



DIRITTO PRIVATO E INTERESSI PUBBLICI

SCRITTI IN ONORE
DEL PROF. LUCIO VALERIO MOSCARINI

TOMO I

a cura di

Nicola Corbo
Mario Nuzzo
Francesco Ricci

Diritto privato e interessi pubblici

Scritti in onore del prof. Lucio Valerio Moscarini

Tomo I

a cura di

Nicola Corbo

Mario Nuzzo

Francesco Ricci

Contributi di

Fabio Addis, Maria Claudia Andrini, Vincenzo Barba, Alfredo Belisario
Elena Bellisario, Giuseppe Benedetti, Mirzia Bianca, Roberto Bocchini
Mariacristina Bonomo, Vincenzo Luciano Casone, Antonino Cataudella
Roberto Carleo, Francesca Carocchia, Stefano Cherti, Cristiano Cicero
Nicola Cipriani, Nicola Corbo, Enrico Del Prato, Stefano Delle Monache
Giovanni Di Lorenzo, Giovanni Di Rosa, Dario Farace, Vincenzo Ferrari
Elga Ferricelli, Massimo Franzoni, Paolo Gallo, Alberto M. Gambino
Pasquale Laghi, Francesco Longobucco, Silvio Martuccelli, Enrico Moscati
Romana Pacia, Giovanni Perlingieri, Maria Pia Pignalosa, Aristide Police
Massimo Proto, Pietro Rescigno, Filippo Romeo, Domenico Russo
Felice Santonastaso, Anna Maria Siniscalchi, Michele Tamponi
Raffaele Tuccillo, Giovanni Edoardo Vaccaro
Vincenzo Verdicchio, Francesco Vizzone



Indice

Parte I Persone, famiglia e successioni

- 13 L'azione di riduzione nel terzo millennio
Maria Claudia Andrini
- 49 Il chiamato all'eredità e la voltura catastale: tra violazione di un obbligo e compimento di atto che vale accettazione tacita dell'eredità
Vincenzo Barba
- 87 Sussidiarietà e accordi prematrimoniali
Roberto Bocchini
- 111 L'evoluzione giuridica della famiglia di fatto nell'ordinamento italiano
Vincenzo Luciano Casone
- 121 L'incredibile vita di Timothy Green e il giudice legislatore alla ricerca dei confini tra etica e diritto
Cristiano Cicero
- 147 Servizio sanitario nazionale e diritto alla cura
Nicola Corbo
- 177 Azione di riduzione e legittimario pretermesso
Giovanni Di Lorenzo
- 189 Fecondazione eterologa e conoscenza delle proprie origini
Dario Farace

- 207 Il testamento quale fonte di vincoli di destinazione
Enrico Moscati
- 227 Campione biologico e consenso informato nella ricerca genetica
Romana Pacia
- 271 Le fondazioni di partecipazione
Aristide Police
- 289 Tutele per abuso d'immagine
Massimo Proto
- 317 Rapporti associativi, indipendenza e ricusazione dell'arbitro
Pietro Rescigno
- 325 Donne, famiglia e lavoro
Filippo Romeo
- 337 Riorganizzazione legislativa delle fondazioni nel settore lirico-sinfonico
e qualificazione pubblicistica
Felice Santonastaso
- 357 Il consenso informato nell'attività medica
Anna Maria Siniscalchi
- 381 Struttura e disciplina del patto di famiglia
Raffaele Tuccillo
- 417 La diseredazione "per giusta causa"
Vincenzo Verdicchio

Parte II
Obbligazioni e contratti

- 427 Sull'*excursus* giurisprudenziale del "caso Renault"
Fabio Addis
- 441 Ancora sulla prelazione
Giuseppe Benedetti
- 453 Il contratto fiduciario oggi
Mariacristina Bonomo
- 479 Eccessiva onerosità sopravvenuta e presupposizione
Antonino Cataudella
- 487 La vendita di opere d'arte
Stefano Cherti
- 507 I rapporti con i creditori nella simulazione
Nicola Cipriani
- 529 Corrispettività senza contratto e rimedio risolutorio
Enrico del Prato
- 537 Il modello (non unitario) della prelazione legale
Giovanni Di Rosa
- 547 I fondamenti ideologici dell'autonomia negoziale
Vincenzo Ferrari, Pasquale Laghi
- 563 Inserzione imperativa di norme dispositive nel nuovo diritto dei contratti
Elga Ferricelli

- 575 I contrattuali e gli altri usi
Massimo Franzoni
- 595 Gli interessi
Paolo Gallo
- 619 La tutela dei terzi danneggiati dal contratto
Francesco Longobucco
- 641 L'interpretazione della clausola risolutiva espressa
Silvio Martuccelli
- 659 La scelta della disciplina applicabile ai cd. "vitalizi impropri"
Giovanni Perlingieri
- 703 Clausole di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze
Maria Pia Pignalosa
- 719 La correzione della caparra iniqua tra buona fede e proporzionalità
Domenico Russo
- 761 Prelazioni legali a confronto
Michele Tamponi
- 789 La rinegoziazione del contratto
Giovanni Edoardo Vaccaro

Parte III
Impresa e professioni
(segue nel tomo successivo)

- 803 Pratiche commerciali aggressive
Alfredo Belisario
- 827 Pubblico e privato nella disciplina delle attività professionali
Elena Bellisario
- 833 Il modello competitivo della rete-contratto
Mirzia Bianca
- 843 La pericolosità della commercializzazione di tabacchi e la responsabilità del produttore
Roberto Carleo
- 861 Professioni intellettuali, professioni liberali, servizi professionali. Una proposta di distinzione
Francesca Caroccia
- 881 Ritardi di pagamento e nuove competenze dell'Antitrust
Stefano Delle Monache
- 897 Prospettive per un diritto comune europeo della vendita
Alberto. M. Gambino, Francesco Vizzone
- 913 I curatori

Prospettive per un diritto comune europeo della vendita^I

La nota informativa

ALBERTO. M. GAMBINO, FRANCESCO VIZZONE*

SOMMARIO: 1. La proposta di Regolamento per un diritto comune europeo della vendita (DCEV o CESL): il carattere opzionale della disciplina, 897 – 2. L'ambito di applicazione soggettivo della nuova disciplina, 900 – 3. La scelta del regime opzionale: la nota informativa di cui all'allegato II, 904 – 4. Le modalità di rilascio della *Standard Information Notice* (SIN), 906 – 5. Il meccanismo di *opt-in* e le prospettive di una sua modifica, 909.

1. La proposta di Regolamento per un diritto comune europeo della vendita (DCEV o CESL): il carattere opzionale della disciplina

La proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio relativo a un Diritto Comune Europeo della Vendita o *Common European Sales Law* (DCEV o CESL) dell'11 ottobre 2011² segna un punto di arrivo del dibattito sull'uniformazione del diritto privato europeo, in particolare del diritto europeo dei contratti³ e, allo stesso tempo, un punto di partenza. In questo senso, rinnovata discussione si concentra in ordine alla fonte legislativa della proposta — un Regolamento appunto — e alla provenienza della stessa dall'organo cui è riservata l'iniziativa legislativa a livello comunitario; a valle ci si interroga sulle peculiarità dello strumento di tutela, la sua forma, i suoi contenuti.

Uno degli aspetti più innovativi del Regolamento riguarda la nota informativa di cui al secondo allegato, tema che richiede, dunque, un inquadramento sullo strumento normativo scelto dal legislatore europeo, sul suo carattere "opzionale" e sull'ambito di applicazione soggettivo della nuova disciplina.

1. Il lavoro riproduce, con l'aggiunta delle note, la relazione tenutasi il 23 novembre 2012 al convegno *Prospettive per un Diritto Comune Europeo della Vendita*, svoltosi presso l'Università LUM Jean Monnet di Bari. Sebbene frutto di una riflessione comune, ad A.M. Gambino vanno attribuiti i paragrafi 1 e 5 e a F. Vizzone i paragrafi 2, 3 e 4.

* Alberto. M. Gambino – professore di Diritto privato nell'Università Europea di Roma; Francesco Vizzone – dottore di ricerca.

2. COM 2011(635) definitivo.

3. Per una ricostruzione di quanto elaborato sul tema nell'ultimo decennio si rinvia a CABELLA PISU, *La codificazione europea del diritto contrattuale tra progetti dottrinali, strategie politiche e interessi di categoria*, in questa rivista, 2012, pp. 207 ss.

La scelta di un Regolamento in luogo di una Direttiva, anche ad armonizzazione cd. massima⁴, indica la volontà delle istituzioni europee di offrire ai cittadini e alle imprese uno strumento atto ad agevolare le vendite transfrontaliere con una disciplina uniforme che, proprio attraverso la sua unicità e applicabilità in ogni Paese membro, sia in grado di offrire quella certezza giuridica, finora ritenuta insufficiente, capace di permettere ai consumatori e alle PMI di rivolgersi con minori timori e costi inferiori oltre i propri confini nazionali. Come noto, infatti, tra le fonti normative di matrice comunitaria, il Regolamento, a differenza della Direttiva, una volta entrato in vigore, è direttamente e immediatamente applicabile in ogni Stato membro dell'Unione senza necessità di una legge nazionale di recepimento — dunque con tempi più rapidi — e, soprattutto, senza che agli Stati membri sia lasciata quella libertà di mezzi per perseguire gli obiettivi fissati in una Direttiva, con un annullamento del rischio di una difformità di disciplina tra uno Stato membro e l'altro, con conseguente frammentazione normativa nell'Unione europea⁵. In virtù della scelta operata dal legislatore europeo, ogni Stato avrà, in materia di contratti di vendita, due regimi giuridici, il proprio e quello introdotto dal Regolamento⁶, con la conseguenza che, ove si applichino al contratto le regole di quest'ultimo, potrebbe verificarsi l'abdicazione alla maggiore tutela del consumatore assicurata da norme nazionali senza violare il divieto di cui all'art. 6, comma 2, del cd. Regolamento Roma I (593/2008/CE del 17 giugno 2008) applicabile quando venga scelta una legge straniera in luogo di quella nazionale del consumatore⁷.

4. L'armonizzazione cd. massima riserva agli Stati membri ambiti di intervento molto ristretti in sede di recepimento di una Direttiva comunitaria nell'ordinamento nazionale senza tuttavia eliminarli. Un recente esempio di Direttiva ad armonizzazione massima è la cd. Direttiva consumatori (2011/83/UE del 25 ottobre 2011) il cui art. 4 sul livello di armonizzazione così recita: «Salvo che la presente direttiva disponga altrimenti, gli Stati membri non mantengono o adottano nel loro diritto nazionale disposizioni divergenti da quelle stabilite dalla presente direttiva, incluse le disposizioni più o meno severe per garantire al consumatore un livello di tutela diverso».

5. Per la manualistica sulla portata delle fonti comunitarie, si rinvia a ADAM e TIZZANO, *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2010, pp. 135 ss.

6. Così CABELLA PISU, *op. cit.*, p. 231 che richiama quanto dichiarato dal Libro Verde del 1° giugno 2010 sul diritto europeo dei contratti per consumatori e imprese. Nello stesso senso F. GALGANO, *Dai principi Unidroit al regolamento europeo sulla vendita*, in questa rivista, 2012, pp. 2-3. In senso parzialmente difforme, CASTRONOVO, *Sulla proposta di regolamento relativo a un diritto comune europeo della vendita*, in *Europa e diritto privato*, Milano, 2012, pp. 296 ss. che, criticando l'assunto secondo cui la disciplina contenuta nella proposta darebbe luogo a un secondo regime di diritto dei contratti nell'ambito dell'ordinamento nazionale di ciascuno Stato membro, ritiene che il proposto Regolamento, ove entrasse in vigore, non diverrebbe parte degli ordinamenti degli Stati membri in quanto, «ponendosi al di sopra di essi quale fonte autonoma sovranazionale di diritto europeo in senso proprio» ed essendo, quindi, a essi gerarchicamente sovraordinato quale fonte di rango primario, «neutralizzerebbe» la legge nazionale. In tal modo l'A. perviene ad affermare per altra via uno stesso risultato — il superamento della disciplina nazionale inderogabile a tutela del consumatore — aderendo alla cd. teoria «dualistica» del diritto europeo e a quella che vede nel Regolamento CESL un 28° regime di diritto dei contratti (in aggiunta ai 27 regimi già esistenti in ciascuno degli Stati membri).

7. L'art. 6 del Regolamento Roma I non consente di disattendere convenzionalmente al maggior grado di tutela assicurata da disposizioni inderogabili; cfr. SIRENA, *Diritto comune europeo della vendita vs. regolamento di Roma I: quale futuro per il diritto europeo dei contratti?*, in *I contratti*, Milano, 2012, p. 637, il quale sottolinea come la «immunità» del DCEV dall'applicazione dell'art. 6 del Regolamento Roma I costituisca al tempo stesso un punto di forza della proposta — incentivando i professionisti ad adottarlo per le vendite *on-line* — ma anche il suo punto di debolezza perché lo «espone all'accusa di porsi in contrasto con il principio di sussidiarietà e di sottrarsi a quella concorrenza fra gli ordinamenti giuridici alla quale dovrebbe assoggettarsi anche (e forse soprattutto) il diritto dell'Unione europea».

La fonte normativa “forte” scelta per la disciplina delle vendite transfrontaliere è temperata dalla facoltà per le parti di decidere se assoggettarsi o meno al nuovo regime previsto dal Regolamento, che è così strumento certo quanto a contenuti ma facoltativo quanto ad applicazione. La non obbligatorietà del regime di vendita proposto⁸ e il relativo meccanismo di *opt-in*⁹ — con un’applicabilità delle norme solo a seguito di una scelta dietro nota informativa *ad hoc* — in luogo dell’*opt-out* simile a quello della Convenzione di Vienna per la vendita internazionale di beni (CISG), è motivata dalla Commissione con il rispetto del principio di proporzionalità e, in particolare, con la necessità di raggiungere gli obiettivi di sviluppo del mercato unico attraverso l’incremento delle transazioni transfrontaliere¹⁰.

La scelta legislativa risulta condivisibile¹¹, nonché conforme ai principi di cui all’art. 5 del Trattato sull’Unione europea¹², nella realistica constatazione dell’attuale stadio di sviluppo dell’Unione europea che non ha raggiunto il livello di coesione necessario per un atto normativo più vincolante¹³.

VENEZIANO, *Un diritto europeo per le contrattazioni on-line (anche) tra imprese?*, in questa rivista 1-2012, p. 458, rileva come la possibilità di optare per un DCEV permetta alle parti di non trovarsi, per effetto delle norme finora applicabili, in una possibile situazione di svantaggio.

8. Art. 3, natura facoltativa del Diritto Comune Europeo della Vendita: « Le parti possono convenire che il diritto comune europeo della vendita disciplina (sic!) i loro contratti transfrontalieri di vendita di beni, di fornitura di contenuto digitale e di prestazione di servizi connessi rientranti nel campo di applicazione territoriale, materiale e personale definito agli articoli da 4 a 7 ».

9. Si tratta di un criterio per cui una regola si applica se la parte interessata esprime la sua adesione; nell’*opt-out*, invece, la regola non si applica se la parte interessata esprime la sua opposizione.

10. La Relazione che accompagna la proposta così recita: « L’istituzione di un regime uniforme facoltativo di diritto dei contratti è risultata pertanto l’azione più proporzionata poiché ridurrà i costi di transazione sostenuti dai professionisti che esportano verso più Stati membri offrendo nel contempo ai consumatori una maggiore scelta di prodotti a un prezzo inferiore, e aumenterà il livello di protezione per i consumatori che fanno acquisti oltre frontiera, accattivandone la fiducia visto che questi godranno degli stessi diritti in tutta l’Unione » (p. 8) e ancora « Il diritto comune europeo della vendita sarà un regime facoltativo che si aggiungerà alle norme vigenti di diritto dei contratti senza sostituirlle. La misura legislativa pertanto non andrà oltre quanto necessario per creare nuove opportunità per i professionisti e i consumatori del mercato unico » (p. 10). Una valorizzazione dell’*opt-in* anche in ambito domestico favorirebbe la diffusione dello strumento, con forza espansiva del “dato nuovo” come avvenuto in ambito consumeristico; cfr. ROLLI, *La proposta di regolamento europeo sulla vendita nel processo di codificazione europea*, in questa rivista 1-2012, p. 395 e *infra* quanto richiamato da ROPPO, in *From consumer contracts to asymmetric contracts: a trend in European contract law?*, in *European Review of Contract Law*, Berlin, 2009.

11. CABELLA PISU, *op. cit.*, p. 223 e HESSELINK, *The case for a Common European Sales Law in an age of rising nationalism*, Centre for the Study of European Contract Law Working Paper No. 2012-01, Amsterdam, 2012, pp. 7 ss.

12. Art. 5 TUE (ex art. 5 TCE): « La delimitazione delle competenze dell’Unione si fonda sul principio di attribuzione. L’esercizio delle competenze dell’Unione si fonda sui principi di sussidiarietà e proporzionalità [...] In virtù del principio di proporzionalità, il contenuto e la forma dell’azione dell’Unione si limitano a quanto necessario per il conseguimento degli obiettivi dei trattati. Le istituzioni dell’Unione applicano il principio di proporzionalità conformemente al protocollo sull’applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità ».

13. ROLLI, *op. cit.*, p. 393, ove l’A. — dopo aver ricordato la disputa sulle teorie di Thibaut e Savigny i.e. tra ideale regolativo o *Weltanschauung* versus indagine storica o *Wissenschaft*, sfociata nell’attuale contrasto tra il cd. approccio *rule oriented* o *top down* e quello storico o *bottom up* — afferma che la scelta del meccanismo di *opt-in* « deve essere vista favorevolmente alla luce dell’approccio cd. *bottom-up*, giacché, malgrado quanto constatato riguardo a una crescente coesione e identità europea, l’odierno scenario politico ed economico non presenta ancora la coesione necessaria per uno strumento vincolante ». Va tuttavia ricordato come quattro Stati membri — Germania, Austria, Belgio e Regno Unito — si siano ufficialmente dichiarati contrari all’adozione della proposta

Criticità di segno contrario sono sollevate, osservando come la rimessione dell'operatività del nuovo testo normativo alla sola scelta delle parti non sarebbe sempre frutto di un accordo stipulato su un piano di parità atteso che, il professionista rispetto al consumatore, così come la grande impresa nei riguardi di una PMI, si troverebbero in una posizione di forza tale da imporre una decisione unilaterale, in base alla propria convenienza, sull'applicazione del proposto Regolamento¹⁴; né una presunta volontà del professionista offerente di assoggettarsi volontariamente a un regime che impone un livello di tutela dei consumatori più elevato sarebbe desumibile da incentivi legati alla semplificazione e trasparenza del costo legato al contenzioso¹⁵, potendo questi essere disinnescati proprio da un sostanziale innalzamento del livello di protezione del consumatore, che dunque potrebbe far risultare l'opzione comunque complessivamente più onerosa¹⁶. L'adesione del consumatore, inoltre, secondo i meccanismi che si osserveranno, sarebbe poi consapevole e informata ma non libera e spontanea¹⁷. Del resto il fallimento nella diffusione di precedenti strumenti regolatori caratterizzati dall'*opt-in* contribuisce a una certa sfiducia, portandosi l'esempio della *Uniform Hague Sales Law* del 1964 (ULIS e ULFIS) ratificata in modo diverso dagli Stati aderenti, uno dei quali (il Regno Unito) ha riservato alle parti la scelta di sottomettersi o meno alle norme della Convenzione — laddove altri (Belgio, Germania, Italia e Olanda) hanno adottato un meccanismo di *opt-out*: nello Stato che ha scelto l'*opt-in*, la Convenzione è rimasta pressoché inapplicata mentre negli altri ha conosciuto un utilizzo significativo¹⁸.

2. L'ambito di applicazione soggettivo della nuova disciplina

Quanto all'ambito soggettivo di applicazione, già gli obiettivi enunciati nella relazione di accompagnamento alla proposta¹⁹, chiariscono la volontà del legislatore

in ragione della violazione del principio di sussidiarietà di cui allo stesso art. 5 TFUE. Cfr. anche VENEZIANO, *op. cit.*, p. 458.

14. DE CRISTOFARO, *Il (futuro) "diritto comune europeo" della vendita mobiliare: profili problematici della proposta di regolamento presentata dalla Commissione UE*, in questa rivista 1-2012, pp. 366-367.

15. MAGNUS, in *Max Planck Private Law Research Paper*, no. 12/27, Hamburg, 2012, p. 230.

16. Conclusivamente, se alcuni come HESSELINK, *How to opt into the Common European Sales Law? Brief comments on the Commission's proposal for a regulation*, in *European Review of Private Law*, The Hague, 2012, p. 212, hanno considerato come il proposto regime opzionale sia politicamente e costituzionalmente (dal punto di vista comunitario i.e. in base all'art. 114 n. 3 TFUE sulla cui scorta si "giustifica" l'intervento comunitario in materia) accettabile fintanto che il livello di protezione offerto dal DCEV resta quello dell'attuale proposta, altri come MAGNUS, *op. cit.*, p. 230, senza spingersi fino a domandarne l'obbligatorietà in senso stretto, ritengono preferibile un meccanismo di *opt-out* affinché l'eventuale Regolamento varato non resti lettera morta.

17. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 368.

18. MAGNUS, *op. cit.*, p. 228, afferma a tale riguardo « *English courts had to deal with no single case where the Hague Sales Law was in fact applicable. [...] In forty years, in no published English case parties did opt for the Hague Law. There was, on the other hand, a vivid practical use of the Uniform Sales Law in those Contracting States that like Belgium, Germany, Italy or the Netherlands had accepted the opt-out solution which applied the uniform law unless the parties exclude it* ».

19. La proposta è altresì coerente con la politica dell'Unione di aiutare le PMI a trarre maggiore profitto dalle opportunità offerte dal mercato interno. Il Diritto Comune Europeo della Vendita può applicarsi ai contratti

europeo di ampliare la base dei soggetti tutelati²⁰, non limitando l'applicabilità delle nuove norme ai soli rapporti tra professionisti e consumatori ma estendendola anche ai rapporti tra professionisti in cui almeno uno sia una PMI²¹. A tale riguardo, per meglio comprendere i motivi della scelta operata e la portata dell'estensione dell'ambito di applicazione soggettivo, può essere utile rammentare che nell'Unione europea il 99,8% delle imprese è costituito da PMI delle quali il 92% sono microimprese con una media di due dipendenti²². Le dimensioni e il numero delle PMI sono rivelatori, da una parte, dell'enorme base di soggetti potenzialmente interessati, in aggiunta ai consumatori, alle nuove tutele offerte dallo strumento opzionale e, dall'altra, delle difficoltà cui il proposto Regolamento potrebbe offrire una soluzione dando un forte impulso allo sviluppo del cd. mercato unico: invero le PMI, e in particolar modo le microimprese, hanno, in ragione delle ridotte capacità di capitale umano e finanziario, scarsa propensione all'esportazione in genere e in ogni caso — anche laddove guardino ai mercati esteri — a farlo in ognuno dei 27 Stati membri, vuoi per l'incertezza o la scarsa conoscenza del diritto applicabile, vuoi per i costi elevati della consulenza legale necessaria per superarle. Purtuttavia è stato fatto notare che lo strumento opzionale — così come delineato dalla proposta dell'11 ottobre 2011 — non sarebbe comunque sufficiente per raggiungere l'obiettivo dichiarato a motivo del permanere di alcuni ambiti non disciplinati dalla CESL — quali ad esempio la nullità per contrarietà alla legge e la rappresentanza — e per i quali si tornerebbe ad applicare il diritto nazionale con l'ovvia conseguenza di riproporre, in parte, il problema che si voleva risolvere²³. Va poi notato che le PMI possono essere prese in considerazione dalle nuove norme tanto come soggetti forti — quando rivolgono la loro offerta ai consumatori nei rapporti B2C — quanto come soggetti deboli quando trattano, nei rapporti B2B, con altre imprese di maggiore esperienza o potere economico beneficiando in tale ultimo caso di tutele simili a quelle riservate ai consumatori²⁴. In questo senso sembra addivenirsi pertanto, con il Regolamento proposto, a una tutela riservata più in generale al cd. soggetto debole del rapporto e a una concretizzazione di quel

tra professionisti quando almeno una delle parti è un PMI in base alla raccomandazione 2003/361 della Commissione relativa alla definizione delle microimprese, piccole e medie imprese, pur tenendo conto degli sviluppi futuri.

20. Rispetto alla quasi contemporanea nuova Direttiva sui diritti dei consumatori 2011/83/UE del 25 ottobre 2011.

21. Articolo 7, n. 1: « Il Diritto Comune Europeo della Vendita può applicarsi ai soli contratti in cui il venditore di beni o il fornitore di contenuto digitale sia un professionista. Nei contratti in cui tutte le parti sono professionisti, il Diritto Comune Europeo della Vendita può applicarsi quando almeno una parte sia una piccola o media impresa (PMI) ».

22. Fonte Eurostat, citata dal Parere del Comitato economico e sociale europeo del 29 marzo 2012 pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea del 21 giugno 2012 C 181/75 in merito alla proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a un Diritto Comune Europeo della Vendita COM (2011) 635 definitivo e alla comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni « un Diritto Comune Europeo della Vendita per agevolare le transazioni commerciali transfrontaliere nel mercato unico » COM (2011) 636 definitivo.

23. Parere del Comitato economico e sociale europeo del 29 marzo 2012 cit.

24. Ad es. in tema di doveri di informazione precontrattuale (art. 23 CESL).

tertium genus contrattuale che in dottrina è stato alternativamente definito “terzo contratto” o “contratto asimmetrico” per marcarne la differenza con riguardo tanto al contratto di diritto comune quanto a quello stipulato tra imprese e consumatori²⁵. Un chiaro segno di questa tendenza evolutiva del diritto contrattuale europeo appare rilevabile dalla lettera dell’art. 86 CESL che, in tema di clausole abusive nei contratti tra professionisti, elenca, quali criteri con cui valutare l’eventuale vessatorietà di una clausola, oltre alla “buona fede” e alla “correttezza”, la « natura delle prestazioni dedotte in contratto », le “circostanze della conclusione dello stesso”, la « considerazione delle altre clausole contrattuali contenute nel regolamento negoziale e in eventuali contratti collegati », che sono, dunque, i medesimi criteri alla cui stregua deve essere valutata la rilevanza dello « squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto » a carico del consumatore ai sensi del combinato disposto degli artt. 33 e 34 del Codice del Consumo. Allo stesso modo, l’art. 86 CESL esclude tra i professionisti l’abusività di una clausola — al pari di come è esclusa per i consumatori dall’art. 34 n. 4 cod. cons. — ove questa sia stata oggetto di trattativa individuale. A ulteriore sostegno di quanto ipotizzato sul *tertium genus* dei contratti non può non evidenziarsi come, anche per la violazione degli obblighi di informazione precontrattuale, il DCEV assoggetti a un comune assetto rimediabile — risarcitorio, previsto dall’art 29 n. 1 CESL — tutti i contratti che ricadono nel suo ambito di applicazione siano essi tra professionista e consumatore o tra professionisti di cui almeno uno sia una PMI. In proposito è stata ravvisata « una marcia di (ri)avvicinamento, quella tra contratti di consumo e contratti tra professionisti — in qualche modo mediata e agevolata dalle regole riferite al (cd.) terzo contratto tra professionista e impresa debole — che ha nella disciplina dell’informazione

25. È stato ravvisato un nuovo paradigma contrattuale nella tendenza del diritto privato europeo a considerare, nei propri modelli di tutela, non più solo il consumatore ma il soggetto che generalmente si trova in una posizione di asimmetria informativa oppure in una situazione economicamente meno forte — che si traduce in un minor potere contrattuale in capo al soggetto stesso — e pertanto debole. Così, in particolare, ROPPO, *op. cit.*, p. 304 ss. che espone le proprie considerazioni al tempo in cui il dibattito era incentrato sui *Principles of European Contract Law* (PECL, Commissione Lando) e sul lavoro del gruppo diretto da Christian Von Bar sul *Draft Common Frame of Reference* (DFCR o Quadro Comune di Riferimento); quanto espresso resta tuttavia di grande attualità, a maggior ragione in considerazione dei soggetti alla cui tutela la recente proposta di DCEV è destinata. Vi sarebbe quindi una progressiva evoluzione dal contratto del consumatore al cd. contratto asimmetrico con una contestuale incorporazione del primo modello e delle sue regole nel secondo in una tensione evolutiva che l’autore ritiene desiderabile e assimila a quella intervenuta per il codice di commercio italiano del 1882 le cui regole sono poi confluite nel codice civile del 1942 condizionando più ampiamente anche la disciplina dei contratti non commerciali in esso contenuta (così ROPPO, *op. cit.*, p. 346 afferma che: « *tematic unity and coherence would be recovered, should the ongoing development proceed towards a different scenario namely, towards regulations generally dealing with all unbalanced business contracts between stronger and weaker market actors, irrespective of what the weaker parties’ status is (be they consumers or business)* » e p. 348 ove espone: « *In 1942, a new civil code came into force, with contemporaneous repeal not only of the old civil code 1865, but also of the 1882 commercial code, which was not replace at all. This legislative manoeuvre resulted in the unification of Italian contract law into one single (civil) code. At the same time, however, this resulted in the “commercialisation” of Italian contract law, as contract law of the new civil code drew its contents, to a very large extent, from contract law which was written in the old commercial code. “Commercialisation” of contract law in the mid XX century and “consumerisation” of contract law started in the 1990’s seem to be very similar processes* »). In tema, v. anche GITTI, VILLA (a cura di), *Il terzo contratto*, Bologna, 2008, *passim*.

e nella regola di cui al §1 dell'art. 29 uno dei suoi capisaldi»²⁶. Vi sono di contro orientamenti dottrinali che ritengono erroneo vedere nel proposto Regolamento CESL un accoglimento, da parte del legislatore europeo, della « teoria del contratto con asimmetria di potere contrattuale come nuova figura (più ampia e generale rispetto a quella del contratto del consumatore) di riferimento della normativa europea » in quanto la stessa definizione di PMI data dalla Commissione²⁷ escluderebbe, anche solo da un punto di vista strutturale, la “debolezza” di quelle imprese qualificabili come “medie”²⁸. Quest'ultima posizione non tiene probabilmente in adeguata considerazione le sempre più numerose concentrazioni di imprese che, in nome delle economie di scala, della esasperata ricerca dell'efficienza e della globalizzazione, vanno realizzandosi in tutti i settori merceologici così moltiplicando da una parte gli oligopoli e, dall'altra, la “dipendenza economica” o “debolezza” di quelle PMI i cui numeri sono solo apparentemente un indice di “forza” sol che si faccia un confronto con quelli dei grandi gruppi industriali che dominano il mercato. È invece condivisibile il rilievo in ordine all'incoerenza di una tutela della parte debole affidata al contraente forte che dovrebbe proporre, nelle intenzioni del legislatore europeo, la disciplina opzionale di maggior tutela da applicare²⁹. Si ritiene tuttavia che questo non possa impedire di ravvisare nel complessivo articolato normativo del proposto Regolamento CESL, il paradigma del cd. contratto asimmetrico; piuttosto si tratta di un *vulnus* della disciplina da sanare affinché, *in primis*, la stessa possa avere una qualche *chance* di successo. Da ultimo si deve dare conto di alcuni rilievi critici mossi all'ambito di applicazione soggettivo del DCEV da chi, in relazione ai contratti B2B, ha fatto notare che esisteva già la Convenzione di Vienna per la vendita internazionale di beni mobili; a queste perplessità è stato replicato che la detta Convenzione non è applicabile in tutti gli Stati membri dell'UE — non essendo stata ratificata da Regno Unito, Irlanda, Portogallo e Malta — che la sua interpretazione uniforme sarebbe resa difficile dal

26. ALESSI, *Gli obblighi di informazione tra regole di protezione del consumatore e diritto contrattuale europeo uniforme e opzionale*, in *Europa e diritto privato*, Milano, 2013, p. 353.

27. Raccomandazione della Commissione del 6 maggio 2003 relativa alla definizione delle microimprese, piccole e medie imprese 2003/361/CE.

28. D'AMICO, *Direttiva sui diritti dei consumatori e Regolamento sul Diritto Comune Europeo della Vendita: quale strategia dell'Unione europea in materia di armonizzazione?*, in *I contratti*, Milano, 2012, pp. 621 ss., ricordando la definizione di PMI data dalla proposta di Regolamento al fine di circoscrivere l'ambito di applicazione soggettivo dello stesso — *i.e.* un professionista che occupi meno di 250 persone e che abbia un fatturato annuo non superiore ai 50 milioni di euro oppure un totale di bilancio annuo non superiore ai 43 milioni di euro — esclude che possa ravvisarsi, in una PMI con simili numeri, quella “strutturale debolezza contrattuale” che ne consenta un accostamento con la figura del consumatore o comunque con un soggetto in una situazione di asimmetria informativa che possa giustificare un intervento limitativo dell'autonomia privata da parte del legislatore. Rileva inoltre l'A. come, essendo nel caso di specie l'assoggettamento a una certa disciplina rimesso alla volontà dei contraenti, sia chiaro che ci si trovi di fronte ad « un fenomeno diverso da quello della tutela di un contraente debole ». Una lettura in questo senso sarebbe confermata, nel pensiero dell'A., dalla considerazione secondo la quale se di tutela della parte debole si fosse trattato, questa non sarebbe mai stata rimessa dal legislatore europeo anche alla volontà dello stesso contraente forte al quale è demandata la prima scelta se offrire o meno la disciplina opzionale della vendita alla sua controparte contrattuale.

29. V. nota precedente

crescente numero di decisioni di giudici e arbitri in diversi ordinamenti e senza una guida interpretativa quale quella offerta dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea e inoltre che la disciplina della CISG sarebbe comunque lacunosa — non contemplando ad esempio, a differenza della CESL, il principio generale di buona fede, i vizi del consenso, la prescrizione — e non sufficientemente chiara ad es. in tema di interessi in caso di ritardato pagamento o di rapporto tra risoluzione del contratto per inadempimento e diritto del venditore a correggere la prestazione e, infine, non permetterebbe di tenere conto dell'*acquis* comunitario³⁰.

3. La scelta del regime opzionale: la nota informativa di cui all'allegato II

Attesa la ricordata natura opzionale della disciplina proposta per la vendita transfrontaliera in cui almeno una parte è un consumatore o una PMI, va segnalato il diverso atteggiarsi della scelta a seconda che il destinatario della proposta sia una PMI oppure un consumatore.

Nel primo caso — contratti B2B in cui è coinvolta una PMI ai sensi dell'art. 7 n. 2 proposta DCEV³¹ — l'esistenza e la validità dell'accordo tra le parti sulla sottoposizione del contratto al regime DCEV di cui all'art. 8 n. 1³² non devono essere necessariamente esplicite e possono essere desunte dalle loro dichiarazioni e dal loro comportamento; è quanto si può inferire dalla lettura in combinato disposto dell'art. 8 n. 1 citato — che rinvia, per la verifica della sussistenza dell'accordo suddetto, anche alle « disposizioni pertinenti del diritto comune europeo della vendita » — e dell'art. 30 n. 3³³ che ne specifica il contenuto. Anche il tenore dell'art. 58 n. 1³⁴ sembra consentire un'interpretazione in questo senso atteso che permette di sostenere che una scelta implicita del regime opzionale sia stata operata. Autorevole dottrina ritiene inoltre che, nel caso di contratti B2B, le regole previste dal DCEV possano essere scelte anche solo parzialmente³⁵.

Radicalmente diverso, per espressa previsione normativa, il caso in cui una parte sia un consumatore.

30. VENEZIANO, *op. cit.*, p. 458 che considera convincenti solo queste ultime obiezioni a favore del DCEV.

31. Art. 7 n. 2: « Ai fini del presente Regolamento, è una PMI il professionista che: occupa meno di 250 persone, e ha un fatturato annuo non superiore ai 50 milioni di euro oppure un totale di bilancio annuo non superiore ai 43 milioni di euro o, per una PMI che ha la residenza abituale in uno Stato membro la cui valuta non è l'euro o in un paese terzo, a un importo equivalente nella valuta di quello Stato membro o quel paese terzo ».

32. Art. 8 n. 1: « L'applicazione del Diritto Comune Europeo della Vendita è subordinata all'accordo delle parti. L'esistenza di tale accordo e la sua validità sono determinate sulla base dei paragrafi 2 e 3 del presente articolo, dell'articolo 9 e delle disposizioni pertinenti del Diritto Comune Europeo della Vendita ».

33. Art. 30 n. 3: « La volontà delle parti di conferire effetti giuridici all'accordo si desume dalle loro dichiarazioni e dal loro comportamento ».

34. Art. 58 n. 1: « Il contratto deve essere interpretato secondo la comune intenzione delle parti anche quando questa non corrisponda al significato corrente delle espressioni in esso utilizzate ».

35. HESSELINK, *op. cit.*, p. 207, il quale afferma che: « Finally, it also follows from article 8, paragraph 1 (and a contrario from article 8 paragraph 3) that in B2B contracts the CESL can be chosen also partially, not only in its entirety ».

La scelta del destinatario della proposta in costanza di tale situazione soggettiva, deve essere informata, esplicita, espressa attraverso un atto separato³⁶ e deve essere operata secondo un "prendere o lasciare" non essendo consentito in tal caso un *depeçage* della disciplina DCEV³⁷ che permetterebbe al contraente forte di usare la disciplina discrezionalmente in danno del consumatore violando così il precetto dell'art. 114 n. 3 TFUE.

Nel caso di contratti di vendita con consumatori, elemento essenziale del contratto — e fulcro del sistema di *opt-in* — è la nota informativa standard (SIN, *Standard Information Notice*) di cui al secondo allegato alla proposta di Regolamento.

Questa rappresenta tanto la materializzazione della scelta operata dal legislatore europeo per un regime non vincolante salvo scelta volontaria e informata delle parti e, segnatamente, del consumatore, quanto un elemento di originalità della Proposta stessa nella misura in cui la nota ha un doppio contenuto informativo: essa è infatti riferita *in primis* all'informazione sul regime applicabile e per l'applicazione del quale si chiede una scelta espressa al destinatario dell'offerta e, successivamente, riporta una sintesi dei diritti "fondamentali" che l'eventuale accettante potrà esercitare.

I precetti di cui agli artt. 8 e 9 sulla scelta del regime e la Nota Informativa Standard (SIN) e gli interessi tutelati a essi sottesi sono ulteriormente chiariti dai considerando 22 e 23 che precedono il testo del Regolamento e che precisano talune finalità della proposta; vengono in particolare rilievo la necessaria piena consapevolezza da parte del consumatore della scelta che sta operando³⁸ e la sua piena informazione sulla stessa e sulle conseguenze che da essa potranno derivare³⁹; ne risultano di talché condizionate le modalità di rilascio della suddetta nota e la validità dell'accordo raggiunto; questo sarà valido solo se « il consenso del consumatore (ad applicare il diritto comune europeo della vendita, *nda*) è prestato con una dichiarazione esplicita distinta dalla dichiarazione che esprime l'accordo a concludere il contratto »⁴⁰.

36. Art. 8 n. 2: « Nei rapporti tra professionista e consumatore l'accordo di applicare il Diritto Comune Europeo della Vendita è valido solo se il consenso del consumatore è prestato con una dichiarazione esplicita distinta dalla dichiarazione che esprime l'accordo a concludere il contratto. Il professionista dà conferma dell'accordo al consumatore su un mezzo durevole ».

37. Art. 8 n. 3: « Nei rapporti tra professionista e consumatore il Diritto Comune Europeo della Vendita non può essere scelto in parte, ma solo nella sua integralità ».

38. Considerando 22: « L'accordo delle parti di un contratto è indispensabile per l'applicazione del Diritto Comune Europeo della Vendita. È necessario che tale accordo sia sottoposto a stretti requisiti nelle transazioni fra imprese e consumatori e che, poiché nella pratica sarà soprattutto il professionista a proporre l'uso del Diritto Comune Europeo della Vendita, i consumatori siano pienamente consapevoli di acconsentire a usare norme che differiscono da quelle del loro diritto nazionale in vigore ».

39. Considerando 23: « Oltre a una scelta consapevole, è opportuno che il consenso del consumatore all'uso del Diritto Comune Europeo della Vendita sia anche una scelta informata. Pertanto, il professionista non solo dovrà richiamare l'attenzione del consumatore sull'intenzione di applicare il Diritto Comune Europeo della Vendita, ma anche informarlo sulla sua natura e caratteristiche principali ».

40. Similmente a quanto previsto dal nostro ordinamento *ex art. 1341 c.c.*, comma 2 in tema di approvazione in forma specifica di determinate clausole contrattuali.

4. Le modalità di rilascio della *Standard Information Notice* (SIN)

Mediante la previsione di un atto distinto dal contratto di vendita vero e proprio, il legislatore europeo sembra preoccuparsi di sollecitare l'attenzione del consumatore sì da prevenire eventuali patologie del negozio che potrebbero insorgere nella fase pre-contrattuale e legate alla violazione degli obblighi che incombono sul contraente "forte". Essendo anche "materialmente" evidente la necessità di esplicitare un doppio consenso — al regime da applicare e alla proposta di vendita in sé — affinché possano considerarsi validamente perfezionati entrambi gli accordi, il consumatore ha quindi un'occasione in più per rendersi conto di quello per cui si sta obbligando così integrando quanto dichiarato nel considerando 22⁴¹. Ne consegue che, ad esempio, nel caso di un contratto di vendita stipulato mediante accesso al sito — certamente il caso più probabile in una vendita transfrontaliera⁴² — non sarà sufficiente l'immissione del numero della carta di credito, tradizionalmente ritenuto il momento perfezionativo dell'accordo⁴³, ma sarà necessario far precedere quest'ultima da una separata richiesta di consenso, preliminare a quella dei numeri della carta di credito, attraverso la quale il professionista interrogherà il consumatore, dopo avergli messo a disposizione la SIN sulla relativa pagina *web*, circa la sua effettiva volontà di sottomettersi al nuovo regime europeo; il consenso potrebbe essere prestato cliccando un apposito tasto esclusivamente destinato alla manifestazione del consenso sul punto. Un possibile modello potrebbe ispirarsi a quello usato per l'*End User License Agreement* (EULA) che segue il *download* di un *software* e precede l'installazione e l'uso dello stesso; in tal caso compare una finestra contenente il contratto di licenza — che l'utente può scegliere di salvare e/o stampare — con, in fondo, un tasto per l'accettazione dello stesso. Allo stesso modo, prima della vendita vera e propria, potrebbe comparire la SIN — che potrebbe essere salvata e/o stampata — con in fondo un tasto con il quale il consumatore potrebbe prestare il proprio consenso cui far seguire, da parte del professionista, la conferma della sua avvenuta ricezione alla stessa stregua della conferma della ricezione del pagamento a mezzo carta di credito. Solo successivamente si accedrebbe alla schermata "tradizionale" per la conclusione del contratto di vendita. Non si ritiene invece di aderire alla posizione di quanti ritengono che il consenso all'uso del DCEV possa essere espresso con una semplice "virgolettatura" supplementare in

41. Considerando 22: « Il consenso del consumatore non potrà essere ammesso altro che sotto forma di dichiarazione esplicita distinta dalla dichiarazione che indica la volontà di concludere il contratto. Non sarà quindi possibile proporre l'uso del Diritto Comune Europeo della Vendita come clausola contrattuale, men che meno come clausola tipo del professionista ».

42. A maggior ragione se, come prospettato recentemente dal Parlamento Europeo nel suo *Draft Report* sulla CESL del 6 marzo 2013, l'applicazione del proposto Regolamento fosse inizialmente limitata ai soli contratti *on-line*.

43. A.M. GAMBINO, *L'accordo telematico*, Milano, 1997, pp. 141 ss., ha tracciato l'*idealyptus* di contratto telematico nella compilazione di un *form* comprensivo della digitazione dei numeri della carta di credito dell'acquirente, la cui ricezione da parte dell'offerente è acclarata dalla comparsa di un avviso di ricevimento innanzi agli occhi dell'oblatore. Il dialogo, pur virtuale, determina, secondo l'A., il perfezionarsi dell'accordo di scambio telematico; la spendita della carta di credito comporterebbe quindi la conclusione del contratto per inizio di esecuzione.

uno dei box (*box ticking*)⁴⁴ accanto a quelli, ad esempio, per il consenso al trattamento dei dati personali. Una simile modalità, non assicurando una adeguata “separazione” dal resto dei contenuti negoziali, sarebbe in contrasto con il precetto di un accordo distinto, secondo quanto indicato dal considerando 22 — che esplicitamente esclude che possa trattarsi di una delle tante clausole da accettare — e, infine, con la *ratio* stessa del precetto che, come sopra esposto, si prefigge di sollecitare l’attenzione del consumatore attraverso un atto “materialmente” evidente e quindi da esso “percepibile”. In passato, prima ancora della Proposta in commento, a tale riguardo, era stata enunciata la teoria del cd. *blue-button* — dai colori della bandiera dell’Unione europea — che, nelle intenzioni di chi la proponeva, aveva una doppia finalità: una più strettamente giuridica — l’accettazione della disciplina europea dei contratti — l’altra più orientata a una sorta di “marketing legislativo” con cui, da una parte, dare risalto a quanto realizzato dal legislatore europeo per i cittadini degli Stati membri e, dall’altra, offrire una “certificazione” di affidabilità per il regime giuridico proposto in quanto di matrice comunitaria e, di riflesso, per l’impresa proponente⁴⁵. In tempi più recenti si è invece parlato, a proposito del DCEV, di una presunta tendenza alla “PayPalizzazione” del contratto di vendita europeo con un chiaro riferimento al noto intermediario elettronico per i pagamenti *on-line* la presenza del cui marchio e servizio per i negozi virtuali è divenuta sinonimo di affidabilità e sicurezza per il consumatore che può contare, tra le altre cose, su un sistema di risoluzione delle controversie interamente *on-line* e con tempi brevissimi di soluzione di eventuali conflitti⁴⁶. Nel caso di contratti conclusi telefonicamente o attraverso messaggistica breve (SMS) o altri modi che non consentono il rilascio contestuale della nota informativa, è la stessa Commissione a preoccuparsi di precisare termini e modi di rilascio della SIN⁴⁷. Sul punto è tuttavia da rilevare un’imprecisione terminologica con delle possibili conseguenze di carattere sostanziale: mentre l’art. 9 n. 1 sulla SIN parla di un accordo che « non vincola il consumatore finché questi non abbia ricevuto la conferma di cui all’art. 8 n. 2 », il testo della SIN, al suo terzo capoverso, recita « il contratto diventerà valido solo dopo che Lei avrà ricevuto la presente nota »: l’art. 9 n. 1 sembra quindi riferirsi, secondo le categorie tradizionali, all’efficacia di un accordo comunque valido e sospensivamente condizionato alla consegna della nota informativa, mentre la formulazione della SIN sembra rimandare il perfezionamento dell’accordo, in assenza del rilascio

44. In tal senso sembra esprimersi HESSELINK, in *op. cit.*, p. 207, laddove afferma che « *on-line, this will mean in practice that consumer will have to tick an extra box* ».

45. SCHULTE-NÖLKE, *EC law on the formation of contract, from the Common Frame of Reference to the “blue button”*, in *European Review of Contract Law*, Berlin, 2007, p. 349: « *Besides the evident utility for market integration and consumer choice, the “Blue Button” could be very attractive politically. It would make the benefits of EC law visible in a much better way to the European citizens, businesses and consumers, than the entire existing and planned future consumer Directives* ».

46. In questo senso ENGL e STARK, *The CESL as a European brand. PayPalizing European contract law*, Paper SSRN, New York, 2013 che ricordano lo straordinario successo di questo sistema di pagamento che conta oltre 110 milioni di *accounts* registrati nel mondo (*link*: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2246271).

47. Art. 9 n. 1: « Se l’accordo di applicare il Diritto Comune Europeo della Vendita è raggiunto per telefono o con altro mezzo che non permetta di rilasciare al consumatore la nota informativa, o se il professionista ha omesso di rilasciare la nota informativa, tale accordo non vincola il consumatore finché questi non abbia ricevuto la conferma di cui all’articolo 8, paragrafo 2, unitamente alla nota informativa e abbia successivamente acconsentito ad applicare il Diritto Comune Europeo della Vendita ».

della nota informativa, al momento del rilascio stesso. Nel primo caso, attesi gli interessi pubblici perseguiti dalla norma quali la finalità di tutela del consumatore quale soggetto debole e altresì del regolare svolgimento delle dinamiche di mercato senza distorsioni legate agli abusi dell'asimmetria informativa da parte del professionista, si potrebbe qualificare la consegna della nota informativa come *condicio iuris* per la piena efficacia dell'accordo. Le conseguenze di una simile qualificazione sarebbero la non rinunciabilità alla condizione, la non applicabilità dell'art. 1359 c.c. sulla finzione di avveramento⁴⁸ e la responsabilità contrattuale *ex art. 1218 c.c.* del professionista che ha omesso la consegna, atteso che il contratto è perfezionato e valido seppur inefficace⁴⁹. Nel secondo caso invece il contratto non si perfezionerebbe fino alla consegna della SIN e, in caso di mancata consegna della stessa, il consumatore potrebbe agire solo facendo valere la responsabilità precontrattuale *ex art. 1337 c.c.* che, là dove sussumibile nella responsabilità aquiliana, soggiace al relativo regime probatorio, sicuramente più gravoso per il consumatore che non potrà limitarsi a dedurre il titolo della propria pretesa e l'inadempimento del professionista. Il livello di tutela dei consumatori nella proposta di Regolamento per un DCEV vuole essere, nelle intenzioni del legislatore europeo, il più elevato possibile. Complessivamente, secondo molti osservatori⁵⁰, questo è effettivamente maggiore rispetto alla disciplina attualmente vigente negli Stati membri fatta eccezione per alcuni diritti e per alcuni paesi. Si può in effetti notare una significativa estensione dei diritti dei consumatori che, applicando il regime del DCEV, potrebbero ad esempio recedere dal contratto in caso di non conformità del bene acquistato senza dover preventivamente chiedere al venditore la riparazione o la sostituzione dello stesso e, soprattutto, senza dover aspettare che scada il relativo termine in capo al professionista. I consumatori godrebbero inoltre, con le nuove norme, di un termine prescrizione di dieci anni — in luogo di quello biennale ad es. attualmente previsto in Italia dal Codice del Consumo — per far valere un difetto di conformità. A fronte di questi indubbi miglioramenti, la CESL comporta tuttavia alcuni peggioramenti, anche se limitatamente ad alcuni paesi: in particolar modo nel caso di quegli Stati membri che riconoscono ai propri consumatori un termine prescrizione legato alla vita del bene — che potrebbe anche superare i dieci anni — quali ad esempio i Paesi Bassi o la Finlandia oppure di quelli — come il Regno Unito o l'Irlanda — che consentono il recesso dal contratto anche in presenza di difetti di conformità non significativi o, infine, di quei paesi come la Spagna il cui ordinamento consente il controllo di vessatorietà anche con riferimento alle clausole

48. GALGANO, *Le obbligazioni e i contratti*, in *Diritto civile e commerciale*, volume secondo, tomo primo, Padova, 2004, p. 295, ricorda come sia prevalente l'opinione di chi ritiene non applicabile alla *condicio iuris* la finzione di avveramento segnalando come una soluzione opposta sia accolta dal codice civile tedesco.

49. Così ROPPO, *op. cit.*, p. 599, che sostiene in proposito che l'inapplicabilità dell'art. 1359 c.c. sarebbe solo parziale per cui « in base alla norma, ciò che non può farsi è portare il contratto a esecuzione, ma al netto di ciò il contratto è reso operante sotto ogni altro profilo ».

50. *Ex multis*, SCHULTE-NÖLKE, *Consumer protection under the proposal for a Common European Sales Law* (note for the European Parliament's Committee on legal affairs), Osnabrück, 2012, p. 7, afferma che « the basic idea of the CESL is to offer a uniform EU consumer protection standard which is — at least in aggregate — usually, if not always, better than under the protection lottery of the Rome I system. This is the reason why the CESL contains some consumer protection instruments which represent the top or nearly the top of the different protection levels currently in force in the Member States ».

relative al contenuto economico del contratto. È probabilmente per questa ragione che la nota informativa è tesa a sollecitare l'attenzione del consumatore sulla scelta del regime applicabile che si accinge a compiere e che le associazioni dei consumatori hanno avvertito la proposta di Regolamento che, in nome dell'uniformità di disciplina finalizzata a favorire l'internazionalizzazione delle imprese, non ha lasciato spazio a eventuali normative nazionali di maggior favore per i consumatori⁵¹. Sul punto si è, peraltro, ritenuto che una simile informativa — e il separato accordo conseguente — nulla aggiungerebbe alla tutela del consumatore — che, per compiere una scelta davvero informata, dovrebbe diventare un esperto di comparazione giuridica — mentre accrescerebbe i costi a carico dei professionisti, nonché come la SIN — a prescindere dalla sua opportunità — difetti dell'unica informazione che sarebbe invece utile che contenesse, cioè la specifica indicazione delle differenze *in pejus* rispetto alla legge altrimenti applicabile al negozio concluso dal consumatore contraente⁵². Di contro è stato proposto di spostare il controllo dal consenso al contenuto, alla stessa stregua di quanto avviene con le clausole abusive⁵³.

5. Il meccanismo di *opt-in* e le prospettive di una sua modifica

Il meccanismo di *opt-in* è stato recentemente oggetto di alcune proposte di modifica formulate dal Parlamento Europeo⁵⁴ nonché di considerazioni critiche⁵⁵.

51. Sul punto, CASTRONOVO, *op. cit.*, pp. 299 ss., rilevando una certa contraddittorietà tra il dichiarato elevato livello di tutela dei consumatori della nuova disciplina e la rigidità della procedura di *opt-in*, asseritamente prevista dalla Commissione a tutela dello stesso consumatore, auspica che l'applicazione della CESL sia resa più agevole e non più difficoltosa dal meccanismo in commento. L'A., in questo senso, ritiene sufficiente «uno specifico obbligo di informazione da includersi tra quelli previsti agli artt. 13 ss. dell'Allegato I del quale il consumatore al momento dell'inoltro della propria volontà negoziale comunicata di aver preso espressa visione» anche in considerazione del fatto che la disciplina della CESL offerta all'accettazione del consumatore «non è il risultato della predisposizione unilaterale della controparte come accade con le condizioni generali di contratto bensì il frutto di una disciplina tanto attenta al consumatore da indurre l'insieme delle istituzioni europee a occuparsene». Non si ritiene invece di condividere il rimedio proposto dall'A. in caso di violazione degli obblighi di informazione suddetti i.e. che «la sanzione dovrebbe essere l'inefficacia della scelta della CESL»; in tal modo infatti, si finirebbe per privare il consumatore di quella maggiore tutela offerta dalla nuova disciplina e che lo stesso A. sembra indicare quale presupposto della semplificazione procedimentale invocata.

52. Così WHITTAKER, *The proposed common European sales law: legal framework and the agreement of the parties*, in *The Modern Law Review*, Oxford, 2012, p. 599, che osserva «However, what the Standard Information Notice does not say is that by agreeing to the CESL the consumer is thereby giving up any better protection which might otherwise be vouchsafed by the law of his or her habitual residence by way of the normal operation of article 6(2) of Rome I» e che «the Standard Information Notice leaves out the key piece of information which a consumer needs to give a properly informed consent».

53. HESSELINK, *op. cit.*, p. 209: «However, by now, it is a well-known fact that information duties are not a very effective means of protecting consumers, while, on the other hand, they lead to increased costs for business. These costs are relatively high, especially, for small businesses that cannot benefit from economies of scale. From the experience with unfair terms, which are also proposed to consumers on a take it or leave it basis, we know that the control of content (through substantive review) is more effective and economically sound than the control of consent (through duties to inform)».

54. European Parliament, Committee on Legal Affairs, Co-rapporteurs Klaus-Heiner Lehne, Luigi Berlinguer, *Draft report on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law*, 6th of March 2013.

55. Workshop "Common European Sales Law: the way forward", Bruxelles, 10th of July 2013.

Il Parlamento Europeo ha formulato a riguardo due emendamenti — da inserire nella parte introduttiva dei “considerando” e nel Regolamento stesso che precede gli allegati contenenti la disciplina puntuale della “vendita europea” — con l’intento di colmare la lacuna della proposta della Commissione che chiarisce le conseguenze di un *opt-in* non esercitato in conformità dei precetti di cui agli artt. 8 e 9. In particolare, nell’eventualità in cui l’accordo per la scelta della CESL fosse affetto da invalidità ovvero la *Standard Information Notice* non fosse fornita al consumatore o fosse offerta in modo difforme dalle previsioni normative, il Parlamento Europeo propone l’introduzione di un considerando aggiuntivo nel quale precisare che, in simili ipotesi, la valida conclusione di un contratto dovrà essere valutata alla stregua delle rispettive leggi nazionali applicabili in relazione alle vigenti regole sul conflitto di leggi⁵⁶. La proposta di modifica prevede, inoltre, ai fini della validità della scelta del regime CESL, che venga esplicitata l’imperatività del rispetto di quanto prescritto dall’art. 9 sulla Nota Informativa Standard nei contratti tra professionisti e consumatori⁵⁷. La problematicità di tale soluzione sta nella perdita della maggior tutela offerta dalla CESL, in quanto — come osservato — in gran parte degli Stati membri le tutele offerte dal DCEV sono migliorative di quelle attualmente contemplate nei rispettivi ordinamenti⁵⁸.

Prospettive di adeguamento dello strumento opzionale si registrano nelle proposte di modifica formulate dallo *European Law Institute* di Vienna che, in un lavoro pubblicato a settembre 2012⁵⁹, con particolare riferimento alla nota informativa, propende per la sua eliminazione in favore di un *link* a un sito *web*

56. Si tratta dell’emendamento numero 12 che introduce il considerando 23a del seguente tenore: « *Where the agreement of the parties to the use of the Common European Sales Law is invalid or where the requirements to provide the standard information notice are not fulfilled, questions as to whether a contract is concluded and on what terms should be determined by the respective national law which is applicable pursuant to the relevant conflict of law rules* ». SCHULTE-NÖLKE, *Increasing the legal certainty and attractiveness of CESL: a comparative perspective*, Osnabrück, 2013, p. 19, in *Briefing notes for the European Parliament’s Committee on legal affairs for the Workshop with the participation of EU National Parliaments, Bruxelles 10th of July 2013, “Common European Sales Law: the way forward”*, sul punto, pur apprezzando gli emendamenti proposti dal Parlamento, osserva che, così formulati, essi siano forieri di rischi per il consumatore e inadeguati ai fini di una sua effettiva tutela (« *this solution is better than no solution but it includes some consumer protection dangers* »).

57. Si tratta dell’emendamento numero 65 all’articolo 8 n. 2 della proposta della Commissione che aggiunge, affinché la scelta dell’applicazione della CESL da parte di un consumatore sia valida, il requisito « *and if the requirements under Article 9 are fulfilled* ».

58. Appare pertanto convincente la soluzione proposta da Schulte-Nölke, *op. ult. cit.*, p. 20, che, con l’aggiunta di un articolo supplementare, precisa che quanto previsto dal Parlamento Europeo nei propri emendamenti 12 e 65 del *Draft report* del 6 marzo 2013 — disciplina rimessa alla legge applicabile in base alle norme di diritto internazionale privato — non possa comunque risolversi in una perdita delle tutele accordate al consumatore in base al DCEV; in particolare, l’A. propone un nuovo articolo 8a o 9a del seguente tenore: « 1. *Where the agreement of the parties to the use of the Common European Sales Law is invalid or where the requirements to provide the standard information notice are not fulfilled, issues as to whether a contract is concluded and on what terms should be determined by the respective national law which is applicable pursuant to the relevant conflict of law rules* 2. *The application of the national law may not, however, have the result of depriving the consumer of the protection afforded to him by provisions of the CESL that cannot be derogated from by agreement of the parties* ».

59. *Statement of the European Law Institute on the proposal for a regulation on a Common European Sales Law COM(2011)635 final*, Vienna, 2012.

su cui dare conto al consumatore delle principali differenze tra il regime DCEV e quello nazionale altrimenti ordinariamente applicabile⁶⁰. Soluzione condivisibile in ordine alle finalità di favorire l'educazione del consumatore e una esaustiva comprensione del regolamento negoziale.

Le proposte di modifica non risolvono la questione della non obbligatorietà del DCEV, che sarebbe superata se il Regolamento imponesse ai professionisti venditori l'obbligo di offrire ai consumatori la possibilità di optare a loro discrezione — con una scelta non solo consapevole e informata, ma anche libera e spontanea — fra il futuro Regolamento CESL e il diritto nazionale⁶¹. Resta il favore verso provvedimenti normativi che contengono definizioni e richiami (“buona fede e correttezza” o “clausole contrattuali standard”), rilevanti per il diritto dei contratti UE — e assenti in altre direttive o regolamenti — che possono comunque essere utilizzati quale paradigma interpretativo, pur nella limitazione espressa di una loro afferenza ai soli effetti del Regolamento DCEV (art. 2)⁶². Il Diritto Comune Europeo della Vendita, quale strumento di cultura giuridica, contribuisce così allo sviluppo del mercato unico e alla realizzazione di un diritto comune europeo dei contratti⁶³.

60. « *The working party therefore suggests that the SIN is replaced by the link to an official website where the consumer can also obtain, for each Member State, very brief and concise information about the main differences between their national legal regime and the CESL e.g. that there is no right to cure under the CESL while there is under the law of their Member State of habitual residence* », in *Statement of the European Law Institute*, cit., p. 23.

61. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 368, sottolinea come solo in questo caso si potrebbe parlare di una effettiva facoltà di scelta del consumatore rimettendo a esso e non alle imprese il successo o il fallimento della diffusione del diritto UE dei contratti. In senso contrario si esprime WHITTAKER, *op. cit.*, p. 601, che ritiene inopportuno sottoporre ai consumatori un'opzione di cui buona parte di essi neanche comprenderebbe il significato: « *In any event, in my view such a choice between regimes (national law/law of habitual residence as against the CESL) should not be presented to consumers: choice may sound like a necessarily good thing, but there are some options which should not be put. First, it is improper to put a choice to consumers when the average consumer is unlikely to understand its significance* ».

62. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 371, pone l'accento sulla potenziale forza espansiva del contenuto delle definizioni di cui all'art. 2 del Regolamento « idonea a munirli di una *Austrahlungswirkung* destinata a riverberarsi sull'interpretazione del vigente diritto UE dei contratti e sulle norme nazionali che a esso danno attuazione ». Nello stesso senso ROPPO, *op. cit.*, p. 874.

63. CASTRONOVO, *op. cit.*, p. 316, nel proporre una diversa sistemazione anche “strutturale” dell'articolato normativo della CESL, auspica la creazione di « una parte generale dedicata al contratto, all'adempimento e all'inadempimento delle obbligazioni e una seconda parte dedicata specificamente alla vendita ». Questa impostazione, secondo l'A., « consentirebbe di adottare, quando i tempi fossero maturi, le discipline specifiche di altri contratti e altri rapporti obbligatori, ricollegandole a loro volta alla parte generale che sarebbe già stata adottata nel regolamento portante la CESL ».