitamente al *Gruppo di Studio*, l' *Acquis Group* ha un ruolo fondamentale nell'attuazione dei piani della Comunità. Questo comitato, infatti, è incaricato di verificare come le direttive di argomento commerciale e contrattuale, emanate nel corso del tempo, siano state recepite e fatte proprie dai diversi Stati membri.

Riprendendo le fila del discorso sull'avanzamento dei lavori promosso dagli organi UE, passiamo in rapida rassegna la Risoluzione del Parlamento Europeo del 2005 ³² sulla necessità di continuare il progetto e, al tempo stesso, rispettare le tutele specifiche che sono proprie di ogni contratto nazionale.

L' 8 febbraio 2007 è una data importante per l'Unione Europea: seguendo l'intento di revisione dell'*acquis*, viene, infatti, diffusa la pubblicazione del Libro Verde in materia di tutela del consumatore. Ci troviamo di fronte ad un momento decisivo, dato che il Libro Verde si propone l'obiettivo di attuare l'approccio astratto del modello di armonizzazione europea, nato nel 2001.

32. Proposta di Risoluzione del Parlamento Europeo sul diritto contrattuale europeo e la revisione dell'*acquis*: prospettive per il futuro (2005/2022 (INI)).

Questa è la prima testimonianza che spinge le Istituzioni comunitarie ad uno sguardo d'insieme della dottrina³³ fino ad allora esplicitata e spesso colma di incongruenze, per trarne un'architettura sovranazionale. Si individuano (e confermano) delle linee di rotta molto diverse:

- di stampo *soft law*, la programmazione di clausole "modello", applicabili nel processo di stesura del singolo contratto o della più ampia normativa comunitaria in materia;
- di stampo *hard law*, un corpus completo in materia di diritto contrattuale che rimpiazzerebbe obbligatoriamente la esistente dottrina nazionale;
- di stampo misto, una disciplina discrezionale, opzionale per le parti e per nulla imperativa.

Astraendo dalle soluzioni qui enunciate, il Libro Verde ci sembra dare un'impostazione diversa da quella del *Common Frame of Reference*, sempre coerente ma non incidentale con gli intenti della Commissione: approfondiremo, infatti, in cosa consista l'approccio proposto come prima base per introdurre una disciplina completa del regime contrattuale europeo.

33. Ci riferiamo alle 8 direttive di argomento contrattuale fino ad allora emanate. Ricordiamo principalmente le direttive sulla tutela del consumatore: clausole abusive o vendita beni di consumo e via discorrendo.

A che punto siamo ora?

Immettendoci nel decennio corrente, possiamo notare come i passi dell'Unione Europea si siano fatti più marcati in ambito contrattuale. Per ovviare a dei risultati affatto ragguardevoli in materia di coordinamento europeo e per contrastare gli effetti devastanti della crisi economica, è sorto nel 2010, tramite una Comunicazione della Commissione³⁴ il disegno "Europa 2020": un progetto volto a dare maggiore respiro ad ambiti come il mercato del lavoro o lo sviluppo, strategici nel gioco della concorrenza.

Tra le proposte intese a sposare gli obiettivi³⁵ di Europa 2020 figura proprio la definizione di un "*quadro giuridico sovranazionale*" che permetta anche alla piccola e media impresa un'evoluzione salda e coerente in un contesto ampio. Lo scopo della Commissione è, quindi, quello di facilitare per aziende e utenti la scelta e la realizzazione di contratti negoziati tra contraenti provenienti da diversi contesti nazionali. Si vuole puntare su clausole armonizzate e una sostanziale compatibilità della disciplina. Un primo parto di questo progetto è rappresentato, nel maggio 2010, dall' Agenda Digitale: un'iniziativa orientata a creare, per consumatori e aziende, uno spazio commerciale del digitale interno all'Unione.

Arriviamo al vicino 2011. E' un anno particolarmente denso di attività, a partire dal Parere³⁶, rivolto al PE, della Commissione, sul mercato e la tutela dei consumatori. La Commissione, con riferimento alla futura risoluzione parlamentare (del giugno 2011), ha suggerito di tenere in considerazione l'importanza e l'incidenza che hanno, nei contratti, le difficoltà dei rapporti commerciali, la congerie di clausole affatto bilanciate, la scarsa conoscenza in materia ed anche le prassi interminabili della giustizia.

34. Comunicazione della Commissione: "Europe 2020 Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva", (COM 2010/2020).

35. A) Occupazione; B) R & S / innovazione; C) Cambiamenti climatici /energia; D) Istruzione; E) Povertà / emarginazione.

36. Parere della Commissione per il mercato interno e la protezione dei consumatori, destinato alla Commissione Giuridica, relativo alle opzioni possibili in vista di un diritto europeo dei contratti per i consumatori e le imprese (2011/2013 (INI)).

L'invito è volto a ricordare che sono gli utenti, per primi, a dover beneficiare di un'impostazione del diritto comunitario solida e coerente, con la conseguenza che sarà tutto il mercato, poi, a risultare un luogo sicuro e praticabile per le relazioni commerciali sovranazionali. Stabilire dei provvedimenti opportuni tenendo conto, in un quadro a 360°, delle necessità delle parti, dei costi e benefici delle operazioni, delle possibili risoluzioni nell'ipotesi di contesa e della stessa significatività delle piccole e medie imprese nel mercato, è un passo decisivo per delineare le fondamenta di una struttura del diritto europeo finalmente valida.

In ultima analisi, citiamo la Risoluzione³⁷ del Parlamento, nel giugno 2011, che evidenzia come la proposta di costituire un diritto civile europeo rappresenti un momento essenziale per la crescita e la concretizzazione degli intenti di Europa 2020, e suggerisce dei concreti metodi di attuazione e raggiungimento degli intenti. Ne troviamo esempio al punto 5 della suddetta Risoluzione e citiamo *“i modelli di contratto uniformi europei”*, appositi per ogni tradizione linguistica e di esecuzione digitale. Le agevolazioni conseguenti dall'uso di uno strumento del genere nascerebbero sia per le imprese che per gli utenti, laddove le aziende beneficerebbero di una contrazione dei costi e i consumatori ci guadagnerebbero in termini di affidabilità e protezione. Quello che è davvero nuovo, nel profilo attivo degli organi europei, è il riconoscimento dell'utilità ed esigenza di uno *“ (...) strumento opzionale che potrebbe essere completato da un pacchetto di strumenti (...) approvato mediante un accordo inter-istituzionale (...) ”*³⁸. Tale pacchetto potrebbe diventare il fondamento di un'alternativa discrezionale per gli operatori economici, completa di clausole modello e di una terminologia comune e facilmente assorbibile. Tutto questo con lo scopo di curare le incertezze degli utenti al momento di esercitare l'autonomia contrattuale e di rendere chiari e trasparenti i termini e le fasi del contratto. Analizzeremo più nel dettaglio le caratteristiche di questo metodo innovativo, considerandone la forma e il campo di applicazione.

37. 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, Strasburgo, (2011/2013(INI)).

38. Vedi Sopra, Nota 37, Punto 5.

Un'analisi economica del *rulemaking* europeo

Vantaggi e svantaggi dell'approccio all'europeizzazione

La proposta degli organismi dell'Unione Europea di armonizzare il diritto contrattuale in un contesto sovranazionale, ha suscitato non pochi commenti e a lungo ci si è chiesto quali potrebbero essere i benefici e gli svantaggi – anche e soprattutto economici – che un disegno del genere potrebbe causare. Certo, non dimenticato è l'effetto che l'imposizione di una disciplina organica, in sostituzione di un assetto giuridico nazionale, potrebbe generare: essa potrebbe spingere in modo estremo a mettere da parte quella che definiamo "cultura" interna di uno Stato per dare manforte ad un'idea più "grande". E' davvero una mossa vincente optare per una codificazione del settore dei contratti?

Il dubbio permane, se consideriamo che le stesse incongruenze fra ordinamenti causerebbero alcune difficoltà - forse - risolvibili solo con l'imposizione di regole sovranazionali in materia di autonomia contrattuale. E' da ricordare, comunque, che, proprio al fine di una disciplina che risulti omogenea, si intendono impostare delle fondamenta valide su cui innalzare pilastri di disposizioni che possano coesistere in un contesto europeo a cui contribuiscono tutti gli Stati dell'Unione. Ci interroghiamo, perciò, su come e fino a dove adoperarsi al fine di raggiungere l'obiettivo. L' inadeguatezza di un codice obbligatorio, diffuso fra i paesi UE, è testimoniata dall'incompatibilità ed incongruenza degli aspetti economici, socio-politici e formativo - culturali che le singole entità statali possiedono, ormai, per tradizione. Gli operatori che rendono vivo il commercio europeo non ricoprirebbero alcuna parte nel processo, ma si troverebbero ad essere dei meri elementi passivi. L'unificazione del diritto contrattuale, inoltre, minerebbe alla stessa pluralità di ordinamenti presenti nello spazio comunitario; e questo a totale svantaggio degli attori del mercato.

Economicamente, lo spettro della *Lex Mercatoria* fa gola a diversi studiosi, i quali sostengono che, al fine di venire incontro alle necessità di scambio, la dottrina empirica e naturale delle relazioni contrattuali fra le parti potrebbe costituire, senza

dubbio, una matrice giuridica – anche se non elaborata – perlomeno accreditata e qualificata a reggere le transazioni sul mercato. Per chiarezza, per *Lex Mercatoria* intendiamo il complesso di regole e norme di settore commerciale, a livello sovranazionale, derivate dalla prassi; requisito, quindi, della sua spontanea applicazione è l' internazionalità del negozio, che deve avvenire fra soggetti provenienti da ordinamenti giuridici diversi. Coloro che considerano la *Lex Mercatoria* una dottrina sostanzialmente valida per gestire gli accordi o scongiurare conflitti di responsabilità extra- o contrattuale, si oppongono a coloro che vedono la materia strettamente bisognosa di un approccio sistematico, chiaro e tangibile. Si vengono a confrontare, così, due diverse concezioni del contratto in sé: da una parte, strumento di autonomia privata massima e, dall'altra, meccanismo che necessita di un monitoraggio superiore riguardo la definizione dei suoi elementi principali e della condotta delle parti.

Adottando un approccio più disciplinato e allontanando l'idea che siano gli spontanei movimenti del mercato stesso a causare una convergenza del diritto comunitario, possiamo guardare al processo di armonizzazione come opportunità per pervenire agli intenti e fonte di vantaggi per gli agenti economici. Tale riavvicinamento, se condotto in maniera adeguata – e, quindi, progressiva e metodica -, considerando anche le specifiche esigenze degli Stati membri, potrebbe rivelarsi una panacea alla possibile inefficienza del mercato europeo. Tra l'altro, se consideriamo uno degli scopi dell'accordo contrattuale come quello di “ (...) mettere i soggetti in grado di cooperare, trasformando giochi a soluzione non cooperativa in giochi a soluzione cooperativa (...)”^{39a}, ci sembra scontato ribadire che, in un contesto in cui si vengono a confrontare più ordinamenti qual è quello europeo, nulla può essere lasciato al caso.

Il primo passo e il blocco più pesante da affrontare è stato riconosciuto nel diritto dei consumatori, che rappresenta una buona fetta del diritto dei contratti. Come abbiamo accennato prima, la soluzione più lungimirante e accomodante, in questo senso, potrebbe essere individuata nell'adozione di uno “strumento opzionale”⁴⁰ adattabile ai diversi modelli di negozio. Esso ricalca la definizione di *soft law*, e, come tale, è uno strumento non vincolante.

39a. Cooter R. Mattei U, Pler G. M., Pardolesi R, Ulen T., “*Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*”, Il Mulino, Bologna, 1999, pag. 137.

40. Vedi Sopra, Nota 37.

Avendo come baluardo un meccanismo del genere, sarebbe possibile, quindi, smussare le discrepanze esistenti, dovute ad un disegno disarticolato delle azioni europee messe in atto finora. Se consideriamo queste incongruenze, ci rendiamo conto di come esse causino una incompatibilità di interpretazione e comprensione delle regole di un determinato ordinamento interno; il processo di riavvicinamento, in questo senso, verrebbe a chiarire la terminologia o, comunque, a creare un linguaggio comune e condiviso, in cui la stessa Unione avrebbe autorità e un ben delineato campo d'azione. Partendo da quella che è la considerazione dei principi – prevalentemente economici e riguardanti il funzionamento e il luogo dello scambio commerciale – su cui la dottrina del diritto comunitario si basa, conveniamo che la fetta che riguarda la disciplina della tutela degli operatori economici è una parte molto importante dell'intera architettura di sistema. Per questo, il processo di armonizzazione europeo potrebbe portare l'asse del diritto internazionale, puntato prevalentemente verso l'ottenimento di un efficiente mercato comune, a sbilanciarsi e a considerare di abbracciare nuovi obiettivi come la protezione dei consumatori – contro condizioni dispotiche o probabili asimmetrie informative – o delle stesse imprese, anche nel settore PMI – contro la creazione di situazioni che tendono a falsare la concorrenza (es. mono/oligopolio).

Una prima direzione: Regole vs Standards

Come già accennato prima, la nostra analisi va ora a considerare il grado di specificità che il mercato comune richiede al fine di un funzionamento efficiente – obiettivo primario degli organi dell'Unione. Che ci si rivolga ad uno strumento di *hard law* come un codice o ad uno di *soft law*, come un pacchetto di disposizioni opzionali, è bene capire *in advance* che livello di complessità occorre predisporre per il disegno contrattuale europeo. Questo, infatti, se condotto con metodo e consapevolezza, può ridurre i costi totali sia per i singoli operatori che per il mercato in generale e può fornire una guida per le parti.

La legge è solita trasformare “...background social policies or political principles such as truth, fairness, efficiency, autonomy and democracy into a grid of legal directives...”⁴¹ a cui fare riferimento, caso per caso. Quelli che Sullivan definisce come “intermediaries of legal directives”⁴¹, creati per agevolare il processo decisionale e migliorare la vita in generale, sono, in realtà, le due tipologie di assetto semplificate che andiamo ora a confrontare: le regole (*rules*) e gli standards. Prima di tutto, vediamo di definire questi due termini e dar loro una caratterizzazione in ambito giuridico.

Una regola è una disposizione di emanazione legislativa che vuole disciplinare in maniera completa ed esaustiva una determinata situazione o circostanza, lasciando al *decisionmaker* un limitato ambito discrezionale. L'immediato esempio che ci forniscono Ehrlich e Posner⁴² è quello di un uomo al volante che si tiene lontano dalla macchina che lo precede ad una distanza inferiore a quella che la legge prevede e, perciò, risulta responsabile e si addossa il costo dei danni, in caso di incidente. La regola stabilisce chiaramente cosa e come va fatto e pianifica una sana e corretta prevenzione del reato. Se A è un ben delineato accadimento (la distanza di sicurezza non rispettata), ne deriva che B è la logica conseguenza (un giudizio di responsabilità positiva), se A, che era disciplinato dal codice stradale, è stato violato. Una regola tende, quindi, a ridurre l'arbitrarietà e la possibilità di una scelta soggettiva.

Uno standard si limita, invece, a fornire un generico codice di condotta per principi, come la diligenza, la correttezza o l'efficienza, sicuramente più adatti ad essere utilizzati per giudicare un vasto *range* di eventi e fatti. Uno standard, quindi, evidenzia le condizioni salienti, non tutte, per cui un evento può essere giudicato e trasmette, caso per caso, una flessibilità e malleabilità del giudizio, lasciando il processo di decisione aperto ad una maggiore discrezione⁴³. Nel caso dell'incidente automobilistico, ad esempio, uno standard basato sulla negligenza sarebbe risultato essenziale per determinare se e a chi addossare i costi dell'incidente ed in che modo,

41. Sullivan M. Kathleen, “*The Justices of Rules and Standards*”, in Harvard Law Review, n.106, 1992, pag. 47.

42. Ehrlich Isaac e Posner Richard, “*An Economic Analysis of Legal Rulemaking*”, in Journal of Legal Studies, n. 3, 1974, pag. 258.

43. Lasciando, così meno spazio anche agli errori di *under or over inclusiveness*, che affronteremo successivamente.

invece, i costi di “*accident-avoidance*”^{44a} si sarebbero potuti minimizzare.

La differenza fra regole e standards ricade sia nella sostanza che nella forma in cui sono espressi, ma essa va peculiarmente a delinarsi nel grado di specificità che entrambi vanno a colpire. Uno standard si preoccupa di soddisfare insieme il massimo numero di circostanze, mentre una regola, di disciplinare con la massima accuratezza una singola o un limitato ammontare di situazioni. Anche se è presente un’ evidente differenza, non c’è una totale incompatibilità fra questi due concetti, se consideriamo che gli standards sono una base considerevole da cui partire per definire il contenuto delle regole e, quindi, rappresentano dei parametri. Le regole possono rendere effettivi gli standards, che possono essere visti come lo stesso obiettivo di un set di disposizioni vincolanti. Al contempo, una stessa regola può essere così corredata di eccezioni da sembrare uno standard e quest’ultimo, nel momento in cui è fornito di dettagliati elementi specifici, non è poi così diverso da una regola. Come vediamo, la linea di demarcazione fra i due è tutt’altro che netta.

Nel processo di armonizzazione europea del diritto contrattuale, quello che ci preme considerare ed individuare, al fine di una conclusione chiara ed esaustiva, è il tipo di disposizioni che più si adatta alla costruzione di un sistema giuridico funzionale per il mercato comune. Il punto fondamentale è di andare a considerare benefici e costi che la scelta di un sistema di regole – preciso – o di un pacchetto di standards – più universale- comporta e capire, così, l’opzione migliore. Prima di iniziare, dobbiamo, però, ricordare che, nel contesto europeo, la scelta di un complesso di regole implica un’ulteriore contesa fra la legislazione “dei codici”, come è quella continentale di *civil law*, e la legislazione anglosassone dei giudici, basata sui precedenti del *common law*. Considerando che un’architettura di regole europee in materia contrattuale potrebbe risultare come generica o, meglio, bisognosa di interpretazione, di ordinamento in ordinamento, si potrebbe venire a creare, nei singoli Stati, una “*demand for specification*”^{44b}, probabilmente soddisfatta dalle stesse corti giudiziali. Questo, in aggiunta ai costi di redazione e diffusione delle regole unitarie, comporterebbe un ulteriore dispendio di risorse economiche e di tempo.

44a. Vedi Sopra, Nota 42, pag. 258, che rimanda a Calabresi Guido e Hirschoff Jon. T., “*Toward a Test for Strict Liability in Torts*”, 81, Yale L.J., 1055, 1972, pag. 1084.

44b. Vedi Sopra, Nota 42, pag. 261.

Certo, un apparato di regole minuzioso ed esauriente permetterebbe all'Unione di completare un progetto a lungo anelato, dissuadendo da comportamenti o atteggiamenti poco propensi al "sentimento" e agli intenti comunitari. Un dettagliato complesso regolativo, infatti, ha come conseguenza quella di incentivare una condotta rispettosa e pregevole per la Comunità, dato che, a differenza del caso degli standards, gli individui acquistano consapevolezza di come agire *ex ante*, portando ragionevolmente il loro stile di condotta in linea con le norme. La vincolatività di queste, infatti, include lo stesso costo della responsabilità in caso di violazione o non aderenza, e aumenta la probabilità che una condotta considerata "non in linea" sia condannata. Per questo, il costo atteso della responsabilità deriva dalla possibilità che le parti siano considerate colpevoli, unita al costo della condanna.

Mette conto ricordare che i contraenti saranno giudicati colpevoli con molta più probabilità se è la circostanza ad essere tacciata di irregolarità o illiceità. Maggiormente una situazione è disciplinata con cura ed il legislatore si è affidato alla ricerca per chiarire in anticipo il contenuto della legge, più probabile è che essa sia considerata invalida, e coloro che causano questa invalidità responsabili, se essa non rispetta le disposizioni con cui è stata accertamente definita.

Nel processo decisionale, le regole ci appaiono giuste ed eque in quanto limitano la possibilità di pregiudizi o impressioni personali che possano pregiudicare una imparzialità e obiettività di giudizio. Esse, spesso, spingono il giudice a trattare ogni caso in maniera autonoma ed individuale, forse anche troppo, laddove figurano elementi in comune fra le casistiche, o troppo poco, laddove i principi di base sono totalmente difformi. Confrontando le regole di stampo *civilian* e di *common law*, ci accorgiamo che una regola codificata ha un effetto più ampio delle disposizioni di tipo anglosassone. Il codice, infatti, definisce *ex ante* quelli che saranno registrati, poi, come precedenti, nel procedimento giudiziario: il giudice, infatti, ha come scopo quello di individuare una specifica sentenza piuttosto che regolare un intero set di circostanze. Risultato sarà che lo *span* di competenza di quella determinata regola andrà a coprire un circoscritto numero di eventi affini.

Vero è, comunque, che, anche se il beneficio marginale di una regola codificata è maggiore di quello creato dalle corti, stesso discorso vale per il costo marginale: esso tende ad essere più alto per un'impostazione *romano-giustiniana*, se consideriamo

comprendere in questo anche le risorse spese per emendare o rinnovare regole di questo stampo.

Continuando con i vantaggi che un apparato di regole può fornire al sistema contrattuale europeo, dobbiamo ricordare che l'applicazione di norme precise, in caso di controversia per responsabilità contrattuale, permetterebbe alle parti di delineare con più consapevolezza e chiarezza il verdetto e giungere, quindi, ad un accordo, piuttosto che ad un processo giuridico. Questo avrebbe l'effetto di ridurre i costi complessivi del sistema contrattuale, appurato che i costi legati alle controversie sono più alti – per l'informativa, l'organizzazione, i tempi e le inefficienze della giustizia, soprattutto se in un contesto sovranazionale – rispetto a quelli di una conciliazione.

Dopo i benefici, andiamo ad analizzare con più precisione cosa un corpus regolativo comporta. Innanzitutto, ci sembra rilevante quella che viene considerata la caratteristica negativa più comune delle regole, che Sullivan ed altri ⁴⁵ definiscono errore di “ *over or under inclusiveness*”: stiamo parlando del fatto che una regola non riesce mai a catturare in maniera esaustiva e perfetta la circostanza o il principio di base, e rischia di andare oltre o restare troppo indietro nel disciplinare una determinata casistica concreta. Uno standard, sotto questo profilo, è certamente più completo e adeguato, perché tende a riportare dei concetti e dei principi applicabili, con molta più libertà, ad un numero consistente di circostanze.

Passando ad una visione più economica, la mole di costi necessari alla realizzazione di regole, piuttosto che standards, lievita considerevolmente. E' l'esigenza di maggiore specificità che necessita di più accortezza, minuzia ed attenzione; il fine è quello di disciplinare in maniera esatta le diverse evenienze, considerando obiettivamente le informazioni, anche in presenza di più eventi singolarmente regolati.

Una volta in mente l'obiettivo che la nuova misura vuole ricoprire, la fase di creazione di una regola implica, ancora, un dispendio economico. Questo è, ovviamente, maggiore di quello richiesto da un generico criterio e lo stesso procedimento ci appare, in questa specifica situazione, controverso. Non dobbiamo dimenticare di trovarci in uno spazio sovranazionale - l'UE - , in cui si cerca da decenni di trovare una linea d'azione comune, favorevolmente accettata e condivisa dalla molteplicità degli Stati membri.

45. Citiamo, ad esempio, quelli già analizzati: Kaplow, Posner, Ehrlich (etc).

La produzione di regole richiederà, infatti, una contrattazione e un confronto fra i legislatori, con conseguente esplosione dei costi transattivi: maggiore è, infatti, il numero dei legislatori o delle parti coinvolte di cui si necessita l'accordo, maggiori si rivelano i costi transattivi ⁴⁶. Non è detto, inoltre, che la situazione che verrà a realizzarsi nei fatti sia totalmente in linea con quella regolata: un pronosticato "*perfect fit*" ^{47a} è alquanto irrealizzabile. Questo possibile difetto di perfetta aderenza tra teoria e realtà può portare a quelle che Parisi definisce "*potential social losses*" ⁴⁸, la cui portata dipenderà dalle esternalità negative del sistema e dalla rilevanza della circostanza in questione.

Nel novero delle inefficienze, mettiamo, ancora, una non perfetta corrispondenza della terminologia giuridica fra ordinamenti; si aggiunge a questa, anche, l'importanza delle stesse limitazioni umane, a causa delle quali gli individui, per adattarsi ad un sistema complesso di regole ed acquistare maggiore confidenza, si troveranno di fronte ad un ulteriore dispendio di risorse. E se consideriamo di dover esplicitare più disposizioni per una pluralità di situazioni simili, ma per qualche elemento diverse, occorre moltiplicare i costi per quante sono le tipologie esistenti o previste.

Non dimentichiamo ancora, il costo - che l'Unione conosce bene - di giuristi o esperti che siano in grado di redigere un *corpus* di regole *ex ante*. Esso, di certo, non diminuisce, se pensiamo che un tipo di disciplina esatta e precisa come è quella delle regole, necessiterà di una continua revisione per essere aggiornata coi tempi; questo stesso processo, inoltre, richiederà un apparato di nuovi esperti capaci di evolvere la disciplina nel suo intero e di intervenire non per parti frammentarie.

Infine, ma di questo parleremo con maggiore respiro in seguito, le regole seguono un cammino discendente verso l'obsolescenza. In un settore dinamico come quello economico e in un contesto ampio come quello europeo, la necessità incontrastata è quella di adattarsi alle circostanze che, inesorabilmente, cambiano nel tempo: in questo, gli standards si dimostrano più flessibili, massimizzando i benefici.

46. Buchanan James e Tullock Gordon, "*The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy*", 1958, Indianapolis, IN: Liberty Fund, Inc. *passim*.

47a. Ehrlich Isaac e Posner Richard, "*An Economic Analysis of Legal Rulemaking*", in *Journal of Legal Studies*, n. 3, 1974, pag. 268.

48. Vedi sopra, Nota 4, pag. 10.

Possiamo facilmente accorgerci, infatti, del modo in cui essi si presentino come dei criteri generali, socialmente condivisibili, che non necessitano di “*legal artifacts*”^{47b} per essere recepiti e che, soprattutto, risultano meno arbitrari delle regole e, come tali, capaci di considerare ogni caso in modo adatto. Se prendiamo, ad esempio, principi come la correttezza, la diligenza o la stessa efficienza, non possiamo non affermare che essi costituiscano dei valori comuni per la società, indiscussi ed immediati, al contrario di alcune regole che – se non approfondite – rimangono assolutamente non interpretabili. Per questo motivo, gli standards sembrano più facili da conoscere e metabolizzare per gli stessi operatori economici: alcune casistiche, come quelle legate al diritto contrattuale e alla tutela dei consumatori, per il loro precipuo carattere di varietà e il loro velocissimo *rate of change*, ci sembra non possano che essere regolate da standards, invece che da complesse regole.

La nostra analisi ha l'intento sostanziale di essere chiara e completa; per questo ci sembra opportuno precisare che gli standards, nonostante presentino un più facile riconoscimento delle circostanze nella realtà, spesso, possono non individuare certi elementi prodotti da fattori maggiormente riconoscibili dalle regole e possono impostare il processo decisionale in un modo impreciso o schematico. Non è escludibile, quindi, nella soluzione europea, l'opzione secondo la quale uno stesso standard possa dare luogo, nel corso del tempo, ad un set di regole apposite e, sicuramente, meglio applicabili ad un contesto di cui si è più coscienti. Il diritto europeo dei contratti potrebbe, infatti, essere disciplinato, al principio, da una serie di standards che abbraccino un ampio *range* di circostanze per poi, tramite la diffusione di una certa esperienza e informativa in materia, lasciare spazio alle regole quali strumenti portanti di monitoraggio e giudizio del sistema. La regola verrà implementata, ovviamente, laddove il costo di un ulteriore standard superi il beneficio ottenuto dall'applicazione di quest'ultimo, e laddove, quindi, l'ulteriore aggiunta di un criterio generico risulti in una struttura eccessivamente ed insostenibilmente pesante.

47b. Ehrlich Isaac e Posner Richard, “*An Economic Analysis of Legal Rulemaking*”, in *Journal of Legal Studies*, n. 3, 1974, pag. 270.

Un focus sui costi del processo di armonizzazione del diritto dei contratti

Ora, per comprendere e scegliere consapevolmente che linea di comportamento seguire tra regole e standards e, più in generale, fra opzioni di *hard law* e *soft law*, occorre predisporre un'analisi e prendere in considerazione più da vicino i vari costi – transattivi e non - che le differenti direzioni possono comportare.

Consideriamo, innanzitutto, la frequenza con cui viene applicata la dottrina dell'apparato contrattuale europeo: più alta è, più gli standards diventano preferibili alle regole. In pratica, se il costo di redazione di uno standard si verifica solo una volta, e questo andrà, poi, a disciplinare molte circostanze nel tempo, stessa cosa non si può dire per un eterogeneo set di regole per le quali i costi di diffusione sorgono alla promulgazione di ogni nuovo dettame e sono, come tali, molto più alti di quelli che occorrono per gli standards. Per quel che riguarda, invece, i costi di implementazione, per le regole essi risultano di facile apprendimento e generalmente bassi, mentre per principi più generici essi potrebbero proliferare, nel campo della consulenza legale o presso i tribunali, laddove occorra "imporre" la disciplina, al fine di assicurare l'aderenza di condotta alle linee guida. Tra l'altro, non è assicurato se tale dispendio di risorse economiche possa avvenire sporadicamente o di sovente.

Passiamo, ora, alla fase di stesura e precisazione sul contenuto adeguato da dare ad una disposizione: qui, si applica totalmente il principio secondo cui più dettagli si forniscono, più si restringe il campo di applicazione. Vero è che un'analisi approfondita, caso per caso, è pur sempre possibile, ma, allo stesso tempo, l'intensificarsi degli sforzi aumenta in maniera decrescente il miglioramento qualitativo che è possibile apportare alla legge; questo si accumula fino a quando l'indagine più accurata non porta alcun beneficio se non una perdita. Ci ricorda Kaplow:

*"The quality of the law can be understood as reflecting how closely it conforms to underlying norms or to the likelihood with which it conform."*⁴⁹

49. Kaplow Louis, "Rules Versus Standards: An Economic Analysis", in Duke Law Journal, n. 42, 1992, pag. 559.

E' chiaro, quindi, che l'incentivo ad approfondire il contenuto dipende dall'assiduità con cui una certa circostanza si ripresenta ed è tale da dover essere disciplinata. Più soggetti, poi, dovranno essere consapevoli dei dettagli della disposizione vincolante e subirne i dettami, più importante sarà che quella regola venga formata con accuratezza e raccogliendo informazioni prima che gli individui agiscano. Al contrario, meno soggetti avranno necessità di conoscere i contenuti nello specifico, e, quindi, minore sarà la probabilità che quella norma venga applicata, meno tempo ed energie dovrebbero essere spesi per occuparsene.

La creazione e l'aggiustamento di assetti regolativi complessi è anch'esso costoso. Razionalmente, se quella formula dispositiva è destinata ad essere consultata di rado, è importante "semplificare" e considerare gli elementi davvero importanti. Se quella stessa formula, invece, va per gestire e decidere sulla sorte di un numero consistente di casi, è giusto impiegare risorse per meglio definirla e riconoscerne il contenuto ed i fattori ricorrenti.

I nostri costi vanno a lievitare se consideriamo, in seconda uscita, il contesto in cui andiamo ad operare. Diversi ordinamenti sono coinvolti nel processo di armonizzazione del regime contrattuale europeo ed evidenti sono le differenze fra le legislature, le quali identificano il complesso normativo, e le corti, che si trovano ad applicarlo. Gli stessi apparati nazionali, poi, richiamano e hanno richiamato a sé, nel corso della loro tradizione storica del diritto, esperti e giuristi professionisti per sviluppare propri principi e metodi di agire, ormai consolidati nel tempo. Laddove un trattato o un accordo dovrà essere firmato, ci sembra plausibile prefigurarci alcune difficoltà di fondo, considerando la varietà e l' incompatibilità, in alcuni casi, delle autorità.

Passando, più nel particolare, all'oggetto del contratto come strumento immerso nel contesto europeo, vediamo come, anche qui, non siamo di certo dispensati dall'insorgere di costi. Innanzitutto, essi sono fortemente correlati ai rischi in cui si può incorrere stipulando un negozio: rischio di inadempienza per una molteplicità di motivi, rischio di impossibilità del contratto per fattori esterni e via discorrendo. E' proprio il compito di un accordo scritto quello di esplicitare come questi pericoli debbano essere gestiti, in caso di sopravvenienza di esternalità negative.

Se determinate eventualità, che rischiano di minare alla realizzazione dell'accordo, non sono coperte dalle clausole o previste dai termini del contratto, allora si dice che esso

ha una lacuna^{39b}. Spendere risorse - economiche e non - per accordarsi su come affrontare una determinata circostanza ed includerla, così, nelle condizioni del negozio è una fonte di costi transattivi non da poco. In una distribuzione di rischi – nella probabilità che un evento non disciplinato si verifichi o meno – e perdite – qualora l’evento si verifichi e una delle parti incorra in danni -, i contraenti saranno spinti a negoziare una casistica se il costo effettivo di questa contrattazione non eccede quello di allocazione della perdita.

Nel procedimento volto alla conclusione di un contratto, l’obiettivo dell’efficienza può essere minacciato da diversi fattori, fra cui approfondiamo qui le già citate esternalità. Per esternalità intendiamo eventi che influenzano in modo positivo o negativo, il benessere o gli interessi di qualcun altro, spesso contagiando l’ordine sociale in generale. Nel caso analizzato, gli interessi personali di un soggetto possono lederne un altro senza che esso abbia avuto un qualche coinvolgimento attivo nella vicenda. Questa eventualità mette le fondamenta per avviare una revisione normativa del diritto contrattuale in ambito europeo, in un contesto dove le influenze esterne possono diventare molto frequenti.

Un altro fattore che potrebbe spingere i costi transattivi ad incidere così massicciamente sull’accordo contrattuale, potrebbe essere la cattiva informazione, ovvero l’asimmetria informativa. Di questo abbiamo parlato quando abbiamo visto come possa facilmente presentarsi la situazione in cui alcune fasce di consumatori si trovino con un debole potere di contrattazione economica per lo loro scarso sforzo adoperato nel rendersi informati su materie ostiche e complesse come il diritto contrattuale a livello transnazionale.

Considerando il panorama dei costi presentato in questo paragrafo vediamo come il processo di armonizzazione del diritto contrattuale europeo miri se non ad una totale – ma impossibile – eliminazione di questi, quantomeno ad una completa identificazione, sapiente riduzione e contenuta gestione, nella prospettiva di uno slancio verso l’efficienza del mercato interno.

39b. Cooter R. Mattei U, Pler G. M., Pardolesi R, Ulen T., *“Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile”*, Il Mulino, Bologna, 1999, pag. 152.

L'obsolescenza dei sistemi giurisprudenziali

Riprendendo la nostra precedente valutazione su regole e standards, vogliamo soffermarci su un fattore essenziale per comprendere bene il contesto, economico, in cui ci troviamo ad operare: la dimensione temporale dei sistemi regolativi. I principi condivisi socialmente o le soluzioni reputate efficienti si trovano a cambiare nel tempo e, come tale, ci sembra opportuno che anche le stesse disposizioni debbano adattarsi ai mutamenti, soprattutto tecnologici, economici o sociali. Come già riportato, in questa visione, le regole, più sensibili ai cambiamenti imprevisi ed esogeni, tendono all'obsolescenza, mentre gli standards, generalmente ritenuti meno rigidi, lasciano i giudici liberi di adeguarsi al tempo contingente. Il motivo consiste nel fatto che gli standards, anche quelli diffusi da molto tempo, possono comunque essere applicati sulla scorta di una nuova interpretazione, riferibile alle evolute circostanze; le regole, invece, dato il loro carattere specifico e disciplinante, devono essere revisionate ed aggiornate per stare al passo con i tempi, con un dispendio di risorse non da poco.

Gli standards risultano quasi insensibili alle evoluzioni di rotta a cui le circostanze, da essi disciplinate, vanno incontro per il semplice motivo che questi criteri non individuano gli speciali elementi delle casistiche - i fattori più rilevanti - , ma si limitano ad identificare una serie di circostanze affini ed equivalenti. Uno standard che definisce la correttezza delle clausole in un contratto europeo non necessiterà di essere revisionato quanto una regola estremamente dettagliata su quali condizioni debbano essere rispettate per assicurare questa "correttezza".

In maniera generale, possiamo dire che, nel processo di adattamento, si vanno a sommare una serie di costi i quali comprendono il costo di produzione e il costo dell'incertezza riguardo l'applicazione, il metodo di applicazione e l'*outcome* della nuova regola. Ehrlich e Posner li riassumono nell'espressione "*imperfect precision*":

"...If a rule can be changed, one can no longer say definitely that if circumstance X is present, legal consequence Y will follow." ^{47c}

47c. Ehrlich Isaac e Posner Richard, "*An Economic Analysis of Legal Rulemaking*", in *Journal of Legal Studies*, n. 3, 1974, pag. 278.

La grande domanda ed il rilevante numero di regole emanate nel corso del tempo sono una testimonianza dell' incontenibile aumento dei traffici economici sul mercato e, con esso, della crescente importanza della tutela verso i consumatori. Il fiorire di disposizioni che riguardano la responsabilità o la sicurezza degli utenti sono, in parte, prodotti dell'abbassamento dei costi di produzione "legale", dovuto ad economie di scala e scopo. Il risultato è oggi chiaro: clausole contrattuali e di protezione del consumatore vivono in gran numero e confusamente nel contesto nazionale di ogni Stato membro dell'Unione. Se incapaci di trovare una compatibilità che permetta una coesistenza o una organicità della dottrina nel contesto europeo, le Istituzioni comunitarie dovranno abbandonare il grande progetto di un'armonizzazione del diritto civile sovranazionale, almeno di stampo *hard law*.

Il rulemaking come investimento: c'è un valore nell'aspettare?

Prendendo in considerazione il modo e la frequenza con cui determinati settori mutano nel tempo, e, con essi, le disposizioni che li disciplinano, ci rendiamo conto che individuare, volta per volta, un determinato contenuto o impostazione con cui definire l'apparato giuridico, può rivelarsi particolarmente oneroso e non sempre opportuno. Un'alternativa, ed è questo che sarà analizzato qui di seguito, potrebbe tardare a manifestarsi finché un determinato assetto o complesso di circostanze diventi determinante nel settore, rendendo indispensabile l'esigenza di una revisione o un adattamento della disciplina. Il presupposto da cui partono Parisi, Fon e Ghei^{50a} è quello di considerare il processo di emanazione di un'architettura giurisprudenziale come un investimento con tutte le caratteristiche e determinanti che esso porta con sé, ed aggiungendo in più qualche elemento proprio del sistema del diritto. Se consideriamo questa ipotesi, vediamo come le Istituzioni e gli stessi legislatori abbiano

50a. Parisi Francesco, Fon Vincy e Ghei Nita, "The Value of Waiting in Lawmaking", in European Journal of Law and Economics, n. 18, 2004, Kluwer Academic Publishers, *Manufactured in the Netherland* pag. 131-148, *passim*.

abbiano poco approfittato delle risultanze della teoria economica sugli investimenti. La domanda è: qual è il tempo ottimo per agire?

Le priorità che “*The value of waiting in lawmaking*”^{50a} evidenzia sono tre: se il *legal intervention* è comparabile ad un impiego di risorse in condizioni di incertezza, esso deve rispondere all’irrecuperabilità dei costi d’investimento⁵¹, l’insicurezza riguardo il risultato ed il peso dei costi opportunità. La scelta del corretto *timing* e di un approccio esatto al processo legislativo hanno come fine quello di un NPV > 0⁵² e, quindi, tradotto in termini europei, di un miglioramento dell’efficienza del mercato interno e di una sistematicità dell’assetto nel diritto contrattuale.

Il criterio del Valore Attuale (VA) valuta un progetto assegnandogli un valore, al tempo presente, ottenuto secondo una certa legge di capitalizzazione e calcolato sui flussi di cassa futuri scontati secondo un tasso di interesse periodale i , positivo e costante per tutta la durata dell’investimento⁵³. Se l’addizione di questi valori attuali prevede anche la somma algebrica dei costi iniziali avvenuti al tempo 0 (intuitivamente negativa), il criterio di valutazione si completa (VAN o NPV o REA: rispettivamente Valore Attuale Netto, Net Present Value o Rendimento Economico Attualizzato), diventando, così, in grado di richiamare ad oggi il profitto futuro ed evidenziandone il ricavo. In termini più immediati⁵⁴:

$$NPV = \sum_{t=1}^T \frac{C_t}{(1+r)^t} - C_0$$

dove C_0 rappresenta la somma dei costi iniziali,

C_t sono i flussi di cassa futuri,

r è il tasso di rendimento a cui vengono scontati i flussi futuri.

51. I cosiddetti *sunk costs*.

52. Net Present Value (NPV) positivo.

53. Bortot Paolo, Magnani Umberto, Olivieri Gennaro, Rossi Francesco A., Torrigiani Marcello, “*Matematica finanziaria*”, Monduzzi Editore, 1998, pag. 275 et Seq.

54. Net Present Value Formula, Investopedia, <http://www.investopedia.com/terms/n/npv>.

Se il *legal intervention* nel presente può apportare dei benefici prossimi, allora è chiaro che si richiede un NPV maggiore di zero. Ovviamente, e come già ricordato, sotto condizioni di incertezza, le scelte possono risultare sbagliate o inefficienti e gli stessi cambiamenti apportati possono riuscire inadatti alle circostanze. Per ciò, in questa sezione, andiamo a considerare se si nasconda davvero un valore nell'aspettare e nell'individuare un tempo ottimo in cui emanare un cambiamento di validità nella dottrina.

Accanto alla moderna teoria degli investimenti, in cui la condizione che porta ad investire è di ottenere un guadagno futuro che, portato al presente, superi l'ammontare del dispendio economico, Parisi, Fon e Ghei aggiungono, riprendendo da Dixit e Pindyck⁵⁵, la possibilità di "posporre", quando i costi iniziali sono, ed è il caso del *rulemaking*, irreversibili. Per questo, il suggerimento è quello di introdurre nel computo dei costi anche lo stesso *value of waiting*, sebbene questo potrebbe comportare la perdita di un beneficio futuro derivante da un'azione nel presente.

Passiamo, adesso, a considerare le analogie che il procedimento del *rulemaking* ha con le teorie d'investimento. Innanzitutto, ciò che rende il processo di emanazione e diffusione di un assetto legislativo certamente oneroso è la presenza di un determinato tipo di costi: i costi irrecuperabili o *sunk costs*. Questi sono chiamati così in quanto non è possibile riprenderli, se sono già stati affrontati, in nessun modo rilevante. Qualora un determinato progetto di legge risultasse, anche prima della sua completa realizzazione, assolutamente inadatto, non sarebbe, quindi, possibile in alcun modo rifarsi dei *sunk costs*. Nel tipo di settore che andiamo a considerare in questo elaborato, i costi da computare sono diversi: figurano quelli per richiamare giuristi ed esperti alla collaborazione per un piano del diritto europeo; quelli per l'emanazione, la diffusione e la pubblicazione degli apparati dispositivi ed, ancora, quelli per permettere l'apprendimento delle novità a tribunali, legali, professionisti e privati. Non finisce qui: Parisi, Fon e Ghei aggregano gli stessi costi di aggiustamento e revisione, qualora si determinasse la non propriamente esatta idoneità della disciplina.

55. Dixit Avinash e Pindyck Robert, "*Investment under uncertainty*", in Princeton University Press, Princeton NJ, 1994, *passim*.

Infine, se ci rendiamo conto del contesto, sovranazionale, in cui ci troviamo ad operare, i costi irrecuperabili lievitano, considerando le possibili – e plausibili – frizioni fra ordinamenti e le collaborazioni, necessarie, fra Istituzioni.

La seconda caratteristica che investimenti e *rulemaking* hanno in comune riguarda l'incertezza del risultato. Essa rappresenta un elemento determinante per poter anche solo pensare di operare in un contesto reale, come è perfettamente il regime contrattuale europeo. Il futuro è di per sé un rischio e, se in grado di capirne il livello ed effettuare delle previsioni valide, le aziende, così come le Istituzioni, possono pensare di riuscire ad ottenere un rendimento investendo in maniera corretta, chi in progetti, chi in sistemi legislativi.

Infine, andiamo a considerare il peso dei costi-opportunità. E' possibile intervenire nel sistema legislativo in maniera molto diversa: un'opzione potrebbe rappresentare quella di non cambiare mai nulla, lasciando l'apparato del diritto a se stesso e alla sicura obsolescenza di ciò che non risponde alle esigenze di un mondo che cambia. Un'altra possibilità sarebbe quella di aggiornare costantemente, incorrendo in un volume di costi insopportabile. La soluzione è, quindi, quella di trovare una *media res* fra gli estremi, attivandosi quando è davvero opportuno. Anche qui, però, il discorso è complicato. Nel momento in cui si riconosce il valore di un certo intervento, implementare subito una nuova disposizione potrebbe voler dire da una parte, ottenere dei benefici immediati, grazie ad un sistema regolato e chiaro che permette un comportamento schematico e corretto degli individui; dall'altra, invece, potrebbe voler dire, anche, rinunciare ad una possibile e qualitativamente migliore opportunità futura, in grado di portare maggiori benefici non solo nel breve, ma anche nel lungo termine. Il motivo di ciò è rappresentato dal fatto che l'aspettare moltiplica le probabilità di raccogliere informazioni, casistiche e circostanze che potrebbero influenzare in maniera decisiva il modo di agire. Per tale motivo, i costi opportunità dovrebbero essere chiaramente inseriti nei costi d'investimento come componente *value of waiting*.

Dopo queste riflessioni è chiaro, secondo la tradizione economica e finanziaria, che converrà investire in *rulemaking* finché il rendimento interno del progetto non sarà uguale, nella sua parabola discendente, almeno a quello del mercato. Ciò vuol dire continuare ad innovare il sistema legislativo fino a quando i ritorni attesi – attualizzati, se in condizioni di incertezza come quelle reali - non eccederanno o eguaglieranno i

costi dell'innovare, fermo restando, in prima linea, l'apporto positivo di miglioramento recato dal cambiamento. Potremmo, addirittura, ragionevolmente pensare di dover utilizzare un tasso di attualizzazione i più alto del normale, in quanto il progetto legislativo considerato incamera una serie di disposizioni che vanno a stratificarsi nel tempo e vedono la collaborazione di una serie di attori economici e politici molto diversi fra loro. Esse, ricordiamolo, non sono certo il prodotto di un singolo intervento, ben individuato nel tempo.

Se rapportiamo quanto esposto finora al processo di *lawmaking*, possiamo trovare un allaccio parallelo con il sistema di regole e standards precedentemente analizzato. Parisi, Fon e Ghei, con una brillante intuizione, paragonano la stessa scelta della profondità d'intervento da parte delle Istituzioni, ad una possibilità di *legal waiting*: una preferenza per la genericità dei criteri equivale ad un'alternativa di *delayed lawmaking*^{50b}, in cui si predilige attendere prima di apportare una maggiore esaustività di dettagli, avendo modo, allo stesso tempo, di acquisire esperienza e familiarità.

Il costo opportunità di implementare una regola particolarmente puntigliosa potrebbe rivelarsi, nel tempo a venire, drammaticamente ingente, soprattutto se in condizioni di ampia incertezza; gli standards possono rappresentare, comunque, una soluzione ragionevole. Ritorna, anche qui, la possibile soluzione di procedere letteralmente *per gradi*: partire dalla disciplina degli standards per poi dare spazio ai precisi dettami delle regole. In presenza di volatilità del sistema e di obsolescenza crescente, quindi, il grado di specificità ottimo dovrebbe tenere conto del *rate of change of the external environment*.⁴⁸ Anche se non esiste un vero e proprio modello che ricalchi esattamente queste premesse, il contributo di Parisi, Fon e Ghei, come abbiamo avuto modo di constatare, è decisamente rilevante.

50b. Parisi Francesco, Fon Vincy e Ghei Nita, "The Value of Waiting in Lawmaking", in *European Journal of Law and Economics*, n. 18, 2004, Kluwer Academic Publishers, *Manufactured in the Netherlands*, pag. 141.

Il principio di autonomia contrattuale: un passo verso la soluzione

Questo paragrafo vuole analizzare, da una prospettiva non solo economica, il ruolo che il principio dell'autonomia privata e la conseguente possibilità di scelta del regime contrattuale, da parte degli operatori nel mercato, ricoprono nel processo di armonizzazione comunitaria. Fin quando le parti sono in grado di scegliere, attraverso il principio dell'autonomia negoziale, le loro personali condizioni contrattuali, cosa potrebbe risultare loro appetibile, nel processo di omologazione europeo del diritto considerato?

Sensatamente, la prima idea che può venire in mente è che le parti private potrebbero volere diversificare, anziché avvicinare, i termini delle transazioni per adattarli alle loro determinate necessità, ferma restando la loro consapevolezza e capacità di gestione degli stessi. In realtà, la riflessione in materia che segue nelle prossime righe, è più complessa e coinvolge più attori di quelli finora pensati.

Nella coesistenza di diversi ordinamenti, spesso eterogenei, nel contesto europeo, i problemi di coordinazione rappresentano un ostacolo di non poco conto. Consideriamo, per esempio, che un contratto venga negoziato fra parti provenienti da più di una nazione: esse, per via del principio di autonomia contrattuale, potrebbero essere insicure su quale regime applicare all'accordo che disciplina diritti e doveri di entrambe. E, una volta stabilito l'assetto dispositivo a cui fare riferimento, va decisa la legge applicabile: in questo frangente, sorgono anche problemi di interpretazione e di asimmetria informativa. Questo genere di difficoltà è quello che appartiene ai cosiddetti *conflicts of law*⁵⁶, in cui si vengono a confrontare attori o circostanze in stretta corrispondenza con più di un *legal system*⁵⁶. Nonostante la volontà di superare tali ostacoli di fatto all'armonizzazione, attraverso trattati ed accordi che garantiscano una direzione più ravvicinata, permane una notevole frammentazione fra sistemi, concetto abbastanza grave se consideriamo l'organicità globale a cui gli organismi UE da sempre aspirano.

56. Parisi Francesco, *"Harmonization of European Private Law: An Economic Analysis"*, University of Minnesota - Law School, 2007, Minnesota Legal Studies Research Paper N. 07-41, pag. 3.

La prima informazione da ottenere nel cammino verso il riavvicinamento è, quindi, la rotta che il principio della decisione sulla legge applicabile tenderà a seguire nel progetto europeo. Tale diritto sarà una causa di ulteriore rafforzamento della eterogeneità del sistema sovranazionale o fungerà, invece, da incentivo alle parti verso il riavvicinamento delle discipline nazionali?

Nella prospettiva di un mercato transfrontaliero, l'autonomia privata è un elemento decisamente rilevante del processo di convergenza contrattuale, soprattutto se andiamo ad evidenziare l'oneroso aspetto dei costi – legali e di consulenza – ed i rischi stessi a cui un contraente con minimo potere di negoziazione commerciale si assoggetta. I punti dal 27 al 30 del Piano d'azione della Commissione, risalente al 2003⁵⁷, si soffermano proprio su questo profilo, con specifica attenzione alle piccole e medie imprese, le quali potrebbero trovarsi, per via del dispendio economico che trattare con un contraente straniero comporta, affatto incentivate a contrattazioni e scambi commerciali sovranazionali.

57. Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio - Maggiore coerenza nel diritto contrattuale Europeo - Un piano d'azione, Gazzetta ufficiale n. 063 del 15/03/2003.

“27. (...) un gran numero di problemi legati ai contratti transfrontalieri potrebbe essere evitato, almeno per una delle parti del contratto, con la scelta della legge applicabile adeguata. In alternativa le parti potrebbero anche negoziare contratti complessi che coprano tutte le potenziali questioni giuridiche. Si è tuttavia fatto notare che tale approccio si rivela del tutto inutile per quanto concerne le norme imperative dell'ordinamento che non è stato individuato dalle parti come legge applicabile, ma le cui norme si applicano ciononostante. In effetti, un gran numero di contributi pervenuti nella fase di consultazione indica nella divergenza delle disposizioni imperative del diritto contrattuale nazionale un problema particolare, accentuato dall'espansione del commercio elettronico.

28. Tuttavia, diversi interlocutori hanno ribadito che, soprattutto per quanto concerne le industrie orientate all'esportazione, la scelta della legge applicabile non è sempre realistica o desiderabile da un punto di vista commerciale.

29. In primo luogo, ciò non aiuta la parte contraente che non possiede sufficiente potere di contrattazione economica per imporre nella fase di negoziazione la sua scelta del diritto applicabile. Si è anche indicato che l'acquisizione di una consulenza riguardo ad una legge applicabile che non si conosce comporta costi legali notevoli oltre a rischi commerciali per questa parte firmataria del contratto [28] senza conferirle necessariamente la soluzione economicamente più vantaggiosa.

30. Ciò vale in particolare per le PMI poiché i costi di assistenza legale sono per esse proporzionalmente più elevati. Ne consegue che le PMI verrebbero del tutto scoraggiate da attività transfrontaliere o si troverebbero in un chiaro svantaggio competitivo rispetto agli operatori locali [29].”

Sussistono, anche, circostanze per cui i contraenti si trovano incentivati a negoziare tramite le medesime condizioni contrattuali. Quando si può beneficiare del coinvolgimento, nel proprio settore di scambio, di un gran numero di operatori e, quindi, costruire una *rete*^{58a} di cui servirsi in modo proficuo, ci saranno notevoli impulsi all'armonizzazione.

Altro discorso deve farsi per le circostanze, come gli accordi fra aziende - B2B - (*business to business*), in cui il principio di autonomia privata, alle volte, è atto ad approfondire i gap contrattuali fra ordinamenti nazionali, difendere, invece, il singolo sistema o una cerchia più ristretta⁵⁹ di sistemi giurisprudenziali ed innalzare, così, un certo sbarramento. Negli accordi B2B, i contraenti definiscono il tipo di legge volta a reggere il contratto, scegliendola fra apparati normativi validi. Queste transazioni non sono di certo operate da soggetti che non hanno alcun rapporto, ma, anzi, la linea che sussiste nel mercato e che gli operatori inseguono, in certi casi, è voltata alla collaborazione più di quanto si possa pensare. Nel caso del commercio fra imprese che operano a livello sovranazionale, una disciplina omogenea e coerente, magari incarnata in un apparato giurisprudenziale tradotto in diverse lingue e, soprattutto, opzionale potrebbe incoraggiare le parti e facilitare la transazione, fungendo da strumento contrattuale imparziale ed aggiornato.

Infine, ci tocca considerare la disciplina dei contratti B2C (*business to consumer*), tra aziende e consumatori, rispettivamente riconosciuti nel ruolo di venditori ed acquirenti. In questo spazio, si vanno a confrontare – e, talvolta, a scontrare – gli interessi personali di queste due categorie. Gli utenti privati, favorevoli alla diversificazione, considerano la concorrenza tra le diverse condizioni dei negozi come un assoluto vantaggio di cui approfittare con il principio di autonomia contrattuale. Le imprese, d'altro canto, manifestano una preferenza verso l' appiattimento delle divergenze sostanziali delle clausole tra gli accordi, al fine di erodere, così, l'intensità

58a. Parliamo qui della rete tecnologica, così come anche della rete normativa di Fabrizio Cafaggi, "*Una governance per il diritto europeo dei contratti?*", in *Politica del diritto*, n. 3, settembre 2003, pag. 378 et Seq, *passim*.

59. Quella cerchia ristretta che Cafaggi chiama *club* e la cui armonizzazione sarebbe un *bene di club*, ottenuto dalla decisione di applicare, tra i componenti del gruppo, un determinato tipo di disposizioni contrattuali con intento specifico di innalzare *barriere all'entrata* verso gli altri concorrenti.

·
della competizione nel settore commerciale.

Abbiamo già parlato precedentemente della sostanziale limitazione che hanno i consumatori nel destreggiarsi nel fitto groviglio della disciplina dei negozi sovranazionali: stando allo scarso potere di contrattazione economica ed alla bassa propensione ad informarsi che si essi, soli, si ritrovano a possedere, la loro naturale propensione sarà, perciò, orientata verso un circoscritto numero di tipicità che considerano facili da gestire. Il discorso cambia sostanzialmente se evidenziamo come, nella realtà dei fatti, gli operatori privati possano rivolgersi ad *intermediari cognitivi*^{58b}, obiettivi e pratici nello svolgere il lavoro di confronto fra le diverse alternative presenti sul mercato sovranazionale e determinanti nel consigliare agli utenti l'opzione migliore, nel modo più lineare. Alle volte, sono anche gli stessi organi UE che richiedono alle *business companies* un prospetto informativo chiaro in materia di clausole negoziali ed, anche, l'attuazione di una rete digitale⁶⁰, la stessa istituita dal Piano d'azione del 2003, che presenti in modo dettagliato ed accessibile le scelte disponibili nel panorama del settore contrattuale europeo.

Dal quadro finora presentato, sembra che il principio di scelta della legge applicabile mini al processo di armonizzazione europea. Una soluzione a questa direzione potrebbe essere l'imposizione, da parte delle Istituzioni comunitarie, di sistemi che vigilino ed evitino, in regime quasi forzato, l'insorgere di un'eccessiva ed incontrollabile eterogeneità dell'ordinamento sovranazionale. Questa panacea, però, ci appare totalmente opposta alla volontà precipua del legislatore e alla stessa spina dorsale liberale del mercato comune.

Cerchiamo, ora, di considerare il principio di autonomia contrattuale privata sotto un'altra prospettiva, più strettamente economica: ci accorgeremo che la possibilità di scegliere fra diverse alternative contrattuali, in assenza di asimmetrie informative e scelte inconsapevoli, non garantisce solo l'efficienza, ma permette, anche, di tracciare un disegno di sostanziale coerenza tra i piani dell'Unione.

58b. Fabrizio Cafaggi in *"Una governance per il diritto europeo dei contratti?"*, in *Politica del diritto*, n. 3, settembre 2003, pag. 381.

60. Al punto 87 della "Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, per dare maggiore coerenza al progetto europeo attraverso il piano d'azione" si fa accenno ad un sito web, a pronta consultazione dei consumatori, costituito da tutti i prospetti informativi aziendali in maniera contrattuale.

I vantaggi dati dalla possibilità di scelta della legge applicabile provengono dal crescente bacino legislativo di cui le parti, in un contratto privato, possono decidere di servirsi: quando i vantaggi legati all'applicazione di un determinato regime contrattuale, anche straniero, superano i costi di transazione che occorrono per destreggiarsi in un ordinamento nuovo e non familiare, sarà allora che le parti prediligeranno il sistema legale più efficiente, piuttosto che quello "locale". Scegliendo coscientemente, i contraenti possono così approfittare di tutti i benefici legati ad un assetto normativo in cui l'esperienza giuridica o la casistica passata non fanno altro che avvantaggiarli. L'opzione negoziale allontana, di conseguenza, il rischio di imporre disposizioni obbligatorie ed autoritarie assolutamente inadatte al tipo di contratto o di circostanza ricorrente. Il pericolo più grave causato da una categoria tale di leggi è quello di avvantaggiare un certo grado sociale e, con tutta probabilità, sfavorirne un altro.

Nemmeno il pensare di disciplinare e prevedere, all'interno di una *mandatory rule*, qualsiasi tipo di clausola o condizione convince. Ci ricorda Ribstein⁶¹ che nessun gruppo di legislatori, "(...) *no matter how well motivated (...)*", potrebbe individuare ed annoverare tutte le condizioni a cui un determinato accordo potrebbe essere sottoposto. Il principio di autonomia contrattuale, inoltre, funge da sostanziale spinta all'efficienza per il fatto che i contraenti saranno indirizzati a scegliere quel regime che più si addice e meglio regola la transazione in atto. Questa possibilità sprona, infatti, a sviluppare dei sistemi normativi funzionanti, in grado di adeguarsi costantemente nel tempo a nuove informazioni e casistiche. Semplicemente, proprio come i prodotti disposti sugli scaffali di un rivenditore devono essere in grado di rispondere alle esigenze di un consumatore, altrimenti non verranno mai scelti, anche gli stessi apparati legali devono essere in grado di competere tra di loro per apportare un generale miglioramento della qualità dei proprio sistemi legali e del benessere degli utenti. Se così non fosse, un'architettura nazionale, incapace di adeguarsi alle preferenze dei consumatori, potrebbe "perdere terreno" fra i suoi stessi cittadini, e sperimentare che i costi legati all'obsolescenza sono, come già sappiamo, molto alti.

61. Ribstein E. Larry, "*Choosing Law by Contract*", in *Journal of Corporation Law*, n. 18, 1993, pag. 249.

Possiamo rintracciare la caratteristica di efficienza, nella scelta della legge applicabile, anche considerando la possibilità che questa diriga il lavoro dei legislatori nazionali verso la formulazione di condizioni contrattuali rette da standards. Il fatto che, spesso, tra i contratti, figurino delle caratteristiche comuni rilevanti, potrebbe portare a pensare che l'esigenza di negoziare, volta per volta, una casistica a se stante non sia così necessaria. Inoltre, introdurre degli standards di riferimento con cui soddisfare la richiesta di più clausole inerenti allo stesso tema potrebbe indirizzare con più facilità la scelta delle parti private ed essere immediatamente *costs saving*.

Infine, vantaggio più determinante, il principio di autonomia contrattuale potrebbe trovarsi inaspettatamente a ridurre i problemi di coordinazione tra ordinamenti che disciplinano in maniera diversa la stessa materia contrattuale, come è proprio il caso del contesto che stiamo analizzando. Questo è un beneficio che potrebbe svilupparsi se ripensiamo alla possibilità che l'opzione di libera scelta legislativa porta nello scongiurare, ad esempio, fastidiose *mandatory rules* imposte dallo stato nazionale, prediligendo, invece, un regime più comodo e *standard-made*.

Conclusioni

L'armonizzazione del diritto contrattuale europeo è davvero realizzabile?

Considerando la qui esposta analisi del processo di armonizzazione europea in materia contrattuale, non sembra affatto lineare la costruzione di una soluzione univoca ed universale, valida ad abbracciare e risolvere tutte le complessità che un contesto eterogeneo come quello sovranazionale porta con sé. Per rispondere pienamente agli intenti che gli organismi dell'Unione e, al seguito, questo elaborato si sono riproposti, un apparato contrattuale comunitario dovrebbe inseguire l'obiettivo di potenziare il mercato comune senza, al contempo, ledere il sistema legislativo presente negli ordinamenti nazionali dei paesi membri. L'approccio adottato ha evidenziato numerosi problemi legati specificamente alle finalità che l'UE si prefissa di raggiungere e al modo in cui tali finalità sono perseguite, dentro una cornice dai tratti economici, giuridici e sociali molto diversi.

I risultati che vogliamo evidenziare si ripropongono di presentare una soluzione realistica, che renda massimo il beneficio ottenibile e sia in grado di venire incontro alla vitalità e alla velocità con cui il sistema contrattuale si adegua all'ambiente esterno. Oggi, assistiamo ad una rapidissima evoluzione di questo specifico settore del diritto: le nuove tecnologie, l'avanzamento e la presa di potere degli apparati digitali cambiano in maniera significativa il modo di "negoziare". In tal senso, ci aspettiamo che un apparato negoziale sia in grado di disciplinare anche il mondo del commercio elettronico e potenziare il mercato in generale, soddisfare le esigenze degli utenti e sviluppare una terminologia capace di semplificare l'approccio contrattuale, soprattutto se sovranazionale: in ballo, infatti, ci sono discordanze a livello linguistico, culturale e giuridico. Per questo motivo, l'affrontare un tipo di materia del genere non dovrebbe essere caratterizzato da approssimazione; al contrario, si dovrebbero considerare con attenzione le conseguenze che un cambiamento legislativo, con riflesso sull'ordinamento di ogni Stato membro, potrebbe arrecare.

Abbiamo visto come il settore del diritto contrattuale da gestire abbracci non solo i rapporti consumatore - azienda (B2C), ma anche quelli azienda - azienda (B2B); se è

vero che il compito di un sistema dispositivo è quello di mantenere equa la bilancia delle transazioni fra venditori e utenti, allora si riconferma esatta la separazione di queste due tipologie di contrattazione. In più, è richiesta una particolare avvedutezza per aspetti come la protezione del consumatore, visto come contraente più limitato.

Il punto focale della nostra discussione sta nel chiedersi se è davvero possibile pensare ad un diritto europeo dei contratti, considerando il vasto panorama di attori che si avvicendano sul palco del mercato interno. Tra associazioni di categoria, piccole e medie imprese, consumatori e organi diplomatici, le transazioni commerciali sono complesse ed articolate, le norme da prendere in considerazione sono molte e spesso divergenti e gli accordi difficili. Ci si domanda, quindi, se è davvero possibile creare un valore aggiunto per gli utenti, delineando una seria architettura contrattuale comunitaria che salvaguardi costantemente i privati e li accompagni con chiarezza nelle loro scelte, non dimenticandosi delle premure verso le stesse aziende.

E' chiaro che la condizione vigente è del tutto inadatta a gestire transazioni fra parti provenienti da sistemi legali differenti, in cui la validità delle clausole è, spesso, un concetto per nulla limpido. I numerosi studi e le commissioni di professionisti che si sono avvicendate nell'analisi della realizzabilità di un diritto contrattuale europeo, hanno progressivamente spostato l'attenzione da un principio di armonizzazione minima ad uno di armonizzazione totale. Seguendo tale prospettiva, si rende chiaro come una direzione *soft*, che permetta ai singoli membri di conservare la validità di un apparato normativo non comunitario e, magari, più tutelante verso le parti, risenta della frammentarietà tipica di quadri eterogenei forzatamente accostati: gli operatori privati, da un lato, si trovano spaesati in un contesto extra-nazionale poco familiare e sono pienamente dubbiosi ed insicuri sul contenuto e la sicurezza delle transazioni; le imprese, dall'altro lato, sono poco incoraggiate a questo tipo di trattative, e si ritrovano, così, ad abbandonare la concorrenza e la possibilità di arricchire i servizi offerti. Queste ragioni sono certamente valide per spingere l'Unione ad un piano di armonizzazione più completa, ma rischiamo di dimenticare alcuni elementi e concetti fondamentali: proprio a causa della esorbitante differenza fra tradizioni giuridiche, il disegno comunitario presente necessita di una organicità impossibile da esigere solo con un apparato di *hard law*. In questo caso, infatti, si eliminerebbe la ricchezza di soluzioni adottabili e la stessa possibilità, per gli ordinamenti, di apprendere gli uni dagli altri a riguardo di casistiche ed esperienze reali. Sopra tutte queste

caratteristiche, con una armonizzazione massimale si rischierebbe di minare la ricchezza delle tradizioni giuridiche, specifiche e distinte per necessità ed esigenze. Eliminata, quindi, la discrezionalità statale nel mantenere un ambito di azione proprio, almeno in alcuni settori, un tipo di riavvicinamento totale mirerebbe ad incidere gravemente su un diritto, quello contrattuale e dei consumatori, che abbraccia non pochi campi: il civile, il commerciale ed il penale sono solo alcuni esempi. Sotto una prospettiva di almeno iniziale *soft law*, gli Stati potrebbero, invece, continuare a garantire una tutela nazionale massima per i consumatori e, contemporaneamente, ampliarne il grado a livello europeo.

La nostra conclusione ci porta a pensare che, sì, un diritto contrattuale europeo è possibile, ma con attenti accorgimenti e con tappe intermedie estremamente curate. La migliore alternativa sarebbe quella di trovare una struttura contrattuale in grado di beneficiare al massimo del valore aggiunto apportato da entrambi i gradi di armonizzazione, minimale e massimale. Vero è che la funzione dell'*hard law* è essenziale per costruire un progetto organico nel mercato interno, ma è altrettanto valido affermare che lo stesso *soft law* diventa fondamentale per creare una coordinazione intensa ed un riavvicinamento internazionale di base.

Tenendo impresse queste considerazioni, è importante, innanzitutto, che l'Unione riesca a formare una cultura condivisa, su cui rivedere ed innalzare un coscienzioso *Common Frame of Reference* con specifico riferimento alle norme contrattuali, interpretato secondo una consapevolezza collettiva da parte dei professionisti del panorama giuridico. L'armonizzazione del diritto dei contratti europeo è un processo estremamente avvincente, non ottenibile con una istantanea codificazione: con più tempo ed un progressivo smussamento delle asperità giuridiche fra gli Stati, potrà diventare plausibile e realizzabile una visione di armonizzazione più totalizzante.

Il modello efficiente per l'Europa

Alla luce di quanto la nostra indagine ha evidenziato, l'Unione Europea non sembra essere pronta, adesso, ad una direzione di *hard law* tesa alla codificazione e ad un'architettura dispositiva completa, capace di estirpare la normativa nazionale vigente per sostituirla con una sovranazionale, di recente cultura e tradizione. Men che meno, lo strumento della direttiva, già diffusamente adoperato, ha dimostrato tutta la sua inadeguatezza lasciando quel grado di discrezionalità statale che è bastato a creare più profonde ed inconciliabili divergenze.

Il concetto di un codice, o di uno strumento simile, deve nascere prima nell'ossatura: costantemente in via di perfezionamento, deve essere costruito un fondamento su cui innalzare, in modo solido, un apparato completo del diritto europeo. E infatti, considerando che l'armonizzazione esige un efficientissimo apprendimento delle nuove normative installate, è chiaro che, prima di tutto, sia necessario realizzare e rafforzare una cultura intensamente condivisa e coordinata tra i singoli Stati europei.

Il nostro sguardo si sposta, quindi, su un'iniziale soluzione più *soft*. Partiamo bene dalla considerazione del Quadro Comune di Riferimento del 2004. Il CFR, infatti, ha nella nostra visione, la funzione di punto focale a cui la più vasta disciplina del diritto può indirizzarsi. La nostra analisi, comunque, concerne la materia contrattuale, sicché ci limiteremo ad esaminare il ruolo e l'importanza che il *Common Frame of Reference* può ricoprire nel processo di armonizzazione europea specificamente a questo settore. La *tool box*, intesa come vademecum a disposizione per la diffusione ed il controllo di metodi d'azione attraverso cui appoggiare il disegno europeo, può diventare una soluzione complementare di lungo periodo, grazie alla quale sarà possibile razionalizzare il complesso contesto transfrontaliero e riorganizzare in modo efficiente e non più dispendioso l'apparato del diritto. A tale fine, sarebbe opportuno prevedere una specifica terminologia o richiamare dei concetti globali ed assoluti, vedi, ad esempio, " (...) la formazione, la validità, l'adempimento, l'inadempimento, lo scioglimento del rapporto contrattuale, il risarcimento del danno (...) " ⁶² o la considerazione e realizzazione delle condizioni più vantaggiose per l'utente, nel contratto sovranazionale.

62. Vedi Sopra, Nota 12, pag. 57.

Lo scopo dello sviluppo di questo strumento si troverebbe nell'assicurare una profonda ed equa omogeneità e una migliore considerazione dell'apparato normativo contrattuale, passato e futuro. La base del CFR, sostenuto da strumenti di *soft law* come i già conosciuti PECL, i *Principles* della Commissione Lando, essenziali e discrezionali da applicare alla scelta del contratto, ci porta a richiamare finalmente la soluzione, perlomeno iniziale, di un modello efficiente con cui riorganizzare e guidare l'*acquis*. Non conservando un ruolo primariamente legislativo, il Quadro Comune di Riferimento potrebbe essere considerato uno strumento comune, capace di indirizzare il processo normativo del settore contrattuale e collaborare con gli organi dell'Unione alla realizzazione di un diritto europeo non limitato alla materia in questione, bensì portato ad abbracciare tutti i campi. Occorre, quindi, una linea d'azione in grado di individuare il modo adeguato per far convergere gli obiettivi e di adattarsi nel tempo alle circostanze. In questa sede, abbiamo riconosciuto ciò che sembra più vicino ai concetti qui esposti e maggiormente adatto a rispondere alle esigenze che una nuova visione del CFR comporta: richiamiamo, infatti, lo strumento opzionale a cui abbiamo precedentemente accennato, incluso nella recente risoluzione del Parlamento Europeo del giugno 2011 sulle alternative plausibili in materia contrattuale. Questa possibilità si presenta con un carattere di realizzabilità e di coerenza finalmente ragionevoli, in quanto la proposta di introdurre dei modelli di contratto standard, corredati da "*un pacchetto di strumenti (...)*"⁶³, risponde in pieno allo schema di una possibile alternativa opzionale. Nel novero di questi strumenti citiamo clausole e contratti tipo o termini standard, su cui, ovviamente, una dettagliata informativa dovrebbe essere fornita al fine di guidare gli operatori economici, e soprattutto i consumatori privati, ad agire consapevolmente in ogni fase della negoziazione. Con questi intenti, uno strumento opzionale potrebbe rappresentare quel fondamento *soft* su cui costruire un'architettura legislativa europea solida. Esso, infatti, mirerebbe a fornire modelli omogenei di elementi contrattuali determinanti, costruiti a partire dalle normative vigenti e configurati sulla base delle necessità di un diritto sovranazionale.

63. 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)).

Il discorso, qui, si sposa in pieno al già accennato scarso potere contrattuale dei privati: proprio per lenire eventuali incertezze nel processo di negoziazione e assicurare, così, una contrattazione serena, uno strumento opzionale avrebbe il compito di integrare una serie di clausole chiare, corrette, comprensibili, nonché di favorire, rispettando tutte le tradizioni linguistiche, la diffusione di un processo di standardizzazione. Seguirebbe una maggiore competizione nel mercato ed una più alta ed immediata probabilità di scambi transfrontalieri, anche nel settore delle PMI.

Nella sua risoluzione, l'organo legislativo europeo ha sottolineato come gli operatori economici, siano essi utenti privati o aziende, debbano poter decidere autonomamente verso quale direzione, sia essa sovranazionale o locale, dirottare la propria transazione. In ogni caso, è bene chiarire che uno strumento opzionale, in grado di tutelare gli utenti meno esperti e guidarli attraverso il principio di autonomia contrattuale, dovrà essere pianificato in modo eccellente; sarà altresì necessario dare cristallina informativa sui diritti e doveri degli utenti, assicurando loro che tali prerogative verranno rispettate in un clima di alta sicurezza. Si vogliono ricreare le condizioni perché la decisione dei consumatori, di qualunque genere essa sia, possa confermarsi consapevole e razionale. Con la possibilità di ottenere tale strumento nelle diverse lingue della Comunità si supererebbero gli ostacoli di sorta che un normale cittadino potrebbe incontrare, volendo espandere la propria conoscenza della materia e del modo in cui affrontarla: si affaccia, così, la proposta di inglobare, nel sistema, la nuova e spiazzante realtà elettronica, attraverso apparati digitali connessi al web. Essa, dotata di una perfetta computerizzazione, permette già oggi di soddisfare qualsiasi tipo di necessità o esigenza, anche meramente ludica, e di agevolare un apprendimento immediato.

Monito non meno importante per gli organi UE è quello di non lasciare che un'opzione sì versatile e facoltativa possa mancare dell'attenzione che, in realtà, merita: l'opera di informativa e diffusione da parte dei pilastri portanti europei dovrà assolvere il compito di evidenziare i benefici universali di questa alternativa, puntando sul plusvalore che essa è in grado di apportare e sui costi che, al tempo stesso, è in grado di eliminare. Non dovrà mancare, al tempo stesso, un disegno di monitoraggio e di *review* totale dello strumento, al fine di comprendere e confermare la sua costante adeguatezza al mercato europeo e al piano di armonizzazione comunitaria in generale.

Come già accennato, l'ambito di estensione che la soluzione presentata dovrà coprire si estenderebbe al B2B e al B2C, e non dovrebbe negare nulla degli interessi e delle tutele di cui uno stesso operatore, sia esso impresa o consumatore, potrebbe servirsi ad un livello solo locale.

Passando al contenuto di questo strumento discrezionale, esso dovrà, di certo, rimanere congruo alla sua natura opzionale: ciò significa adottare e, al tempo stesso, far convergere i diversi sistemi legali europei, non tralasciando di integrare gli sforzi dimostrati finora.⁶⁴ C'è la necessità che molti ambiti siano ben disciplinati, come quelli della vendita di beni e servizi fino agli accordi in materia finanziaria, particolarmente delicati dopo la caduta economica del 2009, passando per la stessa fascia assicurativa. In ultimo, non dimentichiamo uno degli ambiti che, come abbiamo capito, va progressivamente a rappresentare un punto focale delle trattative internazionali, ovvero il commercio elettronico e digitale: tale campo, infatti, potrebbe rivelarsi alla portata di uno strumento opzionale da impiegarsi nelle questioni di diritto europeo. Se consideriamo questa soluzione come una possibilità di ottenere un primo apparato normativo in grado di assicurare condizioni comuni ed eque negli scambi, non dobbiamo dimenticare, altresì, il suo carattere determinante nel rinforzare la certezza tra i consumatori meno esperti. Il suo apporto dovrà essere decisivo nel rendere efficiente il mercato, ampliare le sue opportunità e sanare le eventuali contese legali fra ordinamenti giuridici diversi, in tempi e modi accessibili.

Alla luce dell'analisi qui svolta, sembra adesso il momento di agire, in maniera cauta ed attenta. Lo strumento opzionale, che abbiamo approfondito come metodo usufruibile dai contraenti nella scelta del tipo di legge applicabile al contratto, inquadrato nella cornice di un CFR consapevole e maturo, è un primo passo verso una plausibile attuazione degli intenti. Solo lo scorrere del tempo, l'accumularsi delle casistiche e la diffusione di una coscienza comune potranno portare, poi, ad un progetto di armonizzazione più completa e, se necessario, vincolante. Gli stessi organi comunitari, infatti, hanno compreso quanto fondamentale sia l'articolato apparato del diritto europeo e quanto determinanti le complicazioni che possono insorgere a riguardo della sua realizzazione.

64. Basti pensare ai lavori europei della Commissione Lando, i PECL, il Gruppo di Studio e altri vari esempi di *soft intervention*.

In ogni caso, come abbiamo ben compreso, una volta dato avvio al percorso, esso non contempla alcuna *back way*; dagli inizi fino ad oggi, le Istituzioni UE hanno perseguito l'obiettivo dell'armonizzazione del diritto contrattuale europeo in modo alquanto disomogeneo. E' necessario, quindi, che una profonda revisione della materia venga conseguita al fine di conquistare quella omogeneità tanto anelata e di rendere il mercato interno finalmente efficiente. Ci è estremamente chiaro come l'Unione abbia davanti a sé ancora molte decisioni, spesso spinose, da intraprendere. Ma è altrettanto certo che, una volta raggiunto il primo obiettivo di armonizzazione del diritto contrattuale, l'Unione Europea risulterà in grado di espandere le proprie mire fino ad abbracciare anche lo stesso diritto civile europeo.

Bibliografia

Articoli e Libri

Alpa Guido, "I Principles of European contract law predisposti dalla Commissione Lando", in *Rivista Critica di Diritto Privato*, 2000, fasc. 3, pag. 483-497

Alpa Guido, "Il quadro comune di riferimento e le nuove prospettive di diritto contrattuale europeo", in *I Contratti*, n. 3, 2005

Battelli Ettore, "Il nuovo Diritto europeo dei contratti nell'ambito della Strategia Europa 2020", in *I Contratti*, IPSOA, n. 11, 2011, pag. 1065-1076

Bortot Paolo, Magnani Umberto, Olivieri Gennaro, Rossi Francesco A., Torrigiani Marcello, "Matematica finanziaria", Monduzzi Editore, 1998

Buchanan James e Tullock Gordon, "The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy", 1958, Indianapolis, IN: Liberty Fund, Inc.

Bussani Mauro e Mattei Ugo, "The common core of European private law", The Hague, 2003

Bussani Mauro e Mattei Ugo, "The common core approach to European Private Law", in *The Columbia Journal of European Law*, Vol. 3, 1997-1998, pag. 339

Cafaggi Fabrizio, "Una governance per il diritto europeo dei contratti?", in *Politica del Diritto*, n.3, settembre 2003, pag. 371 - 392

Cafaggi Fabrizio, "Quale armonizzazione per il diritto europeo dei contratti?", Padova, CEDAM, 2003, (Pubblicazioni del Dipartimento di scienze giuridiche dell'Università di Trento; 40)

Calabresi Guido e Hirschoff Jon T., "Toward a Test for Strict Liability in Torts", 81, 1055, *Yale L.J.*, 1972, pag. 1084

Castronovo Carlo, "I principi di diritto europeo dei contratti e l'idea di codice", in *Rivista del Diritto Commerciale e delle Obbligazioni*, I, 1995, pag. 21-38

Colombi Ciacchi Aurelia, "The constitutionalization of European contract law: judicial convergence and social justice", in *European Review of Contract Law*, n. 2, 2006, pag. 167

Cooter Robert, Mattei Ugo, Monateri Pier Giuseppe, Padoleski Roberto, Ulen Thomas, "Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile.", Il Mulino, Bologna, 1999

D'Angelo Andrea, "Un ordine europeo per il diritto civile", in *Contratto e Impresa. Europa*, fasc. 1, 2005, pag. 1-20

Dixit Avinash e Pindyck Robert, "Investment under uncertainty", in Princeton University Press, Princeton NJ, 1994

East Matthew, "La divergenza nel diritto contrattuale europeo e il suo significato per il processo di armonizzazione", nei lavori del seminario Introduzione al diritto comparato organizzato da Ziller

Ehrlich Isaac e Posner Richard, "An Economic Analysis of Legal Rulemaking, in Journal of Legal Studies, n. 3, 1974, pag. 257-286

Galgano Francesco, "Lex mercatoria", Bologna, 2010, Il Mulino

Grundmann S. "La struttura del diritto europeo dei contratti", in Rivista di Diritto Civile, n. 3, 2002, pag. 365

Heiner Ronald, "Imperfect Decisions and the Law: On the Evolution of Legal Precedent and Rules", in Journal of Legal Studies, n. 15, 1986, pag. 227-262

Ioriatti Elena, "Codice civile europeo: un approccio metodologico", in Rivista Critica del Diritto Privato, fasc. 2, 2003, pag. 347- 372

Joerges Christian, "Un codice civile europeo è davvero l'unica soluzione?", in Rivista Critica di Diritto Privato, 2003, pag. 3 et Seq.

Kaplow Louis, "Rules Versus Standards: An Economic Analysis", in Duke Law Journal, n. 42, 1992, pag. 557-629

Markesinis Basil, "A matter of Style", in Law Quarterly Review, n. 110, 1994, pag 607 et Seq.

Mattei Ugo, "Il nuovo diritto europeo dei contratti, tra efficienza ed eguaglianza. Regole dispositive, inderogabili e coercitive", in Rivista Critica del Diritto Privato, fasc. 4, 1999, pag. 611-649

Merryman John Henry, "The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America", Stanford University Press, 1969

Parisi Francesco, "Harmonization of European Private Law: An Economic Analysis", University of Minnesota - Law School, 2007, Minnesota Legal Studies Research Paper No. 07-41

Parisi Francesco, Fon Vincy e Ghei Nita, "The Value of Waiting in Lawmaking", in European Journal of Law and Economics, n. 18, 2004, Kluwer Academic Publishers, *Manufactured in the Netherlands*, pag. 131-148

Patti Salvatore, "Diritto Privato e codificazioni europee", Giuffré Editore, Milano, 2004

Patti Salvatore, "Riflessioni su un progetto di codice europeo dei contratti", in Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni, fasc. 9-12, parte 1, 2001, pag. 489-500

Pozzo Barbara, "Harmonization of European Contract Law and the Need of Creating a Common Terminology", in European Review of Private Law, n. 6, 2003, pag. 754

Romano Roberta, "Law as a Product: Some Pieces of the Incorporation Puzzle", in Journal of Law, Economics and Organization, n. 1, 1985, pag. 225-283

Ribstein E. Larry, "Choosing Law by Contract", in *Journal of Corporation Law*, n. 18, 1993, pag. 247- 300

Ruscilla Gabriele, "Soft law e hard law per armonizzare: Alla ricerca di regole comuni nei commerci internazionali", in *Diritto internazionale dell'Economia*, Università Bocconi, 2011

Sullivan M. Kathleen, "The Justices of Rules and Standards", in *Harvard Law Review*, n. 106, 1992, pag. 22-103

Troiani Umberto, "Verso un diritto contrattuale europeo Il processo di armonizzazione delle regole e l'individuazione di principi ordinanti nei lavori della Commissione UE", Università degli Studi Roma Tre, Scuola Dottorale "Tullio Ascarelli", Sezione di Dottorato di Ricerca in Consumatori e Mercato, XX Ciclo, 2008

Truilhé-Marengo E., "Towards a European law of contracts", in *European Law Journal*, vol. 10, n. 4, July 2004, pag. 463-478

Van Caenegem Raoul Charles, "Judges, Legislators and Professors, Chapters in European Legal History", in Cambridge University Press, 1987

Wilhelmsson Thomas, " Un'armonizzazione completa del diritto dei contratti del consumatore?", in *Rivista Critica del Diritto Privato*, Anno XXVI, n. 4 Dicembre 2008

Fonti comunitarie

Commissione europea, "Comunicazione della commissione al Consiglio e al Parlamento Europeo concernente il diritto europeo dei contratti", COM (2001) 398 definitivo, Bruxelles, 11/07/2001

Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio - Maggiore coerenza nel diritto contrattuale Europeo - Un piano d'azione, Gazzetta ufficiale n. 063 del 15/03/2003

Commissione europea, Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo e al Consiglio, "Diritto contrattuale europeo e revisione dell'acquis: prospettive per il futuro", 11/10/2004, COM (2004) 651 definitivo, Bruxelles

Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio: Il programma dell'Aia: dieci priorità per i prossimi cinque anni - Partenariato per rinnovare l'Europa nel campo della libertà, sicurezza e giustizia. Bruxelles, 10.5.2005 COM (2005) 184 definitivo, Commissione delle comunità europee

Comunicazione della Commissione Europea: "Europe 2020 Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva", (COM 2010/2020)

Convenzione sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali aperta alla firma a Roma il 19 giugno 1980, (80/934/CEE)

Direttiva CEE/CEEA/CE n. 374 del 25/07/1985 relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri in materia di responsabilità per danno da prodotti difettosi

Parere della Commissione per il mercato interno e la protezione dei consumatori, destinato alla commissione giuridica, relativo alle opzioni possibili in vista di un diritto europeo dei contratti per i consumatori e le imprese (2011/2013 (INI))

Proposta di risoluzione del Parlamento Europeo sul diritto contrattuale europeo e la revisione dell'acquis: prospettive per il futuro (2005/2022 (INI))

Risoluzione del Parlamento europeo sul diritto contrattuale europeo e la revisione dell'acquis: prospettive per il futuro, Diritto europeo dei contratti e revisione dell'acquis: la via da seguire, (2005/2022 (INI))

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))

Testo completo della Costituzione Europea, 29/10/2004

Trattato che istituisce la Comunità Economica Europea, trattato CEE - testo originale (versione non consolidata), marzo 1957

Versione consolidata del Trattato che istituisce la Comunità Europea (GUCE C 325 del 24/12/2002)

Siti web

[Draft of the European Civil Code, Giugno 2004](#)

[Edizioni Giuridiche Simone – Dizionari Online](#)

[Il diritto contrattuale europeo](#)

[Investopedia, Definition of Net Present Value](#)

[Obiettivi Europa 2020](#)