



DIRITTO PRIVATO DI DERIVAZIONE EUROPEA, DIRITTO PRIVATO EUROPEO E REGOLAZIONE DEI CONTRATTI TRANSNAZIONALI NEL MERCATO INTERNO EUROPEO

LAURA VALLE

SOMMARIO: 1. Lo strumento opzionale sulla vendita quale soluzione per un diritto europeo dei contratti. - 2. L'armonizzazione introdotta dalle direttive. - 3. L'influsso del diritto contrattuale europeo sugli ordinamenti degli Stati membri. - 4. Il diritto contrattuale e il diritto privato europeo ad oggi. - 5. Il Cesl nel diritto privato europeo. - 6. Diritto privato europeo, regole a vocazione globale e diritto internazionale privato. - 7. Conclusioni.

1. L'adozione del regolamento su un diritto comune europeo della vendita (*Common European Sales Law*, Cesl), ora allo stato di proposta¹, se effettivamente avverrà², potrebbe assumere un importante significato: il passaggio da un diritto contrattuale di derivazione europea, basato su direttive da recepirsi all'interno degli Stati membri, ad un diritto contrattuale europeo di regole uniformi, adottato con un regolamento e direttamente efficace negli ordinamenti degli Stati membri. L'importanza del momento sarebbe mitigata – almeno con riferimento al contenuto che ha ad oggi il progetto - in ragione delle diverse limitazioni dell'ambito applicativo dello strumento. Il regolamento è diretto ad introdurre negli ordinamenti degli Stati membri uno strumento soltanto opzionale, ossia adottabile in base ad una scelta volontaria delle parti contraenti, ed indirizzato alla regolazione dei soli contratti transfrontalieri ad esclusione, a meno che lo Stato membro non decida diversamente, di quelli nazionali³. E, inoltre, avente ad oggetto non il contratto in generale ma solo il

¹ La *European Commission's Proposal for a Regulation on a Common European Sales Law* (CESL) è dell'11 ottobre 2011, COM(2011) 635 def. (d'ora in avanti: Proposta di Regolamento).

² Il progetto, a dispetto degli iniziali programmi di approvazione in tempi rapidi, è oggetto di un ampio dibattito e di una più attenta meditazione quanto al suo ambito applicativo e ai suoi contenuti, nonché al suo raccordo con gli ordinamenti nazionali e al suo fondamento nell'ambito dell'ordinamento europeo. Si v. la nota 10611/12 del Consiglio europeo del 1° giugno 2012, il *Working Document* del Parlamento europeo dell'8 ottobre 2012 e lo *Statement* dello European Law Institute sulla Proposta di Regolamento sul diritto europeo della vendita del settembre 2012.

³ Gli operatori commerciali attivi sia sul mercato nazionale che su quello transnazionale potrebbero trovare utile fare uso di un unico schema di condizioni di contratto per tutte le loro operazioni commerciali. Il considerando n. 15 della Proposta di Regolamento enuncia che gli Stati membri dovrebbero essere liberi di decidere se rendere il Cesl disponibile alle parti per un uso



contratto di vendita e la fornitura di contenuti digitali e servizi collaterali⁴, che sia stipulato tra un professionista e un consumatore o tra parti professionali, ma in quest'ultimo caso soltanto se almeno una delle parti sia una piccola o media impresa⁵.

L'elaborazione di un diritto privato europeo non è esito di un percorso breve, né lineare. I primi atti di tale percorso risalgono a due Risoluzioni del Parlamento europeo del 1989 e del 1994 nelle quali si indicava l'obiettivo della creazione di un codice comune europeo di diritto privato⁶, cui avevano fatto seguito la dichiarazione al Consiglio europeo di Tampere del 1999 di auspicio ad una maggiore convergenza nel settore del diritto civile e poi, tra gli atti più importanti, la Comunicazione sul diritto contrattuale europeo del 2001⁷, l'*Action Plan* su una maggiore coerenza nel

esclusivamente domestico. L'adozione del Cesl non dovrebbe essere limitata alle situazioni transfrontaliere che coinvolgano i soli Stati membri, ma dovrebbe essere disponibile anche per facilitare i rapporti commerciali tra Stati membri e Paesi terzi (considerando n. 14 della Proposta di Regolamento).

⁴ L'art. 1 della Proposta di Regolamento prevede che le regole comuni del Cesl possono essere adottate per i contratti transnazionali di vendita di beni, per la fornitura di contenuti digitali e i servizi connessi quando le parti del contratto si siano accordate in tal senso (più nel dettaglio anche il successivo art. 5).

Anche lo Studio di fattibilità (*Feasibility Study*) dello strumento opzionale, la cui versione definitiva è di pochi mesi anteriore al Cesl (era stato pubblicato il 3 maggio 2011 e in successive versioni nel luglio e nell'agosto 2011), pur non specificando limitazioni, era nel concreto dedicato al medesimo tipo di operazioni contrattuali. Le regole dello Studio di fattibilità si basano in larga parte sul *Draft Common Frame of Reference* (DCFR) ma sono anche influenzate dalla Convenzione di Vienna, STORME, *Editorial, Fatal Attraction*, in *Eur. Rev. Priv. Law*, 2011, p. 343. Il Cesl è stato alla fine completato all'interno della Commissione europea (e non dagli esperti del *Commission Expert Group on European Contract Law*, accademici e pratici, che avevano elaborato lo Studio di fattibilità ed erano stati incaricati a tale scopo nell'aprile del 2010) seguendo molto da vicino contenuti e struttura dello Studio di fattibilità.

⁵ L'art. 7 della Proposta di Regolamento prevede che il Cesl può essere adottato solo se il venditore dei beni o il fornitore dei contenuti digitali sia un operatore commerciale (secondo la definizione di cui all'art. 2, lett. e) per la quale «“trader” means any natural or legal person who is acting for purposes relating to that person's trade, business, craft, or profession»). Se tutte le parti di un contratto siano operatori commerciali il Cesl può essere adottato se almeno una di queste sia una piccola o una media impresa (SME, secondo i requisiti descritti all'art. 7, comma 2°). Il considerando n. 21 fa salva la possibilità che lo Stato membro preveda l'adozione del Cesl anche per i contratti tra operatori commerciali, nessuno dei quali sia una SME, aggiungendo che in ogni caso nei rapporti B2B gli operatori commerciali godono piena libertà contrattuale e sono incoraggiati a prendere ispirazione dal Cesl nella formulazione delle clausole dei loro contratti.

⁶ Risoluzione «su un'azione volta a ravvicinare il diritto privato degli Stati membri», in *G.U.C.E.*, 26.6.1989, serie C, n. 158, pp. 400-401 e Risoluzione «sull'armonizzazione di taluni settori di diritto privato», in *G.U.C.E.*, 25.7.1994, serie C, n. 205, p. 148. A riguardo si può v. VALLE, *Progetti per la realizzazione di un diritto comune europeo dei contratti*, in *Contr. impr/Eur.*, 2000, p. 687 ss.

⁷ COM(2001) 398 def., che per la prima volta ha proposto l'idea di uno strumento opzionale.



diritto contrattuale europeo del 2003⁸ e la Comunicazione sul diritto contrattuale europeo e la revisione dell'*acquis* del 2004⁹.

Seguì a questi ultimi atti la decisione di procedere su più piani: il miglioramento dell'*acquis* esistente, cioè il miglioramento della legislazione in vigore, la realizzazione di un quadro comune di riferimento (*Common Frame of Reference* – CFR) utile anche al fine del miglioramento dell'*acquis*, la redazione di condizioni generali di contratto, e la riflessione su uno strumento opzionale che – si diceva nell'*Action Plan* del 2003 – «inizierà con il presente piano d'azione e verrà condotta parallelamente all'intero processo».

La maggiore attenzione negli ultimi anni si è concentrata sulla realizzazione del Quadro comune di riferimento (*Common Frame of Reference* – CFR) sul diritto europeo dei contratti¹⁰ destinato a contenere una terminologia comune, principi comuni e modelli coerenti di regole di diritto contrattuale¹¹. Il CFR nella forma di *draft*, quindi *Draft of Common Frame of Reference* (DCFR), ha visto la luce all'inizio del 2008 con un contenuto ben più ampio rispetto al solo diritto contrattuale¹².

⁸ COM(2003) 68 def., che prevede il miglioramento dell'*acquis communautaire* nell'ambito del diritto dei contratti, la promozione dell'elaborazione di condizioni generali di contratto a livello europeo, la valutazione se i problemi relativi al diritto dei contratti a livello europeo possano richiedere soluzioni non settoriali come quella di uno strumento opzionale, mentre d'altro canto prevede la prosecuzione dell'approccio per proposte settoriali specifiche. L'obiettivo della realizzazione di condizioni di contratto condivise a livello europeo, ripreso dalla Comunicazione del 2004 ma poi successivamente abbandonato, è stato ora riformulato dalla Comunicazione sul diritto comune europeo sulla vendita COM(2011) 636 def. dell'11 ottobre 2010, p. 11, in cui si annuncia che la Commissione, con l'aiuto delle parti interessate, svilupperà degli "*European model contract terms*" per specifiche aree di commercio o settori di attività, sul punto *infra*, par. 5.

⁹ COM(2004) 651 def. Rappresenta il seguito all'*Action Plan* del 2003 alla luce delle reazioni delle istituzioni UE, degli Stati membri e delle parti interessate. Si occupa di delineare lo sviluppo del CFR per migliorare la coerenza dell'*acquis* attuale e futuro, definisce programmi specifici per l'*acquis* inerente la tutela dei consumatori, si occupa delle iniziative per la promozione di condizioni contrattuali standard applicabili in tutta l'Unione europea e si propone di proseguire la riflessione sull'opportunità di uno strumento opzionale.

¹⁰ Nelle intenzioni della Commissione espresse nell'*Action Plan* del 2003 il CFR è destinato a «fornire le soluzioni ottimali in termini di norme e terminologia comuni, vale a dire la definizione di concetti fondamentali e di termini astratti come "contratto" o "danno" o le disposizioni applicabili ad esempio in caso di inadempimento del contratto»; il secondo obiettivo del CFR è di fare da base per una ulteriore riflessione su uno strumento opzionale nell'area del diritto dei contratti.

¹¹ Rilevano che questi termini, che non vengono definiti, si possono prestare ad una pluralità di interpretazioni, in particolare per quanto riguarda il concetto di principi, ANTONIOLLI e FIORENTINI, *Draft Common Frame of Reference, diritto privato europeo e metodologia del Common Core*, in *Studi in onore di Frignani*, Napoli, 2011, p. 41.

¹² Il DCFR è stato realizzato dallo *Study Group on a European Civil Code* (www.sgecc.net) e dal *Research Group on Existing EC Private Law* (l'"*Acquis Group*", www.acquis-group.org). Pubblicato prima in una *Interim Outline Edition* all'inizio del 2008, poi in versione definitiva nel febbraio 2009, e nella versione completa di note nell'ottobre 2009, ha per scopi, come risulta dall'introduzione alla *Outline Edition*, punti 6-8: di essere un possibile modello per il CFR; di avere una sua autonoma esistenza come



Alla realizzazione del DCFR hanno fatto seguito il Libro Verde del luglio 2010 sulle opzioni possibili in vista di un diritto europeo dei contratti per i consumatori e le imprese¹³ e le relative consultazioni, successivamente alle quali la scelta tra le diverse

testo accademico con la finalità di promuovere la conoscenza del diritto privato negli ordinamenti degli Stati membri e mostrare come tali ordinamenti si somiglino l'un l'altro e siano stati di reciproco stimolo; di essere una fonte di ispirazione anche fuori dal mondo accademico per la ricerca di soluzioni a questioni di diritto privato così come lo sono stati i Pecl - incorporati nel DCFR in una versione in parte rivista – che hanno ricevuto l'attenzione di giudici e organi incaricati di realizzare la modernizzazione di importanti diritti nazionali in materia di contratto.

Base del DCFR sono appunto i *Principles of European Contract Law* (Pecl) elaborati dalla Commissione Lando; il DCFR contiene anche influssi provenienti dagli *Acquis Principles* (*Principles of the Existing EC Contract Law* elaborati in base all'*acquis communautaire* al fine di chiarire la struttura comune dell'emergente diritto privato europeo) e, in misura minore, dal progetto di codice europeo di Gandolfi (Accademia dei Giusprivatisti Europei, *Code Européen des contrats: Avant-projet*, Livre premier, coordinatore Gandolfi, Milano, 2^a ed., 2002; ID., *Code Européen des contrats: Avant-projet*, Livre deuxième, vol. I, coordinatore Gandolfi, Milano, 2007; ID., *Code Européen des contrats: Avant-projet*, Livre deuxième, vol. I, coordinatore Gandolfi, Milano, 2^a ed. completa delle relazioni, 2008) e dai commenti dell'Associazione francese Henri Capitant e Société de législation comparée (che hanno pubblicato i volumi *Principes contractuels communs*, Paris, 2008 e *Terminologie contractuelle commune*, Paris, 2008), HONDIUS, *Towards an Optional Common European Sale Law*, in *Eur. Rev. Priv. Law*, 2011, p. 710.

Non mancano commenti in parte critici nei confronti del DCFR. ANTONIOLLI e FIORENTINI, *Draft Common Frame of Reference, diritto privato europeo e metodologia del Common Core*, cit., p. 43, riferiscono che il contenuto delle regole del DCFR è stato stabilito in base a criteri eterogenei, in alcuni casi si tratta di norme che sono comuni ai sistemi giuridici europei e ne rappresentano il nucleo essenziale (*common core*), in altri casi si è optato per una soluzione innovativa ritenuta la migliore (*best solution*), in altri casi ancora la norma deriva dall'*acquis communautaire* ed è stata recepita quale soluzione europea. Quanto al raccordo tra i lavori dello *Study Group* con quelli dell'*Acquis Group*, si rileva che tale gruppo «ha lavorato in modo separato ed autonomo e con metodologie diverse (avendo come obiettivo solo l'estrapolazione di quanto di comune c'è nel diritto comunitario, senza modificarlo), e solo nella fase di redazione finale i risultati dei due gruppi sono stati accorpati con il risultato che manca un'impostazione di fondo comune». Si sofferma su alcune problematiche metodologiche del DCFR, SCHULZE, *The Academic Draft of the CFR and the EC Contract Law*, in *Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law*, ed. by Schulze, Munich, 2008, p. 10 s.: «there are two methodological weaknesses in terms of the overall structure: only particular parts of the DCFR are based on the link between comparative law and Community law, whilst in the majority of parts the reference to Community law is missing. The structure of the draft (for example the central role of the General Law of Obligations) is largely neither derived from existing Community law nor from a convincing comparative law basis»; «with th[e] expansion [beyond the European contract law] the DCFR stretches across areas for which the principles of the *acquis communautaire* still have to be researched in more details, and moreover more extensively in matters for which no *acquis communautaire* exists (and in part where there is no recognisable interest in rules on the part of the European Community)».

¹³ Libro Verde della Commissione sulle opzioni possibili in vista di un diritto europeo dei contratti per i consumatori e le imprese, COM(2010) 348 def. Sette le possibili soluzioni proposte sulla natura giuridica dello strumento per la realizzazione del diritto europeo dei contratti: dall'opzione più semplice, consistente nella pubblicazione dei risultati elaborati dal gruppo di esperti quale fonte di ispirazione sia per il legislatore europeo che per i legislatori nazionali e che favorisca nel lungo periodo la convergenza tra i diritti nazionali, all'opzione più completa consistente nell'approvazione di un



opzioni proposte per miglioramento del diritto privato europeo è caduta appunto su uno strumento opzionale in materia di diritto dei contratti, annunciata dalla Commissione Affari legali del Parlamento europeo il 12 aprile 2011¹⁴. Nella proposta di regolamento dell'ottobre 2011 l'ambito dell'intervento è risultato poi ristretto al solo contratto di vendita, per la fornitura di contenuti digitali e i servizi connessi. Nel frattempo, nell'aprile 2010 la Commissione aveva incaricato un *Expert Group* per la trasformazione del DCFR in CFR e tale gruppo di esperti, di fronte all'alternativa tra la realizzazione di uno strumento cui attingere come “*tool box*” o di uno strumento opzionale aveva operato la scelta di dirigersi nella seconda direzione¹⁵.

Durante lo svolgersi di questo percorso di atti programmatici l'Unione europea ha portato avanti la sua attività normativa nell'ambito del diritto privato attraverso lo strumento classico della direttiva¹⁶ - così come preannunciava l'*Action Plan* del 2003 - in via prevalente nel campo del diritto dei consumatori¹⁷, indirizzandosi in particolare negli ultimi anni verso direttive ad armonizzazione piena che lasciano allo Stato membro soltanto lo spazio espressamente consentito e, negli effetti, comportano che le norme nazionali di derivazione della direttiva siano nella sostanza quelle elaborate a livello europeo¹⁸. La proposizione di revisione e di miglioramento dell'*acquis*

regolamento introduttivo di un codice civile europeo non limitato alla materia contrattuale. L'opzione 2 consiste in uno “strumentario” ufficiale per il legislatore; la 3 in una raccomandazione della Commissione sul diritto europeo dei contratti che sproni gli Stati membri ad integrarla nel diritto nazionale; la 4 in un regolamento introduttivo di uno strumento opzionale di diritto europeo dei contratti; la 5 in una direttiva sul diritto europeo dei contratti; la 6 in un regolamento introduttivo di un diritto europeo dei contratti.

¹⁴ L'adozione di uno Strumento opzionale è proposta anche dalla Comunicazione della Commissione “Europa 2020”, COM(2010) 2020 del 3.3.2010, e dalla Comunicazione della Commissione “Un'agenda digitale europea”, COM(2010) 245 del 19.5.2010.

¹⁵ Riferisce di queste scelte SCHULTE-NÖLKE, *Scope and Function of the Optional Instrument on European Contract Law*, in *Towards a European Contract Law*, ed. By Schluze e Stuyck, Munich, 2011, p. 35 ss.

¹⁶ *A latere* del processo istituzionale ripercorso sopra nel testo hanno operato i gruppi di giuristi accademici che hanno realizzato progetti, quali: i Pecl della Commissione Lando, il progetto di Codice civile europeo di Gandolfi, i lavori dello *Study Group on European Contract Law* che ha idealmente proseguito i progetti di Lando, il progetto *Common core of European Contract Law*, solo per citare i lavori che hanno avuto maggiore risonanza. A proposito si può v. VALLE, *op. ult. cit.*, p. 691 ss. e il più recente contributo ANTONIOLLI e FIORENTINI, *op. cit.*, p. 34 ss. Sui contributi degli accademici ci si soffermerà *infra*, al par. 4.

¹⁷ Ma non esclusivamente; nel campo dei rapporti tra parti professionali si trovano: la dir. 2011/7 sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali che è succeduta alla dir. 2000/35, sulla stessa materia, la dir. 86/653 sugli agenti commerciali, la dir. 2000/31 sul commercio elettronico, la dir. 2002/92 sulla intermediazione in materia assicurativa, la dir. 2002/83 sull'assicurazione sulla vita, la dir. 2006/123 sui servizi.

¹⁸ Il mutamento di percorso verso l'armonizzazione piena si ravvisa nella dir. 2002/65 sui servizi finanziari a distanza, e poi nella dir. 2005/29 sulle pratiche commerciali scorrette, nella dir. 2008/48 sul credito al consumo, nella dir. 2008/122 sulla multiproprietà.



communautaire ricorrente negli atti delle istituzioni europee sopra citati ha ultimamente portato alla formulazione di una direttiva ad armonizzazione piena sui diritti dei consumatori¹⁹ che è giunta all'adozione alla fine del 2011²⁰ con un contenuto alquanto ridotto, tuttavia, rispetto a quello dell'originaria proposta²¹.

Il motivo posto alla base dell'adozione di un regolamento introduttivo di uno strumento opzionale sulla vendita è individuato nella forte convinzione espressa a livello istituzionale europeo che tale strumento si presta ad essere elemento di sviluppo del mercato europeo e di moltiplicazione delle occasioni commerciali all'interno di tale mercato²². Il fondamento dell'adozione dello strumento è individuato quindi in ragioni essenzialmente economiche²³.

¹⁹ La proposta di direttiva è del 2008, COM(2008) 614 dell'8 ottobre 2008.

²⁰ Dir. 2011/83 Ue del 25 ottobre 2011.

²¹ L'originaria proposta aveva per obiettivo una direttiva di carattere generale sui diritti dei consumatori. La dir. 2011/83 contiene la revisione delle sole direttive sui contratti conclusi fuori dai locali commerciali, dir. 85/77, e sui contratti a distanza, dir. 99/7, mentre la revisione delle direttive sulle clausole vessatorie nei contratti con i consumatori, dir. 93/13, e delle garanzie sulla vendita, dir. 99/44, è stata successivamente abbandonata (all'interno di queste ultime due la dir. 2011/83 ha previsto solamente l'inserimento di una nuova norma avente la finalità di coordinare le informazioni presso la Commissione e tra Stati membri quanto alle diversità di recepimento nei vari Stati membri conseguenti allo spazio lasciato dall'armonizzazione minima, su cui v. *infra* nel testo, al par. 2).

²² L'art. 1, comma 2° della Proposta di Regolamento prevede che il Regolamento consente agli operatori commerciali di fare affidamento su una serie di regole comuni e di fare uso delle medesime condizioni contrattuali per tutte le loro operazioni transfrontaliere riducendo così costi non necessari e provvedendo allo stesso tempo un alto grado di certezza giuridica. E al comma 3° che in relazione ai contratti tra operatori commerciali e consumatori il Regolamento comprende una serie completa di regole di protezione del consumatore al fine di assicurare un alto livello di protezione di quest'ultimo, accrescerne la confidenza nel mercato interno e incoraggiarne gli acquisti transfrontalieri.

²³ Le motivazioni a fondamento dell'adozione dello strumento opzionale sono esposte in modo piuttosto analitico nella Comunicazione sul diritto comune europeo sulla vendita COM(2011) 636 def. dell'11 ottobre 2010 che afferma che le differenze tra i sistemi giuridici dei Paesi membri costituiscono una barriera al commercio nel mercato interno europeo; comportano costi di transazione per gli operatori commerciali, pesanti soprattutto per le piccole e medie imprese e in particolare per le microimprese, e costituiscono un ostacolo per i consumatori che sono restii a concludere contratti al di là dei confini oppure non trovano tale disponibilità offerta sui siti internet, significando il tutto, in definitiva, una perdita economica per il mercato. Di qui l'ambizione della Commissione di rimuovere le rimanenti barriere al commercio transfrontaliero, venendo in aiuto agli operatori nelle loro contrattazioni e rendendo il commercio transfrontaliero più facile per i consumatori. Lo strumento opzionale può consentire agli operatori di tagliare i costi di transazione contribuendo così all'aumento del commercio transfrontaliero, e ai consumatori di trarne conseguentemente beneficio non soltanto per l'affidamento fornito dall'alto livello di protezione loro riservato ma anche in termini di prezzi più bassi e di una maggiore scelta tra prodotti. Viene indicato il riferimento anche a diversi altri recenti documenti che condividono lo stesso obiettivo: la *Europe 2020 Strategy*, l'*Action Plan for Implementing the Stockholm programme*, la *Digital Agenda for Europe*, lo *Small Business Act Review*, il *Single Market Act*. Tale ordine di argomentazioni si trovava già espresso nel Libro Verde del 2010. L'affermazione che la coesistenza tra le diverse discipline giuridiche nazionali del contratto dei diversi Paesi membri rischia di ostacolare direttamente o indirettamente il funzionamento del mercato interno è risalente e si trova



Va da sé, comunque, che un progetto di tale genere riveste un significato e un rilievo politico. Sotto tale profilo il dibattito si concentra sulla sua compatibilità con il Trattato, nell'ambito del quale se ne è ravvisato il fondamento sull'art. 114 TFUE²⁴, e con i principi di proporzionalità e di sussidiarietà che guidano gli interventi europei comunitari²⁵. E' un dibattito, questo, ad oggi non sopito²⁶.

Un tale ordine di difficoltà, assieme al significato in termini di rottura delle tradizioni giuridiche nazionali²⁷ che lo sviluppo di una normazione europea in materia

enunciata, ad esempio, già nella Comunicazione sul diritto contrattuale europeo del 2001 COM (2001) 398 def. dell' 11 luglio 2001, par. 23.

Queste motivazioni della Commissione non sono andate esenti da critiche. A proposito della dir. ad armonizzazione piena 2011/83 dubita che l'uniformazione della disciplina contrattuale a livello europeo sia l'elemento determinante per il maggiore sviluppo degli scambi transfrontalieri su tale mercato, RIVA, *La direttiva di armonizzazione massima sui diritti dei consumatori, o almeno ciò che ne resta*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2011, p. 759, rilevando che le imprese nazionali risulteranno sempre avvantaggiate in termini quanto meno - per citare alcuni tra i profili citati - di costi di trasporto, di lingua utilizzata, di assistenza post vendita, di modi di risoluzione dei conflitti. Ferme critiche a tali ragioni poste a fondamento dell'adozione del Cesc sono formulate nella relazione della Law Society of England and Wales, *Response to UK Government Call for Evidence*, del maggio 2012 in cui si ritiene che la contrattazione transazionale sia piuttosto ostacolata da una serie di altri fattori quali le differenze linguistiche, le norme sugli imballaggi e l'etichettatura della merce, le norme sulla pubblicità, la regolazione della proprietà intellettuale, i tassi dell'imposta sul valore aggiunto, i trasporti, e le possibilità di ottenere una risoluzione di una controversia nel caso in cui qualcosa non funzioni. Anche il Bundestag tedesco nel suo parere ragionato cit. *infra*, nota 25, riferisce che l'esperienza sulla Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di beni mobili rivela che barriere decisive al commercio transnazionale sono in particolare le barriere linguistiche e le distanze fisiche.

²⁴ Da alcuna parte - ad esempio nello studio del Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, *Policy Options for Progress Towards a European Contract Law*, 2011, in *RabelZ*, 2011, p. 373 ss. - si è individuato il fondamento dell'introduzione di uno strumento a mezzo di regolamento nell'art. 352 TFEU. Il *Working Paper* del Parlamento europeo dell'8 ottobre 2012 afferma che la Proposta si qualifica chiaramente come una "misura per l'avvicinamento" degli ordinamenti degli Stati membri e quindi deve esserne individuata la base nell'art. 114 TFEU, come confermato dai servizi legali delle tre istituzioni europee. Analizza le diverse possibili alternative tra gli altri, di recente, KUIPERS, *The Legal Basis for a European Optional Instrument*, in *Eur. Rev. Priv. Law*, 2011, p. 545, che, ravvisa nell'art. 352 un fondamento adeguato, se lo strumento opzionale si voglia applicare sia ai contratti domestici che transnazionali.

²⁵ Il Parlamento tedesco nel suo parere ragionato del 30 novembre 2011 si è espresso nel senso che la Proposta di Regolamento non è conforme ai principi di sussidiarietà e proporzionalità e che dovrebbe trovare fondamento piuttosto sull'art. 352 che sull'art. 114 del TFUE, SENSBURG, *The position of the German Bundestag on the Commission's Proposal for a Regulation on a Common European Sales Law*, in *European Review of Contract Law*, 2012, p. 189, 197 ss.

²⁶ La compatibilità del progetto con l'art. 114 TFUE è ancora oggetto di discussione, come si apprende dal documento del Consiglio Ue del 1° giugno 2012 (10611/12).

²⁷ Il commissario alla giustizia Reding in un suo discorso del novembre 2011 a Varsavia - pubblicato sul sito <http://ec.europa.eu/justice/contract> - ha riferito che nel percorso per l'adozione della direttiva ad armonizzazione piena sui diritti dei consumatori è emerso come fosse illusorio pensare, in particolare nell'ambito del diritto contrattuale, di poter superare e mettere da parte le tradizioni nazionali con l'adozione di una nuova normativa sostitutiva.



di diritto contrattuale porta con sé, sono anzi la probabile ragione dello sviluppo di uno strumento di tipo soltanto opzionale²⁸. Le resistenze incontrate dal progetto di direttiva orizzontale ad armonizzazione piena²⁹ sui diritti dei consumatori, ostacolato da lunghi e difficili negoziati politici e dall'opposizione delle associazioni dei consumatori³⁰, e infine giunto ad approvazione – come sopra detto - con un contenuto più ridotto rispetto alla proposta, avrebbero infatti agevolato la convinzione di elaborare uno strumento soltanto opzionale³¹, la cui applicazione si fondi sulla libera scelta delle parti contraenti.

Il progetto di introdurre uno strumento opzionale a disciplina dei contratti transnazionali di vendita nel mercato interno europeo va ad inserirsi in un contesto, qual è quello attuale, in cui altre fonti si candidano già alla regolazione dei rapporti contrattuali transnazionali. Attraverso il diritto internazionale privato – che in materia di obbligazioni contrattuali è tra l'altro di fonte europea³² -, si giunge all'individuazione dell'uno o dell'altro degli ordinamenti giuridici nazionali che a

HESSELINK, *The case for a common European sales law in an age of rising nationalism*, *Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper*, no. 2012-19, ora in *Eur. Rev. Contr. Law*, 2012, p. 342, mette in rilievo ed esamina come la proposta del Cesl si collochi in un clima politico di crescente nazionalismo.

²⁸ Avvisava già COLOMBI CIACCHI, *An Optional Instrument for Consumer Contracts in the EU*, in *The Politics of the Draft Common Frame of Reference*, ed. by Somma, The Netherlands, 2009, p. 4, 7 ss., che proprio la difficoltà di vedere condiviso il progetto di un codice civile europeo vincolante ha aperto la strada ad una più pragmatica idea di uno strumento opzionale. L'autrice osserva (p. 5) anche che la medesima terminologia adottata dalle istituzioni comunitarie per denominare le diverse opzioni per la realizzazione di un diritto privato europeo rivela il tentativo di mascherare un'uniformazione del diritto privato europeo, fonte di timore per gli Stati membri («this search for the best euphemism reveals the struggle of Community institutions and transnational research groups to sell to the member States, including the common law countries, measures of harmonization which in fact consist in a “continentalization” of their private laws»).

²⁹ HONDIUS, *The Proposal for a Directive on Consumer Rights: The Emperor's New Clothes?*, in *Eur. Rev. Priv. Law*, 2011, p. 163: «the biggest obstacle as seen in the many critical comments of the 2008 proposal has been the proposed total harmonization».

³⁰ Probabilmente timorose che l'armonizzazione piena avrebbe significato un livellamento verso il basso della tutela dei consumatori. Timore questo condiviso dagli Stati membri il cui diritto dei consumatori è impostato sui livelli di tutela più avanzati.

³¹ Nel suo citato discorso del novembre 2011 (v. *supra*, nota 27) il commissario alla giustizia Reding ha riferito che le difficoltà sopradette nei confronti di uno strumento che fosse sostitutivo delle normative nazionali ha suggerito alla Commissione di intraprendere un approccio innovativo proponendo una disciplina comune europea della vendita di tipo opzionale. Come si è visto *supra* – note 8 e 9 - l'introduzione di uno strumento opzionale era già stata prospettata sin dalla Comunicazione sul diritto contrattuale europeo del 2001, e si ritrovava poi nell'*Action Plan* del 2003 in cui all'adozione di uno strumento opzionale nel campo del diritto contrattuale europeo si guardava come ad una misura non settoriale e nella Comunicazione sul diritto contrattuale europeo del 2004.

³² Si tratta come è noto del Regolamento Roma I, n. 593/2008 entrato in vigore il 17 dicembre 2009.



seguito del processo di globalizzazione risultano in concorrenza tra loro³³, dato che la prima regola di collegamento è quella della libera scelta delle parti contraenti. Essendo l'ambito di riferimento dello strumento opzionale quello del contratto di vendita, altra fonte a venire in questione – e, anzi, la prima fonte interessata per i Paesi aderenti alla Convenzione – è la Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di beni mobili; la quale tuttavia non è stata ratificata da tutti i Paesi membri, mancando la ratifica di Gran Bretagna, Irlanda, Malta, Portogallo. Tra le fonti che si candidano a regolare i rapporti giuridici transazionali si devono avere presenti anche le fonti di c.d. *soft law*, come la *lex mercatoria* e i Principi Unidroit.

E' necessario quindi chiarire come e in che condizioni uno strumento opzionale come il Cesl si troverebbe a concorrere con tali altri strumenti di disciplina dei contratti transfrontalieri e quale sarebbe lo spazio che esso potrebbe presumibilmente aspirare ad occupare, ciò su cui ci si soffermerà nell'ultimo paragrafo³⁴.

2. Il diritto privato proveniente dalle istituzioni europee è, ad oggi, principalmente un diritto di derivazione europea, piuttosto che un vero e proprio diritto europeo, essendo esso il risultato del recepimento delle direttive all'interno degli Stati membri, cui non sempre è conseguito l'auspicato effetto armonizzante. Tra gli ordinamenti degli Stati membri persistono infatti divergenze che significano che l'obiettivo del ravvicinamento delle legislazioni dei Paesi membri è stato realizzato solo in parte, tanto da non risultare sufficiente – secondo quanto mette in luce la Commissione europea - ad abbattere le barriere normative agli scambi contrattuali all'interno dell'Unione europea³⁵.

³³ Si mette in rilievo – CHIRICO, *The Function of European Contract Law: An Economic Analysis*, in *Economic Analysis of the DCFR*, Munich, ed. by Larouche e Chirico, 2010, p. 24 – che avere diversi sistemi di regole contrattuali in un mercato unico può da un lato imporre costi di transazione alle parti, d'altro lato può anche avere un effetto desiderabile come quello di stimolare la sperimentazione e la concorrenza tra regolazioni. Sul punto anche TWIGG-FLESNER, *The Europeanisation of Contract Law*, London & New York, 2008, pp. 11-12. Approfondisce il fenomeno della concorrenza tra ordinamenti giuridici il volume *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, a cura di Zoppini, Roma-Bari, 2004, ove si confrontano le due impostazioni, quella che evidenzia gli effetti positivi della concorrenza tra gli ordinamenti giuridici, e l'altra che confida maggiormente sull'uniformazione a livello europeo come percorso che può farsi portatore di una determinata visione, rilevando infine che concorrenza e armonizzazione sono due processi non necessariamente in conflitto tra loro (ALPA, *La competizione tra ordinamenti: un approccio realistico*, *ivi*, p. 48).

³⁴ Su questo profilo ci si concentrerà nell'ultimo par.

³⁵ Sottolinea il punto il Libro Verde del 2010, COM(2010) 348 def. par. 3.1.

Tra gli altri HONDIUS, *op. cit.*, p. 163, segnala come si sia fatto ampio uso da parte degli Stati membri della libertà concessa dalla armonizzazione minima, e rinvia a SCHULTE-NÖLKE, TWIGG-FLESNER, EBERS, *EC consumer law compendium/The consumer acquis and its transposition in the member states*, Muenchen, 2008.



Le divergenze tra le discipline nazionali dei Paesi membri si sono generate sia nella fase di recepimento delle direttive - nel momento in cui gli Stati membri hanno elaborato la normativa di recepimento avvalendosi dello spazio lasciato dalla direttiva ad armonizzazione minima, che funge solo da “comun denominatore” o dello spazio risultante dalla mancata o assai larga definizione nella direttiva di concetti giuridici astratti - sia successivamente, nel momento dell’interpretazione e dell’applicazione delle norme nazionali elaborate a recepimento delle direttive³⁶.

Qui di seguito alcuni saggi relativi a diverse discipline di quanto appena sopra enunciato.

La dir. 93/13 sulle clausole vessatorie nei contratti con il consumatore prevede al suo art. 4.2 il principio secondo il quale il controllo di vessatorietà sulle clausole «non verte né sulla definizione dell’oggetto principale del contratto, né sulla perequazione tra il prezzo e la remunerazione, da un lato, e i servizi e i beni che devono essere forniti in cambio, dall’altro, purché tali clausole siano formulate in modo chiaro e comprensibile». Su questo punto già a livello normativo, e non solo interpretativo, si registrano divergenze tra ordinamenti degli Stati membri che hanno recepito la norma così come formulata dalla direttiva, e ordinamenti che invece ammettono il controllo di vessatorietà anche sulle clausole relative all’oggetto del contratto, in ogni caso. In questo ultimo senso sono modellati gli ordinamenti dei Paesi scandinavi³⁷ e anche l’ordinamento spagnolo, dove però il punto è risultato di incerta soluzione di fronte al mancato recepimento del contenuto dell’art. 4.2 della dir. 93/13 non accompagnato da una più esplicita previsione a riguardo³⁸. La Corte di

Mette in rilievo le difficoltà generate dall’armonizzazione per direttive TWIGG-FLESNER, “*Good-Bye Harmonisation by directives, Hello Cross-Border only Regulation?*” – *A way forward for EU Consumer Contact Law*, in *Eur. Rev. Contr. Law*, 2011, p. 241 s.

³⁶ Le divergenze a livello normativo conseguenti al differente recepimento delle direttive da parte degli Stati membri erano già state evidenziate nell’*Action Plan* del 2003 (Comunicazione “Maggiore coerenza del diritto contrattuale europeo. Un piano d’azione”, COM(2003) 68 def., p. 8 ss.) che rilevava, tra gli elementi determinanti il differente recepimento, che certi termini giuridici astratti non sono definiti o sono definiti in maniera assai generale dalle direttive, lasciando una grandissima discrezionalità ai legislatori nazionali al momento del loro recepimento. Ciò che produce effetti anche sull’interpretazione delle direttive e delle discipline nazionali di recepimento delle direttive, come si vedrà *infra*, in questo par., e nota 50 relativamente alla realizzazione di concetti comuni affidata al CFR.

³⁷ Tanto si fonda sul § 36 del *Contract Law Act* scandinavo (su www.finlex.fi) secondo l’indicazione che si legge nel commento all’art. 4:110 dei Pecl consultati nella versione italiana, *Principi di diritto europeo dei contratti*, parte I e II, ed. it. a cura di Castronovo, Milano, 2001, p. 301.

³⁸ Se, come inteso dalla gran parte di dottrina e giurisprudenza spagnola, il mancato recepimento del principio di cui all’art. 4.2 della dir. 93/13 fosse da ritenersi non precisamente esito di una scelta in tal senso e quindi la soluzione dell’ammissibilità o meno del controllo sull’oggetto fosse da rinvenirsi per l’ordinamento spagnolo direttamente nel testo della direttiva (dato che per principio generale la normativa interna è da interpretarsi alla luce della direttiva di cui costituisce attuazione), oppure il mancato recepimento fosse esito di una precisa indicazione del legislatore spagnolo che, discostandosi dal testo della direttiva in senso più favorevole al consumatore, avesse inteso sottoporre a controllo anche l’oggetto e il prezzo del contratto.



giustizia si è pronunciata su una domanda pregiudiziale proposta da un giudice spagnolo nel senso che il controllo condotto sulle clausole sull'oggetto e sul prezzo del contratto risulta in linea con i principi dell'ordinamento europeo; e che la circostanza che la Spagna non abbia riprodotto nel proprio ordinamento il principio di cui all'art. 4.2 della dir. 93/13 si colloca nell'ambito dello spazio lasciato agli Stati membri di formulare una disciplina maggiormente protettiva del consumatore rispetto alla direttiva, è da vedere in modo pienamente legittimo e indicativo appunto di un controllo che si può concentrare anche sull'oggetto del contratto e sulla perequazione tra prezzo e remunerazione³⁹.

Sempre con riguardo alla direttiva sulle clausole vessatorie si può evidenziare, quale ulteriore esempio di differente recepimento di una direttiva all'interno degli Stati membri, che la lista di clausole vessatorie contenute nell'allegato della direttiva è stata recepita in alcuni Paesi come lista nera, in altri come lista grigia avente carattere indicativo, con le conseguenti divergenze quanto agli effetti ultimi dell'applicazione delle discipline di recepimento nazionali⁴⁰. Nel nostro ordinamento ad esempio abbiamo una lista più ampia (all'art. 33, comma 2° cod. cons.), che si può definire "grigia", o per meglio dire composta di clausole solo presuntivamente vessatorie, e una breve lista "nera"⁴¹ (all'art. 36, comma 2° cod. cons.).

La verifica del recepimento della dir. 99/44 sulle garanzie nella vendita di beni di consumo operata con la Comunicazione del 2007 sull'attuazione della dir. 99/44⁴² ha rilevato notevoli divergenze tra le normative nazionali di recepimento conseguenti all'utilizzo della clausola minima e delle diverse opzioni normative lasciate aperte dalla direttiva⁴³. E questo, ad esempio, sia a proposito del momento determinante preso a riferimento per la valutazione del difetto di conformità, sia con riguardo ai rimedi, rispetto ai quali alcuni Stati hanno introdotto varianti a vantaggio del consumatore, sia

³⁹ Così Corte giust. Ue, 3 giugno 2010, *Caja de Aborros*, causa C-484/08.

⁴⁰ L'osservazione sulle difformità di recepimento della dir. 93/13 al riguardo è tratta dall'*Action Plan*, p. 11, che riferisce anche che in alcuni Paesi, come la Svezia, l'allegato contenente la lista non è stato recepito affatto, ma soltanto incluso nei lavori preparatori di recepimento della direttiva. La questione è giunta davanti alla Corte giust. Ue, 7 maggio 2002, causa C-478/99, che ha deciso nel senso che «la piena efficacia della direttiva può essere assicurata in un contesto giuridico sufficientemente preciso e chiaro senza che l'elenco figurante in allegato alla direttiva costituisca parte integrante delle disposizioni di attuazione della stessa»; ciò che deve essere riportato alla tradizione della Svezia e degli altri Paesi nordici in cui i documenti preparatori costituiscono uno strumento importante per l'interpretazione delle leggi e l'informazione al pubblico sulle clausole considerate - o che possono essere considerate - abusive è garantita con diversi mezzi.

⁴¹ Sebbene si ritiene che anche le clausole indicate in tale ultima lista siano anch'esse soggette alla verifica del significativo squilibrio e dell'equilibrio contrattuale nel contesto dell'intero contratto di cui agli artt. 33, comma 1° e 34, comma 1° c.cons.

⁴² COM(2007) 210 def.

⁴³ Nella Comunicazione, cit. alla nota prec., si afferma che «al momento non è chiaro in quale misura tali divergenze si ripercuotano sul corretto funzionamento del mercato interno e sulla fiducia dei consumatori».



con riguardo alla responsabilità diretta del produttore, sul quale ultimo punto la Commissione conclude che l'«esistenza di discipline divergenti a tale riguardo costituisce potenzialmente un problema per il mercato interno».

La problematica delle divergenze normative degli ordinamenti degli Stati membri conseguenza del recepimento delle direttive viene affrontata dalla dir. 2011/83 sui diritti dei consumatori in relazione alle discipline della dir. 93/13 e della dir. 99/44, sotto il profilo del monitoraggio e dell'informazione, in modo da consentire agli operatori di avere quanto meno notizia di tali divergenze. La nuova direttiva sui diritti dei consumatori, introducendo una modifica nella dir. 93/13 sulle clausole vessatorie e nella dir. 99/44 sulle garanzie sulla vendita di beni di consumo⁴⁴, regola una procedura di informazione a proposito delle variazioni introdotte dagli Stati membri rispetto alle previsioni delle direttive. Gli artt. 32 e 33 della dir. 2011/83 dispongono che, quando uno Stato membro adotti disposizioni più favorevoli al consumatore avvalendosi dallo spazio lasciato dalla natura di armonizzazione minima di tali direttive⁴⁵, ne informi la Commissione, la quale garantisce che tali informazioni «siano facilmente accessibili ai consumatori e ai professionisti, tra l'altro su un apposito sito web» e trasmette le medesime informazioni agli altri Stati membri e al Parlamento europeo.

Quanto alle divergenze tra ordinamenti degli Stati membri che si producono a livello interpretativo, si sono recentemente rilevate le divergenze interpretative generatisi relativamente alle clausole di esclusione dell'applicazione delle direttive a proposito della direttiva sugli agenti commerciali, dir. 86/653, e della direttiva sulle clausole vessatorie nei contratti con i consumatori, dir. 93/13. Per quanto concerne la prima, è sottoposta ad esame la clausola di esclusione dell'applicazione della direttiva a quegli agenti che svolgono l'attività come attività secondaria⁴⁶. Per quanto concerne la seconda, l'interpretazione che viene data all'esclusione del controllo di vessatorietà

⁴⁴ Si tratta delle uniche piccole modifiche relative a tali direttive che per il resto non vengono toccate dalla nuova dir. 2011/83.

⁴⁵ Per quanto riguarda la dir. 93/13, nel caso in cui le disposizioni che garantiscono un livello di protezione più elevato per il consumatore, e in particolare: estendano la valutazione di abusività a clausole contrattuali negoziate individualmente o all'adeguatezza del prezzo o della remunerazione, oppure contengano liste di clausole contrattuali che devono essere considerate abusive. E per quanto riguarda la dir. 99/44, nel caso in cui le disposizioni più severe, in particolare: riguardano le previsioni dell'art. 5, parr. da 1 a 3, e dell'art. 7, par. 1 della dir. (l'art. 5 della dir. 99/44 prevedeva già che entro il 7 gennaio 2003 la Commissione avrebbe elaborato una relazione sulla diversa attuazione di tale disposizione da parte degli Stati membri e che tale relazione sarebbe stata pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale Ce).

⁴⁶ SAINTIER, *France, Germany and the United Kingdom's Divergent Interpretations of Directives 86/653 and 93/13's Exclusionary Provisions: An Overlooked Threat to Coherence?*, in *Eur. Rev. Priv. Law*, 2011, p. 519 ss., che rileva le diverse impostazioni di giurisprudenza francese, tedesca e inglese a proposito dell'interpretazione di cosa si possa ritenere come attività secondaria e la larghezza con cui i giudici inglesi pervengono attraverso l'interpretazione di tale elemento ad escludere l'applicazione della dir. 86/653 a tutela degli agenti commerciali.



sulle clausole contenenti l'oggetto del contratto (contenuta nel sopracitato art. 4.2 della dir. 93/13), in linea con l'ampiezza o meno secondo la quale si intenda ciò che sia da ricomprendere nell'oggetto del contratto⁴⁷ oppure a seconda del diverso modo di intendere ciò che è reputato attinente all'oggetto del contratto oppure consista in una clausola di esclusione della responsabilità⁴⁸. Si mette in luce che le diverse interpretazioni giungono in definitiva a minare lo standard minimo voluto dalle direttive in quanto incidono sulle medesime finalità protettive delle due direttive⁴⁹.

Altre divergenze interpretative si producono a proposito delle definizioni di concetti giuridici utilizzati dalle direttive; infatti certi termini astratti (si porta l'esempio del termine "danno") sono definiti in talune direttive e non in altre, con la conseguente incertezza se la definizione data da una direttiva possa essere adottata anche per l'interpretazione di altre direttive⁵⁰.

⁴⁷ E' da notare che l'art. 4.2 della dir. 93/13 si esprime in termini di «oggetto principale» del contratto e ciò farebbe pensare ad un'indicazione nel senso restrittivo di ciò che va inteso appartenere all'oggetto del contratto. A tale riguardo si può v. VALLE, *L'inefficacia delle clausole vessatorie*, Padova, 2004, p. 157 s., e nota 57 a p. 157.

Ad es. nell'ordinamento inglese si è visto nella decisione della *Supreme Court*, *OFT v. Abbey National* del 25 novembre 2009 - che adotta una nozione allargata di oggetto principale del contratto, riducendo così l'ambito del controllo di vessatorietà - un tradimento della finalità protettiva del consumatore della dir. 93/13. Tanto in contrasto con la posizione della stessa Corte giust. Ue che - come visto *supra*, nel testo e nota 39 - nella sentenza del 3 giugno 2010, *Caja de Aborros*, causa C-484/08, si è pronunciata a proposito del principio di cui all'art. 4.2 della dir. 93/13 in senso protettivo del consumatore.

⁴⁸ Si può v. VALLE, *op. ult. cit.*, p. 157 s.

⁴⁹ SAINTIER, *op. cit.*, p. 519 ss.

⁵⁰ Comunicazione "Maggiore coerenza del diritto contrattuale europeo. Un piano d'azione", COM(2003) 68 def., p. 8 ss. Di qui le ragioni alla base della realizzazione di concetti comuni affidata al *Common Frame of Reference* (CFR). Il problema era segnalato già dalla Comunicazione del 2001, COM(2001) 398 def.

Si sofferma sul punto TWIGG-FLESNER, *The Europeanisation of Contract Law*, cit., p. 107 s., che porta all'attenzione il problema anche con riguardo alla definizione, mancante, di inadempimento contrattuale (*breach of contract*). Talvolta inoltre si sono adottate espressioni generiche, non rinvianti a concetti giuridici conosciuti ai Paesi membri, probabilmente con lo specifico proposito di non rinviare ad una specifica tradizione nazionale; anche a tale riguardo si pone il problema di riempire di contenuto e di disciplina tali espressioni, com'è il caso della "non vincolatività" delle clausole abusive di cui all'art. 6 della dir. 93/13 non accompagnata da una compiuta disciplina, a chiarire la quale è intervenuta, come si vedrà *infra*, al par. 4, la giurisprudenza della Corte di giustizia.

Problema connesso, ma concettualmente diverso, è quello linguistico, sul quale si sono concentrati specifici lavori di ricerca accanto a quelli di realizzazione degli *Acquis Principles* e del DCFR; si v. il lavoro del *network* europeo di ricerca "*Uniform Terminology for European Private Law*" a proposito dei lavori del quale *Uniform Terminology for European Contract Law*, ed. by Ajani e Ebers, Munich, 2005 e DANNEMANN, FERRERI e GRAZIADEI, *Consolidating EC Contract Law Terminology: The Contribution of the Terminology Group*, in *Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles), Contract II*, prepared by Research Group on the Existing EC Private Law (Acquis Group), Munich, 2009, p. L ss., dove ulteriori riferimenti.



Relativamente alle divergenze interpretative si auspica per il futuro il monitoraggio dell'interpretazione delle direttive e delle clausole di esclusione dell'applicazione delle direttive e si individua come possibile organismo di monitoraggio la Corte di giustizia dell'Unione europea, il ruolo della quale oggi non è reputato sufficiente. Esso è limitato in via generale all'interpretazione pregiudiziale, il cui presupposto necessario è il rilievo pregiudiziale da parte del giudice nazionale, che non sempre viene attivato⁵¹; e in misura minore al ruolo svolto nei procedimenti di infrazione contro gli Stati membri che non abbiano, o non abbiano esattamente, recepito il diritto di provenienza europea. Tuttavia per far fronte a tale auspicato maggiore ruolo della Corte di giustizia si profilerebbe necessaria una sua riforma al fine di sostenere gli inevitabili nuovi livelli di attività⁵².

Al fine di risolvere le problematiche generatisi a seguito dell'armonizzazione attraverso direttive ad armonizzazione minima le istituzioni europee si sono più recentemente dirette verso l'adozione di direttive ad armonizzazione piena⁵³. Questo percorso – che si può considerare ancora in atto⁵⁴ – non si è tuttavia rivelato di semplice esperimento: come si è sopra visto, ne è testimone il processo per l'adozione della recente direttiva sui diritti dei consumatori che, pensata come direttiva orizzontale destinata a ricomprendere tutte le discipline di tutela del consumatore, è arrivata ad un testo finale approvato nell'ottobre 2011 che, oltre a contenere alcune disposizioni di carattere generale, si limita alla revisione delle direttive sui contratti a distanza e sui contratti conclusi fuori dai locali commerciali. D'altro canto si è rilevato da più parti che l'armonizzazione piena può presentare l'inconveniente di irrigidire e isolare un corpo di regole europee separato all'interno di un più ampio sistema nazionale, e quindi è una tecnica di ravvicinamento delle legislazioni dei Paesi membri che pure presenta possibili limiti⁵⁵ rispetto a processi di ravvicinamento più gradualmente spontanei.

⁵¹ SAINTIER, *op. cit.*, p. 540 ss., che si sofferma sulla circostanza che il giudice inglese di cui *supra*, a nota 47, non aveva ritenuto necessario aprire una questione interpretativa pregiudiziale presso la Corte di giustizia.

⁵² AUBERT DE VINCELLES, *book review of Perspectives for European Consumer Law. Towards a Directive on Consumer Rights and Beyond*, Schulte-Nölke and Tichy (eds), Sellier, 2010, in *Eur. Rev. Contr. Law.*, 2011, p. 571.

⁵³ V. *supra*, nota 18.

⁵⁴ La Comunicazione sul diritto comune europeo sulla vendita COM(2011) 636 def. dell'11 ottobre 2010, p. 10, afferma che la proposta di uno strumento opzionale rappresenta un approccio complementare rispetto a quello dell'*acquis* esistente e che ci sarà un continuo bisogno di sviluppare gli *standards* di protezione del consumatore secondo il tradizionale approccio dell'armonizzazione.

⁵⁵ AUBERT DE VINCELLES, *op. cit.*, p. 571. Sui profili critici dell'armonizzazione piena anche RIVA, *op. cit.*, p. 758 ss., che ne mette in luce anche il problema di compatibilità con i principi di proporzionalità e sussidiarietà (la dir. 2011/83 sui diritti dei consumatori giustifica l'intervento in base all'art. 95 del Trattato Ce) e rileva che l'uniformazione attraverso le direttive ad armonizzazione piena si rivela utopistica dato che le regole in esse contenute vanno calate all'interno dei contesti nazionali e risultano inevitabilmente influenzate dai sistemi giuridici che le importano correndo così il rischio di



Se le difformità che caratterizzano le discipline di derivazione europea nei diversi Stati membri sono il limite delle direttive ritenute di maggiore rilievo nella prospettiva dell'agevolazione degli scambi transfrontalieri - sul quale si concentra la proposta per l'introduzione di uno strumento opzionale - si è messo in evidenza che altri e diversi limiti del diritto di provenienza europea introdotto dalle direttive risiedono nella settorialità degli interventi, nella loro frammentarietà e talora nella loro mancanza di coerenza⁵⁶. Gli interventi in materia di diritto contrattuale sono per lo più concentrati nell'ambito del diritto dei consumatori; sono per lo più frammentari perché atti normativi differenti affrontano profili specifici di disciplina o un settore specifico; rivelano a volte una carenza di coerenza tra loro dato che atti normativi pur aventi ad oggetto settori diversi danno discipline parzialmente differenti a profili che sono simili, senza che ciò abbia una precisa motivazione fondata, si pensi ad esempio alla disciplina sul diritto di recesso⁵⁷.

La nuova dir. 2011/83 è indirizzata ad un miglioramento della coerenza tra le discipline di tutela del consumatore e – seppure in tono minore rispetto alle iniziali aspettative - contiene una nuova disciplina generale sugli obblighi informativi nei contratti con il consumatore ed un coordinamento delle previsioni sugli obblighi informativi e sul recesso delle ex direttive sui contratti conclusi fuori dai locali commerciali e sui contratti a distanza che sono state espressamente abrogate.

3. Nonostante i suoi evidenziati limiti il diritto di derivazione comunitaria europea ha inciso in maniera riconoscibile sul diritto privato - e specificamente sul diritto contrattuale - degli ordinamenti giuridici degli Stati membri. Il diritto elaborato in sede europea ha significato un importante elemento propulsore di

interpretazioni differenti all'interno degli Stati membri. Inoltre accade che si lascino vuoti di normazione riguardo a profili anche importanti della materia disciplinata – si pensi alla circostanza che solitamente i rimedi non vengono regolati dalla direttiva (sul punto v. *infra*, nota 130) - ciò che ne minaccia appunto il carattere di misure ad armonizzazione piena. Probabilmente questa tecnica si può prestare in maniera idonea ad armonizzare specifici e ben circoscritti punti sui quali si voglia ottenere un risultato uniforme a livello europeo.

⁵⁶ Cfr. TWIGG-FLESNER, *The Europeanisation of Contract Law*, cit., p. 100.

L'*Action Plan* del 2003 aveva individuato, oltre alle difformità nelle discipline di recepimento degli Stati membri, l'obiettivo di accrescere la coerenza dell'*acquis* comunitario, nelle diverse fasi della redazione, attuazione e applicazione, e più in generale l'obiettivo del miglioramento dell'*acquis*. Queste problematiche dell'*acquis communautaire* sono riprese anche dalla Comunicazione del 2004.

⁵⁷ TWIGG-FLESNER, *op. ult. cit.*, p. 77, mette il luce che «the right of withdrawal is the paradigm of inconsistent EU legislation, with each measure taking a slightly different approach». Il periodo in cui è consentito il recesso varia da sette a trenta giorni, in alcuni casi è espresso in termini di giorni di calendario, in altri di giorni lavorativi; gli Stati membri sono liberi di stabilire un termine più lungo per il recesso rispetto a quello previsto dalle direttive, inoltre manca la coerenza tra le procedure da seguire da parte del consumatore (alune volte possono essere previste delle spese a suo carico, altre no).



creazione di nuove norme e anche talvolta di innovazione per gli ordinamenti giuridici nazionali⁵⁸.

Nel nostro ordinamento il recepimento delle discipline elaborate in sede europea ha portato all'introduzione della figura di consumatore, ma anche alla regolazione dei contratti conclusi fuori dai locali commerciali, dei contratti a distanza e del commercio elettronico⁵⁹, all'introduzione di garanzie nella vendita più forti a tutela del compratore consumatore, di discipline di tutela dei consumatori nei contratti aventi ad oggetto la multiproprietà e nei contratti di viaggio tutto compreso.

Similmente in altri ordinamenti. Solo a titolo esemplificativo, nel Regno Unito non esisteva prima del recepimento delle direttive europee una regolazione delle vendite fuori dai locali commerciali e delle vendite a distanza; nell'ordinamento olandese non esistevano prima dell'intervento europeo comunitario discipline della multiproprietà, dei contratti a distanza e dei contratti di viaggio⁶⁰; nell'ordinamento tedesco, con il recepimento della disciplina europea comunitaria ha portato all'introduzione nel BGB, al § 13, della figura del consumatore.

Il diritto patrimoniale di provenienza europea è andato progressivamente crescendo⁶¹ e specie in quegli ordinamenti in cui il recepimento delle misure europee comunitarie è avvenuto all'interno del codice civile - come in Germania e in Olanda - si è osservato che il diritto dei consumatori di provenienza europea ha avuto anche una diretta influenza sulla disciplina del contratto in generale⁶².

Nell'ordinamento tedesco, ad esempio, l'ambito di applicazione della direttiva sulle garanzie nella vendita della dir. 99/44 è stato esteso a tutti i tipi di contratto, inclusi i contratti conclusi tra professionisti e tra soggetti privati⁶³.

⁵⁸ BIN, *Per un dialogo con il futuro legislatore dell'attuazione: ripensare l'intera disciplina della non conformità dei beni nella vendita alla luce della direttiva comunitaria*, in *Contr. impr./Eur.*, 2000, p. 403, si esprime nel senso che «l'attuazione di direttive comunitarie è ormai divenuto il meccanismo prevalente di riforma del nostro sistema di diritto privato».

⁵⁹ Esistevano già in materia alcune norme su alcuni profili della contrattazione informatica specie con riguardo alla forma e alla prova dei contratti informatici nel d.p.r. n. 513/97 successivamente abrogato e sostituito dal d.p.r. n. 445 del 2000 e ulteriori modifiche nel d.p.r. n. 137 del 2003; la materia è poi stata risistemata nel d. lgs. n. 82 del 2005 codice dell'amministrazione digitale.

⁶⁰ LOOS, *The Influence of European Consumer Law on General Contract Law and the Need for Spontaneous Harmonization*, in *Eur. Rev. Priv. Law*, 2007, p. 518.

⁶¹ LOOS, *op. cit.*, p. 519, segnala come circa il 10% del contenuto del codice civile olandese sia basato su norme di origine europea.

⁶² LOOS, *op. cit.*, p. 530.

⁶³ JANSSEN e SCHULZE, *Legal Cultures and Legal Transplants in Germany*, in *Eur. Rev. Priv. Law*, 2011, p. 243 s.

Del resto, si è messo in rilievo che il contenuto della dir. 99/44, in particolare il concetto di conformità e i rimedi in caso di non conformità, rispecchiano ampiamente la disciplina della Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di beni mobili, seppure questa escluda la vendita per uso personale, familiare e domestico dal proprio ambito applicativo, ZIMMERMANN, *Lo ius*



Nell'ordinamento inglese alcune novità in materia di contratti dei consumatori introdotte con il recepimento delle direttive sono reputate suscettibili di avere un notevole impatto sul diritto generale dei contratti: così l'introduzione della buona fede, che quale principio in materia contrattuale ha fatto ingresso nell'ordinamento inglese con il recepimento della dir. 93/13⁶⁴; allo stesso modo l'introduzione degli obblighi di informazione precontrattuale, in un ordinamento per tradizione riluttante a concepire e ad imporre obblighi di informazione precontrattuale; e anche l'adempimento in forma specifica previsto dalla dir. 99/44 tra i rimedi preferenziali sotto forma di riparazione e sostituzione del bene per il consumatore che abbia acquistato un bene affetto da non conformità, che – si è rilevato – seppure confinato nel contesto della vendita ai consumatori, è penetrato in un ordinamento che tradizionalmente garantisce di rado l'adempimento in forma specifica⁶⁵.

Quanto all'influenza che il diritto dei consumatori di provenienza europea ha avuto al di là del suo ambito di applicazione nel nostro ordinamento, si può ad esempio osservare come la disciplina delle clausole vessatorie introdotta con il recepimento della dir. 93/13, avvenuto del 1996, abbia aperto ad un mutamento di mentalità presso i giudici. Guardando alla previsione sulla trasparenza delle clausole richiesta dalla dir. 93/13, si deve in effetti riscontrare che determinate decisioni in materia di clausole vessatorie relative a contratti conclusi prima dell'entrata in vigore della nuova disciplina, oppure – ancor più di rilievo – a contratti tra parti professionali, seppure non direttamente fondate sull'applicazione della disciplina di

commune e i Principi di diritto europeo dei contratti: rivisitazione moderna di un'antica idea, in *Contr. impr./Eur.*, 2009, p. 108; FRIGNANI-TORSELLO, *Il contratto internazionale*, 2^a ed., Padova, 2010, p. 441.

⁶⁴ Ha specificato per prima il contenuto della buona fede all'interno dell'ordinamento inglese in via di applicazione della dir. 93/13 la decisione della House of Lords, *Director General of Fair Trading v First National Bank* del 2001.

A proposito della buona fede nei diversi ordinamenti giuridici dei Paesi europei, WHITTAKER e ZIMMERMANN, *Good Faith in European contract law: surveying the legal landscape*, in *Good Faith in European Contract Law*, ed. by Zimmermann and Whittaker, Cambridge, 2000, p. 7 ss., 44 ss. (il volume è stato redatto nell'ambito del progetto "The Common Core of European Contract Law"), che mettono in evidenza che, pure in mancanza di un principio generale di buona fede nella conclusione e nell'esecuzione del contratto nel diritto inglese, alcuni risultati simili all'applicazione di questo principio si raggiungono in diverso modo, a seconda dell'area di disciplina interessata; e tra gli altri va sottolineato il principio della ragionevole aspettativa delle parti. La giurisprudenza e la dottrina inglese risultano divise sul punto se reputare soddisfacenti rispetto al principio di buona fede i risultati che, in maniera frammentaria, si conseguono presso il loro ordinamento. Si è messo di recente in rilievo che sussistono persistenti problematiche all'armonizzazione del significato del principio di buona fede rispetto all'ordinamento inglese v. WILLET, *General Clauses and the Competing Ethics of European Consumer Law in the UK*, in *Cambridge Law Journal*, 2012, p. 412 ss., v. anche nota 150.

⁶⁵ TWIGG-FLESNER, *The Europeanisation of Contract Law*, cit., p. 113, 133 ss.

Si segnala tra l'altro che il recepimento dei rimedi per la mancanza di conformità di cui alla dir. 99/44 non sia avvenuto del tutto correttamente nell'ordinamento inglese, dove si è lasciata sussistere la risoluzione del contratto quale rimedio equivalente e quale alternativa rispetto a riparazione e sostituzione.



derivazione dalla dir. 93/13, non sarebbero state adottate senza l'influsso dei principi da questa introdotti nel nostro ordinamento. Ha affermato la nostra Cassazione in una decisione del 2004 che «anche in relazione ai contratti assicurativi stipulati precedentemente all'entrata in vigore del nuovo regime delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori, a cui tale disciplina non si applica in ragione dell'irretroattività della stessa, è possibile e doveroso far ricorso alla interpretazione del contratto secondo buona fede, ex art. 1366 c.c., in presenza di clausole ambigue e predisposte unilateralmente dall'impresa assicuratrice nelle condizioni generali»⁶⁶. Anche prima del recepimento della dir. 93/13 sarebbe stato possibile immaginare una tale interpretazione e applicazione dell'art. 1366 c.c. ma la giurisprudenza, legata al controllo di carattere formale di cui all'art. 1341, comma 2° c.c., non vi aveva fatto ricorso. Più recentemente e sempre relativamente ad un'ipotesi di mancanza di trasparenza la giurisprudenza di merito ha applicato la disciplina generale della nullità per indeterminatezza e indeterminabilità per dichiarare la nullità di singole clausole: ha dichiarato la nullità, per assoluta indeterminatezza e indeterminabilità, della clausola del contratto di conto corrente bancario con cui si prevedono commissioni non meglio specificate, senza alcuna indicazione circa la misura, il valore, la periodicità, la soglia di costo e il meccanismo di calcolo, cui segue il diritto del correntista ad ottenere la ripetizione di quanto indebitamente corrisposto a titolo di commissione di massimo scoperto⁶⁷. Non risulta che in precedenza si fosse fatta applicazione della norma sulla nullità per indeterminatezza o indeterminabilità ad una clausola intrasparente⁶⁸.

Interessante pare citare anche una non recente decisione della nostra Cassazione che ha pronunciato la nullità della clausola contenuta in condizioni

⁶⁶ Cass., 21 giugno 2004, n. 11487.

⁶⁷ Trib. Busto Arsizio, 9 dicembre 2009, in *Foro it.*, 2010, II, c. 672. La disciplina delle commissioni di massimo scoperto ha poi seguito altre vicende con l'intervento delle l. n. 2/2009 e n. 102/2009 a seguito delle quali sono state vietate.

⁶⁸ Tra l'altro la nostra giurisprudenza non ha tradizionalmente applicato l'art. 1341, comma 1° in funzione di controllo sulla trasparenza intendendo la inconoscibilità di cui alla norma anche come intrasparenza, nonostante le indicazioni della dottrina: ha affermato che nel caso in cui le condizioni generali siano contenute in moduli e formulari la conoscibilità rileva sotto il profilo della comprensibilità, ROPPO, *Contratti standard*, cit., p. 187 ss., distinguendo tuttavia l'ambito della contrattazione con il consumatore rispetto alla contrattazione tra imprese relativamente alla quale – afferma la dottrina – può reputarsi negligente il comportamento dell'operatore professionale che non si avvalga della competenza di un professionista legale; S. PATTI, G. PATTI e S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, Milano, 1993, p. 337. Trib. Roma, 7 luglio 1999, in *Nuovo dir.*, 1999, 1057, ha affermato che l'onere di rendere le clausole conoscibili non può dirsi assolto se le clausole non sono state redatte in modo chiaro e comprensibile; Cass., 26 febbraio 2004, n. 3863, in *Foro it.*, 2004, I, c. 2132 ss., ha fatto applicazione dell'art. 1341, comma 1° ad una clausola di esclusione della responsabilità per furto nelle condizioni generali di un contratto di parcheggio che è stata giudicata inconoscibile, benché riportata sulla tessera magnetica rilasciata dagli apparecchi automatici, in considerazione della rapidità dei tempi di formazione del contratto.



generali di contratto di *leasing* tra parti professionali che fa gravare sull'utilizzatore il rischio di mancata consegna del bene da parte del fornitore. Pronuncia che la Corte ha fondato sulla motivazione che tale clausola contrasta con la buona fede nell'esecuzione del contratto di cui all'art. 1375 c.c., conformemente alla quale il concedente dovrebbe occuparsi di garantire all'utilizzatore il godimento del bene oggetto del contratto⁶⁹. Anche questa decisione pare ispirarsi ai contenuti della dir. 93/13 pure se in maniera del tutto implicita, e da notare è anche che il contratto era stato stipulato tra parti professionali.

In questa estensione dell'ambito di applicazione dei principi contenuti nelle direttive europee oltre il loro oggetto, ad opera del legislatore nazionale o della giurisprudenza si è individuato un processo denominato di "armonizzazione spontanea" proprio perché grazie a tale estensione si ottiene un ulteriore impulso verso l'armonizzazione⁷⁰.

L'avvicinamento tra gli ordinamenti giuridici degli Stati membri operato dalle direttive ha portato, anche, ad un reciproco influsso relativamente alle tecniche legislative impiegate all'interno del loro ordinamento: con la riforma del diritto tedesco delle obbligazioni del 2002 la decisione se dedicare alla regolazione dei rapporti con il consumatore provvedimenti normativi speciali (come si era usualmente proceduto in Germania) oppure integrare tali discipline nel BGB è stata adottata avendo, tra l'altro, quale riferimento l'ordinamento olandese che aveva integrato la disciplina di derivazione europea di tutela del consumatore nel suo codice civile del 1992 (uno dei più moderni codici civili in Europa)⁷¹.

La penetrazione delle discipline europee all'interno degli ordinamenti degli Stati membri non si è però, per altro verso, sempre rivelata priva di conseguenze critiche per gli ordinamenti nazionali. Se ne è talvolta denunciata la minaccia alla coerenza dell'intero ordinamento giuridico nazionale, ravvisando nelle norme di provenienza

⁶⁹ Cass., 2 novembre 1998, n. 10926, sulla quale si può v. VALLE, *L'inefficacia delle clausole vessatorie*, cit., p. 365 ss., e EAD., *Clausole vessatorie, buona fede e contratti tra professionisti*, in *L'autonomia privata nella prospettiva del diritto privato europeo*, a cura di Sicchiero, Padova, 2005, p. 145 ss.

⁷⁰ TWIGG-FLESNER, *The Europeanisation of Contract Law*, cit., p. 11, adotta questa espressione con riferimento ai casi in cui il recepimento di un atto normativo di provenienza europea all'interno di un ordinamento di uno Stato membro avviene in modo più ampio e in ambiti ulteriori rispetto a quanto previsto in sede europea. Così anche LOOS, *op. cit.*, p. 524 ss., che parla di processo di armonizzazione spontaneo anche quando l'ampliamento dell'influsso della disciplina di provenienza europea comunitaria è opera della giurisprudenza nazionale che interviene in via di interpretazione delle norme nazionali. L'autore parla anche di armonizzazione spontanea in senso negativo quando l'introduzione nell'ordinamento dello Stato membro della disciplina di origine europea comunitaria comporta una non necessaria (in quanto la misura di diritto europeo proviene da una direttiva ad armonizzazione minima, e non piena) formulazione di regole meno protettive rispetto a quelle prima previste dalla disciplina nazionale.

⁷¹ JANSSEN e SCHULZE, *op. cit.*, p. 244.



europea comunitaria dei “*legal irritants*”⁷². Esse darebbero luogo ad una “*irritation*” della disciplina esistente⁷³, provocando all’interno dei sistemi nazionali una frammentazione tra gli ambiti oggetto di armonizzazione e gli ambiti che non lo sono stati.

La minaccia alla coerenza degli ordinamenti nazionali ad esito del recepimento delle direttive conseguirebbe non solo all’introduzione di concetti estranei alla tradizione giuridica ma anche in ragione della frammentarietà della legislazione europea dato che – come sopra visto, in fine del precedente paragrafo – le direttive si occupano di ambiti specifici e limitati⁷⁴.

Non essendo ad oggi prevedibile nel breve termine la realizzazione di un codice civile europeo o anche solo di un codice europeo dei contratti si è affermato che l’unico modo di far fronte a tali incoerenze consista proprio nell’adattamento dell’ordinamento nazionale anche oltre l’ambito oggetto di regolazione della direttiva – quando questo si adatti al caso - attraverso l’intervento del legislatore o l’attività del giudice, secondo la sopra citata tecnica della “armonizzazione spontanea”⁷⁵. Si è osservato tra l’altro che se questo accadrà o accadrà in maniera estensiva si darà luogo ad un’armonizzazione dal basso (*bottom up*) tra i Paesi membri dell’Unione europea e l’*acquis communautaire* potrebbe divenire indirettamente la base per un nuovo *ius*

⁷² L’espressione *legal irritants* si deve al contributo di TEUBNER, *Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Differences*, in *Modern Law Review*, 1998, p. 11 ss., il quale riterrebbe che tali *irritants* sarebbero suscettibili di allontanare ancora di più le discipline degli Stati membri.

⁷³ LOOS, *op. cit.*, p. 519 ss., cita per l’ordinamento olandese la particolare forma di invalidità a favore del consumatore e rilevabile d’ufficio dal giudice per le clausole vessatorie, l’allargamento dello spazio riconosciuto al danno non patrimoniale nella direttiva sui viaggi tutto compreso per il caso di danno da vacanza rovinata, l’ingresso del principio di buona fede per ciò che riguarda l’ordinamento inglese, e l’introduzione del principio di trasparenza a protezione del consumatore in via diffusa attraverso l’obbligazione di informazione che deve essere fornita in linguaggio chiaro ed intellegibile, alla quale non si associa tuttavia la sanzione per il caso di mancato rispetto. Per il nostro ordinamento si potrebbe pensare, quanto meno, all’impatto prodotto sul sistema dell’invalidità dalle discipline a tutela del consumatore, avendo a mente in primo luogo la disciplina delle clausole vessatorie; per questa situazione di attrito – o di mutamento rispetto al passato - nell’ordinamento italiano, per tutti, SCALISI, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, in *Europa dir. priv.*, 2001, p. 489 ss.

⁷⁴ TWIGG-FLESSNER, *Europeanisation of Contract Law*, cit., p. 104 s.

⁷⁵ Si veda *supra*, nota 70. LOOS, *op. cit.*, p. 523 ss., aggiunge che, come si è visto sopra in questo par., l’“irritazione” può allora anche risolversi in un strumento di innovazione, dato che può persuadere il legislatore a riconsiderare concetti nazionali introducendo nel diritto privato elementi più moderni. Anche se l’autore rileva che nell’ordinamento olandese il legislatore ha per lo più evitato di adottare questa scelta, mentre, là dove la legislazione ne lasciasse spazio, la giurisprudenza non ha rifiutato l’armonizzazione spontanea: ad esempio con riguardo all’applicazione del principio della trasparenza che, introdotto dalla disciplina europea relativamente alla tutela del consumatore, si presta ad essere applicato analogicamente, per esempio, alle condizioni generali di contratto tra parti professionali, e a previsioni di comunicazione e informazione.



commune, che si pervenga o meno all'adozione di un codice civile europeo⁷⁶. Questa tecnica allora - assieme al contestuale operare degli interventi delle istituzioni europee - potrebbe svolgere un suo ruolo nella creazione di un diritto privato europeo.

4. Nonostante le difficoltà dell'armonizzazione minima realizzata dalle direttive, che è stata reputata insufficiente, e dell'armonizzazione piena, che rappresenta una tecnica normativa ad oggi non facilmente accettata dagli Stati membri specie su progetti di vasto respiro nell'ambito del diritto contrattuale, è vero che un nucleo di diritto contrattuale europeo si è andato formando. E tanto benché le direttive - che sono lo strumento sinora principalmente adottato in tale ambito - diano vita ad un diritto privato che, come si è detto, è in definitiva soltanto un diritto privato di derivazione europea, dato che le norme applicative sono quelle risultate dal recepimento all'interno degli Stati membri.

Ci si domanda quindi quale sia ad oggi il significato delle espressioni diritto contrattuale europeo e diritto privato europeo e quali discipline si possano ricomprendere sotto tali denominazioni.

Il diritto contrattuale europeo oggi è composto innanzitutto dalle regole introdotte dalle medesime direttive che, benché recepite in maniera differente nei diversi Stati membri, hanno significato l'immissione negli ordinamenti di tali Paesi di istituti e regole tante volte prima assenti - come si è visto nel precedente paragrafo -, anche se poi declinati spesso in maniera differente. Si è prodotta un'armonizzazione rispetto ad alcune discipline almeno nei principi fondamentali; ad esempio sugli obblighi precontrattuali di informazione, prevalentemente nei contratti con i consumatori ma non solo⁷⁷, in materia di recesso del consumatore come diritto di ripensamento nella fase di conclusione del contratto, sulla trasparenza del contratto e sul controllo contenutistico delle clausole squilibrate alla luce della buona fede nei contratti con il consumatore, sulle garanzie del compratore consumatore, sul diritto del consumatore al risarcimento del danno provocato da un prodotto difettoso, sui ritardi nei pagamenti nelle transazioni commerciali.

⁷⁶ Così LOOS, *op. cit.*, p. 531.

La realizzazione di un codice civile europeo viene messa in secondo piano nei documenti sopra citati della Commissione - al par. 1 - quale progetto ad oggi scarsamente realizzabile. Il Parlamento europeo risulta più possibilista nella Risoluzione del 23 marzo 2006 sottolineando che secondo l'opinione diffusa a lungo termine verrà probabilmente redatto un vero e proprio codice civile europeo. Propende per la prospettiva a lungo termine di un vero codice europeo Lando, sulla cui posizione v. *infra*, note 116, 129. Si riporta ad esito di un convegno sul diritto privato europeo tenutosi in Polonia nel settembre 2010, ZACJARIASIEWICZ, *Recent Developments in European Private Law: The Influence of European Consumer Law on National Legal Systems*, in *Eur. Rev. Priv. Law*, 2011, p. 480, «if anything is clear from the conference, it is the conviction that Europe is still very far from a European Civil Code. Certainly, however, it is closer than ever in its history».

⁷⁷ Si v. ad es. la dir. 2000/31 sul commercio elettronico, artt. 5 e 6.



Regole che, talvolta, come si è segnalato nel precedente paragrafo, sono transitate dallo specifico settore per il quale erano state elaborate – di solito il diritto dei consumatori – ad una applicazione avente un ambito più ampio, secondo la tecnica denominata di armonizzazione spontanea, che consiste in un allargamento dell'ambito di applicazione della disciplina di provenienza europea ad opera del legislatore o della giurisprudenza in via di adattamento del sistema nazionale; ciò che, come si è visto, tante volte è avvenuto perché, diversamente, come conseguenza dell'integrazione della normativa europea esso presenterebbe delle incoerenze.

Nell'opera di elaborazione del diritto privato europeo ha svolto un ruolo di rilievo anche la Corte di giustizia che, avendo la competenza dell'interpretazione del diritto europeo – attraverso il procedimento di interpretazione pregiudiziale *ex art.* 267 del TFUE (ex 234 Trattato CE) ma anche, seppure con minore portata, nei procedimenti di infrazione contro gli Stati membri che non abbiano o non abbiano esattamente recepito il diritto di provenienza europea *ex art.* 258 TFUE (ex 226 Trattato CE) -, è nella possibilità di dare un importante contributo all'europeizzazione del diritto privato⁷⁸.

A volte infatti la Corte ha spinto in là i confini del suo potere interpretativo, contribuendo all'elaborazione di diritto attraverso un ampliamento del significato del

⁷⁸ MAK, *Harmonisation through "Directives-Related" Case Law: the Role of the ECJ in the Development of European Consumer Law*, in *Zeit. Eur. Priv.*, 2010, p. 129 ss., che, pur mettendo in guardia sui limiti del ruolo della Corte di giustizia, sia per i confini delle sue competenze istituzionali, sia a motivo della tradizionale esperienza della Corte, non centrata sul diritto privato, ravvisa cionondimeno nell'attività interpretativa della Corte di giustizia un fattore chiave per la futura evoluzione di un sistema coerente di diritto privato europeo. È tanto attraverso un'attività di interpretazione che cerchi di allineare le regole e i concetti delle direttive con il più ampio corpo della legislazione europea ("*directive-related interpretation*"), di leggere le direttive alla luce di previsioni simili di altre direttive ("*cross-directive interpretation*"), oltre che attraverso una possibile interpretazione in base ai principi di diritto europeo, pur nella difficoltà di rinvenirne il fondamento.

È interessante la prospettiva offerta da COLOMBI CIACCHI, *Non-Legislative Harmonisation: Protection from Unfair Suretyships*, in *The Harmonisation of European Contract Law*, ed. by Vogenauer and Weatherill, Oxford and Portland, 2006, p. 197 ss., che conducendo un'indagine comparatistica relativamente alla conclusione di contratti di fidejussione da parte di familiari, la cui autonomia contrattuale viene nei fatti ad essere pesantemente compromessa, rinviene che le applicazioni giurisprudenziali nazionali assicurano un atteggiamento simile ma con significative divergenze a livello di protezione del soggetto garante. L'autrice mette in luce come questa materia si presti ad un'efficace armonizzazione *top-down*, non attraverso il mezzo legislativo, ma quello giurisprudenziale, grazie all'attività della Corte di giustizia e della Corte europea dei diritti dell'uomo in applicazione delle norme fondamentali a tutela dei diritti della persona contenute nel Trattato Ue e nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo che, là dove si occupano dell'autodeterminazione della persona, agli artt. 8 della Convenzione e 6 del Trattato, si prestano ad assicurare anche l'autonomia privata e la libertà contrattuale. E ritiene che questo metodo di armonizzazione possa essere applicato ad ogni questione di diritto privato che vada a toccare i diritti fondamentali riconosciuti a livello europeo, dato che ogni cittadino europeo dovrebbe godere i diritti fondamentali comuni europei in maniera scevra da ogni discriminazione in base alla nazionalità.



testo normativo⁷⁹. Nella decisione sul caso Leitner del 2002, causa C-168/00⁸⁰, la Corte di giustizia ha affermato che il risarcimento del danno a norma dell'art. 5 della direttiva sui contratti di viaggio tutto compreso⁸¹ include i danni non patrimoniali causati dalla perdita di godimento della vacanza. Ha dato così un'ampia interpretazione dell'ambito di applicazione della direttiva, e in particolare del concetto di danno come comprensivo anche del danno non patrimoniale, sottolineando che interpretazioni differenti del concetto di risarcimento all'interno della Comunità genererebbero distorsioni della concorrenza e pregiudicherebbero l'armonizzazione delle discipline degli ordinamenti degli Stati membri e l'effettività della protezione del consumatore offerta dalle direttive. In tali casi la Corte di giustizia, che opera in un contesto istituzionale libero dalle costrizioni cui è sottoposto il legislatore comunitario, può anche conseguire, non intenzionalmente, risultati di cui le istituzioni comunitarie non sarebbero capaci⁸².

Come altro esempio di intervento della Corte di giustizia esplicativo ma allo stesso tempo integrativo della disciplina introdotta dalla direttiva di riferimento - in tal caso la dir. 93/13 - si possono ricordare le diverse decisioni a proposito della disciplina della clausole abusive⁸³. In particolare, con riguardo al rimedio contro le clausole abusive⁸⁴, se l'art. 6 della dir. 93/13 si esprime in termini di «non vincolatività» senza fornire ulteriori indicazioni, la Corte di giustizia è intervenuta con più decisioni a dare indicazioni utili a ricostruire la disciplina di tale rimedio. Ha chiarito il ruolo del giudice⁸⁵ nel rilievo dell'abusività della clausola il quale - come ha affermato la Corte - ha l'obbligo, e non solo la possibilità, di rilevarla d'ufficio⁸⁶, eseguendo

⁷⁹ TWIGG-FLESNER, *The Europeanisation of Contract Law*, cit., p. 43 ss., 49 s.

⁸⁰ La decisione è del 12 marzo 2002.

⁸¹ Dir. 90/314.

⁸² NEBBIA, *Unfair Contract Terms in European Law*, Portland, 2007, p. 170 s.; TWIGG-FLESNER, *op. ult. cit.*, p. 46 s.

⁸³ Sulle quali si può v. VALLE, *La nullità delle clausole vessatorie: le pronunce della Corte di giustizia dell'Unione europea e il confronto con le altre nullità di protezione*, in *Contr. impr.*, 2011, p. 1366 ss.

⁸⁴ Adotto qui il termine abusive, proprio del linguaggio della direttiva, anziché vessatorie, più consueto per il nostro ordinamento.

⁸⁵ Per la prima volta affermato nella sentenza *Océano* - Corte giust. Ue, 27 giugno 2000, c-240/98-244/98, che, ha osservato MAK, *op. cit.*, p. 130, è andata oltre una mera interpretazione tecnica della dir. 93/13, intervenendo in modo determinante su un punto essenziale e sostanziale della controversia. Con questa decisione la Corte di giustizia ha per la prima volta affermato che il ruolo del giudice nel rilevare d'ufficio l'abusività della clausola è essenziale per assicurare effettività alla tutela del consumatore, di fronte al silenzio sul punto dell'art. 6 della dir. Diversamente da tale previsione e dalla disciplina di recepimento della direttiva in altri Paesi membri il nostro art. 36 c.cons. prevede espressamente la rilevanza d'ufficio da parte del giudice della vessatorietà della clausola.

⁸⁶ La circostanza che si tratti di un dovere e non di un potere è stato chiarito nelle successive sentenze della Corte giust. Ue, *Mostaza Claro*, 26 ottobre 2006, C-168/05, *Pannon*, 4 giugno 2009, C-243/08, *Asturcom*, 6 ottobre 2009, C-40/08.



anche accertamenti di tipo istruttorio⁸⁷; ha chiarito che il consumatore può anche opporsi al rilievo di abusività da parte del giudice⁸⁸; ha affermato la natura di ordine pubblico di tale disciplina, sulla quale natura ha fondato la possibilità del rilievo della vessatorietà anche nei gradi di giudizio successivi o nel corso del procedimento per l'esecutorietà di un lodo⁸⁹; è intervenuta anche sui profili della sopravvivenza o meno dell'intero contratto colpito dall'abusività delle clausole⁹⁰ e dell'integrazione del contratto successivamente alla dichiarazione di abusività⁹¹.

Significativa è anche la non recente sentenza della Corte di giustizia pronunciata nel caso *Courage* in cui, in via interpretativa dell'ex art. 81 del Trattato Ue, la Corte mostra di decidere in base al principio secondo il quale è da reprimere l'abuso dell'altrui debolezza contrattuale, anche qualora sia quella di una parte contrattuale professionale, riconoscendo tutela giurisdizionale e il diritto di ottenere il risarcimento del danno ad una parte di un'intesa vietata. E questo «se la parte che sostiene di avere subito un danno in seguito alla conclusione di un contratto che può restringere o falsare il gioco della concorrenza si trovasse in una posizione di inferiorità grave, tale da compromettere seriamente, e persino da annullare, la sua libertà di negoziare le clausole del detto contratto nonché la sua capacità di evitare il danno o limitarne l'entità»⁹².

⁸⁷ Corte giust. Ue, 9 novembre 2010, C-137/08, *Penzügyi*.

⁸⁸ Corte giust. Ue, *Pannon*, cit. *supra*, nota 86.

⁸⁹ Corte giust. Ue, pronunce *Mostaza Claro* e *Asturcom*, cit. *supra* 86.

⁹⁰ Corte giust. Ue, 15 marzo 2012, C-453/10, *Perenicová*, pronunciando il principio secondo il quale «l'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva 93/13 (...) dev'essere interpretato nel senso che, nel valutare se un contratto stipulato tra un professionista e un consumatore e contenente una o più clausole abusive possa continuare a sussistere in assenza di dette clausole, il giudice adito non può fondarsi unicamente sull'eventuale vantaggio per una delle parti, nella fattispecie il consumatore, derivante dall'annullamento del contratto in questione nel suo complesso. Ciononostante, tale direttiva non osta a che uno Stato membro preveda, nel rispetto del diritto dell'Unione, che un contratto stipulato tra un professionista e un consumatore e contenente una o più clausole abusive sia nullo nel suo complesso qualora ciò risulti garantire una migliore tutela del consumatore».

⁹¹ Corte giust. Ue, 14 giugno 2012, C-618/10, *Banco Español de Crédito*, affermando che «l'art. 6, par. 1, della dir. 93/13 dev'essere interpretato nel senso che esso osta ad una normativa di uno Stato membro, quale l'articolo 83 del d.lgs. reale n. 1/2007, recante approvazione del testo consolidato della legge generale sulla tutela dei consumatori e degli utenti e delle altre leggi complementari» - relativa all'ordinamento spagnolo - «che consente al giudice nazionale, qualora accerti la nullità di una clausola abusiva in un contratto stipulato tra un professionista ed un consumatore, di integrare detto contratto rivedendo il contenuto di tale clausola».

⁹² Quindi «una parte di un contratto idoneo a restringere o falsare il gioco della concorrenza, ai sensi dell'art. 81 del Trattato Ce» «può dedurre la violazione di tale norma al fine di ottenere tutela giurisdizionale nei confronti della controparte» e richiedere il risarcimento del danno sofferto, Corte giust. Ue, 20 settembre 2001, C-453/99. A riguardo si può v., VALLE, *Clausole vessatorie, buona fede e contratto tra professionisti*, cit., p. 131 s. Un tale diritto al risarcimento del danno nella visione della Corte rafforza il carattere operativo delle regole comunitarie sulla concorrenza ed è tale da scoraggiare gli accordi e le pratiche, spesso dissimulate, che possono restringere o falsare il gioco della concorrenza.



Ad ogni modo la Corte di giustizia si è in altri casi astenuta dall'intervenire nel merito dell'interpretazione di norme contenute nelle direttive nel caso in cui l'attività interpretativa l'avrebbe spinta ad addentrarsi nelle circostanze del caso concreto; affermando, ad esempio, che la questione della qualificazione di vessatorietà di singole tipologie di clausole debba essere rimessa alla valutazione del giudice nazionale mentre a sé medesima possa essere riservata soltanto la pronuncia sui criteri generali di cui all'art. 3.1 della dir.⁹³.

Se fondamentale è lo sforzo verso la creazione di un diritto contrattuale europeo proveniente dalle istituzioni europee, si deve riscontrare che la circolazione di principi e regole comuni elaborati a livello europeo è anche esito di un'armonizzazione dal basso⁹⁴ favorita dalle iniziative e dai lavori di giuristi accademici. Tra tutte la più incisiva si può dire ad oggi sia stata l'iniziativa diretta da Ole Lando - avviata nel 1982⁹⁵ quando l'attività normativa dell'Unione europea in materia di diritto privato non era ancora stata intrapresa⁹⁶ - che ha portato alla formulazione dei Pecl (*Principles of European Contract Law*). L'opera dei Pecl ha dialogato anche con le istituzioni europee⁹⁷ influenzando sull'elaborazione del diritto da parte delle medesime istituzioni, ma va sottolineato come tali Principi hanno indubbiamente esercitato una loro propria non irrilevante influenza nella circolazione intraeuropea di modelli giuridici, essendo entrati a far parte del ragionamento giuridico degli studiosi⁹⁸ e – ciò che è degno di nota - anche dei giudici⁹⁹. La nostra

«In quest'ottica le azioni di risarcimento dei danni dinanzi ai giudici nazionali possono contribuire sostanzialmente al mantenimento di un'effettiva concorrenza nella Comunità. Di conseguenza, non si può escludere *a priori* che un'azione del genere venga intentata da una parte di un contratto che sia giudicato contrario alle regole della concorrenza».

⁹³ Così nella decisione *Freiburger Kommunalbauten*, Corte giust. Ue, 1° aprile 2004, causa C-137/2002, a proposito di un interrogativo interpretativo sull'abusività o meno di una clausola contrattuale che obbligava il consumatore a pagare il prezzo prima della prestazione dovuta dal professionista che aveva, in cambio, l'obbligazione di prestare una garanzia a riguardo. La cautela della Corte di giustizia è stata da alcuna parte condivisa - TWIGG-FLESNER, *op. ult. cit.*, p. 48, ha affermato che altrimenti ne sarebbe derivata un'eccessiva interferenza con il giudizio del giudice nazionale tenuto a pronunciarsi sui fatti di causa («giving the ECJ a more prominent position in applying the law to individual cases would significantly alter the nature of EU law, and elevate the Court to a supreme court for all the Member States») - mentre altri hanno osservato che forse la Corte avrebbe potuto comunque pronunciarsi, senza entrare nei dettagli del caso concreto, NEBBIA, *op. cit.*, p. 170.

⁹⁴ Si adotta tale espressione per distinguere questo processo da quello di armonizzazione spontanea, alla quale ultima espressione si attribuisce uno specifico significato tecnico, sul quale v. *supra*, par. prec., e nota 70.

⁹⁵ La prima parte dei Principi è stata pubblicata nel 1995, la seconda (assieme alla prima) nel 1999 e la terza parte nel 2003.

⁹⁶ Le prime direttive in materia di diritto privato sono la dir. 85/374 sulla responsabilità per prodotti difettosi e la dir. 85/577 sui contratti negoziati fuori dai locali commerciali.

⁹⁷ Per alcuni periodi il lavoro per la redazione dei Pecl ha goduto di finanziamenti comunitari e i Pecl sono stati la base per la redazione del DCFR.

⁹⁸ Anche la nostra dottrina opera e ha operato negli anni scorsi diffuso riferimento ai Pecl.



Cassazione ha ad esempio affermato, in una pronuncia del 2010, che l'obbligo risarcitorio per violazione della buona fede, a prescindere dalla conclusione e validità stessa del contratto, è coerente anche con "i principi attestati in ambito europeo" (citando l'art. 2.301, comma 2° Pecl)¹⁰⁰. Tanto è avvenuto anche in altri ordinamenti: in Gran Bretagna i Pecl sono tenuti presenti dalla *House of Lords* ad esempio relativamente alla buona fede; in Olanda riferimenti si trovano numerose decisioni di diversi *Advocate-Generals*¹⁰¹. I Pecl hanno altresì influenzato i lavori dei legislatori nazionali; si è detto infatti che hanno ad esempio influenzato la riforma del diritto delle obbligazioni tedesco del 2002¹⁰².

Un'influenza di questo genere sono suscettibili di avere anche i lavori degli *Acquis Principles*, in quanto agevolano l'attività conoscitiva dell'*acquis communautaire*¹⁰³, e del *Draft Common Frame of Reference* (DCFR). Se si tratta di lavori più dei Pecl direttamente legati al contesto istituzionale europeo collocandosi sul percorso avviato dalle istituzioni europee per favorire il miglioramento e il maggior ravvicinamento del diritto privato europeo¹⁰⁴, essi sono e restano lavori accademici che, in quanto tali, si prestano a circolare e a trasmettere i loro contenuti similmente a quanto è avvenuto con i Pecl¹⁰⁵.

La creazione di un ambiente giuridico europeo in materia di diritto privato è stato altresì positivamente influenzato e favorito anche dalle altre numerose iniziative

⁹⁹ ZIMMERMANN, *The Present State of European Private Law*, in *Am. Jour. Comp. Law*, 2009, p. 482, «There are, in fact, a number of encouraging examples of how the PECL have been used as a source of inspiration for legislator, legal writers, and courts of law» e cita a riguardo CARLOS VENDRELL CERVANTES, *The Application of the Principles of European Contract Law by Spanish Courts*, in *Zeit. Eur. Priv.*, 2008, p. 534; BUSCH, *The Principles of European Contract Law before the Supreme Court of the Netherlands – On the Influence of PECL on Dutch Legal Practice*, in *Zeit. Eur. Priv.*, 2008, p. 549.

¹⁰⁰ Cass., 11 giugno 2010, n. 14056, citata da VETTORI, *Il contratto senza numeri e aggettivi*, in *Persona e mercato*, 2012, p. 15.

¹⁰¹ I riferimenti si trovano in ZIMMERMANN, *Lo ius commune e i Principi di diritto europeo dei contratti: rivisitazione moderna di un'antica idea*, cit., p. 139. La decisione della *House of Lords* è l'importante e molto nota *Director of Fair Trading v. First National Bank* del 2001 che trae la nozione di *good faith and fair dealing* dai Pecl e dai commenti ai Pecl, nella loro versione integrale.

¹⁰² JANSSEN e SCHULZE, *op. cit.*, p. 244 s.

¹⁰³ L'art. 1:101 degli *Acquis Principles* dice che tali principi sono stati formulati sulla base dell'esistente normativa della Comunità europea nel campo del diritto privato e che essi si offrono come una fonte per la elaborazione, la trasposizione e l'interpretazione del diritto della Comunità europea.

¹⁰⁴ A tal proposito si v. *supra*, par. 1.

¹⁰⁵ Mettono in luce il possibile ruolo del DCFR come strumento di formazione dei giuristi europei, sia in chiave didattica che di ricerca, ANTONIOLLI-FIORENTINI, *op. cit.*, p. 46, «sebbene in questa fase transitoria di elaborazione della CFR risaltino soprattutto le difficoltà e le lacune del processo, sembra non essere azzardato affermare che uno degli "effetti collaterali" più rilevanti e potenzialmente più importanti dell'imponente lavoro di creazione di un sistema del diritto privato europeo sia quello di ridare linfa ad una dottrina che abbia nuovamente respiro europeo, dopo molti secoli di ripiegamento nazionalista».



di ricerca¹⁰⁶, alcune delle quali hanno costituito la base per la realizzazione dei lavori accademici da ultimo sopra citati¹⁰⁷. Ed è anche stato favorito dalle opere di tipo trattatistico di “sistemazione” dei giuristi accademici, che ormai costituiscono un vero e proprio *corpus*¹⁰⁸. Nonché dalle riviste giuridiche dedicate a tale ambito del diritto privato¹⁰⁹.

Un ruolo nella costruzione di un ambiente giuridico di principi e regole condivisi tra Paesi membri dell’Unione europea potrebbe avere, infine, anche la giurisprudenza dei giudici nazionali che guardi come esempio a decisioni di giudici di altri Paesi membri¹¹⁰. Si è affermato che «sarebbe infatti incoerente che fonti nazionali sostanzialmente simili, preordinate a conformare le direttive comunitarie al tessuto normativo interno, siano interpretate dai giudici dei singoli Stati in modo antinomico»¹¹¹. Sicuramente tanto è in linea con l’obiettivo della costruzione di un diritto

¹⁰⁶ Oltre ai lavori già citati *supra*, par. 1, e nota 16, si ricorda che lo *Study Group on a European Civil Code* ha elaborato dei *Principles of European Law* pubblicati in più volumi: *Principles of European Law on Sales* (PEL S) pubblicati nel 2008, *Benevolent Intervention in Another’s Affair* (PEL Ben. Int.) del 2006, *Commercial Agency, Franchise and Distribution Contracts* (PEL CAFDC) del 2006, *Service Contracts* (PEL SC) del 2006, *Non-Contractual Liability Arising out of Damage Caused to Another* (PEL Liab. Dam.) pubblicati nel 2009, *Personal Security* (PEL Pers. Sec.) del 2007, *Lease of Goods* (PEL LG) del 2007, *Unjustified Enrichment* (PEL Unj. Enr.) del 2010, *Acquisition and Loss of Ownership of Goods* del 2011, e inoltre i volumi in via di pubblicazione *Proprietary Security in Movable Assets* (PEL Prop. Sec.), *Trusts* (PEL T), *Donation* (PEL D), *Mandate Contracts* (PEL M). Lo *European Group on Tort Law* (www.egtl.org) che ha prodotto i *Principles of European Tort Law*, Wien, 2005. Si sta lavorando anche ai *Principles of European Insurance Contract Law*, PEICL, pubblicati nel volume *Principles of European Insurance Contract Law*, prepared by the Project Group Restatement of European Insurance Contract Law, Munich, 2009. E’ attiva dal 2001 anche la Commission on European Family Law per l’elaborazione di principi di diritto di famiglia con lo scopo dell’armonizzazione del diritto di famiglia in Europa.

¹⁰⁷ Ci si riferisce essenzialmente ai lavori dello *Study Group* di cui alla nota prec.

¹⁰⁸ Si vedano ad esempio, nel nostro ordinamento, le opere di sistemazione del diritto privato europeo da parte di: ALPA e ANDENAS, *Fondamenti del diritto privato europeo*, Milano, 2005; ALPA, *Introduzione al diritto contrattuale europeo*, Bologna, 2007; CASTRONOVO e MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, voll. 1-3, Milano, 2007; MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, Torino, 2012; LIPARI, *Trattato di diritto privato europeo*, Padova, 2003; KÖTZ e PATTI, *Diritto europeo dei contratti*, Milano, 2006; BENACCHIO, *Diritto privato dell’Unione europea*, 5ª ed., Padova, 2010.

¹⁰⁹ Dalle *European Review of Private Law* e *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* nate nel 1993, a *Contratto e impresa/Europa* nata nel 1996, a *Europa e diritto privato* nata nel 1998, alla *European Review of Contract Law* nata nel 2005. Al di là del diritto contrattuale la più recente *Journal of European Tort Law* nato nel 2010.

¹¹⁰ Auspica che i giudici guardino alle esperienze dei loro colleghi di altri Stati europei in modo da incoraggiare la formazione di un diritto europeo unitario, CALVO, *Il precedente extrastatuale tra fonti comunitarie e unitarietà del sistema giuridico: spunti per un dibattito*, in *Contr. impr./Eur.*, 2008, p. 3, mettendo in evidenza che l’art. 65 ord. giud. andrebbe interpretato secondo una logica antimonistica – benché in un’ottica di coerenza teleologica, fuori da una costruzione protetta da sanzioni - ossia non in senso strettamente territoriale, ma sensibile al processo di uniformazione del diritto privato europeo; e anche che avvocati e studiosi potrebbero favorire questa finalità nell’attività dei giudici.

¹¹¹ CALVO, *Il valore del precedente extrastatuale nell’interpretazione della disciplina interna sulle vendite al consumo*, in *Contr. impr./Eur.*, 2007, p. 290, continuando: «per meglio dire, il contrasto può sussistere, ma



privato europeo, che non può essere opera esclusiva del legislatore ma necessita del contributo dei giudici. Pare d'altro lato che ad oggi tale pratica, in via di principio auspicabile, vada guardata con cautela nei limiti in cui l'attività interpretativa non passi dalla Corte di giustizia; il rischio potrebbe essere quello di attingere ad interpretazioni legate al contesto di un determinato ordinamento giuridico nazionale dato che, come si è ricordato, proprio l'interpretazione delle norme di derivazione europea in cui si trasferiscano le caratteristiche dell'ordinamento nazionale costituisce uno dei limiti cui va incontro il diritto privato di provenienza europea¹¹². Un esempio costruttivo di tale

deve però essere combattuta l'assenza di dialogo tra precedenti». «Ed è forse questo il metodo che, nel lungo periodo, può dare nuova linfa al *ius commune europaeum*». Parla di convergenza «necessitata ad opera della applicazione delle direttive comunitarie e dei provvedimenti introdotti negli ordinamenti nazionali per dare loro attuazione», ALPA, *Il giudice e l'uso delle sentenze straniere*, in *Il giudice e l'uso delle sentenze straniere*, a cura di Alpa, Milano, 2006, p. 35 s. Con riguardo alla posizione dei giudici nazionali rispetto al diritto di provenienza europea si è anche osservato che «almeno in assenza di massime comunitarie autonome le indicazioni in tema di interpretazione del diritto interno alla luce della fonte comunitaria comportano l'obbligo per il giudice nazionale di considerare – oltre alla lettera e allo scopo delle norme di diritto comunitario – la prassi applicativa degli altri Paesi membri: in particolare di quelli cui queste ultime si ispirano», SOMMA, *L'uso giurisprudenziale della comparazione nel diritto interno e comunitario*, Milano, 2001, p. 52 s., (nella prassi applicativa si è osservato qualche esempio di interpretazione giurisprudenziale che guarda ai modelli legislativi che hanno ispirato la direttiva, SOMMA, *op. ult. cit.*, p. 199).

Assai cauti a riguardo, tuttavia, BALDUS, *Il valore del precedente extrastatuale nell'applicazione del diritto interno: un punto di vista tedesco di diritto privato comunitario*, in *Contr. impr./Eur.*, 2008, p. 4 ss., che mette in guardia dalle difficoltà pratiche di realizzazione da parte della giurisprudenza di un tale lavoro comparatistico, e GEBAUER, *Il valore del precedente extrastatuale nell'applicazione del diritto interno: un (altro e diverso) punto di vista tedesco di diritto privato comunitario*, *ivi*, p. 14 ss., che si sofferma piuttosto sulle problematiche tecniche del trapianto di decisioni relative a direttive che si collocano in un determinato sistema nazionale in un ordinamento differente; è però di diverso parere riguardo ai precedenti stranieri relativi ai regolamenti comunitari in quanto «gli argomenti [utilizzati nelle sentenze straniere] concernono un medesimo testo di legge, sia pure in un'altra lingua. In questo ambito i precedenti stranieri hanno in via eccezionale la medesima forza argomentativa riconosciuta ai precedenti interni».

Naturalmente anche una più larga circolazione di precedenti giurisprudenziali, cioè non limitata all'interpretazione della normativa di derivazione europea e della normativa europea, – che tuttavia dagli esami condotti in maniera allargata, anche al di là dei Paesi membri, avviene tutt'oggi in maniera alquanto limitata - potrebbe contribuire da sé alla circolazione di modelli condivisi. Tanto nel senso «della formazione di un *humus* comune in cui si sviluppano e si radicano principi generali che finiscono per comporre un diritto privato non più domestico ma tale da pervadere tutti i Paesi europei e perciò denominato “diritto privato europeo”», ALPA, *op. ult. cit.*, p. 36.

La circolazione delle decisioni giurisprudenziali e lo sguardo comparatistico del giudice è tema oggetto di attenzione al di là del contesto europeo: a riguardo, ad esempio, *Il giudice e l'uso delle sentenze straniere*, a cura di Alpa, cit.; in prospettiva anche storica ALPA, *L'uso del diritto straniero da parte del giudice italiano*, in *L'uso giurisprudenziale della comparazione*, a cura di Somma, cit., p. IX ss.; TORSELLO, *Foreign Judge-made Law e sua ricezione nel diritto interno*, in *Studi in onore di Aldo Frignani*, Napoli, 2011, p. 479 ss., 495 ss.

¹¹² Si è visto, *supra* par. 2, che il problema dell'interpretazione del diritto di provenienza europea è uno dei principali rispetto alle finalità dell'armonizzazione e dell'uniformazione.



pratica, che si avvale dell'intervento della Corte di giustizia, è quello che si può trarre dal caso *Leitner* del 2002: il giudice austriaco ha aperto una questione pregiudiziale davanti alla Corte di giustizia per l'interpretazione della sua legge nazionale a seguito dei dubbi emergenti dal confronto con la legge tedesca che riconosceva il danno non patrimoniale in modo esplicito, a differenza di quella austriaca¹¹³.

Grazie all'operare dell'insieme di questi diversi fattori si è venuto componendo quello che si può denominare oggi diritto privato europeo¹¹⁴ del quale possiamo individuare un'autonoma esistenza¹¹⁵ indipendentemente da un codice civile europeo¹¹⁶.

Di tale diritto privato europeo si vanno individuando anche i principi fondamentali¹¹⁷, opera sulla quale si cimentano gli *Acquis Principles*¹¹⁸ e, ancor più, il DCFR¹¹⁹.

Dalla prospettiva del nostro ordinamento si può apprezzare, a seguito dell'operare di tutti i fattori sopra ricordati che hanno contribuito alla creazione del diritto privato europeo, la provenienza di indicazioni di tendenza che vanno oltre i

¹¹³ Corte giust. Ue, 12 marzo 2002, C-168/00, in cui si riporta: «il giudice di rinvio osserva (...) che il legislatore tedesco ha adottato una disciplina espressa relativa all'indennizzo del danno morale in caso di viaggio fallito o gravemente pregiudicato e che i tribunali tedeschi riconoscono effettivamente tale indennizzo».

¹¹⁴ Si soffermano su diverse accezioni attribuite al sintagma diritto privato europeo ALPA – ANDENAS, *Fondamenti del diritto privato europeo*, Milano, 2005, p. 134 ss.

¹¹⁵ Al diritto privato europeo è dedicato anche il lavoro enciclopedico *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law*, ed. by Basedow, Hopt, Zimmermann, with Stier, voll. I e II, Oxford, 2012, a prefazione del quale non si manca di rilevare che lo sviluppo del diritto privato europeo non fonda su un grande disegno sistematico ma ha seguito un corso irregolare e casuale e che è compito della dottrina oggi raccogliere e riunire il diritto privato europeo nella sua interezza per posare delle solide fondamenta ad una futura sistematizzazione. Tale Enciclopedia ha seguito l'*Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts* del 2009, il cui lavoro è stato sviluppato ed ampliato in una prospettiva maggiormente internazionale.

¹¹⁶ Allo scopo della realizzazione di un codice civile europeo sono indirizzati i lavori dello Study Group on European Civil Law di Von Bar, e la realizzazione di un codice europeo dei contratti è stata anche di recente auspicata per il prossimo futuro da LANDO, *On a European Contract Law for Consumers and Businesses – Future Perspectives*, in *Towards a European Contract Law*, ed. by Schulze and Stuyck, Munich, 2011, p. 203 ss. Questo obiettivo non pare tuttavia presentarsi come un obiettivo realistico per le previsioni che possono farsi in questo momento. Si pensi alle difficoltà che ha incontrato la direttiva ad armonizzazione piena sui diritti dei consumatori di cui *supra*, par. 1.

¹¹⁷ Si concentrano sui principi del diritto europeo i convegni di Secola “*Principles and Specific Rules in European Contract Law*” del giugno 2012 e dello Swedish Network for European Legal Studies “*General Principles of EU Law and European Private Law*” del novembre 2012.

¹¹⁸ L'art. 1:101 degli *Acquis Principles* prevede che «(1) The following principles and rules are formulated on the basis of the existing law of the European Community in the field of contract law. (2) These principles and rules serve as a source for the drafting, the transposition and the interpretation of European Community law».

¹¹⁹ Come si è visto *supra*, al par. 1, il DCFR contiene oltre a definizioni e regole modello, una serie di principi, vol. 1 della *Full Edition*, Munich, 2009, p. 37 ss.



testi normativi delle istituzioni europee, che si possono individuare – almeno - nel rispetto della trasparenza contrattuale e di obblighi di tipo informativo tra le parti del contratto¹²⁰, della tutela della parte debole del contratto a volte anche quella professionale¹²¹, che, come si è visto anche sopra, sono penetrati, più o meno ampiamente, nel nostro ordinamento.

L'impegno delle istituzioni europee nell'ambito del diritto privato si è sino a tempi recenti per lo più andato concentrando sul diritto contrattuale, come si è constatato nella presente trattazione.

Ultimamente si possono tuttavia registrare iniziative molto importanti verso la realizzazione di norme di diritto europeo in sfere del diritto privato diverse dal diritto contrattuale rispetto ai quali parrebbe manifestarsi una maggiore semplicità nella realizzazione dell'uniformazione.

L'attenzione va all'ambito dei diritti della persona che con il richiamo della Convenzione europea dei diritti dell'uomo all'interno del Trattato dell'Unione europea, all'art. 6, ha arricchito il diritto dell'Unione di norme e principi di tutela della persona¹²² del cui pieno operare forse non si è ancora assimilata in via completa la portata. Proposte normative per l'introduzione di nuove discipline di diritto privato

¹²⁰ LOOS, *op. cit.*, p. 528, rinvia a MICKLITZ, PSLIR, 2005, pp. 566-569, il quale afferma che il principio di trasparenza è evoluto in un più generale principio di diritto (privato) europeo applicabile anche ai rapporti commerciali (B2B), ad es. nel caso della direttiva sull'*e-commerce* e delle direttive sulla liberalizzazione delle telecomunicazioni e dei mercati dell'energia. Si può poi guardare alle discipline della subfornitura di cui alla l. n. 192/98, art. 2, e dell'affiliazione commerciale di cui alla l. n. 129/04, art. 3.

Mette in luce il mutamento di prospettiva sul diritto privato che i diversi fattori esaminati hanno prodotto, FRANZONI, *Dal codice europeo dei contratti al regolamento sulla vendita*, in *Contr. Impr./Eur.*, 2012, p. 352.

¹²¹ Si veda la decisione di Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, relativa ad un abuso del diritto di recesso *ad nutum* in un contratto tra parti professionali concluso tra una casa automobilistica e i suoi concessionari, su cui GALGANO, *Qui suo iure abutitur neminem laedit?*, in *Contr. impr.*, 2011, p. 311 ss.; BARALDI, *Il recesso ad nutum non è, dunque, recesso ad libitum. La Cassazione di nuovo sull'abuso del diritto*, in *Contr. impr.*, 2010, p. 41 ss.

E' significativo che gli *Acquis Principles* all'art. 6:301 prevedano come regola comune all'*acquis* il controllo contenutistico delle clausole vessatorie che «a term in a contract between business which has not been individually negotiated is considered unfair only if using that term would grossly deviate from good commercial practice»; pur prevedendo che nei contratti tra professionisti una clausola non individualmente negoziata sia da reputare vessatoria soltanto nel caso in cui si allontani in maniera evidente dalla corretta prassi commerciale, tale regola è comunque degno di nota per il nostro ordinamento che non ha una previsione generale di controllo contenutistico delle clausole vessatorie nei contratti tra professionisti.

¹²² BRÜGGEMEIER and COLOMBI CIACCHI, *Introduction*, in *Fundamental Rights and Private Law in the European Union*, vol. II, Cambridge, 2010, p. 10, essendo i diritti fondamentali di cui alla Convenzione europea parte integrante del diritto dell'Unione europea essi prevalgono sulla normativa degli Stati membri, incluse le norme costituzionali, avendo un effetto diretto sui sistemi di diritto privato degli Stati membri dell'Unione europea.



europeo attraverso l'adozione di regolamenti hanno ad oggetto il diritto alla privacy¹²³, l'identità digitale e i servizi elettronici¹²⁴, e il diritto delle fondazioni, con la disciplina della fondazione europea diretta ad operare in ambito transfrontaliero europeo che andrebbe ad aggiungersi a quella delle fondazioni di diritto nazionale¹²⁵.

Tutto ciò parrebbe indicare - se i processi normativi in atto in materia di privacy, fondazioni e identità digitale termineranno con successo - che le maggiori cautele e resistenze verso l'uniformazione a livello europeo si concentrano proprio nel campo del diritto contrattuale sul quale da più lungo tempo si lavora per trovare una maggiore armonizzazione. In questo campo sembra più forte il legame con la tradizione giuridica nazionale, forse anche in ragione di interessi legati ad attività imprenditoriali e commerciali, oppure in quanto si tratta di un settore più tecnico nel quale si sono sviluppati nozioni e concetti con un significato molto consolidato nelle tradizioni giuridiche nazionali¹²⁶.

5. Constatate le barriere normative tra Paesi membri che possono scoraggiare i contratti transfrontalieri nonostante i passi avanti compiuti dal diritto privato europeo¹²⁷ l'obiettivo della Proposta di Regolamento, attraverso l'introduzione del Cesl, è quello di realizzare un *corpus* di regole di diritto contrattuale uniformi a livello europeo, ad oggi mancante nell'*acquis communautaire*. Ed in effetti il Cesl, pur di limitata applicazione alla vendita (alla fornitura di contenuti digitali e servizi connessi), contiene regole disciplinanti le diverse fasi e i diversi profili della conclusione del contratto e del rapporto contrattuale, assumendo una struttura del tutto differente rispetto a quella dei tradizionali testi normativi elaborati dalle istituzioni europee che – come rilevato sopra al paragrafo 2 – sono connotati dal carattere frammentario, limitato, oltre che a singoli oggetti di disciplina talvolta a singoli punti oggetto di regolazione, caratteri rispetto ai quali solo con la direttiva sui diritti dei consumatori del 2011 si è avuto un primo inizio di superamento. Nel Cesl troviamo enunciati

¹²³ Proposta di Regolamento del Parlamento Ue e del Consiglio concernente la tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali e la libera circolazione di tali dati del 25.1.2012, COM(2012)final.

¹²⁴ Proposta di Regolamento del Parlamento Ue e del Consiglio su “electronic identification and trust services for electronic transaction in the internal market” COM(2012)238/2, del 4 giugno 2012, finalizzata a modificare la dir. 1999/93.

¹²⁵ Proposta di Regolamento del Consiglio sullo Statuto della fondazione europea (FE), COM(2012)35, del febbraio 2012.

¹²⁶ NEBBIA, *op. cit.*, p. 170.

¹²⁷ Si è segnalato nel corso di una riunione del Gruppo consultivo europeo dei consumatori (GCEC) della fine del 2011 che solo un'impresa su dieci offre in vendita i suoi prodotti al di fuori del suo Paese nell'ambito dell'Unione europea e che la maggior parte di quelle che lo fa ha come destinazioni non più di tre Paesi membri.

Come si è visto *supra*, nota 23, non è indiscusso che le principali barriere al commercio transfrontaliero siano di tipo normativo.



principi generali come quelli della libertà contrattuale, della buona fede e correttezza e della cooperazione nel rapporto contrattuale; la regolazione delle informazioni precontrattuali e del diritto di recesso; dell'annullamento del contratto e dello sfruttamento abusivo della situazione della controparte; regole sull'interpretazione del contratto; sul contenuto e sugli effetti del contratto; sulle clausole abusive; sulle obbligazioni del venditore, sulle obbligazioni del compratore e sui rimedi a vantaggio del compratore, sulle conseguenze dell'inadempimento; sul passaggio del rischio; sulla prescrizione.

Quale *corpus* di regole destinato, in caso di approvazione della Proposta di Regolamento, ad entrare a comporre l'*acquis communautaire* deve essere assicurato al Cesl l'ottimale coordinamento con le discipline già esistenti e in primo luogo con quella più vicina al Cesl, ossia la direttiva sui diritti dei consumatori in modo da assicurare la coerenza dello stesso *acquis*¹²⁸. Vi sono profili di disciplina che senz'altro andrebbero perfezionati, e solo ad esempio si cita l'art. 79 nella disciplina delle clausole abusive che regola le conseguenze dell'abusività delle clausole - singolarmente - non assorbendo gli esiti della giurisprudenza della Corte di giustizia che ha in parte riempito le lacune dell'art. 6 della dir. 93/13. Ad uno sguardo appena più ad ampio ciò che si nota, riflettendo sulle discrepanze e lasciando da parte le incompiutezze che richiederebbero interventi migliorativi, è che lo strumento sembra avere l'aspirazione di un complesso di norme - sia pur ad ambito di applicazione limitato - da un lato meno frammentario dall'altro portatore di novità rispetto all'*acquis*; ad esempio, rimanendo sempre nell'ambito della disciplina delle clausole vessatorie, nel dettare un elenco di clausole sempre abusive (art. 84) o nel prevedere la tutela contro le clausole abusive anche relativamente ai rapporti professionali (art. 86). Compiendo quello che si potrebbe reputare una sorta di passo in avanti rispetto all'*acquis*, che si apprezza in realtà non tanto guardando al contenuto delle regole ma quanto al suo offrirsi come strumento uniforme, e realizzatore di un nuovo progetto nell'elaborazione della normativa europea.

Si è diffusamente sottolineato che il Cesl è uno strumento incompleto: esso contiene regole relative al solo contratto di vendita anziché al contratto in generale¹²⁹.

¹²⁸ Segnala CASTRONOVO, *Sulla proposta di regolamento relativo ad un diritto comune europeo della vendita*, in *Europa dir. priv.*, 2012, p. 301, che i due testi verrebbero ad avere contenuti simili ma non uguali relativamente ad esempio agli obblighi di informazione (di cui agli artt. 5 ss. della dir. 2011/83 e 13 ss. del Cesl) e al recesso per i contratti a distanza e negoziati fuori dai locali commerciali (artt. 9-16 dir. 2011/83 e artt. 40-47 Cesl), e poi si avrebbe un duplicato di discipline con riguardo alla consegna, al passaggio del rischio, alle clausole vessatorie. La Commissione ha curato la redazione di un prospetto di confronto tra le previsioni dell'*acquis* e le regole del Cesl reperibile sul sito <http://ec.europa.eu/justice>.

¹²⁹ Lando ha affermato che avendo la gran parte degli Stati membri adottato la Convenzione di Vienna la necessità di un diritto europeo del contratto di vendita non è così urgente, mentre ciò che serve è un diritto comune europeo dei contratti che copra la disciplina del contratto in generale. E ha affermato anche - LANDO, *Comments and Questions Relating to the European Commission's Proposal for a*



Mancano inoltre nel Cesi una disciplina della personalità giuridica, della capacità delle persone, dell'illiceità, della determinazione della lingua del contratto, della non-discriminazione, della rappresentanza, della pluralità di debitori e creditori, della modificazione delle parti del rapporto obbligatorio, del diritto di proprietà e del suo trasferimento, della proprietà intellettuale e del fatto illecito, così come dell'eventuale concorrenza di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale¹³⁰. Con la conseguenza che tutte le questioni di natura contrattuale o non contrattuale non regolate dal Cesi rimangono disciplinate dal diritto nazionale applicabile in base alle regole di diritto internazionale privato di cui al Regolamento n. 593/2008 (Roma I) e n. 864/2007 (Roma II) o altra rilevante regola di conflitto (considerando n. 27).

Probabilmente tale limitazione *ratione materiae* è dovuta alla volontà di risultare molto pragmatici nell'elaborazione di un diritto privato europeo uniforme, almeno per il momento, anche in ragione dei tempi molto brevi inizialmente previsti per l'adozione del testo, circoscrivendo l'intervento agli ambiti rispetto ai quali esso è parso più semplice e immediato, e forse anche più urgente, al fine di incentivare gli scambi¹³¹.

Regulation on a Common European Sales Law, in *Eur. Rev. Priv. Law*, 2011, p. 719 - che se le differenze tra i diritti degli Stati membri sono causa di costi di transazione aggiuntivi, nel lungo periodo l'Europa ha bisogno di un codice europeo di diritto dei contratti che copra la parte generale e i contratti speciali sostituendo i diritti nazionali, in quanto soltanto un codice è in grado di migliorare in modo efficiente il funzionamento del mercato interno facilitando l'espansione del commercio transnazionale.

¹³⁰ Considerando n. 27 del Regolamento.

Una materia a proposito della quale si è più volte messa in luce la mancanza di armonizzazione a livello europeo nell'*acquis communautaire*, è quella dell'invalidità, DE CRISTOFARO, "Invalidity" of *Contracts and Contract Terms in the Feasibility Study on a Future Instrument for European Contract Law*, in *Towards a European Contract Law*, cit., p. 97 ss. Ed in effetti le direttive sulle clausole abusive e sulle pratiche commerciali scorrette, ad esempio, non contengono una disciplina dei rimedi, ciò che può in definitiva condurre ad un'efficacia ultima molto differenziata all'interno dei diversi ordinamenti giuridici. SIRENA e ADAR, *La prospettiva dei rimedi nel diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, I, p. 360, affermano che «una delle caratteristiche salienti della scienza privatistica europea sarà verosimilmente costituita dall'integrazione della dogmatica civilistica tradizionale con il punto di vista dei rimedi».

¹³¹ HESSELINK, *How to opt into the Common European Sales Law? Brief Comments on the Commission's Proposal for a Regulation*, Centre for the Study of European Contract Law, *Working Paper Series*, no. 2011-15, p. 13, «the proposed Cesi has a limited substantive, personal and territorial scope. This makes sense for an optional instrument; it is prudent to start small and see whether parties find it useful». Del resto è da sottolineare che il considerando n. 35 del Regolamento afferma che è appropriato rivedere il funzionamento del Cesi o di qualsiasi altra previsione del Regolamento trascorsi cinque anni dalla sua operatività.

Il commissario alla giustizia Viviane Reding nel suo già citato discorso (*supra*, nota 26) del novembre 2011 sottolinea che la proposta è volutamente indirizzata al contratto di vendita dato che il commercio di beni è il maggiore sul mercato europeo (nella Comunicazione sul diritto comune europeo sulla vendita COM(2011) 636 def. dell'11 ottobre 2010, p. 7, si è messo in rilievo che il volume del commercio in beni è quattro volte tanto il volume del mercato dei servizi). E che, tuttavia, in un mondo che è sempre più digitalizzato ha un senso coprire anche i prodotti a contenuto digitale. Si



Tale circoscrizione dell'ambito di disciplina coperto dal Cesl manifesta la sua problematicità nel momento del rapporto/raccordo con gli ordinamenti nazionali che, in quanto necessario in maniera ampia, si presta a divenire fonte di incertezza, la quale va ad aggiungersi a quella che accompagna l'introduzione in sé di un nuovo strumento normativo¹³².

Questo è parso ad oggi – diffusamente o forse si potrebbe dire unanimemente – uno dei profili di maggiore criticità del Cesl, e la maggiore insidia cui esso va

ravvisa un possibile particolare uso del Cesl nel mondo di internet nel quale le potenzialità del commercio transfrontaliero sono più ampie di quanto oggi non sia visibile.

¹³² D'altro canto, operando un raffronto con altri strumenti di regolazione dei rapporti transfrontalieri, anche la Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di beni mobili è uno strumento tutt'altro che completo: non si occupa della validità del contratto, che resta regolata dal diritto nazionale individuato attraverso le regole del diritto internazionale privato, né si occupa di regolare gli effetti «che dal contratto possono derivare sulla proprietà dei beni venduti» (art. 4). Ed i limiti di applicazione cui va incontro la Convenzione di Vienna sono ben più ampi: un'analisi viene elaborata da FERRARI, *Quali fonti per la disciplina della vendita internazionale di beni mobili? Delle ragioni per cui occorre guardare oltre la Convenzione delle Nazioni Unite sui contratti di vendita internazionale di beni mobili*, consultato all'indirizzo <http://www.unibz.it/it/economics/events/presentazioniabstracts.html> (versione inglese *What sources of law for contracts for the international sale of goods? Why one has to look beyond the CISG*, in *Internationales Handelsrecht*, 2006, p. 1 ss.), che conclude: «malgrado l'entrata in vigore della Convenzione di Vienna il ricorso a regole diverse da quelle poste dalla normativa convenzionale non solo non è diventato superfluo, ma è addirittura (sempre) necessario quando si tratta di risolvere determinate problematiche connesse a contratti di vendita internazionale». Probabilmente questo carattere di incompletezza viene maggiormente denunciato come un difetto del Cesl in quanto diversi sono i presupposti di valutazione di uno strumento che si propone di uniformare la disciplina del contratto, o del contratto di vendita, a livello europeo rispetto ad una convenzione internazionale; infatti è una caratteristica da sempre delle convenzioni internazionali quella di essere incomplete e di dover essere coordinate con l'ordinamento nazionale individuato dal diritto internazionale privato. «La Convenzione di Vienna (...) non persegue il mito dell'autosufficienza della disciplina uniforme, ma prende atto del fatto che la disciplina convenzionale è destinata a concorrere con altre fonti di disciplina, tra le quali vanno sicuramente menzionati i diritti nazionali, gli usi del commercio internazionale (e/o la *lex mercatoria* nella misura in cui essa si distingue dagli usi del commercio internazionale), oltre, ovviamente, alla volontà delle parti», FRIGNANI-TORSELLO, *op. cit.*, p. 443, anche per spiegare i motivi del maggiore successo della CISG rispetto alle due convenzioni dell'Aja del 1964.

Avverte, BOGDAN, *Private International Law as Component of the Law of the Forum*, The Hague, 2012, p. 278 ss., che i sistemi di regole private o semi-private – come i Principi Unidroit, i Pecl, il DCFR, la *lex mercatoria* ecc. - solitamente non sono sufficientemente onnicomprensivi per regolare tutti i potenziali problemi che possono sorgere e perciò rimane un ruolo sostanziale da assolvere da parte dei sistemi nazionali. Talvolta tuttavia le parti sembrano tentare di escludere ogni ordinamento giuridico e accordarsi per sottoporre il loro contratto esclusivamente alle sue proprie previsioni (così detti contratti autoregolanti nel caso in cui il contratto preveda che «la legge tra le parti è il contratto stesso»). Tracciato che si sia il confine tra contratti legalmente vincolanti e *gentlemen's agreements*, ogni contratto legalmente vincolante deve, comunque, essere soggetto agli ordinamenti giuridici nazionali regolanti il suo contenuto e la sua validità, e la libertà di scegliere quale legge regolante il contratto una legge non statale o una convenzione internazionale pare limitata all'incorporazione di regole che sostituiscono le previsioni non imperative dell'ordinamento giuridico nazionale governante il contratto secondo le regole di conflitto.



incontro, tale da offuscarne i possibili benefici. Tanto che il successo del Cesl pare debba fare affidamento sulla circostanza che i costi dell'introduzione della nuova disciplina e i costi connessi al suo necessario coordinamento con l'ordinamento nazionale di riferimento siano compensati dall'aumento degli scambi transfrontalieri e dai relativi benefici. Il dibattito sul Cesl, ancora del tutto aperto, potrebbe tuttavia portare ad un ampliamento delle materie ricomprese nello strumento, in linea con le indicazioni provenienti dal Parlamento europeo nel suo ultimo *Working Document* dell'8 ottobre 2012.

Le regole sul contratto di vendita del Cesl non interferiscono con le norme di diritto internazionale privato esistenti, attraverso le quali continua ad individuarsi la legge applicabile. La Proposta di Regolamento si occupa espressamente del raccordo con l'ordinamento nazionale affermando, al considerando n. 10, che l'accordo di fare uso del diritto comune europeo sulla vendita non corrisponde e non deve essere confuso con la scelta della legge applicabile secondo il significato di scelta nel contesto del conflitto tra leggi. Il Cesl è concepito come un secondo regime di disciplina del contratto di vendita all'interno dell'ordinamento nazionale di ogni Stato membro¹³³; individuato il singolo ordinamento nazionale attraverso il diritto internazionale privato, le parti del contratto possono decidere se a regolare il loro contratto sarà, anziché la disciplina dell'ordinamento nazionale, lo strumento opzionale sulla vendita¹³⁴. Ad ogni modo il dibattito sul rapporto tra il Cesl e il Regolamento Roma I all'esito della posizione del Consiglio dell'Unione europea del giugno 2012 non risulta definitivamente chiuso¹³⁵.

L'introduzione del Cesl ha il sottolineato obiettivo di escludere l'applicazione delle norme imperative dell'ordinamento nazionale individuato con le regole del diritto internazionale privato se le parti abbiano operato la scelta per il Cesl e per le materie oggetto di regolazione da parte del Cesl. Con il fine di assicurare uniformità di regolazione al contratto di vendita transnazionale in tutto il mercato interno europeo. Sotto il profilo operativo questo avrebbe un particolare rilievo per i contratti conclusi con i consumatori: infatti, l'art. 6.2 del Regolamento Roma I prevede che – ricorrendo determinate condizioni¹³⁶ - il consumatore non possa essere privato della protezione

¹³³ HESSELINK, *op. ult. cit.*, p. 1 ss., il quale afferma anche che non è del tutto chiaro come una normativa europea possa divenire un secondo regime nazionale, ciò che pare una questione costituzionale dei singoli Stati membri. Infatti, trattandosi di un regolamento, dalla sua natura di regolamento discende la sua diretta applicabilità come norma europea, e non come norma nazionale.

¹³⁴ Nel considerando n. 9 si legge: the Common European Sales Law «harmonises the contract laws of the Member States not by requiring amendments to the pre-existing national contract law, but by creating within each Member State's national law a second contract law regime for contracts within its scope. This second regime should be identical throughout the Union and exist alongside the pre-existing rules of national contract law».

¹³⁵ Documento n. 10611/12, Consiglio Ue, 1° giugno 2012.

¹³⁶ L'art. 6 Reg. Roma I prevede che il contratto «è disciplinato dalla legge del paese nel quale il consumatore ha la residenza abituale, a condizione che il professionista: a) svolga le sue attività



assicuratagli dalle norme imperative del suo ordinamento. Nel sistema prospettato, consistendo la scelta per il Cesl in una scelta tra due differenti discipline della vendita all'interno dello stesso ordinamento giuridico, ne risulterebbe che il livello della tutela del consumatore sotto la legge nazionale del consumatore non può, per definizione, essere più elevato rispetto al Cesl, dato che quest'ultimo affianca le legge nazionale nell'ambito dello stesso ordinamento¹³⁷; inoltre, come si legge nel considerando n. 12 della Proposta di Regolamento, essendo il Cesl un sistema di regole completamente armonizzato esso fa venire meno la disparità nella protezione del consumatore nei diversi Stati membri che costituisce il presupposto della disposizione contenuta nell'art. 6.2 Reg. Roma I¹³⁸. L'uniformità di regolazione potrebbe favorire la scelta per il Cesl rispetto agli ordinamenti nazionali, in quanto utile agli operatori professionali che concludono contratti transnazionali con i consumatori consentendo loro di redigere uno schema unico di condizioni di contratto standard per l'ambito transnazionale con cui operare all'interno dell'intero mercato europeo, ciò che si riterrebbe di particolare vantaggio per le negoziazioni *on-line*¹³⁹.

commerciali o professionali nel paese in cui il consumatore ha la residenza abituale; o b) diriga tali attività, con qualsiasi mezzo, verso tale paese o vari paesi tra cui quest'ultimo, e il contratto rientri nell'ambito di dette attività». E al par. 2 che nel caso in cui le parti esercitino la facoltà di scelta della legge applicabile «tale scelta non vale a privare il consumatore della protezione assicuratagli dalle disposizioni alle quali non è permesso derogare convenzionalmente ai sensi della legge che, in mancanza di scelta, sarebbe stata applicabile a norma del paragrafo 1». Il par. 4 dell'art. 6 contempla poi una serie di esclusioni all'applicazione del par. 2.

¹³⁷ HESSELINK, *op. ult. cit.*, p. 3.

¹³⁸ Si legge nel considerando n. 12 della Proposta di Regolamento: «since the Common European Sales Law contains a complete set of fully harmonised mandatory consumer protection rules, there will be no disparities between the laws of the Member States in this area, where the parties have chosen to use the Common European Sales Law. Consequently, Article 6(2) Regulation(EC) No 593/2008, which is predicated on the existence of differing levels of consumer protection in the Member States, has no practical importance for the issues covered by the Common European Sales Law».

Da parte di alcuno – REICH, *EU Strategies in Finding the Optimal Consumer Law Instrument*, in *Eur. Rev. Contr. Law.*, 2012, p. 13 ss. - si è rilevato come il superamento dell'art. 6.2 del Regolamento Roma I sia stato eccessivamente caricato di significato in quanto tale articolo e i conseguenti limiti alla scelta della legge applicabile da parte del professionista nella redazione delle proprie condizioni generali di contratto producono dei vincoli che nel concreto si rivelano meno stringenti di quanto non appaiano; sul punto ci si soffermerà più approfonditamente *infra*, nel prossimo par.

¹³⁹ HESSELINK, *The case of a Common European Sales Law in an Age of Rising Nationalism*, *Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper*, cit., p. 9, «the Cesl will make it easier for small sellers (the main target group) to sell their product, especially through the internet, in more countries without incurring costs of legal advice, while the overall costs of introducing a Cesl will remain comparatively low».

Si è però osservato da parte di DORALT, *Diritto europeo dei contratti: rischi e opportunità del regime opzionale*, in *Resp. civ. prev.*, 2011, p. 111, che i problemi delle tutele giuridiche dei consumatori del commercio *on-line* si profilerebbero con minore gravità proprio nell'ambito del commercio elettronico dato che, stante la trasparenza e la diffusività del mezzo, gli operatori di questo contesto (l'autore prende ad esempio operatori giganti) da un lato paiono non curarsi troppo della disciplina giuridica,



D'altro canto un rilievo molto importante è che il Cesl non sostituisce il diritto nazionale nei rapporti interni, nel senso che le parti del contratto non potrebbero scegliere il Cesl quale sistema di regole disciplinante il contratto nei rapporti interni, a meno che lo Stato membro non faccia un'esplicita opzione in questo senso (considerando n. 15)¹⁴⁰. Questo può rappresentare un limite importante all'opzione per il Cesl nell'ottica dell'impresa che sia orientata all'adozione di un unico schema di condizioni di contratto per il mercato interno ed internazionale allo stesso tempo, ciò che si presenta come un obiettivo auspicabile in termini di risparmio dei costi e di semplificazione dell'attività imprenditoriale¹⁴¹. Unica soluzione potrebbe essere quella di incorporare nelle condizioni generali di contratto anche la disciplina nazionale, che potrebbe anche eventualmente essere più protettiva del consumatore, in maniera da poter far uso di un unico modello contrattuale rivolto anche alle operazioni contrattuali nazionali (se questo però fosse possibile, tenuto conto della natura imperativa che avrebbero le regole con finalità protettiva contenute nel Cesl).

L'esclusione dell'applicazione dell'art. 6.2 del Regolamento Roma I dettato a protezione dei consumatori non potrebbe d'altro canto trasformarsi in una riduzione della loro protezione. Il Cesl, destinato in definitiva ad essere adottato primariamente nei rapporti contrattuali tra professionisti e consumatori¹⁴², è stato elaborato in linea

dall'altro, nella sostanza, avrebbero già oggi la tendenza ad adeguarsi spontaneamente alle migliori pratiche di tutela del consumatore - che si traducono in altrettante clausole contrattuali - e sono incentivati ad offrire tutele anche superiori a quelle previste dalla legge quale strumento di soddisfazione della clientela. L'autore ritiene che appare plausibile che, contrariamente a quanto diffusamente si ritiene, la riduzione dei costi conseguente all'introduzione dello strumento opzionale nel settore del commercio elettronico sia inferiore a quanto auspicato. E che invece la riduzione dei costi possa essere di gran lunga più significativa nei mercati "normali", in particolare per le imprese operative in tutta Europa nel campo della vendita al dettaglio e aventi una pluralità di sedi.

¹⁴⁰ In realtà più Stati membri non parrebbero pronti a questa opzione.

¹⁴¹ DORALT, *op. cit.*, p. 1217, «solo qualora l'introduzione di un diritto contrattuale opzionale implichi che la parte contraente possa farvi ricorso anche per le transazioni domestiche, il diritto contrattuale opzionale avrà probabilità di essere in concreto utilizzato dai professionisti. (...) In caso contrario, l'adattamento ad un regime aggiuntivo si tradurrà in una maggiore anziché minore complicazione per i professionisti». Lo stesso autore ritiene anche opportuna, nell'ottica dell'ottimizzazione dei costi, l'estensione del Cesl a tutti i contratti tra parti professionali, nella medesima prospettiva di evitare la frammentazione dei rapporti contrattuali in segmenti sottoposti a diversi sistemi di legge applicabile.

Il *Position Paper* della CCBE (il Consiglio degli Ordini forensi europei) del 23 agosto 2012 sottopone alle istituzioni europee la necessità di allargare l'applicazione della Cesl sia alle operazioni nazionali (*domestic transactions*) sia ai contratti con qualsiasi operatore professionale, indipendentemente dalla dimensione. Lo *Statement of the European Law Institute on the Proposal for a Regulation on a Common European Sales Law* del settembre 2012 ha indicato come revisione necessaria del Cesl l'abbandono della restrizione alle PMI.

¹⁴² In considerazione delle viste limitazioni soggettive all'applicazione del Cesl e inoltre in quanto gli operatori professionali - come si vedrà *infra*, nel prossimo par. - hanno già un'esperienza consolidata con altri strumenti di disciplina dei contratti transnazionali.



con l'obiettivo di un livello elevato di protezione dei consumatori¹⁴³. Uno strumento che non garantisse un elevato livello di protezione dei consumatori non sarebbe accettabile, né da parte dei Paesi membri con tradizioni più protettive dei consumatori, né dalle associazioni dei consumatori¹⁴⁴, né prima di tutto si troverebbe in conformità con l'art. 114.3 del TFUE¹⁴⁵.

Peculiarità del Cesl rispetto agli strumenti di diritto privato provenienti dalle istituzioni europee consiste nel sottoporsi all'adozione volontaria da parte dei contraenti. Tale scelta – si è diffusamente rilevato – risulta in definitiva una scelta nella disponibilità della parte professionale del contratto¹⁴⁶, nonostante che sia dedicata attenzione alla consapevolezza del consumatore rispetto alla legge designata a disciplinare il contratto e alle sue caratteristiche (art. 8, Prop. Reg.). A tal fine si è predisposto nell'allegato II alla Proposta di Regolamento un avviso al consumatore che mette in chiaro che il contratto che sta per concludere è sottoposto al Cesl, quali sono i suoi diritti generali secondo il Cesl rispetto all'informazione precontrattuale, al recesso dal contratto, i suoi diritti in caso di prodotto difettoso o di mancata consegna dal parte del venditore, in caso di presenza nel contratto di clausole vessatorie. E' un punto questo molto delicato rispetto all'obiettivo della tutela del consumatore che il

¹⁴³ Si è osservato d'altro canto che l'elevato livello di protezione dei consumatori assicurato dal Cesl (per renderlo accettabile agli Stati membri con la legislazione più protettiva) potrebbe risolversi in un handicap, e disincentivarne l'adozione da parte dei medesimi operatori, STORME, *op. cit.*, p. 344, «should this not be the case, making the instrument so very attractive for consumers may turn out to have been fatal». Si leggano tuttavia le considerazioni di seguito nel testo.

¹⁴⁴ Il commissario alla giustizia Viviane Reding nel suo citato discorso del novembre 2011, *supra*, nota 26, cita in realtà la diffusa richiesta di un elevato livello di protezione dei consumatori quale condizione per l'adozione dello strumento.

¹⁴⁵ Che prevede che nell'adozione delle misure relative al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri che hanno per oggetto l'instaurazione e il funzionamento del mercato interno, per quel che concerne la protezione dei consumatori, le proposte della Commissione si basano su un livello di protezione elevato. E che anche il Parlamento e il Consiglio, nell'ambito delle rispettive competenze, cercheranno di conseguire tale obiettivo. La tutela dei consumatori è assicurata anche dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea all'art. 38 che garantisce un livello elevato di tale protezione.

¹⁴⁶ Questo profilo viene individuato come un profilo di rischio per i contraenti consumatori dalla *European Consumer Organisation* (<http://www.beuc.org>); che mette in luce come la scelta per la Cesl da parte del professionista metta fuori gioco l'applicazione dell'art. 6 del Regolamento Roma I là dove si preoccupa di venire incontro alle esigenze del consumatore.

E questo anche se la Proposta di Regolamento si preoccupa che sia messa in chiaro al consumatore la scelta per il Cesl, prevedendo all'art. 8, par. 2 che «in relations between a trader and a consumer the agreement on the use of the Common European Sales Law shall be valid only if the consumer's consent is given by an explicit statement which is separate from the statement indicating the agreement to conclude a contract. The trader shall provide the consumer with a confirmation of that agreement on a durable medium».

HESELINK, *How to opt into the Common European Sales Law?*, cit., p. 10, afferma che «in business to consumer contracts the choice for the Cesl in most cases will be proposed to consumers by sellers on a take it or leave it basis».



Cesl si prefigge e, come detto sopra, che non potrebbe non prefiggersi ad un livello elevato. E' diffusamente condivisa l'opinione che tale avviso non sia in sé sufficiente alla tutela del consumatore¹⁴⁷. L'unica tutela del consumatore risiederebbe allora nel contenuto in sé protettivo del Cesl¹⁴⁸. Nei fatti, se il Cesl non offrisse un elevato livello di tutela del consumatore ne conseguirebbe un'abdicazione dalla politica di tutela del consumatore del legislatore europeo. D'altro lato, l'elevato livello della protezione del consumatore potrebbe divenire per l'impresa strumento di marketing¹⁴⁹.

Di particolare rilievo è l'attenzione posta dalla Proposta di Regolamento all'interpretazione e applicazione uniforme del Cesl all'interno dell'Unione europea in tutti i Paesi membri, dato che il profilo della interpretazione uniforme delle norme di provenienza europea – come si è visto sopra, par. 2 – si è presentato come elemento critico nella formazione di un diritto privato europeo. Il considerando n. 29 afferma che le regole del Cesl devono essere interpretate autonomamente, in armonia con i principi consolidati di interpretazione della legislazione dell'Unione europea. Che sono individuati: nel principio di libertà contrattuale, che può essere limitato soltanto quando e nella misura in cui sia indispensabile, in particolare per ragioni di tutela del consumatore; nel principio di buona fede e correttezza che fa da guida alla cooperazione tra le parti; cui si aggiungono l'obiettivo di attenersi al principio di conservazione della validità del contratto e, per il caso di inadempimento, quello di identificare soluzioni bilanciate e rimedi disponibili tenendo conto degli interessi delle parti¹⁵⁰. Al fine di accrescere la certezza del diritto la Commissione europea creerà un

¹⁴⁷ Lo *Statement of the European Law Institute on the Proposal for a Regulation on a Common European Sales Law* del settembre 2012 ha indicato come essenziale per migliorare l'attrattiva del Cesl la revisione del meccanismo di *opt-in* del consumatore che è reputato troppo complicato.

¹⁴⁸ Lo *Statement of the European Law Institute*, cit. alla nota prec., indica alcuni punti sui quali sarebbe auspicabile o altamente auspicabile il miglioramento della protezione del consumatore.

¹⁴⁹ Secondo l'opinione di Schulte-Nölke, su cui *infra*, nota 157, che propone che la disciplina europea della vendita con la correlata tutela dei consumatori sia segnalata e resa riconoscibile attraverso un "*blue botton*". Come si è visto *supra*, nota 143, vi è anche chi teme che l'eccessivo livello di protezione del consumatore dissuasivo dell'opzione per il Cesl.

L'adozione del Cesl si affida quindi alla prospettiva che il vantaggio rappresentato per gli operatori dall'utilizzo su tutto il mercato europeo di un unico strumento normativo per i rapporti transfrontalieri, unito alla circostanza che ciò comporti un aumento delle operazioni commerciali anche grazie all'apertura verso mercati in precedenza non esplorati proprio a motivo delle difficoltà connesse alle difformità di disciplina giuridica, sia superiore rispetto ai costi di un eventuale tutela maggiore rispetto a quella assicurata dalla loro legge nazionale per i consumatori di alcuni Paesi.

¹⁵⁰ Se tale impegno verso l'interpretazione e l'applicazione uniforme del Cesl sarà assicurato con successo ne risulterebbero forse in parte sminuite le ragioni di critica sollevate diffusamente verso l'ampio uso di clausole generali nello strumento, ad es., tra gli altri, DONADIO, *Diritto contrattuale comunitario e "optional instrument": una valutazione preventiva*, in *Contr. impr./Europa*, 2011, p. 658, che rileva che la moltitudine di clausole generali pare porsi in contrasto con le esigenze di rapidità e di certezza proprie del commercio internazionale, MANSEL, *Der Verordnungsvorschlag für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht*, Teil II, in *WM*, 2012, p.1321. Nel ricorso a formule flessibili si è in via generale ravvisato un



database sul quale saranno pubblicate le decisioni della Corte di giustizia e dei giudici nazionali sull'interpretazione del Cesl e di ogni altra previsione del Regolamento (considerando n. 34 della Proposta di Regolamento)¹⁵¹.

Questo obiettivo dell'interpretazione e dell'applicazione uniforme dovrebbe essere auspicabile per tutto il diritto privato di provenienza europea; in linea con tale obiettivo si pongono anche alcune previsioni della dir. 2011/83 dirette ad assicurare una migliore circolazione delle informazioni tra gli Stati membri con riguardo ad eventuali modifiche introdotte a livello nazionale rispetto alle norme della direttiva ad armonizzazione minima¹⁵². Tale obiettivo può riuscire peraltro soltanto in un ambito istituzionalizzato, qual è quello dell'Unione europea, e quindi distingue in modo positivo uno strumento come il Cesl rispetto ad altri sistemi di regole come i principi Unidroit e la Convenzione di Vienna¹⁵³. D'altro canto la circoscrizione dell'oggetto

carattere quasi necessitato del diritto del momento storico presente, in una prospettiva di carattere generale e in via indipendente dal processo di elaborazione di un diritto privato europeo si è rilevato, GROSSI, *Novecento giuridico: un secolo pos-moderno*, p. 34, in Grossi, *Introduzione al Novecento giuridico*, Roma-Bari, 2012. Il ricorso alle clausole generali potrebbe essere visto allora come un elemento capace di dare flessibilità al Cesl e quindi di lasciare spazio a pratiche applicative che rispondano a declinazioni fondate sulle diverse tradizioni pur con l'obiettivo di lasciare impregiudicato il risultato finale uniforme. Anche se si profila necessario un percorso di avvicinamento tra i diversi ordinamenti verso un'interpretazione che riempia di significati più uniformi le clausole generali. Al momento si riscontra che ad esempio per quanto riguarda la clausola della buona fede – che riveste un ruolo di primaria importanza – la distanza che separa l'ordinamento inglese da quelli continentali è ancora troppo significativa, WILLETT, *General Clauses and the Competing Ethics of European Consumer Law in the UK*, cit., p. 412 ss. Lo *Statement of the European Law Institute*, cit. alla nota 148, segnala come necessaria la revisione del generale dovere di operare secondo la buona fede al fine di rendere più chiara la sua interpretazione e applicazione. Il *Position Paper* della CCBE del 23 agosto 2012, cit. *supra*, nota 141, chiede alle istituzioni europee che siano meglio chiarite e definite le clausole generali adottate come “good fair and fair dealing” e “reasonableness” ad es. attraverso commenti ufficiali e condizioni generali di contratto per contratti B2C e B2B.

¹⁵¹ La necessità di assicurare l'effettiva applicazione e l'uniforme interpretazione del Cesl, operando il riferimento alla creazione del detto *database* pubblicamente accessibile di decisioni europee e nazionali che abbiano attinenza all'interpretazione delle previsioni dello strumento è messa in rilievo anche nella Comunicazione dell'11 ottobre 2011.

¹⁵² Così le sopra citate – al par. 2 - previsioni degli artt. 32 e 33 della dir. 2011/83 sui diritti dei consumatori destinate ad inserire sia nella dir. 93/13 che nella dir. 99/44 una disposizione che regola la trasmissione di informazioni alla Commissione - la quale poi provvederà a rendere tali informazioni disponibili agli altri Paesi membri e al Parlamento, nonché a consumatori e professionisti attraverso un sito web – sull'eventuale modifica rispetto al testo della direttiva delle discipline di recepimento in linea con la loro natura di direttive ad armonizzazione minima.

¹⁵³ L'uniformità interpretativa è una problematica che gli strumenti convenzionali internazionali pongono, correndo il rischio di essere interpretati ed applicati in modo disomogeneo dai giudici dei diversi Paesi; sulla necessità di uniformità interpretativa a proposito della CISG che peraltro la prevede espressamente all'art. 7, comma 1°, FERRARI, *La vendita internazionale*, 2^a ed., Padova, 2006, p. 9 ss., il quale rileva la necessità di affrancarsi dai concetti peculiari propri di un determinato ordinamento giuridico, e tanto anche con particolare riferimento ai casi in cui nel testo ufficiale della Convenzione sono impiegati termini o concetti peculiari di un dato sistema nazionale.



del Cesl quanto a materie regolate rischia di limitare il vantaggio dell'uniformità interpretativa nel momento in cui si debba fare continuo affidamento all'ordinamento nazionale di riferimento per ciò che il Cesl non regola nonostante l'opzione per l'applicazione del Cesl.

Trattandosi di uno strumento che si offre all'adozione volontaria, se effettivamente il Cesl sarà approvato si porrà il problema, molto concreto, della sua penetrazione nell'uso degli operatori. Si è messo in rilievo infatti che il carattere opzionale dello strumento è di per sé critico dato che, in base all'esperienza, gli strumenti fondati sull'*opting-in*, come i Principi Unidroit che si portano ad esempio, sono stati poco adottati¹⁵⁴. Un elemento importante per incoraggiare l'adozione dello strumento opzionale consiste nella proposizione di schemi di condizioni generali di contratto elaborate direttamente da parte della Commissione, in modo da rendere più semplice il primo approccio allo strumento¹⁵⁵. Con questo la Proposta di Regolamento riprende il progetto della redazione di condizioni generali di contratto cui la Commissione pensava già anni addietro, e che era stato successivamente abbandonato¹⁵⁶. Inoltre, come annuncia la Comunicazione dell'ottobre del 2011 la Commissione incoraggerà gli Stati membri, attraverso canali appropriati, ad informare gli operatori sullo strumento opzionale ed i suoi benefici¹⁵⁷.

¹⁵⁴ LANDO, *Comments and Questions Relating to the European Commission's Proposal for a regulation on a Common European Sales Law*, in *Eur. Rev. Priv. Law*, 2011 p. 719-720, che riferisce che i dati che emergono dalle decisioni rese disponibili sulla banca dati Unilex rilevano che nel periodo di maggior ricorso ai Principi Unidroit, che risulta essere il 2002-2004, soltanto il 5,5% dei lodi vi aveva fatto riferimento.

¹⁵⁵ La redazione di condizioni generali di contratto rende più semplice l'adozione del nuovo strumento, e d'altro lato, si conforma alla pratica del commercio internazionale che ha a disposizione molteplici schemi di condizioni generali di contratto, si pensi ai modelli di contratto della CCI, a riguardo GALGANO e MARRELLA, *Diritto del commercio internazionale*, 3^a ed., 2011, p. 126 ss..

¹⁵⁶ Considerando n. 36 delle premesse al Regolamento. Il progetto della redazione di condizioni generali di contratto era stato prospettato dalla Comunicazione sul diritto contrattuale europeo del 2001, e poi dall'*Action Plan* del 2003 e dalla Comunicazione sul diritto contrattuale europeo del 2004. V. *supra*, nota 8.

Progetto che potrebbe essere ripreso anche, eventualmente, indipendentemente dall'adozione del Cesl; nel caso di contratti con i consumatori dovrebbe tuttavia assestarsi su una tutela elevata per reggere le prescrizioni dei Paesi membri più protettivi dei consumatori evitando una diversa redazione per i diversi mercati nazionali. Nel senso della redazione di modelli di condizioni generali di contratto di vendita tra professionisti e consumatori, pur mostrando forti perplessità nei confronti del Cesl, è la posizione della *European Consumer Organisation* (www.beuc.org).

¹⁵⁷ A questo riguardo il commissario alla giustizia Reding nel suo discorso del 10 novembre 2011 – cit. *supra*, nota 27 - si preoccupa del problema enunciando che l'adozione dello strumento opzionale dovrà essere una sorta di marchio di qualità con il quale ci si presenta sul mercato (così Comunicazione 11 ottobre 2011, p. 9-10). Vi è quindi l'auspicio che lo strumento sia non solo fatto conoscere ma possa essere percepito come un "valore aggiunto" dagli operatori sul mercato. A tal proposito SCHULTE-NÖLKE, *Scope and Function of the Optional Instrument on European Contract Law*, cit., p. 44 s., afferma (con riguardo allo Studio di fattibilità) che quale sistema di regole che offre un eccellente



6. Il contesto attuale è caratterizzato da frequenti scambi di carattere globale che non si fermano al mercato interno europeo. Se il Regolamento di cui si tratta sarà approvato le regole di diritto privato europeo uniforme del Cesl si troveranno a concorrere con altri sistemi di regole già impiegati nella contrattazione transnazionale.

Oltre agli ordinamenti nazionali che risultano applicabili ai contratti transfrontalieri attraverso il diritto internazionale privato, gli strumenti di regolazione dei contratti transnazionali con cui il Cesl potrebbe trovarsi più immediatamente a concorrere sono la Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di beni mobili e i Principi Unidroit (e più in generale la *lex mercatoria*). La prima avente ad oggetto il solo contratto di vendita di beni mobili corporali ad esclusione di quelli ad uso personale, familiare o domestico, i secondi contenenti regole sul contratto in generale indirizzate ai contraenti del commercio internazionale.

I Principi Unidroit sono soggetti all'adozione volontaria e, come si è notato, il loro impiego ne può soffrire, avendo in effetti avuto gli strumenti ad adozione volontaria minor spazio applicativo rispetto ad altri¹⁵⁸. Sotto questo profilo strumento più forte sarebbe la Convenzione di Vienna che opera per i contratti conclusi tra parti contraenti che hanno sede negli Stati aderenti alla Convenzione¹⁵⁹ a meno che non ne

standard per la protezione del consumatore il suo utilizzo (segnalato anche attraverso una bandiera europea, the “blue botton”) può servire quale strumento di marketing, così anche *supra*, nota 149.

¹⁵⁸ V. *supra*, par. prec., in fine, e nota 154.

E' da ricordare che in sede arbitrale internazionale l'applicazione della *lex mercatoria* e dei Principi Unidroit è avvenuta a volte su iniziativa degli arbitri; tanto in casi nei quali l'attività oggetto del contratto non risultava localizzabile in un unico ordinamento statale essendo legata a diverse regioni del mondo oppure nel contesto dell'arbitrato amministrato dalla CCI il cui regolamento all'art. 17 consente agli arbitri in caso di assenza di scelta della legge applicabile ad opera delle parti di pervenire all'applicazione delle norme di origine a-statale senza passare attraverso la mediazione delle regole di conflitto statali. Nell'ambito della casistica arbitrale si assiste anche all'applicazione della *lex mercatoria* e dei Principi Unidroit come strumento di interpretazione o di integrazione del diritto statale con l'obiettivo – tuttavia – di confermare delle soluzioni fondate sul diritto statale al fine di conferire uno *status* transnazionale all'applicazione del diritto interno. Essi vengono inoltre impiegati al fine di risolvere dubbi interpretativi e colmare eventuali lacune all'interno di Convenzioni intergovernative di diritto uniforme. GALGANO e MARRELLA, *Diritto del commercio internazionale*, cit., p. 287 ss. Il maggiore successo dei Principi Unidroit è stato comunque quello di modello per l'elaborazione di nuove discipline normative che hanno esercitato su ampia scala in tutto il mondo, cfr. ad esempio VOGENAUER, *Common Frame of Reference and Unidroit Principles of International Commercial Contracts: Coexistence, Competition, or Overkill of Soft Law?*, in *Eur. Rev. Contr. Law*, 2010, p. 151.

¹⁵⁹ La Convenzione di Vienna viene in applicazione sia direttamente, quando la sede delle parti si trova in uno Stato che ha ratificato la Convenzione (art. 1(1) (a) CISG), che indirettamente, quando le regole di diritto internazionale privato conducono alla legge di un Paese che l'ha ratificata (art. 1(1) (b) CISG). Quindi la CISG determina la sua applicabilità all'interno dell'Unione europea con precedenza rispetto alle regole di conflitto contenute nel Regolamento Roma I. Questa precedenza si basa, secondo alcuni, sull'art. 23 Reg. Roma I, e secondo altri, sul principio secondo il quale le norme sostanziali uniformi prevalgono sulle regole di conflitto uniformi. HESSELINK, *How to opt into the*



venga esclusa l'applicazione dagli stessi contraenti¹⁶⁰. La Convenzione di Vienna non è stata tuttavia ratificata, tra i Paesi europei, da Regno Unito, Portogallo, Irlanda e Malta e quindi non è uno strumento che in questo momento può abbracciare l'intero mercato europeo¹⁶¹. Inoltre nella pratica si è verificato piuttosto di frequente che le parti del contratto ne escludano l'applicazione (a favore di un ordinamento nazionale)¹⁶².

Ad oggi vi è, ad ogni modo, una tendenziale differenziazione di ambito applicativo tra Convenzione di Vienna e Principi Unidroit da un lato e Cesl dall'altro¹⁶³ sotto il profilo soggettivo: la Convenzione di Vienna e i Principi Unidroit

Common European Sales Law?, cit., p. 4, nota 14, che rinvia a ZWEIGERT & DROBNIG, *Einheitliches Kaufgesetz und Internationales Privatrecht*, 29 *RabelsZ*, 1965, p. 146-165; BRIDGE, *The International Sale of Goods: Law and Practice*, 2nd ed., Oxford, 2007, nn. 11.01, 11.13.

¹⁶⁰ L'art. 6 della Convenzione di Vienna prevede che le parti possono escludere l'applicazione della Convenzione o derogare o modificare l'effetto di ognuna delle sue previsioni. E' oggi pressoché generalmente accettato che l'applicabilità della CISG possa essere esclusa non solo espressamente ma anche implicitamente, e in tal senso anche un'opzione per il Cesl potrebbe essere reputata come un'implicita esclusione della CISG, HESSELINK, *op.nll.cit.*, p. 4 s., con la precisazione tuttavia che è preferibile un'opzione chiara ed esplicita per evitare sovrapposizioni o lacune nel caso di opzione parziale per il sistema di regole prescelto.

¹⁶¹ E' da segnalare in ogni modo che la CISG è stata adottata da un numero molto elevato di Paesi che rappresentano approssimativamente il 70% del commercio mondiale (cfr. il sito www.uncitral.org). Essa è indicata «come il più importante testo di diritto uniforme in materia di contratti internazionali, oltre che quello di maggior successo», FRIGNANI-TORSELLO, *op. cit.*, p. 442.

¹⁶² La Comunicazione dell'11 ottobre 2011, p. 5, che rinvia all'Eurobarometer 320, p. 57, riferisce che solo il 9% degli intervistati ha affermato di fare frequente applicazione di strumenti internazionali, compresi la Convenzione di Vienna e i Principi Unidroit. «Ancor oggi (...) si riscontra un diffuso scetticismo rispetto ai fenomeni di uniformazione del diritto e di uniformazione legislativa in particolare, al punto che non è raro imbattersi in contratti o modelli contrattuali che escludono a priori l'applicabilità della CISG». «Tale propensione all'esclusione della Convenzione di Vienna è particolarmente evidente negli ambienti giuridico-economici anglosassoni». Essa «sembrerebbe del tutto ingiustificata ove si accolga l'impostazione - fatta propria e rimarcata dallo stesso Preambolo della Convenzione di Vienna - secondo la quale l'uniformazione delle regole sulla vendita promuove la certezza e la prevedibilità del diritto e, dunque, lo sviluppo del commercio internazionale». FRIGNANI-TORSELLO, *op. cit.*, p. 441 e nota 18.

¹⁶³ Ciononostante è vero che una sovrapposizione tra Convenzione di Vienna e Cesl si produce, innanzitutto con riguardo ai contratti stipulati tra PMI. Vi sono perciò studi che comparano i due strumenti, anche con la diversa finalità, rispetto a quella di esaminare la concorrenza tra i due strumenti, di saggiare il contenuto delle regole del Cesl a confronto con la Cisg. A tale riguardo *CISG vs. Regional Sales Law Unification, with a Focus on the New Common European Sales Law*, ed. by Magnus, Munich, 2012, in cui si esamina oltre al rapporto tra Cisg e Cesl, quello tra la Cisg e strumenti regionali in altre aree del mondo, come gli Stati Uniti, l'Australia, l'Africa; KORNET, *The Common European Sales Law and the Cisg. Complicating or Simplifying the Legal Environment?*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2012, p. 164 ss.; KRUISINGA, *The Seller's Right to Cure in the Cisg and the Common European Sales Law*, in *Eur. Rev. Priv. Law*, 2011, p. 907 ss.



si indirizzano ai contratti tra parti professionali¹⁶⁴ là dove il Cesl ha quale ambito applicativo i contratti conclusi tra operatori professionali e consumatori e i contratti tra parti professionali ma solo nel caso in cui almeno una di queste sia una piccola o media impresa¹⁶⁵. Si prevede che gli Stati membri possano introdurre l'adozione del Cesl anche per i contratti conclusi tra consumatori e per i contratti conclusi tra operatori professionali; salvo però che gli Stati membri non decidano di avvalersi dell'opzione estendendo l'applicazione del Cesl a tutti i rapporti tra parti professionali, la sovrapposizione si porrebbe, per ora, solo relativamente ai rapporti tra parti professionali caratterizzati da disparità di potere economico o tra piccole e medie imprese. Del resto è plausibile pensare che almeno in un primo tempo lo strumento opzionale non verrebbe estesamente sperimentato nel campo delle relazioni contrattuali tra contraenti professionali, che hanno già un bagaglio di esperienze con altri strumenti, prevalentemente nazionali, e che il campo di più probabile adozione sarebbe quello dei contratti tra piccole e medie imprese da un lato e consumatori dall'altro, specie quale disciplina dei contratti conclusi via internet¹⁶⁶. Ad ogni modo è una critica diffusa che si rivolge alla Proposta di Regolamento quella relativa all'esclusione dell'applicazione del Cesl a tutti i rapporti tra parti professionali¹⁶⁷.

In definitiva, sia per la prima serie di ragioni – ossia che i Principi Unidroit e la Convenzione di Vienna hanno nel concreto un'applicazione limitata – sia per la seconda – ossia che il campo applicativo della Cesl dal punto di vista soggettivo è tendenzialmente diverso da quello di tali citati strumenti - pare di poter concludere che i veri concorrenti del Cesl paiono ad oggi in via principale gli ordinamenti giuridici nazionali individuati attraverso il diritto internazionale privato¹⁶⁸.

¹⁶⁴ Per la verità la formula adottata dalla Convenzione di Vienna non esclude completamente ed in ogni caso i contratti conclusi con un consumatore come mette in rilievo FERRARI, *Quali fonti per la disciplina della vendita internazionale di beni mobili?*, cit., p. 8. La Convenzione esclude dal suo ambito di applicazione la vendita di beni mobili per uso personale, familiare o domestico e perché l'esclusione operi è necessario che l'acquirente preordini l'acquisto dei beni ad un uso esclusivamente personale e che tale finalità sia conosciuta o conoscibile al venditore perché tale esclusione possa operare. Nei limiti in cui la Convenzione di Vienna non contiene norme di natura imperativa la tutela del consumatore è in ogni caso assicurata attraverso l'applicazione del diritto internazionale privato e in particolare dell'ordinamento nazionale che questo individua come applicabile. SANDVIK, *The Battle for the Consumer: On the Relation between the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the EU Directives on Consumer Sales*, in *Eur. Rev. Priv. Law*, 2012, p. 1097 ss., che esamina come talora la Convenzione di Vienna e le direttive europee sulla vendita ai consumatori possano venire in applicazione in modo concorrente dando luogo a conflitti; infatti alla luce dell'art. 2(a) della Cisg le vendite ai consumatori sono escluse solo come regola principale, inoltre la definizione di consumatore alla luce di tale articolo è intesa in modo restrittivo.

¹⁶⁵ Art. 7, Proposta di Regolamento.

¹⁶⁶ In tal senso HESSELINK, *How to opt into the Common European Sales Law?*, cit., p. 10.

¹⁶⁷ V. *supra*, nota 141.

¹⁶⁸ Un fenomeno attuale segnalato da DE NOVA, *Contratti senza Stato (a proposito del Draft CFR)*, in DE NOVA, *Il contratto, dal contratto atipico al contratto alieno*, Padova, 2011, p. 298 s. (che rinvia a DE



Il rapporto tra Cesl e ordinamento nazionale come si è visto nel precedente paragrafo non tocca ad oggi le regole di diritto internazionale privato e la scelta per il Cesi si immagina susseguente all'operare di tali regole, come se si trattasse della scelta per un secondo sistema di regole nazionali. Il Cesi, una volta che sia stato prescelto come sistema di regole, impedisce la prevalenza delle norme imperative dell'ordinamento nazionale individuato attraverso le regole del diritto internazionale privato¹⁶⁹.

Si è messo in evidenza che sarebbe lo stesso Regolamento Roma I a privilegiare i corpi di regole europei che dovessero essere formulati nel prossimo futuro – e ai quali quindi sarebbe riconducibile il Cesi - rispetto alla scelta di regole non statali. Se è vero che il Regolamento Roma I non preclude – considerando n. 13 – alle parti di incorporare nei loro contratti regole non statali o convenzioni internazionali, tanto pare avere per riferimento solo la sostituzione delle previsioni non imperative dell'ordinamento giuridico regolante il contratto secondo le regole di conflitto contenute nel Regolamento Roma I. In questi casi il riferimento a tali regole non statali le incorpora semplicemente come clausole contrattuali sulle quali le parti si sono validamente accordate nell'ambito della libertà contrattuale di cui godono secondo l'ordinamento nazionale applicabile. Nei limiti in cui le regole non statali siano incompatibili con le norme imperative dell'ordinamento nazionale, tale ordinamento prevale. Il considerando n. 14 del Regolamento Roma I distingue appunto questi corpi di regole dai futuri strumenti europei che adottino regole di diritto contrattuale sostanziale, incluse condizioni generali di contratto, in quanto tali strumenti europei prevedano che le parti scelgano di applicare le regole in essi contenute. Ciò che sembra implicare – come si sta realizzando con il Cesi - che tali

NOVA, *Il contratto alieno*, Torino, 2008, p. 47 ss.), concerne la pratica del ricorso per la maggior parte dei contratti tra imprese a tecniche di redazione di stile anglo-americano. Tali contratti sono spesso redatti in lingua inglese, e sono definiti "alieni" da parte dell'autore in quanto contengono la designazione della legge italiana come legge applicabile ma sono redatti secondo uno schema di condizioni di contratto che rinvia per il suo carattere a ordinamenti diversi, nella pratica anglosassoni, e tanto non soltanto quando si tratta di contratti internazionali ma anche domestici. In tali contratti si trovano «clausole che – in apparente contrasto con la scelta di un diritto statale applicabile – sono volte a rendere il contratto il più possibile indipendente dalla legge applicabile, il più possibile autosufficiente. (...) Clausole impregnate di *common law*, ma in dissonanza rispetto alle previsioni della legge applicabile (nel nostro caso, italiana). (...) Clausole che disciplinano in dettaglio profili non regolati dalla *common law*, ma invece regolati dalla legge (italiana) applicabile». «La redazione di contratti sulla base di modelli anglosassoni, in assenza di ogni considerazione per quella che sarà la legge applicabile, porta a momenti di rilevante tensione: alcune clausole potranno essere nulle in base alla legge applicabile, altre, pur valide, potranno essere di difficile coordinamento con le ulteriori previsioni della legge applicabile». V. anche DE NOVA, *Il contratto alieno e le norme materiali*, in DE NOVA, *Il contratto, dal contratto atipico al contratto alieno*, cit., p. 53 ss.

¹⁶⁹ Come visto *supra*, nel par. prec., questo carattere dello strumento opzionale assume un particolare rilievo nel caso in cui l'operatore commerciale concluda un contratto con un consumatore di un altro Stato membro.



regole europee di carattere sostanziale possano essere scelte dalle parti anche se siano incompatibili con previsioni imperative dell'ordinamento nazionale altrimenti regolante il contratto secondo il diritto internazionale privato¹⁷⁰. Nel caso del Cesl, tuttavia, ci si è occupati di ottenere espressamente questo effetto, assicurato dal punto di vista tecnico dalla circostanza che le regole del Cesl sarebbero contenute in un regolamento¹⁷¹.

In linea con tutto ciò, e come già segnalato nel precedente paragrafo, rispetto ai rapporti interessati dal Cesl si supererebbe l'ostacolo al funzionamento del commercio transfrontaliero europeo rappresentato dall'art. 6.2 del Regolamento Roma I che, quando ricorrano determinate circostanze, fa prevalere sulla legge prescelta dai contraenti le norme imperative dell'ordinamento nazionale del consumatore che siano maggiormente protettive e quindi impone agli operatori professionali l'obbligo di rispettarle.

Senza mettere in discussione la capacità di uniformazione a livello europeo obiettivo del Cesl, si è anche messo in evidenza che ritenere la norma dell'art. 6.2 che impone l'osservanza delle norme imperative del Paese del consumatore che fossero maggiormente protettive di quest'ultimo come un ostacolo di grosso rilievo - o come il maggiore ostacolo - al funzionamento dei rapporti commerciali transfrontalieri nel mercato europeo pare essere eccessivamente forzato. Si è infatti rilevato che secondo le regole di diritto internazionale privato di cui all'art. 3 del Regolamento Roma I le parti del contratto, o, secondo ciò che abitualmente accade, l'operatore professionale, potrebbero in realtà operare la scelta del proprio diritto o di quello di un Paese terzo quale legge applicabile al contratto¹⁷². E i limiti sarebbero, appunto, soltanto quelli di

¹⁷⁰ BOGDAN, *op. cit.*, p. 280 s., «within foreseeable future this may change, at least in the EU Member States. Pursuant to Recital 14 of the Rome I Regulation, future EU legal instruments, adopting rules of substantive contract law including standard term and conditions, “may provide that the parties may choose to apply those rules”. This seems to imply that such future substantive rules of EU law may be chosen by the parties even if they are incompatible with mandatory provision of the national legal system otherwise governing the contract in question».

¹⁷¹ Osserva REICH, *EU Strategies in Finding the Optimal Consumer Law Instrument*, in *Eur. Rev. Contr. Law.*, 2012, p. 17 – *contra* Bogdan alla nota prec. – che a suo parere il diverso tenore dei considerando nn. 13 e 14 a vantaggio di regole di elaborazione a livello europeo non potrebbe essere intesa nel senso che prevarrebbero su norme imperative anche mere condizioni generali di contratto e che dovrebbe essere comunque garantita la tutela del consumatore di cui all'art. 6 Reg. Roma I essendo evidentemente tale considerando rivolto ai contratti commerciali.

¹⁷² Con i limiti rappresentati dal controllo sulla clausola di scelta in termini di trasparenza *ex artt.* 4 e 5 della dir. 93/13 dato che solitamente la scelta è contenuta nelle condizioni generali di contratto del professionista, e deve essere inclusa nelle condizioni presenti sul sito internet, anche se a rigore non richiesta dalla dir. 2000/31. Mentre la legge del Paese del professionista non produrrebbe un effetto sorpresa sul consumatore dato che si tratterebbe tra l'altro della legge applicabile in mancanza di scelta *ex art.* 4 - se non ricorrano gli elementi previsti dall'art. 6 - la legge di un Paese terzo facilmente potrebbe essere considerata causa di intrasparenza della clausola contenente la scelta della legge applicabile perché produttiva di un effetto sorpresa sul consumatore, REICH, *op. cit.*, p. 16.



cui all'art. 6.2, che presenta profili applicativi meno estesi di quanto si sarebbe portati a pensare dato che le norme imperative dell'ordinamento del consumatore risultano applicabili solamente se l'operatore professionale persegue la sua attività professionale nel Paese in cui il consumatore ha la sua residenza abituale o in qualsiasi modo dirige le sue attività verso quel Paese o più Paesi incluso quello (anche se è da dire che il modo di intendere tali circostanza pare si vada allargando)¹⁷³. Allo stesso tempo tale previsione normativa implica che sia il giudice, volta a volta, ad operare un giudizio di equivalenza tra la legge scelta a regolazione del contratto e la protezione assicurata al consumatore dalle norme imperative dell'ordinamento di sua residenza abituale, e soltanto nel caso in cui questa sia reputata maggiormente protettiva sarà effettivamente applicata a disciplinare il rapporto contrattuale¹⁷⁴. Alla luce di tutto ciò, non sempre quindi l'operatore professionale che voglia operare sul mercato interno è tenuto a confrontarsi e ad osservare le norme di altri ventisei Paesi europei. In quanto, appunto, potrebbe operare sul mercato transnazionale europeo applicando ai contratti la propria legge nazionale sino a che, nel caso in cui ricorrano le condizioni citate, non sia inevitabile applicare al consumatore alcune discipline del suo ordinamento se

¹⁷³ Tra l'altro importanti quesiti interpretativi si sono posti a proposito di quando un'attività si possa definire "diretta" verso un determinato Paese: si è per esempio ritenuto che svolgere attività di marketing integri il requisito dell'attività «diretta», ma che la semplice accessibilità del sito dal Paese di residenza abituale del consumatore non integri tale requisito. L'art. 15 del Reg. Bruxelles I lascia non chiaro il concetto di attività "dirette" (il Reg. Roma I richiede il coordinamento tra Roma I e Bruxelles I), il concetto viene definito nel considerando n. 24 del Reg. Roma I ma anche questo non assicura chiarezza. Di aiuto è la sentenza della Corte giust. Ue, 7 dicembre 2010, cause C-585/08 e C-144/09 che individua una serie di parametri in base ai quali il giudice può accertare che l'attività sia definibile come "diretta" e afferma che l'operatore commerciale deve aver manifestato la sua intenzione di stabilire una relazione commerciale con i consumatori di uno o più Stati membri incluso quello del domicilio del consumatore avendo l'obiettivo di concludere un contratto con tali consumatori (parr. 75-76 della sentenza). A riguardo REICH, *op. cit.*, p. 18 ss. Degna di nota la decisione della Corte giust. Ue, 6 settembre 2012, causa C-190/11, relativa ad una questione interpretativa dell'art. 15 Reg. Bruxelles I, che riporta il procedimento svoltosi in Austria precedentemente al rinvio pregiudiziale e l'affermazione del giudice austriaco - alla luce della decisione della Corte giust. Ue nelle cause C-585/08 e C-144/09 - secondo la quale si può ritenere che l'operatore commerciale abbia «diretto» la sua attività verso il Paese del consumatore se il suo sito internet sia consultabile dal Paese membro del consumatore e vi siano stati contatti a distanza tra le parti per telefono e per posta elettronica (punto 21). E pare quindi che si stia tendenzialmente allargando il significato da assegnare al requisito dell'attività «diretta».

¹⁷⁴ REICH, *op. cit.*, p. 27, se una valida (e trasparente) scelta di legge applicabile sia stata fatta il professionista può contrattare sotto la disciplina della propria legge, ma deve essere sicuro che la protezione del consumatore da parte della sua legge e di quella del Paese di residenza abituale del consumatore siano almeno equivalenti. L'autore afferma che l'art. 6.2 Reg. Roma I rappresenta una sorta di rete di salvataggio, non ha un diretto impatto sulle clausole contrattuali dell'operatore commerciale ma è indirizzato al giudice che decide sul caso in cui il consumatore è coinvolto, comparando di sua iniziativa le previsioni del Paese del consumatore e la legge prescelta.



queste offrano al consumatore, effettivamente e a seguito di un giudizio di equivalenza condotto dal giudice, una maggiore tutela¹⁷⁵.

In via parallela al processo in corso per una maggiore uniformazione del diritto privato europeo la caratterizzazione dell'epoca attuale per la transnazionalità dei rapporti fa sì che si pensi diffusamente all'elaborazione di regole dalla portata globale¹⁷⁶: accanto alla periodica revisione che interessa i Principi Unidroit, ora giunti alla terza edizione, qualche tempo fa si è lavorato al progetto per l'elaborazione di *Global Legal Standards*¹⁷⁷, in seno all'Uncitral si lavora per passi successivi in special modo per la realizzazione di regole per il commercio elettronico¹⁷⁸, l'accademia elabora progetti per avanzare proposte in proposito¹⁷⁹. All'interno di questo contesto va sottolineato che lo stesso Cesl si candida a suo modo, pur richiedendo che nel rapporto sia coinvolto l'operatore di almeno uno Stato membro, a strumento per la regolazione degli scambi globali, proponendosi all'adozione anche per i contratti di operatori di Paesi membri che abbiano una controparte avente sede in uno Stato

¹⁷⁵ Reich avanza in conclusione la proposta di elaborare uno strumento di *soft law* che possa soddisfare alle esigenze di maggiore protezione del consumatore anziché ricorrere all'elaborazione di uno strumento opzionale con le complessità che l'intervento normativo porta con sé in termini di elaborazione e di rapporto con gli ordinamenti nazionali, REICH, *op. cit.*, p. 27, 29.

¹⁷⁶ Per un quadro degli strumenti di globalizzazione e di armonizzazione del diritto del commercio internazionale, EISELEN, *Globalization and harmonization of international trade law*, in *Globalization and Private Law*, ed. by Faure and van der Walt, Cheltenham – Northampton, 2010, p. 97 ss.

¹⁷⁷ A riguardo IUC Global Legal Standards Research Group, *Executive Summary – IUC Independent Policy Report: At the End of History*, in *Global Jurist*, 2009, p. 1 ss.

¹⁷⁸ L'Uncitral Model Law on Electronic Commerce ha avuto un grosso impatto sulle legislazioni nazionali (alle quali si propone quale modello per la redazione di nuove norme) e ha contribuito in modo significativo all'armonizzazione internazionale dal momento della sua adozione nel 1996, ESTRELLA FARIA, *Harmonising the Law of International Electronic Contracting: Adjust the Rules but don't Rewrite Them*, in *Legal Aspects of an E-Commerce Transaction*, ed. by A. Schulz, Munich, 2006, p. 74. Tale volume, che raccoglie gli atti di un convegno svoltosi a Le Hague nell'ottobre 2004, riporta il dibattito per l'adozione di un nuovo strumento in materia di *e-commerce* nel contesto dell'Uncitral. Lo strumento successivamente adottato è la *United Nation Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts* del 2005 destinata ad entrare in vigore il 1° marzo 2013 (nessun Paese europeo ha ad oggi sottoscritto la Convenzione) e diretta ad eliminare gli ostacoli all'utilizzo delle comunicazioni elettroniche.

¹⁷⁹ Nella prospettiva della creazione di principi globali per i rapporti commerciali transnazionali si colloca la proposta del *Transnational Law Digest* composto da una lista di principi transnazionali e basato sull'idea di cogliere la *lex mercatoria* in trasformazione – mentre i Principi Unidroit si distinguerebbero per essere fondati su un lavoro maggiormente formalistico – tenendo conto della circostanza che la *lex mercatoria* si caratterizza per essere una *law in action* e richiede un livello di flessibilità che va oltre a quella che un qualsiasi codice, legge modello, convenzione o *restatement* possa assicurare (si v. www.trans-lex.org del Centre for Transnational Law, Central, dell'Università di Colonia), BERGER, *European Private Law, Lex Mercatoria and Globalization*, in *Towards a European Civil Code*, 4ª ed., ed. by Hartkamp, Hesselink, Hondius, Mak, du Perron, The Netherlands, 2011, p. 55 ss.



terzo¹⁸⁰. E rispetto agli altri strumenti potrebbe forse risultare favorito grazie al supporto che la provenienza da un contesto istituzionale quale quello dell'Unione europea garantisce.

7. Lo strumento opzionale che ora ha preso forma nel Cesl è oggetto di diffuse perplessità, sia in merito alla sua compatibilità con i principi di proporzionalità e soprattutto di sussidiarietà, sia ancor più per ragioni di tipo tecnico che si concentrano soprattutto sulla sua incompletezza e sulle difficoltà del suo necessario coordinamento con gli ordinamenti degli Stati membri - in particolare di volta in volta con l'ordinamento dello Stato membro che risulti legge applicabile secondo le regole del diritto internazionale privato - e, ancora, relativamente alla sua limitazione all'ambito di regolazione transnazionale, e alla sua limitazione soggettiva che esclude dall'applicazione (salvo scelte degli Stati membri che facciano eccezione alla previsione generale) i rapporti contrattuali tra imprese che non siano piccole o medie imprese¹⁸¹.

Di qui il dubbio che tali punti critici, assieme alle incertezze che porta con sé l'introduzione di un nuovo sistema di regole (con i conseguenti costi), possano incidere sulla formulazione della decisione di affidarsi al Cesl piuttosto che scegliere strumenti giuridici di regolazione del contratto già collaudati.

Un risultato positivo conseguente all'approvazione in via definitiva del Regolamento introduttivo del Cesl risiederebbe verosimilmente nel suo valore intrinseco consistente nella realizzazione di un progetto di uniformazione della disciplina del contratto di vendita a livello europeo: la circolazione tra gli Stati membri di regole comuni uniformi nell'ambito del diritto dei contratti indurrebbe un avvicinamento tra i loro ordinamenti di significato politico e culturale che a lungo termine potrebbe portare ad un assorbimento al loro interno delle regole formulate a livello europeo.

In conclusione, sembra che l'adozione dello strumento opzionale sia da guardare come un ulteriore passo sulla strada dell'elaborazione di un diritto contrattuale europeo. E probabilmente è questa la prospettiva in cui va utilmente collocato e apprezzato, prospettiva nella quale esso assume un particolare significato di portata simbolica propulsivo dello sviluppo di un diritto contrattuale europeo uniforme.

¹⁸⁰ Considerando n. 14, Proposta di Regolamento.

¹⁸¹ Manifesta più preoccupazioni di principio rispetto all'adozione del Cesl, GRUNDMANN, *CESL, Legal Nationalism or a Plea for Appropriate Governance*, in *Eur. Rev. Contr. Law*, 2012, p. 241 ss., auspicando che si apra un costruttivo processo di confronto di idee verso l'elaborazione di uno strumento opzionale del diritto europeo dei contratti che sia riconoscibile come tale a tutti gli effetti.