

Diritto privato europeo

Il Diritto comune europeo della vendita

a cura di **Giovanni D'Amico**

Nel mese di ottobre dello scorso anno la Commissione dell'Unione europea ha presentato una Proposta di regolamento per un «Diritto comune europeo della vendita» (doc. COM (2011) 635 def.)

La proposta è volta ad introdurre nei Paesi membri un regime "comune" della vendita, destinato a porsi come regime facoltativo che i contraenti (parti di contratti di vendita transfrontalieri) potranno adottare in alternativa al diritto "nazionale", che dovrebbe altrimenti applicarsi in virtù delle regole di diritto internazionale privato. Lo strumento "opzionale" (*opt-in*), è specificamente previsto - come appena detto - con riferimento ai contratti transfrontalieri (sua finalità precipua essendo appunto quella di agevolare lo sviluppo di queste transazioni, in funzione specialmente di favorire la crescita delle PMI, e in particolare di promuovere lo sviluppo del commercio *on line*), ma il legislatore europeo lascia gli Stati membri liberi di prevedere che esso possa essere adottato anche con riferimento a contratti meramente "interni".

La disciplina che dovrebbe costituire il «diritto comune europeo della vendita» (CESL, secondo l'acronimo inglese) è previsto che si applichi - se pure con significative differenze - sia con riferimento ai contratti tra imprese e consumatori (B2C) sia ai contratti tra imprese (B2B) purché almeno una sia una «piccola impresa» ai sensi dell'art. 7 (ossia un'impresa che impieghi non più di 250 dipendenti e abbia un fatturato annuo non superiore ai 50 mill. di euro oppure un totale di bilancio annuo non superiore ai 43 mill. di euro).

Il «Diritto comune europeo della vendita» si presenta, infine, come un *corpus* completo di norme di diritto contrattuale, comprensivo non soltanto della disciplina specifica del "tipo contrattuale" della vendita (e di alcuni contratti ad essa accessori), ma anche di buona parte delle regole che compongono tradizionalmente la c.d. "parte generale" del contratto. Il che costituisce senza dubbio motivo ulteriore di interesse per quello che potrebbe diventare il primo nucleo di un codice europeo dei contratti.

Gli scritti che si pubblicano in questo "Speciale" riproducono gli interventi svolti dagli autori in una Tavola Rotonda dedicata all'argomento nell'ambito del VII Congresso giuridico-forense organizzato dal CNF e svoltosi a Roma nei giorni 15-17 marzo 2012.

In tal modo la Rivista intende fornire un primo contributo al dibattito su questa importante Proposta, che già si è aperto anche nella dottrina italiana, e che si arricchirà e intensificherà certamente nei prossimi mesi.

Direttiva sui diritti dei consumatori e Regolamento sul Diritto comune europeo della vendita: quale strategia dell'Unione europea in materia di armonizzazione?

di *Giovanni D'Amico*

Il contributo ripercorre la genesi della Proposta di regolamento per un «Diritto comune europeo della vendita», mostrando come l'elaborazione di questa proposta si sia ad un certo punto intrecciata con la (contestuale e) travagliata elaborazione della c.d. «direttiva sui diritti dei consumatori». I due documenti riflettono probabilmente il contrasto (non ancora sciolto) tra due visioni (o strategie) alquanto diverse della direzione che si vuole imprimere all'evoluzione del diritto contrattuale "europeo": uno sviluppo orientato verso una tendenziale "ricomposizione" dell'unità del diritto contrattuale ovvero una conferma della specificità delle re-

gole contrattuali da applicare al contraente-consumatore. Entrambe le prospettive, peraltro, scontano la (ancora irrisolta) problematicità che da tempo ormai circonda il tema della "armonizzazione", investendo sia gli obiettivi finali di questo processo sia le tecniche di cui esso deve avvalersi.

Il problema dell'armonizzazione

La parte finale dell'anno appena trascorso ha fatto registrare due importanti novità nel campo del diritto contrattuale di fonte europea.

Dopo una lunga e travagliata elaborazione ha, infatti, visto finalmente la luce la «Direttiva sui diritti dei consumatori» (1), preceduta appena due settimane prima dalla pubblicazione da parte della Commissione europea di una «Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo ad un diritto comune europeo della vendita» (2).

L'uscita pressoché contestuale dei due importanti documenti non è casuale; l'impressione è, infatti, che i due testi fossero (almeno da un certo momento in poi) strettamente legati, e il contenuto dell'uno sia venuto a dipendere (almeno in parte) dalle scelte fatte a proposito dell'altro.

Sullo sfondo, la ricorrente riflessione sulle tecniche (e, prima ancora, sulle strategie) per perseguire, nella maniera più efficace, gli obiettivi della armonizzazione, riflessione ormai da diversi anni (e precisamente dall'inizio del nuovo secolo) avviata in sede europea sulla scorta della acquisita consapevolezza che un ventennio di direttive in materia contrattuale ha bensì ravvicinato le legislazioni degli stati membri, ma meno di quanto ci si sarebbe potuti attendere (e, comunque, con ricadute - sul piano dell'aumento delle contrattazioni transfrontaliere - meno rilevanti del previsto), e, soprattutto, non senza dar vita al contempo a nuove differenziazioni e nuove frammentazioni.

Di questa riflessione - costellata di contrasti a volte aspri, di generose (o ingenui?) "fughe in avanti" e di prudenti "ripiegamenti" - è testimonianza la vicenda dei due documenti oggetto della presente analisi; documenti che incarnano probabilmente due "visioni" contrapposte (anche se non - almeno in maniera assoluta - *alternative*, sì da non escludere una loro possibile contemporanea attuazione), singolarmente coesistenti nel dibattito e nella prassi operativa degli organi comunitari. Visioni che - dopo essersi a lungo confrontate - hanno probabilmente dovuto accettare, in questa fase, una sorta di "armistizio", rinunciando ciascuna a prevalere sull'altra (almeno per il momento) e accettando, di conseguenza, un *ridimensionamento*, indispensabile perché entrambe le prospettive di cui le visioni in esame sono portatrici possano continuare a rimanere "aperte", in attesa che gli sviluppi futuri indichino la direzione che sarà divenuta prevalente, oppure consacrino una *stabilizzata* coesistenza (ammesso che quest'ultima soluzione sia realmente praticabile) dei due diversi "approcci".

Ripercorrere - sia pure rapidamente - questa recente vicenda significa anche cercare di capire in che senso l'armonizzazione sia divenuta un *problema*, o meglio in che senso sia divenuta *problematica* la decisione sulla *intensità* della armonizzazione e sulle *tecniche* per realizzarla.

La proposta di direttiva sui diritti dei consumatori (2008): la formulazione iniziale, i contrasti e l'esito conclusivo

Come già ricordato, nell'ottobre del 2008 la Commissione europea aveva presentato una Proposta di direttiva (3) con l'obiettivo di definire - attraverso la rivisitazione di quattro fondamentali direttive "consumeristiche" (in ordine di emanazione: dir. n. 577 del 1985 sui contratti negoziati fuori dei locali commerciali; dir. n. 13 del 1993 sulle clausole abusive nei contratti dei consumatori; dir. n. 7 del 1997 sulla protezione dei consumatori nei contratti a distanza; dir. n. 44 del 1999 su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo) (4) - una sorta di «*statuto (europeo) dei diritti del consumatore*» (5).

La necessità di intervenire sull'*acquis* comunitario in materia di diritti dei consumatori (quali individuati nelle quattro direttive ora indicate) veniva giustificata da un lato con l'esigenza di eliminare *incoerenze* e *discrasie* esistenti nei (e tra i) testi originari delle predette direttive, dall'altro (e soprattutto) con l'esigenza di porre rimedio ad un fenomeno di *ri-differenziazione* tra gli ordinamenti, determinatosi in conseguenza del fatto che le direttive in questione contenevano normative di «armonizzazione minima», e dunque lasciavano ai singoli legislatori la fa-

Note:

(1) Direttiva 2001/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2001, in *G.U.U.E.* L 304 del 22 novembre 2001.

(2) COM (2011) 635 def. (Bruxelles, 11 ottobre 2011).

(3) COM (2008) 614 def., su cui v. in part, nella dottrina italiana, Delogu, *La proposta di direttiva sui diritti dei consumatori: la situazione a un anno dalla sua presentazione*, in *Contr. e Impresa/Europa*, 2009, 953.

(4) Appena l'anno prima - nel *Libro verde* sulla *Revisione dell'acquis relativo ai consumatori* (COM [2006] 744 def., del 8 febbraio 2007) - le direttive sulle quali si pensava di intervenire erano otto: oltre alle quattro che saranno prese in considerazione nella Proposta del 2008, vi figuravano la dir. n. 314 del 1990 concernente i viaggi le vacanze e i circuiti "tutto compreso", la dir. n. 47 del 1994 relativa alla c.d. multiproprietà, la dir. n. 6 del 1998 in materia di indicazione dei prezzi dei prodotti offerti ai consumatori, e infine la dir. n. 27 del 1998 sui provvedimenti inibitori a tutela degli interessi dei consumatori.

(5) L'espressione «statuto dei diritti del consumatore» non viene usata nella Proposta di direttiva, ma rispecchia - a nostro avviso - quello che, almeno in origine, era l'obiettivo perseguito attraverso essa, ossia dettare una disciplina *organica* dei diritti del contraente-consumatore *in generale* (escluse, quindi, le *normative specifiche*, proprie di singoli tipi di contratto o comunque aventi una dimensione *settoriale*: v. anche la nota precedente). Per altro verso - e considerato lo strumento (direttiva di «armonizzazione massima») prescelto dalla Commissione, che lascia(va) ben poco margine ai legislatori nazionali - si giustifica(va) altresì la considerazione di tale normativa come uno «statuto *europeo* dei diritti del consumatore» (quasi a sottolineare una sorta di avocazione a livello sovranazionale della disciplina di tutela del consumatore in materia contrattuale). Sul punto v. anche *infra*.

coltà di introdurre (o mantenere) nei rispettivi ordinamenti strumenti ulteriori di tutela (6).

Di qui la scelta di attribuire alla disciplina così "ridisegnata" (7) il carattere e la natura di una normativa di «armonizzazione massima» (8).

Ed è appunto questa scelta, effettuata dalla Proposta di direttiva della Commissione, che ha suscitato le resistenze più tenaci (9) (e, alla fine - come vedremo - sostanzialmente vincenti), motivate soprattutto dal timore che essa possa (potesse) comportare, in molti degli ordinamenti dei paesi membri, un arretramento nella tutela dei consumatori (10).

In questa prospettiva si è sottolineato, fra l'altro, come l'intervento ipotizzato dalla Proposta di direttiva non sia giustificato in base ai principi di "proporzionalità" e di "sussidiarietà".

In particolare, la Commissione giuridica del Parlamento europeo, nel suo Parere del 15 aprile 2009, ha osservato che «Il proposto strumento della direttiva orizzontale basata sull'armonizzazione massima avrebbe in pratica gli effetti di un regolamento. Le disposizioni del diritto contrattuale nazionale diverrebbero inapplicabili entro l'ambito delle regole di armonizzazione massima. Per effetto della piena armonizzazione gli Stati membri non avrebbero più alcun

della Commissione sulla *revisione dell'Acquis* il Parlamento europeo aveva - nella sua *Risoluzione del 6 settembre 2007* (P6 TA [2007] 0383) - insistito sul rilievo che «l'armonizzazione non deve portare ad un abbassamento del livello di protezione dei consumatori». Peraltro - come emerge dalla Relazione svolta in occasione di quel dibattito dall'on. Béatrice Patrie a nome della Commissione per il Mercato interno e la protezione dei consumatori [IMCO] - la posizione del Parlamento (almeno rispetto al predetto Libro verde) suggeriva un «approccio misto» (o combinato), basato da un lato sull'adozione di uno strumento "orizzontale" per garantire la massima uniformità (essenzialmente nell'area dei principi giuridici su cui si fondano i diversi atti normativi), e dall'altro su una rivisitazione da continuare a fondare sul criterio dell'armonizzazione minima (relativamente ad alcune direttive "settoriali"). E non può escludersi che proprio a questa "indicazione" del Parlamento la Commissione abbia pensato di adeguarsi (nel 2008) decidendo di "restringere" la Proposta di direttiva sui diritti dei consumatori a quattro soltanto delle otto direttive indicate nel Libro verde sulla revisione dell'*Acquis* (del resto tale «approccio misto» era fatto intravedere nella *Prima Relazione annuale sullo stato di avanzamento dei lavori in materia di diritto contrattuale europeo e di revisione dell'acquis*, Bruxelles, 23 settembre 2005 - COM [2005] 456 def. -, dove al § 3.3. si prospettavano due possibili soluzioni: la prima basata su «un approccio verticale consistente nel rivedere singole direttive già esistenti ... o nel proporre nuovi atti normativi riguardanti settori specifici»; la seconda - che sarebbe stata poi la soluzione prescelta con la Proposta di direttiva del 2008 - basata su un «approccio orizzontale», consistente nell'elaborare «una direttiva sulla vendita B2C di beni, la quale disciplinerebbe in modo coerente aspetti della vendita attualmente oggetto di disposizioni sparpagliate in molte direttive, quali la direttiva sulla vendita dei beni di consumo, la direttiva sulle clausole contrattuali abusive, la direttiva sui contratti a distanza e quella sulla vendita a domicilio»). Realmente diversa appare invece - sotto il profilo qui considerato - la posizione assunta dal Comitato Economico e Sociale Europeo (C.E.S.E.) nel Parere del 16 luglio 2009 (INT /464 - 1109/2009). Il Comitato contesta, in particolare, alla Commissione la scelta - come «base giuridica» della Proposta - dell'art. 95 Tratt. CE (concernente la costruzione del mercato interno) anziché dell'art. 153 (norma che impegna la Comunità a «promuovere gli interessi dei consumatori ed assicurare un elevato livello di protezione dei consumatori», facendo salva la facoltà dei singoli Stati membri di «mantenere o introdurre misure di protezione più rigorose»). «Il consumatore europeo - si legge nel Parere - non può essere visto soltanto nella prospettiva del mercato interno» (par. 4.4.6. del Parere) e l'armonizzazione comunitaria «dovrebbe perseguire il livello di protezione migliore e più alto tra quelli esistenti nei vari Stati membri» (par. 2.2. del Parere). La conclusione del C.E.S.E. - conclusione che è importante segnalare, perché è esattamente in questa direzione che ci si è infine orientati - è nel senso che «piuttosto che cercare di realizzare un'armonizzazione completa, ci si limiti a un'armonizzazione orizzontale delle vendite negoziate fuori dei locali commerciali e delle vendite a distanza, perché si tratta delle fattispecie più interessate dal commercio transfrontaliero. - Bisognerebbe ritirare e sopprimere i paragrafi relativi alle clausole abusive e alla vendita e alle garanzie dei beni, in quanto affrontano aspetti che, allo stato attuale dell'evoluzione del diritto comunitario, non possono essere trattati adeguatamente con una completa armonizzazione» (Parere, cit., par. 1.1. e 1.2.). Contro la scelta del criterio dell'armonizzazione completa si sono pronunziati, nei loro rispettivi pareri, anche il *Bundesrat* tedesco e il Senato francese. Quest'ultimo, in particolare, ha adottato il 29 luglio 2009 una *Résolution*, nella quale si legge che l'ordinamento francese assicura ai consumatori francesi «une protection efficace qui ne doit pas être diminuée au motif d'améliorer le marché intérieur de détail et d'accroître les facilités offertes aux entreprises effectuant du commerce transfrontalier». Invece il Senato italiano ha espresso (il 17 dicembre 2008) un Parere che approva la scelta della armonizzazione massima effettuata dalla Commissione nella Proposta di direttiva in esame.

Note:

(6) Cfr. il *Considerando* n. 2 della Proposta di direttiva in esame.

(7) Le finalità del presente scritto non richiedono che si prendano in esame le singole specifiche innovazioni, introdotte dalla "Proposta di direttiva sui diritti dei consumatori" rispetto alle direttive originarie sulle quali essa interveniva. Si farà riferimento a qualcuna di queste innovazioni solo quando ciò sia utile ai fini del ragionamento che in questa sede viene svolto.

(8) Sul dibattito teorico intorno ai pregi e ai limiti della c. d. «armonizzazione piena» cfr. i richiami contenuti in Riva, *La direttiva di armonizzazione massima sui diritti dei consumatori, o almeno ciò che ne resta*, in *Contr. impr. Europa*, 2011, 754 ss., spec. 757 ss.

(9) Che non hanno mancato di mettere in discussione la stessa "analisi" che sostiene il ragionamento della Commissione, e l'impostazione da quest'ultima privilegiata.

E così, ad es., la Commissione giuridica del Parlamento europeo ha espresso il 15 aprile 2009 un parere negativo (relatrice l'on. Diana Wallis) sul criterio di armonizzazione massima adottato dalla Proposta della Commissione, in virtù dell'osservazione che non sarebbe sufficientemente dimostrato che l'esistenza di differenti soluzioni giuridiche (nei limiti consentiti dalle direttive originarie) produca ostacoli alla concorrenza così rilevanti da giustificare le misure proposte, mentre d'altro canto le difficoltà (in termini di insorgenza di nuovi problemi di interpretazione e applicazione) e i costi che i singoli ordinamenti nazionali dovrebbero affrontare per "adattare" le proprie strutture normative (ormai consolidate) alle nuove misure di armonizzazione massima sarebbero notevoli e non proporzionati ai benefici che si pensa di poter conseguire.

(10) Su questo punto hanno finito per convergere le posizioni (critiche) provenienti sia da organi dell'Unione europea sia da organismi degli Stati membri, chiamati ad esprimere il proprio parere sulla Proposta di direttiva. Già con riferimento al *Libro verde*

marginale di discrezionalità normativa in questo campo. Occorre pertanto valutare se e in che misura possa essere preferibile una piena armonizzazione che verta su aspetti più specifici» (enfasi aggiunta) (11).

Il Progetto di Quadro comune di riferimento e i suoi rapporti con la Proposta di direttiva sui diritti dei consumatori nel parere della Commissione giuridica del Parlamento europeo

Il Parere della Commissione giuridica del Parlamento europeo, citato alla fine del paragrafo precedente, contiene un'altra importante osservazione.

I redattori del parere ricordano, infatti, come nel *Piano d'azione* presentato nel 2003 (12), la Commissione avesse lanciato l'idea della elaborazione di un "Quadro comune di riferimento" (*Common Frame of Reference*) allo scopo di «dare al legislatore comunitario gli strumenti necessari per identificare le incoerenze, semplificare e chiarire le disposizioni vigenti e colmare le lacune della legislazione CE», ma altresì di «costituire la base per ulteriori riflessioni su uno strumento opzionale nel campo del diritto contrattuale europeo» (13).

L'annuncio, da parte della Commissione, nel 2005 dell'intenzione di *dare priorità alle questioni di diritto contrattuale dei consumatori* rivedendo l'*acquis* comunitario - prosegue il Parere - è sembrato indicare una strada *alternativa*, tanto che nel Libro verde (del febbraio 2007) sul riesame dell'*acquis* il Quadro comune non viene più neanche menzionato, e di esso - sebbene ne fosse già apparsa una prima versione agli inizi del 2008 (*DCFR-interim outline edition*) - la Commissione non si è avvalsa nella predisposizione della Proposta di direttiva sui diritti del consumatore (14).

Il Parere del Comitato giuridico del Parlamento è esplicito nell'evidenziare - sulla scorta di un giudizio espresso da un autorevole studioso (15) - che «la proposta di direttiva sui diritti del consumatore rivela un certo numero di aspetti che allontaneranno ulteriormente il diritto contrattuale dei consumatori CE dal diritto contrattuale generale e che le consentiranno di iscriversi in un quadro che potrebbe condurre a un Codice europeo del consumatore. Questo scenario sposterebbe quasi interamente il diritto dei consumatori dal livello nazionale a quello europeo e condurrebbe anche a un'effettiva e netta distinzione fra contratti *business-to-consumer* e *business-to-business* (e *consumer-to-consumer*). Un approccio di questo tipo potrebbe essere giustificabile sul piano politico, tuttavia la scelta politica fondamentale di andare verso un Codice europeo del consumatore deve essere fat-

ta in modo consapevole e trasparente: occorre chiedere alla Commissione di dare chiare indicazioni circa i suoi progetti per il futuro e circa il posto che occupa la proposta in esame in tali progetti» (*N.d.A.: corsivo aggiunto*).

Ciò premesso, la Commissione giuridica del Parlamento europeo mostra di essere con tutta evidenza favorevole ad «una soluzione meno problematica (e con molta minore incidenza sul diritto nazionale)», rappresentata dall'introduzione di uno "strumento opzionale", che permetterebbe alle imprese di offrire ai consumatori la possibilità di far applicare ai loro acquisti il diritto europeo in materia di contratti e di vendita al dettaglio e di essere pertanto coperti dalle disposizioni che lo tutelano, e che soprattutto - come si legge ancora nel Parere - «*avrebbe il pregio di poter essere esteso oltre i contratti business-to-consumer, con l'opportunità di utilizzare appieno il Quadro comune di riferimento*».

In sostanza, la Commissione giuridica del Parlamento chiede alla Commissione europea di ritornare al

Note:

(11) Interessante è anche quanto si legge a pag. 5 del citato Parere della Commissione giuridica, a proposito dell'impatto sui diritti nazionali della ipotizzata armonizzazione "massima" di alcuni aspetti dei contratti dei consumatori. "(...) Occorre tener presente - scrive l'estensore del Parere - che il diritto contrattuale dei consumatori rientra nel diritto dei contratti e nel diritto privato e che l'armonizzazione massima di aspetti importanti del diritto contrattuale dei consumatori in compresenza di un diritto contrattuale generale non armonizzato creerebbe una serie di problemi giuridici nei "punti di intersezione" dove si rende necessario il riferimento al sostrato giuridico rappresentato dal diritto nazionale dei contratti. Tutto ciò condurrebbe al risultato paradossale che le disposizioni pienamente armonizzate del diritto contrattuale dei consumatori sarebbero in contrasto con altre e non armonizzate disposizioni *business-to-consumer* e *business-to-business* del diritto contrattuale nazionale nonché con la giurisprudenza nazionale del settore. Crescerebbero la frammentazione normativa a livello nazionale e le incoerenze giuridiche. A causa delle non ben precisate finalità della proposta, specie per quanto riguarda il suo impatto sui rimedi giuridici di diritto civile e dei connessi problemi di demarcazione normativa, l'impatto concreto della proposta resta in larga misura oscuro. Ne consegue che la CGCE sarebbe chiamata con maggiore frequenza a pronunciarsi in via pregiudiziale su questioni di interpretazione del diritto contrattuale dei consumatori».

(12) Cfr. Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, *Maggiore coerenza nel diritto contrattuale - Un piano d'azione* (Doc. 7780/03, in *G.U.C.E.*, C 63, 15 marzo 2003).

(13) Cfr. il *Piano d'azione* (cit. alla nota precedente), in part. nei punti 89 ss.

(14) E ciò - si nota nel Parere - nonostante lo scopo del Quadro comune fosse proprio quello di dare alla Commissione uno strumento da utilizzare in sede di revisione dell'*acquis* comunitario nel campo del diritto contrattuale.

(15) Hesselink, *The consumer rights directive and the CFR: Two worlds apart?* (Briefing note for the European Parliament, February 2009, PE 410.674), poi pubblicato anche in *European Review of Contract Law*, 2009, 290-303.

disegno originario delineato nel *Piano d'azione* del 2003, e in particolare all'idea di costruire (sulla base del *Common Frame of Reference*) uno «strumento opzionale», ossia - come lo si descriveva nel suddetto Piano d'azione - «un *corpus* moderno di regole particolarmente adatte ai contratti transfrontalieri nel mercato interno», tale da offrire alle parti (quella economicamente più forte e quella più debole) «una soluzione accettabile ed adeguata senza insistere sulla necessità di applicare il diritto nazionale di una delle parti...» (16).

Il “ridimensionamento” del progetto sotteso alla “proposta di direttiva sui diritti dei consumatori” e la prima formulazione dello “strumento opzionale”. Il *Feasibility Study*

Le critiche indirizzate alla “Proposta di direttiva sui diritti dei consumatori” - in particolare quelle ad essa rivolte dal C.E.S.E. e dalla Commissione giuridica del Parlamento europeo (17) - sono alla base dell'iter particolarmente travagliato che la Proposta stessa ha avuto, e, soprattutto, del *révirement* che ad un certo momento è stato posto in essere dalla Commissione, la quale, recependo in maniera quasi pedissequa alcune delle indicazioni esplicitamente provenienti dai Pareri sopra richiamati, decide:

a) di limitare l'oggetto della direttiva sui diritti dei consumatori (e la progettata “armonizzazione massima”) alla revisione, essenzialmente, della direttiva sui contratti negoziati fuori dai locali commerciali e di quella sui contratti a distanza (18), lasciando fuori dal campo (19) dell'intervento la direttiva sulle clausole vessatorie e quella sulle garanzie nella vendita di beni di consumo;

b) di riprendere l'idea della introduzione di uno «strumento opzionale».

Quest'ultima scelta, della quale dobbiamo adesso occuparci, sembrerebbe dunque essersi profilata - se è vera la ricostruzione sopra prospettata - come una soluzione di *minor impatto sui diritti nazionali*, almeno nel senso che essa sarebbe servita a fugare il dubbio di alimentare (e rendere irreversibile) un processo di “differenziazione” del diritto contrattuale, con contestuale attrazione *al livello comunitario* (e correlativa sottrazione *al livello nazionale*) di una parte significativa di quest'ultimo, vale a dire di quella (parte) che abbiamo sopra identificato con la formula dello «statuto del consumatore (contraente)» (20).

Note:

(16) Cfr. *Piano d'azione*, cit., punti 89 ss., dove il suddetto strumento opzionale viene ulteriormente così individuato: “... Quan-

to alla forma, si potrebbe pensare a delle disposizioni di diritto contrattuale, valide per tutta l'Unione, adottate in forma di regolamento o di raccomandazione, che esisterebbero in parallelo, senza sostituirvisi, con i diritti contrattuali nazionali. Questo nuovo strumento esisterebbe in tutte le lingue comunitarie. Esso potrebbe applicarsi a tutti i contratti riguardanti transazioni transfrontaliere, oppure soltanto a quelli che le parti decidano di assoggettarvi tramite una clausola di scelta della legge applicabile. In quest'ultimo caso le parti avrebbero il massimo grado di libertà contrattuale. Esse sceglierebbero il nuovo strumento soltanto se questo rispondesse ai loro bisogni economici o giuridici più appropriatamente che il diritto nazionale che sarebbe stato definito, sulla base delle regole di diritto internazionale privato, quale legge applicabile al contratto (...). Soltanto un numero limitato di regole nell'ambito di questo corpus normativo, ad esempio le regole volte a tutelare i consumatori, dovrebbe rivestire carattere imperativo nel caso in cui il nuovo strumento si applichi al contratto (...).

(17) Non sempre dette critiche appaiono completamente persuasive. Ad es., se si assume che l'obiettivo di esse sia (anche) quello di contrastare un processo di “differenziazione” del diritto contrattuale europeo, che in prospettiva possa portare alla creazione di un «Codice europeo dei contratti dei consumatori» (quello che *retro*, alla nota 5, abbiamo indicato come «*statuto* europeo dei diritti del consumatore»), favorendo per converso un processo di “ricomposizione” dell'unità del diritto contrattuale (ravvicinando i contratti B2C e B2B, o - quanto meno - i contratti B2C e B2b), orbene un tale obiettivo sembra tutto da discutere. Del resto - come vedremo - l'estensione del controllo di vessatorietà delle clausole anche ai contratti tra professionisti, che è prevista nella recente Proposta di regolamento su un diritto comune europeo della vendita muove da una nozione di «abusività» che è significativamente diversa da quella che vale nei contratti del consumatore (si veda l'art. 86 della cit. Proposta, ai sensi del quale le clausole sono considerate, in questo caso, abusive se «il loro uso si discosta manifestamente dalle buone pratiche commerciali, in contrasto con la buona fede e la correttezza»). Il che conferma che l'esigenza di una disciplina differenziata è nella natura delle cose, e che sarebbe erroneo pensare di superarla ad es. attraverso vaghi riferimenti a una generica figura di «contraente debole» (o - se si preferisce - ad uno schema unitario e indistinto di «contratto asimmetrico»).

(18) Per una prima ricognizione delle novità, che - in questo pur limitato campo di intervento, residuo dal più ambizioso progetto originario - sono contenute nella Direttiva 2011/83/UE, cfr. Riva, *La direttiva di armonizzazione massima*, cit., 764 ss.

(19) Queste direttive, infatti, non vengono incise. Si prevede soltanto l'introduzione, in entrambe, di un art. 8-*bis* che introduce, a carico degli Stati membri, un *obbligo di informare la Commissione* nel caso in cui, avvalendosi della clausola di armonizzazione “minima”, il legislatore nazionale decida di adottare disposizioni di protezione del consumatore più rigorose di quelle previste dal legislatore europeo, in particolare estendendo la valutazione di abusività a clausole contrattuali negoziate individualmente o all'adeguatezza del prezzo o della remunerazione, oppure formulando liste di clausole contrattuali che devono considerarsi abusive (cfr. artt. 32 e 33 della dir. 2011/83/UE del 25 ottobre 2011). È quel che resta del proposito originario di introdurre un regime di «armonizzazione massima» anche con riferimento alle materie disciplinate dalle suddette due direttive.

(20) Disciplina che, qualora la direttiva sui «diritti del consumatore» avesse ricompreso anche la materia delle clausole vessatorie - e considerata la natura di direttiva di «armonizzazione *massima*» di tale intervento legislativo - avrebbe finito per sancire la competenza pressoché esclusiva del legislatore *sovranazionale* in materia di «Parte generale» del *diritto contrattuale dei consumatori*, con ciò stesso contribuendo (in modo forse definitivo) al consolidarsi di un *trend* (abbastanza evidente nella legislazione dell'ultimo ventennio) in direzione di una distinzione del «diritto contrattuale dei consumatori» dal diritto contrattuale «comune» (quest'ultimo lasciato alla competenza dei codici civili dei vari paesi).

Può apparire - allora - singolare che la reazione dei Parlamenti nazionali alla Proposta di regolamento per un diritto comune della vendita dell'11 ottobre 2011 sia stata cionondimeno (per quanto al momento è dato conoscere) negativa (anche in maniera alquanto perentoria e severa) proprio in ragione - essenzialmente - dell'"accusa" (rivolta) al legislatore comunitario di "invadere" in maniera eccessiva e ingiustificata il campo che deve essere invece lasciato agli ordinamenti nazionali (21).

Come si spiega questa contraddizione? O - per formulare la domanda in termini diversi - come si spiega che l'adozione di uno strumento "opzionale", benché avvenuta (come, almeno, sembrerebbe essere accaduto) proprio al fine di evitare l'accusa di sottrarre "competenze" ai legislatori nazionali che aveva accompagnato l'elaborazione della direttiva sui «diritti dei consumatori», venga criticata in base allo stesso argomento?

A nostro avviso la contraddizione è solo apparente, e la reazione dei "legislatori" nazionali è in definitiva comprensibile (il che non vuol dire - ovviamente - che la si condivida o la si giustifichi), alla luce del fatto che l'adozione di uno strumento "opzionale" (quale è prevista nella Proposta per l'introduzione di un diritto comune europeo della vendita) non significa rinuncia ad affermare una "primazia" (e - in prospettiva - una competenza, se non esclusiva, quanto meno "privilegiata") del diritto contrattuale europeo rispetto ai diritti nazionali, ma semplicemente scelta di uno strumento *meno "eclatante"* per perseguire (pure, magari, a seguito di un processo *presumibilmente più lungo e meno immediato*) il medesimo risultato (di "superamento" delle discipline nazionali) (22).

Se si accede a questo tipo di "lettura", risulta anche più chiaro l'*iter* che è stato seguito dalla Commissione nei mesi che hanno immediatamente preceduto l'adozione della Proposta di regolamento sulla vendita.

Ci si riferisce, in particolare, al "progetto" che nel mese di maggio dello scorso anno (2011) ha cominciato a circolare con il nome (che voleva - esso stesso - essere espressione di un approccio "prudente", se non "minimalista") di «Studio di fattibilità» (*Feasibility Study*), elaborato da un «gruppo di esperti» cui la Commissione aveva (poco più di un anno prima) affidato il compito di elaborare un «quadro comune di riferimento nel campo del diritto europeo dei contratti» (23).

Più precisamente - come si legge nell'art. 2 della Decisione della Commissione - il compito affidato a tale gruppo di studiosi consisteva nell'«assistere la

Commissione nella preparazione di una proposta relativa a un *quadro comune di riferimento nel settore del diritto europeo dei contratti*, compreso il diritto contrattuale dei consumatori e delle imprese», con l'indicazione di "... a) seleziona(re) quelle parti del progetto di quadro comune di riferimento che interessano direttamente o indirettamente il diritto dei contratti; e b) ristruttura(re), rivede(re) e completa(re) i contenuti selezionati del progetto di quadro comune di riferimento, tenendo altresì conto di altri studi realizzati in questo settore e dell'*acquis* dell'Unione».

Un compito, dunque, che prevedeva la utilizzazione di una parte (relativamente consistente) del progetto (*Draft*) di «Quadro Comune di riferimento»

Note:

(21) Cfr. Parere della Camera dei comuni del Regno Unito, in http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/document_s/juri/cm/887/887051/887051it.pdf, Parere del Bundestag della Repubblica federale di Germania, in http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents_juri/cm/887/887301/887301it.pdf, Parere del Bundesrat della Repubblica d'Austria, in http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/juri/cm/886/886237/886237it.pdf.

In tutti i citati Pareri si contesta alla Commissione di aver violato il principio di sussidiarietà, quale previsto dall'art. 5, par. 3 del TCE, ai sensi del quale «nei settori che non sono di sua esclusiva competenza l'Unione interviene soltanto se e nella misura in cui gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere sufficientemente realizzati dagli Stati membri e possono dunque, a motivo delle dimensioni o degli effetti dell'azione in questione, essere realizzati meglio a livello di Unione». L'opinione espressa in quasi tutti i suddetti Pareri è che non sia la diversità del regime giuridico della vendita nei vari ordinamenti a costituire ostacolo allo sviluppo delle transazioni transfrontaliere, le quali invece sarebbero frenate da altri tipi di ostacoli, costituiti soprattutto dalle barriere linguistiche e dalle distanze fisiche. Sicché - come si legge nel Parere del Bundestag tedesco - «Se la diversità degli ordinamenti contrattuali assume pertanto soltanto un'importanza trascurabile nelle transazioni transfrontaliere, decade il bisogno di un diritto comune europeo della vendita e, di conseguenza, della misura ai sensi dell'articolo 5 del TUE». Altre osservazioni critiche nei confronti della Proposta di regolamento saranno esaminate più avanti.

(22) Ferma restando - naturalmente - la differenza (a nostro avviso fondamentale, e che costituisce il vero tema sul quale bisognerebbe discutere) costituita dall'alternativa tra una prima prospettiva che vedrebbe evolvere il diritto "europeo" in direzione di una differenziazione del diritto contrattuale relativo ai rapporti con i consumatori rispetto al diritto contrattuale "comune" (che verrebbe, in qualche modo, lasciato alla competenza dei legislatori nazionali), e una prospettiva diversa che si orienterebbe in direzione di una ricomposizione più o meno unitaria (e sempre a livello europeo) del diritto dei contratti, superando (sia pure non interamente) la dicotomia diritto contrattuale "comune"/ diritto contrattuale dei rapporti di consumo.

(23) Decisione della Commissione del 26 aprile 2010 (*G.U.U.E. L. 105 del 27 aprile 2010*, pag. 109). Sul testo di maggio del *Feasibility Study* si è svolto il 3 giugno 2011 un Incontro di studio a Lovanio, i cui Atti sono stati recentemente pubblicati a cura di Schulze e Stuyck, *Towards a European Contract Law*, München, 2011.

(*Common frame of reference*) (24) - precisamente la parte (direttamente o indirettamente) relativa al diritto dei contratti -, utilizzazione che non si prospettava tuttavia come “meccanica”, ponendosi invece l’esigenza di un *coordinamento* del DCFR con gli «altri studi» in questi anni elaborati nel campo del diritto contrattuale europeo (25), e, soprattutto, con l’*acquis communautaire* (cioè il diritto comunitario “vigente”, costituito dai regolamenti e dalle direttive, emanate dalla Comunità europea, e, oggi, dall’Unione) (26).

L’idea sembra(va), dunque, quella di elaborare il testo di una sorta di “Parte generale” del contratto: *editio minor* - se si vuole - del più ampio “oggetto” sotteso all’elaborazione del DCFR, ma prospettiva che, comunque (pur in questa più contenuta dimensione), si presentava di certo come egualmente ambiziosa.

Non è chiaro esattamente perché (e quando) il progetto sia stato modificato, per tramutarsi in quello (ancora più “ridotto”) di un (semplice) «diritto comune europeo della vendita».

Riteniamo che non ci si allontani molto dal vero se si suppone che il mutamento di impostazione - che ha creato quell’(apparentemente) strano “ibrido” che poi è diventata la Proposta di regolamento presentata l’11 ottobre 2011 (per una parte disciplina del contratto [e dell’obbligazione] in generale, per l’altra disciplina della vendita) (27) - sia stato determinato dal riemergere (come sistematicamente è avvenuto nel recente passato) di antiche diffidenze e resistenze (evidentemente tutt’altro che svanite, o anche solo sopite) nei confronti dell’idea stessa di una “codificazione”, fosse pure di un settore soltanto del diritto privato (e per quanto possa trattarsi di un settore già largamente investito dal processo di “armonizzazione” europeo) (28).

Se questa spiegazione dovesse risultare plausibile, ecco allora che la soluzione finale adottata dalla Commissione si presenterebbe bensì con lo stigma del (solito) “compromesso”, ma senza che ciò escluda che possa e debba riconoscersi in essa il carattere di un (non insignificante) “passo in avanti” (29) (il che - sia detto per inciso - fa comprendere quello che altrimenti parrebbe incomprensibile, ossia la “resistenza”, che - come si è sopra anticipato - i legislatori nazionali sembrano comunque orientati ad opporre al prosieguo dell’iter della Proposta di Regolamento della Commissione).

Intanto, due punti meritano di essere subito evidenziati.

Il primo è che la scelta di disciplinare la vendita solo apparentemente è una scelta “riduttiva” (soprat-

tutto se ci si pone dal punto di vista del legislatore europeo e dei suoi “obiettivi”). Non è affatto nuova l’osservazione che le direttive comunitarie in materia contrattuale, per quanto declinate in termini sovente “generalisti” (ossia riferibili a qualsiasi contratto), riguardano *di fatto* soprattutto (se non esclusivamente) il contratto di vendita (nel senso che *di fatto* queste normative finiscono per essere applicate per lo più a compravendite, piuttosto che ad altri tipi di contratto). Del resto la vendita - contratto di scambio per eccellenza - è il contratto che più immediatamente risulta connesso alla (se non, addirittura, “costitutivo” della) idea stessa di “mercato” (inteso, appunto, come «luogo degli scambi»), specie se il riferimento venga fatto ai c.d. «mercati finali», nei quali il contratto di vendita (sia pure sempre più “ar-

Note:

(24) Il Progetto di un quadro comune di riferimento (Draft Common Frame of reference: DCFR) è stato pubblicato in versione definitiva nel 2009 (la versione provvisoria era dell’anno precedente) con il titolo *Principi, definizioni e norme-modello di diritto privato europeo*.

Esso è stato elaborato dallo *Study Group on a European Civil Code* e dal *Research Group on EC Private Law (Acquis Group)*, coordinato da Christian von Bar, Eric Clive e Hans Schulte-Nolke.

(25) Basti pensare ai famosi *Principles of European Contract Law* (PECL) elaborati dalla c.d. «Commissione Lando» (le tre Parti di cui si compongono i *Principles* sono state pubblicate rispettivamente nel 1995, nel 2000 e nel 2003), nonché al *Code européen des contrats* elaborato dall’Accademia europea dei Giusprivatisti (coordinata da Giuseppe Gandolfi) e apparso nel 2000.

(26) Sui c.d. *Acquis Principles (Principles of Existing EC Contract Law)* cfr. i contributi raccolti in Schulze (cur.), *Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law*, Sellier, 2008, e in De Cristofaro (cur.), *I «Principi» del diritto comunitario dei contratti*, Torino, 2009.

(27) Ma non si dimentichi che un “precedente” (con le dovute distinzioni, naturalmente) della soluzione ora adottata dal legislatore europeo, si ritrova (non a caso) nella Convenzione di Vienna del 1980 sulla vendita internazionale di cose mobili, che contiene una Parte (v. artt. da 14 a 24) che detta una disciplina (della formazione del contratto) che ha palesemente una vocazione “generale” (e va comunque al di là della disciplina della vendita). Sul punto v. anche *infra*.

(28) Diversa (e particolarmente severa) è la valutazione che della vicenda fornisce Castronovo, *L’utopia della codificazione europea e l’oscura Realpolitik di Bruxelles*, in *Europa e diritto priv.*, 2011, 837 ss., dove si discorre di «difficile mediazione tra un diritto burocratico e rozzo e un diritto di livello più alto e di maggiore valore aggiunto», che si sarebbe risolta «per il momento nella sistemazione di contenuti provenienti da quest’ultimo nei contenitori approssimativi e un po’ pasticciati suggeriti dalla politica talora imperscrutabile della Commissione europea».

(29) Anche perché - come osserva M. Meli, *Proposta di regolamento - Diritto comune europeo della vendita*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2012, 183 ss., 197 - «È la prima volta in cui il risultato del lavoro svolto (dalle commissioni che a diverso titolo hanno partecipato al processo di armonizzazione) diventa un testo ufficiale, fatto proprio dalla Commissione e divenuto oggetto di una vera e propria proposta normativa».

ricchito” da una serie di “servizi” complementari) continua ad essere il “sovrano” incontrastato (30). E la regolamentazione del mercato (concorrenziale) costituisce - come è noto - una delle finalità originarie ed essenziali dell’azione normativa europea.

Ciò non toglie (come è ovvio) che vi sia un’esigenza di armonizzazione anche al di fuori e al di là del contratto di vendita (31), ma è chiaro d’altra parte che questa esigenza di armonizzazione non sarebbe stata certamente soddisfatta (se non in minima parte) neanche dalla predisposizione di una organica disciplina “generale” del contratto (32); mentre, per altro verso, aver disciplinato organicamente *almeno il contratto di vendita* (sebbene la disciplina riguardi - a ben vedere - soltanto la vendita di cose mobili (33)) (34) consente di affermare che si è riempito (ammesso che l’iter della Proposta prosegua) un tassello importante (se non decisivo) per il funzionamento dei moderni mercati “di massa” (35).

Del resto - ed è questo il secondo punto sul quale ci sembra opportuno richiamare l’attenzione - la disciplina contenuta nella Proposta di regolamento non è costituita da norme che riguardino soltanto il contratto di vendita, ma comprende altresì (come è ben noto, e come già abbiamo ricordato) una parte di quella che (prima o poi) diventerà la disciplina “generale” del contratto europeo.

Le ragioni di questa apparentemente strana “comistione” nel medesimo testo normativo di regole così eterogenee (regole riferibili al contratto in generale, e regole proprie di un singolo “tipo”) non sono difficili da individuare, e sono in fondo abbastanza simili a quelle che portarono ad una analoga scelta all’epoca della Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di cose mobili.

Quella principale è che, nelle situazioni *reali*, ad un contratto (di qualsiasi contratto si tratti; non solo, ovviamente, della vendita) si applicano sempre *contemporaneamente* sia le norme “generali” (formazione, validità/invalidità, vizi del consenso; simulazione; rappresentanza; risoluzione; ecc. ecc.) (36) sia le norme che si riferiscono specificamente al singolo “tipo contrattuale” (se si tratta di un tipo che ha una disciplina legislativa). Non è possibile dire (e, comunque, si tratterebbe di esercizio del tutto inutile) se siano più importanti queste ultime ovvero le prime; l’unica cosa che sembra ragionevole affermare è che il *modo d’essere* di qualsiasi contratto in un determinato ordinamento è la risultante unitaria e (rispetto a quell’ordinamento) inscindibile del convergente e contestuale operare delle regole “generali” (*sul contratto*) e di quelle particolari proprie dello specifico “tipo” contrattuale.

È evidente, allora, che sin tanto che l’armonizzazio-

Note:

(30) Per l’osservazione secondo cui - più in particolare - «lo strumento opzionale è ideato soprattutto per il commercio elettronico esercitato da imprese di piccole e medie dimensioni» (nei loro rapporti specie con i consumatori) cfr. F.P. Patti, *Le clausole abusive e l’“optional instrument” nel percorso di armonizzazione in Europa*, in *Contr. e Impr./Europa*, 2011, 662-663.

(31) Bisogna, ad es., armonizzare (assai più di quanto attualmente non sia già avvenuto) i contratti di credito, i contratti per l’acquisizione del godimento (temporaneo) di beni, i contratti per la realizzazione di opere, i contratti per la fornitura di servizi, e così via.

(32) La quale - come diciamo subito infra nel testo - è, d’altra parte, contenuta (sia pure in forma non completa, e, per alcuni versi, censurabile) nella proposta di regolamento sul diritto europeo comune della vendita. Peraltro, il livello di “organicità” (e di completezza) di tale disciplina non era maggiore nella fase in cui il progetto si chiamava ancora *Feasibility Study*, ed era formalmente intitolato alla disciplina generale del contratto, anziché al «diritto comune della vendita».

(33) Cfr. il *Considerando* n. 16 della Proposta di regolamento, dove si legge che «Il diritto comune europeo della vendita dovrebbe applicarsi in particolar modo alla vendita di beni mobili, compresa la loro fabbricazione o produzione, essendo questo l’unico tipo di contratto importante da un punto di vista economico a presentare un particolare potenziale per la crescita degli scambi transfrontalieri, specie del commercio elettronico».

(34) L’oggetto della disciplina contenuta nella Proposta di regolamento non coincide esattamente con il perimetro del contratto di vendita. Per un verso, infatti - come diciamo nel testo - la disciplina proposta non riguarda tutte le vendite, bensì essenzialmente la *vendita di cose mobili* (si direbbe, con termine atecnico: la vendita di “merci”). Per altro verso, invece, il legislatore europeo amplia l’ambito di applicazione (diretta) della disciplina, perché - come si legge nel par. 2.1. della Comunicazione della Commissione - «Al fine di tener conto della crescente importanza dell’economia digitale e di garantire che il nuovo regime sia in grado di restare al passo con gli sviluppi del mercato, nel campo di applicazione delle nuove norme saranno inclusi i contratti relativi a contenuti digitali. Ciò significa che il diritto comune europeo della vendita potrà essere usato anche, ad esempio, per acquistare musica, film, software o applicazioni scaricate da internet, a prescindere dal fatto che il contenuto sia conservato su un supporto materiale come CD o DVD» (e v. anche i *Considerando* nn. 17 e 18 della Proposta di regolamento). Ciò significa che anche a questi contratti - sebbene non si tratti propriamente di “vendite”, bensì di altri tipi contrattuali (ad es.: licenze di uso) - si applicherà direttamente (e non solo in via analogica) la disciplina prevista dal proposto regolamento opzionale europeo per la vendita (di cose mobili).

(35) È appena il caso di dire che quella che chiamiamo disciplina “organica” della vendita non è invenzione *ex novo* della Proposta di regolamento, perché - in gran parte - si tratta della riscrittura e della (ri-)sistemazione di normative che si erano via via sedimentate in oltre due decenni di interventi del legislatore europeo nella materia contrattuale: dalle regole sulla formazione del contratto (es.: obblighi di informazione; recesso di pentimento nei contratti a distanza o conclusi fuori dai locali commerciali) alla fondamentale disciplina della garanzia (nella vendita dei beni di consumo), per passare poi alla disciplina di una serie di “servizi” (che sono per lo più “accessori” proprio ad un contratto di vendita).

(36) Norme “generali” - bisognerebbe aggiungere - che non solo quelle che appartengono tradizionalmente alla disciplina del contratto, ma sono anche quelle (o alcune di quelle) che trovano sovente collocazione nella disciplina (talora formulata in via “generale”, come avviene nel nostro codice civile) dell’obbligazione.

ne riguarderà soltanto alcuni aspetti di un dato contratto (non importa se ricompresi tra le regole “generali” o tra quelle proprie di ciascun singolo “tipo”), lasciando che i restanti aspetti siano disciplinati dai singoli ordinamenti con discipline (in ipotesi) differenziate, l’armonizzazione potrà raggiungere solo parzialmente le finalità che essa intende perseguire.

Vi era (e vi è) dunque l’esigenza - anche a voler limitare la considerazione ad uno specifico tipo contrattuale (nella specie: la vendita) - di predisporre (se si vuole conseguire un risultato di armonizzazione “piena”) un assetto disciplinare che sia “completo” (37) (non basta - per fare un solo esempio - rendere uniformi le regole sulla “garanzia nella vendita”, se si accetta che ciascun ordinamento possa, per altro verso, adottare regole diverse in materia - poniamo - di annullabilità del contratto per vizio del consenso, di prova della simulazione, di risoluzione per eccessiva onerosità o per impossibilità sopravvenuta, e così via).

Emerge dunque, con sufficiente evidenza, una plausibile spiegazione di quella “ibrida” creatura che è (o, almeno, è parsa essere) la Proposta di regolamento sul diritto comune della vendita. Pur avendo preso - a un certo punto - la decisione di limitare la portata dell’intervento normativo al (solo) contratto di vendita, il legislatore europeo si è tuttavia premurato di dettare, con riferimento a questo più limitato “oggetto”, almeno una disciplina “organica” (sebbene - come vedremo - non del tutto “autosufficiente”), comprensiva cioè sia delle norme “generali” (ossia riferibili non solo alla vendita, ma anche - tendenzialmente - a qualsiasi altro contratto) sia di norme specifiche del “tipo contrattuale” (ad es.: disciplina delle obbligazioni del venditore e del compratore, disciplina della c.d. “garanzia”; ecc.).

Non si tratta - si badi bene - del fenomeno (ben noto) per cui la disciplina della vendita ha sempre costituito occasione per dettare norme non solo “trattative” (cioè tali da potersi applicare anche ad altri tipi contrattuali, ad es. ai “contratti traslativi” in genere), ma anche - talora almeno - dotate di vera e propria portata “generale” (o, se si preferisce, di una attitudine ad essere “generalizzate”).

Nel nostro caso si tratta, invece, come già evidenziato, della *contemporanea* (e *contestuale*) regolamentazione sia di profili di disciplina specifici del tipo, sia di profili che sono invece “generali” *in senso proprio* (ossia, nel senso di “comuni” a qualsiasi altro contratto), e che vengono intanto “normati” in occasione della armonizzazione della disciplina della

vendita, in attesa di fare di queste norme una vera e propria “Parte generale” del *contratto europeo* (veicolata inoltre, a quel punto, da uno strumento non meramente “opzionale”).

Sono evidenti - certo - i “limiti” intrinseci a una tale operazione, la quale ad es. non può non accentuare quel “vizio” che si è sempre addebitato alle discipline “generali” del contratto presenti nei codici civili dei vari ordinamenti nazionali (compreso quello italiano): ossia di essere concepite sul modello (importante, ma non esaustivo) del “contratto di scambio”, e, più specificamente ancora, sul modello della “vendita” (prototipo dei contratti di scambio).

Questo “limite”, peraltro, è - nel caso della Proposta di regolamento in esame - del tutto scontato, proprio perché la Proposta non contiene (*formalmente*) una disciplina “generale” del contratto, ma si limita semplicemente a dettare *quella parte di tale disciplina* che più specificamente può riguardare il contratto di vendita.

Ha poco senso, pertanto, lamentare le (pretese) “lacune” - *sotto questo profilo* - del testo normativo in esame, “lacune” che in realtà non sono tali (lo sarebbero state - eventualmente - in un ipotetico testo che avesse avuto specificamente ed espressamente ad oggetto la «disciplina generale del contratto», piuttosto che la disciplina della vendita). Sarebbe stato ben strano, ad es., che fra tali norme il legislatore avesse inserito anche (poniamo) disposizioni sulla risoluzione dei *contratti di durata*: disposizioni che sono bensì necessarie in una disciplina “generale” del contratto, ma che non avrebbe (avuto) senso in-

Nota:

(37) È quanto si legge nel par. 2.1. della “Comunicazione” con cui la Commissione ha accompagnato la propria proposta: “(...) La proposta della Commissione per un diritto comune europeo della vendita prevede *un insieme completo* di norme uniformi di diritto contrattuale che regolamentano *l’intero ciclo di vita del contratto*» (corsivi aggiunti). E, poco più avanti, la stessa Comunicazione individua una delle caratteristiche della disciplina proposta nel costituire «*un corpus completo di norme di diritto contrattuale*. Il diritto comune europeo della vendita ricomprende disposizioni che regolano questioni di diritto contrattuale di rilevanza pratica *durante l’intero ciclo di vita dei contratti* transfrontalieri. Dette questioni attengono ai diritti e obbligazioni delle parti e ai rimedi contro l’inadempimento, agli obblighi di informativa precontrattuale, alla conclusione del contratto (compresi i requisiti di forma), al diritto di recesso e ai relativi effetti, alla nullità risultante da errore, frode o iniquo sfruttamento, all’interpretazione, al contenuto e agli effetti del contratto, alla valutazione e agli effetti del carattere abusivo delle clausole contrattuali, alla restituzione a seguito dell’annullamento e della risoluzione nonché alla prescrizione. Esso stabilisce le sanzioni applicabili in caso di violazione di tutti gli obblighi e doveri che ne discendono ...» (corsivi aggiunti; nello stesso brano - come vedremo fra poco - vi è pure la motivazione della mancata regolamentazione di alcuni profili, come quelli attinenti alla capacità giuridica, alla invalidità/illiceità, alla rappresentanza, ecc.).

serire in un testo normativo che propriamente riguarda la vendita, che non è un contratto di durata.

Alcune osservazioni (generali) sul contenuto del proposto "diritto comune europeo della vendita"

È adesso possibile svolgere qualche osservazione che entri nel merito del contenuto di alcune delle norme di cui si compone il «diritto comune europeo della vendita», di cui stiamo parlando.

Anche in questo caso, più che soffermarsi su singole disposizioni, interessa evidenziare alcuni profili di carattere generale, in particolare con riferimento a due aspetti: *a)* se il «diritto comune europeo della vendita» lasci invariato il livello di tutela dei consumatori; *b)* se e in che misura sia condivisibile la sottoposizione all'ambito di applicazione della CESL (*Common European Sales Law*) anche dei rapporti tra imprese (B2b), sebbene - come vedremo - con norme che non sempre coincidono con quelle che sono dettate per i rapporti B2C.

a) "Diritto comune europeo della vendita" e tutela dei consumatori

Quanto al primo problema, giova premettere che il contenuto di molte delle disposizioni del «diritto comune europeo della vendita» coincide (non poteva essere diversamente) con quello delle corrispondenti discipline già appartenenti all'*acquis communautaire* (38), specialmente per quel che riguarda i rapporti B2C in relazione ai quali tale *acquis* si è (sino a questo momento) prevalentemente (se non anche esclusivamente) formato (si pensi alla disciplina dei vari aspetti dei contratti "a distanza", oppure conclusi "fuori dai locali commerciali"; alla disciplina delle "clausole vessatorie" nei contratti dei consumatori; alla disciplina degli obblighi informativi nell'ambito del c.d. "commercio elettronico", e così via).

Sotto questo profilo, dunque, sarebbe infondato prospettare (in generale) un possibile "arretramento" della tutela dei consumatori (nei contratti di vendita) rispetto a quella assicurata attualmente a questi soggetti in base alla legislazione sul contratto di derivazione comunitaria/europea.

Piuttosto c'è da osservare che, essendo stata sin qui la normativa europea sul contratto veicolata per lo più (e almeno sino a qualche anno fa) da direttive c.d. «di armonizzazione minima», è possibile che taluno dei legislatori nazionali abbia mantenuto o introdotto nel proprio ordinamento disposizioni di maggiore tutela per il consumatore (si pensi ad es. alla norma che consente il controllo di vessatorietà an-

che con riferimento alle clausole relative al contenuto "economico" del contratto, norma presente nell'ordinamento spagnolo) (39). Sotto questo profilo, può accadere che - aderendo alla scelta del «diritto comune europeo della vendita» quale legge applicabile al rapporto - il consumatore di un ordinamento che preveda una tutela maggiore di quella risultante dall'*acquis communautaire* possa essere esposto a un potenziale pregiudizio (40).

Dovrebbe tuttavia trattarsi di ipotesi abbastanza marginali, mentre - per contro - è possibile segnalare norme del «diritto comune europeo della vendita» che migliorano la protezione del consumatore, quale risulterebbe dall'applicazione dell'*acquis communautaire*. Ad es., la tanto discussa «gerarchia dei rimedi» prevista nella direttiva sulla garanzia nella vendita di beni di consumo (e recepita, ad es., dal-

Note:

(38) Del resto, come già sappiamo (v. *retro*), il compito che la Commissione aveva assegnato al gruppo di esperti nominato nel marzo del 2010, era quello di "raccordare" il DCFR con l'*acquis communautaire*.

(39) Cfr. sul punto, e sull'intera questione del controllo di abusività relativamente alle clausole di contenuto "economico", Farneti, *La vessatorietà delle clausole "principali" nei contratti del consumatore*, Padova, 2009, *passim*, e - più di recente - Ferraro, *La sentenza Caja de Ahorros e l'armonizzazione tradita*, in *Contratti*, 2010, 880 ss. (autori ai quali si rinvia anche per ulteriori riferimenti bibliografici).

(40) Ciò non dovrebbe - ad ogni modo - comportare alcuna violazione (neanche indiretta) del disposto dell'art. 6 del Reg. CE n. 593/2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali («Roma I»), disposizione che - come è noto - stabilisce che la legge applicabile ai contratti conclusi tra un'impresa e un consumatore è la legge del paese nel quale il consumatore ha la residenza abituale, prevedendo bensì la possibilità di una deroga convenzionale, ma stabilendo altresì che la scelta pattizia non può comunque privare il consumatore della protezione assicurata dalle norme inderogabili dell'ordinamento di appartenenza. Orbene - come è stato rilevato - «Il regolamento [CESL] mira ad introdurre un *secondo regime* di diritto dei contratti all'interno di ciascuno Stato membro. Con la sua adozione non si avrebbe un'armonizzazione attraverso una modifica dei diritti nazionali o la creazione di un diritto dell'Unione (28° regime), ma si andrebbe a creare all'interno di ogni ordinamento giuridico un regime di diritto dei contratti che si affianca a quello nazionale esistente. Tale regime sarebbe identico in tutta l'Unione e, in questo senso, comune. Sulla base di tali premesse, la scelta di avvalersi della CESL non avrebbe nulla a che fare con l'*opinio iuris* di fonte internazionalprivatistica, ma andrebbe operata tra due rami distinti della vendita *all'interno dello stesso ordinamento nazionale*. Lo strumento proposto, in altre parole, non verrebbe in alcun modo a modificare o ad incidere sul reg. "Roma I" o su altre norme di conflitto. Se ad un dato rapporto di consumo si applica la legge italiana (per scelta delle parti o come criterio residuale) le parti potranno ancora decidere se applicare il "vecchio" o il "nuovo" regime dei contratti. La scelta del "nuovo" non porrebbe, in nessun caso, un problema di indiretta violazione dell'art. 6 comma 2°, reg. "Roma I", dal momento che le disposizioni della CESL sono identiche in ogni paese europeo e che le norme imperative a tutela del consumatore assicurano a quest'ultimo un livello di protezione adeguato» (così Meli, *Proposta di regolamento*, cit., 201-202; gli ultimi corsivi sono aggiunti).

l'art. 130 del nostro codice del consumo) è superata dalla disposizione dell'art. 106 del «diritto europeo della vendita», che al comma 3 stabilisce espressamente che se il compratore è un consumatore «i diritti del compratore non sono subordinati al diritto di correzione del venditore»

Non è possibile, in questa sede, effettuare un confronto analitico tra le singole norme del «diritto comune europeo della vendita» e quelle corrispondenti dell'*acquis communautaire* (oltre che le norme che, sulla base di esso, sono previste nei singoli ordinamenti nazionali), ma sembra potersi comunque affermare che - complessivamente - la protezione del consumatore dovrebbe risultare migliorata rispetto al livello attuale (anche senza considerare i vantaggi specifici che l'adozione dello strumento opzionale dovrebbe comportare in termini di aumento dell'offerta di beni, e dunque anche di aumento della concorrenza e conseguente abbassamento del livello dei prezzi) (41).

b) Applicazione della CESL ai rapporti tra imprese B2B o B2b

Più complessa è la risposta che sembra doversi dare alla seconda questione (di carattere “generale”) che abbiamo sopra segnalato.

La decisione - relativamente al contratto di vendita - di estendere la normativa dell'*acquis communautaire* (formatosi in materia di rapporti B2C) anche ai rapporti tra imprese risponde certamente ad una sollecitazione proveniente da più parti, e da tempo oggetto di discussione in ambito europeo (oltre che nei singoli ordinamenti nazionali). Inoltre, se è vero quanto abbiamo osservato nelle pagine precedenti, consiste proprio nel lasciare (quanto meno) aperta questa prospettiva che il legislatore europeo è stato infine indotto a ridimensionare il progetto originario della «Direttiva (di armonizzazione piena) sui diritti dei consumatori», recuperando l'idea di uno “strumento opzionale”.

Ciò detto, va subito osservato che il significato della “estensione” concretamente ipotizzata nella normativa in esame è alquanto diverso da quello che viene in rilievo quando si discorre dell'applicazione della disciplina a tutela del “consumatore” a contraenti che presentino *analoghe* condizioni di *debolezza* (artigiani, imprenditori individuali, associazioni non riconosciute, comitati, ecc.).

Allorché l'art. 7 della Proposta di regolamento ammette, infatti, la possibilità di sottoporre al diritto comune europeo della vendita anche i contratti in cui tutte le parti sono professionisti, *purché almeno una parte sia una piccola o media impresa (PMI)*, ag-

giungendo che «ai fini del presente regolamento, è una PMI il professionista che: a) occupa meno di 250 persone, e b) ha un fatturato annuo non superiore ai 50 milioni di euro oppure un totale di bilancio annuo non superiore ai 43 milioni di euro», è chiaro che la *ratio* di questa previsione difficilmente può essere ravvisata nella *strutturale debolezza contrattuale* che possa predicarsi con riferimento a questo tipo di contraente, o nell'accostamento di esso alla (tradizionale) figura del «consumatore» (e alla specifica ragione - *leggi: asimmetria informativa* - che giustifica, per quest'ultimo, un intervento limitativo dell'autonomia privata da parte del legislatore).

Del resto, è discutibile la opportunità di interventi così “invasivi” nella sfera della autonomia contrattuale (si pensi alla tematica degli obblighi di informazione) con riferimento a contraenti per i quali non sembrerebbe esserci, *almeno in linea di principio*, l'esigenza di una tutela “riequilibratrice” di una (rilevante e specifica) situazione di asimmetria di potere contrattuale (42). Certo, anche nei contratti tra imprese può porsi un problema di “condizioni generali di contratto” (come dimostra l'esperienza di un

Note:

(41) Sembrano pertanto eccessive le preoccupazioni che qualche autore ha manifestato sotto questo profilo, avanzando financo il sospetto che le cautele formali che sono richieste (per parte del consumatore) perché il rapporto possa essere sottoposto alla disciplina del «diritto comune europeo della vendita», siano «sintomatiche dell'insicurezza della Commissione circa l'effettivo livello di protezione contenuto nella CESL» (così Castronovo, *La proposta di regolamento su un diritto comune europeo della vendita: rapporti con il diritto vigente*, Intervento svolto nel corso dell'Audizione del Parlamento europeo, Commissione per gli Affari giuridici - seduta del 1° marzo 2012). La spiegazione di tali cautele formali (ad es. della esclusione della possibilità che la scelta del «diritto comune europeo della vendita» come legge applicabile al rapporto possa avvenire in virtù di una semplice clausola inserita nel contratto tra un professionista e un consumatore, e la necessità che invece tale scelta venga effettuata con un accordo autonomo tra le parti, oggetto di specifico obbligo di informazione a carico del professionista, che si ipotizza essere il soggetto che più frequentemente nella pratica proporrà l'uso del diritto comune europeo della vendita) viene fornita dalla Commissione nei *Considerando* nn. 22 e 23 della Proposta di regolamento.

(42) Si è, peraltro, osservato (Patti, *Le clausole abusive*, cit., 672) che «la soluzione della Commissione che cerca di mediare tra le varie impostazioni degli Stati membri prevedendo un controllo piuttosto blando per i contratti B2B, rischia di scontentare tutti, poiché essa può apparire eccessiva in esperienze giuridiche non abituate al controllo dei contratti B2B e, viceversa, troppo debole negli ordinamenti giuridici che stabiliscono tale forma di controllo». Più avanti, peraltro, lo stesso A. indica nell'estensione ai rapporti tra professionisti dell'ambito di applicazione soggettivo del controllo contenutistico come la soluzione che (nell'ambito del proposto strumento opzionale) desta le maggiori perplessità in quanto «potrebbe far desistere gli imprenditori dall'utilizzare lo strumento opzionale» considerato che «verrebbe introdotto un controllo che non trova riscontro nella maggior parte dei Paesi membri» (*op. cit.*, 694).

ordinamento come quello tedesco), ma tale problema coincide solo in parte con quello delle «clausole vessatorie» (che è invece il profilo che specificamente viene in rilievo nella disciplina dei «contratti con i consumatori», ed è anche il profilo per il quale principalmente sembra essere stata dettata l'estensione prevista nella normativa in esame) (43).

D'altra parte, la supposizione secondo la quale difficilmente le imprese (in ipotesi) più "forti" sceglieranno (volontariamente) di assoggettare il proprio rapporto con un'altra impresa alla disciplina del «diritto comune europeo della vendita» (con tutte le limitazioni che questa disciplina comporta) è rafforzata dall'ulteriore considerazione secondo la quale è possibile comunque ottenere i vantaggi che può presentare sotto altri profili una disciplina "comune" (44), senza assoggettarsi agli svantaggi (in termini di compressione dell'autonomia privata (45)) che presenta la specifica disciplina di cui ci stiamo occupando. Ciò si verifica perché, nella maggior parte dei casi, la vendita transfrontaliera tra imprese (europee) sarà già assoggettata alle norme della Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di cose mobili (se le imprese contraenti appartengono a paesi che sono firmatari di detta Convenzione) (46), sicché non vi sarà bisogno - come detto - di dover far capo alla disciplina del "regolamento sul diritto europeo della vendita" per ottenere il risultato di vedere sottoposto il rapporto ad una legge "comune" (e quindi maggiormente "condivisibile" dalle parti contraenti, e ad esse pertanto "gradita") (47). L'estensione della disciplina a tutela del consumatore anche ai "professionisti" (c.d. "deboli") avrebbe del resto un senso se di tale normativa si mantenesse la caratteristica fondamentale di normativa "obbligatoria" (ossia di normativa che si applica a prescindere dalla volontà dei destinatari). Quando, come nel caso che qui interessa, l'assoggettamento ad una certa disciplina è rimesso alla volontà dei contraenti, è chiaro invece che ci si trova di fronte ad un fenomeno diverso da quello della tutela di un "contraente debole" (tutela che non può - evidentemente - essere fatta dipendere dalla volontà anche del contraente "forte"), e che lo scopo della regolamentazione è altro (quello dello sviluppo delle transazioni).

È in questa esclusiva logica che, dunque, va letta l'applicazione di questa normativa anche ai rapporti tra imprese; onde sarebbe erroneo vedere in questa caratteristica un accoglimento, da parte del legislatore europeo, della teoria del «contratto con asimmetria di potere contrattuale» (48), come nuova figura (più ampia e generale rispetto a quella del

«contratto del consumatore») di riferimento della normativa europea.

(Segue) Di alcune critiche al "diritto comune europeo della vendita". Conclusioni

Si è già accennato alle critiche che sono state mosse all'iniziativa della Commissione, accusata in particolare di essere in contrasto con i principi di sussidiarietà e di proporzionalità (49).

Note:

(43) Se ne deve essere accorto il legislatore della Proposta di regolamento in esame, se è vero che nell'art. 39 egli usa una formula linguistica («clausole contrattuali standard») assolutamente "neutra" (e certo non identificabile con quella di «clausole vessatorie»); ed è un puro accidente (se non addirittura una svista) avere ricompreso detta norma tra le disposizioni generali, atteso che essa non può invece che essere riferita a contratti tra imprese, essendo oltremodo improbabile che un "consumatore" utilizzi "condizioni generali di contratto" (come rileva, esattamente, Castronovo, *op. ult. cit.*).

(44) Si è osservato che uno dei sicuri vantaggi che lo strumento opzionale offrirebbe rispetto all'adozione di altre discipline uniformi (come ad es. la Convenzione di Vienna del 1980) la presenza di un'istanza interpretativa unitaria. «Le sentenze della Corte di giustizia avrebbero efficacia vincolante per tutti gli Stati membri anche con riferimento allo strumento opzionale, nell'ambito del quale la Corte europea sarebbe chiamata a svolgere le proprie competenze come per qualsiasi altro atto legislativo di matrice europea, fornendo un'essenziale funzione di guida per i giudici nazionali» (così Patti, *Le clausole abusive*, cit., 689).

(45) Specie - come già detto - in relazione all'ipotizzato controllo "contenutistico" sulle clausole vessatorie.

(46) Come è noto, la Convenzione di Vienna non si applica in tutti i Paesi dell'Unione. In part., essa non si applica in Inghilterra, in Portogallo e in Islanda.

(47) Non è esatto (come invece opina Castronovo, *op. ult. cit.*, 4 dell'estratto), che possa verificarsi il caso della contemporanea applicabilità (in astratto) addirittura di tre regimi diversi (quello della legge "interna", quello della Convenzione di Vienna e quello del «diritto comune europeo della vendita»). Nel caso di una vendita "internazionale" di cose mobili soggetta (in ragione della nazionalità delle parti contraenti) alla Convenzione di Vienna, quest'ultima si applica automaticamente *salvo che le parti lo escludano* (art. 6 Conv. Vienna). È solo a seguito di questa esclusione che potrebbe entrare in gioco o la scelta di adottare il «diritto comune europeo della vendita» (se mai esso entrerà in vigore) ovvero di affidare la disciplina del rapporto alla legge individuata secondo le comuni regole di diritto internazionale privato. Ne consegue che, anche in astratto, la concorrenza si può porre solo tra due regimi (non fra tre).

(48) Il riferimento è, evidentemente, a Roppo, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in AA.VV., *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo* a cura di S. Mazzamuto, Torino, 2002, 639 ss.; e, più di recente, Id., *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul «terzo contratto»)*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, 669 ss. Per alcune osservazioni critiche sulla posizione di Roppo, sia consentito il rinvio a D'Amico, *Formazione del contratto*, in *Enc. dir. Annali*, II, Milano, 2008, § 14.

(49) Solleva dei dubbi sotto questo profilo anche Meli, *op.cit.*, 204, la quale osserva che la scelta di intervenire con una misura di armonizzazione che impone la creazione di un «secondo regi-

(segue)

Queste critiche non sono andate disgiunte da altre, alcune relative *al merito* delle scelte effettuate, altre riferite *al metodo* seguito.

Quanto alle critiche *di merito*, in particolare, abbiamo già replicato preso in considerazione l'osservazione che paventa un possibile arretramento nella tutela che in concreto i consumatori (o alcuni di essi) rischierebbero di subire rispetto alla protezione loro assicurata dai rispettivi ordinamenti nazionali (50). Alle critiche che potremmo chiamare *di metodo* possono invece ascriversi due ulteriori osservazioni, che vanno conclusivamente prese in esame.

a) La prima lamenta il fatto che la disciplina "generale" del contratto contenuta nel regolamento in esame (*rectius*: nell'Allegato I) (51) non sia completa (o meglio "autosufficiente"), non contenendo la regolamentazione di alcuni istituti come la capacità, l'invalidità/illiceità, la rappresentanza, la pluralità di debitori o creditori, e così via, con la conseguenza che per questi istituti bisognerà far capo (con inevitabile complicazione) all'ordinamento nazionale individuato in base alle norme di diritto internazionale privato (52).

A questa critica si può rispondere con le parole stesse della Commissione. Nella Comunicazione che accompagna la Proposta di regolamento si legge (par. 2.1.) che, sebbene il «diritto comune europeo della vendita» aspiri ad essere «un corpus completo di norme di diritto contrattuale», tuttavia «alcune materie che sono di grande importanza per i diritti nazionali e meno pertinenti per i contratti transfrontalieri (come le norme sulla capacità giuridica, l'invalidità/illiceità o la rappresentanza e la pluralità di debitori e creditori) non saranno trattate dal diritto comune europeo della vendita e continueranno ad essere regolate dalle norme della legge nazionale applicabile ai sensi del regolamento Roma I» (53).

È, dunque, un criterio pratico quello che ha guidato il legislatore europeo nella individuazione degli isti-

FUE (che richiede invece l'unanimità). Sennonché, lo strumento alla fine adottato si rivela da questo punto di vista come «un comodo espediente per aggirare l'ostacolo», in quanto esso (se pure non possa qualificarsi come creazione di uno strumento "europeo", che avrebbe richiesto come tale altre procedure) nemmeno è propriamente una «misura di armonizzazione» (quale vorrebbe prospettarsi), in quanto non è volto alla modifica dei diritti nazionali nella prospettiva di un ravvicinamento delle legislazioni (*op.cit.*, 205).

(50) Un'altra critica che è stata mossa allo "strumento opzionale", dal punto di vista dei suoi contenuti, attiene alla sua idoneità a «divenire uno strumento concretamente fruibile nella prassi», considerato che «la moltitudine di clausole generali e "open-ended concepts" pare porsi in contrasto con le esigenze di rapidità e certezza proprie del commercio internazionale, specie per quel che concerne la posizione delle imprese, *business/traders*, alle quali, allo stato attuale, pare essere demandata la scelta di un regime facoltativo» (così Donadio, *Diritto contrattuale comunitario e "optional instrument": una valutazione preventiva*, in *Contratto e Impr./Europa*, 2011, 658, ove si ricorda anche la preoccupazione per una eccessiva espansione del potere del giudice chiamato ad applicare il diritto europeo, espressa da Zimmermann, *The present state of European private law*, in *Am. J. Comp. L.*, 2009, 57, 479).

(51) La ragione per la quale il legislatore europeo ha fatto confluire la normativa in un "Allegato" al Regolamento sembra abbastanza evidente. Si trattava di evitare di ingenerare l'equivoco che questa normativa fosse direttamente "obbligatoria" per i cittadini europei, in contrasto con la sua natura che è invece quella di uno strumento "opzionale". "Obbligatorio" è invece il contenuto in senso stretto del regolamento in esame, che importa (se il regolamento verrà approvato) l'introduzione diretta e immediata (ossia: senza necessità né possibilità di alcun atto di recepimento) del «diritto comune europeo della vendita» come regime contrattuale della vendita alternativo a quello previsto in ciascuno degli ordinamenti nazionali (soggiace all'equivoco Castronovo, *op. ult. cit.*, 5, il quale osserva che «è singolare che un regolamento affidi la propria applicazione ad un accordo tra soggetti privati»). Chiarito ciò, importa poco poi stabilire se il «diritto comune europeo della vendita» entri in tal modo a far parte dei singoli ordinamenti nazionali (come avverrebbe se esso costituisse *direttamente* il contenuto di un regolamento), ovvero se esso rimanga una fonte *esclusivamente* "europea" (alla quale fanno *in equal modo* riferimento i singoli ordinamenti nazionali, consentendo - con identiche modalità - ai loro cittadini di "optare", in relazione ad un proprio rapporto giuridico di vendita, per la applicazione di tale disciplina ovvero della disciplina del proprio ordinamento nazionale, o meglio dell'ordinamento nazionale individuato secondo le norme del diritto internazionale privato).

(52) Insiste su questo punto, ad es., Donadio, *Diritto contrattuale comunitario e "optional instrument"*, cit., 656-657.

(53) Il concetto è ripreso nel Considerando n. 27 della Proposta di regolamento, dove si legge che «Qualsiasi materia di natura contrattuale o extracontrattuale non rientrante nel campo di applicazione del diritto comune europeo della vendita è regolata dalle norme preesistenti, estranee al diritto comune europeo, della legge nazionale applicabile in virtù del regolamento (CE) n. 593/2008, del regolamento (CE) n. 864/2007 o di altre norme di conflitto pertinenti. Tali materie includono la personalità giuridica, l'invalidità del contratto derivante da incapacità giuridica, illegalità o immoralità, la determinazione della lingua del contratto, la non discriminazione, la rappresentanza, la pluralità di debitori e creditori, la modifica delle parti compresa la cessione, la compensazione e la confusione, il diritto di proprietà compreso il trasferimento del titolo, la proprietà intellettuale e la responsabilità extracontrattuale. La questione se domande concorrenti atinenti alla responsabilità contrattuale ed extracontrattuale possano essere fatte valere assieme è anch'essa esclusa dal campo di applicazione del diritto comune europeo della vendita».

Note:

(continua nota 49)

me» (all'interno di ciascun ordinamento) del diritto dei contratti solleva una questione, che l'A. formula attraverso il seguente interrogativo: «può un regolamento contenere una misura di tal fatta? Può cioè condurre al risultato di affiancare ai diritti nazionali esistenti un nuovo regime contrattuale che, nel nostro caso, non è stato mai voluto e approvato dal nostro legislatore? O sarà necessario un atto di approvazione del parlamento, in netto contrasto con la forza normativa propria del regolamento?». E, poco più avanti, la stessa A. evidenzia come l'idea del secondo regime del diritto dei contratti «nasce ... dall'esigenza di superare le obiezioni mosse alla possibilità di dar vita ad uno strumento di regolazione europeo (ovvero, un 28° regime del diritto dei contratti) quale misura di armonizzazione» che potesse trovare la propria base giuridica nell'art. 114 Tratt. FUE (che prevede il ricorso alla procedura ordinaria) piuttosto che nell'art. 352 Tratt.

tuti da regolare. In ogni caso, la *eventualità* (che il legislatore europeo ha, evidentemente, ritenuto non particolarmente frequente) che sorga una controversia in ordine ad uno dei profili non specificamente regolati non dovrebbe comportare soverchi problemi o complicazioni (trattandosi - solo in quei casi e per quel particolare profilo - di dover individuare una legge nazionale applicabile, ad integrazione del «diritto comune europeo della vendita», che regolerà per tutto il resto il rapporto).

b) La seconda osservazione lamenta il fatto che - premessa la sostanziale identità di molte norme del «diritto comune europeo della vendita» con le norme di cui i singoli ordinamenti nazionali sono già dotati (avendo dovuto recepire direttive comunitarie appartenenti al c.d. *acquis*) - se la proposta di regolamento venisse approvata si determinerebbe «l'inconveniente di una ripetizione di regole, le quali in un ordinamento minimamente ordinato do-

vrebbero essere contenute in una sola fonte, non distribuite in una pluralità di esse *senza alcuna ragione plausibile*» (54).

Sembra potersi replicare, tuttavia, che il «disordine» è solo apparente, e che la diversità di «fonti» (sia pur col medesimo contenuto) non genera di per sé alcun inconveniente, se e fino a quando le suddette fonti abbiano (riconoscibili) ambiti diversi di applicazione. Resta - questo è vero - il «disagio» nell'assistere ad un percorso di avanzamento del diritto (contrattuale) europeo sempre più faticoso e (se si vuole) «tortuoso»: conseguenza di una non sopita «resistenza» degli ordinamenti nazionali alla tendenza «egemonica» del diritto europeo, ma conseguenza anche di una «complessità» non ancora completamente afferrata e «risolta».

Nota:

(54) Così Castronovo, *op. ult. cit.*, 6 (corsivo nostro).

Il regolamento di Diritto comune europeo della vendita di Pasquale Stanzone

A differenza degli altri interventi comunitari in materia di contratti, la proposta di regolamento contiene una normativa uniforme per la vendita di beni, fornitura di contenuti digitali e prestazione di servizi connessi. Si tratta di un regime facoltativo, dunque a scelta dei contraenti, che affianca la disciplina di diritto interno e attiene ai rapporti tra imprese e consumatori e tra imprese (medie e piccole). Tra i vari problemi che sorgono, sono qui discussi il principio della buona fede e correttezza; quello della ragionevolezza e la distinzione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato. Il Regolamento tenta di avviare un'opera di sistemazione dell'esperienza giuridica comunitaria, sia pure per microsettori.

Armonizzazione e codificazione europea: i precedenti

Il movimento di armonizzazione del diritto europeo dei contratti affonda le sue radici, all'inizio del ventesimo secolo, nell'elaborazione di Progetti di matrice accademica. Nel 1929 venne pubblicato, infatti, un Progetto di Codice franco-italiano delle obbligazioni e dei contratti che, sebbene sia naufragato senza quindi mai ricevere forza di legge, ha comunque rappresentato un testo di riferimento per la dottrina, la giurisprudenza ed i legislatori successivi (1). Nel 1953, poi, fu l'Associazione Henri Capitant a pro-

porre un Progetto di codice comune delle obbligazioni in Europa. Più recentemente è stata la volta dei Principi del Diritto Europeo dei Contratti e delle Obbligazioni (2) elaborati su iniziativa del professore Lando e di un Codice europeo dei contratti elaborato (3) dal professore Gandolfi.

Note:

(1) Per un approfondimento delle questioni affrontate nel Progetto italo francese delle obbligazioni si veda AA.VV., *Il progetto italo francese delle obbligazioni (1927). Un modello di armonizzazione nell'epoca della ricodificazione*, a cura di G. Alpa-G. Chiodi, Milano, 2007, *passim*, a cui si rinvia anche per l'ampia appendice documentale. Sul punto si veda anche M. Rotondi, *Il progetto italo-francese delle obbligazioni*, in *Studi di diritto comparato e teoria generale*, Padova, 1972, 418.

(2) O. Lando, *Principles of European Contract Law, An Alternative or a Precursor of European legislation*, in *Rabels Zeitschr.*, 1992, 265.

(3) G. Gandolfi, *Per un codice europeo dei contratti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, 781; Id. *Per la redazione di un «codice europeo dei contratti»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1995, 1073; Id. *Sul progetto di un «codice europeo dei contratti»*, in *Rass. dir. civ.*, 1996, 105; Id. *La «condizione» nel progetto pavese di un «codice europeo dei contratti»*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, II, 287; G. B. Ferri, *Considerazioni intorno all'ipotesi di un progetto di codice europeo dei contratti*, in *Quadrimestre*, 1991, 366; G. Cordini, *La redazione di un codice europeo dei contratti nel progetto internazionale dei giuristi del «gruppo di Pavia»*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1994, 327; P.G. Gaggero, *Il progetto di un codice europeo dei contratti: l'attività del gruppo di lavoro pavese*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, II, 113; S. Patti, *Riflessioni su un progetto di codice europeo dei contratti*, in *Riv. dir. comm.*, 2001, I, 489.

Ma occorre attendere la fine del XX secolo perché l'idea di armonizzazione contrattuale in Europa prenda veramente corpo sotto l'egida delle Istituzioni europee. La Commissione Europea pubblica nel luglio 2001 una comunicazione "in materia di diritto europeo dei contratti" e avvia un'ampia consultazione sull'opportunità di realizzare un diritto europeo dei contratti al fine di eliminare eventuali elementi di ostacolo al buon funzionamento del mercato.

Nella sua seconda comunicazione del 12 febbraio 2003, intitolata "Maggiore coerenza nel diritto contrattuale europeo - Un piano d'azione" la Commissione propone tre spunti di lavoro: la costruzione di un "quadro comune di riferimento", l'elaborazione di clausole e condizioni contrattuali - tipo e l'adozione di uno strumento facoltativo nell'ambito del diritto europeo dei contratti.

Successivamente, l'11 ottobre 2004, nella sua terza comunicazione intitolata «Diritto contrattuale europeo e revisione dell'*acquis*: prospettive per il futuro», la Commissione precisa di «non prevedere di proporre un codice civile europeo che armonizzi il diritto dei contratti degli Stati membri» e che la «prospettiva per il futuro» è quella del quadro comune di riferimento, eventualmente completato da uno strumento facoltativo.

L'idea di una codificazione europea, in grado di garantire un diritto comune per tutti i Paesi dell'Unione, rappresenta, quindi, al momento ancora e soltanto un'utopia (4). D'altro canto, però, il diritto privato investito dalla produzione normativa degli organi comunitari è una realtà già vivente che si suole descrivere in termini di *acquis communautaire*. Tale patrimonio giuridico comune, pur non avendo la tradizione secolare del cd. *ius commune*, vale a dire dell'esperienza che si sviluppò nell'Europa continentale dal X secolo fino alle codificazioni ottocentesche, può senz'altro rappresentare la base di partenza per una nuova unificazione del diritto privato a livello europeo (5).

Se i tempi per una nuova codificazione, sia pur limitata alle obbligazioni e ai contratti, non sono ancora maturi, ciò non significa che in tale ambito qualche importante passo in avanti non sia stato compiuto dalle Istituzioni europee.

Transazioni transfrontaliere e norme uniformi. Diritto comunitario e diritto interno dei contratti: verso un diritto privato comune?

Al fine di migliorare la certezza del diritto nelle transazioni transfrontaliere, l'Unione europea ha, ad esempio, elaborato una serie di norme uniformi sui

conflitti di leggi. Il Regolamento Roma I sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali consente alle parti del contratto di scegliere la legge che lo regola e di determinare quale sia la legge applicabile in assenza di una scelta in tal senso (6).

Tuttavia, per loro natura, le norme sui conflitti di leggi non possono rimuovere le divergenze tra diritti sostanziali dei contratti; esse permettono unicamente di determinare quale sia il diritto sostanziale nazionale che si applica ad un'operazione commerciale transfrontaliera nel caso in cui diversi diritti nazionali siano potenzialmente applicabili.

Più in particolare, con riferimento alla compravendita, quando parte del contratto è un consumatore la disciplina è quella della legge di residenza abituale dello stesso (art. 6 par. 1 del Regolamento Roma I); la tutela del consumatore è rafforzata nel paragrafo successivo quando, anche nei casi di legge liberamente scelta dalle parti, s'impone ai professionisti, che dirigono la propria attività verso il Paese di residenza del consumatore, di conformarsi al livello inderogabile di tutela del consumatore che vige nel Paese di residenza di quest'ultimo. Per tutti gli altri contratti di vendita, invece, si applica la legge del Paese nel quale il venditore ha la residenza abituale (art. 4, par. 1, lett. a).

Relativamente alle norme di diritto sostanziale, l'Unione europea ha iniziato a disciplinare il settore contrattuale adottando direttive di armonizzazione minima in alcune materie specifiche. Va, tuttavia, osservato che, se nei contratti tra imprese, l'impatto è stato minimo, diversamente è accaduto per i contratti tra consumatori e imprese.

In effetti, mentre l'azione dell'UE nei contratti tra imprese si è limitata a disciplinare la materia della lotta contro i ritardi nei pagamenti con la fissazione di norme sui tassi d'interesse minimi, nell'ambito dei contratti tra consumatori e imprenditori il legislatore comunitario, a più riprese, è intervenuto per avvicinare le normative dei diversi Stati membri, dedicando attenzione sia alla parte generale del con-

Note:

(4) G. Alpa, *L'armonizzazione del diritto contrattuale e il progetto di codice civile europeo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, 169 ss.

(5) Cfr. M. Ascheri, *Uno o più modelli di diritto comune?*, in AA.VV., *Il diritto privato regionale nella prospettiva europea. Atti del convegno internazionale. Macerata 30 settembre - 1° ottobre 2005*, a cura di E. Calzolaio, Milano, 2006, 55 ss.

(6) Si tratta del Regolamento n. 593/2008 del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, pubblicato in *G.U.C.E.*, 4 luglio 2008, L 177, 6. Per un commento cfr. B. Ubietti, *Il regolamento Roma I sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, Milano, 2008, *passim*.

tratto, con la nota disciplina in materia di clausole abusive (direttiva 93/13/CEE del 13 aprile 1993), sia ai singoli contratti ed a quello di compravendita in particolare (7).

In proposito, il legislatore è intervenuto sia predisponendo contromisure alle tecniche di vendita cd. aggressive, come nel caso delle vendite concluse fuori dai locali commerciali (direttiva 85/577/CEE del 20 dicembre 1985) o delle vendite a distanza (direttiva 97/7/CE del 20 maggio 1997), sia regolamentando specifici settori, quali la vendita a distanza di servizi finanziari ai consumatori (direttiva 02/65/CE del 23 settembre 2002 che modifica le direttive 90/619/CEE, 97/7/CE e 98/27/CE), di appartamenti in multiproprietà (direttiva 94/47/CE del 26 ottobre 1994), di pacchetti turistici (direttiva 90/314/CEE del 13 giugno 1990) o di beni mobili di consumo (direttiva 44/1999 del 25 maggio 1999).

Questa congerie di iniziative comunitarie ha imposto ai legislatori locali di adeguarsi ai modelli normativi scelti in sede sovranazionale, costringendo spesso i singoli ordinamenti a doversi confrontare con istituti creati e sviluppati in esperienze giuridiche diverse e a dover piegare le proprie categorie concettuali alle nuove esigenze di uniformazione del diritto. Ciò ha, peraltro, determinato non poche difficoltà di adattamento soprattutto in quegli ordinamenti, come il nostro, che ha conosciuto un fenomeno di sostanziale colonizzazione del proprio diritto interno. Assai spesso, infatti, il legislatore italiano ha dovuto recepire direttive ispirate a modelli molto distanti dalla nostra tradizione giuridica ma che per la loro maggiore modernità ed efficienza hanno finito con l'imporsi a livello comunitario (8).

L'impatto che il diritto di derivazione sovranazionale ha avuto sul nostro sistema è stato, quindi, probabilmente più dirompente rispetto a quanto accaduto in altri ordinamenti (9). Ed è proprio il contratto di compravendita a rappresentare un esempio paradigmatico di quanto l'iniziativa comunitaria abbia inciso nel nostro sistema civilistico. Se, infatti, si pensa all'obbligo di conformità a cui è tenuto il venditore di beni mobili di consumo (ai sensi dell'art. 129 comma 1 cod. cons., «il venditore ha l'obbligo di consegnare al consumatore beni conformi al contratto di vendita») ci appare subito chiaro perché lo schema della compravendita, così come pensato dal legislatore del codice civile ed elaborato, poi, dagli studiosi e dall'evoluzione giurisprudenziale, ne esca stravolto (10).

Nella nostra tradizione codicistica, infatti, la *traditio* di un bene viziato rappresenta, comunque, un adem-

pimento dell'obbligo di consegna, non sussistendo alcun obbligo di consegnare beni conformi a quanto pattuito. In questa impostazione, l'oggetto della prestazione del venditore può essere solo un comportamento del debitore, mentre l'assenza dei vizi è un modo d'essere della cosa che preesiste al consenso e non il risultato di una prestazione dovuta.

Proprio in considerazione del fatto che i vizi della cosa non presuppongono un inadempimento di un obbligo di conformità, ma una mera inattuazione o inesatta attuazione dell'attribuzione traslativa, al compratore non spetta un'azione di esatto adempimento, ma solo quella della riduzione del prezzo o della riso-

Note:

(7) Per un primo commento alla direttiva si veda V. Buonocore, *La direttiva comunitaria del 5 aprile 1993 sulle "clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori" e la disciplina della trasparenza nelle operazioni di intermediazione finanziaria (leasing, factoring e credito al consumo)*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1994, 463.

(8) Come insegna O. Kahn-Freund, *On Uses and Misuses of Comparative Law*, in *Selected Writings*, London, 1978, 298 s., trasferire materiale giuridico da un contesto ad un altro non è così facile come smontare un pezzo meccanico da una macchina e rimontarlo su un'altra macchina. Di converso la trasposizione di un principio o di un istituto giuridico da un sistema ad un altro richiede un adeguato sforzo da parte del giurista volto a far accettare dal sistema ricevente quello che comunque rappresenta un corpo estraneo. Può infatti accadere che i concetti giuridici trasferiti, restando identici a se stessi e in particolare continuando a svolgere anche nel nuovo sistema giuridico la medesima funzione svolta in quello di provenienza, possono tanto integrarsi quanto essere rigettati dall'ordinamento ricevente (A. Miranda, *Smoke gets in euro eyes. L'uniformazione di norme in materia di buona fede contrattuale in un'analisi euro-scettica*, in *Vita not.*, 1998, 1783; G. Smorto, *op. cit.*, 155.). Risulta dunque indispensabile l'opera del giurista di escogitare i necessari adattamenti al fine di consentire l'armonizzazione con il sistema del materiale giuridico che in esso viene trapiantato. In tal senso anche V. Zeno-Zencovich, *Il diritto europeo dei contratti*, cit., 70. *Contra* A. Miranda, *op. cit.*, 1783, secondo cui «le irritazioni giuridiche non possono essere "addomesticate", non possono essere trasformate da qualcosa di alieno in qualcosa di familiare, né adattate ad un nuovo contesto culturale; esse piuttosto vanno inquadrare in una prospettiva dinamica ed evolutiva in cui "il significato e la portata della norma esterna dovrà essere ricostruito ed il contesto interno subirà fondamentali cambiamenti"».

(9) Sul punto sia consentito un rinvio a P. Stanzione-A. Musio, *Introduzione*, in AA.VV., *La tutela del consumatore*, a cura di P. Stanzione-A. Musio, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, XXX, Torino, 2009, 1 ss.

(10) Il processo di mutazione relativo allo schema del contratto di compravendita alla luce dei principi comunitari è stato indagato in P. Stanzione, *La vendita di cose mobili: disciplina codicistica e norme speciali*, in *Scritti in onore di V. Buonocore*, IV, *Diritto civile*, Milano, 2005, 4906 ss. Per un approfondimento di carattere generale della tematica della vendita dei beni di consumo si rinvia ai contributi di F. Naddeo, *La vendita di beni di consumo*, in AA.VV., *La tutela del consumatore*, cit., 523 ss.; A.G. Parisi, *Sub artt. 128-135*, in AA.VV., *Commentario al codice del consumo. Inquadramento sistematico e prassi applicativa*, a cura di P. Stanzione-G. Sciancalepore, Milano, 2006, 943 ss.; I. Musio, *La vendita dei beni mobili di consumo*, in AA.VV., *La compravendita*, a cura di A. Musio-F. Naddeo, I, Padova, 2008, 765 ss.

luzione del contratto (11). Per venire incontro alle istanze di protezione dei consumatori il legislatore nazionale, ancora una volta su impulso di quello comunitario, ha dovuto invece mutare radicalmente prospettiva, introducendo un obbligo per il venditore di consegnare beni conformi al contratto (12).

A questo mutamento di prospettiva dello schema della compravendita, che passa da paradigma dello scambio individuale ad alienazione di beni mobili prodotti in serie, si accompagna un ampliamento degli strumenti di tutela dell'acquirente che può ora chiedere, innanzitutto, la riparazione o la sostituzione del bene difettoso e, solo in via residuale, esperire le tradizionali azioni di riduzione del prezzo e di risoluzione del contratto.

Se, da un lato, però, i singoli ordinamenti, chi più chi meno, hanno dovuto mutare pelle, aprendosi ad esperienze giuridiche diverse e sforzandosi di mantenere un'intima coerenza, dall'altro si è iniziata a materializzare in concreto l'idea di un diritto privato comune a livello europeo. In particolare, tale obiettivo ha cominciato a prendere sempre più forma e sostanza attraverso l'armonizzazione sia delle discipline di settore che della parte generale dei contratti. Basti pensare alle novità introdotte nell'ambito dell'informativa precontrattuale da fornire al consumatore, del diritto di recesso attribuito a quest'ultimo nella contrattazione a distanza o conclusa fuori dai locali commerciali, della consegna dei beni e del passaggio del rischio, della forma negoziale, delle invalidità e via discorrendo.

Il primo nucleo di disciplina comune europea dei contratti è generalmente indicato nella disciplina a tutela del consumatore con cui, da un lato, si è inteso offrire una tutela maggiormente protettiva a quella che è considerata, nell'attuale sistema produttivo di massa, «parte debole» del rapporto contrattuale e, dall'altro, si sono voluti sollecitare gli Stati membri a predisporre strumenti di tutela giuridica uniforme al fine di eliminare le diversità di obblighi e doveri di cui sono titolari le imprese, nella consapevolezza che tali diversità inducono ad una distorsione della concorrenza.

Il legislatore europeo, tuttavia, non ha finora elaborato una disciplina generale del contratto, adottando soluzioni parziali, limitatamente a singole figure contrattuali, il più delle volte in un'ottica correttiva e protezionistica dell'interesse del consumatore.

All'interno del mercato unico europeo, quindi, nonostante l'armonizzazione del diritto in diverse aree, gli scambi di merci e servizi sono ancora governati dal diritto dei contratti interno a ciascuno Stato membro. Le imprese che operano nel mercato unico

europeo ricorrono a una moltitudine di contratti che rispondono a discipline nazionali diverse: ne deriva che la coesistenza di 27 normative nazionali diverse comporta inevitabilmente costi di transazione aggiuntivi.

Inoltre, tale situazione è anche fonte di incertezza giuridica per le imprese e contribuisce a minare la fiducia dei consumatori, trasformandosi in un deterrente sia per essi che per le imprese che intendono acquistare e commerciare a livello transfrontaliero.

Il diverso trattamento cui sono sottoposti i rapporti giuridici di diritto privato nei singoli ordinamenti nazionali costituisce senza dubbio un forte ostacolo alla realizzazione di un mercato unico, inteso come libero scambio di merci, servizi, capitali, lavoro, all'interno dell'Unione. In un mercato fondato sul principio della libera concorrenza, infatti, tutti gli operatori, benché appartenenti a diversi ordinamenti giuridici, devono essere posti sullo stesso piano e devono poter competere, sul mercato medesimo, in condizioni di parità.

Ciò implica la necessità di elaborare regole uniformi nelle varie materie interessate dal fenomeno, come in tema di contratti, onde evitare la prevaricazione di modelli contrattuali nazionali «forti» e consentire di disporre di una base comune che ponga su di un piano di effettiva parità singoli operatori ed imprese. L'attuale cornice giuridica costituisce, cioè, ancora un rilevante ostacolo per chi, professionista o consumatore, intenda effettuare scambi transfrontalieri

Note:

(11) A. Luminoso, *La compravendita*, Torino, 2006, 208 ss. fa scaturire la responsabilità "dalla inattuazione o dall'imperfetta attuazione del risultato traslativo". Analogamente, E. Russo, *La responsabilità per inattuazione dell'effetto reale*, Milano, 1965, 210 ss.; L. Bigliazzi Geri-U. Breccia-F. Busnelli-U. Natoli, *Diritto civile, 3, Obbligazioni e contratti*, Torino, 1992, 319 ss., ove si legge che la giustificazione delle cosiddette "garanzie" va individuata nella "finalità di porre rimedio a situazioni che alterano l'assetto di interesse disciplinato dal contratto, a tal punto da precludere in tutto o in parte la possibilità per il creditore di conseguire l'atteso risultato pratico" verso il quale è orientato l'impegno traslativo del venditore. D. Rubino, *La compravendita*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu-F. Messineo, Milano, 1971, 629 ss. parla, poi, di "irregolarità dell'attribuzione traslativa", non attribuendo peraltro eccessiva rilevanza alle peculiarità di tale responsabilità rispetto a quella generale per inadempimento.

(12) Sulle questioni relative alla non conformità del bene compravenduto si veda il contributo di G. De Cristofaro, *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore: l'ordinamento italiano e la direttiva 99/44/CE sulla vendita e le garanzie dei beni di consumo*, Padova, 2000, *passim*. Va, ad ogni modo, precisato che il principio di conformità del bene al contratto non era del tutto sconosciuto prima dell'emanazione della direttiva 99/44/CE. Esso, infatti, era già stato enunciato dalla Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di beni mobili ed inoltre era presente in diversi ordinamenti europei.

nel mercato comune, dal momento che la mancanza di norme uniformi sui contratti indurrebbe molti operatori a limitare l'attività al loro mercato nazionale, a causa delle differenze legislative tra le leggi dei vari Stati membri.

Per completezza occorre, tuttavia, ricordare che l'attuale quadro normativo relativo alle transazioni transfrontaliere trova un suo importante riferimento nella disciplina di livello internazionale rappresentata dalla Convenzione di Vienna del 1980 sulla vendita internazionale di merci (13). Tale atto normativo, che si applica ogniquale volta le parti non abbiano optato per una legge specifica, regola alcuni aspetti dei contratti di vendita di beni, sebbene tralasci altri importanti profili come i vizi del consenso, le clausole abusive e la prescrizione. La Convenzione rappresenta, quindi, un tentativo su base internazionale di individuare una disciplina comune del contratto di compravendita a tutti gli Stati aderenti, dal momento che non si cura di stabilire, sul piano sostanziale, quale sia la legge da applicare al contratto di compravendita, ma lo regola in concreto (14).

Regolamento sulla vendita come modello uniforme. Regime facoltativo nei rapporti tra imprese e consumatori e tra imprese (medie e piccole)

La Commissione ha ritenuto opportuno intervenire, sulla falsariga dell'esperienza della Convenzione di Vienna, al fine di facilitare il commercio intracomunitario, mettendo così a disposizione degli operatori una normativa uniforme di diritto comunitario che le parti possono utilizzare per i contratti di vendita con controparti di un altro Paese dell'Unione.

Le Istituzioni europee, cioè, hanno inteso passare da una politica fin qui seguita, della cd. "armonizzazione minima", alla creazione di un modello uniforme, volto a garantire un'unica regolamentazione per tutti gli attori del mercato europeo. E l'obiettivo viene perseguito con il tentativo di introdurre una disciplina uniforme del più importante ed utilizzato schema contrattuale di scambio: la compravendita.

Con la Proposta di Regolamento COM (2011) 635, dell'11 ottobre 2011, composta di ben 186 articoli, si persegue l'intento di disciplinare il contratto di vendita nel suo insieme e non più limitatamente a specifici profili. Vengono, così, affrontate la maggior parte delle problematiche di carattere generale, come, ad esempio, la responsabilità precontrattuale, i vizi del consenso, le clausole abusive, la prescrizione, ecc. La Proposta prevede, tuttavia, l'istituzione di un diritto comune europeo della vendita, non già imponendo modifiche ai diritti nazionali in vigore,

ma creando nell'ordinamento giuridico di ciascuno Stato membro un secondo regime di diritto dei contratti, che sarà identico in tutta l'Unione e coesisterà con le norme vigenti di diritto nazionale dei contratti (art. 1).

Pertanto, il diritto comune europeo della vendita si applicherà ai contratti transfrontalieri su base volontaria e per accordo espresso delle parti, con l'obiettivo generale di migliorare l'instaurazione e il funzionamento del mercato interno, facilitando l'espansione degli scambi transfrontalieri per le imprese e gli acquisti transfrontalieri per i consumatori.

Si tratterà di un regime facoltativo (art. 3), che si applicherà ai contratti di vendita di beni, fornitura di contenuti digitali e prestazione di servizi connessi come l'installazione e la riparazione (art. 5).

La necessità per il giurista italiano di adattarsi a ragionare con differenti soluzioni dogmatiche rispetto a quelle ormai consolidate nella nostra esperienza origina sin dai primi articoli della Proposta di Regolamento e, in particolare, all'atto della stessa definizione del contratto di compravendita. Secondo la nota nozione contenuta nell'art. 1470 c.c., infatti, la compravendita rappresenta un tipico contratto ad effetti reali, avendo «per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa o il trasferimento di un altro diritto verso il corrispettivo di un prezzo».

Ai sensi dell'art. 2 comma 1 lett. k della Proposta di Regolamento, invece, la vendita può essere un contratto ad effetti traslativi ma anche ad efficacia obbligatoria, atteso che esso è definito come quel contratto in base al quale il venditore «trasferisce o si impegna a trasferire la proprietà di beni» al compratore, il quale «ne paga o si impegna a pagarne il prezzo».

La Proposta è stata concepita per la disciplina dei rapporti tra imprese e consumatori e tra imprese (piccole e medie), attraverso la previsione di una serie di norme applicabili in via generale, insieme a norme più protettive applicabili solo ai rapporti con i consumatori. Per quanto concerne il campo di applicazione territoriale e personale del Regolamento, infatti, gli artt. 4 e 7 limitano il regime in oggetto ai contratti transfrontalieri tra imprese e consumatori e tra imprese in cui almeno una delle parti è una piccola o media impresa, che, ai sensi della Raccoman-

Note:

(13) F. Ragno, *Convenzione di Vienna e Diritto europeo*, Padova, 2008, *passim*.

(14) Per un approfondimento sulle problematiche sottese alla vendite internazionali si veda C. Baldoli, *La vendita internazionale*, in AA.VV., *La compravendita*, a cura di A. Musio-F. Naddeo, 2, Padova, 2008, 1061 ss.

dazione 2003/361 della Commissione europea relativa alla definizione delle microimprese e delle piccole e medie imprese, devono intendersi quelle con meno di 250 dipendenti e meno di 50 milioni di fatturato.

L'elemento chiave del diritto comune europeo della vendita è l'identico livello elevato di protezione dei consumatori i quali, dopo aver prestato il proprio consenso alla scelta del diritto comune europeo con dichiarazione esplicita (art. 8), saranno liberi, ad esempio, di scegliere i rimedi nel caso di un articolo difettoso, usufruendo della possibilità di risolvere il contratto o di chiedere la sostituzione o la riparazione dell'articolo o una riduzione di prezzo. Attualmente, la stragrande maggioranza dei consumatori dell'UE non gode di tanta libertà di scelta: diversamente, un grado più elevato di tutela infonderà al consumatore, secondo la Commissione europea, la fiducia necessaria per acquistare prodotti in altri Paesi dell'UE.

L'Allegato I ricomprende, poi, disposizioni che regolano questioni che attengono all'intero ciclo di vita dei contratti. Esso affronta questioni attinenti ai diritti ed alle obbligazioni delle parti, ai rimedi contro l'inadempimento, agli obblighi di informativa precontrattuale, alla conclusione del contratto (compresi i requisiti di forma), al diritto di recesso e ai relativi effetti, alla nullità risultante da errore, frode o iniquo sfruttamento, all'interpretazione, al contenuto e agli effetti del contratto, alla valutazione e agli effetti del carattere abusivo delle clausole contrattuali, alla restituzione a seguito dell'annullamento e della risoluzione, nonché alla prescrizione.

Se le parti avranno convenuto di applicare il diritto comune europeo della vendita, per tali aspetti, rientranti nel campo di applicazione del regime comune dei contratti, non sarà possibile applicare nessun'altra norma nazionale. La scelta di avvalersi del diritto comune europeo della vendita sarà operata fra due rami distinti del diritto della vendita all'interno dello stesso ordinamento nazionale e non equivale, pertanto, né deve essere confusa con la scelta della legge applicabile ai sensi del diritto internazionale privato.

L'art. 1 di tale Allegato, sebbene enunci il principio della libertà contrattuale, non si esime dal prevedere al suo interno numerose norme imperative di salvaguardia cui le parti non possono derogare a danno del consumatore. In considerazione, quindi, dell'elevato livello di protezione del consumatore garantito dal diritto comune europeo della vendita, nelle transazioni tra imprese e consumatori non sarà più necessario identificare le norme imperative a tutela

del consumatore prescritte dalla legge del Paese di residenza abituale di quest'ultimo.

Principio di buona fede e correttezza.

Principio di ragionevolezza. Obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato

Altro principio cardine della disciplina è rappresentato dalla buona fede e correttezza, intesa quale "standard di condotta caratterizzato da onestà, lealtà e considerazione degli interessi dell'altra parte della transazione o del rapporto in questione" (art. 2, lett. b della Proposta di Regolamento). Segue, inoltre, quello della collaborazione fra le parti che dev'essere anch'essa improntata al principio della buona fede e della correttezza.

Ma ai sensi dello stesso art. 2 le parti che non rispettano il dovere di buona fede e correttezza vanno incontro a preclusioni relativamente all'esercizio di un diritto, di un rimedio o di un'eccezione di cui potrebbero altrimenti valersi, oppure possono essere ritenuti responsabili per qualsiasi danno subito dall'altra parte (comma 2). Inoltre, ai sensi del comma 3 dell'art. 2 dell'Allegato I, le parti non possono escludere l'applicazione del principio di buona fede e correttezza, né derogarvi o modificarne gli effetti. L'art. 5 dell'Allegato I richiama il principio di ragionevolezza, da un canto, precisando che questa "deve essere accertata obiettivamente, tenendo conto della natura e dello scopo del contratto, delle circostanze della fattispecie, degli usi e delle pratiche vigenti nelle attività commerciali o professionali di cui trattasi" (art. 5, comma 1) e, dall'altro, che "qualunque riferimento a ciò che si può pretendere da un determinato soggetto, a ciò che un determinato soggetto può pretendere e a ciò che si può presumere in una determinata situazione s'intende fatto a quanto è ragionevolmente pretendibile o presumibile" (art. 5, comma 2).

Il principio di buona fede e correttezza trova, poi, concreta specificazione nell'ambito delle trattative negoziali allorché l'art. 23, comma 1, prevede che il venditore debba comunicare al compratore, prima della conclusione del contratto, tutte le informazioni relative alle caratteristiche principali di cui dispone (o di cui si può presumere che disponga), che sarebbe contrario a buona fede non far conoscere alla controparte.

La norma, che va molto oltre il generale principio di buona fede nelle trattative precontrattuali di cui all'art. 1337 c.c., ha subito destato qualche perplessità da parte degli interpreti. È stato, infatti, osservato come un tale tipo di previsione possa rischiare di allargare eccessivamente la responsabilità del vendi-

tore, dando al compratore la possibilità di contestazioni pretestuose e, comunque, aprendo spazi per contestazioni poco compatibili con le esigenze di certezza nei rapporti commerciali che dovrebbero prevalere in questo settore.

E ciò soprattutto alla luce delle conseguenze che derivano da un eventuale comportamento ritenuto non conforme a buona fede. È, infatti, previsto che la parte che non rispetti l'obbligo di informazione debba rispondere di qualsiasi pregiudizio causato all'altra parte in conseguenza di tale violazione.

Inoltre, per quanto riguarda eventuali clausole non negoziate individualmente, proposte da una parte, le stesse non possono essere opposte all'altra parte se questa non le conosceva o se la parte proponente non ha preso le precauzioni ragionevolmente necessarie per portarle a conoscenza dell'altra (art. 70 comma 1, Allegato I). In questo modo si introduce un principio simile all'art. 1341 del nostro codice civile in materia di clausole onerose che permette alla controparte di mettere in discussione la maggior parte delle clausole contenute in condizioni generali di vendita (15).

Il principio di buona fede e correttezza ritorna, poi, anche con riferimento al sindacato di vessatorietà delle clausole. L'art. 86 dell'Allegato I stabilisce, infatti, che devono considerarsi abusive tutte le clausole che non siano state negoziate individualmente e che si discostino manifestamente dalle buone pratiche commerciali, contrariamente al principio di buona fede e correttezza.

Il riferimento alla contrarietà al principio di buona fede rievoca le discussioni sulla direttiva in tema di clausole vessatorie nei contratti tra professionisti e consumatori (direttiva n. 93/13) (16). Sono noti i problemi che la nozione di buona fede ha creato nel nostro sistema interno, dando vita ad un vivacissimo dibattito dottrinale e giurisprudenziale sul modo di intendere tale clausola generale (17).

Ma di là dalle difficoltà interpretative dovute alle infelici traduzioni della direttiva nelle diverse lingue (18), è proprio la nozione di buona fede che ha condotto gli studiosi a tentare difficili esercizi di equilibrio giuridico per salvaguardare la coerenza interna di ciascun ordinamento nazionale (19).

Note:

(15) Per un approfondimento sulla tematica delle condizioni generali di contratto in Italia si rinvia a M. Dossetto, voce *Condizioni generali di contratto*, in *Noviss. dig. it.*, III, Torino, 1959, 1112; A. Genovese, *Le condizioni generali di contratto*, Padova, 1954, 320 ss.; A. Giordano, *I contratti per adesione*, Milano, 1951, 131; P. Perlingieri, *Appunti sull'inquadramento della disciplina delle c.d. condizioni generali di contratto*, in *Dir. giur.*, 1969, 482; P.

Stanzione, *Considerazioni sulle clausole onerose nelle assicurazioni private*, in *Studi di diritto civile*, Napoli, 1986, 284 ss.; E. Cesaro, *Condizioni generali di contratto ed elencazione delle clausole vessatorie*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, 60.

(16) Per un approfondimento specifico sulla tematica della buona fede nei contratti dei consumatori si rinvia ad A. Musio, *La buona fede nei contratti dei consumatori*, Napoli, 2001, *passim*.

(17) L'art. 1469 bis c.c. ha dato sostanzialmente luogo ad una divisione in dottrina tra chi ha aderito ad una interpretazione adeguatrice della norma, in grado di correggere il legislatore riallineando la formula italiana a quella degli altri ordinamenti, e chi invece ha preferito interpretare letteralmente la stessa. Hanno proposto per una soluzione adeguatrice A. Orestano, *I contratti con i consumatori e le clausole abusive nella direttiva comunitaria: prime note*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1992, 485; S. Patti, *La direttiva comunitaria sulle clausole abusive: prime considerazioni*, in *Contr. impr.*, 1993, 73; G. De Nova, *La tutela dei consumatori nei confronti delle clausole standard abusive*, in questa *Rivista*, 1993, 356; V. Rizzo, *Le clausole «abusive»: realtà e prospettive. La direttiva CEE del 5 aprile 1993*, in *Rass. dir. civ.*, 1993, 590; R. Pardolesi, *Clausole abusive (nei contratti dei consumatori): una direttiva abusata?*, in *Foro it.*, 1994, V, c. 148; L. Bigliuzzi Geri, *Condizioni generali di contratto e buona fede*, in "Condizioni generali di contratto e direttiva CEE n. 93/13 del 5 aprile 1993". *Atti del convegno di studi di Napoli del 28 maggio 1993*, a cura di E. Cesaro, Padova, 1994, 31 ss.; Id., *A proposito della proposta di attuazione della direttiva comunitaria sulle clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, in *AA.VV.*, *Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, cit., 321; L. Bellanova, *Il centro e l'anello: il mercato e i consumatori. Appunti sulla direttiva Cee concernente le clausole abusive*, in *Econ. dir. terz.*, 1994, 914; V. Roppo-G. Napolitano, voce *Clausole abusive*, in *Enc. giur. Treccani*, agg., III, Roma, 1994, 3; F.D. Busnelli-U. Morello, *La direttiva 93/13/CEE del 5 aprile 1993 sulle clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, in *Riv. not.*, 1995, 373. Altra tesi ha preferito fermarsi al tenore letterale della norma. Tuttavia, anche all'interno di tale impostazione, si assiste ad una fondamentale spaccatura, infatti, da un lato vi è chi considera che il riferimento alla buona fede vada inteso in senso oggettivo, dall'altro chi preferisce discorrere di buona fede soggettiva. Propendono per la buona fede oggettiva G. Alpa, *Sul recepimento della direttiva comunitaria in tema di clausole abusive*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1996, 47; Id., *La clausola abusiva non inficia il resto del contratto*, in *Le clausole vessatorie, dossier mensile di Guida dir.*, 1996, 10, 12; R. De Negri, *La tutela di matrice comunitaria nei confronti delle clausole abusive nei contratti con i consumatori*, in *Dir. comm. int.*, 1998, 197. Opra, invece, per la soluzione della buona fede soggettiva S. Maiorca, *Tutela dell'aderente e regole di mercato nella disciplina generale dei "contratti del consumatore"*, Torino, 1998, 64.

(18) Si ricorda come, in occasione dell'emanazione dell'art. 1469 bis c.c. nel quale si faceva riferimento alla vessatorietà della clausola qualora la stessa, malgrado la buona fede, fosse in grado di comportare un significativo squilibrio dei diritti e dei doveri tra consumatori e professionisti, la dottrina abbia fortemente criticato il legislatore. Per C. Castronovo, *Profili della disciplina nuova delle clausole c.d. vessatorie cioè abusive*, in *Europa dir. priv.*, 1998, 1, 29, infatti, «sull'onda di questo fraintendimento, innescato dall'errore originario della redazione italiana della Direttiva, eccoci arrivati al testo attuale, ridicolo nella sua insensatezza come forse nessuno mai nella storia dei testi legislativi generati dal nostro Parlamento, quasi frutto mal concepito di nobile famiglia decaduta». Secondo V. Roppo, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie: spunti critici*, in *Europa dir. priv.*, 1998, 1, 66, invece, «quel "malgrado la buona fede" è veramente un insulto alla intelligenza e alla lingua italiana».

(19) V. Rizzo, *Il significativo squilibrio "malgrado" la buona fede nella clausola generale dell'art. 1469 bis c.c.: un collegamento "ambiguo" da chiarire*, in *Rass. dir. civ.*, 1996, 3, 497 ss.

In effetti, il concetto di buona fede maturato nell'esperienza tedesca è sostanzialmente differente da quello cui si riferisce il nostro codice civile in quanto, a differenza di quest'ultimo, il primo sembra comprendere anche un più generico riferimento all'equità. Una volta, però, esclusa la possibilità di una coesistenza all'interno dello stesso sistema di questi due distinti concetti di buona fede, l'uno classificabile esclusivamente tra le cc.dd. regole di correttezza, l'altro, quello di tradizione germanistica, utilizzabile anche quale regola di validità, è stato necessario da un lato cercare di adeguarsi correttamente alla disciplina comunitaria e dall'altro tentare di conservare l'unità e la coerenza del sistema.

La Proposta di Regolamento sembra, quindi, riproporre per l'interprete nazionale i medesimi problemi già affrontati in precedenza e risolti con non poche difficoltà.

Anche l'art. 5 dell'Allegato I introduce il principio di ragionevolezza; concetto sconosciuto alla nostra tradizione giuridica e meglio noto, invece, all'esperienza giuridica di *common law* (20). Più precisamente, nel nostro sistema giuridico, alla ragionevolezza si è soliti fare riferimento a proposito del sindacato di legittimità costituzionale e non già quale criterio guida in ambito contrattuale per giudicare la validità o la vincolatività di un accordo. Nel contesto del sindacato di costituzionalità delle leggi e degli atti aventi forza di legge la ragionevolezza rappresenta un criterio con il quale la Corte costituzionale controlla i procedimenti di bilanciamento tra principi costituzionali e valuta se le scelte legislative siano corrette o meno. Esso funge, cioè, da misura della legittimità dell'esercizio del potere legislativo. L'utilizzo del criterio della ragionevolezza consente, peraltro, di garantire il rispetto del principio di uguaglianza sostanziale, permettendo di salvaguardare quelle discipline che, sebbene comportino una differenziazione rispetto alle regole di carattere generale, non risultino arbitrarie, ma, al contrario, siano sostenute dalla logica di assecondare specifici interessi meritevoli di una protezione differenziata. Pertanto, quando il legislatore, pur derogando al principio di uguaglianza formale, resti nei limiti della ragionevolezza, la norma non potrà essere giudicata incostituzionale.

Il principio di *reasonableness*, come inteso nei sistemi di *common law*, invece, viene utilizzato per stabilire se un patto possa far validamente parte di un contratto. Ciascuna pattuizione, infatti, per poter superare il *reasonableness test* deve essere ragionevole ed equa in rapporto alle circostanze del caso note o prese in conto, o che comunque avrebbero dovuto ragionevol-

mente essere note o essere prese in conto, dalle parti al momento della conclusione del contratto.

Ma di là dalle difficoltà per l'interprete italiano di utilizzare un principio creato e sviluppatosi in una diversa esperienza giuridica, non pochi problemi porrà la qualificazione della ragionevolezza in termini di obiettività. Stabilire, cioè, quando una pattuizione possa definirsi obiettivamente ragionevole, sarà operazione ermeneutica non agevole e che richiederà soprattutto il ricorso all'esperienza maturata nei sistemi di *common law*.

Alla nozione di ragionevolezza, cara ai giuristi anglosassoni ma sfuggente per quelli di *civil law*, si ricollega anche l'art. 19, comma 5, secondo cui il professionista, allorché conclude un contratto a distanza con un consumatore, deve fornire a quest'ultimo tutte le informazioni necessarie entro un "termine ragionevole" dalla conclusione del contratto e comunque non oltre il momento in cui sono consegnati i beni o abbia inizio la fornitura del contenuto digitale o l'esecuzione del servizio connesso, salvo che l'informazione sia già stata fornita al consumatore su un supporto durevole prima della conclusione del contratto a distanza.

Determinare la ragionevolezza del termine richiederà evidentemente un lavoro interpretativo a cui le corti, nel valutare i singoli casi concreti, saranno, com'è prevedibile, chiamate a dare un contributo decisivo. Qualche incertezza presenta anche l'art. 28 in tema di obbligo di garantire la correttezza delle informazioni fornite. Il comma 1 della disposizione stabilisce, infatti, che «la parte che fornisce informazioni prima o al momento della conclusione del contratto, in osservanza degli obblighi stabiliti nel presente capo o in base ad altre circostanze, deve adeguatamente assicurarsi che le informazioni fornite siano corrette e non ingannevoli» (21).

Note:

(20) E.A. Farnsworth, *Good Faith Performance and Commercial Reasonableness under the Uniform Commercial Code*, in *University of Chicago law rev.*, 1963, XXX, 666 ss.

(21) Va ricordato come la legislazione di derivazione comunitaria abbia introdotto una nutrita serie di nuovi obblighi informativi a carico dei soggetti professionali. In tale ambito normativo, diversamente da quanto accade nel codice civile, ove si presuppone che le parti contrattino in uno stato di sostanziale equilibrio e si incontrino fisicamente per condurre le trattative, nella contrattazione che vede contrapposti i professionisti ai consumatori esiste un evidente problema di asimmetria informativa tra le parti che, peraltro, non si incontrano per condurre trattative prima della conclusione del contratto. La sostanziale differenza di situazioni ha reso, pertanto, necessario che i dati forniti ai consumatori siano agevolmente comprensibili, in modo da consentire il completamento del processo cognitivo di questi ultimi. Tale esigenza ha, però, via via condotto ad un progressivo allontanamento della

(segue)

Cosa debba intendersi con l'espressione "adeguatamente assicurarsi", stante la vaghezza del concetto, dovrà essere necessariamente oggetto di approfondimento da parte degli studiosi e terreno di confronto nelle aule giudiziarie.

Non minori difficoltà incontrerà il giurista italiano, abituato com'è a ragionare con le note categorie dei requisiti essenziali del contratto, allorché si troverà ad affrontare l'art. 30 della Proposta di Regolamento che indica i "requisiti per la conclusione del contratto". Il comma 1 della richiamata disposizione prevede, infatti, che «il contratto è concluso quando: (a) le parti raggiungono un accordo; (b) le parti intendono far produrre all'accordo effetti giuridici; e (c) l'accordo, integrato se necessario da norme del diritto comune europeo della vendita, ha contenuto e certezza sufficienti per produrre effetti giuridici».

In assenza di una definizione di ciò che si vuol intendere con l'espressione "contenuto e certezza sufficienti", come nei casi precedenti, le incertezze potranno essere risolte solo con una prolungata applicazione dalla quale potranno essere tratti chiarimenti in merito.

Particolarmente significativa da un punto di vista dogmatico è pure la previsione di cui all'art. 148 dell'Allegato I che introduce la nota e discussa distinzione tra obbligazioni di mezzo ed obbligazioni di risultato. La richiamata norma distingue, infatti, le prestazioni per le quali il prestatore di servizi deve conseguire lo specifico risultato previsto dal contratto (art. 148 comma 1), da un lato, e quelle per le quali il prestatore di servizi deve eseguire il servizio connesso solo con la diligenza e la perizia che un prestatore di servizi medio userebbe e in conformità con le norme applicabili al servizio connesso (art. 148 comma 2), dall'altro (22).

È noto come, nel nostro sistema giuridico, la distinzione tra obbligazioni di mezzi ed obbligazioni di risultato si è affermata grazie alle argomentazioni sviluppatesi all'interno della dottrina francese. Sono altresì note, tuttavia, le annose questioni tra gli studiosi sorte in merito alla configurazione di una siffatta dicotomia, messa spesso in crisi quando dalle enunciazioni teoriche si passa alle fattispecie concrete. La differenza, infatti, così netta e chiara in linea teorica, crea problematiche e questioni assai complesse allorché l'interprete si confronta con situazioni reali.

Così, è iniziata una revisione critica della differenziazione tra obbligazioni di mezzo e di risultato, in particolare, partendo dalle obbligazioni dei professionisti rispetto alle quali è innegabile l'attesa per un determinato risultato sebbene siano comunemente inquadrate tra le obbligazioni di mezzi (23). Si è os-

servato, così, che, da una parte, tali obbligazioni non sono scevre dall'attesa di un risultato e che, dall'altra, nelle obbligazioni di risultato non è indifferente la modalità di esecuzione della prestazione.

È stato poi Galgano a notare come la dicotomia altro non sarebbe se non la riproposizione, sotto mentite spoglie, del dilemma se, ai fini dell'inadempimento, possa il debitore dar conto della propria condotta diligente, essendo esonerato da responsabilità

Note:

(continua nota 21)

normativa di derivazione comunitaria dal modello del codice civile. Se, infatti, la disciplina codicistica è pervasa dalla presunzione secondo cui ciascuna parte, utilizzando l'ordinaria diligenza, è in grado di trarre dalle notizie ricevute una informazione, viceversa, nella contrattazione standardizzata si parte dal presupposto che il consumatore non è in grado di decifrare quanto la sua controparte gli abbia comunicato. Si è così giunti ad una graduale evoluzione in cui le informazioni vengono trasfuse nel contenuto del contratto, fino a divenire elementi del contratto stesso. Si pensi all'art. 94 d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (T.U. delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria) che impone, a coloro che intendono effettuare una sollecitazione all'investimento, di darne preventiva comunicazione alla CONSOB, allegando il prospetto (destinato alla pubblicazione), il quale deve contenere «le informazioni che, a seconda delle caratteristiche dei prodotti finanziari e degli emittenti, sono necessarie affinché gli investitori possano pervenire a un fondato giudizio sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria e sull'evoluzione dell'attività dell'emittente nonché sui prodotti finanziari e sui relativi diritti». Ma il discorso può ripetersi per il contratto di multiproprietà che, analogamente, deve ispirarsi ai connotati di informazione e trasparenza. È, infatti, prevista una scheda minuziosa fornita dal venditore, in cui sono riportate natura, condizioni di esercizio del diritto di recesso, identità e domicilio del venditore, descrizione dell'immobile, ubicazione e concessioni edilizie. Similmente avviene per i contratti di vendita di pacchetti turistici, ove è stata prevista la possibilità della predisposizione, da parte del professionista, di un opuscolo informativo che deve indicare in modo preciso e chiaro una serie di molteplici elementi da mettere a disposizione del consumatore. Dall'analisi delle diverse normative di derivazione comunitaria emerge, poi, un altro dato importante e, cioè, che le conseguenze derivanti dalla violazione degli obblighi di informazione possono essere di differenti tipologie. Non solo, infatti, sono previste sanzioni amministrative, ma la non corretta informazione può condurre alla radicale nullità del contratto, così come può anche determinare una dilatazione dei tempi per esercitare il diritto di recesso. Così A. Nazzaro, *Obblighi di informazione e procedimenti contrattuali*, Napoli, 2000, 220 s. Sulla tematica degli obblighi di informazione si vedano anche i contributi di D. Valentino, *Obblighi di informazione, contenuto e forma negoziale*, Napoli, 1999, *passim*; I. Musio, *Obblighi di informazione e buona fede nella formazione del contratto*, in *Quaderni del Dipartimento di diritto dei rapporti civili ed economici nei sistemi giuridici contemporanei*, diretti da P. Stanzone, Salerno, 2003, *passim*; G. Grisi, *L'obbligo precontrattuale di informazione*, Napoli, 1990, *passim*.

(22) Osserva come una dicotomia ormai in crisi nel nostro sistema venga ora riproposta a livello comunitario C. Castronovo, *L'utopia della codificazione europea e l'oscura realpolitik di Bruxelles dal DCFR alla Proposta di regolamento di un diritto comune europeo della vendita*, in *Europa dir. priv.*, 2011, 4, 858 s.

(23) Sul valore meramente descrittivo della dicotomia tra obbligazioni di mezzo ed obbligazioni di risultato e sull'assenza di qualsiasi valore dogmatico della stessa cfr. L. Mengoni, *Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi" (Studio critico)*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, 185 ss.

per il mancato conseguimento del risultato programmato ovvero se, dalla constatazione di quest'ultima situazione, possa essere automaticamente presunto l'inadempimento imputabile al soggetto passivo del rapporto obbligatorio (24).

Ma il disagio avvertito dalla dottrina italiana rispetto ad una classificazione difficilmente conciliabile con il sistema delle obbligazioni, così come ideato dal codice civile, ha finito per coinvolgere anche la giurisprudenza della Cassazione. Le Sezioni Unite, infatti, con la nota sentenza n. 13533/2001, hanno ricondotto ad unità gli strumenti probatori inerenti a vicende obbligatorie contrattuali ed il relativo criterio di riparto tra debitore e creditore (25).

La Suprema Corte ha, dunque, enucleato il principio della vicinanza della prova che deve orientare il criterio del riparto dell'*onus probandi*. In detta prospettiva, al creditore, sia pure di una c.d. prestazione di mezzi, spetterà provare esclusivamente il titolo del proprio credito ed allegare l'inadempimento del debitore, essendo al contrario quest'ultimo che dovrà fornire la prova dell'esattezza della prestazione resa. Ora, nonostante l'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale che ha fortemente ridimensionato l'utilità della dicotomia tra obbligazioni di mezzi ed obbligazioni di risultato, si ripropone per via legislativa una classificazione messa oramai da tempo in discussione.

Rilevi conclusivi

La Proposta di Regolamento, tuttavia, non disciplina ogni singolo aspetto del contratto: ne restano fuori i profili relativi all'incapacità, all'illegalità del contratto o alla rappresentanza. Saranno, pertanto, le norme della legge nazionale dello Stato membro applicabile ai sensi del Regolamento Roma I a regolare gli aspetti residui.

Ai dubbi interpretativi fin qui sollevati occorre aggiungere la mancanza della predisposizione di un meccanismo in grado di garantire un'interpretazione uniforme del Regolamento su tutto il territorio dell'UE. In effetti, la mera creazione di una banca dati delle decisioni delle autorità giurisdizionali non potrà costituire un precedente giudiziario valido per gli organi nazionali competenti in materia di interpretazione e applicazione del Regolamento, dato che sono possibili interpretazioni diverse. È, quindi, evidente la probabile ricaduta in termini di incertezza giuridica che tale situazione potrà determinare.

Ma di là dai contenuti, più o meno criticabili, delle singole disposizioni occorre rilevare come, con il Progetto di Regolamento in questione, è stato intrapreso per la prima volta un serio tentativo volto a creare quel tanto vagheggiato diritto comune euro-

peo dei contratti e delle obbligazioni. È vero che la Proposta di Regolamento esaminata rappresenta solo un primo e timido passo, per di più limitato al solo contratto di compravendita, ma è altrettanto vero che il legislatore europeo ha cominciato a gettare le basi per la creazione di un nuovo diritto comune. In effetti, i Regolamenti comunitari che sono stati finora emanati con l'intento di creare un diritto europeo uniforme hanno riguardato l'introduzione di norme di diritto internazionale privato in senso stretto, ossia norme di conflitto che si preoccupavano solamente di individuare la legge applicabile all'istituto di volta in volta preso in considerazione. È, ad esempio, il caso, da ultimo, del Regolamento n. 1259/2010 (detto Roma III) in materia di legge applicabile al divorzio e alla separazione personale che si è mosso con l'obiettivo di costruire un diritto europeo uniforme relativo alla regolamentazione della fase patologica della famiglia (26).

Con la Proposta di Regolamento di un diritto comune europeo della vendita, invece, può dirsi iniziato un cammino verso un'opera di sistemazione dell'esperienza giuridica comunitaria, anche se per microsettori. Nel corso degli anni, in effetti, il diritto co-

Note:

(24) F. Galgano, *Contratto e responsabilità contrattuale nell'attività sanitaria*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1984, 710.

(25) Secondo Cass., Sez. Un., 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Corr. giur.*, 2001, 1565 ss., con nota di V. Mariconda, *Inadempimento e onere della prova: le Sezioni Unite compongono un contrasto e ne aprono un altro*, infatti, «in tema di prova dell'inadempimento di una obbligazione, il creditore che agisca per la risoluzione contrattuale, per il risarcimento del danno, ovvero per l'adempimento deve soltanto provare la fonte (negoziale o legale) del suo diritto ed il relativo termine di scadenza, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte, mentre il debitore convenuto è gravato dell'onere della prova del fatto estintivo dell'altrui pretesa, costituito dall'avvenuto adempimento, ed eguale criterio di riparto dell'onere della prova deve ritenersi applicabile al caso in cui il debitore convenuto per l'adempimento, la risoluzione o il risarcimento del danno si avvalga dell'eccezione di inadempimento ex art. 1460 (risultando, in tal caso, invertiti i ruoli delle parti in lite, poiché il debitore eccipiente si limiterà ad allegare l'altrui inadempimento, ed il creditore agente dovrà dimostrare il proprio adempimento, ovvero la non ancora intervenuta scadenza dell'obbligazione). Anche nel caso in cui sia dedotto non l'inadempimento dell'obbligazione, ma il suo inesatto adempimento, al creditore istante sarà sufficiente la mera allegazione dell'inesattezza dell'adempimento (per violazione di doveri accessori, come quello di informazione, ovvero per mancata osservanza dell'obbligo di diligenza, o per difformità quantitative o qualitative dei beni), gravando ancora una volta sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto, esatto adempimento”.

(26) Per un commento al Regolamento si vedano i contributi di M. Valletti-E. Calò, *La disciplina europea del divorzio*, in *Corr. giur.*, 2011, 719 ss.; R. Clerici, *Il nuovo regolamento dell'Unione europea sulla legge applicabile al divorzio e alla separazione personale*, in *Fam. e dir.*, 2011, 1053 ss.; G. De Marzo, *Il regolamento (Ue) 1259/2010 in materia di legge applicabile al divorzio e alla separazione personale: primi passi verso un diritto europeo uniforme della famiglia*, in *Foro it.*, 2011, 3, 1, 917 ss.

munitario ha cercato di uniformare i singoli diritti nazionali. Tuttavia, le tecniche legislative utilizzate hanno risentito di un avvicinamento ancora burocratico delle Istituzioni europee a discapito naturalmente di un approccio scientifico rispetto al materiale normativo di volta in volta prodotto.

Si può pertanto affermare che si è pervenuti all'inizio di una nuova era della codificazione dove, però,

non è più il diritto romano a rappresentare la comune base di partenza dei codificatori, bensì è il diritto nato dall'esperienza comunitaria. Tuttavia, per l'obiettivo di un sistema giuridico comune in grado di inquadrare qualsiasi regola di diritto e di essere completato grazie ad una giurisprudenza capace di generare nuovi concetti, e quindi nuove regole, rimane ancora molta strada da percorrere.

Diritto comune europeo della vendita vs. Regolamento di Roma I: quale futuro per il diritto europeo dei contratti?

di Pietro Sirena

La proposta di regolamento su un diritto comune europeo della vendita costituisce una risposta ai problemi di diritto internazionale privato che sono posti dall'art. 6 del regolamento di Roma I a proposito dei contratti stipulati on line dai consumatori. È tuttavia discutibile che, per risolvere tali problemi, il futuro diritto comune europeo della vendita sia stato immunizzato dal medesimo regolamento, perché in tal modo esso è sottratto a una vera concorrenza con gli ordinamenti giuridici nazionali, ponendosi così potenzialmente in contrasto anche con il principio di sussidiarietà che è previsto dall'art. 5 del Trattato sull'Unione europea.

Un secondo regime di diritto dei contratti

La proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio su un diritto comune europeo della vendita segna un nuovo inizio per il diritto privato europeo, per lo meno se, vincendo le forti resistenze nazionali che sono state manifestate da parte di alcuni degli Stati membri (ma non dall'Italia), essa sarà effettivamente approvata e trasformata così in diritto vigente (1).

In primo luogo, l'Unione Europea non si propone più di disciplinare in modo puntualistico una fattispecie anomala o comunque settoriale di contrattazione (com'era accaduto nelle direttive che dalla metà degli anni Ottanta hanno dato vita al diritto europeo dei contratti), ma di dettare una disciplina organica della vendita internazionale di beni mobili, la quale potrebbe essere destinata ad avere una rilevanza anche superiore a quella che nei decenni precedenti ha caratterizzato la Convenzione di Vienna.

Ma soprattutto si deve considerare che, a differenza delle direttive che hanno progressivamente edificato il diritto europeo dei contratti a partire dalla metà degli anni Ottanta, il futuro regolamento sul diritto comune europeo della vendita non sarà più finalizzato semplicemente ad armonizzare gli ordinamenti giuridici nazionali degli Stati membri, ma a creare piuttosto un «corpus unico e uniforme di norme di diritto dei contratti che abbiano lo stesso significato e siano

interpretate allo stesso modo in tutti gli Stati membri» (Considerando n. 8 della Proposta di Regolamento). Si tratterà dunque di un vero e proprio diritto privato europeo, il quale si porrà in alternativa a quello nazionale di qualsiasi Stato membro, così costituendo quello che il Considerando n. 9 alla proposta di regolamento ha definito come un «secondo regime di diritto dei contratti».

Se si considera allora che la disciplina della vendita costituisce il nucleo centrale del diritto generale del contratto (2), il quale a sua volta costituisce il nucleo centrale di qualsiasi codice civile, si può quindi ben dire che l'introduzione di una siffatta disciplina europea della vendita equivarrebbe alla creazione del vero e proprio prototipo di un codice civile europeo,

Note:

(1) Si tratta della proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a un diritto comune europeo della vendita, dell'11 ottobre 2011 (COM(2011) 635 def.). In inglese, si usa l'espressione di *Common European Sales Law*, da cui l'acronimo (frequentemente utilizzato) di C.E.S.L. La proposta è stata accompagnata dalla Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni intitolata *Un diritto comune europeo della vendita per agevolare le transazioni commerciali transfrontaliere nel mercato unico*, sempre dell'11 ottobre 2011 (COM(2011) 636 def.).

(2) Per tutti, v. D'Amico, *Contratto di compravendita, effetto traslativo e problemi di armonizzazione*, in *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore*, a cura di Navarretta, Milano, 2007, 517 ss.

sebbene le istituzioni dell'Unione e gli studiosi che sono stati coinvolti nel progetto si affannino a negarlo, principalmente allo scopo di mitigare le possibili crisi di rigetto e le resistenze nazionali (3).

Si spiega quindi che quattro Stati membri (ossia, Austria, Belgio, Germania e Regno Unito) si siano dichiarati ufficialmente contrari all'approvazione della proposta, ritenendo che essa si ponga in contrasto con il principio di sussidiarietà che è sancito dall'art. 5 del Trattato sull'Unione europea. E ciò è tanto più significativo se si considera che, per quanto sia numericamente circoscritta, tale opposizione proviene da almeno due degli Stati membri che hanno maggiore peso politico e più forte influenza giuridica ed economica in Europa.

Il futuro della proposta di regolamento è dunque incerto (4). Ma ciò non toglie che, anche nella peggiore delle ipotesi, si tratti di un documento giuridico di grande rilevanza teorica e pratica.

L'art. 6 del regolamento di Roma I e le *directing activities* dei professionisti

Al fine di comprendere la genesi della proposta di regolamento, si devono esaminare le ragioni per le quali si è ritenuto che il diritto europeo dei contratti fin qui emanato non offra soluzioni adeguate agli inconvenienti della frammentazione degli ordinamenti giuridici nazionali.

A tale proposito, è necessario muovere dalle questioni di diritto internazionale privato che sono poste dall'art. 6 del regolamento di Roma I a proposito dei *Contratti conclusi da consumatori* (5).

Il par. 1 di tale articolo statuisce che, fatti salvi gli artt. 5 e 7 del medesimo regolamento, il contratto concluso tra un consumatore e un professionista è disciplinato dalla legge del paese nel quale il consumatore ha la residenza abituale, a condizione che sussista almeno una delle seguenti ipotesi: a) il professionista «*svolga le sue attività commerciali o professionali nel paese in cui il consumatore ha la residenza abituale*» (*pursuing activities*); b) il professionista «*diriga tali attività, con qualsiasi mezzo, verso tale paese o vari paesi tra cui quest'ultimo*» (*directing activities*). Ciò posto, il par. 2 del medesimo articolo statuisce che la scelta di una legge diversa da quella del paese nel quale il consumatore ha la sua residenza abituale in nessun caso lo può privare della protezione assicurategli dalle disposizioni alle quali non è permesso derogare convenzionalmente ai sensi della legge che sarebbe stata applicabile a norma del paragrafo 1.

Per quanto riguarda il primo caso, in cui il professionista «*svolga le sue attività commerciali o professionali nel paese in cui il consumatore ha la residenza abituale*»

(*pursuing activities*), è stato sostenuto in dottrina che sia necessaria non solo la presenza fisica del professionista in tale paese (6), ma anche che la sua attività locale si svolga in modo continuativo e sistematico e riguardi un significativo volume di affari (7). Ma assai più delicato è il problema interpretativo che si pone a proposito del secondo caso, in cui il professionista «*diriga le sue attività commerciali o professionali verso tale paese [di residenza abituale del consumatore] o vari paesi tra cui quest'ultimo*» (*directing activities*).

In primo luogo, si deve rilevare che si rientra in tale caso soltanto laddove le attività commerciali o professionali siano dirette verso il paese di residenza abituale del consumatore, ma non invece laddove esse si svolgano esclusivamente nell'ambito del paese di stabilimento del professionista, pur essendo dirette ai consumatori di altri paesi. Un esempio potrà forse essere chiarificatore.

Si supponga che il negozio "Scots Tartan", il quale si trova nel *Royal Mile* di Edinburgo, rivolga la propria attività essenzialmente ai turisti, esponga i prezzi in euro, sia segnalato da indicazioni in tedesco e si avvalga di commessi che parlano tedesco (8). Si dirà che, ai sensi dell'art. 6, paragrafo 1, lett. b), esso dirige le sue attività commerciali verso la Germania?

La risposta è negativa. Sebbene tale negozio diriga le sue attività commerciali verso coloro che sono abitualmente residenti in Germania, non si può propriamente dire che le diriga verso la Germania, ai sensi dell'art. 6 del regolamento di Roma I: tutti i fatti che sono stati a tal fine considerati si collocano

Note:

(3) La base normativa per l'emanazione del regolamento è espressamente individuata nell'art. 114 del Trattato sul funzionamento dell'Unione. Ma sui dubbi che sono stati espressi al riguardo, v. per tutti Meli, *Proposta di regolamento - Diritto comune europeo della vendita*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2012, 200 ss.

(4) Preso atto delle critiche che sono state espresse da alcuni Stati membri, la Presidenza del Consiglio dell'Unione Europea in data 1° giugno 2012 ha invitato i Ministri degli Stati membri a prendere posizione su tale strumento legislativo.

(5) Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I).

(6) Cachia, *Consumer Contracts in Europe Private International Law: The Sphere of Operation of the Consumer Contract Rules in Brussels I and Rome I Regulations*, in *European Law Rev.*, 2009, 483.

(7) Støren, *International Jurisdiction over Consumer Contracts in E-Europe*, in *Int. Comp. Law Quart.*, 52, 2003, 676

(8) L'esempio e la sua trattazione sono tratti da Law Commission, Scottish Law Commission, *An Optional Common European Sales Law: Advantages and Problems. Advice to the UK Government*, 10 novembre 2011, 18.

esclusivamente in Scozia. Pertanto, i contratti mediante i quali i turisti tedeschi effettuano acquisti in tale negozio saranno disciplinati esclusivamente dalla legge scozzese, senza che essi godano della protezione assicurata loro dalle disposizioni alle quali non è permesso derogare convenzionalmente ai sensi della legge tedesca.

A ciò consegue che, per quanto qui rileva, il regolamento di Roma I ha una scarsa importanza applicativa a proposito dei contratti stipulati nei locali commerciali del venditore. Esso rileva piuttosto nelle vendite a distanza (in quanto danno luogo a transazioni transfrontaliere).

Ma qui si pone il vero problema giuridico ed economico che ha costituito la spinta a proporre il regolamento di cui si tratta: il commercio elettronico, il quale assorbe una larga parte delle transazioni transfrontaliere (escluse quelle di natura finanziaria), costituisce per sua natura un'attività diretta dal professionista verso il paese di residenza abituale del consumatore, ovvero verso vari paesi tra cui quest'ultimo, ai sensi dell'art. 6 del regolamento di Roma I?

Il problema della vendite *on line*

Anche in questo caso un esempio potrà forse essere chiarificatore.

Un imprenditore italiano vende libri, CD e altri beni di consumo mediante il proprio sito Internet, il quale sarà naturalmente accessibile dai consumatori che risiedono in Francia, da quelli che risiedono in Germania, ecc. Si potrà quindi dire che, ai sensi dell'art. 6 del regolamento di Roma I, tale imprenditore dirige la propria attività commerciale verso la Francia, verso la Germania, ecc.? La risposta non è facile.

Si deve premettere che, per quanto qui rileva, l'interpretazione dell'art. 6 del regolamento di Roma I non può non essere coerente con quella dell'art. 15, par. 1 lett. c del regolamento di Bruxelles I (9), il quale detta una disposizione quasi identica riguardo alla «*Competenza in materia di contratti conclusi da consumatori*» (10). Si può allora cercare di rispondere alla domanda che si è posta a proposito dell'art. 6 del regolamento di Roma I proprio facendo riferimento alla giurisprudenza della Corte di Giustizia riguardante l'art. 15 del regolamento di Bruxelles I, e segnatamente a un importante precedente del 2010 (11).

Si trattava di due procedimenti riuniti. Nella prima causa, un consumatore domiciliato in Austria aveva prenotato una crociera mediante il sito Internet di una società domiciliata in Germania e, a causa di un controversia relativa all'esecuzione del contratto,

l'aveva poi convenuta in giudizio innanzi a un giudice austriaco, sentendosi tuttavia eccepire il difetto di giurisdizione. Nella seconda causa, all'inverso, un consumatore domiciliato in Germania aveva prenotato una stanza in un albergo gestito da una società austriaca ed, essendosi poi rifiutato di pagare il conto, era stato convenuto in giudizio innanzi a un giudice austriaco, del quale aveva però eccepito il difetto di giurisdizione.

La decisione della Corte di Giustizia è stata efficacemente sintetizzata nella seguente massima: «*Al fine di stabilire se l'attività di un commerciante, presentata sul suo sito Internet o su quello di un intermediario, possa essere considerata "diretta" verso lo Stato membro sul territorio del quale il consumatore è domiciliato, ai sensi dell'art. 15, n. 1, lett. c), del regolamento n. 44/2001, occorre verificare se, prima dell'eventuale conclusione di un contratto con il consumatore, risulti da tali siti Internet e dall'attività complessiva del commerciante che quest'ultimo intendeva commerciare con consumatori domiciliati in uno o più Stati membri, tra i quali quello di domicilio del consumatore stesso, nel senso che era disposto a concludere contratti con i medesimi*».

A tale proposito la Corte di Giustizia muove dalla premessa secondo cui «*la semplice accessibilità del sito Internet del commerciante o di quello dell'intermediario nello Stato membro sul territorio del quale il consumatore è domiciliato è insufficiente. Ciò vale anche con riguardo all'indicazione di un indirizzo di posta elettronica o di altre coordinate ovvero all'impiego di una lingua o di*

Note:

(9) Regolamento (CE) n. 44/2001 del Consiglio, del 22 dicembre 2000, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale.

(10) Si deve tuttavia rilevare che, mentre l'art. 6, par. 1, del regolamento di Roma I fa riferimento al "luogo di residenza" (abituale) del consumatore, l'art. 15, paragrafo 1, lett. c), del regolamento di Bruxelles I fa invece riferimento al suo "luogo di domicilio". Il regolamento di Bruxelles I definisce espressamente il luogo di domicilio delle persone giuridiche (art. 60, paragrafo 1), ma non quello delle persone fisiche, il quale resta pertanto disciplinato dagli ordinamenti giuridici nazionali. Per determinare se il consumatore sia domiciliato nel territorio dello Stato membro in cui il giudice è stato adito, quest'ultimo deve applicare la legge nazionale (art. 59, paragrafo 1); se il consumatore non è ivi domiciliato, il giudice adito, per stabilire se abbia il domicilio in un altro Stato membro, deve applicare la legge di quest'ultimo Stato (art. 59, paragrafo 2).

(11) Procedimenti riuniti C-585/08 e C-144/09 Peter Pammer c. Reederei Karl Schlüter GmbH. È significativo che tale sentenza sia stata surrettiziamente evocata dal Commissario Viviane Reding nel suo *Keynote Speech*, intitolato *The Next Steps Towards a European Contract Law for Businesses and Consumers*, alla conferenza *Towards a European Contract Law*, organizzata dall'Università Cattolica di Leuven e dal *Centre for European Private Law* dell'Università di Münster e svoltasi a Leuven il 3 giugno 2011.

una moneta che costituiscano la lingua e/o la moneta abitualmente utilizzate nello Stato membro nel quale il commerciante è stabilito». Subito dopo, tuttavia, la Corte di Giustizia precisa che, ai sensi dell'art. 15 del regolamento di Bruxelles I, l'esercizio dell'attività commerciale mediante un sito Internet deve essere considerato come diretto verso lo Stato membro di domicilio del consumatore se prima dell'eventuale conclusione del contratto con quest'ultimo «risulti da tali siti Internet e dall'attività complessiva del commerciante che quest'ultimo intendeva commerciare con consumatori domiciliati in uno o più Stati membri, tra i quali quello di domicilio del consumatore stesso, nel senso che era disposto a concludere contratti con i medesimi».

Ma la Corte di Giustizia non si è limitata all'enunciazione di tale principio operativo: essa ha altresì espressamente individuato una lista (non esaustiva) di elementi di fatto che, sulla base di massime di esperienza sufficientemente consolidate, possono rilevare come indizi della natura internazionale dell'attività svolta dal professionista, nell'ambito di una valutazione che è riservata al giudice di ciascuno Stato membro. In particolare si tratta dei seguenti elementi di fatto:

- 1) l'indicazione di itinerari a partire da altri Stati membri per recarsi presso il luogo in cui il commerciante è stabilito;
- 2) l'utilizzazione di una lingua o di una moneta diverse dalla lingua o dalla moneta abitualmente utilizzate nello Stato membro in cui il commerciante è stabilito con la possibilità di prenotare e confermare la prenotazione in tale diversa lingua;
- 3) l'indicazione di recapiti telefonici unitamente ad un prefisso internazionale, il dispiego di risorse finanziarie per un servizio di posizionamento su Internet al fine di facilitare ai consumatori domiciliati in altri Stati membri l'accesso al sito del commerciante ovvero a quello del suo intermediario;
- 4) l'utilizzazione di un nome di dominio di primo livello diverso da quello dello Stato membro in cui il commerciante è stabilito;
- 5) la menzione di una clientela internazionale composta da clienti domiciliati in Stati membri differenti.

Se sussiste anche uno solo di tali elementi di fatto, il consumatore abitualmente residente in Germania che effettui acquisti sul sito Internet mediante il quale una società italiana vende al pubblico i suoi prodotti sarà comunque protetto dalle disposizioni alle quali non è permesso derogare convenzionalmente ai sensi della legge tedesca, il consumatore abitualmente residente in Francia sarà comunque

protetto dalle disposizioni alle quali non è permesso derogare convenzionalmente ai sensi della legge francese, ecc. In altri termini, se sussiste anche uno solo degli elementi di fatto che sono stati sopra elencati, l'imprenditore italiano che esercita la propria attività commerciale mediante un sito Internet dovrà predisporre e applicare ventisette contratti diversi, tanti quanto sono gli Stati membri in cui potrà risiedere un consumatore che effettui acquisti mediante quel sito Internet.

La proposta di regolamento della quale si tratta è appunto una risposta a tale problema, poiché, ai sensi del futuro art. 11 del diritto comune europeo della vendita, «ove le parti abbiano validamente convenuto di applicare il diritto comune europeo della vendita, questo e solo questo ne disciplina le materie rientranti nel proprio campo di applicazione».

In altri termini, la proposta di regolamento prevede di immunizzare il futuro diritto comune europeo della vendita dall'applicazione del regolamento di Roma I, e segnatamente del suo art. 6. Questa caratteristica costituisce il suo punto di forza, che dovrebbe fra l'altro incentivare i professionisti ad adottarlo, soprattutto nelle vendite *on line*, e al tempo stesso il suo punto di debolezza, perché lo espone all'accusa di porsi in contrasto con il principio di sussidiarietà e di sottrarsi a quella concorrenza fra gli ordinamenti giuridici alla quale dovrebbe assoggettarsi anche (e forse soprattutto) il diritto dell'Unione Europea, per lo meno quando esso è applicabile in base alla libera scelta delle parti contraenti.