

## ROBERTO PARDOLESI

### NOTE SULLA CONCORRENZA TRA ORDINAMENTI

1. Dico subito - tanto per trovare immediatamente un filo di congiunzione con l'elegante affabulazione del professor Monateri - che non credo alla concorrenza tra ordinamenti.

Non intendo spingermi sino al punto di negare l'esistenza di una siffatta concorrenza, col che, a tacer d'altro, l'occasione del nostro incontro sarebbe chiusa e potrei anche accomiatarmi. In realtà, al di là da questo *incipit* quasi terroristico, io nutro davvero il convincimento che la concorrenza tra ordinamenti sia poco affidabile, non solo e non tanto come descrizione (più o meno falsificabile) di fenomeni reali, ma soprattutto come strumento euristico in grado di fornire un supporto alla nostra capacità di ricognizione del modo di operare dei sistemi. Converrete con me che questo tipo di critica è più graffiante e decisamente più incisiva.

2. Prima di procedere oltre, scandirò alcune intimazioni pregiudiziali, che dovrebbero rendere ragione di questo mio atteggiamento di sostanziale sfiducia nei confronti della categoria concettuale che sogliamo evocare col termine di concorrenza tra ordinamenti.

La prima obiezione, di ordine metodologico, ha a che fare con una rivendicazione parasindacale da difesa del posto di lavoro. Io sono un comparatista e, come voi sapete, i comparatisti difendono gelosamente il loro posto al sole, il loro esser centrali al sistema, perché hanno sviluppato una capacità particolarmente raffinata di andare alla ricerca delle omogeneità e delle divergenze, di rintracciare quelle apparenti sovrapposizioni, quelle fondamentali diversificazioni che, saranno di natura tecnica ma contano, eccome! Ed il comparatista, in fondo, è stato educato esattamente a questo compito. Ora, chiederete, dov'è il punto? Molto semplice: la comparazione tra ordinamenti, nel momento in cui la s'invoca come strumento in qualche modo agganciato ad un retroterra ricostruttivo di carattere economico, presuppone per necessità che la *mission* del comparatista sia già stata compiuta; che, cioè, l'analisi delle divergenze e delle analogie sia stata non soltanto adeguatamente e capillarmente svolta, ma abbia addirittura ceduto il posto alla consapevolezza che gli ordinamenti in concorrenza sono tra loro sostituibili. La sostituibilità - più o meno imperfetta, ma apprezzabile in senso economico - è la condizione necessaria perché noi si possa in qualche modo avallare una concorrenza tra ordinamenti. Sicché il nostro discorso prende le mosse esattamente dal momento in cui il giurista, che abbia indole e *training* da comparatista, lascia il

testimone perché il suo lavoro è compiuto. Va da sé, dunque, che io senta in pericolo il mio posto di lavoro.

Ma la verità è che il compito che si vorrebbe così brillantemente portato a termine è estremamente difficile. Anzi, proibitivo o quasi.

La concorrenza tra ordinamenti come ipotesi teorica, e quindi come strumento di lavoro del giurista, va ben oltre l'omologazione, che è il tipico lavoro del comparatista e che parte dall'idea di schivare il rischio, sempre latente, della comparazione tra fischi e fiaschi, lucciole e lanterne. Senza entrare in un dettaglio tecnico troppo rarefatto, occorre rendersi conto del fatto che, per rendere plausibile l'idea di concorrenza tra ordinamenti, occorre andare oltre l'omologazione, ossia il massimo risultato comparatistico a nostra disposizione, perché la concorrenza tra ordinamenti inevitabilmente lo trascende. Non si tratta soltanto di verificare la sostituibilità tra ordinamenti, e quindi eventualmente la loro possibilità di svolgere analoghe funzioni (ossia di essere funzionali agli stessi obiettivi di massima), ma altresì di individuare *which is the best*. Sì che questa traiettoria diventa una sorta di *search for better solutions* a livello ordinamentale, che, a mio modo di vedere, somiglia da presso alla favolosa ricerca del Santo Graal, con risultati che possiamo immaginare sostanzialmente analoghi a quelli che hanno contraddistinto il precedente. Si faccia avanti chi si senta sufficientemente *brave* e abbia coraggio quanto basta per imbarcarsi in questa avventura.

Concludo su questo punto metodologico col dire: il vero, grande imbarazzo del comparatista sta nel fatto che la sua scienza è riuscita a mettere insieme un bagaglio strumentale particolarmente elaborato nel catalogare convergenze, armonie, divergenze, contrapposizioni etc. Ciò che manca, perché non è mai stato oggetto istituzionale di riflessione e va sicuramente al di là del segno della nostra capacità di ricostruzione scientifica, è una scala assiologica. Il comparatista non riuscirebbe in nessuna circostanza, per definizione, per vocazione, per rivendicazione ad asserire che il diritto muto o qualche espressione giurassica –se volete andare più in là, di una convivenza sociale, di un qualsiasi barlume di regola che riesca a compattare appunto le persone che vi confluiscono– possa o debba essere ritenuta migliore o peggiore del più accorsato ordinamento della *western legal tradition*. Manca all'armamentario del comparatista, che tra l'altro la rifiuta per partito preso, la capacità di stilare una scala di valori e, quindi, una valutazione da cui dedurre una qualche classifica.

In altre parole, per dirla proprio nel modo più banale: che cosa è meglio e perché? ecco un problema che agli occhi del comparatista, ma forse non soltanto ai suoi occhi, risulta indecidibile. Provare per credere.

3. - Faccio qualche esempio, confidando sulle vostre memorie di studi giuridici. Quasi sicuramente tutti voi avrete incrociato considerazioni privatistiche di larga massima; e probabilmente ricorderete tante cose che vi aiuteranno a rendere tangibili questi esempi. Cominciamo da uno di una banalità sconcertante: come si conclude il contratto nel nostro sistema giuridico? Come voi sapete, una regola, l'articolo 1326 del codice civile, vuole che il contratto, di regola, si concluda nel momento in cui il proponente ha notizia dell'intervenuta accettazione dell'oblato. Basta attraversare la Manica e scoprite che la regola vigente nel Regno Unito è la *mail box rule*: il contratto si conclude *inter absentes* nel momento in cui l'oblato perde il controllo sulla missiva che contiene la sua accettazione. Si tratta di due regole sostanzialmente differenti. Qual è migliore? Ovviamente, possiamo ragionare in termini di vantaggio per il proponente che conserva, nel nostro sistema giuridico, fino all'ultimo momento la possibilità di revocare, purché la sua revoca sia emanata prima che il postino a sua volta abbia deposto la lettera nella cassetta del proponente stesso, sicché scatta il meccanismo dell'articolo 1335, col proponente che fino all'ultimo momento utile conserva il proprio vantaggio; mentre in Inghilterra questo vantaggio è cortocircuitato dall'intervenuta (e ignota al proponente) accettazione, in quanto affidata alla buca delle lettere. Ma quando poi andiamo a rileggere le pagine gloriose di Gino Gorla, che scriveva un celebre articolo nel 1963, ancor oggi meritevole della vostra lettura; quando riusciamo a guardare al di là del mero confronto tra le due regole parcellizzate, scopriamo che al loro fianco esiste una costellazione di altre regole, che costituiscono complessi meccanismi di pesi e contrappesi. Sicché, se si vanno ad analizzare le difficoltà incontrate dal proponente inglese nel rendere ferma la propria proposta rispetto invece alla semplicità dell'analogo risultato nel nostro sistema giuridico, si scopre che i complessi di regole finiscono col raggiungere equilibri (certamente diversificati, ma) rispetto ai quali è estremamente difficile stabilire perché un sistema dovrebbe essere meglio dell'altro.

Un altro esempio, se possibile ancora più plateale. La circolazione dei beni mobili nel nostro sistema giuridico è retta dalla regola che i giuristi evocano con la formuletta *possession vale titolo*. Cioè, basta che sia in buona fede nel momento in cui acquista il possesso del bene mobile, sempre che esista un titolo astrattamente idoneo, ed ecco che il nostro acquirente in effetti acquisisce la proprietà anche se la rileva da chi non è *dominus*. Questo è un regime che potremmo chiamare per semplicità del *caveat dominus* (per le ragioni che illustrerò tra un momento). La regola nord-americana ovviamente è screziata, perché va rintracciata in un sistema di *common law* articolato in 50 giurisdizioni; è quindi difficile ricostruirla. Ma la deriva dominante è quella che impone il *caveat emptor*: è il compratore che deve preoccuparsi di verificare la congruità del titolo dominicale in capo al venditore, perché, se venisse la rivendicazione

del terzo che affermi e provi di essere il reale proprietario, ebbene le ragioni del nostro acquirente sarebbero ineluttabilmente travolte.

Domanda banale: quale dei due sistemi è migliore? Per confrontarli, si dovrebbero misurare a costi ipotetici, che sono, nell'un caso, quelli sostenuti dall'acquirente per verificare la posizione del *dominus* (il che certamente costituisce un aggravio piuttosto rilevante rispetto alla situazione vigente in Italia), nell'altro i costi sostenuti dal *dominus*, che deve stare attento a non prestare il proprio bene mobile, perché a quel punto, una volta ch'esso finisca nelle mani di qualcuno capace di propiziare la buona fede dell'eventuale acquirente, il *dominus* correrà il rischio di perderlo irreversibilmente (sicché la sua vita sarà fatta di *disclamer* o, alternativamente, di dinieghi scontroso a chiunque chieda un prestito di un bene mobile).

Per sciogliere il nodo di quale fra le due regole sia la migliore, dovremmo impegnarci in una ricognizione empirica, ossia calcolare quei costi. Vi sfido a farlo; conscio del fatto che si approderà ad un'ulteriore conferma dell'incommensurabilità delle grandezze che dovrebbero, viceversa, costituire l'elemento valutativo principale.

Vi faccio un ultimo esempio, che, ad aver tempo per coltivarlo, darebbe risultati davvero sconcertanti. Quasi tutti voi ricorderete di aver letto un manuale in cui a un certo punto si espone, ragionando magari sull'articolo 1224 cod. civ., la tesi secondo la quale il nostro sistema è ispirato al *favor debitoris*. Non faticherete molto però a trovare, se non un manuale altrettanto prestigioso, una serie di contributi dove, magari facendo leva sull'articolo 1229 di quello stesso codice, oppure oggi ragionando sulla incursione europea, e quindi sul decreto legislativo n. 231 del 2002, di attuazione della direttiva europea in materia di termini di pagamento nei contratti tra le imprese, in cui si teorizza apertamente un *favor creditoris*. A parte lo scollamento concettuale, implicito nel ritenere che una *pièce* legislativa di quel tipo ammetta la disponibilità da autonomia privata non soltanto del termine di pagamento, ma anche dell'effetto, e quindi delle conseguenze dell'inadempimento; a parte questo particolare, che pure andrebbe meditato con preoccupata attenzione, non si tarderà a capire che un ragionamento basato su queste categorie riesce semplicemente impraticabile. Chi è debitore, chi creditore? chi è stabilmente creditore? esiste un ceto dei creditori? Forse sì. Potremmo azzardare qualche ipotesi a questo riguardo e scoprire che i debitori, supposti soggetti deboli della catena, sono poi i veri soggetti forti del sistema economico, e magari andare a ripescare qualche formulazione keynesiana, che risulterebbe molto utile.

4. - Una volta di più, vi invito a toccare con mano l'unica cosa che interessa a questo riguardo: che, cioè, non disponiamo di strumenti in grado di farci

stabilire che cosa è bene, che cosa dovrebbe risultare migliore e per quale ragione.

Nella realtà, la scelta ha senso soltanto nella prospettiva (peculiare, specifica, necessariamente individuale) degli interessi di cui sono portatori i soggetti che agiscono, gli attori economico-giuridici per intenderci. Quindi, a prender prendere le cose sul serio, dovremmo accettare un'idea limitata, descrittiva più che tecnico-economica, di concorrenza tra ordinamenti: da riconoscere operante soltanto nell'alternativa tra ordinamento contrattuale – e sono le regole del diritto dispositivo dei contratti – e ordinamento delle autonomie private. Ne ha già parlato Pier Giuseppe Monateri, io ho poco da aggiungere, salvo ovviamente attestare che ho idee diverse dalle sue.

5. - Io, per la verità, non credo neppure – ma si tratta davvero di interpretare una stessa realtà con una prospezione lievemente diversa – che possa darsi un confronto tra un modello di contratto *soft* ed un modello di contratto rigido. Non ci credo perché quel poco di esperienza che ho messo insieme mi induce a pensare che l'idea del contratto soffice, del contratto che si chiude in due battute, che tutto rinvia alle regole forti del diritto dispositivo e al presidio occhiuto e vindice della buona fede, appartenga ad una mitologia del diritto dei contratti che oggi dovrebbe essere messa seriamente in discussione. La prassi conta una storia tutta diversa.

Nella prassi della negoziazione di alto profilo, il contratto sta tutto nei quattro angoli, è spesso così, vi dice tutto, anche quello che sarebbe ovvio e che potrebbe essere semplicemente gestito attraverso il tradizionale rinvio *per relationem* alla disciplina dispositiva. Badate: la cecità, se volete, la scarsa fantasia dei grandi studi legali arriva fino al punto che è clausola di stile, inserita al termine di un documento che riempie 100 pagine e passa, quella che “per ogni altro aspetto che non sia regolato da questo contratto” rimanda alle norme del codice civile (o alla legge comunque applicabile). Come se, al presentarsi della circostanza, fosse necessaria una simile precisazione! Ma è tale la deformazione mentale di chi ritiene che il contratto sia completamente governato dalle regole interne del contratto che si sente il bisogno di un meccanismo di legittimazione per l'eventuale – occasionale e tutto sommato inopinato – intervento esterno di regole non negoziate.

Dove sta l'equivoco? Qual è la ragione di questa difficoltà? Perché Pier Giuseppe Monateri ha ancora ragione a proporre i due modelli? Perché i due modelli sono realmente esistiti, in una dimensione –oserei dire– metastorica, nella psiche del cultore del diritto dei contratti, finché questo ipotetico personaggio ha potuto continuare a credere, in maniera autoconsolatoria, che il diritto dei contratti fosse un tutt'uno, un'unica provincia –appunto, il diritto dei

contratti – comunque retta dallo stesso torno di regole fondamentali. Ora, noi abbiamo fatto qualche fatica a renderci conto che questa realtà puramente concettuale non esiste più. Un tempo avremmo definito il fenomeno in termini di balcanizzazione, oggi dovremo necessariamente ricorrere al termine tedesco di *Zersplitterung*, frammentazione, per spiegare che quella che un tempo era la parrocchia unitaria del diritto dei contratti si è ormai articolata in almeno tre ambiti.

Uno è quello del *B2B sophisticated*, dei contratti fra soggetti forti quanto basta per flettere i propri muscoli nell'arena contrattuale, esattamente nella maniera ruvida che era propria del modo da 19° secolo di pensare al diritto dei contratti, ove *quisque est faber fortunae suae*. Poi abbiamo – e questo è stato veramente l'elemento di rottura rispetto all'apparente unità della categoria – il *B2C*, con un complesso di regole ormai completamente difformi dal, e certamente inaccettabili nella visuale del, *B2B sophisticated*. E non smetto di sorprendermi del fatto che vi sia ancora qualcuno (il massimo trattato corrente di diritto dei contratti parte esattamente con questa affermazione) disposto a rivendicare l'unità del sistema: a dispetto del fatto che le regole valide per i consumatori esprimono, in insanabile rotta di collisione con la logica che presiede all'altra categoria, un marcato paternalismo (a mio modo di vedere persino illuminato in vista di asimmetrie informative particolarmente importanti, anche se non sempre le espressioni disciplinari di questo paternalismo portano poi a risultati davvero apprezzabili). Ad ogni buon conto, immaginare, come qualche commentatore ha fatto, che il *B2C* debba diventare l'*hard core*, lo zoccolo duro del diritto dei contratti complessivamente inteso sfida non soltanto l'umore ispido di Alan Schwartz (che era a Roma la settimana scorsa e ribadiva, non a caso, un modello di diritto dei contratti ad uso e consumo dei soggetti che contano e confidano sul *drafting* per coltivare i propri interessi), ma anche la consapevolezza che, là dove si costruisce il contratto come autentico progetto di autonomia privata, il vero grande problema è azzerare il rischio giudice e, quindi, eliminare qualsiasi falla da cui possa entrare la buona fede, come formula riassuntiva delle fonti d'integrazione. Nella progettualità di un *drafting* contrattuale sofisticato non v'è incubo peggiore dell'insinuazione di una regola esogena, che andrà ad imprimere al contratto un contenuto diverso da quello che i paciscenti volevano darsi e si sono dati.

*In between*, fra le due grandi categorie, *B2B sophisticated* e *B2C*, noi oggi andiamo cercando con il lanternino di Diogene un *B2B unsophisticated* o, comunque, una fascia di rapporti 'al guado', di cui sono protagonisti soggetti che non possono essere ghettizzati nella *bounded rationality*, nella razionalità limitata del consumatore (che è ignorante, ed è bene sia così), ma che non arrivano neanche al livello di consapevolezza di chi può affrontare le regole ruvide dell'arena contrattuale. Ci imbattiamo, così, in quella fascia incerta in cui si riscontrano interventi ancora in cerca di identità, come per esempio l'articolo 9 della legge

sulla sub-fornitura industriale, che introduce l'abuso di dipendenza economica: norma priva di chiari parametri di riferimento, perché non siamo ancora riusciti a capire, specie dopo l'intervento del legislatore del 2001 con la legge sull'apertura dei mercati, se l'abuso di dipendenza economica appartenga davvero al versante civilistico (come abbiamo creduto per la retrocessione imposta all'ultimo momento dal legislatore del 1998), o se invece debba essere riguardato alla stregua di una gemmazione dell'abuso di posizione dominante e abbia quindi una sorta di filo diretto ombelicale con la matrice antimonopolistica.

6.- Si badi bene. Di tutto quel discorso che facevo poc'anzi rimane un lembo dov'è dato ritrovare la concorrenza tra ordinamenti, beninteso nei limiti in cui ve l'ho preannunciata. In altre parole, l'unica verifica che possiamo fare a colpi di analisi economica del diritto perviene al confronto tra le regole dispositive (laddove queste regole sono realmente dispositive, e quindi nel *B2B sophisticated*) e il dispiegarsi dell'autonomia privata. Insegnava Poster, quando (molti lustri fa ne seguivo le lezioni pionieristiche) che il diritto dispositivo dei contratti può essere misurato proprio in funzione della sua appetibilità per i fruitori, sicché è proprio il riscontro nella prassi della capacità della regola dispositiva di riflettere gli interessi, chiamiamoli così, maggioritari -cioè gli interessi della più parte dei soggetti che fruiscono di certe regole contrattuali- a darci il metro preciso della qualità del diritto dei contratti.

Il discorso punta, allora, nella direzione di un esempio che ha intrigato per tanto tempo la dottrina civilistica italiana: l'articolo 1467, la norma sull'eccessiva onerosità. Ebbene, se si guarda la prassi dei contratti del *B2B sophisticated*, il giudizio è inequivoco. Non troverete mai (almeno io, nella mia esperienza, non ho mai trovato) un contratto, tra soggetti che dispiegano una certa capacità di orientamento giuridico perché hanno una tasca profonda in grado di alimentarla, in cui si taccia sul profilo della *hardship*. Ciò significa che l'articolo 1467 è norma destituita di ogni capacità di presa, è una norma bocciata dal sistema. Qui, dunque, vediamo in funzione la concorrenza tra ordinamenti, nella misura in cui la scelta di autonomia operata dai soggetti sulla base dei loro specifici interessi ha decretato la pratica cancellazione dell'articolo 1467, *default rule*, dal tessuto del nostro codice civile.

7. - Ecco: fin qui arrivo, più in là non riesco ad andare. Ed ora vi spiego perché.

Con l'ultimo rilievo metodologico (dopo di che entrerò nel vivo; so che rischio di abusare della vostra pazienza, ma mi sembrava che le precisazioni svolte per l'innanzi fossero importanti). L'ultimo e forse il più importante, perché la

concorrenza tra ordinamenti sconta una difficoltà che si traduce sostanzialmente nelle leggi del caos.

Le leggi del caos si propongono di appurare se il battito di ali di una farfalla in Brasile può determinare, attraverso una serie di *unintended consequences*, un tornado sul Texas. Ebbene, le leggi del caos ci mettono di fronte alla difficoltà – proprio quella che la concorrenza tra ordinamenti in qualche modo presuppone e crede di poter superare – di conformarsi ad un approccio autenticamente olistico. Provo a spiegarmi.

La concorrenza tra ordinamenti dovrebbe esprimere una concorrenza a tutto raggio, che comprenda gli ordinamenti nella loro integrità e li confronti nella loro totalità. Ma così entriamo in un tale livello di complessità – la difficoltà di coltivare le ripercussioni di primo, secondo, terzo ordine – che si approda rapidamente all'incapacità di essere normali.

Quel che normalmente si fa sul piano della concreta applicazione dei modelli di concorrenza tra ordinamenti è, viceversa, assumere situazioni parcellizzate, sicché il processo si riduce, alla fine della fiera e nella migliore delle ipotesi, non già ad un'applicazione dell'economia al diritto, ma semplicemente ad una metafora.

8.- Allora, metafora per metafora, sforziamoci di vedere come può funzionare questa metafora, come io ritengo possa non funzionare o come si è cercato di farla funzionare: andiamo tutti a Salonicco!

In realtà, siamo fuori tempo: era molto importante esserci venerdì scorso, perché a Salonicco veniva tenuta a battesimo la bozza di una costituzione europea, magari di qualità discutibile, ma pur sempre una costituzione europea, da cui dovrebbe derivare una nuova spinta verso l'armonizzazione, capace di generare un diritto privato europeo.

Prima di entrare nel merito del discorso che ci interessa, faccio semplicemente una domanda a mo' di premessa, per l'utilità di noi tutti: l'armonizzazione è un bene?

Sarebbe interessante riflettere su questo punto. Ma, a mio modo di vedere, la risposta è semplice e, tutto sommato, persino banale: certo che sì. Detto da me, che sono un *contrarian* per definizione, sembra davvero forte. Ma non ho difficoltà a spiegare il mio punto di vista. L'obiettivo finale dell'armonizzazione è quello di creare un *network*, che sviluppa appunto economie di reti. Quanti più soggetti vi confluiscono – tutto ciò è materiale a voi sin troppo noto –, tanto maggiore è il vantaggio per il complesso (come pure per il singolo). Nel nostro

caso, la rete deriva dall'individuazione di uno *standard*, se preferite di un protocollo.

E' scontato che l'armonizzazione permetta al megastudio londinese di riuscire a gestire e risolvere il problema di Pescopagano senza il bisogno dell'intermediazione del giurista locale, che spieghi le peculiarità ambientali o quant'altro d'inconoscibile in un sistema diverso. L'unico investimento in *human capital*, fatto dal prestigioso *lawyer* londinese, basterà a governare i problemi del profondo sud, senza che si possa dar ingresso alle lagnanze del modesto professionista di Pescopagano, che si vede sottratta anche questa fetta minimale di *business*. A veder bene, un argomento di questo tipo suona simile a quello di chi si lamenta della fine della peste perché i monatti sono rimasti disoccupati. E', insomma, un argomento davvero recessivo e, come tale, inaccettabile.

Il vero problema, quello su cui conviene concentrare gli sforzi, è capire come si arriva all'armonizzazione, cioè come si individua lo *standard*.

Mi chiedo: possiamo immaginare (non è poi una cosa così semplice) che il futuro del diritto privato europeo attraverso processi di armonizzazione sia in realtà il risultato della concorrenza tra ordinamenti, ossia di un processo che abbiamo sempre visto attuato a livello comunitario attraverso il meccanismo immediatamente imperativo dei regolamenti o attraverso quello indirettamente imperativo delle direttive e qualcosa del genere?

Supponiamo, per un attimo, di accettare questa traccia. Si schiude, così, la via ad una analogia piuttosto forzata, che mi sembra, però, abbastanza interessante. Potremmo, cioè, divisare il percorso di una concorrenza tra ordinamenti modellata allo stesso modo di quella destinata a far emergere il *winner*: in sostanza, riferirsi alla concorrenza tra codici come alla competizione fra i sistemi operativi per *computers*, gli OSS, come vengono definiti in gergo. Alle corte, codici come sistemi operativi. Ce ne sono stati molti, ce ne sono ancora molti: ma, come voi ben sapete, uno solo emerge, diventa *standard* e realizza la rete, con tutti i vantaggi che vi sono collegati (sicché tutta la concorrenza che potremo immaginare a tale riguardo è quella espressa dal superamento con un salto che lascia l'intero parco preesistente in una situazione di minorità tecnologica). Ma, nel momento stesso in cui si delinea come tale, lo *standard* vince.

Domanda: è plausibile ipotizzare che la concorrenza tra ordinamenti, che io fin qui ho fieramente respinto come modello concettuale –salva l'applicazione (con qualche difficoltà) a frazioni parcellizzate di ordinamenti etc.– possa essere il filo conduttore che porterà ad un'armonizzazione autenticamente democratica del diritto privato europeo, sino al punto d'arrivo di un codice europeo che non abbia le stimmate della costituzione europea?

9. - Nel momento in cui si vada a verificare quali sono le condizioni d'esercizio di un'ipotetica concorrenza tra ordinamenti, voi siete in situazione di chiaro vantaggio, perché molto meglio attrezzati di me. Ad ogni buon conto, anche lasciando da parte la versione di Charles Tiebout, con il suo votare con i piedi nella scelta tra le varie giurisdizioni disponibili e le molte condizioni che rendono il suo modello più inespugnabile di quello di concorrenza perfetta; anche a voler schivare questa cima particolarmente pericolosa, dicevo, dobbiamo comunque rispettare tre condizioni o, meglio, dobbiamo tener fermi tre punti di riferimento.

Il primo è la mobilità. Perché si possa concepire una concorrenza tra ordinamenti, si deve immaginare un arbitraggio normativo, espresso appunto dal votare con i piedi, come diceva Tiebout a suo tempo. Ora, in un ambiente da *Überseering*, si può immaginare che siano i sistemi a 'girare', semplicemente perché l'incardinamento al di fuori della sede e in spregio alla *Sitzungstheorie* rende disponibile, se si preferisce circolabile, l'ordinamento. Nondimeno, le condizioni di mobilità virtuale non sono necessariamente fra le più appetibili. Mentre dovremmo confidare su una mobilità sostanzialmente perfetta, che forse con *Überseering* pare ancora molto lontana.

Secondo punto: perché la concorrenza tra ordinamenti abbia un significato concorrenziale, deve sussistere sensibilità dei *lawmakers*, cioè di coloro che gestiscono l'ordinamento giuridico, nel senso di immaginarli convinti che il loro compito sia quello di dotare il sistema di incentivi tali da promuovere la mobilità. Se non vi è reattività in questo senso da parte dei *lawmakers*, ciò che vorremmo presentare come concorrenza tra ordinamenti si riduce ad una descrizione, una passeggiata incolore tra i vari ordinamenti. Questo risvolto del discorso è assai delicato e difficile; e, con qualche vergogna, sono costretto a confessare di non avere il tempo di dipanarne le molte complicazioni.

Terzo profilo: una concorrenza tra ordinamenti passa attraverso la rilevazione di efficienza. E qui sono davvero perduto, perché una rilevazione di efficienza implica quella che poi Roberta Romano, Carey e soci volta a volta presentano come *race to the top* o *race to the bottom*.

Piuttosto che inseguire quel dibattito -a mio modo di vedere siderale, estremamente lontano dalla mia sensibilità (oltre che dalla mia capacità di affondare quei discorsi in un terreno che possa essere in qualche modo sindacabile ed eventualmente falsificabile)-, rilevo che una valutazione di efficienza, per quanto qui interessa, passa attraverso due profili.

10. - Il primo è quello dell'informazione. Donde gli ordinamenti come *lemons*, più o meno nella logica di Akerlof: che potrebbe essere superata solo assumendo che i soggetti nella posizione di scegliere siano comunque in grado di valutare la qualità dell'ordinamento. Pensiamo, per un esempio coerente all'ipotesi riduttiva di concorrenza fra parti di ordinamenti, alle *securities* o alla *corporate governance*, tanto per seguire i modelli coltivati da La Porta e compagni. Riguardo alle *securities*, siamo chiamati a credere che gli investitori sono in grado di valutare i 49 ordinamenti che la 'banda dei quattro' mette in fila, non foss'altro perché ne va del loro tornaconto. Ebbene, quest'idea è semplicemente sbalorditiva per quanti, come me, siano abituati a pensare all'investitore medio come ad un soggetto con le stimmate del risparmiatore, molto passivo. Insomma, da Berle e Means in poi abbiamo immaginato una proprietà remota, assente, distante, un 'parco buoi' declinato anche in termini di *public companies*. Cambiare all'improvviso sensibilità e presupporre che il nostro disponga di un bagaglio informativo soddisfacente su una realtà così complessa è cosa che sfida il buon senso. Insomma, persino con riguardo ad uno spicchio di ordinamento, quale quello delle *securities*, il compito conoscitivo sembra difficile quanto basta per mettere in imbarazzo uno specialista. Figuriamoci un investitore, sotto i cui panni pretenziosi si celi un risparmiatore, interessato soltanto ai rendimenti del suo capitale, e nulla più.

Questo discorso potrebbe essere portato ancora più in là. Ma preferisco immediatamente passare alle esternalità, che rappresentano l'altro risvolto del profilo dell'efficienza.

11.- Sulle esternalità s'imbastisce un discorso complicato, perché il diritto prescelto alla fine del processo selettivo sarà 'buono' se la scelta è fatta nel senso positivo, 'cattivo' se operata, viceversa, da soggetti poco consapevoli e propensi a sbagliare, nel qual caso il risultato sarà una scelta che rende l'ordinamento sub-ottimale. Morale spicciola: una grave esternalità legata al fenomeno stesso della concorrenza tra ordinamenti.

A questo punto mi chiedo, vi chiedo: chi sceglie e perché?

Se chi opera la scelta, ancorché guidato da operatori marginali (i giuristi, gli esperti etc.), è sostanzialmente inconsapevole, residua spazio per confidare che emerga la legge migliore?

Emergerà la legge più indeterminata, quella del Delaware, la quale, come ci insegnavano i commentatori dei tardi anni '90, prevale perché occupa una posizione paramonopolistica e sfrutta questa concorrenza men che perfetta, nel senso di valersi delle indeterminatezze per riuscire a mettere in situazione d'inferiorità gli altri Stati, impossibilitati a inseguire (perché il Nevada,

mettiamo, può certamente replicare *in parte qua* l'ordinamento del Delaware, ma dove troverà l'equivalente della Corte di Cancelleria del Delaware, con quell'elevato livello di specializzazione, con quell'apparato di apprendisti stregoni, *lawyers* specializzati etc., con quella speciale sintonia che consente di far sì che la *just say no rule* significhi qualche cosa che traduciamo poi in vantaggio concreto per i managers, per gli *executive officers* e ci permette di concludere che il Delaware la spunta perché è in grado di arginare i *takeover* e così favorire le ragioni del motore immobile della *public company* nord-americana?).

Ecco, allora, che l'emergere un diritto societario risultante da una concorrenza approssimativa tra ordinamenti –metto da parte le mie tante riserve in proposito– potrebbe portarci non necessariamente ad una *race to the bottom*, una corsa verso il baratro come esito ultimo di una concorrenza 'tagliagola', ma ad un risultato subottimale semplicemente perché mantenuto in un equilibrio volutamente subottimale: se volete, come proiezione particolare del solito gioco del prigioniero, gioco non cooperativo tra ordinamenti che non possono cooperare e trascogliere quindi nel senso dell'equilibrio ottimale.

Se tutto questo è vero, a me sembra si possa ragionevolmente concludere che l'esempio del Delaware è meno significativo di quanto lo si sia voluto presentare. Innanzitutto perché chiunque abbia dimestichezza con questa letteratura –e credo l'abbiate tutti– sa bene che sulla base di paradigmi così scollati e poco impegnativi si è potuto affermare tutto e il contrario di tutto. Sicché abbiamo potuto scoprire, con Roberta Romano, il genio del diritto societario nord-americano, ma abbiamo altresì sentito proclamare che il Delaware è il buco nero di quel sistema. A me sembra che nella circostanza, e chiudo su questo punto per far spazio ad un'ultima riflessione europea, arriviamo a percepire con nettezza una situazione in cui l'analisi economica del diritto – molto più che essere utile per verificare davvero un'ipotesi in una prospettiva magari eccentrica, inusitata e forse per questo preziosa, ma rigorosa nel suo modo di essere– serve semplicemente a sollevare polvere e generare rumore bianco. I criteri di esercizio della supposta concorrenza tra ordinamenti sono talmente alieni da parametri concorrenziali accettabili per un economista mediocre, e persino per me che sono soltanto un orecchiante, da far toccare con mano come questo impianto sia completamente inutile.

12. - Volgendoci al versante europeo, e ritornando così alla situazione che ho lasciato in sospenso, vien fatto di pensare che l'idea di un'armonizzazione dal basso, visto come stanno le cose, sia poco plausibile. Poco plausibile perché, a tutto concedere, potremmo ancora trovare un qualche spazio per immaginare una spinta, chiamiamola così, concorrenziale –ma stiamo veramente applicando uno strumento di precisione che risponde al nome di "spannometro"– per

quanto riguarda il diritto dei contratti: ma che fare con norme sottratte alla disponibilità dei privati? Come concepire la concorrenza tra ordinamenti, nella versione proposta per esempio da Somma nella sua riflessione sul principio di sussidiarietà e sul modo in cui è stata tradotta la direttiva sulla responsabilità da prodotti difettosi? Quella direttiva lasciava gli Stati liberi di fare tre scelte. Che sono andate tutte nel senso, osserva Somma, di dimenticare l'obiettivo dell'articolo 153 del trattato nella nuova formulazione, cioè l'elevato livello di protezione dei consumatori. Tutti gli stati -meno il Lussemburgo, che conta evidentemente assai poco nella dinamica complessiva dell'armonizzazione del quadrante complessivo europeo- hanno optato per l'irresponsabilità del produttore per il rischio che si abbia a manifestare soltanto dopo l'immissione in commercio. Insomma: un disastro o presunto tale.

Al riguardo, mi limito ad osservare che l'esempio è probabilmente infelice. Più costruttivamente, a voler rimanere in quel solco, avremmo dovuto riflettere sul senso di impotenza che deriva dalla constatazione che in Italia la direttiva, in 15 anni di applicazione, ha prodotto nove casi: finalmente, giusto quattro anni fa, è esplosa la nostra bottiglia di acqua minerale, cosa molto importante per noi che insegniamo diritto privato. Abbiamo potuto -era ora!- riferirci ad una bevanda gasata tutta nostra e capace di ridurre in frammenti la bottiglia; di recente abbiamo anche potuto saltare al buio oltre la siepe, perché sono crollati i due scalini della scala utilizzata dal giardiniere per andare a tagliare le rose. Il confronto va fatto con l'esperienza nord-americana, dove, si dice, almeno 8.000 cause all'anno vengono intentate per difettosità di prodotti, le più onerosamente transatte per strada, il che non ha impedito di metter insieme un capitale installato di precedenti giudiziari di oltre 2.000 unità. Possiamo spiegare questa differenza in due modi: l'uno, accattivante, è di sostenere, se siete disposti a farlo, che i prodotti italiani non sono difettosi; l'altro porta a constatare che, nella specie, l'armonizzazione ha completamente mancato l'obiettivo, perché i problemi che avrebbe dovuto governare continuano ad essere gestiti attraverso tecniche diverse, quelle tradizionali. Insomma, il nostro sistema operativo ha una base installata molto forte ed esiste una *path dependency* atta a far sì che, persino dove sono in atto tecniche forzose di armonizzazione, continui a funzionare il vecchio OS, senza che si realizzi l'effetto di rete.

E così arriviamo a toccare con mano l'isteresi rispetto a un processo, quello di armonizzazione, che in teoria è positivo ma in realtà si misura con difficoltà di ogni genere e, comunque, importanti. Se procedessimo in questa direzione, la metafora del *network* ci porterebbe alle *standard setting associations* e, quindi, al ruolo dei giuristi quando pretendono di costruire in proprio il codice europeo. Ma, posto che il nostro tema è differente, ritorno a *Überseering*.

Vi chiedo: credete davvero che, dopo *Centros*, *Überseering* e, forse, *Inspire Art* ci porteranno alla delawarizzazione del sistema societario europeo? La mia risposta è, per quello che conta, dubbiosa, per le ragioni che sono già state evocate da Monateri. Una su tutte: quando parliamo di *Überseering*, ci riferiamo ad una società a responsabilità limitata, la quale cercava di sfuggire ad un vincolo di capitale, quello vigente in Danimarca, risolutamente più cospicuo di quello inglese (che è sostanzialmente inesistente). Alle corti: ci riferiamo pur sempre ad una situazione all'estremo margine, laddove i fenomeni che contano vantano ben altro spessore.

Non solo. La mia personale convinzione è che la *Sitzungstheorie* continui a costituire il nocciolo duro dell'elaborazione continentale. E, se questo non bastasse, ricordiamoci che altri profili dovrebbero essere scrutinati con estrema attenzione prima di affermare che si è veramente aperta la caccia all'ordinamento più promettente. Non foss'altro perché, se dovessimo postulare una concorrenza tra ordinamenti per l'assetto societario, il primo aspetto da riguardare sarebbe, va da sé, la ricaduta fiscale. E, qui, naturalmente, occorre cominciare daccapo.

\*\*\*

## PARDOLESI

Due parole per la mia parte, perché in realtà ho poco da aggiungere. Sull'osservazione di Ignazio Musu, ritengo che il modello, così come presentato, sia ovviamente idoneo a riscuotere il massimo successo ma solo per il fatto che non affronta il problema. In altre parole, la soluzione è da intravedere in una cooperazione che sia propiziata dall'alto, attraverso la creazione di un *humus* entro il quale possa poi dispiegarsi la concorrenza dal basso; questa sorta di conciliazione fra spinta e contropinta è sicuramente la via da battere là dove la globalizzazione dei processi imponga la necessità di arrivare comunque alla realizzazione, perché sentita come ovviamente efficientistica e importante, di un quadro di riferimento che consenta il dispiegarsi su scala sovranazionale di certi processi.

Se così è, mi pare evidente l'impossibilità di una spinta anarchica. Bisogna definire le regole del gioco e lo si può fare immaginando che qualcuno propizi l'ambiente in cui questa possibile concorrenza abbia agio di dispiegarsi. Sennonché, nel momento stesso in cui accettiamo questa definizione, abbiamo creato un ambiente artificiale: la concorrenza di cui stiamo parlando è il

risultato di una scelta assolutamente artificiale, con ogni probabilità fortemente determinata dall'individuazione del *framework* di riferimento.

Ecco, la mia opinione è questa: sono assolutamente convinto che una riarmonizzazione, dove sarà imposta dalla necessità di globalizzazione, richieda tuttavia una cooperazione a tutti i livelli, e quindi una capacità armoniosa di far crescere dal basso, sì, ma nell'ambito di un solco segnato in maniera coerente da chi riesca ad avere una programmazione e una cura dell'interesse pubblico particolarmente significativo.

Quanto alle altre e pregevoli cose che sono state dette, apprezzo moltissimo che in questa sede non faccia scandalo –altrove continua a suscitarlo– l'idea che non viviamo più in un mondo dove il diritto dei contratti si atteggia a mo' di entità (non immutabile, per carità, ma) sempre unitaria, sempre necessariamente coesa. Mi fa piacere perché non mi è capitato sovente di riscontrare una tale apertura nei riguardi dell'idea di un *B2B sophisticated* e di un *B2C*, con orientamenti di fondo diversi: talmente diversi da far sì che un oggetto stravagante come la direttiva sulla garanzia dei beni mobili, nel momento in cui pone un problema di attuazione, ci metta davvero di fronte alla possibilità di una *reverse discrimination* o, comunque, di una ghettizzazione di soggetti meritevoli di tutela (poiché di tutela potevano disporre ai sensi della legge precedente, mentre se ne troverebbero oggi privati dall'intervento di matrice europea).

Due cose osserverei a questo riguardo: nel momento in cui si parla di *B2C*, cioè di diritto parametrato su bisogni e limiti dei consumatori, non si può dimenticare che si tratta di una normativa –nelle sue epifanie sin qui ricevute– profondamente criticabile. Se si guarda alla 'traduzione' italiana della direttiva sulle condizioni generali di contratto, c'è davvero motivo per mettersi le mani nei capelli, a dispetto di una giurisprudenza capace di darne un'applicazione abbastanza ragionevole. Eppure, il problema sussiste perché indotto da un'asimmetria informativa tanto pesante da giustificare comunque un intervento regolatore. La qualità dell'intervento regolatore può esser discussa, ma l'orientamento di massima no. Sotto questo profilo, non esito ad accedere all'ossimoro di Cass Sunstein sul 'paternalismo liberale', che, a mio avviso, trova espressione paradigmatica proprio a questo livello.

Ma, attenzione! Il paternalismo liberale lo lascerei lì dove può affondare radici per noi accettabili, senza pretesa di contrabbandarlo *in toto* negli altri settori. Neppure nel *B2B unsophisticated*, perché le ragioni di un consumatore bisognoso e meritevole di tutela sono diverse dalle quelle per le quali invocano tutela la piccola impresa o l'imprenditore variamente isolato, espulso dalla catena di montaggio e trasformato all'improvviso in imprenditore satellite. Le ragioni di tutela per soggetti di tal fatta sono qualitativamente diverse da quelle che invece giustificano il paternalismo liberale nei confronti dei consumatori. Sicché,

se davvero si va nella direzione di riconoscere che esiste un'area, magari 'grigia', tra il *B2B* -dove ancora vige il tradizionale diritto dei contratti, quello per cui ciascuno si apre la strada a suo rischio e pericolo-, e il *B2C*, che invece vediamo determinato dall'alto, attraverso il paternalismo liberale; ecco, se dobbiamo davvero figurarci un'area intermedia, questa allo stato rimane ancora una zona indefinita, dove ancora si è in cerca di un chiaro filo conduttore per una ricostruzione unitaria.

Per parte mia, guardo a questa situazione con estremo interesse. Vedo come linea più promettente quella della probabile messa in discussione del principio, tipico del diritto dei contratti vecchio stampo e, quindi, del *B2 B* attuale, quello in forza del quale si vuole che le corti non disturbino l'economia dell'affare così come convenuto tra le parti. E penso, viceversa, che nel *B2B unsophisticated* l'elemento di aggregazione potrebbe esser costituito proprio dal peso attribuito, più o meno esplicitamente, alla disparità di potere contrattuale. Ma è giusto un *hint*, tutto da sviluppare (e verificare).