



L'applicabilità della disciplina internazionale privatistica relativa ai contratti del consumatore (art. 5 Conv. Roma del 1980)

Franco Ferrari

Professore ordinario di Diritto internazionale

» SOMMARIO

1. Introduzione
2. Rapporto con altre norme della Convenzione di Roma
3. L'ambito di applicazione personale: la mancata definizione di "consumatore"
4. *Segue*: i contratti conclusi dai consumatori
5. L'ambito di applicazione materiale: i contratti aventi per oggetto la fornitura di beni mobili materiali
6. *Segue*: i contratti aventi per oggetto la fornitura di servizi e quelli destinati al finanziamento dei contratti di fornitura
7. *Segue*: le esclusioni dall'ambito di applicazione previste dal 4° co. e le controesclusioni di cui al 5° co.
8. Le condizioni di applicabilità delle regole di conflitto speciali previste dal 2° e 3° co.: proposta o pubblicità nel paese del consumatore e compimento di atti necessari alla conclusione del contratto da parte di questi
9. *Segue*: ricezione dell'ordine da parte della controparte o del suo rappresentante nel paese di residenza abituale e vendite effettuate in occasione di escursioni transfrontaliere

1. Introduzione

È noto come il trattato di Amsterdam abbia allargato la competenza della Comunità europea in materia di diritto internazionale privato⁽¹⁾, «ponendo le premesse per una legislazione comunitaria di portata più generale, suscettibile di rivoluzionare il contesto normativo dal quale è regolato il diritto internazionale privato in Europa»⁽²⁾.

Era inevitabile che questa "comunitarizzazione"⁽³⁾ o "europeizzazione"⁽⁴⁾ del diritto internazionale privato toccasse anche la materia contrattuale. Non possono pertanto sorprendere gli sforzi fatti dalla Comunità europea anche in questa materia, sforzi che hanno preso inizio fondamentalmente con la pubblicazione del Libro verde del 14.1.2003⁽⁵⁾ e l'ampia consultazione degli Stati membri, delle altre istituzioni e della società civile che ne è seguita.

(1) V. in merito, ad esempio, DE MIGUEL ASCENSIO, *La evolución del derecho internacional privado comunitario en el Tratado de Amsterdam*, in *Revista española de derecho internacional*, 1998, 373 ss.

(2) POCAR, *La comunitarizzazione del diritto internazionale privato: una "European Conflict of Laws Revolution?"*, in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*, 2000, 874.

(3) V. per tutti BASEDOW, *The Communitarization of the Conflict of Laws under the Treaty of Amsterdam*, in *Common Market Law Review*, 2000, 687 ss.; *Vergemeinschaftung des europäischen Kollisionsrechts: Vorträge aus Anlaß des fünfzigjährigen Bestehens des Instituts für Internationales und Ausländisches Privatrecht der Universität zu Köln*, hrsg. von Mansel, Köln-Berlin-Bonn-München, 2001; MOURRE, *Chronique de droit international privé appliqué aux affaires: la communautarisation de la coopération judiciaire en matière civile*, in *Revue de droit des affaires internationales*,

2001, 770 ss.; WEBER, *Die Vergemeinschaftung des internationalen Privatrechts*, Berlin, 2004.

(4) Cfr. KREUZER, *Die Europäisierung des internationalen Privatrechts - Vorgaben des Gemeinschaftsrechts*, in *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, hrsg. von Müller-Graff, 2ª ed., Baden-Baden, 1999, 457 ss.; LEIBLE, *Die Europäisierung des internationalen Privat- und Prozessrechts: Kompetenzen, Stand der Rechtsvereinheitlichung und Perspektiven*, in *La cooperación judicial en materia civil y la unificación del derecho privado en Europa*, a cura di Sánchez Lorenzo e Moya Escudero, Madrid, 2003, 13 ss.; SCHNYDER, *Die Europäisierung des Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrechts: Herausforderung auch für die Schweiz*, in *Festschrift für Erik Jayme*, I, München, 2004, 823 ss.

(5) Libro verde sulla trasformazione in strumento comunitario della Convenzione di Roma del 1980 applicabile alle obbligazioni contrattuali

Successivamente, questi sforzi si sono concretizzati nella pubblicazione, in data 15.12.2005, della Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali⁽⁶⁾ volto a sostituire la Convenzione sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali del 19.6.1980⁽⁷⁾ (in seguito: Conv. Roma), anche se senza rivoluzionarla. Infatti, la comunitarizzazione della disciplina esistente doveva essere caratterizzata da «un impatto limitato... sul quadro normativo esistente e sugli ambienti interessati... Infatti è volta non già a creare un nuovo corpo di norme giuridiche, bensì a trasformare una convenzione esistente in uno strumento comunitario. Le modifiche apportate permettono di modernizzare alcune disposizioni della Convenzione di Roma e di renderne il testo più chiaro e preciso, aumentando in tal modo la certezza del diritto, senza peraltro introdurre elementi nuovi che modifichino sostanzialmente il regime giuridico attuale»⁽⁸⁾.

Questo scritto non si prefigge, tuttavia, di analizzare questo Progetto di Regolamento e la disciplina internazionale-privatistica ivi prevista per i contratti conclusi dai consumatori, in relazione alla quale il Progetto di Regolamento si è discostato dal ricordato «approccio meramente evolutivistico»⁽⁹⁾ adottando, per converso, una soluzione di una «radicalità inaspettata»⁽¹⁰⁾, cioè il disconoscimento, in relazione ai contratti in questione, di qualsivoglia rilevanza alla legge scelta dalle parti; il nostro scritto vuole piuttosto analizzare la disciplina ancora vigente, posta dalla Con-

venzione di Roma, allo scopo di fornire un quadro utile per valutare l'opportunità delle scelte che verranno operate in occasione della comunitarizzazione della disciplina di cui la pubblicazione del Progetto di Regolamento ricordato non costituisce, peraltro, il punto di arrivo, ciò che si evince agevolmente già solo considerando che il testo di Regolamento contenuto nella Nota della Presidenza del Consiglio dell'Unione europea del 13.4.2007 prevede delle soluzioni – talvolta anche radicalmente – diverse da quelle della Proposta di Regolamento del 2005.

Oggetto di questo scritto sarà, quindi, l'art. 5 della Convenzione di Roma

che detta regole di conflitto speciali⁽¹¹⁾ per determinati contratti conclusi dai consumatori⁽¹²⁾, allo scopo di garantire anche «sul piano del diritto internazionale privato la protezione dei consumatori attuata [sia] sul piano giurisdizionale dalla Convenzione di Bruxelles [prima, e dal Reg. 44/2001 poi]»⁽¹³⁾, sia sul piano materiale⁽¹⁴⁾, attraverso l'applicazione, a certe condizioni, delle disposizioni della legge del paese nel quale il consumatore, ritenuto parte più debole⁽¹⁵⁾, risiede abitualmente⁽¹⁶⁾. I redattori hanno, in altre parole, voluto controbilanciare quello squilibrio sfavorevole ai consumatori «discendente dalla diversità di forza economica e di conoscenze giuridiche tra i contraenti»⁽¹⁷⁾ che confina il consumatore in una posizione di debolezza contrattuale⁽¹⁸⁾. A tal fine i redattori hanno, in relazione a contratti conclusi

e sul rinnovamento della medesima, presentato dalla Commissione il 14.1.2003, COM(2002) 654 def., in www.eur-lex.europa.eu.

Per commenti al Libro verde v. BONOMI, *Conversion of the Rome Convention on Contracts into an EC Instrument: Some Remarks on the Green Paper of the EC Commission*, in *Yearbook of Private International Law*, 2003, 53 ss.; BOSCHIERO, *Verso il rinnovamento e la trasformazione della Convenzione di Roma: problemi generali, in Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, a cura di Picone, Padova, 2004, 319 ss.; CARILLO POZO, *Ante la revisión del art. 4 del Convenio de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales*, in *Pacis artes: obra homenaje al profesor Julio D. González Campos*, Madrid, 2005, 1375 ss.; MAGNUS e MANKOWSKI, *The Green Paper on a future Rome I Regulation on the road to a renewed European private international law of contracts*, in *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, 2004, 131 ss.; MANKOWSKI, *Das Grünbuch zur Rom I-Verordnung*, in *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*, 2003, 483 ss.; MAX-PLANCK-INSTITUT FÜR AUSLÄNDISCHES UND INTERNATIONALES PRIVATRECHT, *Comments on the European Commission's Green Paper on the conversion of the Rome Convention of 1980 on the law applicable to contractual obligations into a Community instrument and its modernization*, in *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 2004, 1 ss.; *Das Grünbuch zum Internationalen Vertragsrecht: Beiträge zur Fortentwicklung des Europäischen Kollisionsrechts der vertraglichen Schuldverhältnisse*, hrsg. von Leible, München, 2004; PLENDER, *The Rome Convention - on the Law Applicable to Contractual Obligations, in Angleichung des materiellen und internationalen Privatrechts in der EU*, hrsg. von Lando, Magnus e Novak-Stief, Frankfurt a.M., 2003, 25 ss.; WILDERSPIN, *Le contrat: les perspectives d'une révision de la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles*, in *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, a cura di Fuchs, Muir Watt e Pataut, Paris, 2004, 173 ss.

⁽⁶⁾ Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I), presentata dalla Commissione il 15.12.2005, COM(2005), 650 def., in www.eur-lex.europa.eu.

⁽⁷⁾ Convenzione sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali del 19.6.1980, ratificata con l. 19.12.1984, n. 975.

⁽⁸⁾ Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I), cit., 3.

⁽⁹⁾ MANKOWSKI, *Der Vorschlag für die Rom I-Verordnung, in Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2006, 101; per affermazioni sostanzialmente simili v. anche Editorial Comments, in *Common Market Law Review*, 2006, 914; LEIBLE, *Der Vorschlag für eine Rom I-Verordnung, in Zeitschrift für Europarecht*, 2006, 78.

⁽¹⁰⁾ MANKOWSKI, *op. loc. ult. cit.*

⁽¹¹⁾ COSÌ LOOSCHELDERS, *Internationales Privatrecht - Art. 3-46 EGBGB*, Berlin-Heidelberg-New York, 2004, 468.

⁽¹²⁾ Per un quadro storico dello sviluppo del diritto internazionale privato dei contratti conclusi dai consumatori, v. JUNKER, *Vom Citoyen zum Consommateur - Entwicklungen des Internationalen Verbraucherschutzrechts*, in *Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 1998, 65 ss.

⁽¹³⁾ ZANOBETTI, *Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (1980), Le convenzioni di diritto del commercio internazionale*, a cura di Ferrari, 2ª ed., Milano, 2002, 196; per affermazioni similari v. MOSCONI e CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale. Parte generale e contratti*, 3ª ed., Torino, 2004, 294; SPICKHOFF, *Art. 29 EGBGB, in Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, hrsg. von Bamberger e Roth, III, §§ 1297-2385. EGBGB. CISG, München, 2003, 2477.

⁽¹⁴⁾ MARTINY, *Verbraucherverträge, in Internationales Vertragsrecht*, hrsg. von Reithmann e Martiny, 6ª ed., Köln, 2004, 662.

⁽¹⁵⁾ V. per tutti HEUZÉ, *La réglementation française des contrats internationaux. Étude critique des méthodes*, Paris, 1990, 214; KAYE, *The New Private International Law of Contract of the European Community*, Aldershot, 1993, 203; PLENDER e WILDERSPIN, *The European Contracts Convention*, 2ª ed., London, 2001, 142; POCAR, *La legge applicabile ai contratti con i consumatori, in Verso una disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti*, a cura di Treves, Padova, 1983, 303; RUSCELLO, *Art. 5 Convenzione di Roma, in Leggi civ. comm.*, 1995, 975; per un esame in generale della tutela internazionale-privatistica della parte contraente più debole, cfr. KROEGER, *Der Schutz der marktschwächeren Partei im Internationalen Vertragsrecht*, Frankfurt, 1984; LECLERC, *La protection de la partie faible dans les contrats internationaux (étude de conflits de lois)*, Bruxelles, 1995; MAHMOUD, *Loi d'autonomie et méthodes de protection de la partie faible en droit international privé, in Recueil des cours*, 2005, 141 ss.; POCAR, *La protection de la partie faible en droit international privé, ivi*, 1984, 339 ss.

⁽¹⁶⁾ Cfr. VON HOFFMANN, *Art. 29 EGBGB, in Soergel, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, X, Einführungsgesetz*, Stuttgart-Köln-Berlin, 1996, 1607.

⁽¹⁷⁾ M. DE CRISTOFARO, *Convenzione di Bruxelles sulla giurisdizione e l'esecuzione delle sentenze in materia civile e commerciale (1968). Regolamento CE n. 44/2001 sulla giurisdizione e l'esecuzione delle sentenze in materia civile e commerciale*, in *Le convenzioni di diritto del commercio internazionale*, a cura di Ferrari, cit., 255; v. anche KAYE, *op. cit.*, 203 s.; LOOSCHELDERS, *op. cit.*, 469.

⁽¹⁸⁾ Cfr. anche MAGNUS, *Art. 29 EGBGB, in J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, 13ª ed., Berlin, 2002, 306.

dai consumatori, da un lato, circoscritto in determinate circostanze, definite nei tre trattini del 2° co., gli effetti di una scelta della legge operata *ex art. 3 Conv. Roma* e, dall'altro, ribaltato il criterio di collegamento previsto dall'*art. 4 Conv. Roma* per le ipotesi di mancanza di una (valida) scelta della legge⁽¹⁹⁾. «In effetti, da un lato la scelta delle parti non può recare pregiudizio alle norme imperative della legge del paese in cui il consumatore ha la residenza abituale e, dall'altro, in questo tipo di contratti dovrebbe normalmente prevalere la legge [della] parte più debole»⁽²⁰⁾.

Mentre la disposizione in esame deroga *in toto*, quindi, all'*art. 4 Conv. Roma*, essa non influisce in alcun modo [a differenza, ad esempio, dell'*art. 5* della Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I), del 15.12.2005, COM(2005) 650 def., che non accorda alcuna rilevanza internazionalprivatistica alla scelta operata dalle parti di un contratto concluso da consumatori e professionisti rientrante nel suo ambito di applicazione, peraltro in parte diverso da quello dell'*art. 5 Conv. Roma*]⁽²¹⁾ sull'operatività del criterio di collegamento soggettivo previsto dall'*art. 3 Conv. Roma*⁽²²⁾; essa obbliga "unicamente" ad un raffronto, che il giudice deve operare *ex officio*⁽²³⁾, tra la legge scelta dalle parti e le disposizioni imperative a protezione del consumatore della legge del paese nel quale risiede abitualmente il consumatore⁽²⁴⁾, che può, questo sì, incidere sulla legge applicabile. Nel caso in cui da questo raffronto risulti che la legge scelta preveda una protezione superiore o anche soltanto pari a quella accordata dalle disposizioni imperative della legge del luogo di residenza abituale del consumatore, non potrà non applicarsi la prima. Nel caso in cui così non fosse, si applicheranno invece le disposizioni imperative della legge del luogo di residenza abituale del consumatore.

2. Rapporto con altre norme della Convenzione di Roma

Da quanto detto nel precedente paragrafo si evince quale rapporto intercorra tra la disposizione in esame e l'*art. 3 Conv. Roma*, da un lato, e l'*art. 4 Conv. Roma*,

dall'altro. Con riferimento ai contratti da essa disciplinati, la disposizione in esame prevale senz'altro sull'*art. 4 Conv. Roma* in quanto *lex specialis*⁽²⁵⁾ e preclude pertanto il ricorso ai criteri di collegamento oggettivi previsti da quest'ultima disposizione e, quindi, anche al correttivo del collegamento più stretto previsto dall'ultimo comma dell'*art. 4 Conv. Roma*, circostanza, questa, criticata da parte della dottrina⁽²⁶⁾. Simili valutazioni non possono effettuarsi con riferimento all'*art. 3 Conv. Roma* visto che

l'art. 5 Conv. Roma non impedisce affatto il ricorso al criterio soggettivo ivi previsto⁽²⁷⁾, *ma influisce semplicemente sull'applicabilità della legge individuata ex art. 3 Conv. Roma allorché essa accordi al consumatore una protezione minore rispetto a quella riconosciuta dalle disposizioni imperative della legge del luogo in cui egli ha la propria residenza abituale;*

la valutazione imposta dall'articolo in esame, d'altronde, richiede sempre un raffronto tra la legge designata e quella dello Stato in cui risiede abitualmente il consumatore che – necessariamente – presuppone la previa applicazione del criterio soggettivo⁽²⁸⁾.

L'*art. 5 Conv. Roma* non incide, invece, su altri aspetti della scelta della legge di cui all'*art. 3 Conv. Roma*, tra i quali vanno annoverati la modalità di scelta della legge, la determinazione del momento in cui questa scelta può essere operata nonché l'ammissibilità di una scelta anche soltanto parziale⁽²⁹⁾. Con riferimento alla prima questione ricordata ne consegue, ad esempio, che anche la scelta della legge applicabile ad un contratto rientrante nell'ambito di applicazione dell'*art. 5 Conv. Roma* «dev'essere espressa, o risultare in modo ragionevolmente certo dalle disposizioni del contratto o dalle circostanze» (*art. 3, 1° co., Conv. Roma*). In relazione alla seconda questione va rilevato che, nei limiti previsti dallo stesso articolo, «[l]e parti possono

⁽¹⁹⁾ V. *Relazione sulla Convenzione relativa alla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali* del prof. Mario Giuliano e del prof. Paul Lagarde, in *Gazz. Uff. CEE*, C 282 del 31.10.1980, 23; per un'applicazione v. LG Düsseldorf, 5.12.1990, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1991, 2220.

⁽²⁰⁾ *Relazione Giuliano/Lagarde, loc. ult. cit.*

⁽²¹⁾ V. in merito BITTERRICH, *Kollisionsrechtliche Absicherung gemeinschaftsrechtlicher Standards im Bereich des Verbraucherschutzes: Der Vorschlag für eine Rom I-Verordnung*, in *Recht der internationalen Wirtschaft*, 2006, 268; PIZZOLANTE, *I contratti con i consumatori nella proposta di Regolamento sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*, 2006, 989.

⁽²²⁾ Cfr. SPICKHOFF, *op. loc. ult. cit.*

⁽²³⁾ Cfr. MAGNUS, *op. cit.*, 333; SPICKHOFF, *op. cit.*, 2481.

⁽²⁴⁾ Cfr. MAGNUS, *op. cit.*, 306.

⁽²⁵⁾ LOOSCHELDERS, *op. cit.*, 470; in giurisprudenza v., con riferimento, però, al solo rapporto dell'*art. 5 Conv. Roma* con l'*art. 3* della stessa, OLG Frankfurt, 1.6.1989, in *Neue Juristische Wochenschrift. Rechtsprechungs-Report*, 1989, 1019.

⁽²⁶⁾ POCAR, *La legge applicabile*, cit., 314: «nonostante le critiche che si possono avanzare alle soluzioni del collegamento più stretto, non sembra invero azzardato ritenere che, in presenza di norme aventi finalità protettive o di situazioni contrattuali con gravi disparità fra i contraenti, il collegamento più stretto [potrebbe] dal giudice [essere] utilizzato per giun-

gere nei singoli casi ad una maggiore tutela della parte debole del contratto»; critico anche BISCONTINI, *Art. 5 Convenzione di Roma*, in *Leggi civ. comm.*, 1995, 973.

⁽²⁷⁾ V. HEISS, *Art. 5*, in *EVÜ. Das Europäische Schuldvertragsübereinkommen. Kommentar*, hrsg. von Czernich e Heiss, Wien, 1999, 145; MARTINY, *Art. 29 EGBGB*, in *Münchener Kommentar zum BGB*, X, Art. 1-46. EGBGB. IPR, 4ª ed., München, 2006, 1898; SALVADORI, *La protezione del consumatore nella Convenzione di Roma, con particolare riferimento alle convenzioni di diritto uniforme*, in *La Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, a cura di Ballarino, Milano, 1994, 267. La norma in esame, infatti, «non preclude alle parti la possibilità di designare la legge applicabile al loro contratto» (SALVADORI, *La protezione del contraente debole (consumatori e lavoratori) nella Convenzione di Roma*, in *La Convenzione di Roma sul diritto applicabile ai contratti internazionali*, a cura di Sacerdoti e Frigo, 2ª ed., Milano, 1994, 126; in giurisprudenza v. OLG Stuttgart, 18.5.1990, in *Neue Juristische Wochenschrift. Rechtsprechungs-Report*, 1990, 1083, secondo cui la disposizione in commento «stellt keine Sonderanknüpfung in dem Sinn dar, dass die von ihm erfaßten Sachnormen nicht auch über das Schuldstatut kraft Vereinbarung Vertragsbestandteile werden können».

⁽²⁸⁾ Così anche LOOSCHELDERS, *op. cit.*, 469.

⁽²⁹⁾ Cfr. MAGNUS, *op. cit.*, 310.

convenire, in qualsiasi momento, di sottoporre il contratto ad una legge diversa da quella che lo regolava in precedenza» (2° co.), anche successivamente alla conclusione del contratto⁽³⁰⁾. Per quanto riguarda invece l'ultima questione menzionata, va segnalato che «[l]e parti possono designare la legge applicabile a tutto il contratto, ovvero a una parte soltanto di esso» (art. 3, 1° co., Conv. Roma).

L'art. 3 Conv. Roma rileva anche ai fini di determinare la legge applicabile al *pactum de lege utenda*⁽³¹⁾; pertanto, anche per quanto riguarda i contratti soggetti all'art. 5 Conv. Roma l'esistenza e la validità del consenso relativo alla scelta della legge sono disciplinati dalla *lex causae* e quindi, nel caso in esame, dalla legge scelta dalle parti⁽³²⁾. «Tuttavia [il consumatore, come ogni altro] contraente, al fine di dimostrare che non ha dato il suo consenso, può riferirsi alla legge del paese in cui ha la sua residenza abituale, se dalle circostanze risulti che non sarebbe ragionevole stabilire l'effetto del comportamento di questo contraente secondo la [legge scelta]» (art. 8, 2° co., Conv. Roma)⁽³³⁾.

La legge applicabile alla forma dei contratti rientranti nell'ambito di applicazione della disposizione in esame si determina, invece, in base alla regola speciale prevista dall'art. 9, 5° co., Conv. Roma⁽³⁴⁾, in virtù del quale «[l]a forma di questi contratti è regolata dalla legge del paese in cui il consumatore ha la sua residenza abituale». La *ratio* di questa regola sta, da una parte, nel fatto che il consumatore è in genere a conoscenza dei soli requisiti formali previsti dal proprio diritto⁽³⁵⁾ e, dall'altro, nello «stretto collegamento che unisce, in materia di protezione dei consumatori, i requisiti imperativi di sostanza e quelli di forma»⁽³⁶⁾.

Non pone alcun problema neppure il rapporto dell'art. 5 Conv. Roma con l'art. 15 della stessa, dedicato al rinvio, secondo cui ogniquale volta la Convenzione stessa «prescrive l'applicazione della legge di un paese, essa si riferisce alle norme giuridiche in vigore in questo paese, ad esclusione delle norme di diritto internazionale privato». Anche

la legge applicabile individuata a mezzo dell'art. 5 Conv. Roma trova applicazione quindi solamente nella misura in cui prevede norme materiali; anche con riferimento ai contratti rientranti nell'ambito di applicazione della disposizione ora ricordata è quindi escluso qualsiasi ulteriore rinvio ad un'altra legge⁽³⁷⁾.

3. L'ambito di applicazione personale: la mancata definizione di "consumatore"

La disposizione circoscrive il proprio ambito di applicazione personale richiedendo che il destinatario della fornitura di beni mobili materiali o di servizi (o del relativo finanziamento) sia un "consumatore", senza, però, fornire ulteriori indicazioni su tale nozione⁽³⁸⁾. La disposizione statuisce unicamente che il contratto oggetto della speciale disciplina internazionalprivatistica sia concluso da un soggetto «per un uso che può considerarsi estraneo alla sua attività professionale». La nozione autonoma⁽³⁹⁾, da elaborare «in base all'obiettivo perseguito, che è la tutela della parte più debole»⁽⁴⁰⁾ e, pertanto, indipendente da qualsiasi definizione nazionale⁽⁴¹⁾ «di consumatore è quindi ricavata dalla estraneità della fornitura (o del relativo finanziamento) alla sua attività professionale»⁽⁴²⁾, estraneità questa che caratterizza anche la nozione, altrettanto autonoma, di "consumatore" prevista dall'art. 13 Conv. Bruxelles⁽⁴³⁾ e volutamente ricalcata, seppur in termini parzialmente diversi, dalla norma in esame⁽⁴⁴⁾, come anche quella prevista dall'art. 15 Reg. 44/2001, che, però, rispetto all'art. 13 Conv. Bruxelles prevede una tutela giurisdizionale del consumatore per varie ragioni più estesa⁽⁴⁵⁾.

L'art. 5 della Convenzione di Roma determina, quindi, in modo negativo il proprio ambito di applicazione

⁽³⁰⁾ Cfr. VILLANI, *La Convenzione di Roma sulla legge applicabile ai contratti*, 2ª ed., Bari, 2000, 72.

⁽³¹⁾ MAGNUS, *op. loc. ult. cit.*

⁽³²⁾ Cfr. VILLANI, *op. cit.*, 78; VON HOFFMANN, *op. cit.*, 1614; *contra*, nel senso dell'applicazione del diritto dello Stato ove il consumatore ha la propria residenza abituale anche alla questione della validità del *pactum de lege utenda*, OLG Düsseldorf, 14.1.1994, in *Neue Juristische Wochenschrift. Rechtsprechungs-Report*, 1994, 1132.

⁽³³⁾ V. anche MAGNUS, *op. loc. ult. cit.*; in giurisprudenza v. OLG Frankfurt, 1.6.1989, cit.

⁽³⁴⁾ V. PLENDER e WILDERSPIN, *op. cit.*, 150 s.; SALVADORI, *La protezione del consumatore nella Convenzione di Roma, con particolare riferimento alle convenzioni di diritto uniforme*, cit., 269; VILLANI, *op. cit.*, 217 s.; VON HOFFMANN, *op. cit.*, 1619.

⁽³⁵⁾ V. VON HOFFMANN, *op. loc. ult. cit.*

⁽³⁶⁾ *Relazione Giuliano/Lagarde*, cit., 31.

⁽³⁷⁾ V. anche LOOSCHELDERS, *op. cit.*, 471; MAGNUS, *op. cit.*, 309; SPICKHOFF, *op. cit.*, 2482; VON HOFFMANN, *op. cit.*, 1615, nt. 82.

⁽³⁸⁾ V. BISCONTINI, *op. cit.*, 969; MARTINY, *op. loc. ult. cit.*, 1898; VON HOFFMANN, *op. cit.*, 1607; in generale sul concetto di consumatore v. CHINÉ, *Il consumatore, in Trattato di diritto privato europeo*, a cura di Lipari, I, *Il diritto privato europeo nel sistema delle fonti. I soggetti (prima parte)*, 2ª ed., Padova, 2003, 435 ss.; DENKINGER, *Der Verbraucherbegriff*, Berlin, 2007; DREHER, *Der Verbraucher: Das Phantom in der Opera des europäischen und deutschen Rechts, in JuristenZeitung*, 1997, 167 ss.; EBERS, *Wer ist Verbraucher?: neuere Entwicklungen in der Rechtsprechung des BGH und EuGH, in Verbraucher und Recht*, 2005, 361 ss.; MEDICUS, *Wer ist ein Verbraucher?, in Wege zum japanischen Recht. Festschrift für Zentaro Kitagawa*, hrsg. von Leser, Berlin, 1992, 471 ss.; PIZZOLANTE, *La nozione di "consumatore" nel*

diritto comunitario e nel diritto italiano, in *Dir. commercio internaz.*, 2003, 319 ss.; REICH, *Il consumatore come cittadino - il cittadino come consumatore: riflessioni sull'attuale stato della teoria del diritto dei consumatori nell'Unione Europea*, in *Nuova giur. comm.*, 2004, II, 345 ss.

⁽³⁹⁾ Così HEISS, *op. cit.*, 124; PLENDER e WILDERSPIN, *op. cit.*, 142; SALVADORI, *La protezione del contraente debole (consumatori e lavoratori) nella Convenzione di Roma*, cit., 128; VON HOFFMANN, *op. loc. ult. cit.*

⁽⁴⁰⁾ *Relazione Giuliano/Lagarde*, cit., 23.

⁽⁴¹⁾ Così anche SALVADORI, *op. loc. ult. cit.*, 129; *contra* ALPA, *op. cit.*, 333: «Occorrerebbe allora - posto che l'art. 5 non dà la definizione esplicita di consumatore - integrarla con la definizione delle singole leggi nazionali».

⁽⁴²⁾ VILLANI, *op. cit.*, 126.

⁽⁴³⁾ V. C. Giust. CE, 19.1.1993, causa C-89/91, Shearson Lehman Hutton c. Tvb Mbh, in *Racc.*, 1993, I-00139, punto 13, dove si legge che: «è opportuno ricordare il principio, consacrato dalla giurisprudenza (v., in particolare, sentenza 21.6.1978, causa 150/77, Bertrand, *Racc.*, 1431, punti da 14 a 16 e 19 della motivazione; sentenza 17.6.1992, causa C-26/91, *Racc.*, I-3967, punto 10 della motivazione), secondo cui, per garantire un'applicazione uniforme della Convenzione in tutti gli Stati contraenti, le nozioni da essa impiegate, che possono assumere significati diversi da un ordinamento all'altro degli Stati contraenti, vanno interpretate in modo autonomo, alla luce soprattutto del sistema e delle finalità della Convenzione. Tale è appunto il caso della nozione di "consumatore", ai sensi degli artt. 13 ss., che funge da presupposto per l'applicazione di norme di competenza giurisdizionale».

⁽⁴⁴⁾ V. PLENDER e WILDERSPIN, *op. cit.*, 141; POCAR, *op. loc. ult. cit.*, 305 s.; RAUSCHER, *Internationales Privatrecht*, 2ª ed., Heidelberg, 2002, 248; VILLANI, *op. loc. ult. cit.*

⁽⁴⁵⁾ V. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, 255 s.

personale⁽⁴⁶⁾, senza, cioè, fornire una definizione positiva del “consumatore”⁽⁴⁷⁾.

Dalla norma in esame non può neppure evincersi se debbono considerarsi “consumatori” solamente persone fisiche, come vuole una parte della dottrina⁽⁴⁸⁾, oppure se in tale concetto possano rientrarvi anche persone giuridiche⁽⁴⁹⁾. Poiché riteniamo opportuno adottare una nozione comunitaria unitaria di “consumatore” non possiamo non aderire alla tesi secondo cui anche ai sensi della disposizione in esame “consumatore” è unicamente la persona fisica⁽⁵⁰⁾, così come lo è, ad esempio, per l’art. 13 Conv. Bruxelles⁽⁵¹⁾, per l’art. 2, dir. 93/13/CEE del Consiglio, del 5.4.1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori⁽⁵²⁾, nonché per l’art. 5, 2° co., della Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I), cit. Se si considera poi che il 3° co. della disposizione in esame fa riferimento esso stesso al «paese nel quale il consumatore ha la sua residenza abituale», la soluzione prospettata non sembra poter essere posta in dubbio; se, infatti, i redattori avessero voluto ricomprendere anche le persone giuridiche nella nozione di “consumatore” avrebbero fatto riferimento, come in effetti hanno fatto ad esempio in sede di individuazione della legge applicabile in mancanza di scelta operata dalle parti (v. art. 4, 2° co., Conv. Roma) anche all’amministrazione centrale – della persona giuridica –, e non unicamente alla residenza abituale – della persona fisica⁽⁵³⁾.

4. Segue: i contratti conclusi dai consumatori

È già stato ricordato che l’art. 5 Conv. Roma non fornisce una nozione espressa di consumatore e, quindi, neppure di contratti conclusi dai consumatori; «la nozione che si ricava dalla disposizione è [piuttosto] una nozione collegata con l’uso che dei beni o servizi che il contraente acquisisce intenda fare»⁽⁵⁴⁾. Si assiste, in altre parole, ad una specie di caratterizzazione finalistica dell’uso della fornitura dei beni mobili materiali e dei servizi (o del suo finanziamento) oggetto del contratto, in mancanza della

quale non può trovare applicazione l’art. 5 Conv. Roma. Questa soluzione «che pone l’accento sull’uso cui sono destinati i beni o servizi acquistati dalla persona corrisponde alle soluzioni risultanti da altre convenzioni internazionali, il cui ambito non è limitato al contesto comunitario europeo. Giova richiamare al riguardo... la Convenzione di Vienna dell’11 aprile 1980 [sui contratti di vendita internazionale di beni mobili]»⁽⁵⁵⁾. Questa Convenzione, ratificata con l. 11.12.1985, n. 765, ed è entrata in vigore in Italia il 1° 1.1988, esclude dal proprio ambito di applicazione materiale⁽⁵⁶⁾ le vendite «di beni mobili acquistati per uso personale, familiare o domestico» (art. 2, lett. a, Conv. Vienna). «Si riscontra [quindi] una sorta di caratterizzazione finalistica dei beni mobili, l’acquisto dei quali è sottratto all’ambito di applicazione della Convenzione di Vienna»⁽⁵⁷⁾. Infatti, perché una compravendita sia esclusa ex art. 2, lett. a, dall’ambito di applicazione di questa Convenzione, è necessario che il compratore preordini l’acquisto dei beni ad un uso personale. A norma dello stesso art. 2, lett. a, occorre, però, altresì che la ricordata caratterizzazione finalistica dell’uso dei beni sia conosciuta dalla controparte del compratore o che sia da questa perlomeno riconoscibile⁽⁵⁸⁾. Pertanto la «destinazione al consumo dei beni acquistati non determina la esclusione dell’operatività della Convenzione quando il venditore l’abbia ignorata e non sia stato in condizione di conoscerla»⁽⁵⁹⁾. Un analogo requisito non è espressamente previsto dall’art. 5 Conv. Roma; ci si deve chiedere se ciò comporti o meno che questa disposizione debba applicarsi in ogni caso in cui l’uso della fornitura persegua uno scopo estraneo all’attività professionale, anche, quindi, laddove la controparte del consumatore non solo non abbia avuto conoscenza dell’uso che il consumatore voleva fare della fornitura (o del suo finanziamento), ma non sia neppure stato nella condizione di poterlo conoscere. A questa domanda la Relazione Giuliano/Lagarde dà una risposta negativa⁽⁶⁰⁾, laddove afferma che «[s]e il destinatario del bene mobile materiale, del servizio o del credito ha di fatto agito essenzialmente al di fuori della sua attività professionale ma la controparte non ne era a conoscenza e, tenendo conto di tutti gli elementi, non poteva esserne a conoscenza, la situazione non

⁽⁴⁶⁾ Così HEISS, *op. loc. ult. cit.*

⁽⁴⁷⁾ Cfr. MARTINY, *Verbraucherverträge*, cit., 662; per un esame del concetto di “consumatore” nel diritto internazionale privato comunitario, v. FABER, *Elemente verschiedener Verbraucherbegriffe in EG-Richtlinien, zwischen staatlichen Übereinkommen und nationalem Zivil- und Kollisionsrecht*, in *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*, 1998, 854 ss.; REINHART, *Zur Auslegung des Begriffs ‘Verbraucher’ im Kollisionsrecht*, in *Lebendiges Recht: von den Sumerern bis zur Gegenwart. Festschrift für Reinhold Trinkner*, hrsg. von Graf von Westphalen e Sandrock, Heidelberg, 1995, 657 ss.

⁽⁴⁸⁾ V. MAGNUS, *op. cit.*, 316.

⁽⁴⁹⁾ Cfr. SPICKHOFF, *op. cit.*, 2479.

⁽⁵⁰⁾ Per questa conclusione v. anche HEISS, *op. loc. ult. cit.*; LOOSCHELDERS, *op. cit.*, 472; MARTINY, *op. ult. cit.*, 663; PLENDER e WILDERSPIN, *op. cit.*, 143; VISCHER, HUBER e OSER, *Internationales Vertragsrechts*, 2ª ed., Bern, 2000, 332; critico invece BISCONTINI, *op. cit.*, 969.

⁽⁵¹⁾ V. C. Giust. CE, 3.7.1997, causa C-269/95, Benincasa c. Dentalkit S.r.l., in *Racc.*, 1997, I-03767, punto 17: «individuo».

⁽⁵²⁾ V. C. Giust. CE, 22.11.2001, causa C-541/99, Cape S.n.c. c. Idealservice S.r.l., in *Racc.*, 2001, I-9049, punto 17: «occorre risolvere la seconda e la terza questione dichiarando che la nozione di “consumatore”, come defi-

nita dall’art. 2, lett. b, della direttiva, dev’essere interpretata nel senso che si riferisce esclusivamente alle persone fisiche».

⁽⁵³⁾ Per questo argomento v. anche HEISS, *op. cit.*, 125.

⁽⁵⁴⁾ POCAR, *op. ult. cit.*, 305; v. altresì KAYE, *op. cit.*, 207; VISCHER, HUBER e OSER, *op. cit.*, 330.

⁽⁵⁵⁾ POCAR, *op. ult. cit.*, 306-307; v. anche MAGNUS, *op. cit.*, 315.

⁽⁵⁶⁾ In merito all’ambito di applicazione materiale della Convenzione di Vienna v. DE NOVA, *L’ambito di applicazione ratione materiae della Convenzione di Vienna*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1990, 749 ss.

⁽⁵⁷⁾ FERRARI, *La vendita internazionale. Applicabilità ed applicazione della Convenzione delle Nazioni Unite sui contratti di vendita internazionale di beni mobili*, in *Tratt. Galgano*, XXI, 2ª ed., Padova, 2006, 173.

⁽⁵⁸⁾ Cfr. ENDERLEIN e MASKOW, *International Sales Law. United Nations Convention for Contracts on the International Sale of Goods*, New York, 1992, 34; KHOO, Art. 2, in *Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention*, a cura di Bianca e Bonell, Milano, 1987, 37; MEMMO, *Il contratto di vendita internazionale nel diritto uniforme*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1983, 197.

⁽⁵⁹⁾ CARBONE e LOPEZ DE GONZALO, Art. 2 della Convenzione di Vienna, in *Leggi civ. comm.*, 1989, 7.

⁽⁶⁰⁾ V. anche HEISS, *op. loc. ult. cit.*

rientra nel campo di applicazione dell'articolo 5. Così, se il destinatario del bene mobile materiale o del servizio si presenta come un professionista e ordina, per esempio, beni che possono effettivamente servire all'esercizio della sua professione su carta con intestazione professionale, la buona fede della controparte è tutelata e il contratto non sarà disciplinato dall'articolo 5»⁽⁶¹⁾. Punto di partenza è, quindi, anche per quanto riguarda questa disposizione⁽⁶²⁾, la riconoscibilità dell'uso non professionale della fornitura da parte della controparte del consumatore⁽⁶³⁾, riconoscibilità che va parametrata su una persona ragionevole della stessa qualità della controparte nelle medesime circostanze. Giacché questa soluzione si fonda, «per un verso, sulla tutela del contraente che, in buona fede, abbia fatto affidamento sull'applicazione della legge risultante dagli articoli 3 e 4 della Convenzione [di Roma], per altro verso, su una esigenza di certezza del diritto applicabile, che sarebbe pregiudicata ove si desse rilevanza ad una circostanza (la qualità di consumatore) celata dallo stesso consumatore»⁽⁶⁴⁾,

occorre che l'intenzione di utilizzare la fornitura o il suo finanziamento per un'attività estranea a quella professionale venga dal consumatore in qualche modo esternata⁽⁶⁵⁾ e ciò necessariamente al più tardi al momento della conclusione del contratto⁽⁶⁶⁾.

Non rileva se il consumatore successivamente cambi idea ed usi i beni od i servizi per uno scopo diverso da quello per il quale intendeva usarli al momento della conclusione del contratto.

Quanto affermato rileva però unicamente nell'ipotesi in cui il consumatore abbia concluso il contratto effettivamente allo scopo di destinare la fornitura o il suo finanziamento ad un uso estraneo alla sua attività professionale⁽⁶⁷⁾. Nel caso in cui, invece, il consumatore abbia concluso il contratto per un uso inerente alla sua attività professionale, la disposizione non trova affatto applicazione, neppure nel caso in cui il contratto di fornitura (o di finanziamento di questa) appaia alla controparte come un contratto concluso per uno scopo estraneo all'attività professionale⁽⁶⁸⁾. Nel caso, invece, in cui il consumatore «agisce

in parte nell'ambito e in parte al di fuori della sua attività professionale, la situazione rientra nel campo di applicazione dell'articolo 5 solo qualora agisca essenzialmente al di fuori della sua attività professionale»⁽⁶⁹⁾.

L'art. 5 Conv. Roma non solo non fornisce, come più volte rilevato, una definizione di "consumatore", ma non offre neppure alcuna indicazione sulle qualità che deve rivestire la controparte dello stesso⁽⁷⁰⁾. Da questa disposizione non si evince, quindi, se essa sia applicabile unicamente quando la controparte non sia anch'essa un consumatore, quando, cioè, la controparte agisca nel quadro della sua attività professionale, o se sia sufficiente che l'uso che il consumatore intende fare della fornitura oggetto del contratto sia estraneo alla sua attività professionale, con la conseguente applicabilità della norma di conflitto speciale anche quando chi fornisce i beni materiali o i servizi o il finanziamento sia anch'esso un consumatore. A nostro avviso⁽⁷¹⁾, perché possa trovare applicazione l'art. 5 Conv. Roma occorre comunque che la controparte agisca nel quadro della sua attività professionale⁽⁷²⁾. Questa soluzione appare inevitabile (ciò anche alla stregua sia dell'opinione espressa – seppur con qualche cautela⁽⁷³⁾ – dalla Relazione Giuliano/Lagarde⁽⁷⁴⁾, sia di molte direttive a tutela del consumatore adottate dalla Comunità europea successivamente all'elaborazione della Convenzione di Roma, le quali precisano che la controparte del consumatore deve rivestire la qualità di soggetto operante nell'ambito della sua attività industriale o professionale)⁽⁷⁵⁾, «dato che altrimenti verrebbe meno la esigenza protettiva cui la Convenzione [di Roma] intende venire incontro con l'art. 5: se invero anche la controparte del consumatore agisce al di fuori di un'attività professionale, e purché questo sia evidente, le due parti si trovano sullo stesso piano e non vi è alcun motivo di accordare maggiore protezione ad una di esse»⁽⁷⁶⁾. Appare quindi ingiustificato estendere questa protezione «all'ipotesi in cui non sussista lo squilibrio di forza contrattuale, derivante dalla qualità di operatore economico in una (ed una sola) delle parti»⁽⁷⁷⁾.

Laddove contrattino due consumatori, la protezione *de qua*, mirante, si ribadisce, a controbilanciare quello squilibrio pregiudizievole per i consumatori discendente dalla diversità di forza

⁽⁶¹⁾ Relazione Giuliano/Lagarde, cit., 23.

⁽⁶²⁾ Per quanto riguarda l'art. 2, lett. a, Conv. Vienna, sopra richiamato, v. FERRARI, *op. cit.*, 178 ss.

⁽⁶³⁾ V. HEISS, *op. loc. ult. cit.*; LOOSCHELDERS, *op. cit.*, 473; MARTINY, *op. ult. cit.*, 664; PLENDER e WILDERSPIN, *op. cit.*, 144; SIEHR, *Internationales Privatrecht. Deutsches und europäisches Kollisionsrecht für Studium und Praxis*, Heidelberg, 2001, 148; VISCHER, HUBER e OSER, *op. cit.*, 331 s.; v. altresì RAUSCHER, *op. loc. ult. cit.*: «[entscheidend ist] der dem anderen Vertragsteil objektiv erkennbar gewollte... Verwendungszweck».

⁽⁶⁴⁾ VILLANI, *op. cit.*, 130.

⁽⁶⁵⁾ Cfr. MAGNUS, *op. loc. ult. cit.*

⁽⁶⁶⁾ Cfr. MAGNUS, *op. cit.*, 316.

⁽⁶⁷⁾ V. HEISS, *op. loc. ult. cit.*

⁽⁶⁸⁾ V. HEISS, *op. loc. ult. cit.*

⁽⁶⁹⁾ Relazione Giuliano/Lagarde, cit., 23; v. anche MAGNUS, *op. cit.*, 315; PLENDER e WILDERSPIN, *op. cit.*, 145; VISCHER, HUBER e OSER, *op. cit.*, 331.

⁽⁷⁰⁾ Così espressamente VILLANI, *op. cit.*, 131.

⁽⁷¹⁾ Contra PLENDER e WILDERSPIN, *op. cit.*, 143.

⁽⁷²⁾ V. anche LOOSCHELDERS, *op. cit.*, 472 s.; NYGH, *Autonomy in International Contracts*, Oxford, 1999, 147.

⁽⁷³⁾ Critico HEISS, *op. cit.*, 126.

⁽⁷⁴⁾ Cfr. Relazione Giuliano/Lagarde, cit., 23.

⁽⁷⁵⁾ V. per questo argomento fra gli altri RUDISCH, *Grenzüberschreitender Schutz bei Verbrauchergeschäften im Gefüge von internationalem Privatrecht und internationalem Verfahrensrecht*, in *Internationales Verbraucherschutzrecht - Erfahrungen und Entwicklungen in Deutschland, Lichtenstein, Österreich und der Schweiz*, hrsg. von Schnyder, Heiss e Rudisch, Tübingen, 1995, 222 s.

⁽⁷⁶⁾ POCAR, *op. ult. cit.*, 308.

⁽⁷⁷⁾ VILLANI, *op. loc. ult. cit.*

economica e di conoscenze giuridiche tra i contraenti, non ha ragione di operare⁽⁷⁸⁾.

È sì vero che una disomogeneità in termini di potere contrattuale si può verificare anche in presenza di due consumatori ma l'art. 5 Conv. Roma non mira a correggere tanto uno squilibrio per così dire di fatto, quanto piuttosto uno squilibrio strutturale, dovuto alle diverse qualità di operatore economico e consumatore.

5. L'ambito di applicazione materiale: i contratti aventi per oggetto la fornitura di beni mobili materiali

Dal testo dell'art. 5 Conv. Roma si evince inequivocabilmente che non tutti i contratti conclusi da consumatori sono soggetti alla disciplina internazionalprivatistica speciale ivi prevista⁽⁷⁹⁾; infatti, la norma in esame si applica unicamente ai contratti tassativamente elencati da essa⁽⁸⁰⁾ e, vista la sua natura eccezionale, non è suscettibile di applicazione analogica ad altri tipi contrattuali⁽⁸¹⁾. Tra i contratti espressamente previsti figura anche il contratto avente per oggetto la fornitura di beni mobili materiali. Ciò significa senz'altro che il contratto di vendita avente per oggetto la fornitura di beni mobili materiali ricade nell'ambito di applicazione dell'art. 5 Conv. Roma⁽⁸²⁾, e ciò indipendentemente dalla forma che può assumere e dal fatto che sia, o meno, sottoposto a qualche condizione⁽⁸³⁾. Ne consegue, ad esempio, che rientrano nella categoria dei contratti *de qua* tanto i contratti di **vendita su campione** quanto quelli **a prova**⁽⁸⁴⁾; inoltre, «[l]a norma si applica tanto alle vendite a credito quanto alle vendite per contanti»⁽⁸⁵⁾. Dato che anche i contratti di **somministrazione** hanno ad oggetto una "fornitura", anche questi rientrano tra i contratti soggetti alla norma di conflitto speciale qui in esame⁽⁸⁶⁾. Altrettanto può dirsi anche per i contratti di **permuta**⁽⁸⁷⁾ ed i contratti che prevedono sia una *dare* che un *facere*, purché, come anche previsto dall'art. 3, 2° co., Conv. Vienna⁽⁸⁸⁾, la parte preponderante delle obbligazioni del contraente che fornisce i beni non consista nella fornitura di mano d'opera o di altri

servizi. Quanto ora affermato non significa che i contratti con prevalenza dell'obbligazione di *facere* non siano disciplinati dall'art. 5 Conv. Roma, ma unicamente che laddove prevalga l'obbligazione di *facere* essi non possono più considerarsi contratti di fornitura ai sensi di questa disposizione; essi sono piuttosto soggetti alla disposizione *de qua* in quanto contratti di fornitura di servizi. Da ciò consegue che una netta distinzione tra contratti che rientrano in una piuttosto che nell'altra categoria non è necessaria ai fini dell'art. 5 Conv. Roma; così invece non è per quanto riguarda la Convenzione di Vienna, essendo l'ambito di applicazione materiale di questa Convenzione limitato al contratto di vendita come autonomamente definito da essa stessa⁽⁸⁹⁾ ed ai contratti ad esso equiparati, come, appunto, il contratto che obbliga sia ad un *dare* che ad un *facere*, con prevalenza, tuttavia, dell'obbligazione di *dare*. Dall'ambito di applicazione dell'art. 5 Conv. Roma non sono neppure escluse le compravendite all'asta, che invece sono escluse dall'ambito di applicazione della Convenzione di Vienna⁽⁹⁰⁾.

Perché i contratti di fornitura ricordati possano essere soggetti alla disposizione in esame occorre che essi abbiano per oggetto beni mobili materiali. Per meglio definire questo concetto (autonomo, indipendente, cioè, dal significato che ad esso viene attribuito nei vari diritti nazionali) si può, alla stregua della c.d. interpretazione interconvenzionale⁽⁹¹⁾, ricorrere ai risultati raggiunti nell'interpretazione di questa nozione in relazione ad altre convenzioni di diritto uniforme, nel caso concreto, a quelle raggiunte in sede di interpretazione della Convenzione di Vienna più volte richiamata⁽⁹²⁾, e ciò anche in virtù del fatto che il termine inglese corrispondente a quello *de quo*, "goods", è identico a quello utilizzato nella versione inglese della Convenzione di Vienna. Pertanto,

costituiscono «beni mobili materiali» anche ai sensi dell'art. 5 Conv. Roma tutti i beni che al momento in cui deve avvenire la consegna, e quindi non necessariamente anche al momento della conclusione del contratto, sono mobili e corporali

⁽⁷⁸⁾ Così anche KAYE, *op. cit.*, 206; E. LORENZ, *Die Rechtswahlfreiheit im internationalen Schuldvertragsrecht*, in *Recht der internationalen Wirtschaft*, 1987, 575; W. LORENZ, *Kollisionsrecht des Verbraucherschutzes: Anwendbares Recht und internationale Zuständigkeit*, in *Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 1994, 429; SIEHR, *op. loc. ult. cit.*; VON BAR, *Internationales Privatrecht*, II, *Besonderer Teil*, München, 1991, 321 s.; *contra* MAGNUS, *op. cit.*, 316; RAUSCHER, *op. loc. ult. cit.*

⁽⁷⁹⁾ Così espressamente anche C. Giust. CE, 9.9.2004, *causa C-70/03*, Commissione delle Comunità europee c. Regno di Spagna, in *Racc.*, 2004, I-07999, punto 28.

⁽⁸⁰⁾ Per un riferimento alla tassatività dell'elenco v. per tutti MARTINY, *op. ult. cit.*, 664; VISCHER, HUBER e OSER, *op. cit.*, 334.

⁽⁸¹⁾ V. MAGNUS, *op. cit.*, 317; in giurisprudenza v., con riferimento però all'art. 29 EGBGB, la disposizione di diritto interno tedesco corrispondente all'art. 5 Conv. Roma, LG Bielefeld, 27.5.1999, in *Neue Juristische Wochenschrift. Rechtsprechungs-Report*, 1999, 1283: «Eine entsprechende Anwendung des Art. 29 I EGBGB auf die vorliegenden Verträge scheidet aus. Damit würden die Grenzen einer zulässigen Analogie überschritten. Aus Art. 29 EGBGB würde eine umfassende kollisionsrechtliche Verbraucherschutznorm, was der Gesetzgeber jedoch nicht beabsichtigt hat. Das zeigt bereits die differenzierte Regelung des Art. 29 EGBGB».

⁽⁸²⁾ V. HEISS, *op. cit.*, 128; RAUSCHER, *op. cit.*, 249.

⁽⁸³⁾ V. KAYE, *op. cit.*, 204.

⁽⁸⁴⁾ V. MAGNUS, *op. loc. ult. cit.*

⁽⁸⁵⁾ *Relazione Giuliano/Lagarde*, cit., 23.

⁽⁸⁶⁾ V. MAGNUS, *op. loc. ult. cit.*

⁽⁸⁷⁾ Cfr. HEISS, *op. loc. ult. cit.*; KAYE, *op. loc. ult. cit.*

⁽⁸⁸⁾ Per un commento a questa disposizione v. FERRARI, *op. cit.*, 135 ss.

⁽⁸⁹⁾ Per questa definizione v. FERRARI, *op. cit.*, 155; in giurisprudenza v. Trib. Padova, 25.2.2004, in *Giur. it.*, 2004, 1403; **Trib. Rimini, 26.11.2002**, *ivi*, 2003, 902.

⁽⁹⁰⁾ Cfr. l'art. 2, lett. b, Conv. Vienna; cfr. in merito FERRARI, *op. cit.*, 183 s.

⁽⁹¹⁾ Per questo metodo interpretativo v. FERRARI, *I rapporti tra le convenzioni di diritto materiale uniforme in materia contrattuale e la necessità di un'interpretazione interconvenzionale*, in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*, 2000, 669 ss.; MAGNUS, *Konventionsübergreifende Interpretation internationaler Staatsverträge privatrechtlichen Inhalts*, in *Aufbruch nach Europa. 75 Jahre Max-Planck-Institut für Privatrecht*, hrsg. von Basedow, Drobnig, Ellger, Hopt, Kötz, Kulms e Mestmäcker, Tübingen, 2001, 571 ss.; TORSSELLO, *Common Features of Uniform Commercial Law Conventions. A Comparative Study Beyond the 1980 Uniform Sales Law*, München, 2004, 271 ss.

⁽⁹²⁾ Cfr. anche MAGNUS, *Art. 29 EGBGB*, cit., 318.

e ciò indipendentemente dalla forma che essi assumono (ragione per cui possono essere soggette alla disposizione da ultimo richiamata anche i contratti di fornitura di gas, così come possono essere soggetti alla Convenzione di Vienna)⁽⁹³⁾ e dal fatto che si tratti di beni nuovi o usati, animati o inanimati. Ne discende che non sono beni mobili materiali ai sensi dell'art. 5 Conv. Roma i beni incorporali o immateriali⁽⁹⁴⁾, così come non lo sono ai sensi della Convenzione di Vienna⁽⁹⁵⁾, come ad esempio i marchi, i brevetti, i crediti, i prodotti finanziari⁽⁹⁶⁾, le quote di una società a responsabilità limitata e i diritti di godimento ripartito di beni immobili⁽⁹⁷⁾. Il software costituisce, invece, un bene mobile materiale ai sensi dell'art. 5 Conv. Roma, almeno nell'ipotesi in cui esso sia incorporato in un bene corporale⁽⁹⁸⁾. Ai sensi di quest'ultima disposizione non sono beni la cui fornitura rientra nell'ambito di applicazione della stessa i beni immobili⁽⁹⁹⁾. Ciò non esclude, tuttavia, che il contratto di fornitura di beni appartenenti o collegati ad immobili, qualora alienati separatamente, possa essere soggetta alla disposizione *de qua*. È il caso, per fare un esempio, della vendita del raccolto futuro. Non può neppure escludersi che costituiscano beni ai sensi dell'art. 5 Conv. Roma i beni destinati ad essere stabilmente collegati ad un bene immobile come parti integranti dello stesso⁽¹⁰⁰⁾; si pensi, a titolo esemplificativo, al materiale da costruzione.

6. Segue: i contratti aventi per oggetto la fornitura di servizi e quelli destinati al finanziamento dei contratti di fornitura

Rientrano nell'ambito di applicazione della disposizione in esame anche i contratti di fornitura di servizi di cui, al pari di quelli di fornitura di beni mobili materiali, la disposizione non dà alcuna definizione. A tale mancata definizione non si può supplire ricorrendo a delle definizioni nazionali; così operando si violerebbe l'obbligo previsto dall'**art. 18 Conv. Roma**, a norma del quale «[n]ell'interpretazione e applicazione delle norme uniformi [poste dalla Convenzione di Roma] si terrà conto del loro carattere internazionale e dell'opportunità che siano interpre-

tate e applicate in modo uniforme». Anche il concetto *de quo* deve, quindi, essere interpretato in modo autonomo⁽¹⁰¹⁾ e va svincolato da qualsiasi diritto nazionale. A tal fine risulta utile il ricorso all'**art. 50** del Trattato che istituisce la Comunità europea⁽¹⁰²⁾, dove i servizi vengono definiti come le prestazioni – normalmente, seppur non necessariamente, retribuite – derivanti da attività industriali, commerciali, artigiane e dei liberi professionisti⁽¹⁰³⁾. Questa definizione ampia⁽¹⁰⁴⁾ porta a concludere che devono considerarsi contratti di fornitura di servizi ad esempio i contratti di appalto sia d'opera che di servizi⁽¹⁰⁵⁾, il contratto di assicurazione, al quale però la Convenzione di Roma si applica unicamente nella misura in cui l'applicabilità di questa non è esclusa dal suo art. 1, 3° co.⁽¹⁰⁶⁾, il contratto c.d. di brokeraggio⁽¹⁰⁷⁾, ossia il contratto avente per oggetto, così la Suprema Corte in una recentissima sentenza del 2007⁽¹⁰⁸⁾, lo svolgimento, da parte del broker, «dell'attività di mediatore di assicurazione e riassicurazione, attività rivolta a mettere in diretta relazione con imprese di assicurazione o riassicurazione, alle quali il broker non sia vincolato da impegni di sorta, soggetti che intendano provvedere con la sua collaborazione alla copertura dei rischi, assistendoli nella determinazione del contenuto dei relativi contratti e collaborando eventualmente alla loro gestione ed esecuzione», il contratto di deposito, il contratto di engineering, il contratto di fideiussione, il mandato, ecc. Non rientrano nell'ambito di applicazione dell'art. 5 Conv. Roma invece i contratti di lavoro⁽¹⁰⁹⁾, perché soggetti alla norma di conflitto speciale prevista dall'**art. 6 Conv. Roma**⁽¹¹⁰⁾. Anche i contratti aventi per oggetto unicamente il diritto di godimento di un bene esulano dall'ambito di applicazione dell'art. 5 Conv. Roma⁽¹¹¹⁾, ragione per cui dovrà ricorrersi ad una norma di conflitto diversa per individuare il diritto applicabile ad esempio ad un contratto di comodato, ad un contratto di locazione⁽¹¹²⁾ e anche ad un contratto di **leasing finanziario**⁽¹¹³⁾. Analogamente, anche il mutuo non potrà essere annoverato tra i contratti di fornitura di servizi⁽¹¹⁴⁾, dovendosi escludere che il mutuo possa avere come oggetto la prestazione di un'attività; tuttavia, esso può essere soggetto alla norma di conflitto in esame nella misura in cui è qualificabile come

⁽⁹³⁾ V. Oberster Gerichtshof, 6.2.1996, in www.unilex.info.

⁽⁹⁴⁾ V. BISCONTINI, *op. cit.*, 967; SPICKHOFF, *op. cit.*, 2478; VILLANI, *op. cit.*, 132.

⁽⁹⁵⁾ V. FERRARI, *La vendita internazionale*, cit., 158 s.; *contra* DIEDRICH, *Anwendbarkeit des Wiener Kaufrechts auf Softwareüberlassungsverträge*, in *Recht der internationalen Wirtschaft*, 1993, 446; SCHMITT, *"Intangible Goods" in Online-Kaufverträgen und der Anwendungsbereich des CISG*, in *Computer und Recht*, 2001, 149.

⁽⁹⁶⁾ V. BONOMI, *La Convenzione sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali del 19.6.1980*, in *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale*, XI, *Figure della contrattazione internazionale*, Torino, 2004, 652.

⁽⁹⁷⁾ V. BGH, 19.3.1997, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1997, 1698 s.

⁽⁹⁸⁾ Cfr. anche MAGNUS, *op. loc. ult. cit.*

⁽⁹⁹⁾ V. VISCHER, HUBER e OSER, *op. cit.*, 336.

⁽¹⁰⁰⁾ Così anche, in merito però alla Convenzione di Vienna, HONNOLD, *Uniform Law for International Sales*, 3ª ed., Deventer, 1999, 52.

⁽¹⁰¹⁾ V. in dottrina RAUSCHER, *op. loc. ult. cit.*; in giurisprudenza v. BGH, 26.10.1993, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1994, 263: «Der Begriff der Erbringung von Dienstleistungen... ist autonom zu bestimmen».

⁽¹⁰²⁾ Per questo approccio v. anche MARTINY, *Art. 29 EGBGB*, cit., 1904.

⁽¹⁰³⁾ V. anche MAGNUS, *op. loc. ult. cit.*

⁽¹⁰⁴⁾ Per un riferimento alla natura ampia della definizione *de qua*, v., in dottrina, LOOSCHELDERS, *op. cit.*, 474; in giurisprudenza v. LG Bielefeld, 27.5.1999, in *Neue Juristische Wochenschrift. Rechtsprechungs-Report*, 1999, 1283: «Dieser Begriff ist... weit auszulegen und umfaßt die Erbringung von tätigkeitsbezogenen Leistungen an Verbraucher aufgrund von Dienst-, Werk-, Werklieferungs- und Geschäftsbesorgungsverträgen»; BGH, 26.10.1993, cit.: «Dem EVÜ und dem Bericht Giuliano/Lagarde ist zu entnehmen, daß der Begriff der Erbringung von Dienstleistungen weit auszulegen ist».

⁽¹⁰⁵⁾ V. BGH, 19.3.1997, cit.

⁽¹⁰⁶⁾ V. VILLANI, *op. cit.*, 132.

⁽¹⁰⁷⁾ In dottrina v. MARTINY, *Verbraucherverträge*, cit., 666; PLENDER e WILDERSPIN, *op. cit.*, 144; in giurisprudenza v. BGH, 25.1.2005, in www.Irz-muenchen.de.

⁽¹⁰⁸⁾ V. Cass., S.U., 2.4.2007, n. 8095.

⁽¹⁰⁹⁾ Così anche BGH, 19.3.1997, cit.

⁽¹¹⁰⁾ V. MAGNUS, *op. loc. ult. cit.*

⁽¹¹¹⁾ Cfr. MAGNUS, *op. loc. ult. cit.*

⁽¹¹²⁾ V. LOOSCHELDERS, *op. loc. ult. cit.*; MARTINY, *op. ult. cit.*, 665; RAUSCHER, *op. loc. ult. cit.*

⁽¹¹³⁾ *Contra* HEISS, *op. loc. ult. cit.*

⁽¹¹⁴⁾ V. MAGNUS, *op. loc. ult. cit.*

contratto destinato al finanziamento delle forniture oggetto di un contratto sottoposto alla disposizione *de qua*⁽¹¹⁵⁾. La legge applicabile al contratto di trasporto, invece, non va mai individuata alla stregua della disposizione in esame, ma ciò non tanto perché questo contratto non costituisca un contratto di fornitura di servizi, bensì perché il 4° co. di questa disposizione espressamente esclude questo tipo di contratto dal suo ambito di applicazione⁽¹¹⁶⁾.

Per espressa previsione rientrano nell'ambito di applicazione dell'art. 5 Conv. Roma anche i contratti destinati al finanziamento delle forniture di beni mobili materiali e di servizi.

Da ciò si evince chiaramente che non tutti i contratti di finanziamento sono soggetti alla norma di conflitto speciale in esame⁽¹¹⁷⁾, ma, appunto, solo quelli destinati al finanziamento delle forniture oggetto di un contratto rientrante nell'ambito di applicazione della disposizione in esame. Occorre, in altre parole, che tra il contratto di fornitura di beni o servizi e quello di finanziamento vi sia un legame di causa ed effetto⁽¹¹⁸⁾. Questo non significa, tuttavia, che il finanziamento debba essere necessariamente messo a disposizione dal fornitore⁽¹¹⁹⁾. Significa, invece, che i contratti di finanziamento conclusi dai consumatori a scopi diversi o per finanziare tipi di contratti diversi non rientrano nell'ambito di applicazione dell'art. 5 Conv. Roma⁽¹²⁰⁾.

7. Segue: le esclusioni dall'ambito di applicazione previste dal 4° co. e le controesclusioni di cui al 5° co.

Come già rilevato, per espressa previsione i contratti di (puro) **trasporto** non rientrano nell'ambito di applicazione materiale dell'art. 5 Conv. Roma⁽¹²¹⁾, e ciò indipendentemente sia dal tipo di trasporto, indipendentemente, cioè, dal fatto che il trasporto sia aereo, marittimo, ferroviario o stradale⁽¹²²⁾, sia dall'oggetto del contratto, dal fatto, quindi, che il trasporto abbia per oggetto persone o cose⁽¹²³⁾. Altrettanto irrilevante ai fini dell'esclusione *de qua* è la gratuità od onerosità del trasporto⁽¹²⁴⁾. Secondo la Relazione Giuliano/Lagarde, questa esclusione «è dovuta

al fatto che le particolari misure di protezione previste dall'articolo 5 non sono atte a disciplinare contratti di questo tipo»⁽¹²⁵⁾. Essa è però anche stata giustificata con l'esistenza di un numero elevato di convenzioni di diritto materiale uniforme in materia⁽¹²⁶⁾; ma tale giustificazione è stata efficacemente criticata in dottrina⁽¹²⁷⁾. Più convincente appare l'orientamento secondo cui «le misure protettive previste dall'art. 5 non appaiono adatte a contratti che sono stipulati normalmente da un vettore con una pluralità di contraenti [consumatori] e che sembra opportuno sottoporre ad una legge unitaria»⁽¹²⁸⁾.

In virtù del 4° co. sono esclusi dall'ambito di applicazione materiale anche tutti i contratti di fornitura di servizi «quando i servizi dovuti al consumatore devono essere forniti esclusivamente in un paese diverso da quello in cui egli risiede abitualmente» (lett. b). Ciò si capisce visto che in questo caso il consumatore «non può ragionevolmente aspettarsi che venga applicata la legge del suo Stato d'origine, in deroga alle norme generali degli articoli 3 e 4. Nei casi contemplati dalla lettera b), il contratto presenta un collegamento più stretto con lo Stato in cui risiede l'altra parte contraente»⁽¹²⁹⁾. Sono pertanto esclusi tutti i contratti di fornitura di servizi conclusi dal consumatore all'estero, come, ad esempio, il contratto alberghiero concluso all'estero in occasione delle vacanze⁽¹³⁰⁾ ed il contratto ivi concluso per seguire un determinato corso di studio⁽¹³¹⁾ e dalla controparte ivi interamente eseguiti.

Se la controparte esegue le proprie prestazioni interamente all'estero, non potrà rilevare il luogo di esecuzione della prestazione del consumatore⁽¹³²⁾.

Pertanto, se la controparte del consumatore fornisce i servizi esclusivamente all'estero, l'art. 5 Conv. Roma non si applica «anche se questa ha compiuto uno degli atti descritti al paragrafo 2 (per esempio, pubblicità) nello Stato di residenza del consumatore»⁽¹³³⁾. Laddove un contratto preveda, invece, la fornitura di servizi in più paesi, tra cui anche quello del consumatore, il contratto non rientrerà nell'esclusione prevista dalla lett. b del 4° co. dell'art. 5 Conv. Roma⁽¹³⁴⁾.

Dal dettato della lett. b del 4° co. dell'art. 5 Conv. Roma si evince che i contratti destinati al finanziamento della for-

(115) V. *infra* il testo che accompagna le note 117 ss.

(116) V. RAUSCHER, *op. loc. ult. cit.*

(117) V. MAGNUS, *op. ult. cit.*, 318 s.

(118) Cfr. MAGNUS, *op. ult. cit.*, 319: «Zweckbindung».

(119) Così anche MAGNUS, *op. loc. ult. cit.*

(120) V. VON BAR, *op. cit.*, 318 s.

(121) V. ROMANELLI, *I trasporti aerei ed i trasporti terrestri in relazione alla Convenzione del 1980 sulla legge applicabile*, in *Verso una disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti*, a cura di Treves, cit., 245.

(122) Cfr. MAGNUS, *op. ult. cit.*, 320; RUGGERI, *Art. 5 Convenzione di Roma*, in *Leggi civ. comm.*, 1995, 991; VILLANI, *op. cit.*, 145.

(123) V. KAYE, *op. loc. ult. cit.*; LOOSCHELDERS, *op. cit.*, 476; MAGNUS, *op. ult. cit.*, 319; SPICKHOFF, *op. loc. ult. cit.*; *contra* PLENDER e WILDERSPIN, *op. cit.*, 152, secondo i quali l'esclusione di cui al 4° co. della disposizione in commento comprenderebbe unicamente i contratti di trasporto di persone: «this is suggested by the explicit reference to contracts for the carriage of goods in Article 4(4) and by the provision in Article 5(5) derogating from Article 5(4)».

(124) V. MAGNUS, *op. ult. cit.*, 320.

(125) *Relazione Giuliano/Lagarde*, cit., 24.

(126) V. in merito ad esempio HEISS, *op. cit.*, 131; RUGGERI, *op. cit.*, 991 s.

(127) Per queste critiche v. MANKOWSKI, *Seerechtliche Vertragsverhältnisse im Internationalen Privatrecht*, Tübingen, 1995, 393 ss.

(128) VILLANI, *op. loc. ult. cit.*

(129) *Relazione Giuliano/Lagarde*, *loc. ult. cit.*; v. anche KAYE, *op. cit.*, 208 s.; RUGGERI, *op. cit.*, 998.

(130) V. SALVADORI, *op. ult. cit.*, 134.

(131) V. anche VILLANI, *op. loc. ult. cit.*

(132) V. MAGNUS, *op. loc. ult. cit.*

(133) *Relazione Giuliano/Lagarde*, *loc. ult. cit.*; in giurisprudenza v. AG Bernkastel-Kues, 9.9.1992, in *Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 1994, 141.

(134) V. VILLANI, *op. cit.*, 146.

natura di servizi di cui sopra rimangono invece soggetti all'art. 5 Conv. Roma⁽¹³⁵⁾; infatti, se i redattori avessero voluto escludere anche questi contratti (alla condizione prevista dalla lett. b del 4° co.) dall'ambito di applicazione della disposizione in esame, avrebbero utilizzato la stessa dicitura utilizzata nel 1° co., dove viene operata una netta distinzione tra i contratti di fornitura di servizi e quelli destinati al loro finanziamento⁽¹³⁶⁾. Alla stregua di quanto detto si deve invece concludere che i contratti di fornitura di beni mobili materiali e quelli destinati al loro finanziamento non possano ritenersi oggetto dell'esclusione *de qua* e siano pertanto, anche se interamente eseguiti all'estero, soggetti alle regole di conflitto speciale previste dall'art. 5 Conv. Roma.

Mentre i contratti di puro trasporto sono, in virtù della lett. a del 4° co., esclusi dall'ambito di applicazione dell'art. 5 Conv. Roma, lo stesso non può dirsi per i contratti che prevedono, per un prezzo globale, sia prestazioni di trasporto che di alloggio (c.d. "package tours"); tali contratti sono soggetti al 2° e 3° co. della disposizione in esame⁽¹³⁷⁾, e ciò indipendentemente dal fatto che le prestazioni vengano tutte effettuate all'estero⁽¹³⁸⁾. È noto come il contratto *de quo* non sia stato dai redattori meglio definito⁽¹³⁹⁾. Se ciò debba portare ad equiparare questo contratto a quello la cui definizione si ricava dall'**art. 2, 1° co., dir. 90/314/CEE** del Consiglio, del 13.6.1990, concernente i viaggi, le vacanze ed i circuiti "tutto compreso" (la cui norma di recepimento è costituita dall'**art. 84, 1° co., c. cons.**), come vorrebbe una parte della dottrina⁽¹⁴⁰⁾, è lecito dubitare, dato che tale norma non richiede che la controparte del consumatore si obblighi necessariamente a fornire sia trasporto che alloggio, come invece richiesto dal art. 5, 5° co., Conv. Roma. Nella norma in esame non possono rintracciarsi indici significativi per individuare il contratto *de quo*, giacché, come ricordato, i redattori non lo hanno definito espressamente; allo scopo ricordato appare utile richiamare la Relazione Giuliano/Lagarde, ove è rinvenibile un elemento che consente di inquadrare meglio il contratto in questione: l'alloggio non deve costituire mero accessorio del trasporto⁽¹⁴¹⁾. Infatti, «l'alloggio che forma parte del viaggio organizzato deve normalmente essere distinto dal trasporto e pertanto il paragrafo 5 non può applicarsi alla fornitura di una cuccetta o di una carrozza letto»⁽¹⁴²⁾.

⁽¹³⁵⁾ V. MAGNUS, *op. ult. cit.*, 321.

⁽¹³⁶⁾ Per questo argomento, riferito però all'art. 29 EGBGB, la disposizione di diritto interno tedesco con la quale è stato recepito l'art. 5 Conv. Roma, BGH, 26.10.1993, cit.: «Art. 29 IV 1 Nr. 2 EGBGB nimmt nämlich nach seinem Wortlaut Verträge zur Finanzierung von Geschäften über die Erbringung von Dienstleistungen im Ausland nicht von der Anwendbarkeit des Art. 29 I-III EGBGB aus. Da diese Verträge einer in Art. 29 I EGBGB ausdrücklich gebildeten Sonderkategorie unterfallen, hätte es ihrer Erwähnung bedurft, wenn sie ebenfalls von der Ausnahmeregelung in Art. 29 IV 1 Nr. 2 EGBGB hätten erfasst werden sollen».

⁽¹³⁷⁾ V. ZANOBETTI, *op. cit.*, 196.

⁽¹³⁸⁾ V. Relazione Giuliano/Lagarde, cit., 25, secondo cui «l'importanza della specifica inclusione stabilita dal [comma] 5 sta in ciò che – in deroga al [comma] 4 lett. b) – tale contratto ricade nella norma protettiva dell'art. 5 anche se il viaggio cominci (e si svolga completamente) in un paese diverso da quello di residenza del consumatore»; v. anche MAGNUS, *op. loc. ult. cit.*; VILLANI, *op. loc. ult. cit.*

⁽¹³⁹⁾ V. Relazione Giuliano/Lagarde, *loc. ult. cit.*: «Nel redigere il paragrafo 5 il gruppo ha incontrato difficoltà per definire l'espressione "viaggio or-

8. Le condizioni di applicabilità delle regole di conflitto speciali previste dal 2° e 3° co.: proposta o pubblicità nel paese del consumatore e compimento di atti necessari alla conclusione del contratto da parte di questi

Perché possano operare le regole speciali previste dall'art. 5 Conv. Roma non è sufficiente che il contratto rientri nell'ambito di applicazione materiale della disposizione stessa⁽¹⁴³⁾. Deve sussistere altresì uno stretto legame con il paese del consumatore⁽¹⁴⁴⁾, tale da giustificare obiettivamente l'applicazione del diritto di questo paese⁽¹⁴⁵⁾. Secondo i redattori della Convenzione di Roma, questo legame sussiste però unicamente laddove il contratto sia stato concluso secondo una delle specifiche modalità elencate, in via alternativa⁽¹⁴⁶⁾, dal 2° co.⁽¹⁴⁷⁾. Ciò significa che

le norme di conflitto speciali del 2° e 3° co. non trovano applicazione qualora il contratto sia stato concluso secondo modalità diverse, e ciò indipendentemente dallo stretto legame che possa intercorrere tra il contratto ed il paese del consumatore.

Viene così limitata la tutela internazionalprivatistica accordata al consumatore dalla disposizione in esame. Tale limitazione appare, alla luce dello scopo dichiarato della disciplina internazionalprivatistica speciale in esame, ingiustificata nella misura in cui esclude che lo stretto legame con il paese del consumatore idoneo a giustificare l'applicazione del diritto di questo paese possa sussistere anche in presenza di ulteriori circostanze⁽¹⁴⁸⁾; parte della dottrina ha, al fine di superare tale restrizione, proposto l'applicazione analogica delle norme di conflitto speciali di cui al 2° e 3° co. dell'art. 5 Conv. Roma nei casi in cui il legame con il paese del consumatore sia talmente stretto da poter essere assimilato a quello previsto nelle tre ipotesi di cui al 2° co.⁽¹⁴⁹⁾. Alla luce però del carattere eccezionale e tassativo dell'elenco delle modalità di conclusione del contratto previsto dal 2° co., crediamo di dover escludere che sia possibile ampliare la tutela internazionalprivatisti-

ganizzato" ("package tours"). Esso si è limitato ad una definizione che sottolinea i principali elementi di questo tipo di contratto, in pratica ben noto, lasciando ai giudici la cura di risolvere gli eventuali problemi di una sua esatta delimitazione».

⁽¹⁴⁰⁾ V. MAGNUS, *op. loc. ult. cit.*

⁽¹⁴¹⁾ V. MAGNUS, *op. loc. ult. cit.*

⁽¹⁴²⁾ Relazione Giuliano/Lagarde, *loc. ult. cit.*; critica questa soluzione RUGGERI, *op. cit.*, 1000.

⁽¹⁴³⁾ V. per tutti RAUSCHER, *op. cit.*, 250.

⁽¹⁴⁴⁾ Cfr. BONOMI, *op. loc. ult. cit.*

⁽¹⁴⁵⁾ Così KAYE, *op. cit.*, 215; MAGNUS, *op. loc. ult. cit.*

⁽¹⁴⁶⁾ V. BARATTA, *La convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, in Il diritto privato dell'Unione europea*, a cura di Tizzano, 2ª ed., II, Torino, 2006, 1913; KAYE, *op. loc. ult. cit.*; MAGNUS, *op. ult. cit.*, 322; RAUSCHER, *op. loc. ult. cit.*; RUSCELLO, *op. cit.*, 978; SPICKHOFF, *op. cit.*, 2479; VILLANI, *op. cit.*, 133.

⁽¹⁴⁷⁾ V. MARTINY, *op. loc. cit.*, 668.

⁽¹⁴⁸⁾ Critico anche MAGNUS, *op. loc. ult. cit.*

⁽¹⁴⁹⁾ V. MAGNUS, *op. loc. ult. cit.*

ca del consumatore applicando analogicamente il 2° e 3° co.⁽¹⁵⁰⁾.

La prima ipotesi (di modalità di conclusione del contratto) prevista dall'art. 2° co. si configura quando la conclusione del contratto sia stata preceduta nel paese di residenza abituale del consumatore da una proposta specifica o da una pubblicità e se il consumatore abbia compiuto nello stesso paese gli atti necessari per la conclusione del contratto⁽¹⁵¹⁾, quando, cioè, la controparte del consumatore «è andato, per così dire, a cercare il consumatore a casa sua, proponendogli (direttamente o tramite la pubblicità) la conclusione del contratto»⁽¹⁵²⁾. La prima ipotesi prevede, in altre parole, che il consumatore risponda (dal suo paese di residenza abituale) ad uno stimolo della controparte⁽¹⁵³⁾. Malgrado la versione ufficiale italiana richieda che la conclusione del contratto sia preceduta nel paese di residenza abituale del consumatore da una "proposta specifica", non è necessario, tuttavia, che lo stimolo prenda la forma di una vera e propria proposta contrattuale⁽¹⁵⁴⁾; la nozione va piuttosto interpretata in un modo più ampio, tale da consentire il raggiungimento dell'obiettivo perseguito dalla disciplina internazionalprivatistica speciale in esame, ossia la «tutela della parte più debole»⁽¹⁵⁵⁾. Una siffatta interpretazione trova poi conforto nelle versioni ufficiali inglese e francese che fanno riferimento rispettivamente ad «a specific invitation» ed «une proposition spécialement faite», a concetti, quindi, che sono più ampi di quello di "proposta" del diritto nazionale⁽¹⁵⁶⁾ e che l'interprete non può ignorare visto che l'art. 18 Conv. Roma impone di tenere conto del carattere internazionale delle norme della Convenzione di Roma e dell'opportunità che siano interpretate e applicate in modo uniforme⁽¹⁵⁷⁾. Da quanto affermato consegue che nel termine "proposta" impiegato dall'art. 5 Conv. Roma può essere ricompresa – come affermato anche dalla Corte Federale tedesca⁽¹⁵⁸⁾ – anche una semplice *invitatio ad offerendum* rivolta al consumatore⁽¹⁵⁹⁾ nonché un'offerta al pubblico⁽¹⁶⁰⁾.

La "proposta" deve raggiungere il consumatore nel suo paese di residenza

⁽¹⁵⁰⁾ Così anche RAUSCHER, *op. cit.*, 252; SPICKHOFF, *op. cit.*, 2480; in giurisprudenza v. BGH, 19.3.1997, cit.; *contra* in dottrina KOTHE, *Verbraucherschutz im Licht des europäischen Wirtschaftsrechts*, in *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 1990, 156; *contra* in giurisprudenza OLG Stuttgart, 18.5.1990, cit.

⁽¹⁵¹⁾ Per una recente applicazione v. OLG Hamm, 28.10.2002, in *Neue Juristische Wochenschrift. Rechtsprechungs-Report*, 2003, 717.

⁽¹⁵²⁾ VILLANI, *op. cit.*, 134; simile MARTINY, *op. ult. cit.*, 666.

⁽¹⁵³⁾ Così già BONOMI, *op. ult. cit.*, 653.

⁽¹⁵⁴⁾ V. anche BONOMI, *op. loc. ult. cit.*

⁽¹⁵⁵⁾ *Relazione Giuliano/Lagarde*, cit., 23.

⁽¹⁵⁶⁾ V. MARTINY, *op. ult. cit.*, 669.

⁽¹⁵⁷⁾ In merito all'interpretazione ed applicazione uniforme della Convenzione di Roma v. JUNKER, *Die einheitliche Auslegung nach dem EG-Schuldvertragsübereinkommen*, in *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 1991, 674 ss.; LUZZATTO, *L'interpretazione della Convenzione e il problema della competenza della Corte di Giustizia delle Comunità*, in *Verso una disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti*, a cura di Treves, cit., 57 ss.; MIGNOLLI, *L'interpretazione della Convenzione di Roma da parte della Corte di Giustizia delle Comunità Europee*, in *La Convenzione di Roma sul diritto applicabile ai contratti*

abituale. Per l'applicazione delle regole di conflitto speciali non occorre, invece, che la "proposta" sia effettuata personalmente dalla controparte del consumatore⁽¹⁶¹⁾ ma è sufficiente che a questa sia attribuibile;

ne discende che anche la "proposta" pervenuta al consumatore tramite un agente può condurre all'applicazione delle norme di conflitto speciali previste nel 2° e 3° co. dell'art 5 Conv. Roma⁽¹⁶²⁾ e analoga conclusione vale per la "proposta" formulata da un venditore a domicilio⁽¹⁶³⁾. Secondo il trattino in esame, le norme di conflitto speciali si applicano anche quando la conclusione del contratto sia stata preceduta da una pubblicità nel paese di residenza abituale del consumatore. Anche il concetto di "pubblicità" va inteso in senso ampio⁽¹⁶⁴⁾, aspetto che rende superflua una definizione esatta della nozione di "proposta" già richiamata⁽¹⁶⁵⁾; in tale concetto ampio di "pubblicità" rientra ogni forma di pubblicità, indipendentemente dal mezzo utilizzato, indipendentemente, cioè, dal fatto che la pubblicità sia stata effettuata «mediante la stampa, la radio, la televisione od il cinema [o] mediante cataloghi specificamente indirizzati a tale paese»⁽¹⁶⁶⁾. Al pari della "proposta" di cui sopra, la pubblicità deve raggiungere il consumatore nel proprio paese di residenza abituale; *nulla quaestio* nel caso in cui la controparte del consumatore abbia impiegato strumenti pubblicitari specifici del paese di residenza abituale di quest'ultimo⁽¹⁶⁷⁾. Così «[s]e, ad esempio, un tedesco conclude un contratto in seguito ad un annuncio pubblicato da una società francese in un giornale tedesco, questo contratto rientra nella sfera della norma speciale»⁽¹⁶⁸⁾. Ci si deve però chiedere se le norme di conflitto speciali del 2° e 3° co. siano applicabili anche quando il mezzo pubblicitario utilizzato non sia un mezzo destinato specificamente al paese di residenza abituale del consumatore: si pensi, ad esempio, alla pubblicità fatta in un giornale pubblicato in un paese diverso da quello di residenza abituale del consumatore. La Relazione Giuliano/Lagarde esclude in tale caso l'operatività delle regole di conflitto speciali dell'art. 5 Conv. Roma rilevando che se un «tedesco risponde ad un annuncio pubblicato in un gior-

internazionali, a cura di Sacerdoti e Frigo, cit., 229 ss.; REINHART, *Zur einheitlichen Auslegung vereinheitlichter IPR-Normen nach Art. 36 EGBGB*, in *Recht der internationalen Wirtschaft*, 1994, 445 ss.

⁽¹⁵⁸⁾ V. BGH, 26.10.1993, cit.

⁽¹⁵⁹⁾ Cfr. BONOMI, *op. loc. ult. cit.*; MAGNUS, *op. ult. cit.*, 323; MANKOWSKI, *Strukturfragen des internationalen Verbrauchervertragsrechts*, in *Recht der internationalen Wirtschaft*, 1993, 458; MARTINY, *op. loc. ult. cit.*; VISCHER, HUBER e OSER, *op. cit.*, 342; *contra* LOOSCHELDERS, *op. cit.*, 478.

⁽¹⁶⁰⁾ V. MANKOWSKI, *op. loc. ult. cit.*

⁽¹⁶¹⁾ V. MAGNUS, *op. loc. ult. cit.*

⁽¹⁶²⁾ In questo senso v. BGH, 26.10.1993, cit.

⁽¹⁶³⁾ V. *Relazione Giuliano/Lagarde*, cit., 24.

⁽¹⁶⁴⁾ V. MAGNUS, *op. loc. ult. cit.*

⁽¹⁶⁵⁾ V. BONOMI, *op. loc. ult. cit.*

⁽¹⁶⁶⁾ *Relazione Giuliano/Lagarde*, cit., 23-24; v. anche KAYE, *op. cit.*, 216; RUSCELLO, *op. cit.*, 978; SALVADORI, *La protezione del consumatore nella Convenzione di Roma, con particolare riferimento alle convenzioni di diritto uniforme*, cit., 268.

⁽¹⁶⁷⁾ Cfr. BONOMI, *op. loc. ult. cit.*

⁽¹⁶⁸⁾ *Relazione Giuliano/Lagarde*, cit., 24.

nale americano, anche se questo è venduto in Germania, la norma non si applica, a meno che l'annuncio sia stato pubblicato in edizioni speciali di detto giornale destinate ai paesi europei. In quest'ultimo caso, il venditore avrà effettuato una pubblicità particolarmente destinata al paese dell'acquirente»⁽¹⁶⁹⁾. Alla luce, tuttavia, dello scopo di tutela del consumatore perseguito dalla disciplina internazionale-privatistica in esame a nostra opinione è preferibile la posizione contraria⁽¹⁷⁰⁾.

Se la controparte del consumatore si avvale di un mezzo pubblicitario che permette di raggiungere consumatori anche in paesi diversi da quelli ai quali è specificamente destinato quel mezzo, sembra lecito aspettarsi che egli, oltre a cogliere eventuali benefici, ne sopporti anche le conseguenze pregiudizievoli⁽¹⁷¹⁾.

Questa soluzione si giustifica anche per il fatto che anche in questa ipotesi, come nelle altre già ricordate, il consumatore non fa che rispondere ad uno stimolo della controparte. A nostro avviso, però, ciò vale solo nella misura in cui la controparte del consumatore poteva ragionevolmente prevedere che la pubblicità raggiungesse anche consumatori in paesi diversi da quello di destinazione specifica del messaggio pubblicitario.

Quanto detto vale anche con riguardo alla pubblicità effettuata su internet⁽¹⁷²⁾, senza che possa, tuttavia, operare il limite appena ricordato, giacché la controparte del consumatore non può non prevedere che consumatori di tutto il mondo accedano al sito ove è rinvenibile la pubblicità. A nostro avviso, la soluzione prospettata non può considerarsi eccessivamente penalizzante per la controparte del consumatore; egli potrà sempre rifiutarsi di concludere un contratto con consumatori residenti in paesi non destinatari del messaggio pubblicitario⁽¹⁷³⁾. Inoltre, una tesi diversa da quella sostenuta⁽¹⁷⁴⁾ permetterebbe alla controparte del consumatore di escludere unilateralmente, attraverso astuta presentazione della pagina web o della pubblicità, la tutela prevista dall'art. 5 Conv. Roma⁽¹⁷⁵⁾.

I principi sopra illustrati valgono anche con riguardo alla pubblicità operata attraverso la sponsorizzazione di manifestazioni sportive, culturali, artistiche, ecc., o di personaggi dello sport o di squadre sportive. Pertanto, «[i]n linea di principio, quando la circolazione della squadra, o la loca-

lizzazione della manifestazione, o la tournée artistica determinino la ricezione del messaggio pubblicitario dello sponsor nel paese di residenza del consumatore, è da ritenere che la norma in esame sia applicabile. Alla stessa soluzione ci sembra debba pervenirsi qualora la ripresa televisiva della manifestazione consenta allo sponsor di raggiungere dati paesi (per esempio, quelli collegati ad una trasmissione in eurovisione)»⁽¹⁷⁶⁾.

Perché possano trovare applicazione le norme di conflitto speciali di cui al 2° e 3° co. occorre, inoltre, che il consumatore abbia compiuto – nel suo paese di residenza abituale – gli atti necessari per la conclusione del contratto. Tale locuzione, che «è volutamente alquanto vag[a]»⁽¹⁷⁷⁾, evidenzia la volontà dei redattori della Convenzione di Roma di evitare che «gli atti compiuti dal consumatore debbano essere qualificati dal punto di vista giuridico, il che presupporrebbe la determinazione del diritto applicabile e condurrebbe, dunque, l'interprete in un inestricabile circolo vizioso. Ciò che conta è il luogo in cui il consumatore esprime, in qualunque forma, la propria volontà contrattuale»⁽¹⁷⁸⁾. Non è quindi necessaria «la conclusione del contratto nello Stato di residenza del consumatore»⁽¹⁷⁹⁾. Pertanto,

le norme di conflitto speciali del 2° e 3° co. si applicano non solo nel caso in cui il consumatore esprima nel suo paese di residenza un'accettazione, che può anche divenire efficace in un paese diverso, ma anche quando esprima ivi una proposta contrattuale, anche utilizzando un computer ubicato nel suo paese di residenza abituale⁽¹⁸⁰⁾,

in risposta, ad esempio, all'*invitatio ad offerendum* fatta pervenire dalla controparte. Lo stesso dicasi per l'ipotesi in cui il consumatore rimetta la manifestazione della propria volontà contrattuale ad un *nuntius*, tenuto a comunicarla alla controparte all'estero⁽¹⁸¹⁾. Gli atti necessari comprendono quindi «qualunque scrittura o iniziativa conseguenti ad un'offerta o ad una pubblicità»⁽¹⁸²⁾; occorre, tuttavia, come già ricordato, che siano posti in essere nel paese del consumatore. Per quanto riguarda le dichiarazioni formulate dal consumatore via internet ciò significa che esse debbono essere immesse dal consumatore su internet nel proprio paese di residenza⁽¹⁸³⁾. Non è sufficiente, per-

⁽¹⁶⁹⁾ *Relazione Giuliano/Lagarde, loc. ult. cit.*

⁽¹⁷⁰⁾ Così anche MARTINY, *op. ult. cit.*, 669 s.; PLENDER e WILDERSPIN, *op. cit.*, 147; *contra*, alla stregua delle affermazioni rinvenibili nella *Relazione Giuliano/Lagarde*, RUSCELLO, *op. cit.*, 979.

⁽¹⁷¹⁾ V. MAGNUS, *op. ult. cit.*, 324; *contra* VISCHER, HUBER e OSER, *op. cit.*, 343.

⁽¹⁷²⁾ V. anche MAGNUS, *E-Commerce und Internationales Privatrecht*, in *Das Wirtschaftsrecht vor den Herausforderungen des E-Commerce*, hrsg. von Graf, Paschke e Stoiber, Köln, 2002, 27 s.; *contra* RAUSCHER, *op. cit.*, 251.

⁽¹⁷³⁾ Per questo argomento v. MANKOWSKI, *Das Internet im Internationalen Vertrags- und Deliktsrecht*, in *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 1999, 239; PLENDER e WILDERSPIN, *op. loc. ult. cit.*

⁽¹⁷⁴⁾ Per una simile soluzione cfr. BORGES, *Weltweite Geschäfte per Internet und deutscher Verbraucherschutz*, in *Zeitschrift für die gesamte Insol-*

venzpraxis, 1999, 570; GRUBER, *Vertragsschluss im Internet unter kollisionsrechtlichen Aspekten*, in *Der Betrieb*, 1999, 1437.

⁽¹⁷⁵⁾ Per questo argomento cfr. MAGNUS, *Art. 29 EGBGB*, cit., 324.

⁽¹⁷⁶⁾ VILLANI, *op. cit.*, 134.

⁽¹⁷⁷⁾ VILLANI, *op. cit.*, 135.

⁽¹⁷⁸⁾ BONOMI, *op. ult. cit.*, 652.

⁽¹⁷⁹⁾ VILLANI, *op. loc. ult. cit.*

⁽¹⁸⁰⁾ MAGNUS, *E-Commerce und Internationales Privatrecht*, cit., 28; MARTINY, *op. ult. cit.*, 670.

⁽¹⁸¹⁾ MAGNUS, *Art. 29 EGBGB*, cit., 325.

⁽¹⁸²⁾ *Relazione Giuliano/Lagarde, loc. ult. cit.*

⁽¹⁸³⁾ MAGNUS, *op. loc. ult. cit.*; MANKOWSKI, *Das Internet im Internationalen Vertrags- und Deliktsrecht*, cit., 250.

tanto, che egli si colleghi all'estero ad un servizio di posta elettronica offerto nel proprio paese di residenza.

9. Segue: ricezione dell'ordine da parte della controparte o del suo rappresentante nel paese di residenza abituale e vendite effettuate in occasione di escursioni transfrontaliere

La seconda delle tre ipotesi (alternative) di modalità di conclusione del contratto previste dal 2° co. dell'art. 5 Conv. Roma si realizza quando la controparte del consumatore – o il suo rappresentante – abbia di fatto ricevuto – per iscritto o anche solo oralmente⁽¹⁸⁴⁾ – l'ordine (ossia l'espressione dell'inequivocabile volontà del consumatore di volersi vincolare contrattualmente) del consumatore nel paese di residenza abituale di quest'ultimo. «Anche in questa ipotesi, [come in quella già ricordata nel paragrafo precedente,] si giustifica la tutela del consumatore, considerato che la controparte si è recata nello Stato del primo per ottenere l'ordine»⁽¹⁸⁵⁾, creando così un «collegamento con il paese della residenza del consumatore [che] è ancora più intenso»⁽¹⁸⁶⁾ e che permette al consumatore di fare affidamento sull'applicazione del proprio diritto⁽¹⁸⁷⁾; un siffatto collegamento non sussiste, invece, quando il consumatore abbia emesso l'ordine all'estero, anche se poi riceva una conferma d'ordine dalla controparte nel proprio paese di residenza abituale⁽¹⁸⁸⁾. Questa seconda ipotesi si distingue, però, da quella già ricordata nel paragrafo precedente perché non è richiesto che la manifestazione della volontà contrattuale del consumatore sia preceduta da una “proposta” specifica o dalla pubblicità della controparte⁽¹⁸⁹⁾; in questa ipotesi «il consumatore si è lui stesso rivolto allo stand d'una società straniera in una fiera o esposizione organizzata nel suo proprio paese o a una succursale o agenzia permanenti d'una società straniera ivi stabilite»⁽¹⁹⁰⁾. Si prescinde quindi dal fatto che il consumatore abbia compiuto nel proprio paese di residenza abituale gli atti necessari per la conclusione del contratto illustrati nel paragrafo precedente, anche se tale circostanza in genere si verificherà⁽¹⁹¹⁾.

Come ricordato,

non occorre che l'ordine sia ricevuto dalla controparte del consumatore perché si possano applicare le norme di conflitto speciali relative ai contratti conclusi dai consumatori. È sufficiente che l'ordine sia

stato ricevuto dal “rappresentante” nel paese di residenza abituale del consumatore.

Anche la nozione di “rappresentante” va intesa, in virtù di quanto già detto sopra con riferimento all'art. 18 Conv. Roma, in modo più esteso rispetto al diritto nazionale. Così «[l]a parola “rappresentante” deve abbracciare tutte le persone che agiscono a nome del commerciante»⁽¹⁹²⁾, e ciò indipendentemente da un loro potere di rappresentanza, come peraltro statuito anche dalla Corte Federale tedesca⁽¹⁹³⁾.

L'ultima ipotesi abbastanza particolare⁽¹⁹⁴⁾, si configura invece quando il consumatore abbia emesso l'ordine in un paese diverso da quello di sua residenza abituale, nel quale si è recato in occasione di un viaggio organizzato dalla controparte con lo scopo di incitare il consumatore a concludere una vendita (le c.d. vendite effettuate in occasione di escursioni transfrontaliere). A nostro avviso, in questa ipotesi, la tutela internazionalprivatistica del consumatore deve ritenersi accordata per ragioni diverse da quelle sottostanti alle due ipotesi già illustrate e identificabili nello stretto legame con il paese di residenza abituale del consumatore; tale stretto legame nella fattispecie *de qua* è impedito proprio dallo spostamento di questi all'estero⁽¹⁹⁵⁾. La ragione di tale tutela sta piuttosto nel fatto che nell'ipotesi considerata il consumatore è «destinatario di una strategia di marketing alquanto aggressiva da parte del venditore e, dunque, meritevole di particolare protezione»⁽¹⁹⁶⁾.

Le motivazioni alla base della tutela accordata non sono gli unici elementi a divergere; l'ipotesi considerata si distingue anche per quanto concerne l'ambito di applicazione materiale, giacché essa concerne unicamente i contratti di vendita di merci⁽¹⁹⁷⁾, mentre le ipotesi precedentemente considerate riguardano tutti i contratti soggetti all'art. 5 Conv. Roma in virtù del suo 1° co.⁽¹⁹⁸⁾. Detto questo, rimane da chiarire se l'ipotesi *de qua* comprenda tutti i contratti di fornitura di merci (come definiti sopra) o, come sembra indicare il testo, unicamente i contratti di “vendita”. A nostro avviso

alla diversa terminologia va fatto corrispondere un diverso contenuto sostanziale; siamo perciò dell'opinione che i contratti non qualificabili come di “vendita” (in senso autonomo) siano esclusi dalla fattispecie in esame.

⁽¹⁸⁴⁾ MAGNUS, *op. ult. cit.*, 325.

⁽¹⁸⁵⁾ VILLANI, *op. cit.*, 136; v. altresì MARTINY, *op. ult. cit.*, 671; VISCHER, HUBER e OSER, *op. cit.*, 341.

⁽¹⁸⁶⁾ BONOMI, *op. ult. cit.*, 653.

⁽¹⁸⁷⁾ MAGNUS, *op. ult. cit.*, 326.

⁽¹⁸⁸⁾ V. anche BGH, 19.3.1997, cit.

⁽¹⁸⁹⁾ Cfr. altresì KAYE, *op. cit.*, 217; RUSCELLO, *op. loc. ult. cit.*; VILLANI, *op. cit.*, 135.

⁽¹⁹⁰⁾ *Relazione Giuliano/Lagarde, loc. ult. cit.*

⁽¹⁹¹⁾ Così espressamente anche BONOMI, *op. loc. ult. cit.*

⁽¹⁹²⁾ *Relazione Giuliano/Lagarde, loc. ult. cit.*; v. anche KAYE, *op. loc. ult. cit.*; MAGNUS, *op. ult. cit.*, 326; PLENDER e WILDERSPIN, *op. cit.*, 148 s.

⁽¹⁹³⁾ BGH, 26.10.1993, cit.: «Der Ausdruck “Vertreter” erfaßt alle im Namen des Kaufmanns handelnden Personen... Auf das Bestehen einer Vertretungsmacht kommt es nicht an».

⁽¹⁹⁴⁾ Così espressamente *Relazione Giuliano/Lagarde, loc. ult. cit.*

⁽¹⁹⁵⁾ *Contra* MAGNUS, *op. ult. cit.*, 326 s.: «Anders als nach Nr 1 und 2 gibt der Käufer seine Vertragsschlusserklärung dann zwar außerhalb seines Aufenthaltsstaates ab. Dennoch kann er die Geltung “seines” Rechts erwarten, weil ihn der Verkäufer erst an den fremden Ort gebracht hat».

⁽¹⁹⁶⁾ BONOMI, *op. loc. ult. cit.*

⁽¹⁹⁷⁾ V. MARTINY, *op. ult. cit.*, 672; RAUSCHER, *op. loc. ult. cit.*

⁽¹⁹⁸⁾ V. RUSCELLO, *op. loc. ult. cit.*; VILLANI, *op. cit.*, 136.

Conseguentemente riteniamo che non rientrino nell'ambito di applicazione materiale dell'ipotesi *de qua* ad esempio i contratti di permuta che pur essendo, come già ricordato, annoverabili tra i contratti di fornitura, non possono certamente dirsi contratti di vendita.

Perché si configuri l'ipotesi *de qua* occorre, oltre al trasferimento del consumatore dal suo paese di residenza abituale⁽¹⁹⁹⁾ ad un paese straniero e l'emissione in tale paese dell'ordine di acquisto, che «il viaggio sia stato organizzato dal venditore per incitare il consumatore a concludere una vendita». Ciò non significa, tuttavia, che il venditore debba necessariamente provvedere anche all'esecuzione del trasporto⁽²⁰⁰⁾. Il trasporto può senz'altro essere eseguito da un diverso soggetto ma deve comunque essere organizzato dal venditore⁽²⁰¹⁾. Pertanto, non è sufficiente che il venditore utilizzi l'occasione di un viaggio organizzato ed eseguito da un terzo per vendere i propri beni⁽²⁰²⁾.

L'ipotesi *de qua* si configura, inoltre, solo a condizione che il venditore abbia organizzato il viaggio per incitare il consumatore ad acquistare beni. Non è richiesto che la finalità di commercializzare i propri beni costituisca lo

scopo esclusivo dell'organizzazione del trasporto, ma è necessario che ne rappresenti lo scopo essenziale⁽²⁰³⁾. Laddove lo scopo ultimo di chi ha organizzato il viaggio sia proprio quello di offrire agli utenti questo servizi (di viaggio), la disciplina speciale non potrà trovare applicazione e ciò neppure nel caso in cui l'organizzatore indirizzi i viaggiatori all'acquisto di beni presso determinati soggetti; il consumatore che, in occasione di un viaggio organizzato ma non preordinato ad indurlo a stipulare contratti di compravendita, acquista merci all'estero non gode comprensibilmente della protezione accordata dalla disposizione⁽²⁰⁴⁾ visto che egli non avrebbe alcuna ragione per poter confidare in quest'ipotesi nell'applicabilità della "sua" legge.

Unicamente quando sussistono i criteri di applicabilità esaminati può trovare applicazione la disciplina internazionalprivatistica speciale prevista dall'art. 5 Conv. Roma, il cui modo di operare sarà oggetto di un contributo di prossima pubblicazione in questa rivista che esaminerà anche i rapporti intercorrenti tra l'art. 5 Conv. Roma ed il diritto comunitario, da un lato, ed il diritto convenzionale, dall'altro. ■

⁽¹⁹⁹⁾ La disciplina speciale non si applica allorché il paese ove ha inizio il viaggio è diverso da quello ove il consumatore ha la propria residenza abituale; in dottrina v. LOOSCHELDERS, *op. cit.*, 480; in giurisprudenza v. OLG Düsseldorf, 9.6.1994, in *Neue Juristische Wochenschrift. Rechtsprechungs-Report*, 1995, 1396: «Der Kaufvertrag der Parteien unterliegt auch nicht nach Art. 29 I EGBGB als Verbrauchervertrag deutschem Recht, weil er nicht unter den in Art. 29 I EGBGB bezeichneten Umständen zustande gekommen ist. In Betracht käme nur der Fall des Art. 29 I Nr. 3 EGBGB ("Kaffeeahrt"). Diese Vorschrift schützt aber nur Verbraucher, die vom Staat ihres gewöhnlichen Aufenthalts in den Staat des Vertragsschlusses eingereist sind. Für Reisen aus Drittstaaten gelten die allgemeinen Vorschriften der Art. 27, 28 EGBGB... Der Bekl. ist im Ausland von einem

Schiff, das nicht unter deutscher Flagge fährt, und damit aus einem Drittstaat, in den Staat des Vertragsschlusses eingereist».

⁽²⁰⁰⁾ Cfr. KAYE, *op. cit.*, 218; RUSCELLO, *op. cit.*, 980; VILLANI, *op. loc. ult. cit.*

⁽²⁰¹⁾ V. in giurisprudenza LG Tübingen, 30.3.2005, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2005, 1513: «Es genügt, wenn [der Verkäufer] die Reise durch eine Vereinbarung mit einem Beförderungsunternehmen (z.B. Reisebüro oder Busunternehmen) organisiert hat... Andererseits soll nach wohl herrschender Meinung das bloße Ausnutzen der von einem anderen veranstalteten Reise für Verkaufszwecke nicht genügen».

⁽²⁰²⁾ MAGNUS, *op. ult. cit.*, 327; VISCHER, HUBER e OSER, *op. cit.*, 345.

⁽²⁰³⁾ MAGNUS, *op. loc. ult. cit.*

⁽²⁰⁴⁾ In giurisprudenza v. LG Düsseldorf, 5.12.1990, cit.