



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DELLA TUSCIA DI VITERBO
DIPARTIMENTO DI STUDI UMANISTICI E SOCIALI
(DISTU)

Corso di Dottorato di Ricerca in
“Diritto dei contratti pubblici e privati” - XXVI ciclo

IL PROGETTO DI DIRITTO EUROPEO DEI CONTRATTI

(s.s.d. IUS/02)

Coordinatore del corso
prof. Mario Savino

Tutor
prof. Ferdinando Albisinni

Dottoranda:
dott.ssa Antonella Garonfolo

Anno accademico 2013-2014

INDICE

pag.

PREMESSA	4
----------	---

PARTE I

IL DIRITTO EUROPEO DEI CONTRATTI

CAPITOLO PRIMO

CREAZIONE DI UN DIRITTO EUROPEO DEI CONTRATTI: INTERESSI ED OPPORTUNITA'

1. Nozione di diritto privato europeo	11
2. Le varie tesi sviluppatesi nella costruzione dell' "edificio comune europeo"	16

CAPITOLO SECONDO

IL PERCORSO VERSO "IL CONTRATTO EUROPEO"

1. Barriere all'unificazione del diritto: diritto europeo e diritto comparato	25
2. Le tradizioni di <i>civil law</i> e di <i>common law</i>	30
2.1. "Contract" e "contratto": due archetipi non coincidenti	35
2.2. "Causa" e "consideration"	42
2.3. La "causa" e la "consideration" nei progetti di codificazione del diritto privato europeo	55

PARTE II

I TENTATIVI DI COSTRUZIONE DI UN DIRITTO EUROPEO DEI CONTRATTI

CAPITOLO PRIMO

LE PRIME INIZIATIVE PER LA FORMAZIONE DI UNA DISCIPLINA ORGANICA

1. Introduzione	59
2. La Convenzione di Roma del 1980 (convertita nel Regolamento Roma I)	62
3. Il Code européen des contrats (Codice Gandolfi)	73
4. I Principles of European Contract Law (PECL)	80

CAPITOLO SECONDO

L'EVOLUZIONE DEL PROGETTO SU INIZIATIVA DELLA COMMISSIONE EUROPEA

1. Il Common Frame of Reference e l'attività della Commissione	83
2. Il Draft of Common Frame of Reference (DCFR) e la successiva evoluzione istituzionale	87
3. Il Libro Verde del 2010 sulle opzioni possibili in vista di un diritto europeo dei contratti per i consumatori e le imprese ed il successivo Studio di Fattibilità	90

CAPITOLO TERZO

LA PROPOSTA DI REGOLAMENTO PER UN DIRITTO COMUNE EUROPEO DELLA VENDITA

1. Introduzione	96
2. Le ragioni di una scelta "limitata"	102
3. La struttura della proposta	104

4. Questione della base giuridica	110
5. La natura facoltativa del (futuro) regolamento ed il suo “ridimensionamento” rispetto al DCFR	115
6. Dubbi definitivi ed applicativi	121
7. Le critiche rivolte alla proposta	134

CONCLUSIONI

1. I limiti dell'intervento “rimediale”	139
2. Il ruolo della Dottrina	142
3. Conseguenze della “debolezza” dell'iniziativa istituzionale	143
4. I limiti degli approcci protezionistici e degli strumenti opzionali	146
5. Considerazioni conclusive	147

<i>Bibliografia</i>	149
<i>Siti Web</i>	162
<i>Giurisprudenza</i>	163

*“tutti i popoli sono retti da un diritto
che in parte è loro proprio, in parte è comune a quello
degli altri”*
(Gaio, Inst., I, 9)

PREMESSA

1. Una delle maggiori conquiste dell’Unione Europea è stata la creazione di un mercato unico¹, uno spazio senza frontiere interne nel quale venga assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali, in conformità alle disposizioni dei trattati (art. 26 TFUE).

In tale prospettiva l’Unione ha adottato e adotta le misure necessarie ad eliminare gli ostacoli di natura tecnica giuridica o burocratica che ancora oggi impediscono il libero scambio e la libera circolazione fra gli Stati Membri e che, principalmente, sono costituiti dalle differenze tra gli ordinamenti giuridici nazionali.

All’interno del mercato unico europeo, infatti, nonostante l’armonizzazione in diverse aree, gli scambi di merci e servizi sono ancora governati dal diritto dei contratti interno a ciascuno Stato membro, con un’incidenza negativa sul commercio transfrontaliero²: la coesistenza di 28 normative nazionali differenti comporta inevitabili

¹ Quando si parla di mercato unico si fa riferimento al concetto di mercato comune che, già prefigurato all’art. 3 del Trattato Istitutivo della Comunità Economica Europea del 1957, è stato in seguito precisato nell’Atto Unico Europeo del 1986 con l’aggiunta dell’art. 14 TCE (ora art. 26 TFUE). Nel rinnovato quadro normativo introdotto dal Trattato di Lisbona, la nozione di mercato interno ha sostituito quella di mercato comune utilizzata nel precedente trattato. Per quanto le due nozioni sono spesso utilizzate indistintamente, quella di mercato interno sottende la necessità che il mercato comune acquisisca una struttura sempre più simile ad un mercato nazionale.

² Naturalmente, la necessità di raggiungere traguardi indicativi in tal senso, ha richiesto l’ausilio di strumenti d’armonizzazione del diritto esistente all’interno dei singoli Stati membri (nelle forme sia dell’unificazione, sia del ravvicinamento) o di produzione di nuovo diritto nelle materie non regolamentate dai diritti nazionali. In questo senso si può parlare dello sviluppo, in molti settori dei rapporti economici e sociali, di un vero e proprio diritto europeo condiviso (*acquis communautaire*) che, in quanto alla forma, tuttavia, può essere inteso come tale, vale a dire come corpo giuridico di norme, in un senso molto lato, sia perché il termine racchiude in sé modelli diversi (basti pensare al modello di *common law* dei paesi anglosassoni, contrapposto al modello di *civil law* proprio dei paesi dell’Europa mediterranea e continentale), sia per la molteplicità delle fonti cui il diritto di produzione europea fa riferimento, in base al Trattato, nella regolamentazione dei rapporti, sia infine per il variabile grado di incidenza del diritto comunitario sul diritto interno degli Stati membri. Si va da un diritto direttamente ed inderogabilmente applicabile, in settori sensibili in cui è necessario creare, a livello strategico, aree di regole comuni e uniformi, ad aree in cui il diritto degli Stati membri è solo ravvicinato intorno a principi

e aggiuntivi costi di transazione, è fonte di incertezza giuridica per le imprese, e contribuisce a minare la fiducia dei consumatori, trasformandosi in un deterrente sia per quest'ultimi che per le imprese che intendano acquistare e commerciare a livello transfrontaliero.

Negli ultimi decenni, nell'ambito del processo di integrazione europea e su suo stimolo, sono andati tuttavia emergendo principi e regole di un diritto privato europeo a valenza trasversale rispetto ai singoli Stati membri.

Tale "diritto privato europeo" (sintagma - come vedremo in seguito - di difficile definizione e di cui si danno diverse accezioni), frutto di mediazione culturale e di elaborazioni intellettuali, alimentato da fonti comunitarie e fonti nazionali, a loro volta integrate sia dalla prassi che dalla dottrina, si compone di principi e regole ritenuti comuni agli ordinamenti dei paesi membri dell'Unione europea, nell'ambito di un "processo circolare" che vede l'ordinamento comunitario collegato agli ordinamenti nazionali e questi ultimi fra loro per il tramite del primo.

In tale contesto sembra possibile analizzare il diritto privato europeo come un sistema giuridico (ancora incompleto) operante su più livelli di efficacia (nazionale e sovra-nazionale; statuale ed extra-statale), in cui i principi e le regole dei rapporti fra privati di diritto interno sono sia conformati che affiancati da regole e principi scaturenti da fonti comunitarie di vario grado e per questo comuni a tutti gli ordinamenti.

Gli ambiti in cui ciò si verifica appaiono essere sempre più numerosi: dal diritto dei consumatori alla tutela dei dati personali; dal settore dei rapporti familiari a quello delle successioni; dalla tutela dei diritti fondamentali operata dalla Corte di Giustizia al diritto armonizzato delle società, delle banche e delle assicurazioni; dalla disciplina a tutela

comuni minimi, a raccomandazioni e risoluzioni per le quali, nella ricerca di principi generali, l'uniformità allo stato rappresenta semplicemente un auspicio.

della libera concorrenza alla regolamentazione dei mercati finanziari; dalle regole della responsabilità civile alle garanzie reali.

2. La crescita dell'interesse comunitario per i rapporti privati ha avuto come sbocco più recente, e quasi naturale, lo sviluppo di studi volti a costruire una fattispecie di "contratto europeo" distinta ed autonoma rispetto a quelle delineate all'interno di ciascun diritto nazionale.

Dopo un'iniziale reticenza, l'idea di elaborare ed adottare all'interno dell'Unione Europea un codice civile europeo, pur se limitato all'ambito contrattuale, ha accolto sempre più consensi da parte del mondo accademico e professionale, consensi che si sono palesati attraverso una serie di proposte, studi e ricerche sicché può oggi affermarsi che l'adozione di un codice civile europeo non costituisce più un dibattito meramente dottrinale, ma una prospettiva concreta ed attuale: essa, infatti, ha preso ormai corpo in diversi progetti³, con effettive possibilità di realizzazione⁴.

Gli aspetti centrali del diritto contrattuale europeo possono individuarsi sia nel rinnovamento della disciplina contrattuale, intesa come espressione di un sistema che, basandosi simultaneamente sulla libertà di iniziativa economica privata e concorrenza di mercato, la rende il nucleo centrale del diritto privato, sia nella crescente estensione delle categorie privatistiche (il contratto *in primis*) anche in terreni ritenuti tradizionalmente di dominio pubblicistico (si pensi, ad esempio, ai rapporti di pubblico impiego, ai settori dei servizi postali e delle telecomunicazioni), che ha assegnato al diritto contrattuale il compito di regolare le transazioni all'interno del mercato unico

³ Punto di partenza del diritto contrattuale Europeo è ritenuta la Convenzione di Roma del 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali in quanto unico provvedimento applicabile a tutti i tipi contrattuali. Negli altri settori, le direttive sull'armonizzazione del diritto dei contratti iniziarono ad essere emanate a metà degli anni ottanta e gli inizi degli anni novanta: Dir. 85/577/CEE sui contratti negoziati fuori dai locali commerciali; Dir. 87/102/CE e 90/88/CE in materia di credito al consumo; DIR 93/13/CE sulle clausole abusive.

⁴ ALPA G., *Introduzione al diritto contrattuale*, Bari 2007.

europeo.

L'ambito operativo del diritto contrattuale europeo, inoltre, comprende tutte le norme che riguardano la formazione, il contenuto e l'estinzione dei contratti, e che generalmente vengono applicate a quegli accordi in cui le parti (entrambe o almeno una di esse) agiscono nello svolgimento della propria attività professionale.

Il contratto inteso in senso puramente civilistico, tra due soggetti non professionisti, infatti, ha scarso rilievo pratico nel commercio transfrontaliero ed il diritto comunitario non lo disciplina⁵.

Ciò, tuttavia, non costituisce un limite alla sua funzionalità, ma anzi, ha consentito e consente al legislatore comunitario di concentrare l'attenzione su quegli aspetti che ancora non consentono la realizzazione di un effettivo mercato unico europeo con la conseguenza che il principio della trasparenza del contenuto contrattuale (da intendersi non solo con riferimento al prezzo, ma anche alla regolamentazione pattizia, al trattamento giuridico del rapporto contrattuale e al potere contrattuale delle parti) costituisce principio cardine, regolatore di tale materia.

3. Questo è stato l'approccio seguito nella recente emanazione della proposta di adozione di un Regolamento per un "diritto comune europeo della vendita", come anche nei precedenti tentativi di creazione di un *corpus* di principi comuni, in vista dell'elaborazione di quel quadro comune di riferimento (CFR, Common Frame of Reference) che sarà oggetto di indagine in questo lavoro.

Partendo da tali premesse, si è ritenuto necessario analizzare ricostruttivamente, in primo luogo, la situazione nel suo complesso, i limiti e gli obiettivi raggiunti.

In particolare, nella prima parte del lavoro, "Il diritto europeo dei contratti", si è data

⁵ E' opinione diffusa quella secondo la quale il diritto contrattuale europeo opera su un terreno più ristretto di quello su cui agisce il diritto nazionale (GRUNDMANN S., *La struttura del diritto europeo dei contratti*, in Riv. Dir. Civ., 2002, I, p. 365).

contezza dei problemi interpretativi che si sono posti ai giuristi nella ricostruzione della nozione di diritto privato europeo e delle varie tesi sviluppatesi nella costruzione di tale “edificio comune europeo”, per poi sottolineare il ruolo fondamentale del metodo comparatistico nella produzione del diritto Europeo.

La seconda parte, intitolata “I tentativi di costruzione del diritto europeo dei contratti”, è strutturata in tre capitoli.

Nel primo, muovendo dall’analisi della Convenzione di Roma del 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, il lavoro indaga i documenti di fonte volontaria, scientifica ed istituzionale, diffusi agli inizi degli anni ottanta del secolo scorso⁶, ed aventi come *leitmotiv* quello della creazione di una disciplina comune europea nel settore contrattuale⁷.

In particolare, si è dato conto dei lavori di due gruppi di studio, costituiti per libera iniziativa dei propri componenti, e cioè la Commissione costituita dall’Accademia dei Giusprivatisti Europei con sede a Pavia e la “Commission European Contract Law”, detta “Commissione Lando” dal nome del suo ideatore e fondatore prof. Lando.

All’attività di tali gruppi di studio si deve rispettivamente la redazione del “*Code européen des contrats*” del 2001 (Codice Gandolfi) e dei “*Principles of European Contract Law*” (PECL), pubblicati in tre parti, rispettivamente nel 1995, nel 1999 e nel 2002.

Tali iniziative hanno in prosieguo attirato l’attenzione della Commissione e del

⁶ Sui potenziali vantaggi del diritto europeo dei contratti per il mercato interno, in realtà, il Parlamento si è pronunciato per la prima volta nel 1989 (Risoluzione del Parlamento CEE "sul diritto contrattuale europeo" del 26 maggio 1989, in *G.U.C.E.* C-158 E del 26 giugno 1989, 400).

⁷ V. in argomento PLAZA PENADES, *Algunas consideraciones sobre el futuro Código Civil Europeo*, in *Derecho Patrimonial Europeo*, a cura di Paolo Moreno, Navarra, 2003, p. 304. Secondo Penades, le basi su cui dovrebbe fondarsi il futuro codice civile europeo in materia contrattuale sono: il diritto privato comunitario, i principi di diritto contrattuale comune ai distinti diritti dell’Unione Europea, le esigenze di globalizzazione, il rispetto della *lex mercatoria* internazionale e dei principi UNIDROIT che hanno svolto e tuttora svolgono un ruolo chiave nel processo uniformatore.

Parlamento Europeo, intervenuti in più occasioni.

A ciò è dedicato il secondo capitolo della seconda parte nel quale vengono esaminati gli interventi più significativi, e cioè:

- la Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento sul diritto contrattuale europeo (Com (2001) 398) dell'11 luglio 2001;

- il *Piano di Azione per un diritto europeo dei Contratti* più coerente (ACTION PLAN) del 12 febbraio 2003, che ha previsto la formazione di un Quadro Comune di Riferimento (CFR);

- la Comunicazione dell'11 ottobre 2004 intitolata *Diritto Contrattuale Europeo e revisione dell'acquis: prospettive per il futuro*;

- il DRAFT OF COMMON FRAME OF REFERENCE (DCFR).

- il Libro Verde del 2010;

- lo Studio di Fattibilità.

Infine, il terzo capitolo è dedicato all'esame della Proposta di Regolamento per un Diritto Comune Europeo della Vendita⁸ che, elaborata su iniziativa della Commissione e sostenuta dallo stesso Parlamento Europeo, si candida quale laboratorio privilegiato del futuro diritto europeo dei contratti⁹.

In specie, dopo aver esaminato i vantaggi che potrebbero scaturire dall'applicazione di un diritto comune europeo della vendita, sia per i consumatori che per le imprese, si procede ad uno studio analitico dei principi essenziali sui quali è fondata la Proposta.

⁸ Tale proposta vorrebbe introdurre uno strumento opzionale a disposizione dei contraenti per le vendite transfrontaliere tra professionisti e consumatori ma anche *business to business*, purché almeno una delle due parti sia un'impresa medio-piccola, consentendo ai contraenti la deroga consensuale al diritto internazionale privato e l'adozione in sua vece di una disciplina uniforme a sfondo protettivo della parte debole (MAZZAMUTO S., *La nuova direttiva sui diritti del consumatore*, in *Europa e Dir. Privato*, n. 4/2011, pag. 861).

Per una versione integrale della Proposta, Com (2011)635 dell'11 ottobre 2011, http://ec.europa.eu/justice/contract/files/common_sales_law/regulation_sales_law_en.pdf.

⁹ PARDOLESI, *Clausole abusive nei contratti del consumatore. E oltre?*, Il Foro Italiano, 2014, 11 e ss.

Lo scopo di tale indagine è di comprendere se la disciplina prefigurata sia coerente con i fini perseguiti o, se si preferisce, sia effettivamente diretta alla costruzione di un primo tassello di diritto europeo in senso proprio.

Da un lato, infatti, la Proposta di Regolamento, pur avendo voluto realizzare una normativa applicabile tanto ai rapporti tra imprese e consumatori quanto tra sole imprese, ha dato uno spazio che potrebbe apparire eccessivo a norme che non rispondono direttamente alle esigenze di certezza del diritto richieste nei rapporti commerciali.

Dall'altro, vi è il dubbio che il progetto di contratto di vendita europeo abbia in realtà quale scopo ultimo sempre e solo la tutela del consumatore, quale soggetto cardine all'interno del "mercato unico", piuttosto che un "respiro" di carattere sistematico.

Alla luce delle conclusioni raggiunte, infine, verranno svolte alcune considerazioni sulle effettive prospettive di un diritto comune dei contratti nell'odierno contesto storico, caratterizzato dalla crisi del mercato.

PARTE I

IL DIRITTO EUROPEO DEI CONTRATTI

CAPITOLO PRIMO

**CREAZIONE DI UN DIRITTO EUROPEO DEI
CONTRATTI: INTERESSI ED OPPORTUNITA'**

1. Nozione di diritto privato europeo

L'ampliamento delle materie oggetto di armonizzazione¹⁰ e l'affermarsi di una nuova mentalità non solo giuridica ma anche economica e culturale che oltrepassa i confini nazionali ed induce il giurista ad approcciarsi ai rapporti contrattuali in chiave globale, si pongono alla base dell'attuale grande interesse per lo studio del diritto privato europeo¹¹.

Tuttavia, cosa si debba intendere con tale sintagma, divenuto ormai di uso comune per molti giuristi dell'Europa Occidentale, non è facile da comprendere¹² anche perché l'espressione non è contenuta nelle risoluzioni del Parlamento europeo e neppure è definita nei testi istitutivi delle Comunità Europee.

Per intenderne il significato è in verità necessario muovere dall'accezione con la

¹⁰ L'attività di armonizzazione non riguarda più regole giuridiche di diritto privato legate soltanto al tema della concorrenza e che interessavano di fatto solamente le grandi imprese, ma anche regole nuove riguardanti tutte le imprese, e/o tutte le persone fisiche anche se non svolgono attività economica.

¹¹ Sull'obiettivo di unificazione dello studio del diritto europeo e la differenza con lo studio del diritto comparato, che mira unicamente alla conoscenza dei diversi modelli giuridici, si veda JANNARELLI A., *Diritto comunitario e comparazione*, in MOCCIA L., (a cura di), *I giuristi e l'Europa*, Bari-Roma, 1997, 117.

¹² Si è osservato che lo studio sulla storia ed il significato del diritto europeo è un momento fondamentale per il superamento dei limiti di una visione ancorata all'idea di stato-nazione e alla formazione di una coscienza giuridica europea (in tal senso, BELLANTUONO G., *Diritto comunitario e diritto dei contratti: armonizzazione o diversificazione?*, in PARDOLESI R. (a cura di), *Saggi di diritto privato europeo*, Napoli, 1995, 90 e ss).

quale essa viene utilizzata nella *koiné* della cultura giuridica dei Paesi membri.

Orbene, nel diritto c.d. “continentale” europeo, il “diritto privato” descrive la disciplina dei rapporti che si istituiscono su basi astrattamente paritetiche tra privati o tra Stato, enti pubblici e privati¹³: quelle regole, cioè, di diritto comune disciplinate da codici civili e tradizionalmente ascritte a questa materia¹⁴.

Impresa più ardua è individuare la nozione di diritto privato nella cultura giuridica di *common law*, ove la ripartizione tra diritto privato e diritto pubblico non è agevole ed in ogni caso non corrisponde a quella del diritto continentale.

Inoltre, al di là delle definizioni che possono applicarsi alla nozione di “diritto privato”, occorre focalizzare l’attenzione sull’aggettivo “europeo” il quale, a seconda dei contesti in cui viene utilizzato, acquista significati diversi¹⁵.

Generalmente, per una sorta di debito culturale con la nostra formazione di giuristi di diritto interno¹⁶, si assume una “accezione debole” del sintagma, con la quale ci si riferisce genericamente alle regole che nei singoli Paesi facenti parte dell’Europa, intesa come nozione geografica, costituiscono il “diritto privato” del singolo paese considerato¹⁷: ovvero un’accezione meramente descrittiva, scevra di qualunque intento ricostruttivo e sistematico. In altri termini il diritto privato europeo sarebbe

¹³ Si deve segnalare, tuttavia, che in diversi paesi dell’Europa continentale (tra cui Italia, Spagna Francia, Portogallo, Germania, Austria etc.), non solo la distinzione tradizionale tra diritto privato e diritto pubblico è in crisi ma si è assistito alla c.d. “costituzionalizzazione” del diritto privato, cioè l’applicazione diretta o indiretta di regole contenute nelle rispettive costituzioni ai rapporti tra privati.

¹⁴ Sulla definizione di diritto privato: GALGANO F., *Diritto Privato*, Padova, 2006, 15-16; TORRENTE A.-SCHLESINGER P., *Manuale di diritto privato*, Milano 2011, 3 e ss., e TRABUCCHI A., *Istituzioni di Diritto Civile*, Padova, 2012, 4.

¹⁵ L’unico dato certo è che quando si parla di diritto privato europeo, la novità risiede nell’oggetto cui esso allude, prima inesistente ed oggi, invece, presente nella cultura giuridica, per l’appunto il “diritto europeo” che, a sua volta, evoca il concetto di Europa, un mito, un’espressione geografica, un’espressione economica e sociale, una espressione politica, che acquista un connotato giuridico (ALPA G.-ANDENAS M., *Fondamenti del diritto privato europeo*, Milano 2005, 9).

¹⁶ BENACCHIO G., *Diritto privato della Unione Europea, Fonti, modelli, Regole*, Sesta Edizione, Pavia, 2013, 13.

¹⁷ ALPA G., *Il diritto privato europeo: significato e confini del sintagma*, in G. ALPA – G. CAPILLI (a cura di), *Lezioni di diritto privato europeo*, Padova, 2007, p. 3 e ss.

semplicemente la somma dei singoli diritti interni.

Vi sono, tuttavia, accezioni più “forti” in cui l’aggettivo “europeo” è invece giustamente collegato con l’azione delle Comunità Europee e, oggi, dell’Unione Europea.

In tale prospettiva, “diritto privato europeo” è espressione che, collegandosi alle nozioni di “spazio economico comunitario”, riguarda sia il profilo del diritto sostanziale (il c.d. spazio giuridico europeo), sia il profilo del diritto processuale (il c.d. spazio giudiziario europeo).

Alcuni, pertanto, utilizzano il sintagma per riferirsi alle regole dei Trattati e delle altre fonti del diritto europeo con le quali sono disciplinati gli istituti e i rapporti che, secondo l’uso radicato nella cultura giuridica di *civil law*, appartengono all’area del diritto privato: trattasi cioè delle regole che gli organi comunitari emanano a seconda delle necessità che emergono nel corso del tempo¹⁸.

Altri, invece, utilizzano l’espressione “diritto privato europeo” per descrivere, nell’ambito di un ordinamento appartenente ad uno dei Paesi membri dell’Unione europea, quel complesso di regole di derivazione comunitaria, composte dai regolamenti, dalle regole attuative di direttive comunitarie¹⁹; dalle regole introdotte dalle direttive non attuate ma sufficientemente dettagliate e precise tali cioè da istituire diritti e quindi pretese azionabili in capo ai singoli; dai principi del diritto comunitario

¹⁸ GAMBARO A., “*Iura et leges*” nel processo di edificazione di un diritto privato europeo, EDP, 1998, 993.

¹⁹ A proposito della scelta del legislatore europeo di intensificare l’utilizzo ed il ricorso alle direttive, tecnica normativa dal carattere frammentario e frastagliato, si è osservato che l’interprete va incontro a non poche difficoltà, ciò anche perché gravi sono “*i difetti che oggi denuncia quel meccanismo di formazione legislativa il quale funziona attraverso la recezione nel nostro ordinamento privatistico di frammenti sempre più voluminosi di disciplina proveniente ed imposta dagli organi comunitari*”.

Si tratta, infatti, di interventi che, proprio perché occasionali, e dunque, non organici appaiono spesso insufficienti e pericolosi poiché, venendosi ad inserire nel disegno di un codice civile, rischiano di snaturare l’ordine logico e la razionalità che lo sorreggono (BIN M., *Clausole Vessatorie: una svolta storica (ma si attuano così le direttive comunitarie?)*, in Contr. Impr./Europa, 1996, 431).

richiamati da regole del diritto interno; nonché dai modelli giurisprudenziali accreditati dai giudici comunitari²⁰.

Tale criterio descrittivo, però, è stato sottoposto a critica serrata. Infatti, si è osservato che esso rischia di non avere alcun significato se non si tiene conto del fatto che, in alcuni casi, le norme prodotte dalle istituzioni europee, quando non abbiano un proprio carattere cogente, non vengono recepite all'interno degli Stati o vengono recepite soltanto da alcuni di essi; oppure che, in altri casi, l'adeguamento alle prescrizioni comunitarie non viene effettuato correttamente, con conseguente difformità tra norma europea e norma nazionale di attuazione.

Il problema è che se si riconosce il carattere di norme di diritto privato soltanto a quelle che sono effettive nei singoli ordinamenti statali (per forza propria o per consapevole attuazione- e dunque alle sole norme interne), tutte le altre regole emanate dall'Unione non avrebbero alcuna valenza.

Seguendo tale impostazione, infatti, rimarrebbero escluse dal diritto privato europeo non solo tutte le norme contenute nelle direttive non recepite e non autoesecutive ma anche la c.d. *law in action* o anche “diritto vivente” (espressione con la quale si intende l'attività svolta dalla Corte di Giustizia sia laddove formula principi fondamentali del diritto attraverso lo studio e la comparazione dei modelli nazionali, sia allorquando crea diritto attraverso l'attività di interpretazione ex art. 267 TFUE).

Muovendo da queste critiche, sono state proposte altre definizioni, volte a tener conto di queste problematiche e ad adeguarsi ai diversi aspetti che può assumere l'attività normo-creativa sovranazionale, in essa comprendendo sia l'attività di

²⁰ Ci si è chiesto se tali regole, che pongono problemi di armonizzazione, sussidiarietà e proporzionalità degli ordinamenti nazionali, pur essendo parte organica dell'ordinamento interno, possano essere considerate un “corpus” speciale rispetto alle regole approvate dagli organi di produzione di norme proprie del Paese membro, o se vadano equiparate alle stesse.

armonizzazione²¹ quanto quella di uniformazione²².

E' così maturata una terza definizione "forte" secondo la quale per diritto privato europeo si deve intendere quel complesso di tradizioni, valori e principi che sono propri, o si ritengono propri, della cultura giuridica europea, e che hanno dato luogo alle codificazioni e alla "case law", alla luce delle quali discutere e presentare i risultati raggiunti e/o auspicati dalle numerose iniziative, accademiche ed istituzionali, che mirano ad armonizzare le regole privatistiche tra i vari diritti nazionali²³.

In altri termini, il sintagma viene utilizzato per individuare il patrimonio giuridico comune "dato" a partire dal quale costruire la futura armonizzazione.

E' poi maturata una quarta definizione "forte", con la quale si vuol alludere a modelli normativi nuovi e nella quale si vogliono far convergere le diverse esperienze che fanno parte dell'Unione europea: il diritto privato europeo viene dunque inteso quale *corpus* di regole in cui si riconoscono le diverse esperienze dei Paesi appartenenti all'Unione, diretto ad integrare il diritto pubblico europeo raffigurato dai principi costituzionali comuni, dai principi dei Trattati, dalla Carta dei diritti fondamentali, in conformità alla disciplina costituzionale dei singoli Stati Membri.

Infatti, per poter dare maggiore certezza ed effettività alle regole del diritto privato europeo è necessario coordinare le regole ed inserirle in un quadro omogeneo: un

²¹ Si parla di armonizzazione ogni qualvolta si stabilisce che le regole giuridiche di ciascun Stato siano solo tendenzialmente uniformi, e si lascia che ciascuno possa apportare delle varianti, più o meno ampie. Tale attività si realizza in due modi, e cioè attraverso la revisione delle regole già esistenti nei diversi ordinamenti, cercando di "limare" le diversità e di avvicinare le soluzioni, oppure proponendo un nuovo modello base. Tuttavia, quella operata dall'Unione è una armonizzazione c.d. "minima", cioè limitata ad eliminare quelle differenze che possono rendere troppo distanti le soluzioni tra Paesi membri, e che procede in modo scarsamente organico e frammentario, avendo molto spesso ad oggetto un'attività incompleta e parziale.

²² Si ha uniformazione quando le regole giuridiche sono emanate da un organo legislativo unitario, sovranazionale, ma la loro applicazione e quindi interpretazione è lasciata agli organi giurisdizionali di ciascun paese, oppure allorché le regole emanate da ciascuno Stato sono uguali le une e le altre in quanto convenzionalmente stabilito, ma la loro applicazione è pur sempre lasciata alla diversa interpretazione di ciascun Stato.

²³ BUSSANI M., *Diritto Privato Europeo, ED, Annuali*, Milano, 2008, 417 e ss.

quadro che, nei diversi stadi che si possono individuare, può attestarsi su uniformi indirizzi interpretativi, può costruirsi con cornici di principi, può definirsi con regole di tenore generale e comprensivo.

E ciò perché il diritto europeo non è tanto *“metodo di diritto sovrastante ai diritti nazionali, ma diritti nazionali resi uniformi, e dunque accoglienti, nella loro storicità, le norme artificiali della tecno-economia”*²⁴.

2. Le varie tesi sviluppatesi nella costruzione dell’ “edificio comune europeo”

Il rapido affresco tracciato nel paragrafo precedente indica come le cosiddette “accezioni forti” si strutturino, in sostanza, intorno al dialogo fra diritto europeo “comunitario”²⁵ e diritto “comune” europeo, che corrisponde a vera e propria differente visuale del problema.

Il primo consiste nelle fonti destinate ad operare entro gli ordinamenti interni degli stati membri per forza propria o per atto dei legislatori nazionali: un diritto cioè che nasce “dall’alto”, nelle sedi istituzionali dell’Unione.

Tale concezione vede il diritto privato europeo come una realtà in senso formale, cioè come un diritto che promana dalle fonti normative in senso proprio e dunque contenuto nel Trattato di Roma (come successivamente modificato), nelle direttive, nei regolamenti, nella proposta di Costituzione Europea, nel Trattato di Lisbona, nei “principi comuni ai diritti degli Stati membri, utilizzando l’espressione dell’art. 340

²⁴ IRTI N., *Il Metodo*, in Manuale di diritto privato europeo, a cura di C. Castronovo- S. Mazzamuto, I, Milano, 2007, 58.

²⁵ Di comunitarizzazione del diritto (o meglio ora di “europeizzazione” o “ri-europeizzazione”) sia la dottrina che la giurisprudenza spesso parlano per indicare fenomeni diversi ma accomunati da un’unica manifestazione, cioè dall’erosione delle peculiarità nazionali a causa di nuovi elementi di natura comunitaria. In realtà, dunque, tale fenomeno coinvolge non solo l’area del diritto privato, ma anche altri settori come quello del diritto agrario, del lavoro, dei trasporti o della proprietà industriale (nel senso di ri-europeizzazione, si esprime ZIMMERMANN R., *Roman Law and European Legal Unity*, in AA.VV., *Towards a european Civil Code*, Nijmegen-London-Dordrecht, 1994, 81).

TUE (già art. 288 TCE)²⁶ od ancora nelle “tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri” (art. 6.3 TUE -già art. 6.2 TCE).

Considerato che varie possono essere le situazioni sottese alla c.d. comunitarizzazione (ora europeizzazione) del diritto, è necessario tentare di fare chiarezza al riguardo.

Qualora si faccia riferimento al fenomeno grazie al quale determinate materie sono di competenza esclusiva delle autorità istituzionali europee, e cioè del legislatore europeo, l’espressione comunitarizzazione od europeizzazione del diritto assume il significato di “trasferimento di competenza normativa” dagli Stati Membri all’Unione Europea²⁷.

Se, invece, con tale espressione si vuole alludere alla circostanza che la Corte di Giustizia ha competenza esclusiva nella risoluzione di certe controversie o nell’interpretazione di diverse convenzioni internazionali, quali quella di Roma del 1980 sulla legge applicabile agli obblighi contrattuali²⁸, si parlerà di “riserva di competenza giurisdizionale”.

Nell’ambito del diritto internazionale privato, infine, l’espressione “comunitarizzazione” del diritto è utilizzata per descrivere il fenomeno di elaborazione di numerosi regolamenti comunitari nel settore (quale l’appena citato Regolamento Roma I) che, rispetto alle convenzioni Internazionali, hanno rivoluzionato il modo di risolvere i conflitti tra leggi dei diversi stati, e che comportano una competenza esclusiva della Corte di Giustizia in materia di interpretazione della norma comune.

²⁶ In realtà tale norma si riferirebbe alla sola materia della responsabilità extracontrattuale della Comunità, ma viene ormai estesa nella *communis opinio* a tutte le materie nelle quali la rilevanza europea dei fenomeni da regolare non abbia dato luogo ad un’apposita disciplina di fonte comunitaria.

²⁷ Ad esempio, nell’ambito del settore della concorrenza e delle regole antitrust, il Consiglio e la Commissione hanno una vera e propria esclusiva nella regolamentazione della materia.

²⁸ Oggi convertita nel REGOLAMENTO CE SULLA LEGGE APPLICABILE ALLE OBBLIGAZIONI CONTRATTUALI, noto come “Roma I”, del 17 giugno 2008. Essa costituisce un’ulteriore manifestazione della forza espansiva del diritto dell’Unione Europea nell’ambito del diritto internazionale privato e che, di fatto, ha posto in dubbio le ragioni stesse di un’iniziativa legislativa nazionale in tali materie.

Giova in punto ricordare che il regolamento, essendo una fonte normativa primaria, e non un accordo internazionale, non permette ad alcun Stato di formulare, in relazione ad esso, alcuna riserva, e l'interpretazione ed applicazione delle sue norme sono affidate al pari di quelle delle leggi nazionali, agli organi di giurisdizione ordinaria e non ad appositi protocolli interpretativi od organi internazionali.

Il diritto "comune" europeo, invece, descrive quel corpo di regole e principi, che non si genera automaticamente in via burocratica, ma nasce "dal basso" per via di elaborazioni intellettuali, di mediazioni culturali, all'interno di un processo in cui si integrano ed interagiscono le diverse "comunità giuridiche nazionali".

Orbene, appare evidente la diversità di questi due approcci descrittivi.

Osservano alcuni studiosi che basterebbe qualificare la locuzione "diritto europeo" *"con l'aggettivo "comune" oppure "privato" perché cambi di valore semantico, ma diventi anche possibile motivo di incomunicabilità tra storici del diritto da un lato, e civilisti e comparatisti dall'altro [...] è un dato di fatto che i romanisti oggi più a la moda su questi temi tendano privilegiare la nozione di "diritto comune europeo" per la sua maggiore valenza teorico-culturale rispetto a "diritto privato europeo": nozione quest'ultima che, invece, per la sua maggiore carica tecnico-operativa, sembra interessare di più i giuspositivisti. I primi intendono appunto il "diritto europeo" come "diritto comune europeo" perché insistono su un tessuto connettivo di principi romanistici che già al presente assicurerebbe ai popoli del continente un'omogeneità giuridica di fondo, nonostante le frantumazioni normative prodotte dall'area di civil law dai codici nazionali e le difformità esistenti fra civil law e common law. I secondi viceversa intendono -non tutti, ma non di rado - il "diritto europeo" come "diritto privato europeo" perché muovono piuttosto da tali frantumazioni e difformità per*

eliminarle e conquistare così un'uniformità di normazione giusprivatistica [...]. Per gli storici oggi alla moda, insomma, il "diritto europeo in quanto "diritto comune europeo" già esisterebbe latente ed immanente nelle varie realtà ordinamentali grazie alla continuità assicurata dalla c.d. "tradizione romanistica". Si tratterebbe solo di recuperarlo e portarlo ad ulteriori sviluppi, sul presupposto- come ha ribadito anche recentemente Zimmermann- che "in Europa tutti i nostri diritti privati...possono essere considerati come sistemi giuridici misti" e rispetto ad essi "il diritto romano può ancora servire come sottostante teoria generale". Per gli altri viceversa il "diritto europeo sarebbe qualcosa da conquistare e da raggiungere integrando o, meglio, sostituendo i precetti nazionali con quelli sovranazionali, nell'indifferenza al limite per quanto proveniente sempre dalla c.d. "tradizione romanistica"»²⁹.

Secondo altri diritto privato europeo è: *"quel diritto che è già comune ai singoli ordinamenti nazionali che compongono l'Unione europea. E quando dico che è già comune...intendo alludere...alla circostanza che in questi circolino regole di identico contenuto, a prescindere dall'eventuale corrispondenza degli altrettanto eventuali testi scritti dai quali esse si facciano discendere"»³⁰.*

Un diritto comune europeo, ricostruito secondo quest'ultima accezione, dunque, e che sarà compito della dottrina riportare alla luce, non potrà essere di unitaria ed omogenea derivazione: a volte sarà un fenomeno storico, non di rado di conio romano, a volte invece il risultato dell'attività normativa svolta dagli organi a questa preposti dall'Unione europea, al quale può aggiungersi l'attività normativa esercitata nell'ambito dei singoli stati.

²⁹ MANTELLO A., in *"Diritto Europeo" e "Diritto Romano": una relazione ambigua*, in *Fondamenti del Diritto Europeo. Atti del Convegno. Ferrara, 27 febbraio 2004, a cura di Zamorani-Manfredini-Ferretti*, Torino 2005, 93 ss.

³⁰ GAROFALO L., *Giurisprudenza romana e diritto privato europeo*, Padova, 2008.

Infatti, un compito che la dottrina ha assolto pedissequamente negli ultimi anni è sicuramente il recupero del diritto comune ai vari ordinamenti europei in ragione della loro storia, in quanto eredità dei giuristi romani, rimeditato dai dottori dell'età intermedia (*glossatori e commentatori*), e poi entrato nelle codificazioni nazionali e nuovamente interpretato dagli interpreti di questi.

In tale contesto non può non ricordarsi la corrente di pensiero³¹ che, enfatizzando la visione “continuata” della storia del diritto, ritiene persista la vigenza del diritto romano-giustiniano³² in chiave cosiddetta suppletiva, tale da colmare, nei paesi con tradizioni giuridiche romanistiche, le lacune del diritto privato.

All'interno di tale orientamento, inoltre, è possibile riscontrare sia una versione più radicale secondo cui come fondamento del nuovo edificio occorre riprendere la tradizione dello *ius commune*, sia un'altra secondo cui, nel processo di uniformazione, il compito di spiegare le motivazioni storiche delle attuali convergenze e divergenze rilevabili nei sistemi giuridici a base nazionale debba essere riservato al romanista.

Si tratta, comunque, si ripete, di una dottrina attenta agli elementi comuni di formazione storica e che, pur avendo iniziato ad estendere il suo campo d'indagine, non ha abbandonato l'approccio orizzontale che guarda al passato e al presente, alle evoluzioni del diritto privato europeo, assicurate dall'ormai incessante formarsi di un diritto comune tramite l'attività di uniformazione ed di armonizzazione che svolgono le istituzioni europee.

³¹ È il caso, in particolare, di Reinhard Zimmermann che teorizza la funzionalità del diritto privato dell'Unione Europea (ZIMMERMAN R., *Roman Law, Contemporary Law, European Law*, Oxford, 2001, 187-189).

³² Quando si parla di diritto romano si intende, come già detto, il diritto romano elaborato ed adattato ai tempi da parte degli studiosi delle prime grandi Università europee. In questo senso, il ruolo dei giuristi dell'epoca presenta alcuni tratti in comune con quello ricoperto dai giuristi moderni che si adoperano per l'unificazione del diritto privato europeo: in entrambi i casi, infatti, la risposta alle mutate istanze della società non proviene da organi statali, ma dal lavoro di studiosi ed interpreti del diritto.

Secondo alcuni, invero, “la tradizione giuridica del diritto romano non può considerarsi, tuttavia, una specie di <<fiume carsico>> che i romanisti si candidano ad amministrare nei momenti di trasformazione dei sistemi giuridici europei. Ciò fu possibile, ancora, nell’Italia di fine ottocento, ad opera dei romanisti-civilisti dell’epoca, i quali, malgrado l’Italia avesse già un suo codice civile (quello del 1865), poterono attingere, parafrasando le parole di Paolo Grossi, al grande fiume che corre ininterrotto da Gaio a Savigny e per diverse ragioni. Innanzi tutto, il carattere <<contingente>> dei codici di impianto napoleonico; in secondo luogo, la fragilità esegetica della scienza giuridica formatasi su di essi; infine, la necessità di costruire un impianto teorico ancor più astratto e formale all’altezza di una società borghese più matura e, quindi, non più ristretta al ceto proprietario. A tal fine decisiva fu l’influenza della pandettistica tedesca, la quale poté liberamente attingere a quel fiume in vista della codificazione. Nel seguirne l’esempio i romanisti-civilisti rilanciarono anche in Italia la funzione autonoma della scienza giuridica e contribuirono a costruire un edificio concettuale destinato a durare nel tempo (soggetto, negozio, rapporto giuridico: in altre parole l’Allgemeiner Teil). L’epoca d’oro della dogmatica su base romanistica non ritorna e se è vero che i moderni giuristi positivi sovente non hanno gli strumenti conoscitivi adatti a cogliere in profondità ciò che unisce i sistemi giuridici dell’Europa e ciò che li divide – compito questo che va riservato soprattutto all’opera di stratigrafia giuridica del giurista storico – il mainstream dell’innovazione giuridica europea non è certo rappresentato dal diritto romano ma dal modo in cui i diversi sistemi nazionali stanno reagendo all’impatto del diritto di fonte comunitaria”³³.

Ed ancora, nella consapevolezza che la riproposizione del modello dello *jus*

³³ MAZZAMUTO S., *Il contratto di diritto Europeo*, Torino, 2012.

commune in un'epoca storica, quale la nostra, sarebbe insostenibile ed antistorica, c'è chi ha affermato che “*parlare di uno jus commune europeo al giorno d'oggi non significa augurarsi un utopico ritorno a passate esperienze. La storia crea le radici per nuovi sviluppi; ma la storia non ripete mai se stessa. Il nuovo diritto europeo comune od uniforme non sarà né una “seconda rinascita” del diritto romano-canonico, né una tarda ricezione del civil law da parte del common law anglosassone (o viceversa). Significa piuttosto sforzi completamente nuovi verso un reciproco avvicinamento, coordinamento e armonizzazione*”³⁴.

Altra dottrina non ritiene di poter condividere tale impostazione, e rivendica a se stessa il ruolo di attore nell'edificazione del diritto privato europeo, ben oltre il diritto romano, sul presupposto che il diritto comune europeo non sarebbe altro che il prodotto della *communis opinio doctorum*³⁵.

Secondo tale orientamento, essendo la codificazione di fonte dottrinale una realtà in qualche misura consolidata in momenti di rilievo scientifico (si pensi ai Principi Unidroit, i Principi di diritto europeo dei contratti (PECL), il *Code Européenn del contracts* (Codice Gandolfi), i *Principles of European Law* (PEL)), sarebbe opportuno trarne nella prassi dell'autonomia privata e nel dibattito dottrinale il massimo profitto possibile.

I giuristi, italiani e non solo, dovrebbero pertanto analizzare i singoli ordinamenti nazionali dall'alto in modo da mettere in risalto uguaglianze e diversità nel versante

³⁴ GROSSI P., *Modelli storici e progetti attuali nella formazione di un futuro diritto europeo*, in Riv. Dir. Civ., 1996, p. 281.

³⁵ Tale linea di pensiero, nel nostro paese, ha trovato espressione nelle suggestioni antistatualistiche ed anticodicistiche. Basti ricordare Carlo Francesco Gabba e la sua diffidenza verso il codice visto come una prigionia del più autentico diritto privato, la cui elaborazione deve rimanere affidata alla scienza giuridica (C.F. GABBA, *Prolusione al corso di diritto civile*, Anno scolastico 1887-1888, Arch. Giur. 1887, 517 ss.); oppure Filippo Vassalli con la teoria dell'extrastatualità del diritto privato (F. VASSALLI, *Estrastatualità del diritto civile*, Studi Giuridici, III, 2 Milano 1960); oppure più recentemente la critica del riduzionismo legalistico proprio delle codificazioni che Paolo Grossi estende anche al diritto di fonte comunitaria, e persino alla tramontata Costituzione Europea accusata di giacobinismo giuridico (GROSSI P., *op. cit.*).

privatistico; dovrebbero cioè procedere ad una sistemazione dogmatica delle regole che circolano nei vari ordinamenti, attraverso schemi concettuali che siano in grado di dar conto delle varie regole che disciplinano un istituto nei diversi ordinamenti nazionali, così da offrirne una ricostruzione unitaria.

Che in Europa esista, pur nella diversità delle tradizioni giuridiche (in particolar modo dovuta alla presenza di due sistemi, *civil law* e *common law*), un insieme di principi comuni è cosa di cui nessuno ormai dubita, e ciò porta inevitabilmente a pensare ad un diritto comune europeo non quale processo di formazione di un substrato di principi giuridici, perché già questo esiste da secoli, ma quale costruzione di un vero e proprio sistema unitario e unico, avente valore cogente, sia che si basi su un comune case-law, sia che trovi espressione in un testo o codice ove siano raccolti tali principi comuni, affinché possano fungere da punto di riferimento.

Raccolti tali principi comuni, si potrebbe ipotizzare una seconda fase nella quale costruire un insieme di “regole operative uniche”, secondo una metodologia condivisa, con criteri diversi a seconda del grado di armonizzazione esistente: criteri che possono consistere nella formulazione di una regola innovativa che superi tutte le divergenze nazionali, oppure nella creazione di regole frutto di mediazione tra le diverse soluzioni, od ancora, puramente e semplicemente, nell’applicazione della regola più efficiente tra quelle vigenti.

In tal senso, occorre sottolineare che una cosa è parlare di “unificazione del diritto privato”, un’altra di “creazione del diritto privato comune”.

La prima espressione implica necessariamente la soppressione di quei modelli preesistenti che non sono in grado di adattarsi o convivere con la nuova soluzione; al contrario, con l’espressione “creazione del diritto privato comune”, si allude ad un

processo, attraverso il quale non si pretende di sostituire i modelli preesistenti con quello nuovo, unitario, ma ci si limita ad elaborare un altro modello da porre a fianco di quelli già esistenti che rimangono in vita, caratterizzando i diritti nazionali sia pure limitatamente a determinate fattispecie.

Per tali ragioni è importante comprendere che il dibattito sulla costruzione di un diritto europeo dei contratti, ed in particolare le iniziative sorte in materia, si è sviluppato, e continua a svilupparsi, indipendentemente dall'intervento legislativo e giurisprudenziale dell'Unione, anche se non può negarsi che recentemente l'attenzione degli organi europei al riguardo è notevolmente aumentata.

CAPITOLO 2

IL PERCORSO VERSO “IL CONTRATTO EUROPEO”

1. Barriere all'unificazione del diritto: diritto europeo e diritto comparato

Risolto il profilo strettamente “definitorio”, è ora necessario confrontarsi, sia pure entro i limiti propri di questa parte della nostra trattazione, con le principali “questioni” che agitano il campo della costruzione di un diritto europeo “dei contratti”.

Se l'idea di un'unione europea non solo politica ed economica, ma anche giuridica, si dovesse fondare solamente sull'accertamento di una sostanziale identità culturale, il problema sarebbe di pronta e facile soluzione, dal momento che da millenni tale unità è presente ed operante.

L'Europa, infatti, vanta radici culturali comuni, nei percorsi e negli sviluppi della grande tradizione di pensiero, che muove dalla cultura greco e romana e giunge, attraverso l'umanesimo cristiano, a permeare le istanze del giusnaturalismo e dell'illuminismo, dando vita a quell'etica della libertà, eguaglianza e fratellanza tra gli uomini, su cui si fondano le idee portanti del costituzionalismo liberal-democratico diffuso in tutte le costituzioni europee ed occidentali³⁶.

I pur radicati egoismi, ereditati dalle tradizioni dei singoli stati nazionali europei, dovrebbero pertanto tendere progressivamente a scomparire, e ciò a partire dalle politiche economiche e finanziarie: il periodo attuale di crisi, anzi, potrebbe costituire un punto di svolta verso modelli ancora più innovativi.

Ciò detto, per quanto riguarda i temi “ giuridici” ed in particolare quelli che riguardano il detto “diritto privato europeo”, un contributo decisivo proviene

³⁶ FERRI G.B., *Riflessioni sul diritto privato Europeo*, in *Le tutele contrattuali ed il diritto privato Europeo*, Napoli, 2012, 14.

dall'approccio comparatistico, che verifica contenuti e modelli delle norme presenti nei singoli ordinamenti nazionali.

Il ruolo fondamentale del metodo comparatistico nella produzione del diritto Europeo³⁷ è stato autorevolmente affermato dalla Corte di giustizia la quale, nell'elaborazione di principi comuni nel diritto dell'Unione Europea, lo ha utilizzato "sia come strumento di integrazione e di interpretazione delle norme scritte sia come parametro di legittimità delle stesse"³⁸.

E' sufficiente, a tal fine, leggere alcuni passi delle pronunce della Corte per intuire quanto l'approccio comparatistico sia necessario per individuare principi comuni ai Paesi membri e per indirizzare l'attività dell'interprete.

Già in alcune pronunce della metà del secolo scorso, infatti, la Corte, nel quadro di indagini riferite ai sistemi costituzionali dei Paesi Membri, ha affermato che al fine di stabilire se un determinato principio sia da considerare comune a tutti, non è sufficiente fermarsi al dato letterale ma è necessario tener conto "*delle indicazioni fornite dalle norme e dalle prassi costituzionali dei nove stati Membri*"³⁹, oppure che "*la Corte, per non denegare giustizia, è pertanto tenuta a risolvere tale problema uniformandosi alle leggi, alla dottrina, ed alla giurisprudenza dei paesi membri*"⁴⁰.

Tuttavia, non è solo la Corte di Giustizia ad utilizzare la comparazione tra i diversi modelli e regole operazionali.

Infatti, da quando le istituzioni hanno iniziato ad occuparsi più direttamente

³⁷ Il diritto comparato è infatti dotato di mezzi capaci di cogliere un aspetto essenziale del diritto privato europeo, e cioè la sua dinamicità (IORATTI FERRARI E., in *Codice Civile Europeo, Il dibattito, i modelli, le tendenze*, Padova, 2006).

³⁸ ADINOLFI A., *I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e la loro influenza sugli ordinamenti degli Stati membri*, in *Riv. It. dir. Pubbl. com.*, 1994, 521 e ss.

³⁹ Corte di giustizia, 13 dicembre 1979, Liselotte Hauer c. Land Rheinland-Pfalz, C-44/79, in *Racc.*, 1979, 3727, n. 20;

⁴⁰ Corte di giustizia, 12 luglio 1957, Algera Dineke, Cicconardi e altri c. l'Alta Autorità, C.7/56, da C-3/57 a C-7/57.

dell'armonizzazione dei diritti, ed in particolare di ampi spazi delle discipline privatistiche, il "legislatore europeo" ha dovuto affrontare le resistenze di quasi tutti quei paesi membri che manifestano riserve ai tentativi di uniformazione a causa delle difficoltà di conciliare nuovi modelli e nuove regole in presenza di consolidati modelli e sistemi nazionali, talvolta del tutto differenti⁴¹.

E' evidente che il problema che si pone non è tanto, o solo, di "novità" dei modelli giuridici, dal momento che il diritto non è mai statico, ed anzi si nutre di innovazione: la questione è piuttosto di sovranità normativa, ed in particolare di quasi naturale resistenza dei singoli sistemi ad accettare regole eteroformate.

In questa prospettiva, è agevole comprendere l'importanza dello strumento comparatistico il quale, analizzando le differenze, recupera un terreno comune sul quale le singole regole possono innestarsi, essendo al contempo di tutti e di ciascuno.

Per queste ragioni, l'armonizzazione presuppone di per sé, necessariamente, la consapevolezza delle diversità, e pertanto la comparazione, attraverso la quale è possibile conoscere, diventa indispensabile ed irrinunciabile strumento per la costruzione del c. d. diritto comunitario⁴².

Quest'ultimo, già nell'attualità, si presenta come un insieme di principi, regole,

⁴¹ Non si può non rilevare, infatti, che solo da pochi anni l'Unione Europea ha cominciato ad occuparsi di questioni che, fino a poco tempo fa, sembravano essere riservate alla competenza esclusiva degli stati nazionali, di questioni che si riteneva non potessero essere mai oggetto di regolamentazione europea perché troppo tecniche e legate alle tradizioni di ciascun ordinamento statale. Si sono iniziate ad introdurre regole giuridiche di diritto privato non più legate al tema della concorrenza che interessavano le sole grandi imprese, di dimensione europea, ma anche regole nuove e/o uniformi che riguardano indistintamente tutte le imprese e le persone fisiche, anche se non svolgono alcuna attività economica, e tutto ciò grazie all'avvio del mercato unico europeo.

Infatti, non bisogna dimenticare che dal momento che il nuovo mercato europeo desta l'interesse commerciale non solo degli operatori dei paesi membri, ma anche degli operatori dei paesi extra-unione fortemente industrializzati (Stati Uniti; Giappone), è evidente la necessità di dare vita ad un mercato ove gli operatori dei paesi membri siano forti e capaci di competere sia all'interno con imprese europee che con quelle provenienti dall'esterno. In un mercato unitario, infatti, tutti gli operatori, pur se appartenenti ad ordinamenti giuridici differenti, devono essere posti sullo stesso piano e devono poter competere sul mercato in condizioni di parità, con la conseguente necessità di eliminare ogni eventuale specificità presente nei diversi ordinamenti giuridici che possa costituire un ingiusto alle altre imprese europee.

⁴² BENACCHIO, in *op. cit.*, 13.

soluzioni, talvolta originali, spesso frutto di compromessi tra i modelli dei diversi Stati membri, risultato di un processo comparativo che tende ad operare il confronto sia nella fase che precede la produzione normativa (al fine di conoscere le diverse realtà degli Stati) che nella fase di produzione vera e propria (per la formazione della regola operativa più opportuna) ed infine nella fase, non meno importante, di interpretazione ed applicazione giudiziaria: nessun operatore giuridico può oggi prescindere dalla conoscenza del modello originario da cui la regola “armonizzata” discende⁴³!

Giova osservare a questo proposito, che il metodo comparatistico utilizzato è ormai quello “moderno”, affermatosi grazie ai profondi contributi, rilevanti non solo a livello nazionale, ma europeo, del Gorla.

Infatti, fino ad un certo momento, il giurista studiava un modello giuridico prescelto in quanto considerato ottimo (come per esempio, nel continente europeo, avveniva per il “diritto comune”): solo a partire dagli inizi del XX secolo, avendo la dottrina comparatistica preso coscienza della rilevanza del diritto comparato nel panorama delle scienze giuridiche, è iniziata una vera e propria attività di constatazione e misurazione delle affinità e divergenze dei vari modelli giuridici⁴⁴.

La comparazione, invero, considerava, errando, come proprio unico scopo quello di *“ricavare dall’insieme delle istituzioni particolari una base comune, o quanto meno punti di contatto capaci di mettere in luce l’unità fondamentale della vita giuridica universale”*⁴⁵.

⁴³ BENACCHIO, in *op. cit.*, 14.

⁴⁴ Momento di svolta nella storia del diritto comparato, in particolare per la presa di coscienza dell’importanza di tale disciplina nel quadro delle scienze giuridiche, e dunque per l’avvio della discussione a livello internazionale di alcune questioni fondamentali, è considerato il Congresso internazionale di diritto comparato svoltosi a Parigi dal 31 luglio al 4 agosto 1900 (in argomento si veda PEGORARO L.- RINELLA A., *Diritto Costituzionale Comparato. Aspetti Metodologici*, Padova, 2013, 4 e ss.)

⁴⁵ SALEILLES R., in *Conception et objet de la science du droit comparé*, in *Bull. De la société de lég. Comparée*, 1980, p. 383.

Ciò comportava la restrizione dell'indagine ad esperienze di origine omogenea sicché, appunto fino agli inizi del novecento, si proclamava l'impossibilità che il diritto anglo-americano potesse essere comparato con quello europeo-continentale, ed ancora negli anni '60 da più parti si assumeva l'incomparabilità del diritto dei paesi socialisti con quello dei paesi c.d. "borghesi".

Di fronte a tale atteggiamento, venne però osservato che la comparazione disponeva anche degli strumenti necessari per analizzare e mettere a confronto tra loro sistemi non omogenei, e misurare ogni e qualsiasi differenza esistente.

La comparazione, infatti, è quel processo circolare di conoscenza che va da uno all'altro termine, arricchendo sempre di più la conoscenza dell'uno e dell'altro, per i caratteri individuali di ciascuno e i caratteri comuni.

Già nel 1964 Gino Gorla, nell'illustrare gli scopi ulteriori del diritto comparato, affermava che tra questi dovesse essere annoverata *"la formazione -mediante corti od organi legislativi di una comunità di stati- di un diritto comune agli Stati Stessi, o di un diritto della comunità"*⁴⁶.

Che lo scopo principale, immediato, della comparazione sia la pura conoscenza; che la comparazione serva soprattutto per la migliore conoscenza di altri modelli giuridici oltre quello di appartenenza; che l'attività comparatista sia diretta alla conoscenza delle differenze e alla comprensione del proprio sistema, è stato poi in seguito ribadito, ed oggi è divenuto pensiero condiviso nella comunità dei comparatisti⁴⁷.

Ciò consente, dunque, di riconoscere come vero che comparare è *"un'attività o processo di conoscenza di due o più fenomeni giuridici (storicamente determinati) per vedere cosa essi abbiano di diverso e cosa in comune. E ciò nell'ipotesi di lavoro, cioè*

⁴⁶ GORLA G., *op. cit.*, 928 e ss.

⁴⁷ SACCO R., *Introduzione al Diritto Comparato*, in *Trattato di diritto comparato*, diretto da Sacco R., Torino, 1992, 5° ed., p. 167.

*di ricerca, di un quid comune fra i due o più termini della comparazione. La comparazione infatti non ha senso, se quei termini si pongono già come del tutto eterogenei*⁴⁸.”

E' innegabile, dunque, il ruolo fondamentale che la scienza comparatistica abbia avuto nell'ambito della produzione del diritto Europeo e, forse, neppure Gorla avrebbe potuto immaginare la fondamentale importanza che avrebbe avuto l'uso della comparazione nell'edificazione del nuovo modello europeo⁴⁹.

2. Le tradizioni di *civil law* e di *common law*

Alla luce di quanto tratteggiato, poiché l'esperienza codicistica dei paesi dell'Europa continentale ha trovato una storica contrapposizione nel sistema giuridico anglosassone⁵⁰, il diritto comparato *par excellence* è costituito dal dialogo tra *civil law* e *common law*.

E' noto che quando si parla di *common law*, si intende far riferimento a quelle esperienze che storicamente hanno la loro origine nel diritto inglese medioevale e moderno, si fa cioè riferimento alla tradizione giuridica anglosassone che accomuna, con qualche variante, diversi paesi (in Europa, Inghilterra ed Irlanda) ed influenza, a volte in modo accentuato, anche il diritto di altri paesi, che pertanto vengono detti misti in quanto racchiudono in sé elementi tratti da diverse tradizioni giuridiche.

La tradizione giuridica del *civil law*⁵¹, invece, raggruppa le diverse esperienze sorte

⁴⁸ GORLA G., Voce *Diritto Comparato*, in *Enc. Diritto*, Milano, 1964, XII, 928 e ss.

⁴⁹ SCHLESINGER R.B., *Il passato ed il futuro della comparazione giuridica*, in *Rivista di diritto civile*, 1995, I, p. 603.

⁵⁰ FERRARI V.-LAGHI P., in *Diritto Europeo dei Contratti*, Milano, 2012, 9 e ss.

⁵¹ Secondo alcuni giuristi “il fiorire del sistema di *civil law* che si verifica nel XII e XIII secolo non è dovuto in alcun modo all'affermazione d'un potere politico, né alla centralizzazione operata da un'autorità sovrana. Il Sistema di *civil law* si differenzia perciò dal diritto inglese, nel quale lo sviluppo del *common law* è legato al rafforzarsi del potere regio ed all'esistenza di corti reali fortemente centralizzate. Sul continente europeo non si osserva niente di simile. Il sistema di *civil law* si afferma al contrario in un'epoca in cui l'Europa non costituisce un'unità politica, ed in cui perfino l'idea che le cose

in epoca medioevale nell'Europa continentale e che, nel corso dei secoli, hanno conosciuto una serie di metamorfosi tali da suggerire una ulteriore scansione in varie sottofamiglie, le quali servono a distinguere tra una tradizione latina, una germanica, una nordica, una post-latina ed una latina americana⁵².

Tali esperienze parrebbero così distinte e separate da porsi in netto ed insanabile contrasto con la nozione stessa di tradizione giuridica⁵³: tuttavia, studi approfonditi hanno dimostrato come non possa affermarsi l'esistenza di una "civiltà giuridica inglese" separata, distinta, e persino contrapposta rispetto ad una "civiltà giuridica europea".

Particolarmente calzanti sono, a questo proposito, le osservazioni del Merryman secondo il quale: *"una tradizione giuridica è un insieme di atteggiamenti profondamente radicati e condizionati nella storia dalla storia, circa la natura del diritto, e circa il ruolo che il diritto deve svolgere nella società politicamente organizzata, circa il miglior modo di organizzare il funzionamento del sistema giuridico e circa il modo con cui il diritto deve essere fatto, applicato, studiato, perfezionato, e pensato. La nozione di tradizione*

potrebbero o dovrebbero andare altrimenti sconfinare nel chimerico; in un'epoca cioè in cui è chiaro che gli sforzi del papato o dell'impero non riusciranno mai a ricostruire, sul piano politico, l'unità dell'impero romano. Il sistema di civil law non è mai stato fondato altro che su una comunità di cultura. E' nato ed ha continuato ad esistere indipendentemente da ogni mira politica" (DAVID E JAUFFRET-SPINOSI, *I grandissimi sistemi giuridici contemporanei*, 4° ediz. It., Padova, 1994, p. 32).

⁵² ZWEIGERT E KOTZ, *Introduzione al diritto comparato*, vol. I, Principi fondamentali, trad. it., Milano, 1992, 76 e ss.

⁵³ La metafora più utilizzata per rappresentare plasticamente la presenza di queste due famiglie, infatti, è quella dell'albero. La tradizione di *common law* viene dipinta come un albero il cui tronco o ceppo è costituito dal diritto sviluppatosi storicamente in Inghilterra a partire dal 1066 (anno della Battaglia di Hastings e della conquista normanna) grazie alla giurisprudenza delle corti ivi istituite dai re normanni e dai loro successori; mentre i rami sarebbero costituiti da esperienze sviluppatesi altrove, dopo che il *common law* inglese è stato trapiantato da coloni provenienti dall'Inghilterra.

La tradizione di *civil law*, invece, sarebbe rappresentabile da un albero alla cui radice vi sarebbe il diritto romano e la sua riscoperta nell' XI secolo ad opera di Irnerio e dei professori dell'Università di Bologna. La linfa vitale del diritto romano, inoltre, percorrerebbe ancora le vene di un grande albero frondoso, rimasto unito nonostante gli accidenti che lo hanno reso distorto. Per tale ragione, dunque, si parla di tradizione romanistica che accomuna tutte le tradizioni giuridiche dell'Europa continentale (SACCO R., *Sistemi Giuridici Comparati*, in Trattato di Diritto Comparato, diretto da Gambaro A. e Sacco R., Torino, 2000, p. 42).

giuridica pone un sistema giuridico in relazione alla cultura di cui esso è parzialmente espressione. Pone un sistema giuridico in una prospettiva culturale”⁵⁴.

Se cioè la tradizione giuridica è espressione di “civiltà”, è evidente che nel rapporto tra i sistemi di *civil law* e *common law*, gli aspetti interessanti, e i problemi peculiari, riguardino la riconoscibilità di una prevalente “unità sostanziale”, sia pure in una diversità notevole di forme, strutture, categorie, concetti, metodi nonché di fonti, organizzazione della giustizia, di poteri dei giudici e *similia*.

Ovviamente, vi sono tra i due sistemi differenze anche sostanziali, ma non tali da precludere lo studio comparativo, dal momento che (come afferma sempre il Merryman) *“il comparatista vuol (proprio) vedere che cosa stia dietro la facciata di quelle differenze. Vuole scoprire gli analoghi problemi sostanziali che sono coperti dalle diverse forme, categorie, concetti, e vuol così trovare, magari, gli equivalenti dei diversi nomi, concetti o categorie. Vuol sapere come si sono realizzati in ciascuno dei due termini di comparazione gli istituti o principi comuni; fino a che punto la sostanza è dissimile- come variazione su un tema comune – e fino a che punto è la stessa, nonostante le apparenze contrarie. E quando vi sono differenze di sostanza o di soluzioni di problemi sostanziali, vuol sapere se e fino a che punto su ciò hanno influito le differenze per così dire di forma, e cioè le differenze concernenti le categorie o le classificazioni, le azioni o i rimedi giudiziali, l’organizzazione della giustizia, i poteri dei giudici, le prove, la procedura etc. [...]. Vuole anche sapere quali forme, quali mezzi, azioni o rimedi siano più funzionali o più efficaci. Ma conclude sempre volendo sapere se, e in che senso, per così dire, le due “forme” siano manifestazioni di una superiore unità sostanziale”*⁵⁵.

⁵⁴ MERRYMAN, in *La tradizione di civil law nell’analisi di un giurista di common law*, trad. it., Milano, 1973.

⁵⁵ GORLA G., in *op. cit.*, p. 935.

Questo “approdo” non può ignorare, però, che per lungo tempo si ebbe la convinzione che la tradizione di common law fosse del tutto diversa da quella dell’Europa continentale, tanto da elaborare diversi criteri di classificazione per evidenziare le diversità, detti demarcatori sistemologici.

Questi, concernenti essenzialmente l’assetto delle fonti, si diffusero nel periodo in cui il codice come forma principe di legislazione sembrava caratterizzare il modo di essere dei sistemi europei⁵⁶.

Ed infatti, dal momento che tanto scalpore suscitava il rifiuto nei sistemi di common law di ricorrere alla codificazione, si iniziò a diffondere l’idea che la differenza essenziale tra le due “famiglie giuridiche” fosse il fatto che quelle di *civil law* erano di diritto codificato, le altre, di *common law*, non lo erano⁵⁷.

Inoltre, dal momento che la stragrande maggioranza dei giuristi riteneva che l’unica fonte del diritto fosse la legge in senso formale, grande sorpresa suscitava il sistema di *common law* laddove, mediante il criterio del precedente vincolante, esplicitamente considerava la giurisprudenza quale fonte del diritto, ricognitiva di norme consuetudinarie latenti.

La seconda rilevante differenza tra il sistema di *civil law* e quello di *common law*

⁵⁶ Era l’epoca in cui aveva destato forte impressione la codificazione del diritto civile in Germania (1° gennaio 1900) laddove per anni era prevalsa la tesi di Savigny, espressa nel corso di una famosa polemica con Thibaut del 1818, che avversava *in toto* una codificazione del diritto civile, vista come una forma di organizzazione antiscientifica e disorganica. La Germania, infatti, fu l’ultimo dei paesi europei continentali a codificare il proprio diritto privato ed il fatto che proprio tale paese riuscì a superare le obiezioni poste da Savigny fu visto come la consacrazione definitiva del principio secondo cui ogni progresso nel pensiero giuridico ha il suo sbocco naturale nella codificazione, con la conseguenza che l’assenza di codificazione venne a lungo vista quale prova di un’arretratezza politica e/o culturale.

⁵⁷ Secondo alcuni autori inglesi, infatti, una caratteristica fondamentale e distintiva della tradizione del common law risiede proprio nel fatto che la maggior parte del diritto privato non è codificato: essendo i giudici “i principi dell’impero della legge” si è preferito propendere per la primazia del “case law”. Solamente nel 1965, infatti, è stata istituita la “Law Commission” al fine di comprendere se fosse possibile una codificazione del diritto contrattuale Inglese ma già nel 1972 si è affermato che ciò era risultato impossibile, anche a causa della differenza tra il diritto contrattuale Inglese e Scozzese (SMITS J., *The making of European Private Law- Toward a Ius Commune Europaeum as a Mixed Legal System*, Intersentia, Oxford, 2001, 86-87).

veniva individuata nel fatto che i primi erano di diritto scritto, i secondi di diritto consuetudinario/giudiziale.

Mentre, infatti, per l'operatore giuridico "civilian" il diritto scritto rappresenta il fulcro del sistema e la fonte di legittimazione, per quello anglosassone il diritto scritto si risolve in una mera "raccolta" di ciò che invece è il "vero" diritto (cioè il "common law"), e precisamente quello scaturente ed espresso dalle decisioni dei giudici, che sono, viceversa, i veri, profondi attori del sistema normativo.

Quindi, si osservava che nei sistemi di diritto continentale il diritto scritto è fonte esclusiva di produzione di norme, con la conseguenza che i giudici devono fondare e motivare le proprie decisioni sulle "leggi" (emblematica la questione della utilizzabilità della consuetudine, sempre mediata dal rinvio normativo), ed utilizzando il ragionamento analogico per colmare eventuali "lacune". Invece, nella *common law*, la principale fonte di diritto sono i "casi"⁵⁸, cioè le decisioni del giudice sul singolo caso, e le leggi scritte vengono tradizionalmente interpretate molto restrittivamente e, salvo espressa volontà di deroga, sempre in conformità alle norme della *common law* di fonte giudiziale.

Come si è detto, tali prospettazioni sono oggi non più attuali e largamente criticate.

Basta ricordare come nessun giurista creda più che la codificazione sia la cifra riassuntiva di tutti gli elementi strutturali del sistema o come non sia più proponibile l'immagine della legge in senso formale quale unica fonte del diritto.

Ed ancora, in riferimento ai sistemi di *common law*, è evidente che attualmente non solo non possano essere più qualificati come sistemi a diritto consuetudinario, basando

⁵⁸ La *common law*, dunque, è caratterizzata dalla predominante importanza del c.d. *case law*, o diritto di creazione giudiziale. Il giudice, infatti, è considerato quasi un "oracolo", cioè il soggetto che esprime la vera "coscienza generale", ed è vincolato dalle "regole precedenti", salvo che il c.d. caso concreto presenti dei fatti "diversi" da quello precedentemente deciso da altre corti.

essi la loro produzione di regole sulla c.d. legislazione delegata, ma neppure può più affermarsi che dal loro panorama giuridico sia del tutto assente la codificazione.⁵⁹

Neppure le diversità del *modus operandi* del formante giurisprudenziale possono essere utilizzate quale linea di demarcazione basata sulla presenza o meno del criterio del precedente vincolante.

Infatti, non solo alcune corti supreme di paesi di diritto continentale sono piuttosto attente al valore dei precedenti (ad esempio in Francia), ma nei sistemi di *common law* il rispetto del precedente vincolante ha acquisito nel corso dei decenni maggiore elasticità rispetto al passato.

Sotto questo profilo le differenze tra i due sistemi appaiono, dunque, una questione più apparente che sostanziale.

In conclusione, sono le differenze "ideologiche" sottostanti, sia nei "contenuti" degli istituti giuridici che nell'"approccio metodologico", a caratterizzare, molto più sostanzialmente, le permanenti differenze tra i due sistemi.

2.1 “Contract” e “contratto”: due archetipi non coincidenti

Nello sviluppo del “procedimento” comparatistico, rilevanza essenziale assume il problema delle “traduzioni”⁶⁰, che non riguarda solamente il richiamo a criteri linguistici o filologici, ma prima di tutto la questione della “trasferibilità” di un concetto

⁵⁹ Ciò è dimostrato, ad esempio, dall’esperienza dei paesi scandinavi (Danimarca, Finlandia, Islanda, Norvegia e Svezia) i quali, pur avendo codificazioni, che né per completezza né per sistematicità sono paragonabili agli ordinamenti di *civil law*, mostrano alcuni elementi peculiari propri della famiglia di *common law* (ad es. la rilevanza del diritto giurisprudenziale in importanti aree del diritto privato, l’accesso e la carriera dei magistrati).

⁶⁰ Il problema delle traduzioni è implicito nella redazione di un testo multilingue. Se poi questo è il frutto di un compromesso giuridico-culturale, è ovvio che si tratti di un ibrido. Si è, infatti, affermato che ove si pratica il plurilinguismo legislativo vi è “un’attrazione lessicale translinguistica”, una stortura linguistica che si abbina all’idea della traduzione giuridica (SACCO, *riflessioni di un giurista sulla lingua (la lingua del diritto uniforme, e il diritto al servizio di una lingua uniforme)*, Riv. Dir. Cib., 1996, I, 57 s.).

giuridico da un ordinamento all'altro⁶¹.

A differenza di quanto accade nelle scienze esatte ed empiriche, infatti, il metodo del giurista non si avvale di formule numeriche, ma di strutture logiche che sono veicolate attraverso il linguaggio. Le scelte e persino le sfumature semantiche condizionano, pertanto, il concetto o, se si preferisce, la comprensione del concetto, sicché non è affatto detto che, a parità di radici, corrispondano eguali contenuti⁶².

Esemplare, a questo proposito, è il diverso significato che assume il termine "contratto"/ "contract" nei due sistemi, tema al quale è pur necessario fare riferimento in apertura del presente lavoro per essere questo dedicato al tema del diritto contrattuale europeo.

Sul piano dell'esperienza, si può osservare che il contratto altro non è che un particolare ed importante esempio di relazione tra due o più persone, riconosciuto e regolato dalla legge.

Questa nozione appare di immediata configurazione lì ove, come nei sistemi francese, italiano e tedesco, un contratto è considerato la fonte dell'obbligazione; un po' meno, invece, nel sistema inglese, in cui non si è mai avvertita la necessità di collocare il "contract" all'interno di una categoria più ampia come quella dell'obbligazione.

A volte, tuttavia, il termine "contratto" è usato per descrivere le circostanze di fatto che sono riconosciute da una specifica legge come costituenti un rapporto giuridico.

Così, ad esempio, quando nel sistema inglese si parla di "condizioni del contratto", si

⁶¹ V. in argomento COSTANTINESCO, *Il metodo comparativo*, 2^a ed., Torino, 2000, 128. Secondo Costantinesco «con la traduzione bisogna cogliere il contenuto del concetto che si traspone, in modo che essa, evocata, nel pensiero del giurista nel cui diritto si traduce, non l'immagine che questa nozione assume nell'ordinamento originario, ma quella che analogo istituto possiede in quel diverso sistema»

⁶² Non è un caso, infatti, che nei paesi in cui esistono più lingue ufficiali, o in cui siano adottate misure di protezione per le minoranze linguistiche, l'onere della mancata comprensione dell'atto non grava sui destinatari dell'atto (che non conoscono la lingua del testo normativo) ma esiste un obbligo di legge per l'autore dell'atto di fornire una traduzione (D. MEMMO, *La lingua nel diritto. Il rischio linguistico nella dichiarazione contrattuale*, Contratto Impresa, 1985, 468).

fa riferimento alle condizioni convenute dalle parti nel concludere il contratto (in questo caso cioè il termine “contratto” è riferito all’accordo delle parti piuttosto che alla relazione giuridica creata dall’accordo), ma lo stesso può dirsi per il sistema continentale, che distingue tra il contratto e la sua validità od efficacia.

In terzo luogo, laddove l’accordo delle parti viene espresso per iscritto, con il termine contratto si fa spesso riferimento al documento in sé, nonostante giuridicamente vi sia una netta distinzione.

Ciò premesso, e venendo al “*conception of contract*” si osserva che quello di tradizione anglo-sassone corrisponde solo marginalmente a quella di “*contratto, contract, vertrag*” utilizzati rispettivamente in Italia, Francia e Germania.

Nell’ambito del common law, infatti, a causa dell’impostazione economicistica, tendente a favorire lo sviluppo del commercio in ambito transnazionale e l’efficienza del mercato, si è affermata una concezione dinamica, quale “rapporto”, affrancata dalla configurazione continentale di “fattispecie”, statica, cristallizzata al momento della sua conclusione⁶³.

Inoltre, il primo ha un ambito più ristretto⁶⁴ rispetto al concetto utilizzato negli ordinamenti continentali, ove la nozione *de qua*, in linea generale, identifica tutti gli accordi di natura patrimoniale⁶⁵ da cui scaturiscono obblighi e diritti per le parti.

⁶³ La configurazione dinamica del contratto ha fatto sì che si attenuasse il rigore formalista degli ordinamenti di *civil law*, legato alla conclusione del negozio ed agli effetti derivanti dal consenso (FERRARI V., in *op. cit.*, 10).

⁶⁴ Fino al XIX Secolo, in particolare, la concezione di contratto ruotava attorno alla principale forma di azione conosciuta come “*assumpsit*”, basata essenzialmente su tre elementi: “*promise, consideration, and breach of promise*” AWB SIMPSON, *Innovation in Nineteenth Century Contract Law*, in *Legal Theory and Legal History: Essays on The Common Law*, 171-181, London-Hambledon, 1987.

⁶⁵ In realtà il concetto di contratto inteso per indicare la fonte di rapporti giuridici patrimoniali appartiene al sistema Italiano e Francese. Diversamente il Vertrag tedesco è una nozione più ampia, non comprendendo alcun specifico riferimento alla patrimonialità del rapporto. In Germania, infatti, si considera contratto ogni negozio giuridico costituito dalle dichiarazioni di volontà di due parti contraenti, senza nessuna specificazione sulla natura del rapporto che deve scaturire da tali accordi. Ciò ha come logica conseguenza che nel concetto di Vertrag rientreranno anche gli accordi che, ad esempio maturano in ambito familiare. Inoltre, sempre in Germania, la vasta categoria del vertrag è divisa in due

Nel nostro ordinamento giuridico - come è noto- ai sensi di quanto sancito nell'art. 1321 c.c., il contratto è l'accordo di due o più parti al fine di “*constituer, régler, o éteindre entre eux un rapport juridique patrimonial*”; tra le stesse, dunque, potranno nascere obbligazioni a carico di una parte soltanto o di entrambi (si avrà in tal caso, rispettivamente, un contratto c.d. unilaterale o sinallagmatico)⁶⁶.

Nel sistema di diritto anglosassone, invece, il termine *contract* riguarda sempre e solo rapporti bilaterali o a prestazioni corrispettive poiché - come si dirà nel prosieguo- assume importanza fondamentale l'elemento della “*consideration*” che, in linea generale, si concretizza nel reciproco scambio di prestazioni tra contraenti.

La nozione di *contract* inglese si fonda, infatti, sulla presenza di uno scambio (*bargain*): il semplice accordo (*agreement*) ovvero il *nudum pactum*, per il diritto inglese, non è idoneo a determinare il sorgere di un vincolo giuridico, se non è sostenuto da *consideration* (o esternalizzato in una forma solenne - *deed*)⁶⁷.

A proposito di “*contract*”, poi, non può non sottolinearsi come vi sia stato chi ha affermato che forse è impossibile darne un'unica, assoluta ed universalmente valida definizione (Halsbrury's, Laws of England). Ma ciò non deve sorprendere: nei paesi di *common law*, infatti, il termine *contract* tende ad aver piuttosto il significato generico di vincolo giuridico, diversamente che nei paesi di *civil law* ove il termine *contratto* ha, come abbiamo già ricordato, lo specifico significato di fonte dell'obbligazione, cioè di

sottocategorie: i contratti con effetti obbligatori, aventi natura di accordi consensuali e causali (hanno una struttura simile a quella dei contratti francesi), e quelli ad effetto reale, cioè diretti al trasferimento di proprietà o altri diritti reali che operano sotto il profilo dell'astrattezza, previa la sussistenza di un elemento che “*esteriorizza*” l'accordo, e cioè la consegna della cosa mobile o la c.d. “*intavolazione*” dell'accordo traslativo immobiliare nei libri fondiari.

⁶⁶ Si è fatto in precedenza cenno al dato che, invece, nel diritto anglosassone non vi è una distinzione teorica tra contratto e obbligazione. Ed infatti, nei testi dottrinali dedicati alla *law of contract*, il termine “*contract*” appare sotto una duplice nozione: di accordo (*agreement*) o di risultato dell'accordo, cioè l'obbligazione (*obligation*), non sussistendo una distinzione concettuale, tale cioè da condurre ad una distinzione terminologica, del contratto rispetto al rapporto obbligatorio.

⁶⁷ A ben vedere, in realtà, nella nozione di *contract* come *bargain* è insita l'idea del *contract* come rapporto: qui il termine *contract* si presenta, infatti, nel senso di “*rapporto di scambio*” e non di accordo.

convenzione o accordo che genera obbligazioni.

Il termine anglosassone, propriamente inteso come patto o accordo⁶⁸ sanzionabile in diritto resta, infatti, circoscritto ai soli rapporti nei quali ognuna delle parti si assoggetta a dare o fare qualcosa in cambio dell'altrui prestazione o promessa secondo lo schema anzidescritto della *consideration* come *bargain*, cioè come scambio, in funzione di vestimento del medesimo patto.

Il valore del patto caratterizza di per sé, invece, il moderno sistema contrattuale di *civil law* anche se, secondo alcuni, neppure in tale sistema, si può ritenere completamente accolto il principio del nudo consenso o patto⁶⁹.

Tuttavia, bisogna rilevare che la nozione di *contract* quale *agreement*⁷⁰, benché d'uso comune, non si è però imposta quale unico ed esclusivo criterio definitorio⁷¹.

Vi è, infatti, anche l'idea di *contract* come “*promessa od insieme di promesse che il*

⁶⁸ Senza dimenticare, tuttavia, che con il termine *contractus*, spesso si indicano anche rapporti obbligatori non aventi origine negoziale, come ad esempio l'obbligo di pagamento di una somma di denaro liquidata in sentenza o obbligazioni pecuniarie).

⁶⁹ GORLA, *op. cit.* 6-19.

⁷⁰ Il concetto di *contract* come *agreement* divenne il criterio normale di definizione di *contract* nel XIX secolo. Infatti, come sul continente europeo, così in Inghilterra, l'ottocento segnò, da un punto di vista generale, il culmine della teoria contrattuale improntata al dogma della volontà e dell'autonomia negoziale, espressione dello spirito liberistico che animava l'economia e la società del tempo. La teoria del contratto quale accordo od incontro di volontà, frutto del pensiero giuridico continentale ai suoi massimi livelli speculativi, dal giusnaturalismo alla scuola pandettista, fu diffusamente recepita anche nell'esperienza inglese e dei paesi di *common law*. Come alcuni autori inglesi hanno osservato, infatti, “*by the middle of the nineteenth century, will theory had taken root in English law*” (PS. ATIYAH, *The rise and Fall of Freedom of Contract*, Oxford, 1979). Ed ancora “*in terms of principle, from the middle of the nineteenth century both legal writers and judges began to advocate the importance of the principle of freedom of contract and its principle, the binding force of contracts. On the other hand, by contrast, the concept of obligation was much less prominent. Contracts were not seen by many English lawyers as forming part of a wider “law of obligations” as found in the civilian sources and modern codes: first, because the law of torts remained remarkably unreceptive to generalization and systematization, despite the courageous attempts of Pollock to argue otherwise; and secondly, and more importantly, the substantive law of remedies for breach of contract remained dominated by damages, the specific remedies of specific performance and injunction being seen as exceptional and discretionary*” (WHITTAKER S. E RIESENHUBER K., *Conceptions of Contract*, in *The Common European Sales Law in Context, Interactions with English and German Law*, Edited by Dannemann G. e Vogenauer S., Oxford, 2013, 126 e ss.).

⁷¹ Nel 1876 un giurista inglese, infatti, osservava come fosse curioso che in nessun libro dell'epoca si fosse trovata una definizione soddisfacente di contratto (POLLOCK F., *Principles of Contract al Law and Equity*, Londra, 1876)

diritto sanzionerà”⁷² che, seppure implica l’idea di accordo (*set of promises*), richiama il particolare sviluppo del concetto e della disciplina del *contract* in dipendenza storicamente dall’azione di *assumpsit* o per violazione della promessa che si basava su un principio di responsabilità conseguente al fatto di promettere, in relazione a determinate condizioni e circostanze capaci di imprimere, dall’esterno della volontà del promittente, forza obbligatoria alla promessa.⁷³

Storicamente, infatti, questa idea di *contract* sembra potersi ricondurre alla dottrina canonistica della *laesio fidei*, penetrata in Inghilterra per il tramite delle giurisdizioni ecclesiastiche, la cui prassi in materia influenzò la giurisdizione di equity e, successivamente, gli stessi ambienti di common law.

Infine, occorre ricordare che il concetto di agreement non solo non si è imposto quale unico ed esclusivo criterio definitorio, ma non è neppure valso ad operare da motivo unificatore della law of contract a causa delle resistenze opposte dalla tradizione formulare⁷⁴.

Ancora oggi, infatti, nel moderno diritto contrattuale inglese sussiste un visibile conflitto tra due concezioni di “contract”.

Riportando quanto recentemente affermato dal professor Witthaker in un contributo sull’ ultima proposta della Commissione, il CESL, invero: “ *a first conception of contract sees contracts as “bargains”, it being said that this reflects the fundamentally commercial understanding of the English common law of contract and also gives proper*

⁷² POLLOCK F., *Principles of Contract: a treatise on the general principles Concerning the Validity of Agreements in The Law of England* (1st ed. 1875), 9th ed. Londra, 1921.

⁷³ JACKSON R.M., *The Scope of the term contract*, Londra, 1937, 525 e ss.

⁷⁴ Occorre ricordare, in merito alla non coincidenza del nome *contract* con il *contratto* dei paesi continentali, che nel sistema di common law una serie di rapporti convenzionali (come ad esempio il mandato, la custodia), i rapporti di locazione di immobili e di lavoro subordinato, nonché quelli aventi ad oggetto prestazioni professionali da parte di certi operatori al servizio del pubblico, non vengono fatti ricadere sotto la nozione e regolamentazione del contract perché storicamente estranei alla sfera applicativa dell’azione contrattuale dell’*assumpsit*.

central significance to the requirement of consideration. This way of thinking is often linked to a definition or description of contract in terms of promise. Sometimes, though, contract is defined by reference to promise, without reference to consideration-but adding agreement for good measure [...] The second conception of contract is that contracts are agreements which the law will enforce. By using agreement as the starting-point of definition, this approach places greater emphasis on the importance of giving effect to the intention of the parties and tends to minimize the importance of the doctrine of consideration, even it though it can still leave room for it as a feature of the positive law underneath the qualification that the law will determine wheter or not to enforce it”⁷⁵.

In conclusione, dunque, e muovendo nuovamente da quanto riferito all’inizio, il termine contratto può fare riferimento ad un accordo, ad un documento o autenticazione di un accordo. Anche per quanto riguarda il concetto di contratto visto come un tipo particolare di rapporto giuridico, ed entro i limiti di un unico sistema giuridico, ci possono essere diversi approcci alla sua concezione: una concezione analitica o definitoria, una concezione in base al suo scopo o finalità all'interno della legge o nella società più in generale. In Inghilterra, la concezione “contract”, riflettendo lo sviluppo storico dominato dai concetti di *consideration* e dall’azione di *assumpsit*, con le influenze derivanti dalla cultura e pratica europea, alcune volte conferisce maggiore preminenza alla dottrina della *consideration*, altre alla intenzione perseguita dalle parti, ma in ogni caso vi è l’ enfaticizzazione dei bisogni commerciali.

Quello che invece appare meno evidente nel sistema inglese è il linguaggio delle obbligazioni: i contratti obbligano, ma le obbligazioni che ne scaturiscono non hanno

⁷⁵ WHITTAKER S. E RIESENHUBER K., *Conceptions of Contract*, in *op. cit.*.

rilievo esclusivo, essendo il risarcimento del danno il rimedio primario da applicare in ogni situazione. Nel sistema continentale (compreso quello italiano), invece, il contratto è una duplice dichiarazione di volontà, massima espressione della personale autonomia delle parti, ed una volta concluso esso ha forza di legge, con la conseguenza che le obbligazioni che ne scaturiscono hanno importanza decisiva.

Orbene, tra i due approcci, sembra che a livello europeo si tenda a seguire quello “civilistico”, continentale, piuttosto che quello britannico.

Come vedremo nel prosieguo, infatti, essendo stata scelta una via di mezzo tra l'autonomia contrattuale e un'idea utilitaristica di facilitazione delle transazioni commerciali, il contratto visto nell'ottica europea è basato su un accordo piuttosto che su una promessa e non richiede alcun elemento ulteriore come la *consideration* o la causa (almeno apparentemente!).

Inoltre, si deve osservare che, mentre nelle leggi nazionali dei diversi Stati membri, il concetto “contratto” si basa su una ricca tradizione e cultura giuridica, i progetti europei, da ultimo il CESL, non possiedono tale “background” ma attingono inevitabilmente alle diverse culture giuridiche dei diversi Stati membri. Così anche se vi sono state diverse definizioni di contratto, solo con il tempo questo assumerà un significato più ricco, dovendo inevitabilmente attendere “it’s future (possible) life in legale practice”⁷⁶.

2.2. “Causa” e “Consideration”

Sulla base di tali elementi, si può concludere che, in tutti gli ordinamenti appartenenti alla tradizione giuridica occidentale, l'accordo pur espresso nelle forme previste, non è

⁷⁶ WHITTAKER S. E RIESENHUBER K., *Conceptions of Contract*, in *op. cit.*, 159.

di per sé vincolante: è necessario, infatti, che sia sorretto dall'elemento della "causa", nei sistemi di civil law, o dalla "consideration"⁷⁷ in quelli di common law⁷⁸.

Tuttavia, "causa e "consideration" non possono essere collocati sullo stesso piano, poiché non hanno la medesima funzione ed il medesimo ruolo nei rispettivi ordinamenti.

Come si è anticipato, infatti, una particolarità del sistema contrattuale della *common law* risiede nell'assenza proprio dell'elemento "causa" che, invece, nei diritti privati continentali (quali quello italiano e tedesco) assume forte rilievo.

Analizzando più nello specifico l'ordinamento italiano⁷⁹, non può certamente negarsi

⁷⁷ Non potendo rinvenire nel nostro vocabolario giuridico un corrispondente ottimale del termine *de quo*, si è diffusa la tendenza –giustificata– di preferire l'impiego diretto del vocabolo in lingua originale, (in tal senso, si veda CRISCUOLI G., "Causa e consideration" o della loro incomunicabilità, in *Causa e Consideration* (a cura di) Alpa G. e Bessone M., Padova, 1984, IX).

⁷⁸ Come già Gorla rilevava nel lontano 1951, nel contributo "La "causa" nel pensiero dei giuristi di Common Law", uno dei campi preferiti ed anche più discussi a proposito di differenze di spirito ed istituti tra la common law e la civil law è costituito dai rapporti fra "causa" e "consideration". Secondo l'autore i giuristi di common law, circa il nostro problema della causa, ritengono che : "a) La causa è un concetto assai diverso da quello di consideration e rappresenta un diverso modo di risolvere alcuni problemi fondamentali in materia di contratti; b) nella civil law ogni contratto, purché lecito e purché la volontà di obbligarsi sia seria e deliberata e immune da vizi, è valido. Da questo punto di vista, aggiungono parecchi autori, la civil law manifesta una certa superiorità rispetto alla common law, ove il requisito della forma o quello della consideration, con il loro tecnicismo eccessivo e spesso con il loro carattere arcaico, costituiscono un inceppo all'affermazione di un principio generale che stabilisca la validità di ogni contratto lecito. Non pare che, invece che gli autori di common law dedichino attenzione o, almeno, la dovuta attenzione, al problema di vedere se nella civil law, accanto alla volontà lecita, seria e deliberata di obbligarsi, occorra anche una particolare situazione, un *quid*, che giustifichi la sanzione giuridica. La soluzione affermativa di questo problema (che com'è noto, va anch'esso sotto il nome di causa) costituisce una limitazione notevole al principio della validità di ogni contratto lecito, o meglio, toglie alla volontà il carattere di fondamento esclusivo per il riconoscimento giuridico del contratto [...; c) un'altra tendenza di quei giuristi, e forse la più interessante è per i suoi riflessi, mi pare sia la tendenza ad intendere la nostra "causa" in funzione dell'esigenza di accertare, in modo il più possibile sicuro, l'esistenza di un "serious and deliberate intent to assume legal obligation"; di accertare cioè quella volontà che costituirebbe in relazione a quanto accennato sub b, la base sostanziale, anzi la sola base per sanzionare giuridicamente il contratto lecito (a parte, s'intende, i requisiti della capacità e dell'oggetto). La "causa", in quanto motivo o scopo del contraente, servirebbe appunto per accertare, o anche per accertare, l'esistenza della volontà seria e libera di contrarre un'obbligazione in senso giuridico. Attraverso il motivo o scopo, che ha indotto il contraente a obbligarsi, ci si accerterebbe se egli ha veramente nutrito una volontà seria e deliberata di assumere le conseguenze di un'obbligazione giuridica ed entro quali limiti" (GORLA G., *La "causa" nel pensiero dei giuristi di common law*, in *Rivista del diritto commerciale*, Anno XLIX (1951) n. 9-10- Parte I, Milano, 344 e ss.).

⁷⁹ Sia in Italia che in Francia prevale il principio di causalità secondo cui un accordo senza causa o che si fonda su una causa illecita non può produrre effetti. In Germania, invece, vige il principio dell'astrattezza, ponendosi il problema della causa solamente per i contratti con efficacia obbligatoria. Questi, cioè, sono considerati consensuali e causali e la causa si identifica con lo scambio reciproco delle prestazioni. I contratti ad effetti reali, invece, sono astratti e cioè producono effetti anche se non vi era l'accordo o lo

come “la causa” costituisca uno dei temi più affascinanti ma al contempo più insidiosi da esplorare del diritto civile, data la difficoltà di enuclearne un concetto unitario⁸⁰.

Peraltro, al di là delle dispute dottrinali e giurisprudenziali sul significato del termine “causa” di cui si dirà tra breve, tutti convergono nell’attribuirle il ruolo di “strumento di controllo”, messo a disposizione dall’ordinamento giuridico per verificare che i privati esercitino l’autonomia loro riconosciuta dall’ordinamento giuridico entro limiti ben determinati e che l’art. 1322 co 2 c.c. consacra nel canone di “meritevolezza di tutela” degli interessi perseguiti dalle parti: in altri termini, si tratta di un concetto “teologicamente orientato”.

Ciò spiega la difficoltà nel fornirne una definizione unitaria: il contrapporsi dell’esigenza di libertà contrattuale dei privati da un lato ed il controllo del loro operato da parte dell’ordinamento dall’altro, infatti, tendono a mutare, con evidenti riflessi sul concetto di causa, rendendolo evanescente.

Le definizioni che si sono date sono state le più disparate.

Prima tra tutte occorre ricordare quella risalente ad Emilio Betti, secondo cui la causa va definita come *funzione economico-sociale del contratto*⁸¹, funzione che coincide con la sintesi dei suoi effetti essenziali, cioè degli effetti giuridici che produce.

Tale definizione è stata accolta nel codice civile del 1942, che si contrappose a quello del 1865 il quale, menzionando all’art. 1104 tra gli elementi essenziali dell’obbligazione una “causa lecita per obbligarsi”, aveva adottato una concezione di tipo “soggettivo” che garantiva massima tutela all’interesse individuale, coincidendo la causa con lo

stesso era nullo.

⁸⁰ Per Briganti, la causa costituisce uno dei pilastri dell’ordinamento giuridico ed in particolare “*quel punto di passaggio obbligato per chi voglia indagare il rapporto esistente tra autonomia privata e l’ordinamento giuridico*” (BRIGANTI E., *Causa del Contratto*, Torino, 1994, 3).

⁸¹ *Economico* perché si tratta sempre di un affare che dà profitto alle parti contraenti e *sociale* poiché permette all’ordinamento di operare un controllo su ogni singola operazione (SACCO, *Trattato di Diritto Civile- Il Contratto*, Torino, 2004, 572).

scopo per il quale il soggetto si obbligava.

In particolare, con l'avvento del nuovo codice (emanato durante il regime fascista, periodo di forte interesse per l'economia nazionale, in cui si considerava il singolo in funzione dell'intero sistema), si passò ad analizzare il contratto nel suo complesso, con la conseguenza che la "causa" iniziò ad occupare una funzione c.d. "oggettiva", a designare cioè oggettivamente la funzione⁸² di ogni contratto visto nel contesto più generale dell'insieme delle operazioni contrattuali.

In quest'ottica, il contratto viene in buona misura soffocato dall'invadenza dell'ordinamento giuridico, sicché il trapasso dalla regola privata particolare alla regola giuridica generale avviene solo ove al soddisfacimento degli interessi privati particolari corrisponda la realizzazione del fine sociale generale.⁸³

Secondo tale impostazione, l'autonomia privata si manifesta a priori nella realtà effettuale, e cioè su un piano "extragiuridico", andando intesa come il fatto sociale dell'autoregolamentazione di interessi propri, dal momento che, secondo quanto ritenuto dal Betti, "l'ordine giuridico riconosce e sanziona un'autonomia che i privati stessi già esplicano sul terreno sociale".⁸⁴

Si deve in punto rilevare che, se da una parte la definizione della causa come funzione economica-sociale del contratto ha avuto il merito di aver introdotto un criterio che consente il controllo della meritevolezza degli interessi perseguiti dalle parti con la stipulazione contrattuale, facendo ricorso all'art. 1322 c.c.⁸⁵, dall'altra è stata oggetto di

⁸² Funzione che diviene uguale per tutti i contratti appartenenti a quel "tipo", a prescindere dai motivi, dalle ragioni pratiche che hanno indotto le parti a concluderlo e che, relegati a rango di meri scopi soggettivi ed individuali, sono del tutto irrilevanti per l'ordinamento, a meno che non vengano introdotti nel contratto quale condizione ovvero ricorra il motivo illecito e comune alle parti di cui all'art. 1345 c.c.

⁸³ BETTI E., *Teoria Generale del negozio Giuridico*, Tratt. Vassalli, Torino 1960, 43 ss.,

⁸⁴ BETTI E. *op. cit.*, 51 e ss.

⁸⁵ Tale controllo assume una diversa veste a seconda che ci troviamo di fronte ad un contratto avente natura tipica o atipica. Nel primo caso (art. 1322, primo comma, c.c.), infatti, vi è un'approvazione a priori da parte dell'ordinamento circa la funzione svolta dal singolo contratto, e dunque il controllo esercitato dal giudice viene ad operare successivamente, ossia allorquando si analizza nel concreto il

severe critiche.

Si è sostenuto infatti che, data la sua natura “estremamente” oggettiva, tale definizione finirebbe per trascurare lo scopo perseguito dalle parti impoverendo la loro libertà, tanto da ridurla alla scelta delle strutture contrattuali tipizzate dal legislatore o avvalorate dalla prassi,⁸⁶ e che risolvendosi in giudizio di meritevolezza di tutela degli interessi perseguiti, essa costituirebbe “un requisito esterno” al contratto, proveniente ora dal legislatore (comma 1, art. 1322 c.c.), ora dal giudice (comma 2).

In particolare, da ultimo, secondo Mazzamuto, il riferimento della causa alla funzione economico-sociale apparirebbe addirittura in contrasto con lo stesso ruolo che ad essa viene assegnato dal legislatore con l’art. 1325 c.c.: intesa in tale accezione, la causa sarebbe estranea al programma delle parti in quanto espressione di un ordine di valutazioni che discende dall’ordinamento, laddove invece la norma del codice assegna alla stessa il ruolo di elemento essenziale del contratto, di coordinatore cioè dell’intera operazione economica⁸⁷.

In forte contrapposizione alla teoria oggettiva, nella seconda metà degli anni ’60, ad opera di Giovanni Ferri, è stata proposta la c.d. teoria soggettiva, secondo cui la causa rappresenta “*lo scopo della parte*”, la ragione per la quale essa assume l’obbligazione,

funzionamento del meccanismo negoziale. Nel secondo caso (art. 1322, comma secondo, c.c.), invece, il giudice deve compiere un’operazione ulteriore di verifica della conformità dell’astratto schema negoziale ideato dai privati con i principi dell’ordinamento giuridico. In questo caso, in buona sostanza, il giudice è tenuto a compiere quella valutazione che, con riguardo ai contratti tipici, il legislatore ha già compiuto a priori per la semplice ragione che tale figura negoziale è così frequente nella prassi quotidiana da giustificare una sua disciplina per via legislativa (PANZA, *Scritti vari di diritto civile*, Bari, 1993, 32 e ss.).

⁸⁶ Sempre secondo Betti, infatti, “*il riconoscimento dell’autonomia privata da parte dell’ordinamento giuridico configura essenzialmente un fenomeno di recezione per cui il regolamento prescritto dalle parti ai propri interessi nei rapporti reciproci viene assunto nella sfera del diritto, ed elevato, con opportune modificazioni, a precetto giuridico. E’ di competenza dei singoli determinare, nei rapporti tra loro, gli scopi pratici da raggiungere e le vie da seguire nel dare assetto ai propri interessi. E’ di competenza dell’ordine giuridico sceverare e valutare alla stregua di finalità generali le categorie di interessi e scopi pratici che i singoli sogliono perseguire, prescrivendo ai loro atti le modalità e i requisiti di validità ed efficacia e ricollegandovi situazioni giuridiche congrue, tali cioè da tradurre in atto con la massima approssimazione le funzioni sociali cui quegli scopi corrispondono*” (BETTI E. *op. cit.*, 51 e ss.).

⁸⁷ MAZZAMUTO S., *op. cit.*, 107.

“la motivazione del consenso”, la “funzione-economico-individuale”⁸⁸, ossia la concreta composizione di contrapposti interessi che vengono soddisfatti contemporaneamente attraverso il meccanismo contrattuale⁸⁹.

Vi è stato, dunque, un capovolgimento di prospettiva nella interpretazione delle norme sul diritto delle obbligazioni e dei contratti, basato sull’idea di un diritto privato inteso come diritto di libertà, in cui l’individuo è libero di realizzare qualsivoglia interesse “meritevole di tutela”.

Tuttavia, per evitare che si confondesse la causa con i motivi personali che inducono il soggetto a concludere un contratto (cioè la teoria ormai superata del codice del 1865), è stato precisato che lo scopo di cui si parla non consiste in quello avuto di mira *uti singulus* da ogni contraente, bensì lo scopo ultimo perseguito da entrambe le parti attraverso la stipulazione contrattuale⁹⁰.

Appare evidente che siffatta accezione dinamica, che sintetizza nello scopo ultimo i vantaggi che le parti perseguono con la stipulazione, solo apparentemente si pone in contrasto con la teoria oggettiva poc’anzi analizzata, essendone in realtà una sua mera

⁸⁸ La monografia *Causa e tipo nella Teoria del Negozio Giuridico* del 1966 di FERRI, costituisce lo spartiacque nella teoria della causa tradizionalmente intesa come funzione economico sociale del negozio, e da Ferri rielaborata nei termini della funzione economico individuale, ossia in quella sintesi in chiave teleologica dei profili oggettivi e soggettivi del regolamento contrattuale, distinta dal tipo che è invero lo schema astratto di organizzazione negoziale predisposto dall’ordinamento e suscettibile di essere utilizzato per scopi concreti diversi. In particolare, il Ferri sostiene che la causa riveste il “*ruolo di elemento di coesione di tutti gli altri elementi (primari o secondari che siano) di cui tale struttura è composta*”.

⁸⁹ Il suggerimento di modificare la nozione di causa in funzione economico-individuale sarebbe tributario del pensiero di Vittorio Scialoja così come espresso nelle lezioni romane dell’anno accademico 1892-1893 per spiegare la concezione romana della causa (Galgano, *Il Negozio giuridico*, Tratt. Cicu-Messineo Mengoni, Milano, 1988, 88). Secondo Ferri, tuttavia, per la definizione di causa come funzione economico individuale non si può trovare un riferimento nel pensiero dello Scialoja; se è vero che quest’ultimo ha adottato il termine funzione per designare la causa, è anche vero però che il termine funzione viene riferito alla causa oggettiva e non anche a quella subiettiva e “la moderna problematica della causa (intesa come elemento essenziale di ciascun negozio, tipico e atipico che sia) corrisponde chiaramente, nel pensiero dello Scialoja, a quello della causa subiettiva. Per altro, sempre secondo Ferri, non risulterebbe che lo Scialoja abbia concepito la causa subiettiva in termini di funzione, come aveva fatto per quella oggettiva (FERRI, *op. cit.*, 114).

⁹⁰ DE RUGGIERO R., *Istituzioni di diritto civile*, Milano 1961, p. 262.

variante⁹¹: lo scopo ultimo della teoria soggettiva, infatti, altro non è che la sintesi degli effetti essenziali che il contratto produce, cioè la funzione economico-sociale.

Ragionando in tali termini, la causa viene vista come sintesi, in chiave teleologica, degli interessi stessi, dei profili oggettivi e soggettivi del regolamento contrattuale⁹², come tale nettamente distinta dal tipo⁹³ che, invece, costituisce lo schema astratto di organizzazione negoziale predisposto dall'ordinamento e suscettibile di essere utilizzato per gli scopi concreti più vari.

Ciò ha come logica conseguenza che le parti possono adottare sia degli schemi predeterminati dal legislatore (contratti tipici) che crearne di nuovi (contratti atipici o innominati)⁹⁴: in entrambi i casi ciò che rileva è solo che le parti intendano volere una qualcosa meritevole di tutela, e solo nel secondo caso sarà necessario verificare se l'assetto di interessi così come programmato dalle parti è compatibile con le regole fissate dall'ordinamento.

Dietro questa nozione di causa, dunque, è evidente che si palesa una concezione

⁹¹ La differenza tra le due teorie in realtà per Sacco sembra ridursi a due diverse visuali del medesimo elemento, ed in particolare, per la teoria soggettiva tale elemento rilevarebbe in quanto contenuto nella rappresentazione psichica della parte, quale ragione determinante della sua volontà, per la teoria oggettiva, invero, rappresenterebbe ciò che il contratto produce in termini effettuali, e quindi, quello che le parti ottengono mercé la sua stipulazione.

⁹² Ferri segnala come la rinnovata nozione consiste nel fatto che la causa, nella complessa ed articolata struttura della regola privata contenuta nel negozio, riveste il ruolo di “*elemento di coesione di tutti gli altri elementi (primari o secondari che siano) di cui tale struttura è composta; dall'altro poiché il negozio esprime appunto una regolamentazione di interessi privati, la causa appare l'indice di come tale regola privata sia l'espressione oggettivata delle finalità soggettive che l'autore o gli autori del negozio intendono perseguire. In quest'ultimo senso la causa appare dunque l'elemento che tecnicamente collega l'operazione economica cui il negozio dà vita, intesa nella sua globalità, ai soggetti che ne sono autori*” (FERRI, Tradizione e novità nella disciplina della causa del negozio giuridico (dal Codice civile 1865 al codice civile 1942), riv. Dir. Comm, 1986, I, 127.

⁹³ Sulla sovrapposizione tra causa e tipo: GIORGIANNI M., *Causa, Enc, dir.*, VI Milano, 1960, 547.

⁹⁴ Dietro questa concezione di causa, infatti, si sviluppa una concezione possente di autonomia, essendo i privati muniti di libertà di autoregolamentazione dei propri interessi, patrimoniali e non, la quale si muove sia all'interno che all'esterno degli schemi analiticamente predisposti dal legislatore. L'autonomia privata, dunque, ha un'intrinseca rilevanza giuridica, e di tale rilevanza l'ordinamento prende atto senza che si renda necessario un vaglio preventivo di meritevolezza o liceità né un successivo riconoscimento: la regola negoziale, cioè, è, in quanto norma che le parti assegnano a se stesse, rilevante sul piano del fatto e lo diviene anche sul piano del diritto positivo se i valori espressi dall'atto di autonomia si rilevano compatibili con quelli espressi dall'ordinamento giuridico.

“forte” dell’autonomia contrattuale: le parti sono libere di autoregolamentare i propri interessi, patrimoniali o meno, non solo all’interno dei tipi e schemi predisposti dal legislatore ma anche al di fuori di essi, sicché può ben dirsi che l’autonomia privata ha un’intrinseca rilevanza giuridica di cui l’ordinamento giuridico prende atto senza che si renda necessario un vaglio preventivo di meritevolezza e di liceità né un riconoscimento successivo, se non nei limiti testé richiamati. La regola negoziale è cioè rilevante sul piano del fatto e lo diviene anche su quello del diritto positivo se i valori espressi dall’atto di autonomia si rivelano compatibili con quelli espressi dall’ordinamento giuridico. Le parti possono dare, infatti, spontaneamente corso agli effetti che l’atto negoziale contempla, anche qualora essi siano dissonanti rispetto all’assiologia dello *ius positum*. Solo nel caso in cui sussiste la compatibilità tra gli interessi che tale atto mira a realizzare ed i valori propri dello Stato, i soggetti possono invocare la tutela astrattamente prevista dal diritto positivo.⁹⁵

Questa così descritta altro non è che la teoria del Bianca⁹⁶ che, variandone il nome, parla di ragione pratica del contratto, cioè l’interesse che il contratto tende a soddisfare: se questo interesse è meritevole di tutela l’ordinamento appresterà una serie di strumenti idonei a far sì che il contratto produca i suoi effetti, a prescindere dal fatto che si rientri o meno in un’ipotesi tipizzata dal legislatore.

Tuttavia, nonostante l’adesione di larga parte della dottrina a tale concezione, la giurisprudenza è rimasta fedele a lungo a quella precedente di causa quale funzione economico- sociale⁹⁷ e così, per attenuarne le conseguenze applicative anelastiche e astrattizzanti, alcuni orientamenti hanno elaborato la distinzione tra causa in astratto e

⁹⁵ MAZZAMUTO S., *op. cit.*, 84.

⁹⁶ BIANCA, *op. cit.* 447 e ss.

⁹⁷ Cass., 28.02.1946 n. 217, Foro It. rep. 1946, Voce Obblig. E Contr. n. 61; Cass. 7.05.1955 N. 1299, Giust. Civ. 1955, I, 1075; Cass. 15.2.1963 N. 331, Giust. Civ. 1963, I, 736.

causa in concreto, cercando di recuperare la componente soggettiva del negozio.

Il concetto di causa concreta, infatti, intesa come ragione concreta del contratto, ovvero come elemento che giustifica il sacrificio di una o entrambe le parti nell'ambito del singolo contratto posto in essere, è sorto in seno alla c.d. teoria pluralista che vede tra i primi sostenitori il Sacco⁹⁸ ed ha avuto riconoscimento e legittimazione anche a livello giurisprudenziale.

La Corte di Cassazione, infatti, con la storica decisione n. 10490/2006 (cui hanno fatto subito seguito altre sentenze conformi)⁹⁹, ha definitivamente abbandonato l'idea di causa come funzione economico sociale per dare ufficialmente ingresso a quella della funzione economico-individuale, statuendo espressamente che: *“si discorre da tempo di una fattispecie causale "concreta", e si elabora una ermeneutica del concetto di causa che, sul presupposto della obsolescenza della matrice ideologica che configura la causa del contratto come strumento di controllo della sua utilità sociale, affonda le proprie radici in una serrata critica della teoria della predeterminazione causale del negozio (che, a tacer d'altro, non spiega come un contratto tipico possa avere causa illecita), ricostruendo tale elemento in termini di sintesi degli interessi reali che il contratto stesso è diretto a realizzare (al di là del modello, anche tipico, adoperato). Sintesi (e dunque ragione concreta) della dinamica contrattuale, si badi, e non anche della volontà delle parti. Causa, dunque, ancora iscritta nell'orbita della dimensione funzionale dell'atto, ma, questa volta, **funzione individuale del singolo, specifico contratto posto in essere, a prescindere dal relativo stereotipo astratto, seguendo un iter evolutivo del concetto di***

⁹⁸ Secondo il Sacco la causa deve essere analizzata caso per caso non potendosi individuare a priori una volta per tutti, ma con attenzione al singolo e specifico contratto, visto quale veicolo di realizzazione degli interessi concretamente perseguiti.

⁹⁹ Tra cui Cass. 16315/2007, Contratti, 2008, 241 e ss., e Cass. 26958/2007, Corr. Giur., 2008, 921 e ss. che hanno apertamente aderito alla concezione della causa come sintesi degli interessi reali che il contratto stesso è diretto a realizzare, al di là del modello tipico, adoperato.

funzione economico-sociale del negozio che, muovendo dalla cristallizzazione normativa dei vari tipi contrattuali, si volga al fine di cogliere l'uso che di ciascuno di essi hanno inteso compiere i contraenti adottando quella determinata, specifica (a suo modo unica) convenzione negoziale”¹⁰⁰.

Infine, e per completezza, si osserva che accanto alle definizioni della causa in chiave oggettiva (come funzione del contratto) o soggettiva (come scopo perseguito dalle parti) alcuni autori sono giunti concludere che “la causa” sia un concetto gerarchicamente inutile, che tende a ridursi ad una mera formula descrittiva degli effetti che il contratto è idoneo a produrre.

Tali giuristi, prendendo come punto di riferimento esperienze codicistiche straniere (in particolare il BGB tedesco che non menziona la causa tra gli elementi essenziali del contratto) reputano la causa quale “*atto di autonomia privata visto in un suo particolare aspetto*” che si identifica nello stesso contenuto del contratto in ragione del quale si giustifica il riconoscimento giuridico¹⁰¹.

Tale visione, tuttavia, non sarebbe da prendere in considerazione: essa, infatti, finisce per concretizzarsi nella rinuncia all’analisi di un concetto (la causa) che, invero, è elemento fondamentale del contratto, utile soprattutto al fine di valutare il rispetto dei limiti che l’ordinamento pone ai privati nell’esercizio della loro autonomia.¹⁰²

Riportate brevemente le varie teorie sviluppatesi tanto in dottrina che in giurisprudenza attorno al concetto di “causa” nel nostro ordinamento giuridico, e per riprendere il confronto rimasto in sospeso tra il sistema di diritto continentale e quello anglosassone, si torna nuovamente ad evidenziare come una particolarità di

¹⁰⁰ Cass. 8.05.2006 n. 10490, Corr. Giur., 2006, 1718-1719.

¹⁰¹ SCOGNAMIGLIO, *Dei Contratti in Generale* (Comm.), 300 ss.

¹⁰² Tale concezione, tra l’altro, si pone palesemente in contrasto con quanto è espressamente richiesto dall’art. 1325 n.2. c.c. e vanificherebbe anni ed anni di studi sviluppatasi attorno a tale concetto.

quest'ultimo sistema risiede proprio nell'assenza dell'appena analizzato elemento della "causa".

Nel *common law*, infatti, la fattispecie contrattuale ruota intorno alla forma ed alla *consideration* sicché l'accordo, che nel diritto continentale si sostanzia in un particolare atteggiamento della volontà dei contraenti, resta assorbito da tali elementi¹⁰³.

Si osserva, in particolare, che nel *common law*, attraverso un complesso processo storico sviluppatosi tra la metà del XIV e gli inizi del XVI secolo, un rimedio contrattuale si ha solo allorquando le promesse vengono rivestite della forma (atto sigillato o *under seal*) o allorquando, a richiesta del promittente, il promissario ha dato, fatto o promesso qualcosa in cambio (*executed* o *executory consideration*)¹⁰⁴.

La *consideration*, infatti, è proprio questo elemento dello scambio e non equivale alla causa così come concepita nei diritti continentali in generale ma può in via approssimativa parificarsi a quella che, nei diritti continentali, è la *contro-prestazione* e dunque alla causa che è propria del contratto bilaterale o, secondo un concetto

¹⁰³ Ragionando in termini continentali, cioè, si può azzardare ad affermare che le parti, nel volere insieme la forma e la *consideration*, manifestano già di per sé una comune volontà.

¹⁰⁴ In tale prospettiva, assume particolare interesse una decisione del 1565 dove si afferma che "*poiché accade che spesso delle parole siano dette avventatamente e senza intenzione, il diritto ha stabilito che un contract verbale (by words) non è vincolante senza consideration*". Una simile concezione della *consideration* quale indice della serietà dell'intento (*animus obligandi*) delle parti, tornò poi ad affacciarsi circa due secoli dopo nella giurisprudenza di *common law*, essendone nel frattempo maturate le implicazioni, sulla scia di esperienze continentali tra cui soprattutto la *lex mercatoria*. E' del 1675, infatti, un tentativo promosso da Lord Mansfield di ridurre la *consideration* a mero elemento di prova della volontà di obbligarsi con la conseguenza che la sua assenza non avrebbe impedito alla promessa, così manifestata, di acquistare piena efficacia. Ma tale tentativo, consistente in realtà in una vera e propria sfida, si scontrò con l'opposizione della maggioranza dei giudici di *common law* che, rifiutando la distinzione tra forma scritta e orale, ripristinarono la *consideration* nel ruolo di autonomo e necessario attributo di obbligatorietà di promesse (o patti) che non rivestano la forma solenne di deed (Rann v. Hughes, 1778, 4 Brown's Parliamentary Cases, 27). Tale episodio, se da un lato è indice del fatto che il definitivo assestamento della posizione della *consideration* si verificò nella seconda metà del XVIII secolo, dall'altra dimostra che il distacco della *common law* dalla tradizione continentale, allora consumatosi per via della nozione di *consideration* concepita alla stregua di requisito dell'esistenza stessa in diritto di semplici promesse, si era prodotto da molto tempo prima a dispetto dell'iniziale parallelismo tra *consideration* e causa. Quest'ultima, infatti, già nell'elaborazione dei canonisti medievali presupponeva il valore vincolante della promessa fatta serio ed deliberato animo, cioè con l'intento di obbligarsi, e la sua assenza si risolveva in un'eccezione al valore (in sé) della promessa.

caratteristico proprio del nostro sistema, del contratto con prestazioni corrispettive.

Volendo analizzare nel dettaglio tale concetto ed indicarne i tratti peculiari, grazie al contributo offerto dal Gorla¹⁰⁵, si può concludere che la *consideration*:

1) affinché sia rilevante, è necessario che sia stata uno dei motivi (*inducement*) della promessa e questa uno dei motivi di quella, senza che sia rilevante né l'adeguatezza né il valore dei motivi, e ciò proprio nel rispetto della c.d. autonomia contrattuale;

2) non può consistere nell'adempimento o nella promessa di un adempimento di un dovere preesistente dell'altra parte, non deve cioè essere "passata" ma presente o futura;

3) deve essere possibile, effettiva (*real*) e lecita (*legal*), ossia non contraria alla legge, alla morale (per i diritti continentali al buon costume) e alla *public policy* (ordine pubblico);

4) non deve provenire da un terzo ma dal promissario, e può consistere in un qualsiasi sacrificio o limitazione di libertà del medesimo;

5) rappresenta l'accettazione della promessa, rendendola irrevocabile e perfezionando il contratto in quel momento ed in quel determinato luogo, con la conseguenza che se il promissario compie la *consideration* senza sapere della promessa e quindi non indotto dalla medesima, egli non avrà diritto a quanto promesso.

Un giurista di tradizione continentale, nell'analizzare le caratteristiche peculiari della "*consideration*", si renderà immediatamente conto di come tale principio precluda la possibilità di sanzionare molte promesse o impegni (ad esempio obbligazioni naturali, obbligazioni civili precedenti, promesse unilaterali di scambio, l'offerta irrevocabile, l'opzione, promesse di ricompensa, di premi, rimessione anche parziale di debito, la fideiussione etc.): ragione questa per cui nei paesi di tradizione anglosassone risulta

¹⁰⁵ GORLA G., Voce *Consideration*, in op. cit., Milano, 1964, 178.

talvolta difficile impegnarsi in affari commerciali che non siano rapporti di scambio,¹⁰⁶ mentre risulta molto più facile stipulare contratti anche privi di funzione di scambio purché siano animati da interessi economici, ad esempio ricorrendo a donazioni *cum onere* (per cui la forma prevista è molto meno impegnativa del nostro atto notarile) od alla istituzione di trusts (in cui non occorre alcuna forma).

D'altra parte, ben si comprende il giurista anglosassone che, chiamato a confrontarsi con il tema della causa, lo abbia quasi naturalmente visto con i propri "occhiali", e dunque sulle orme della dottrina civilistica, specie francese, lo abbia inteso quale scopo o motivo del contrarre¹⁰⁷.

Tra i giuristi di common law, cioè, si era sviluppata una forte tendenza a vedere nel nostro sistema contrattuale, ed in particolare nel nostro concetto di causa, la preoccupazione di accertare la seria intenzione di obbligarsi giuridicamente, preoccupazione tuttavia che, alla luce dell'evolversi del concetto di causa nel nostro sistema continentale, è quasi del tutto scomparsa.

¹⁰⁶ Nonostante la mancanza della consideration, nella common law vi sono situazioni tutelate attraverso un'azione extracontrattuale definita come "in tort". Tra queste ricordiamo l'affidamento di cose, delle persone per cure mediche, per il trasporto, l'affidamento di affari etc. in cui, allorquando colui che si è assunto di compiere un comportamento viene meno ai doveri di diligenza nella custodia o nel compimento proprio dell'affare o di altre operazioni, con conseguente danno di chi vi ha fatto affidamento, tale danno viene considerato sotto l'aspetto extracontrattuale.

¹⁰⁷ Tra i giuristi di common law che si espressero in tal senso ricordiamo il Lorenzen ed il Mason. Il primo, rifacendosi ad una corrente di civil law che considera che ai fini della sanzione giuridica sia sufficiente il solo consenso (lecito), purché risulti la "*serious and deliberate intention*" di obbligarsi, ha criticato il concetto di causa come scopo o motivo del promittente, dal momento che i consueti problemi della c.d. "falsa causa", "causa inesistente" e "causa illecita", possono essere spiegati e risolti senza bisogno di tale concetto, essendo una questione di mero fatto (LORENZEN, *Causa and consideration in the law of contracts*, in Yale Law Journal, 1919, vol. XXVIII, P. 621 segg.). Il Mason, invece, partendo da una sferrata critica dell'utilità ed imprescindibilità del concetto di causa quale scopo o motivo, sostenne che la medesima altro non era che il duplicato del concetto del consenso: la causa secondo il Mason consiste o nello scopo di scambio o in quello di fare una prestazione gratuita, esauendo tali scopi i motivi di una volontà di promettere, e un'indagine sulla causa o motivo del promittente può essere utile (ma non necessaria) per accertare la libertà e l'assenza di vizi del volere e per stabilire l'onere della prova nella *cautio indiscreta* (MASON, *The Utility of consideration, a comparative view*, in Columbia Law Review, 1941, vol. XLI, 827 e ss.)

2.3 La “causa” e la “consideration” nei progetti di codificazione del diritto privato europeo

Dall’analisi fin qui svolta, emerge con chiara evidenza che principio generale dei vari ordinamenti è che tutti gli istituti di diritto privato poggino su una relazione di mezzi ad un fine e costituiscano strumenti per la realizzazione di uno o più interessi meritevoli di tutela cui l’istituto tende.

In tale prospettiva il Ferri, che – come già anticipato- può essere considerato l’ideatore nel nostro ordinamento della concezione della causa come funzione economico individuale, ha sottolineato come l’elemento “causa”, a dispetto delle apparenze, continui ad essere presente anche nella concezione di contratto fatta propria dalla prassi commerciale internazionale e dai vari progetti che si sono sviluppati in vista della realizzazione di un codice civile europeo: la causa, è infatti, in tali contesti una “invisibile presenza”¹⁰⁸.

Secondo tale autore, la *lex mercatoria*, i Principi Unidroit e/o i progetti quali i PDEC della Commissione Lando, il Codice Gandolfi, il Draft of Common Fram of Reference, etc. presentano il dato comune costituito dalla previsione che per la conclusione del contratto sia sufficiente l’accordo delle parti, per la cui validità non occorre invece la causa, ovvero la *consideration*.

Ciò tuttavia non sta a significare che tale elemento sia del tutto estraneo allo schema di contratto così delineato e ciò, ora per adesione al modello del *contract* di common law, ora per l’esigenza di approdare ad una nozione comune a tutti i paesi dell’Unione in cui è giocoforza eliminare gli elementi esclusivi di una delle due grandi ere giuridiche del common law e del civil law¹⁰⁹.

¹⁰⁸ FERRI G.B., *L’“invisibile” presenza della causa del contratto*, Europa e diritto privato, Milano, 2002, 900.

¹⁰⁹ MAZZAMUTO S., *op. cit.*, 88.

Il Ferri chiarisce infatti che *“nelle codificazioni che intendono avere una valenza transnazionale, l’uso del termine causa, con riguardo alla struttura dei contratti, può dar luogo a tutta una serie di fraintendimenti. E’ noto che, a voler restare alla considerazione delle varie esperienze della cultura civilistica europea, il termine “causa” non viene inteso in un significato univoco”* e poi che sarebbe opportuno che *“delicate e complesse categorie concettuali (ad es. quella di negozio o, appunto, della causa) non entrino nel linguaggio e nella definizione del legislatore, come non devono entrarvi specificazioni troppo puntuali”*¹¹⁰.

A livello internazionale, dunque, quel che non compare è solo il termine “causa”, ma non anche i problemi e le tematiche che il concetto e figura di causa mira ad affrontare e soddisfare e che, per molti autori, si risolvono nella necessaria identificazione del punto di sintesi degli interessi contrapposti cui il contratto dà forma giuridica.

In buona sostanza la disciplina del contratto, così come delineata a livello transnazionale, presuppone un’ idea di contratto come regolamentazione pattizia preordinata al conseguimento di un fine che altro non è che la causa intesa come funzione economico-individuale: *“non vi è contratto, pur ridotto ad osso di seppia che non esiga l’individuazione di un elemento che assolve al compito di collegare l’intera operazione economica, contenuta nel contratto inteso nella sua globalità, ai soggetti che ne sono autori [...] Insomma, si può decidere di non parlare della causa, ma non si possono escludere i problemi che la causa ha sempre evocato e intorno a cui la dottrina ha sempre riflettuto e dibattuto, come problemi appunto della causa e sui quali essa ha tentato di costruirne una definizione”*¹¹¹.

Pertanto, se si analizza la disciplina del contratto contenuta nei PDEC e su cui ci si

¹¹⁰ FERRI, *op.cit.*, 898-899.

¹¹¹ FERRI, *op.cit.*, 911.

soffermerà più avanti, si può evincere come la nozione di causa sia implicitamente evocata dal requisito dell'accordo enunciato dall'art. 2:101 secondo cui il contratto è concluso quando le parti hanno manifestato la loro volontà di vincolarsi giuridicamente ed hanno raggiunto un accordo sufficiente senza bisogno di alcun ulteriore elemento. Infatti, il requisito della sufficienza, collegato dall'art. 2:103 all'eseguibilità del contratto, fa sì che l'accordo sia sufficiente quando è dotato degli elementi minimi per darvi esecuzione ed ancora, sempre secondo il Ferri, *“la stessa idea di sufficienza [...] evoca una relazione tra il contenuto contrattuale che le parti hanno concordato e le finalità che esse si ripromettono, tramite questo, di realizzare. Insomma se c'è l'accordo su tutti i punti, l'accordo è sufficiente e la regola contrattuale concordata risulta, in concreto, perfettamente idonea e funzionale a far realizzare ai contraenti le finalità cui tendevano; come tale essa appare eseguibile”*.

Orbene, gli elementi essenziali del contratto, e tra essi la causa, si dissolvono nell'accordo; e ciò significa, ad esempio, che la funzione della causa è “decentrata” poiché il controllo di meritevolezza avviene sulla singola clausola (e, quindi, sul terreno del contenuto).

La ragione, dunque, dell'assenza esplicita della causa nei testi europei non può certamente essere ricercata in una mera esigenza di compromesso tra culture giuridiche diverse. La causa non appare perché non funge da elemento essenziale del contratto e ciò avviene perché non si dà luogo a quel controllo di validità dell'accordo cui il requisito della causa è preordinato.

Stessa cosa accade per la *consideration*: si può affermare che oramai *“essa c'è dove non può esserci, come nei contratti di scambio che non sono tali senza una controprestazione che funga da consideration della prestazione, e non c'è nei casi in cui*

l'evoluzione dell'ordinamento si è identificata con il farne a meno.'¹¹²

Causa e *consideration*, dunque, non scompaiono perché inesistenti ma cessano solamente di figurare espressamente restando nella sostanza, nascoste nelle pieghe della disciplina generale del contratto, quali elementi logicamente imprescindibili di quest'ultima¹¹³.

¹¹² CASTRONOVO C., *Il contratto nei "principi di diritto europeo"*, in Europa e diritto privato, Milano, 2001, 799.

¹¹³ MAZZAMUTO S., *Il contratto di diritto Europeo*, Torino, 2012.

PARTE II

I TENTATIVI DI COSTRUZIONE DI UN DIRITTO EUROPEO DEI
CONTRATTI

CAPITOLO I

LE PRIME INIZIATIVE PER LA FORMAZIONE DI UNA
DISCIPLINA ORGANICA

1. Introduzione

L'esigenza di costruire un diritto contrattuale europeo è scaturita dalla interazione tra studiosi di diritto e politica che, nell'intento di raggiungere obiettivi degni di nota, hanno fatto ricorso all'uso di diversi mezzi, non solo quello legislativo: l'idea di perseguire l'unificazione o armonizzazione del diritto attraverso strumenti diversi da quello legislativo, infatti, è più antica di quanto comunemente si pensi.

Già all'inizio del secolo scorso, il comparatista Edouard Lambert, sottolineava come la legislazione di diritto uniforme fosse soltanto un mezzo per raggiungere tale obiettivo, e forse neppure il più importante¹¹⁴.

In un primo momento, tuttavia, i tentativi di unificazione del diritto hanno assunto prevalentemente la forma di strumenti vincolanti, come direttive, regolamenti, e convenzioni internazionali, e ciò non stupisce affatto: all'inizio del procedimento di unificazione europea, circa un secolo fa, il positivismo giuridico e l'identificazione del diritto con le norme giuridiche di origine statuale erano il credo dominante con la

¹¹⁴ LAMBERT E., *Le droit commun de la S.D.N.- Ses Organes actuels-Ses organes à venir*, in E.Balogh (a cura di), *Mémoires de l'Académie internationale de droit comparé*, Berlino/Londra/Parigi, 1928, 132.

conseguenza che ogni tentativo di unificazione non poteva avvenire se non nella forma di atti normativi concordanti tra gli Stati a livello internazionale.

Solo successivamente si sono intensificate le voci in favore di una maggiore utilizzazione di strumenti non-legislativi nel processo di unificazione e armonizzazione del diritto.

Ciò perché, secondo molti, doveva necessariamente incrementarsi la produzione dei c.d. “usi del commercio internazionale” e crearsi una sorta di moderno *ius commune*, una base giuridica comune, in materia contrattuale visto che “*la codificazione può essere nemica di una riforma e di un miglioramento sostanziale nella qualità della giustizia*” e “*la vera armonizzazione passa attraverso la costruzione di una cornice più ampia, entro la quale sistemi giuridici diversi possono operare e crescere insieme ed entro la quale le nazioni sono chiamate a sviluppare, grazie ad esperienze comuni, regole compatibili tra di loro*”¹¹⁵.

In tale prospettiva, non può non farsi un accenno al fenomeno della c.d. *lex mercatoria*, cioè al diritto creato dal ceto imprenditoriale, senza la mediazione del potere legislativo degli Stati, e formato da regole destinate a disciplinare in modo uniforme, al di là delle unità politiche degli Stati, i rapporti commerciali instauratisi entro l’unità economica dei mercati¹¹⁶.

L’espressione ha origine colta, volendo alludere alla rinascita, in epoca moderna, di un diritto universale quanto lo fu quello dei mercanti medioevali¹¹⁷.

Come l’antica *lex mercatoria* che aveva preceduto l’avvento degli stati moderni (dai

¹¹⁵ ROSETTA A., *Unification, Harmonization, Restatement, Codification, and Reform in International Commercial Law*, in *The American Journal of Comparative Law* (1992), p. 683 e ss.

¹¹⁶ MARRELLA F., *La nuova lex mercatoria*, Milano 2003.

¹¹⁷ Tale fenomeno è denominato con la locuzione latina perché ha visto la sua prima fioritura nell’epoca dello *ius commune*, allorquando, creato dai mercanti, regolava i rapporti mercantili: le sue fonti erano state infatti gli statuti delle potenti corporazioni mercantili, le consuetudini mercantili, la giurisprudenza delle *curiae mercatorum* (Galgano, *Lex mercatoria*, Bologna, 2010).

quali sarebbe stata poi recepita come diritto statuale e collocata nei codici di commercio) aveva avuto principalmente la funzione di derogare al diritto romano, non più congeniale alle esigenze dei traffici commerciali, così oggi la nuova *lex mercatoria*, all'interno di una realtà caratterizzata dalla divisione politica dei mercati in una pluralità di Stati, ha la funzione di superare la discontinuità giuridica da questi provocata.

La *lex mercatoria* al giorno d'oggi appare così una chiara manifestazione dell'esigenza che i contratti dei "commercianti" abbiano una regolamentazione transnazionale, europea¹¹⁸.

Tuttavia, è da osservare che quello della *lex mercatoria* non è un fenomeno solo europeo; anzi, il suo essere internazionale è conseguente allo scopo e alla classe sociale da cui deriva¹¹⁹.

I fattori che hanno prodotto queste regole internazionalmente uniformi, infatti, risiedono nella diffusione internazionale delle pratiche contrattuali del mondo degli affari¹²⁰; negli usi del commercio internazionale e nella giurisprudenza delle camere internazionali¹²¹.

Che ciò corrisponda al vero è confermato dal fatto che da qualche tempo si parla

¹¹⁸ KULLMANN J., *Contratto di assicurazione: la lotta per la protezione dei partners dell'assicuratore*, in BIANCA C.M., ALPA G. (a cura di), *Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori* - L'attuazione della direttiva comunitaria del 3 aprile 1993, Padova 1996, 167-168.

¹¹⁹ Pur non essendo un fenomeno solo europeo, la sua analisi è fondamentale perché la prassi contrattuale dei commercianti costituisce un mezzo importante per superare l'ostacolo alla concreta realizzazione del mercato unico, costituito dall'eterogeneità legislativa europea (BENACCHIO G., in *op. cit.*, 177 e ss.).

¹²⁰ Proprio la diffusione internazionale dei modelli contrattuali dà loro una considerevole forza. Infatti difficilmente un giudice nazionale riterrà invalido, applicando il proprio diritto nazionale, un modello contrattuale ovunque praticato e riconosciuto come valido, collocando così il proprio paese in una situazione di isolamento rispetto al contesto internazionale al quale appartiene. Basti pensare a quanto accaduto in Italia in merito al *performance bond*.

Un simile contratto di garanzia, insensibile alle vicende del rapporto garantito, sarebbe dovuto essere considerato nullo per il principio di sussidiarietà dell'obbligazione fideiussoria (art. 1939 c.c.). Tuttavia, per salvarne la validità, la Cassazione lo ha concepito come contratto atipico, diverso dalla fideiussione e dunque sottratto al principio di accessoriarietà (Cass., 7341/1987, in *Foro It.*, 1988, I, c. 106).

¹²¹ La *ratio decidendi* adottata dagli arbitri internazionali per dirimere le controversie sottoposte al loro giudizio acquista il valore di un precedente cui altri arbitri, successivamente aditi solitamente si uniformano, formando così un corpo di regole giuridiche che gli operatori economici sono indotti ad osservare sulla previsione che, in caso di controversia, verranno applicate ai loro rapporti commerciali.

della *lex mercatoria* come di un “ordinamento giuridico” separato dagli ordinamenti statuali, espressione della “business community” o della “*societas mercantile*”¹²²: gli usi del commercio internazionale, infatti, hanno assunto il ruolo di usi normativi, di vere e proprie fonti di diritto oggettivo a-statuale¹²³.

Tuttavia, come detto poc’anzi, l’esigenza di uniformare la disciplina dei traffici commerciali, unita al cambiamento a ritmi vertiginosi del mondo giuridico, economico e sociale, ha favorito il fiorire delle iniziative di coloro che ritenevano giunto il momento di elaborare una “codificazione”, un documento, o qualcosa di simile che testimoniassse l’esistenza di un vero e proprio diritto privato europeo in grado di manifestare sia i traguardi raggiunti che favorirne nel contempo lo sviluppo per il futuro.

In tale prospettiva si è ritenuto in questo studio di focalizzare l’attenzione sulla Convenzione di Roma del 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (oggi convertita nel regolamento sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, noto come “Roma I”)¹²⁴ da una parte, e su due progetti, molto simili tra di loro, e cioè il “*Code européen des contrats*” (Codice Gandolfi) ed i “*Principles of European Contract Law*” (PECL).

2. La Convenzione di Roma del 1980 (convertita nel Regolamento Roma I)

Inizialmente, considerato che il Trattato CE non affidava alle istituzioni comunitarie

¹²² In tal senso si esprime la Cassazione nella sentenza 722/1982, in Foro It., 1982, I, c. 2285.

¹²³ Tale concezione è condivisa anche dal nostro ordinamento. In Italia, infatti, con il codice di procedura civile del 1994 erano state introdotte norme sull’arbitrato internazionale (non più in vigore) ed in particolare l’art 834 c.p.c., relativo alle norme applicabili al merito, detta la regola secondo la quale gli arbitri, quale che sia il diritto applicabile al merito della controversia, di tenere conto degli “usi del commercio”. Ciò, dunque, conferma la natura normativa, e non contrattuale, degli usi del commercio internazionale: se non fosse così, la norma sarebbe inutile giacché nuncerebbe una cosa ovvia, e cioè che gli arbitri debbano applicare il contratto vigente tra le parti.

¹²⁴ Regolamento n. 593/2008 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I), in G.U.C.E., L177, 4 luglio 2008.

alcuna competenza in materia di diritto internazionale privato, le regole di conflitto “comunitarie” furono introdotte prevalentemente da convenzioni concluse dagli Stati membri.

Non a caso, punto di partenza del diritto contrattuale Europeo è ritenuta la Convenzione di Roma del 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali in quanto, quale unico provvedimento applicabile a tutti i tipi contrattuali, ne delinea la maggior parte della sua struttura essenziale.

Tale testo, data la portata innovativa, è stato adottato a seguito di una lunga “gestazione”: l’idea di un’unificazione, seppure parziale, del diritto internazionale privato degli Stati Membri dell’allora Comunità veniva assunta per la prima volta dai governi del Belgio, Olanda e Lussemburgo nel 1967 allorquando la Commissione delle Comunità Europee venne invitata ad intraprendere, con l’ausilio degli esperti dei diversi Stati Membri, un’opera di unificazione delle norme di diritto internazionale privato in materia dei contratti.

Siffatta iniziativa, che incontrò subito il parere favorevole tanto della Commissione che degli Stati Membri, fu vista come lo strumento attraverso il quale si sarebbe potuto agevolare il buon funzionamento del mercato comune e dunque consentire maggiore certezza del diritto (in particolare l’unificazione apparve utile per prevenire il fenomeno del c.d. *forum shopping*, consistente nella scelta del giudice di uno degli stati membri in funzione del contenuto della legge che tale giudice avrebbe applicato e quindi del successo potenziale che avrebbe potuto conseguire la domanda dell’attore).

Alla sua elaborazione partecipò un gruppo di esperti governativi che, concentratisi sulla materia delle obbligazioni contrattuali e non contrattuali (con relatore il prof. M. Giuliano), sulle questioni relative alla forma ed alla prova (prof. P. Lagarde) e sulle

questioni generali legate alla materia delle obbligazioni (sig. Th Van Sasse), nel 1972 elaborò un primo progetto preliminare di Convenzione sulle obbligazioni contrattuali e non contrattuali che fu sottoposto all'esame dei governi degli Stati Membri¹²⁵.

Dopo un attento esame, tuttavia, si decise di limitare il progetto della Convenzione sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali e rinviare ad un momento successivo la materia delle obbligazioni non contrattuali. Si giunse così al febbraio 1979 allorché il progetto di Convenzione fu trasmesso al Consiglio delle Comunità e ai governi degli Stati membri e, dopo una ulteriore limatura ad opera del COREPER (comitato dei rappresentanti permanenti), il 19 giugno 1980, a conclusione di una sessione del Consiglio, fu sottoposto alla firma degli Stati membri.

Si dovette attendere il 21 aprile 1991, tuttavia, prima che la Convenzione entrasse in vigore: dopo la ratifica di Francia, Italia¹²⁶, Danimarca, Lussemburgo, Germania e Belgio, trascorsero ben 11 anni prima che il Regno Unito la ratificasse e ne permettesse così l'entrata in vigore¹²⁷.

L'entrata in vigore della Convenzione segnò anche l'accentuazione del dibattito circa il suo fondamento "comunitario", o meglio la sua appartenenza o meno al diritto comunitario.

¹²⁵ I lavori del gruppo, a causa dell'adesione alle Comunità nel 1973 del Regno Unito, di Gran Bretagna, Irlanda del Nord, Danimarca ed Irlanda, subirono dei rallentamenti. La loro entrata, infatti, non comportò solamente un ampliamento del gruppo di esperti di questi tre stati ma anche una "pausa di riflessione" per un esame adeguato dei tre nuovi stati membri.

¹²⁶ In particolare, in Italia, essa fu ratificata il 25 giugno 1985 in base alla legge di autorizzazione del 18 dicembre 1984 n. 975 e successivamente, con la legge 218/1995, contenente la riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato, assunse il primato e dignità di legge ordinaria per la regolamentazione delle obbligazioni contrattuali. Secondo l'art. 57 della legge 218/1995, infatti, *"le obbligazioni contrattuali sono in ogni caso regolate dalla Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, resa esecutiva con la legge 18 dicembre 1984 n. 975, senza pregiudizio delle altre convenzioni internazionali, in quanto applicabili"*.

¹²⁷ Data l'incertezza sui tempi di entrata in vigore della Convenzione di Roma in alcuni Stati erano state emanate delle leggi "anticipatrici" con le quali era stato recepito il suo contenuto a prescindere dal suo vigore a livello internazionale. A titolo esemplificativo si ricordi la legge del 9 maggio 1984 in Danimarca, del 25 luglio 1986 in Germania e del 14 luglio 1987 in Belgio.

Invero, già nella relazione Giuliano-Lagarde¹²⁸ si dichiarò espressamente che la Convenzione, pur costituendo il naturale sviluppo di quella di Bruxelles del 1968 sulla competenza giurisdizionale e sull'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, non poteva ricollegarsi all'art. 220 dell'allora Trattato Istitutivo della Comunità Europea (cui corrisponde l'attuale art. 293) non rientrando l'unificazione di diritto internazionale privato relativa ai contratti fra le materie oggetto di possibili convenzioni. La conseguenza di ciò è evidente: se la Convenzione di Roma non poteva essere qualificata come "comunitaria", neppure poteva esserle riconosciuta una posizione di supremazia rispetto al diritto interno degli Stati membri, spettante invece alle convenzioni concluse nel quadro del citato art. 220¹²⁹, quale completamento del sistema giuridico comunitario.

Tale carattere non "propriamente" comunitario sembra confermato dalla circostanza che, ai sensi dell'art. 29, non era richiesta la ratifica di tutti gli Stati membri per l'entrata in vigore della Convenzione,¹³⁰ e dal fatto che l'art. 22 prevedeva la facoltà per gli Stati membri di apporre delle riserve¹³¹. Entrambe le disposizioni, ma specie la seconda, finivano col conseguire una sorta di unificazione normativa "incompleta" o meramente

¹²⁸ Giuliano e Lagarde, Relazione sulla Convenzione relativa alla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, in appendice a SACERDOTI-FRIGO, *La Convenzione di Roma sul diritto applicabile ai contratti internazionali*, 1994, Milano, p. 260 e ss.

¹²⁹ Come accadde invece per la Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968 sulla competenza giurisdizionale e l'efficacia delle decisioni in materia civile e commerciale (strumento predecessore, come è noto, del reg. "Bruxelles I").

¹³⁰ Tale scelta fu criticata dalla Commissione che, in un parere del 17 marzo 1980, affermò quanto segue: "possono costituire un ostacolo a che nella Comunità nasca e continui uno spazio giuridico uniforme. Entrambi costituiscono lacune essenziali onde la Convenzione non può contribuire al funzionamento del mercato comune se non in via transitoria. Ne consegue che i diritti e gli obblighi dei cittadini degli Stati membri negli scambi e nei rapporti giuridici infra-comunitari ed internazionali rimangono quindi diversi [...]. Anche la stretta connessione con la Convenzione concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale richiede che il campo di applicazione territoriale delle due convenzioni sia identico".

¹³¹ Secondo l'art. 22 "1. Ogni stato contraente potrà, al momento della firma della ratifica, dell'accettazione o dell'approvazione, riservarsi il diritto di non applicare a) l'art. 7, par. 1; b) l'art. 10, par. lett. e); [...] 3. Ogni Stato contraente potrà in ogni momento ritirare una riserva che avrà fatto; l'effetto della riserva cesserà il primo giorno del terzo mese di calendario dopo la notifica del ritiro".

tendenziale nel diritto internazionale privato delle obbligazioni contrattuali a danno dell'obiettivo perseguito dalla Convenzione, e cioè di garantire la certezza del diritto assicurando che, quale che fosse il giudice (di uno Stato membro) adito, le norme di conflitto uniformi avrebbero condotto in ogni caso all'applicazione della medesima legge materiale¹³².

Ma che la Convenzione non potesse considerarsi propriamente appartenente all'ordinamento "comunitario", e non fosse dunque in grado di valersi della "supremazia" riconosciuta al medesimo, emerge anche dal contenuto dell'art. 20 che le attribuisce un carattere "cedevole" rispetto alle altre norme di conflitto contenute in atti comunitari¹³³ o in leggi nazionali emanate in attuazione di atti comunitari¹³⁴.

Infatti, secondo detto articolo, la Convenzione di Roma "*non pregiudica l'applicazione delle disposizioni che, in materie particolari, regolano i conflitti di leggi nel campo delle obbligazioni contrattuali e che sono contenute in atti emanati o da emanarsi dalle istituzioni delle Comunità Europee o nelle legislazioni nazionali armonizzate in esecuzione di detti atti*"¹³⁵.

¹³² L'eventualità che il ricorso alle riserve consentite dall'art. 22 o la mancata ratifica di qualche stato membro dell'Unione europea conducessero ad un'efficacia territorialmente incompleta della Convenzione di Roma, per quanto fonte di innegabili inconvenienti, rientrava nel trend che caratterizzava, in quel determinato momento, l'integrazione europea e che, definito a "geometria variabile" o "a due o più velocità", comportava la possibilità di una disciplina limitata solo ad alcuni stati o l'esclusione di altri Stati Membri (clausole di c.d. *opting out*) rispetto ad importanti materie (PLENDER, WILDERSPIN, *The European Contracts Convention. The Rome Convention on the Choice of Law for Contracts*, Londra, 2000).

¹³³ Un esempio di norme di conflitto contenute in un atto comunitario, prevalente sulla Convenzione di Roma, è l'art. 2 del Reg. 2137/85 istitutivo del GEIE (Gruppo Europeo di Interesse Economico), ai sensi del quale la legge applicabile al contratto costitutivo del gruppo è quella dello Stato in cui si trova la sede stabilita dal contratto di gruppo.

¹³⁴ BARATTA R., *La Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, in Dir. Unione europea, 1997, 633 ss.

¹³⁵ Secondo alcuni, mentre la Convenzione di Roma conterrebbe la disciplina internazionalprivatistica "generale" dei contratti, le disposizioni cui ha riguardo l'art. 20 riferendosi a "materie particolari" sarebbero destinate a regolare specifici tipi contrattuali. La prevalenza di tali disposizioni potrebbe pertanto spiegarsi in base al tradizionale principio secondo cui *generi per speciem derogatur o lex specialis derogat generali* (VILLANI U. *La Convenzione di Roma sulla legge applicabile ai contratti*, Bari, 2000).

Nonostante queste limitazioni, tuttavia, la Convenzione di Roma possedeva importanti elementi innovativi riguardanti l'ambito applicativo e, di conseguenza, la portata espansiva delle nuove regole.

Infatti, l'art. 1, par. 1, stabiliva l'applicabilità della Convenzione alle obbligazioni contrattuali in tutte le situazioni che implicano un c.d. "conflitto di leggi", ma d'altra parte l'art. 3 par. 1 stabiliva espressamente che "*il contratto è regolato dalla legge scelta dalle parti*"¹³⁶.

Secondo autorevole dottrina¹³⁷, ciò consentiva alle parti, pur in presenza di un

¹³⁶ Sempre secondo quanto sancito dall'art. 3 "*la scelta dev'essere espressa, o risultare in modo ragionevolmente certo dalle disposizioni del contratto o dalle circostanze*". Quella che rileva, dunque, è la volontà effettiva, sia essa dichiarata espressamente o manifestata per fatti concludenti. Ma il problema che si è posto in dottrina è stato quello di capire esattamente quando è che la scelta possa desumersi dal contratto, o da altre circostanze, in modo "ragionevolmente certo". Secondo alcuni, ad esempio, rientra in tale caso il riferirsi a precise disposizioni normative di un dato paese, il richiamarsi ad istituti tipici di un determinato ordinamento (ad es. la *consideration* del diritto inglese- SARAVALLE A., *Commentario alla Convenzione di Roma del 1980*, in Nuove Leggi civ. Comm. 1995, 947) e, facendo riferimento alle "circostanze" esterne al contratto, si è ritenuto che esse potrebbero essere tanto i pregressi rapporti contrattuali tra le parti che le circostanze successive alla conclusione del contratto. (VILLANI, op. cit., 71). "*Le parti possono*", poi, "*designare la legge applicabile a tutto il contratto, ovvero ad una parte soltanto di esso*" (art. 3, par. 1). E' possibile cioè effettuare quello che viene comunemente definito come *depeçage*, o frazionamento, e cioè sottoporre alla disciplina di leggi diverse i vari elementi di un rapporto contrattuale. Ma tale scelta, secondo quanto emergerebbe dalla lettura della norma, è circoscritta solamente ad una parte del contratto mentre per le restanti si deve applicare la legge individuata in base all'art. 4 che disciplina il caso in cui le parti non operino tale scelta (ALPA G.-BESSONE M., *La Convenzione di Roma sulla legge applicabile in materia di obbligazioni. Aspetti civilistici*, in Giur. It., 1983, 107 ss.). Tuttavia, la norma *de qua* è stata da sempre interpretata estensivamente con la conseguente possibilità di scelta di leggi diverse, riferibili ciascuna alle diverse parti in cui il contratto viene ad essere smembrato salvo il limite della coerenza interna di tale scelta (in tal senso VILLANI, op.cit., 71; BARATTA R., op. cit., 652). Sempre proseguendo nell'analisi dell'art. 3, si osserva come altro riconoscimento dell'autonomia delle parti, e novità rispetto al passato, è la possibilità per le parti di scegliere in qualsiasi momento la legge applicabile al contratto, sia anteriormente che contestualmente che successivamente alla sua conclusione. Ed infatti, ai sensi del par. 2, art. 3, "*le parti possono convenire, in qualsiasi momento, di sottoporre il contratto ad una legge diversa da quella che lo regolava in precedenza, vuoi in funzione di una scelta anteriore secondo il presente articolo, vuoi in funzione di altre disposizioni della presente Convenzione*". Tuttavia, al fine di bloccare ed evitare scelte abusive e fraudolente, la stessa Convenzione prevede che "*qualsiasi modifica relativa alla determinazione della legge applicabile, intervenuta posteriormente alla conclusione del contratto [...] non inficia la validità formale del contratto ai sensi dell'art. 9 e non pregiudica i diritti dei terzi*" (art. 3, par. 2).

¹³⁷ MEMMO D., *Le categorie ordinanti del sistema delle obbligazioni e dei contratti nel nuovo diritto internazionale privato italiano*, in Contratto e Impr., 1997, p. 51 ss. ; TREVES, *Norme imperative e di applicazione necessaria nella Convenzione di Roma del 19 giugno 1980*, in Verso una disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti, Padova, 1983. Di contrario avviso, VILLANI U., *L'azione comunitaria in materia di diritto internazionale privato*, in Riv. dir. eur., 1981, p. 396, secondo cui le disposizioni in parola non consentirebbero alle parti di un contratto interno una vera e propria scelta di legge, ma semplicemente una ricezione negoziale di una data legge straniera.

contratto privo di collegamenti con altri ordinamenti sia sul piano soggettivo che su quello oggettivo, di scegliere in ogni caso una legge straniera come legge applicabile e ciò perché lo stesso paragrafo 3 dell'art. 3 prevedeva che *"qualora nel momento della scelta tutti gli altri dati di fatto si riferiscano ad un unico paese"*, la scelta *"non può recare pregiudizio alle norme alle quali la legge di tale paese non consente di derogare per contratto, qui di seguito denominate 'disposizioni imperative'"*.

La Convenzione era tuttavia attenta a tutelare sia la facoltà di scelta delle parti, quale definita in linea generale, che i valori giuridici propri dei vari ordinamenti.

Nel sancire, infatti, il limite delle norme imperative come limite alla stessa facoltà di scelta, la Convenzione sembra far riferimento espressamente al caso in cui le parti abbiano scelto una legge straniera, pur se tutti i dati di fatto si riferiscono ad un unico paese, e quindi pur in assenza di quel "conflitto di leggi" di cui parla l'art. 1, par. 1¹³⁸.

In altri termini, secondo l'opinione diffusasi maggiormente, con la Convenzione *de qua* si è operato un superamento della distinzione tra contratto interno e contratto internazionale, riguardo al problema della libertà di scelta della legge applicabile al contratto, riconoscendo anche alle parti di un contratto interno tale tipo di autonomia.¹³⁹

Tuttavia, l'aspetto innovativo della Convenzione di Roma non risiede *sic et simpliciter* nella facoltà di scelta della legge regolatrice ma piuttosto nella particolare ampiezza con cui questa può essere esercitata.

Infatti, secondo quanto sancito dall'art. 2 della Convenzione, le parti possono

¹³⁸ VINCI P., *La "modernizzazione" della Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali: la scelta del diritto applicabile*, in Contr. e Impr., 2007, 4-5, 1223.

¹³⁹ La libertà delle parti nella scelta del diritto applicabile costituisce in verità uno dei principi universali rinvenibile in molti ordinamenti statali, nonché in diverse convenzioni internazionali. A titolo esemplificativo si ricorda l'art. 2 della Convenzione dell'Aja del 15 giugno 1955 sulla legge applicabile alle vendite internazionali di beni mobili materiali, o l'art. 7 della Convenzione dell'Aja del 30 ottobre 1985 sulla legge applicabile ai contratti di vendita internazionale di merci (JUENGER, *the Lex mercatoria and private international law*, in Uniform Law Review, 2000, p. 179).

scegliere qualunque legge statale, anche quella di uno Stato non contraente (*“La legge designata dalla presente Convenzione si applica anche se è la legge di uno Stato non contraente”*) e pertanto la Convenzione, applicandosi indipendentemente dalla qualità di parte contraente dello Stato la cui legge è applicabile, ed indipendentemente da ogni condizione di reciprocità e da ogni condizione relativa a cittadinanza, residenza o domicilio delle parti, assume carattere universale¹⁴⁰.

Tale carattere è stato mantenuto ed anzi rafforzato allorché la disciplina ivi contenuta è stata assorbita (come poc'anzi anticipato) all'interno del tessuto normativo della Comunità Europea con il reg. CE n. 593/2008 (c.d. ROMA I¹⁴¹) del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali,¹⁴² in vigore dal 17 dicembre

¹⁴⁰ Il carattere universale della Convenzione di Roma fu messo subito in luce anche dalla giurisprudenza. Tra tutte si ricordi la famosa sentenza del Tribunal D'Arrondissement di Lussemburgo del 7 luglio 1988 secondo cui *“in virtù del carattere universale delle regole uniformi contenute nella Convenzione di Roma, carattere che è consacrato all'art. 2, le regole di conflitto che essa detta non si applicano soltanto nelle situazioni comportanti degli elementi di collegamento con l'uno o con l'altro degli Stati Contraenti, ma tali regole possono condurre all'applicazione della legge di uno Stato non parte della Convenzione.”*

¹⁴¹ L'idea di convertire la Convenzione in regolamento comunitario è stata controversa e criticata, in particolare, da alcuni studiosi francesi con una lettera aperta al loro Presidente della Repubblica (V. AAVV., *L'Union Européenne, la démocratie et Etat de droit*, in JCPG 2006, 586) in cui si sosteneva che l'art. 65 del Trattato CE non avrebbe potuto costituire una base giuridica sufficiente per consentire questa conversione dal momento che tale norma avrebbe conferito alla Comunità soltanto la competenza ad emanare atti che “rendano compatibili” le disposizioni di conflitto degli Stati membri ma non anche i regolamenti che le uniformino; e che l'art. 65 Trattato Ce richiede l'intervento della Comunità per garantire il buon funzionamento del mercato interno laddove il Regolamento mira ad applicarsi *erga omnes* e dunque anche a fattispecie localizzate prevalentemente al di fuori della Comunità Europea e sottoposte alle leggi di Stati non membri. A tale lettera, è seguita una presa di posizione di segno opposto di altri studiosi Francesi e di altri Stati secondo cui l'art. 65 Trattato CE sarebbe stata una base giuridica sufficiente per tale conversione poiché le direttive garantiscono agli Stati Membri una libertà di trasposizione ed una diversità di soluzioni incompatibili con l'intervento comunitario materia contrattuale, cioè l'introduzione di una disciplina uniforme, che invece può essere raggiunto dal regolamento.

¹⁴² Nel dicembre del 2005 la Commissione della Comunità europea pubblicava la "Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I)". La proposta faceva parte di una serie di iniziative inaugurate dalla Comunità Europea, in forza dell'art. 61, lett. c), del Trattato di Amsterdam, volte al progressivo raggiungimento di un elevato livello di armonizzazione normativa all'interno della Comunità stessa e seguiva alla presentazione, nel gennaio del 2003, del "Libro Verde sulla trasformazione in strumento comunitario della Convenzione di Roma del 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali e sul rinnovamento della medesima", con cui la Commissione aveva inteso lanciare un pubblico dibattito sulla conversione della Convenzione di Roma, da farsi con regolamento o direttiva, e sulle modalità della sua modernizzazione. Il Libro Verde presentava così una serie di quesiti (venti in tutto), mediante i quali si intendeva individuare le materie di maggior interesse ai fini di una eventuale, futura, modifica della Convenzione.

2009 ed efficace nei confronti di tutti gli Stati membri, esclusa la Danimarca¹⁴³.

La pressione esercitata dal processo di integrazione comunitaria rispetto all'assorbimento del sistema di diritto internazionale privato uniforme¹⁴⁴ all'interno dell'ordinamento comunitario, peraltro, non è stata affatto "neutra". Invero, il Regolamento Roma I ha collocato le regole di unificazione delle norme di conflitto nazionali nel contesto dell'ordinamento comunitario: lungi dal riconoscere un nuovo "primato" del diritto comunitario, sul modello di quanto stabilito dal citato art. 20 della Convenzione di Roma, si tratta di coordinare il carattere pervasivo del processo di integrazione comunitaria con la logica "universale" che il Regolamento Roma I ribadisce (cfr. art. 2).

In particolare, a differenza della Convenzione, nel Regolamento sono presenti sia la prospettiva di diritto internazionale privato uniforme precedente che mirava ad un coordinamento "orizzontale" della competenza legislativa degli Stati, anche non membri dell'Unione, sia la nuova logica di diritto internazionale privato uniforme sottesa all'emergere progressivo del diritto comunitario quale autonomo polo ordinatorio distinto dagli ordinamenti nazionali e sovraordinato rispetto ad essi.

Infatti, il Regolamento:

- rifiuta la logica della "equivalenza" con Stati extracomunitari, laddove prospetta la possibilità di evincere la volontà implicita della *optio iuris* solo dalla deroga a favore del

¹⁴³ Questo paese non partecipa all'adozione delle misure in tema di visti, asilo, immigrazione e altre politiche connesse con la libera circolazione delle persone di cui al titolo IV del Tratt. CE; le disposizioni del titolo IV e le misure adottate dalle istituzioni in forza di esse non sono vincolanti per la Danimarca, né ivi applicabili. Regno Unito e Irlanda, in virtù del protocollo ad essi relativo, hanno invece una facoltà di "*opting in*" e cioè la possibilità di dichiarare caso per caso l'intenzione di partecipare all'adozione degli atti riguardanti i predetti settori, e di esserne dunque, ad ogni effetto, destinatari.

¹⁴⁴ L'art. 65 Tratt. CE esplicitamente asserisce che, in questo campo, la normativa comunitaria deve corrispondere alle necessità del "corretto funzionamento del mercato interno" e dunque concorrere, nelle forme che sono proprie del diritto internazionale privato e con i peculiari strumenti di cui questo dispone, al perseguimento dei fini dell'integrazione europea e alla realizzazione dei valori (anche economici) ad essi sottesi.

giudice di uno Stato membro, rifiutando negli altri casi analogo valore “indiziario”¹⁴⁵;

- mantiene il primato sulle convenzioni concluse esclusivamente tra due o più Stati membri (art. 25, par. 2);

- fa sì che la Comunità, divenuta competente in via esclusiva anche nel campo delle relazioni esterne, sia in grado di imporre in tale sede agli Stati membri il rispetto delle proprie esigenze ordinatorie¹⁴⁶;

- accentua la preferenza, già accordata precedentemente, al diritto scelto dalle parti, definito come “*una delle pietre angolari del sistema delle regole di conflitto di leggi in materia di obbligazioni contrattuali*”¹⁴⁷.

Per quanto concerne quest’ultimo aspetto, inoltre, si osserva che i fini di effettività e prevedibilità sottesi al diritto scelto dalle parti avrebbero dovuto indurre il legislatore comunitario a valorizzare, entro certi limiti e con i necessari correttivi, l'eventualità che le parti facessero riferimento ad un “diritto non statale ” o ad una convenzione di diritto materiale internazionalmente uniforme.

Nel leggere il preambolo del regolamento, invece, si evince immediatamente come lo stesso non impedisce ai contraenti di integrare, tramite rinvio, il contenuto di tali norme nell'accordo e di assoggettare il loro rapporto alle norme materiali sui contratti enunciate in un “idoneo strumento giuridico” e che la Comunità (*rectius* Unione) potrebbe adottare all'esito della riflessione che, come si vedrà nel prosieguo, si sta

¹⁴⁵ Il regolamento, infatti, preferisce l'applicazione della normative UE rispetto a quella del diritto dei Paesi terzi, tutelando i valori comunitari anche allorquando occorrerebbe applicare la legge di uno Stato terzo e ciò lo rende non neutrale, e cioè un sistema di diritto internazionale privato ancora “immaturo” (CARBONE S.M., *Obiettivi di diritto materiale e tendenze nel diritto internazionale privato comunitario*, in AA.VV., *Il nuovo diritto europeo dei contratti: dalla Convenzione di roma al Regolamento Roma I*, a cura della Fondazione Italiana per il Notariato, Milano, 2007, 12).

¹⁴⁶ BARIATTI S., *Lo sviluppo delle competenze comunitarie in materia di diritto internazionale privato e processuale*, in *Casi e materiali di diritto internazionale privato comunitario 2*, Milano, 2009, 46 e ss.

¹⁴⁷ Con il Regolamento, infatti, non ha trovato più spazio l'orientamento restrittivo manifestato da qualcuno circa l'idoneità della sola volontà delle parti di “internazionalizzare” una fattispecie altrimenti collegata con un solo ordinamento.

sviluppando sul c.d. Quadro Comune di Riferimento del diritto contrattuale.

In entrambi i casi si permetterebbe alle parti di incorporare nel contratto, tramite un mero rinvio, regole afferenti ad un sistema normativo diverso da quello che in generale disciplina il rapporto contrattuale.

Ciò posto, non può non sottolinearsi altresì come il valore della prevedibilità del diritto applicabile ai contratti, abbia inciso profondamente anche sulle regole di determinazione di quest'ultimo in mancanza di scelta delle parti: con il Regolamento, infatti, si è raggiunta una maggiore specializzazione della norma comunitaria di diritto internazionale privato con conseguente maggior rigidità rispetto alla Convenzione di Roma, caratterizzata invece dalla centralità del criterio "empirico" costituito dalla nozione di "collegamento più stretto"¹⁴⁸.

Nel "nuovo" art. 4, il "collegamento più stretto" perde la centralità che aveva nella Convenzione di Roma, a favore di una disciplina casistica che lega la individuazione della norma applicabile alla natura del rapporto.

Di conseguenza, lo strumento del collegamento più stretto diviene o una regola speciale derogatoria delle regole stabilite per i contratti nominati e per quelli non nominati in base al collegamento con la legge del prestatore caratteristico (par. 3), o una regola meramente sussidiaria per quei contratti (nominati e non) rispetto ai quali non sia stato possibile individuare la prestazione caratteristica (par. 4)¹⁴⁹.

Ciò ovviamente si traduce in una minore discrezionalità in sede giudiziaria,

¹⁴⁸ Ciò significa che, secondo la Convenzione, il contratto deve essere regolato dalla legge del paese con il quale, appunto, presenta il collegamento più stretto.

Infatti, principio cardine del diritto internazionale privato è quello del c.d. "criterio di collegamento" con il quale si intende quella circostanza di un rapporto che, ritenuta maggiormente caratterizzante, viene utilizzata per individuare l'ordinamento straniero da richiamare.

¹⁴⁹ Tra l'altro, già sotto la vigenza della Convenzione, la giurisprudenza aveva più volte manifestato la propria preferenza per "formule precostituite" rispetto al criterio "aleatorio" del collegamento più stretto (LOPES-PEGNA, *Il rilievo del collegamento più stretto dalla Convenzione di Roma alla proposta di Regolamento "ROMA I"*, in Riv. Dir. Internaz., 2006, 756 e ss).

limitando la possibilità di adottare soluzioni flessibili nei diversi casi concreti sulla base di indici ermeneutici ovviamente manipolabili: i contraenti, d'altra parte, sapranno con certezza, in applicazione delle rigide regole di conflitto, quale sarà il diritto applicabile, a prescindere dal foro competente¹⁵⁰.

Ciò opera ovviamente a vantaggio di quell'obiettivo di uniformità e "coerenza" anche con gli altri atti di diritto internazionale privato (tra cui in primis il Regolamento 44/2001, Bruxelles I, ed il regolamento 864/2007 sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali, Roma II), che si sono proposti di introdurre una regolamentazione non disorganica ed anzi dotata di un elevato livello di sistematicità¹⁵¹.

3. Il Code européen des contrats (Codice Gandolfi)

In un periodo in cui lo stato del commercio internazionale/europeo era tutt'altro che soddisfacente, le relazioni transfrontaliere continuavano ed essere soggette a diritti statali i quali mal si adattavano alle speciali esigenze del commercio internazionale, e le convenzioni adottate allo scopo di eliminare incertezze generate dal coesistere di differenti sistemi giuridici nazionali (tra cui quella di Roma poc'anzi analizzata) rischiavano di rimanere lettera morta e/o di avere un carattere frammentario¹⁵², scaturì

¹⁵⁰ Il considerando n. 16, infatti, stabilisce che *"per contribuire al conseguimento dell'obiettivo generale del presente regolamento, che è la certezza del diritto nello spazio giudiziario europeo, le regole di conflitto di leggi dovrebbero offrire un alto grado di prevedibilità. Il giudice dovrebbe tuttavia disporre di un margine di valutazione che gli consenta di stabilire quale sia la legge che presenta il collegamento più stretto con la situazione"*.

¹⁵¹ In ossequio a questa coerenza di sistema, nel Regolamento viene definita la nozione di sede delle persone giuridiche con l'espressa dichiarazione di discostarsi da quanto stabilito all'art. 60 del Reg. Bruxelles I; viene esclusa dal suo ambito di applicazione la responsabilità precontrattuale e fatta ricomprendere nel Reg. Roma II; viene sottratta all'area di operatività dei contratti con i consumatori quelli relativi ad un diritto reale immobiliare o un diritto di utilizzazione di un immobile diversi dai contratti di multiproprietà; sono ricompresi gli accordi con cui il professionista dirige le proprie attività verso il paese di residenza del consumatore.

¹⁵² Secondo Diamond *"la rigidità di molte convenzioni internazionali può essere un prezzo molto alto da pagare. L'esigenza di rivedere il diritto si presenta continuamente, e le procedure internazionali rallentano talvolta in misura inaccettabile il necessario processo di riforma del diritto"* (DIAMOND A.L., *Conventions and Their Revision*, in *Unification and Comparative Law in Theory and Practice. Contribution in Honour of J. G. Sauveplenne*, Deventer-Antwerp-Boston-London-Frankfurt, 1984, 60).

l'iniziativa intrapresa dal cosiddetto gruppo pavese¹⁵³.

¹⁵³ Un ruolo di rilievo, tra i lavori accademici nel processo di unificazione del diritto contrattuale europeo, è svolto dai Principi Unidroit, predisposti appunto dall'Istituto Internazionale per l'Unificazione del Diritto Privato (l'UNIDROIT). Tale opera, costituita da un preambolo più successivi dieci capitoli suddivisi in 185 articoli, fu ultimata nel febbraio dal Gruppo, e già nel maggio successivo il Consiglio di Direzione concedeva formalmente l'*imprimatur* raccomandandone al tempo stesso la più vasta diffusione nella pratica. Inizialmente i Principi Unidroit furono redatti in lingua inglese, lingua di lavoro del gruppo. Al fine di agevolarne la diffusione in tutto il mondo, tuttavia, è stato deciso sin da subito che, una volta ultimati i lavori, il testo dei Principi Unidroit (comprensivo dei commenti che accompagnano i singoli articoli) sarebbe stato pubblicato e distribuito nel maggior numero possibile di versioni linguistiche e che i rispettivi membri del gruppo di lavoro sarebbero stati responsabili della loro attendibilità. In particolare, in occasione della presentazione della prima edizione di tale opera, il prof. Michael Joachim Bonell, concludeva affermando che *"i principi Unidroit, che per loro stessa natura mancano di una propria efficacia normativa vincolante, possono sperare di imporsi nella pratica solo a condizione di stare al passo con le sempre mutevoli condizioni del commercio internazionale e di ricevere l'appoggio da parte degli stessi operatori pratici del diritto oltre che negli ambienti accademici."*

Orbene, tale accoglienza favorevole sembra esserci stata ed infatti, dopo la seconda edizione seguita nel 2004, nel 2010 è stata pubblicata la terza edizione dei Principi *de quibus*, concepita non come una revisione di quelle precedenti ma come un mero ampliamento nei contenuti (BONELL M. J., *I principi Unidroit 2010: le novità*, per il Congresso celebrativo del 25° anniversario della fondazione della rivista "Diritto del Commercio Internazionale" su *"I principi Unidroit 2010: verso un diritto "globale" dei contratti commerciali internazionali"*, Roma 17-18 febbraio 2012).

Ciò posto, ed entrando nel contenuto del progetto *de quo*, bisogna innanzitutto dire che i Principi Unidroit offrono una organica ricostruzione dei *"set of principles and rules common to major word legal systems in tune with the particular needs of international commerce"* necessariamente disancorati dalla cultura ed esperienza di un solo e specifico ordinamento giuridico da cui non pretendono di ricevere legittimazione e forma vincolante (CARBONE S.M., *I Principi Unidroit quale diritto applicabile ai contratti commerciali internazionali: tra autonomia privata e ordinamenti statali*, relazione presentata al Congresso celebrativo cit).

Tale organica disciplina di definizioni, principi, e regole è infatti messa a disposizione delle parti nella stipula di contratti internazionali con la consapevolezza che non si tratta di *"binding instrument"* e che la sua accettazione dipende esclusivamente dalla sua *"persuasive authority"*. In tale ottica, dunque, non stupisce che il valore e la portata dell'autonomia privata sia stato enfatizzato proprio dall'art. 1.1 (Libertà contrattuale) dei Principi che riprende quanto già indicato nel Preambolo.

In quest'ultimo, infatti, si precisano le modalità attraverso le quali l'autonomia privata può essere impiegata al fine di rendere i Principi applicabili nella massima misura possibile, e cioè in virtù di una scelta espressa dai contraenti di *"refer to the principles exclusively"*.

La logica dei Principi è dunque ispirata ad una impostazione liberale dei rapporti del commercio internazionale che privilegia l'autonomia delle parti e delle relazioni commerciali globalizzate tendenzialmente liberalizzate e ciò non solo consente alle parti di conseguire i vantaggi voluti attraverso la scelta di una specifica disciplina e delle regole applicabili ad un determinato rapporto contrattuale attraverso le quali hanno provveduto ad inquadrare la relativa operazione economica secondo il loro intento negoziale, ma permettono anche la realizzazione della massima efficienza degli scambi internazionali, garantendo la razionale collocazione nell'ambito del sistema economico internazionale dei risultati conseguiti dalle parti e consentendo alla comunità cui appartengono e all'ambiente socio-economico internazionale di giovare direttamente o indirettamente.

Tuttavia, si deve osservare che il riconoscimento della libertà contrattuale così come descritta non è sinonimo di adesione da parte dei principi a quelle impostazioni che attribuiscono all'autonomia privata una forza normativa tale da consentirle di prescindere da un inquadramento del rapporto contrattuale in un adeguato sistema normativo sino a configurare l'esistenza e la legittimazione di veri e propri contratti senza legge; ecco pertanto che nessuno stupore desta l'art. 1.4 con il quale si esclude che sia i Principi sia la disciplina dei contratti conclusi sulla base di essi non sono destinati a prevalere sulle *"mandatory rules of domestic law, whether of national international or supranational origin"* ed in particolare sulle *"specific statutory provisions"* e sui *"general principles of public policy"* rilevanti per il caso di specie.

Anzi, i Principi ammettono addirittura la prevalenza rispetto ai loro contenuti degli usi e delle pratiche del

Questo gruppo, comprendente un centinaio di illustri accademici e giudici europei, si costituì in un incontro di studio svoltosi presso l'Università di Pavia il 20/21 ottobre 1990 e, guidato da Giuseppe Gandolfi (uno dei principali promotori dell'iniziativa che, in quest'occasione, fondò l'Accademia dei Giusprivatisti Europei di Pavia), si proponeva di creare un vero e proprio "codice europeo dei contratti".

Secondo questi giuristi, non avendo neppure le prassi unificanti una funzione complementare rispetto alla legge, la strada percorribile in vista dell'unificazione del

commercio internazionale instaurate tra le parti contraenti o riconosciute e/o osservate nella prassi internazionale, ad eccezione delle situazioni in cui la loro applicazione risulti irragionevole rispetto al caso concreto o contrario alle disposizioni dei Principi dotati per la loro importanza di un "*mandatory character*".

Ciò posto, si ritiene necessario sottolineare come le funzioni svolte dai principi vanno oltre quelle ufficialmente indicate nel citato preambolo introduttivo. Si può dire, infatti, che essi svolgono la funzione di diritto applicabile *tout court* nelle controversie transnazionali; strumento di interpretazione o integrazione del diritto applicabile; strumento di interpretazione del diritto internazionale uniforme; fonte di cognizione e strumento di codificazione della nuova *lex mercatoria* (BONELL M.J., *Vi è spazio per una lex mercatoria?*, in SIDI, *La riforma del diritto privato internazionale privato italiano*, ES, Napoli, 1997, 198; (GALGANO F., *Diritto del Commercio Internazionale*, II ed., Milano, 2007, 249 e ss.); modello per il legislatore nazionale e per le Convenzioni internazionali; guida alla redazione contrattuale; *esperanto* di comunicazione giuridica; strumento didattico; strumento di individuazione degli usi del commercio internazionale.

Fungendo da strumento di *soft law*, in quanto enunciazione di principi generali di diritto valevoli in materia contrattuale, infatti, i Principi concorrono all'uniformazione del diritto superando il problema delle ratifiche e delle eventuali riserve alle Convenzioni di diritto uniforme. Essi costituiscono, invero, il risultato di un particolare processo di specializzazione dei principi generali di diritto idoneo a superare la critica della "vaghezza" e della eccessiva incoerenza della *lex mercatoria* che, seguendo la definizione tradizionale, altro non è che un insieme di principi generali di diritto ed usi del commercio internazionale. Tuttavia, è da dire come, nonostante un accoglimento largamente favorevole da parte della dottrina, diverse sono state le critiche mosse ai Principi Unidroit. È stato osservato principalmente che i Principi Unidroit non possono considerarsi oggetto di richiamo internazionalprivatistico, almeno per quanto concerne il nostro ordinamento: l'elezione dei principi Unidroit (come anche della *lex mercatoria*) non è riconosciuta come scelta della legge applicabile né dalle norme di conflitto italiane in vigore, né in particolare dalla Convenzione di Roma del 1980, richiamata "in ogni caso" dall'art. 57 della l. 218/19.

Ciò, tuttavia, non è indice della completa irrilevanza delle norme a-statali: il giudice italiano, infatti, dovrà considerare il richiamo ai Principi come un richiamo contrattuale con la conseguenza che occorrerà ricercare la legge applicabile e la si dovrà applicare ad una fattispecie caratterizzata dal recepimento contrattuale dei Principi Unidroit (GIARDINA A., *i Principi Unidroit quale legge regolatrice dei contratti internazionali (I principi ed il diritto internazionale privato)*, BONELL M.J., BONELL F., *Contratti Commerciali Internazionali e principi Unidroit*, Milano, 1997). Secondo la dottrina francese, invece, fermo restando che si tratta di un'opera elaborata da professori al di fuori di ogni negoziazione diplomatica, non è chiaro il metodo di lavoro che ha condotto ai principi Unidroit: si tratterebbe di un esercizio di diritto comparato o di un'opera da inquadrare al più tra quelle della *International Law Association* e dell'*Institut de Droit International* (KESSEDJIAN C., *Un exercice de rénovation des sources du droit des contrats du commerce international: les principes proposés par Unidroit*, in *Rev. Crit. Dip.*, 1995.).

diritto era solo quella legislativa¹⁵⁴ ed in particolare quella che prevedeva un sistema di norme specifiche, piuttosto che una mera raccolta di principi¹⁵⁵.

Tale scelta scaturiva da un atteggiamento diffidente e prudentiale nei confronti dell'interprete: quest'ultimo, infatti, di fronte a "principi", e non regole analitiche, avrebbe potuto far prevalere la propria impostazione giuridica nazionale, a discapito dell'obiettivo di uniformazione del diritto contrattuale europeo¹⁵⁶.

Il gruppo pavese, dunque, superava le incertezze legate alla "presunta" crisi del codice quale strumento normativo, a favore della concreta possibilità di realizzare uno strumento normativo che non si limitasse ad affiancare i codici vigenti nei diversi paesi, restando una mera esercitazione dottrinale, ma li sostituisse.

Il progetto, già per il solo fatto di contenere regole e non principi, si poneva in posizione di necessaria alternatività, piuttosto che di integrazione e adattamento, rispetto alle regole vigenti nei diversi ordinamenti: esso proponeva un'opera di codificazione e come tale presentava minore elasticità ed adattabilità¹⁵⁷.

Dal punto di vista metodologico, la particolarità del gruppo pavese consisteva nell'aver fondato il lavoro su un "testo-base" costituito dal libro IV del Codice Civile Italiano ed il *Contract Code* predisposto da Mc Gregor nel 1971¹⁵⁸ per la English Law

¹⁵⁴ GANDOLFI G., *L'unificazione del diritto dei contratti in Europa: mediante o senza legge?*, in Riv. Dir. Civ. 1993, II, 149-158.

¹⁵⁵ Quella adottata da tali studiosi, dunque, è la sistematica tipica degli ordinamenti di ispirazione romanistica, atta a creare un insieme di articoli regolanti analiticamente i singoli istituti giuridici, a differenza di quanto accaduto con i PECL elaborati dalla Commissione Lando e con i Principi Unidroit, "bagaglio prezioso di idee" "agile strumento operativo già provvidamente usato dagli operatori commerciali nella loro autonomia privata e nel sempre più frequente ricorso ai collegi arbitrali" e frutto di iniziative con le quali la scienza giuridica ha riassunto il suo ruolo ordinante "prendendo coscienza della direzione verso cui corre la dinamica del diritto, cioè la edificazione di quel diritto uniforme che è un attuale bisogno improcastinabile" (GROSSI P., *Scienza Giuridica e legislazione nella esperienza attuale del diritto*, in Riv. Dir. Civ., 1997, 183).

¹⁵⁶ LAGHI P., *Diritto Europeo dei Contratti*, in *Il contratto*, Tomo I, Padova, 2013.

¹⁵⁷ PATTI S., *Diritto Privato e codificazione europee*, Milano, 2007.

¹⁵⁸ Opera di un giurista Oxfordiano predisposta allo scopo di unificare, attraverso la codificazione, il diritto contrattuale scozzese di civil law ed il diritto contrattuale inglese di common law (MC GREGOR, *Contract Code: drawn up on behalf of the English Law Commission*, con prefazione di Gandolfi, Milano, 1993). E' formato da 190 articoli, redatto secondo lo schema tipico dei codici di civil law, ma con

Commission, a sua volta insediata dal Parlamento Britannico negli anni sessanta.

La scelta di questi due modelli, a seguito di una valutazione storico comparatistica, dipendeva dal fatto che il primo, testo normativo relativamente “giovane” rispetto ad altri codici europei, pur con soluzioni proprie e all’avanguardia, era stato ritenuto giusto compromesso tra i modelli di disciplina dei contratti più rilevanti nell’Europa continentale, cioè quello francese e tedesco¹⁵⁹; il Codice MC Gregor, invece, fu scelto perché redatto nell’intento di arrivare all’unificazione di due diritti, quello inglese e quello scozzese, riconducibili rispettivamente all’area di common law e civil law, obiettivo affine dunque a quello del gruppo¹⁶⁰.

La scelta di questi due “testi-base” è dovuta al fatto che il progetto *de quo* si è prefissato di rispecchiare e soddisfare le esigenze delle varie aree europee, e non rappresentare un’opera meramente accademica, avulsa dalla realtà.

Ovviamente ciò si è tradotto anche in una necessaria “semplificazione” rispetto ai modelli di riferimento.

Basti pensare al fatto che il progetto, impostato esclusivamente sul contratto¹⁶¹, figura conosciuta e applicata ovunque, non contiene però alcun riferimento:

- all’istituto del “negozio giuridico”, pilastro del codice germanico e conosciuto da

l’aggiunta di glosse o commenti esplicativi, L’opera si compone di proposizioni normative e di commenti propri dello stesso giurista che ha saputo affrontare “*problemi pratici, ha tradotto le soluzioni in regole e ne ha fornito una giustificazione alla luce dell’esperienza del paese in cui vive*” (RESCIGNO P., *Sul testo di MC Gregor*, in Riv. Dir. Civ.1994, II).

¹⁵⁹ E’ noto infatti che il codice civile italiano si trovi in una via di mezzo tra la tradizione giuridica francese e quella tedesca e che la maggior parte delle regole sono state attinte dal Code Napoleon e dal Bürgerliches Gesetzbuch. (SACCO, *op.cit.*, 212-270).

¹⁶⁰ GANDOLFI, *Per l’unificazione del diritto in Europa: “Il Codice europeo dei Contratti”*; Riv. trim. dir. proc. civ., 1991, 781.

¹⁶¹ Infatti i lavori dell’Accademia, iniziati nel 1995, hanno condotto in un primo momento all’ultimazione della parte concernente i “contratti in generale” (libro I formato da 173 articoli ripartito in 11 titoli: disposizioni preliminari, formazione del contratto, contenuto, forma, interpretazione, effetti del contratto, adempimento, inadempimento, cessione del contratto e dei rapporti che ne nascono, estinzione del contratto e dei rapporti che nascono, altre anomalie del contratto e rimedi), pubblicata nel 2001 e riedita nel 2002 e nel 2004, e poi sono proseguiti con la predisposizione della parte sui “singoli contratti”.

varie dottrine continentali, ma sconosciuto al diritto francese ed inglese;

- alla *consideration*, tipica invece del diritto inglese nel quale come poc'anzi visto il rapporto contrattuale è caratterizzato dalla sinallagmaticità;

- alla “causa”, dato emblematico del diritto italiano, ma del tutto assente nel diritto tedesco ed inglese;

- alla nozione di “obbligazione”, intesa in senso tecnico-dogmatico come nel codice italiano dove vi è una parte dedicata all'obbligazione in generale; nel progetto, invero, sulla scorta di quanto previsto nel diritto inglese, le problematiche relative all'obbligazione sono contenute principalmente nelle norme relative agli effetti, all'adempimento ed inadempimento del contratto.

Inoltre, come poc'anzi anticipato, il progetto *de quo* si caratterizzava principalmente per il fatto che non offriva principi su cui basarsi, ma soluzioni e regole rigide.

A titolo esemplificativo, si pensi al caso di anomalie originarie o sopravvenute: non ricorrendo le ipotesi della inesistenza o della nullità per grave illiceità, erano ammissibili varie forme di sanatoria, in base alle quali il contratto restava rettificato: ad esempio era prevista la convalidazione del contratto nullo, la nullità parziale, la conversione, il mantenimento del contratto annullabile emendato, la sua convalida, la riduzione ad equità del contratto rescindibile per lesione etc.

Per quanto concerne l'inadempimento del contratto, poi, venivano contemplate la risoluzione, l'istituto di origine napoleonica della “proroga” o dell'autorizzazione a riparare o a sostituire la cosa fornita, la condanna ad una pena pecuniaria in caso di persistenza dell'inadempimento (sul modello del *astreinte* francese), la possibilità di emettere un'inibitoria o un'ingiunzione a carico del debitore prima che l'inadempimento si manifesti concretamente (come nel diritto inglese), il risarcimento etc.

Nel progetto infine si distinguevano le obbligazioni “di mezzi” da quelle di “risultato”, sicché nel primo caso il debitore veniva esentato da responsabilità per i danni provocati dimostrando di aver agito con la dovuta diligenza, nel secondo invece era ritenuto responsabile del danno cagionato salvo la prova che l’inadempimento fosse derivato da una causa estranea, imprevedibile ed irresistibile come nel Code Napoleon (soluzione intermedia tra la responsabilità oggettiva inglese e la responsabilità per colpa prevista in altri ordinamenti europei).

Sempre guardando più da vicino il progetto, non si può non sottolineare come lo stesso abbia avuto come obiettivo quello di garantire chiarezza e speditezza nei rapporti tra le parti; ed infatti regola generale è che il contenuto contrattuale debba essere desunto dall’interpretazione letterale di esso (principio tipico del diritto inglese ma contenuto anche nel codice spagnolo) e che per far valere un qualsiasi diritto la parte interessata non sia tenuta a rivolgersi in via immediata al giudice ma dovrà inviare alla controparte una dichiarazione motivata esprimendo in modo specifico la propria richiesta e, solo dopo un termine (breve) di moratoria entro il quale possono formularsi delle controproposte, si adirà la via giudiziaria.

Le soluzioni racchiuse nelle norme e struttura del codice hanno costituito un punto di riferimento importante nel quadro europeo giacché nessuna successiva elaborazione ha potuto prescindere dal contributo giuridico offerto dal gruppo pavese coordinato da Gandolfi, che costituisce una tappa fondamentale nel processo di unificazione/armonizzazione del diritto privato europeo basato sulla conoscenza dei sistemi nazionali e l’individuazione delle differenze esistenti.

4. I Principles of European Contract Law (PECL)

Altra iniziativa degna di nota è quella del gruppo di giuristi facenti capo a Ole Lando dell'Università di Copenhagen.

Il gruppo in questione, costituendo un'apposita Commissione sul diritto europeo dei contratti, non governativa e composta da giuristi provenienti dai diversi paesi membri dell'Unione¹⁶², a partire dagli anni Ottanta, si è posto l'obiettivo di redigere un progetto di codice civile europeo: in particolare, lo scopo perseguito da questi giuristi è stato quello di elaborare alcuni principi comuni europei in vista di un'opera molto più ambiziosa, un futuro codice unitario di diritto privato.

Così, la prima versione dei "Principles of European Contract Law" (PECL) con norme inerenti l'esecuzione, l'inadempimento del contratto ed i rimedi in caso di inadempimento, fu pubblicata nel 1995.

Nel 1999 fu presentata la seconda parte contenente la disciplina generale del diritto contrattuale (fra cui formazione e validità del contratto, interpretazione, rappresentanza); e nel 2002 la terza parte avente ad oggetto principi in materia di obbligazioni solidali, di cessione dei crediti ed interessi, di contratto, di compensazione, di prescrizione, e di condizione.

Anche per le difficoltà incontrate per arrivare ad una disciplina comune dei contratti e delle obbligazioni, i PECL non hanno mai aspirato a porsi come un'esperienza codificatoria generale ed omnicomprensiva.

Come i Principi Unidroit a livello internazionale, essi mirano ad essere utilizzati dal legislatore nazionale in vista dell'adozione di nuove regole o dal legislatore europeo in funzione di una nuova codificazione unitaria.

¹⁶² Sostenuta economicamente dalla Commissione ma anche da Università ed enti di ricerca (http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/).

I PECL costituiscono, infatti, un complesso di norme generali corredate da note illustrative che, rivolte ad una indefinita categoria di destinatari, hanno lo scopo di individuare una base giuridica condivisa.

Tuttavia, non può negarsi come la loro stesura abbia costituito la viva testimonianza della possibilità di pervenire all'individuazione di una base comune tra sistemi di diritto scritto e *common law*¹⁶³.

Secondo Lando ed i giuristi che hanno lavorato a questo progetto, è proprio la considerazione che in Europa sussistono sistemi giuridici diversi e linguisticamente disomogenei che ha prodotto questa continua aspirazione all'armonizzazione del diritto dei contratti¹⁶⁴.

Tra l'altro, come ha affermato Castronovo, i PECL “*sono anche qualcosa che esiste già, con la forza di persuasione aggiuntiva che le cose già realizzate hanno rispetto ad un puro progetto*”¹⁶⁵.

Non è casuale, dunque, che l'esperienza della Commissione Lando abbia trovato apprezzamento presso gli stessi ambienti comunitari, con l'impegno a varare un codice civile europeo unitario.

Infatti, come sviluppo ulteriore dei lavori della Commissione Lando, e a seguito della Conferenza internazionale “*Towards a European Civil Code*” tenutasi all'Aja, nel 1998 si è costituito uno *Study Group on a European Civil Code* (coordinato da Christian von Bar) che, nella consapevolezza che fosse necessario un ampliamento dell'ambito

¹⁶³ Al riguardo si osserva come anche i PECL non prevedono due concetti fondamentali nei sistemi di *civil law* e *common law*, quello della “causa” e della “*consideration*”. E ciò non solo perché le due nozioni sono controverse ma anche perché, secondo la Commissione, gli scopi perseguiti con esse (il controllo della meritevolezza dell'interesse creditorio, il controllo della liceità dell'operazione, la sussistenza di una controprestazione nei contratti di scambio) possono realizzarsi mediante altri requisiti del contratto, come l'oggetto.

¹⁶⁴ In particolare, secondo Lando, “*it is precisely where there is no common legal tradition that harmonization of the laws is called for*” (Lando, *op. cit.*, 263).

¹⁶⁵ CASTRONOVO C., *Il contratto e l'idea di codificazione nei principi di diritto europeo dei Contratti*, in *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, Padova, 1999, 854-872.

dell'uniformazione e unificazione perseguito dalla Commissione Lando, mirava a ricomprendere l'intero diritto privato patrimoniale (in particolare il lavoro svolto da tale gruppo ha riguardato settori quali vendita; servizi; contratti a lungo termine, valori mobiliari, obblighi extracontrattuali e trasferimenti della proprietà dei beni mobili).

Tale gruppo, spinto dalla convinzione che la proposta di una codificazione unitaria europea debba provenire dal mondo degli accademici, studiosi di diritto privato europeo, liberi da ogni condizionamento politico ed in particolare dalle "direttive" imposte da Bruxelles¹⁶⁶, comprende diversi centri di ricerca che, collocati in diverse Università europee¹⁶⁷, raccolgono i risultati degli studi svolti non solo nei Paesi Membri dell'Unione ma anche in quelli appartenenti al Consiglio d'Europa¹⁶⁸.

¹⁶⁶ VON BAR C., *Il gruppo di studio su un codice civile europeo*, in *Il Codice Civile Europeo, Quaderni del Consiglio Nazionale Forense, materiali dei seminari 199-2000*, a cura di ALPA G. e BUCCICO E.N., Milano, 2001, 5.

¹⁶⁷ Sull'organizzazione di questi gruppi di ricerca, formati da giovani ricercatori, si veda http://www.sgecc.net/index.php?subsite=subsite_3.

¹⁶⁸ Come vedremo nel prosieguo, questo gruppo è stato l'ideatore e redattore di un primo progetto di Quadro Comune di Riferimento (DCFR), in collaborazione con l'*Acquis Group*. Entrambi questi gruppi, unitamente al Common Core ed alcune altre istituzioni ed organizzazioni europee, infatti, fanno parte della *Joint Network on European Private Law*.

Per quanto concerne l'*Acquis Group* si ritiene necessario accennare solamente che questo, a differenza degli altri progetti in materia di diritto europeo dei contratti, utilizza come punto di avvio delle proprie ricerche il diritto dell'Unione Europea e non il diritto sostanziale vigente all'interno dell'ordinamento nazionale. Infatti, prima di promuovere una efficiente qualità della produzione normativa dell'Unione per i futuri provvedimenti normativi, gli appartenenti a tale gruppo hanno avuto come obiettivo quello di chiarire il contenuto ed il significato delle norme europee. Ecco pertanto la necessità ed opportunità di redigere i "principi di diritto privato comunitario esistente", i c.d. *Acquis Principles o Principles of the existing EC Contract Law*, utilizzabili sia dal legislatore europeo che dalla Corte di Giustizia (BENACCHIO G., *op. cit.*, 189).

CAPITOLO 2

L'EVOLUZIONE DEL PROGETTO SU INIZIATIVA DELLA COMMISSIONE EUROPEA

1. Il Common Frame of Reference e l'attività della Commissione

Le iniziative sviluppatesi nel corso degli anni '80 del secolo scorso in materia di armonizzazione del diritto europeo dei contratti hanno attirato l'attenzione del Parlamento che ha adottato più volte risoluzioni di incoraggiamento alla elaborazione di un Codice europeo di Diritto Privato (Risoluzione A2-157/89, Risoluzione A3-0329/94 e Risoluzioni B5-0228,0229,0239/2000)¹⁶⁹.

E' stato solo nel 2001, invece, che la questione è stata affrontata dalla Commissione, con l'adozione (11 luglio 2001) della "*Communication on European Contract Law*" [COM (2001) 398]¹⁷⁰ che ha poi costituito il punto di avvio dei lavori sul Common Frame of Reference (CFR), volto ad "*allargare il dibattito sul diritto contrattuale*

¹⁶⁹ Già nella Risoluzione del Parlamento europeo del 26 maggio 1989, quest'ultimo aveva espresso l'auspicio che, nell'ambito di armonizzazione del diritto, si cominciasse a lavorare sulla possibilità di redigere un Codice comune europeo di diritto privato. In particolare il Parlamento affermava come l'armonizzazione di taluni settori del diritto privato fosse essenziale per il completamento del mercato interno, e come l'unificazione di importanti branche del diritto privato sotto forma di un Codice civile europeo sarebbe il modo più efficace di effettuare l'armonizzazione in modo da soddisfare i requisiti giuridici comunitari per arrivare a un mercato unico e senza frontiere. Anche circa il *modus operandi*, la Risoluzione *de qua* diede gli spunti necessari ed utili al cammino successivamente intrapreso dalla Commissione: se da una parte, infatti, auspicava ad un «codice europeo comune del diritto privato», al considerando E muoveva dall'assunto più restrittivo che «è possibile unificare numerose branche del diritto privato d'importanza capitale per lo sviluppo del mercato unico, come ad esempio, il diritto delle obbligazioni». Dette argomentazioni, vennero poi riprese dalla risoluzione del Parlamento europeo del 6 maggio 1994 sull'armonizzazione di taluni settori di diritto privato in cui non solo la Commissione veniva invitata ad avviare i lavori sulla possibilità di elaborare un Codice comune europeo di diritto privato, ma veniva avanzata la proposta di insediamento di una Commissione composta di studiosi di chiara fama che presentasse proposte in ordine alle priorità di un'armonizzazione parziale a breve termine e di un'armonizzazione più completa a lungo termine (GU C 158 del 26.6.1989, p. 400 (Risoluzione A2-157/89); GU C 205 del 25.7.1994, p. 518 (Risoluzione A3-0329/94).

¹⁷⁰ STAUDENMAYER S.D., "*The Commission Communication on European contract law and its follow-up*", in GRUNDMANN- STUYCK J., a cura di, "*An academic green paper on European contract law*", The Hague, 2002.

europeo, coinvolgendo il Parlamento europeo, il Consiglio e le diverse parti interessate: imprese, operatori del diritto, accademici e associazioni dei consumatori”.

Con tale comunicazione la Commissione, individuato quale settore di regolamentazione quello del diritto contrattuale¹⁷¹, ha mosso i primi passi concreti nella ricerca delle modalità attraverso cui poter ravvicinare le legislazioni degli Stati Membri, così come auspicato dal Parlamento¹⁷² ed in particolare, consapevole dell’inefficacia delle tecniche legislative sino ad allora utilizzate¹⁷³, ha sottoposto ad una valutazione pubblica le diverse possibili azioni da intraprendere, attraverso l’ausilio di un questionario per *“raccolgere informazioni sulla necessità di un’azione comunitaria incisiva nel settore del diritto contrattuale”*.

In tale questionario, sono state individuate quattro possibili azioni:

1) lasciare la soluzione dei problemi alle dinamiche del mercato, senza alcun tipo di azione comunitaria, e confidare che le conseguenze delle evoluzioni economiche inducano un certo grado di “armonizzazione blanda”;

2) promuovere lo sviluppo di principi comuni non vincolanti di diritto dei contratti che, applicati dalle parti contraenti, dai giudici, e dai legislatori, per un periodo prolungato, diventino diritto consuetudinario;

3) migliorare la qualità del diritto comunitario esistente mediante una semplificazione del linguaggio utilizzato nei vari testi legislativi ed un coordinamento degli stessi;

¹⁷¹ La comunicazione del 2001 interessa in particolare i contratti di vendita e tutti i tipi di contratti di servizi, compresi quelli riguardanti i servizi finanziari; le norme generali sull’esecuzione, la mancata esecuzione e i rimedi giuridici; la formazione del contratto; validità e interpretazione del contratto; le norme sulle garanzie del credito concernenti i beni mobili; l’arricchimento senza causa; aspetti della responsabilità civile connessi ai contratti.

¹⁷² ALPA G. – CONTE G., *Riflessioni sul progetto di Common Frame of Reference e sulla revisione dell’Acquis Communautaire*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, 151.

¹⁷³ MCKENDRICK E., *Harmonisation of European contract law: the state we are in*, in S. VOGENAUER – WEATHERILL S., a cura di, *The harmonisation of European European contract law. Implications for European private laws, business and legal practise*, Oxford e Portland, Oregon, 2006.

4) emanare un regolamento, una direttiva od una decisione, a seconda del grado di armonizzazione che si intende ottenere, contenente una nuova regolamentazione del diritto comune europeo dei contratti¹⁷⁴.

Alla valutazione pubblica promossa dalla Commissione, numerosi studiosi e professionisti¹⁷⁵, con risposte quasi sempre favorevoli nei confronti dell'opzione n. 2 e n. 3, e sfavorevoli all'opzione n. 4, hanno dato pronto e sollecito riscontro proponendo ulteriori soluzioni ed evidenziando possibili difficoltà attuative¹⁷⁶.

Dopo la fase consultiva, con la Comunicazione del 12 febbraio 2003 [COM (2003) 68 - *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio: Maggiore Coerenza nel diritto contrattuale europeo, un piano d'azione*]¹⁷⁷, la Commissione ha dettato il cosiddetto *Action Plan*, al fine di sollecitare indicazioni più concrete in direzione di una “maggiore coerenza nel diritto contrattuale europeo”¹⁷⁸: in specie, partendo dallo sviluppo delle opzioni di cui ai punti n. 2 e 3, la Commissione ha manifestato la volontà di predisporre un possibile strumento unitario in materia di diritto contrattuale europeo nella consapevolezza che gli obiettivi dell'applicazione uniforme del diritto contrattuale europeo e del buon funzionamento del mercato siano perseguibili non solo attraverso i tradizionali strumenti normativi, ma con l'ausilio altresì di

¹⁷⁴ Un altro approccio, suggerito dalla stessa Commissione, riguarda la negoziazione di un trattato internazionale nel settore del diritto dei contratti, comparabile alla Convenzione delle Nazioni Unite del 1980 sui i contratti di vendita internazionale di merci (CISG), ma con un ambito di applicazione più ampio della sola vendita di merci.

¹⁷⁵ Tra uno dei maggior riscontri alla Comunicazione *de qua* merita di essere segnalato il Parere del Comitato Economico e Sociale del 17 luglio 2002 che, sottolineata l'opportunità di procedere alla creazione di un diritto contrattuale europeo uniforme attraverso lo strumento regolamentare, propone di adottare una soluzione *opt-in* per il primo periodo, e solo successivamente, *opt-out*. (ECOSOC INT/117 Diritto contrattuale europeo, in GUC C 241 del 7.10.2002).

¹⁷⁶ AJANI G. - SCHULTE NOLKE H., *The Action Plan on a more coherent European Contract Law: Response on behalf of the Acquis Group*, pubblicato nel sito ufficiale del Research Group on existing EC private law <http://www.acquis-group.org>.

¹⁷⁷ Si veda su di essa HESSELINK M., *The European Commission's Action Plan: Towards a more coherent European contract law?*, in *Europ. Rev. priv. Law*, 2004, 12, 97.

¹⁷⁸ Al fine di promuovere una procedura di consultazione al massimo della trasparenza, la Commissione ha richiesto ai portatori di interesse (i c.d. *stakeholders* elencati nell'allegato I alla Comunicazione del 2003) commenti sulle tematiche trattate.

strumenti non normativi¹⁷⁹.

Scopo principale del menzionato *Action Plan*, è stato proprio quello di garantire, nello sviluppo di un *Common Frame of Reference* (Quadro Comune di Riferimento), una maggiore coerenza dell'*acquis communautaire*¹⁸⁰ esistente e di quello futuro nell'area del diritto contrattuale, stabilendo principi, concetti e terminologie comuni¹⁸¹.

Secondo l'opinione della Commissione, tuttavia, per ottenere tale coerenza, oltre ad utilizzare strumenti sia normativi che non normativi, bisognerebbe procedere per gradi, con interventi che non solo promuovano l'elaborazione di clausole contrattuali standard applicabili a tutti i paesi membri dell'Unione, ma anche valutino se le problematiche legate al diritto contrattuale europeo richiedano invero soluzioni specifiche non settoriali, quali l'adozione di uno strumento opzionale¹⁸².

Anche tale consultazione pubblica ha suscitato numerose e sollecite reazioni dalle istituzioni dell'UE, dagli Stati membri e dalle parti interessate, sicché già l'11 ottobre 2004 la Commissione provvedeva a predisporre un'ulteriore Comunicazione [COM (2004) 651, intitolata "*Diritto contrattuale europeo e revisione dell'acquis: prospettive per il futuro*"] in cui, esaminate le varie "misure" contenute nel piano d'azione del 2003, sono state delineate le modalità di sviluppo del progetto del *Common Frame of*

¹⁷⁹ L'*Action Plan* della Commissione ha tenuto in considerazione, per la redazione del *Common Frame of Reference*, due diversi metodi e gruppi di fonti: il metodo comparatistico, seguito già dalla Commissione Lando e fatto proprio dallo *Study Group on a European Civil Code*, da cui emergono principi comuni agli Stati Membri; ed il metodo di studio dell'*acquis* comunitario, utilizzato dall'*Acquis Group*, che analizza il diritto comunitario esistente per trarne principi comuni nell'ambito del diritto contrattuale.

¹⁸⁰ Con tale espressione si intende il "diritto acquisito comunitario", ovvero l'insieme dei diritti, degli obblighi giuridici e degli obiettivi politici che accomunano e vincolano gli Stati membri dell'Unione e devono essere accettati dai paesi che ne intendano far parte.

¹⁸¹ Il CFR, ai sensi di quanto stabilito dalla Commissione, deve rappresentare un documento accessibile a tutti, un "*toolbox*" (cassetta degli attrezzi), in dotazione al legislatore comunitario impegnato nella revisione dell'*acquis* (SOMMA A., *Verso il diritto privato europeo? Il Quadro comune di riferimento nel conflitto tra diritto comunitario e diritti nazionali*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2008, 4, 1097-1098).

¹⁸² Come detto, la Commissione europea, già dall'*Action Plan*, si è mostrata favorevole all'adozione di uno strumento opzionale, con l'appoggio di quella dottrina che si era schierata contro l'adozione di un codice unico. Tale visione "minimalista" della Commissione, tuttavia, è dovuta all'assenza di un quadro costituzionale e di un indirizzo politico definito, unitario (ALPA G., *op. cit.*)

Reference (CFR), indicando le diverse iniziative ritenute opportune al riguardo.

L'iniziativa sul CFR, dopo aver ottenuto il sostegno del Consiglio europeo, è stata inserita nel “piano d'azione 2006-2013”¹⁸³ della Commissione che, in tale ambito, ha provveduto a costituire e finanziare un gruppo coordinato di ricerca (*Joint Network on European Private Law*), composto da numerose organizzazioni a base accademica, al fine di elaborare un progetto di quadro comune di riferimento (secondo l'espressione inglese, un *Draft Common Frame of Reference*)¹⁸⁴.

2. Il Draft of Common Frame of Reference (DCFR) e la successiva evoluzione istituzionale

Il Draft of Common Frame of Reference (DCFR) fu pubblicato inizialmente nel Dicembre 2007 sotto forma di “Interim Outline Edition”¹⁸⁵. Dopo un anno di consultazioni e revisioni, agli inizi del 2009, fu presentata la finale “Outline Edition”, mentre, sempre nel corso del medesimo anno, fu pubblicata la “Full Edition” del DCFR¹⁸⁶.

Esso ha costituito –come già accennato- il risultato della collaborazione tra i più importanti esponenti della comunità scientifica internazionale (all'interno del Joint Network sono stati incaricati della sua redazione lo Study Group on a European Civil

¹⁸³ COM(2005) 184 def del 10 maggio 2005, approvato dal Consiglio il 10.6.2005.

¹⁸⁴ Secondo le direttive della Commissione, il DCFR, nel comprendere definizioni, concetti generali e regole, avrebbe dovuto tenendo conto (i) del diritto nazionale, incluse la prassi applicativa e la prassi contrattuale, (ii) dell'acquis comunitario e (iii) del diritto internazionale rilevante in materia (SOMMA A., *op. cit.*).

¹⁸⁵ VON BAR C., CLIVE E., and SCHULTE-NOLKE, *Principles, Definitions and Models Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR). Interim Outline Edition*, prepared by Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group) Munich, Sellier 2008.

¹⁸⁶ VON BAR C., CLIVE E., and SCHULTE-NOLKE, *Principles, Definitions and Models Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full Edition*, prepared by Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group) Munich, Sellier 2009.

Code diretto da Von Bar- SGECC- e l'Acquis Group)¹⁸⁷, la cui intenzione era quella di dar vita ad un'opera che fungesse da modello di riferimento per l'elaborazione del Common Frame of Reference, proposto dalla Commissione Europea con la Comunicazione del 12 febbraio 2003, intitolata “*Maggiore coerenza nel diritto contrattuale europeo. Un piano d'azione*”.

Il DCFR, dalla natura tipicamente accademica, infatti, ha inteso promuovere la conoscenza e lo sviluppo del diritto contrattuale europeo mediante l'analisi della interazione dei diversi sistemi giuridici coinvolti, delle casistiche e delle relative soluzioni che offrono, rivelandosi un punto essenziale di riferimento nella risoluzione delle problematiche in materia contrattuale.

Concluso alla fine del 2008 e rivisitato nel 2009, il DCFR si è composto, infatti, di 10 libri che hanno sostanzialmente ricalcato la struttura organizzativa dei *Principles of European Contract Law* (PECL): come nel progetto della Commissione Lando, anche in questo caso si è avuta l'elaborazione di precetti di massima non codicisticamente organizzati, ma dalla portata più generale.

Il DCFR si è sostanziato, infatti, in un complesso di principi giuridici riguardanti non

¹⁸⁷ Nell'ambito della redazione del DCFR, lo *Study Group* è stato incaricato di rivedere i PECL ricavati dai diritti nazionali, e sviluppare, sulla base del diritto comparato, principi in ulteriori aree del diritto (quali la gestione di affari di altrui e l'arricchimento senza causa, l'acquisto della proprietà di beni mobili, i *trusts*, la responsabilità extracontrattuale, ecc.) seguendo in ogni caso lo schema dei PECL (come risultato di questo lavoro sono stati elaborati i c.d. PEL, *Principles of European law- Study Group on a European Civil Code*, “*Principles of European law*”, Munich 2010). L'*Acquis Group*, invece, ha predisposto quelle parti del DCFR basate su principi di diritto privato comunitario già esistente (<http://www.acquis-group.org>).

Non hanno invece collaborato alla redazione del DCFR altri cinque gruppi facenti parte del *Joint Network*, incaricati tuttavia di integrare il lavoro sotto diversi punti di vista. Il *Research Group on the economic Assessment of Contract Law Rules* si è occupato di valutare l'impatto del CFR sul sistema economico; il *Common Core Group* è stato incaricato di valutare l'applicabilità e la praticabilità dei risultati, ricorrendo all'approccio fattuale; gli altri gruppi (*Association Henri Capitant*; *Société de Législation Comparée*; e *Conseil Supérieur du Notariat*) si sono invece concentrati sui fondamenti filosofici e culturali del quadro comune di riferimento.

Inoltre, non può dimenticarsi di ricordare che, nella costruzione del DCFR, un ruolo fondamentale è stato svolto dai già citati c.d. *stakeholders* (portatori di interessi), esperti di associazioni ed istituzioni interessate o condizionate dall'emanazione del CFR, che rappresentano prevalentemente il mondo delle imprese e della professione forense.

solo il diritto contrattuale, ma anche quello delle obbligazioni; una serie di disposizioni cioè aventi ad oggetto l'insieme dei principi regolatori del diritto delle obbligazioni e dei contratti strutturati in modo organico e secondo criteri sistematici.

Tale intento, tra l'altro, è chiaramente posto in evidenza dall'art. 1:01 che, in apertura del libro I, stabilisce che *“l'ambito applicativo delle norme in analisi è costituito dai diritti e dalle obbligazioni di fonte contrattuale, ma anche di fonte non contrattuale”*.

Ciò posto, proprio per questa ambizione di occuparsi dell'intero diritto privato, il DCFR ha sollevato, fin dall'esordio, non poche perplessità sulla sua idoneità a costituire un effettivo punto di riferimento per gli operatori del diritto all'interno dell'UE¹⁸⁸.

Per questa ragione, e non solo¹⁸⁹, l'azione degli organi comunitari in direzione dell'uniformazione del diritto europeo dei contratti è proseguita.

La Commissione, infatti, nel marzo 2010, ha emanato una nuova Comunicazione, detta “Europa 2020”¹⁹⁰ con lo scopo di agevolare le imprese nella conclusione di contratti transfrontalieri e, con decisione del 26 aprile 2010¹⁹¹, ha incaricato un gruppo

¹⁸⁸ Secondo parte della dottrina, il Draft Common Frame of Reference presenterebbe alcune “debolezze metodologiche” quali la mancanza di riferimento al diritto comunitario ed il fatto che la sua struttura non deriva né dal diritto comunitario esistente, né da una “base convincente di diritto comparato” (SCHULZE R., *op. cit.*).

Infatti, a differenza dei Principles of European Contract Law e dei principi elaborati dall'Acquis Group, e non in linea con le finalità cui la Commissione mira, il DCFR non pone al centro della sua disciplina il diritto dei contratti. Unitamente a quest'ultimo, infatti, vengono trattate, la gestione di affari altrui, il fatto illecito; l'arricchimento senza causa; ed alcune vicende relative al diritto di proprietà come il trasferimento di beni mobili, le garanzie mobiliari e il trust. (O. LANDO, “The structure and legal values of the Common Frame of Reference”, in E.R.C.L., 2007, 249).

Fermo quanto precede, un'ulteriore perplessità ha riguardato l'uso della sola lingua inglese per esprimere e formulare la disciplina di istituti tipici del diritto contrattuale: scelta diffusamente criticata in dottrina in considerazione del differente significato che un termine può assumere in un contesto giuridico-linguistico del *common law* piuttosto che in quel di *civil law*.

¹⁸⁹ Nel programma di Stoccolma per il 2010-2014, in cui si afferma che lo spazio giudiziario europeo ha il dovere di sostenere l'attività economica all'interno del mercato unico, la Commissione europea viene invitata a presentare una proposta sul CFR con particolare riferimento all'ambito del diritto europeo dei contratti. La convinzione radicatasi è, infatti, che uno strumento efficace nel settore contrattuale potrebbe aiutare l'Unione Europea a superare la crisi e raggiungere i propri obiettivi economici.

¹⁹⁰ BATTELLI E., *Il nuovo diritto europeo dei contratti nell'ambito della strategia “Europa 2020”*, in *Contratti*, 2011, 11, 1065.

¹⁹¹ Decisione della Commissione del 26 aprile 2010, in GU L 105 del 27.04.2010, 109.

di esperti (l'”Expert Group”) al fine di studiare la fattibilità di un modello di diritto europeo dei contratti di facile impiego, a vantaggio di consumatori e imprese, che assicurasse nel contempo la certezza del diritto¹⁹².

3. Il Libro Verde del 2010 sulle opzioni possibili in vista di un diritto europeo dei contratti per i consumatori e le imprese ed il successivo Studio di Fattibilità

Come poc'anzi accennato, già nell'aprile 2010, la Commissione, riferendo in merito ai progressi registrati nel settore del diritto europeo dei contratti e nel quadro comune di riferimento, ha nuovamente proposto una serie di azioni da adottare, avendo preliminarmente nominato un gruppo tra i massimi esperti di diritto civile, in particolare di diritto dei contratti.

Secondo la Commissione, infatti, un modello di diritto europeo dei contratti che dia una risposta concreta ai problemi derivanti dalla divergenza fra i diritti nazionali potrebbe aiutare l'UE a raggiungere i propri obiettivi economici e ad uscire dalla crisi, e se realizzato in maniera sufficientemente semplice ma giuridicamente certa, potrebbe anche operare da modello per le organizzazioni internazionali che guardano all'Unione come un esempio di integrazione regionale.

Alla luce di tali considerazioni, con il Libro Verde “Sulle opzioni possibili in vista di un diritto europeo dei contratti per i consumatori e le imprese”- COM(2010)348 del 1 luglio 2010-, interrogandosi sull'ambito applicativo di uno strumento di diritto contrattuale europeo e sui contenuti che esso dovrebbe presentare, la Commissione europea ha lanciato una nuova consultazione pubblica (chiusasi nel Gennaio 2011) per

¹⁹² Coerentemente con tali obiettivi, con la ulteriore Comunicazione del 19 maggio 2010, la Commissione ha posto la c.d. Agenda Digitale avente come scopo quello di eliminare progressivamente la frammentazione delle discipline negoziali mediante l'introduzione di uno strumento contrattuale facoltativo, opzionale.

scegliere lo strumento migliore per il diritto europeo dei contratti.

Come si ricava dal titolo, il Testo del Libro Verde circoscrive il suo ambito di azione poiché concerne solo il diritto dei contratti che coinvolge i consumatori e le imprese, e restano dunque totalmente esclusi i rapporti non contrattuali.

Secondo l'idea della Commissione, tale nuovo intervento dovrebbe essere in grado di risolvere o comunque attenuare le divergenze dei diritti nazionali, senza introdurre oneri aggiuntivi o complicazioni per imprese e consumatori, quali ad esempio quelli dovuti al continuo richiamo ed utilizzo delle normative nazionali o degli strumenti di diritto internazionale.

La questione più rilevante ha riguardato la natura giuridica che tale strumento avrebbe dovuto assumere ed il suo ambito di applicazione materiale.

Per quanto riguarda la natura giuridica, segnalandone vantaggi e criticità, la Commissione ha sottoposto a valutazione pubblica le seguenti opzioni:

1. pubblicazione dei risultati del gruppo di esperti, le cui raccomandazioni potrebbero essere utilizzate per la creazione di norme e contratti tipo: il testo elaborato dagli esperti, non solo non prevedrebbe l'approvazione a livello dell'Unione ma, grazie alla sua semplicità e chiarezza, potrebbe essere utilizzato sia dal legislatore europeo e dai legislatori nazionali per l'emanazione di norme, che dai contraenti per la redazione di clausole e contratti tipo. La Commissione ha tuttavia evidenziato come una soluzione del genere, che prevede un testo senza autorità o valore ufficiale, non potrebbe risolvere il problema degli ostacoli al mercato interno;

2. uno "strumentario" per il legislatore, tramite un atto della Commissione o un "accordo interistituzionale" (tra la Commissione, il Consiglio ed il Parlamento), da utilizzare per redigere le nuove proposte legislative o per redigere e/o negoziare le

nuove norme del settore;

3. una “raccomandazione della Commissione” per l’adozione progressiva e volontaria di uno strumento europeo di natura “facoltativa” ed in grado di “modificare il diritto nazionale”: in questo caso, avendo gli Stati discrezionalità quanto a tempi e modalità di attuazione, vi sarebbe il rischio di un’attuazione differenziata o addirittura di una sua mancata attuazione;

4. una direttiva sul diritto europeo dei contratti per l’armonizzazione dei diritti nazionali sulla base di norme minime comuni: attraverso l’uso della direttiva, gli Stati potrebbero mantenere norme che garantiscano maggiore protezione, come avviene per tutte le direttive di armonizzazione minima, ma ciò a discapito di un’attuazione o interpretazione uniforme delle norme recepite¹⁹³;

5. un regolamento istitutivo di uno strumento facoltativo di diritto europeo dei contratti che, concepito come “secondo regime” alternativo da adottare in tutti i Paesi Membri, offra alle parti la possibilità di scelta tra due regimi nazionali di diritto contrattuale: una soluzione in tal senso, secondo la Commissione, se da un lato potrebbe risolvere i problemi derivanti dalle divergenze normative con conseguenti benefici in ordine ai costi per le imprese e agli oneri amministrativi per il sistema giudiziario, dall’altro potrebbe rischiare di complicare il contesto normativo esistente;

6. un regolamento istitutivo di un diritto europeo dei contratti, che sostituirebbe le diverse leggi nazionali con un *corpus* omogeneo di norme europee, comprensivo di norme imperative a tutela del contraente debole: in questo caso, l’applicazione delle norme non deriverebbe da una scelta dei contraenti ma dalla loro diretta vigenza

¹⁹³ La Commissione ha evidenziato anche come l’attuale *acquis* in tema di diritto contrattuale dei consumatori mostra i limiti delle direttive ad armonizzazione minima nel ridurre le divergenze normative (JOHNSTON A.– UNBERATH H., *European private law by directives: approach and challenges*, in C. TWIGG-FLESNER (a cura di), *The Cambridge companion to European Union Private Law*, cit., 85 e ss.

all'interno dei singoli ordinamenti nazionali;

7. un regolamento istitutivo di un codice civile europeo, che comprenda cioè non solo il diritto europeo dei contratti ma anche altre obbligazioni.

Quanto al profilo dell'ambito di estensione ed efficacia dello strumento, il Libro Verde prevede la possibilità che lo stesso possa applicarsi solo ai contratti business to consumer (B2C); anche a quelli business to business (B2B); solamente ai contratti transfrontalieri; oppure a tutti i contratti nazionali.

Quanto, infine all'ambito di "applicazione materiale" dello strumento, la Commissione prospetta due alternative: disciplinare il diritto dei contratti in generale o includere anche norme specifiche di certi tipi contrattuali quali ad esempio quelle relative a contratti più frequenti quali la vendita di merci, o contratti di servizi.

Orbene, la consultazione pubblica contenuta nel Libro Verde del 2010¹⁹⁴ ha segnato un indubbio passo in avanti nel processo di realizzazione di uno strumento unitario nell'ambito dell'Unione Europea.

Infatti, proseguendo con ritmi incalzanti, la Commissione è stata in grado di pubblicare già il 3 maggio 2011 lo "studio di fattibilità" per un futuro strumento opzionale in materia di diritto contrattuale, elaborato dal citato *Expert Group*.

Come già anticipato, compito affidato a tale gruppo di studiosi è stato quello di creare, sulla linea tracciata dal quarto dei quesiti posti dal libro Verde del 2010 ("Quale dovrebbe essere la natura giuridica dello strumento di diritto europeo dei contratti?"), un progetto di regolamento opzionale¹⁹⁵ concernente il diritto contrattuale europeo¹⁹⁶.

¹⁹⁴ La consultazione pubblica *de qua*, a testimonianza dell'importanza ed estrema rilevanza dell'argomento, ha raccolto ben 320 contributi. A titolo esemplificativo, si menzionano le osservazioni formulate dal Ministero della Giustizia Italiano che esprimono una preferenza finale verso la forma giuridica di un "accordo interistituzionale" cui attenersi nel redigere le proposte legislative del settore.

¹⁹⁵ Secondo l'opzione proposta dalla commissione, tale strumento facoltativo sarebbe concepito come "secondo regime", offrendo così alle parti la scelta tra due regimi di diritto contrattuale interno. Tale strumento, cioè, integrerebbe nelle normative nazionali dei 27 Stati membri un corpus completo e, per

Nel fare ciò, il gruppo avrebbe dovuto avere come obiettivo quello di selezionare le previsioni contenute nel DRAFT COMMON FRAME OF REFERENCE (DCFR) che riguardano direttamente o indirettamente il diritto dei contratti, nonché “*semplificare, migliorare, aggiornare ed integrare*” il testo stesso.

Più precisamente la rivisitazione della fattispecie contrattuale contenuta nel DCFR avrebbe dovuto riguardare sia la struttura che la terminologia utilizzata nel testo stesso¹⁹⁷, in considerazione degli “altri studi” elaborati nel corso degli ultimi anni nel campo del diritto contrattuale europeo e soprattutto del c.d. *acquis communautaire*, il diritto comunitario vigente¹⁹⁸.

L’idea perseguita, dunque, era quella di realizzare una sorte di *editio minor* del più ampio oggetto sotteso all’elaborazione del DCFR¹⁹⁹.

Obiettivo questo che, già da un’analisi approssimativa dell’esito dei lavori, sembra essere stato raggiunto. Infatti, nello “studio di fattibilità” si assiste ad una drastica semplificazione rispetto al *mare magnum* del DCFR (soli 187 articoli rispetto ai 10

quanto possibile, autonomo di norme di diritto contrattuale che le parti potrebbero scegliere come legge che disciplina il contratto; metterebbe a disposizione dei contraenti, *in primis* quelli che desiderano operare sul mercato interno, un complesso alternativo di norme; potrebbe applicarsi ai soli contratti transfrontalieri ovvero ai contratti transfrontalieri e a quelli nazionali.

¹⁹⁶ La “option 4” proposta nel libro Verde, infatti, riguardante proprio la creazione di uno strumento facoltativo di diritto europeo dei contratti, è stata fin dall’inizio, presentata come la strada più opportuna da percorrere nel senso dell’armonizzazione del diritto contrattuale. Alla discussione di questa opzione, infatti, si è dato un così ampio spazio che si è avuta l’impressione che la linea d’azione delle istituzioni comunitarie fosse già stabilita, e fosse tesa alla elaborazione del regolamento opzionale (in tal senso, MELI, *The Common Frame of Reference and The Relationship between National Law and European Law*, in *European Review of Contract Law*, in ERCL, 2011, pp. 230 e 234).

¹⁹⁷ In particolare, il gruppo avrebbe dovuto produrre, secondo le indicazioni della Commissione, “*un testo a sé stante e completo [...] che non sia solo conciso, ma anche colloquiale, sia nella lingua che nella struttura in modo da poter essere compreso e usato da imprese e consumatori che non siano necessariamente esperti in materia di diritto dei contratti*”. Anche il Consiglio, d’altronde, ha richiesto ripetutamente che lo strumento fosse “*chiaro, conciso e facile da comprendere*”(VOGENAUER S., *Elaborare il diritto europeo dei contratti*, in *Contratto e Impresa/Europa*, Numero Speciale, Trenta Giuristi Europei sull’idea di codice europeo dei contratti, 2012, Torino).

¹⁹⁸ DE CRISTOFARO G., *I “principi” di diritto comunitario dei contratti*, Torino, 2009.

¹⁹⁹ D’AMICO G., *Il Diritto comune europeo della vendita, - Direttiva sui diritti del consumatore e regolamento sul diritto comune europeo della vendita: quale Strategia dell’Unione in materia di armonizzazione*, in *I Contratti*, 7/2012, 611 e ss.

libri) che - come precedentemente riferito- ambisce ad occuparsi dell'intero diritto privato ma che, attualmente, utilizzando un'espressione della Commissione, è confinato sullo scaffale delle "scatole degli attrezzi" del diritto privato europeo ("**tool box**", COM(2004) 651)²⁰⁰.

Per quanto concerne, invece, gli altri obiettivi stabiliti dalla commissione, e cioè il miglioramento, aggiornamento ed integrazione dei contenuti selezionati del Draft, è necessario osservare che lo "studio di fattibilità" elaborato dall'*Expert Group* sembra più che un superamento del DCFR, una versione "alleggerita" dello stesso.

Ciò non stupisce affatto: alla elaborazione di tale rivisitazione, infatti, hanno partecipato nove su dodici degli esponenti che si erano occupati della stesura del Progetto di Quadro Comune di Riferimento.

²⁰⁰ DONADIO G., *Diritto Contrattuale Comunitario e "optional instrument": una valutazione preventiva*, in Contratto e Impresa/Europa, Padova, 2011, 649 e ss.

CAPITOLO 3

LA PROPOSTA DI REGOLAMENTO PER UN DIRITTO COMUNE EUROPEO DELLA VENDITA

1. Introduzione

Come già anticipato nelle pagine precedenti, subito dopo la pubblicazione del Feasibility Study²⁰¹, la Commissione Europea, presa una salda posizione nel senso della costruzione di un diritto europeo dei contratti, si è impegnata ad elaborare, entro la fine del 2011²⁰², una concreta proposta legislativa in tal senso.

L'obiettivo è stato quello di predisporre un regolamento istitutivo di uno strumento opzionale riguardante la materia contrattuale che le parti di operazioni economiche transfrontaliere possano scegliere quale "legge applicabile" alla convenzione, ai sensi del Regolamento Roma I²⁰³.

Si tratta, usando un'espressione ormai nota agli operatori del diritto, della tecnica del c.d. "blue button"²⁰⁴ (tasto blu, come il colore della bandiera dell'UE) che consente l'attivazione della disciplina comunitaria *opt-in*, una sorta di "ventinovesimo regime"

²⁰¹ Tale documento, le cui regole si sono basate, in gran parte, sul Draft Common Frame of Reference (DCFR) e sulla Convenzione di Vienna, fu pubblicato il 3 maggio 2011, ed in successive versioni nel luglio ed agosto 2011, e cioè pochi mesi prima del CESL (STORME M., *Editorial, Fatal Attraction*, in Eur. Rev. Priv. Law, 2011, p. 343). Tuttavia, gli esperti del Commission Expert Group on European Contract Law, accademici e pratici che nell'aprile del 2010 erano stati incaricati di elaborare tale Studio di fattibilità, non sono stati gli autori del CESL: quest'ultimo, infatti, è stato completato all'interno della Commissione Europea, seguendo molto da vicino contenuti e struttura dello Studio di Fattibilità.

²⁰² La tabella di marcia relativa alle azioni da portare a termine nel campo dell'armonizzazione del diritto privato, e segnatamente nel diritto dei contratti, ha portato e continua a portare con sé il rischio che vengano privilegiate esigenze di velocità e di rispetto di scadenze a breve termine, a detrimento della qualità del prodotto confezionato.

²⁰³ Regolamento n. 593/2008 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I), in *op.cit.*, secondo il cui art. 3 le parti possono scegliere in base a quale legge debba essere disciplinato, in tutto o in parte, il proprio contratto.

²⁰⁴ Espressione che risale ad una proposta di SCULTE-NOLKE, *Europaisches Vertragsrecht als blauer Button in Internet-Shop*, in ZGS, 2007, p. 81 ss.

cui sottoporre la regolamentazione degli scambi fra operatori di diverse nazioni, facenti parte del mercato unico²⁰⁵.

Il frutto di questa iniziativa, sviluppata dalla Commissione, con il sostegno del Parlamento Europeo²⁰⁶, in conformità al principio di sussidiarietà e proporzionalità sancito dall'art. 5 del Trattato sull'Unione europea (TUE), è stato la Proposta di Regolamento per un Diritto Comune Europeo della Vendita (PROPOSAL FOR A REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL ON A COMMON EUROPEAN SALES LAW).

Non, dunque, una disciplina comune sul “contratto in generale”, come poteva indurre a pensare l'originaria prospettiva progettuale, in cui si discuteva di un “codice europeo sul contratto”, ma di una disciplina comune su uno specifico contratto, la compravendita.

Occorre osservare che se la proposta fosse poi adottata, si tratterebbe di un fatto importante nel panorama del diritto europeo dei contratti: si andrebbe incontro, infatti, ad un passaggio da un diritto di derivazione europea, basato su direttive da recepirsi all'interno degli Stati membri, ad un diritto unico europeo dei contratti, completo di regole uniformi, adottato con un regolamento e direttamente efficace negli ordinamenti degli Stati membri²⁰⁷.

Nel comunicato stampa della Commissione Europea dell'ottobre 2011²⁰⁸ in cui

²⁰⁵ DONADIO G., *op. cit.*, 651 e ss.

²⁰⁶ A sostegno della Commissione, il Parlamento Europeo si era espresso con la Risoluzione dell'8 giugno 2011 sulle opzioni possibili in vista di un diritto europeo dei contratti per i consumatori e le imprese (<http://www.europarl.europa.eu>).

²⁰⁷ LAURA VALLE, *Diritto Privato di derivazione Europea, Diritto Privato Europeo e regolazione dei contratti transazionali nel Mercato Interno Europeo*, in *Comparazione e diritto civile*, novembre 2012, 1 e ss..

²⁰⁸ Nel Comunicato Stampa della Commissione Europea del 12 ottobre 2011 si legge: “*Il mercato unico rappresenta un successo dell'Unione, ma persistono ancora barriere agli scambi transfrontalieri; la maggior parte di esse deriva dalle differenze tra i diritti dei contratti dei 27 Stati membri, che rendono complesso e costoso vendere all'estero, soprattutto per le piccole imprese. Scoraggiati dagli ostacoli posti dal diritto dei contratti, i professionisti rinunciano ogni anno ad un business transfrontaliero di almeno 26 miliardi di euro. Parallelamente, 500 milioni di consumatori europei perdono la possibilità di accedere ad una maggior scelta a prezzi inferiori, essendo poche le imprese che offrono i loro prodotti all'estero, soprattutto nei mercati nazionali più piccoli. Oggi la Commissione europea propone un diritto comune europeo della vendita*”.

vengono analiticamente esposte le motivazioni poste a fondamento dell'adozione dello strumento opzionale,²⁰⁹ si afferma che esso dovrebbe garantire alle imprese un regime comune (ma facoltativo) di diritto dei contratti, identico per tutti i 28 Stati membri, grazie al quale i professionisti non dovranno più districarsi tra le incertezze derivanti dal fatto di doversi confrontare con più sistemi contrattuali nazionali²¹⁰. Ne risulterebbe una riduzione dei costi di transazione per le imprese che desiderano vendere oltre frontiera (attualmente esse devono confrontarsi con ben 28 diversi diritti nazionali dei contratti, con quel che ne segue in termini di traduzioni e consulenze legali, pari ad un costo medio di 10.000 euro per ogni nuovo mercato di esportazione²¹¹); un sostegno alle piccole e medie imprese per espandersi in nuovi mercati.

Per quanto concerne i consumatori, invece, ci dovrebbero essere i seguenti benefici:

facoltativo che contribuirà ad abbattere tali barriere, garantendo ai consumatori più scelta e un livello più elevato di tutela, e agevolando gli scambi grazie a un corpus unico di norme applicabili ai contratti transfrontalieri in tutti i 27 paesi dell'Unione. Così, nell'ipotesi che un'impresa offra i propri prodotti nell'ambito del diritto comune europeo della vendita, il consumatore avrà la possibilità di concludere, con un semplice click, un contratto europeo di facile applicazione che per giunta gli offre un grado di tutela elevato. La proposta della Commissione deve ora essere approvata dagli Stati membri e dal Parlamento europeo, che aveva già manifestato il suo forte sostegno in una votazione agli inizi di quest'anno (IP/11/683). Il diritto comune europeo della vendita elimina le barriere e massimizza i benefici per i consumatori e le imprese"

(http://ec.europa.eu/justice/contract/files/common_sales_law/i11_1175_it.pdf).

²⁰⁹ Tra le ragioni poste a fondamento dell'adozione del CESL assumono particolare importanza le differenze tra i sistemi giuridici dei Paesi membri che comportano costi di transazione per gli operatori commerciali, pesanti soprattutto per le piccole e medie imprese e in particolare per le micro-imprese, e costituiscono un ostacolo per i consumatori che sono restii a concludere contratti al di là dei confini oppure non trovano tale disponibilità offerta sui siti internet, significando il tutto, in definitiva, una perdita economica per il mercato.

A tali ragioni, tuttavia, ferme critiche sono state formulate nella relazione della Law Society of England and Wales, Response to UK Government Call for Evidence, del maggio 2012 in cui è stato affermato che la contrattazione transazionale è ostacolata invero da una serie di altri fattori quali le differenze linguistiche, le norme sugli imballaggi e l'etichettatura della merce, le norme sulla pubblicità, la regolazione della proprietà intellettuale, i tassi dell'imposta sul valore aggiunto, i trasporti, e le possibilità di ottenere una risoluzione di una controversia nel caso in cui qualcosa non funzioni. Anche il Bundestag tedesco nel suo parere ragionato del 30 novembre 2011 riferisce che l'esperienza sulla Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di beni mobili rivela che barriere decisive al commercio transazionale sono in particolare le barriere linguistiche e le distanze fisiche (SENSBURG, *The position of the German Bundestag on the Commission's Proposal for a Regulation on a Common European Sales Law*, in *European Review of Contract Law*, 2012, p. 189, 197 ss.).

²¹⁰ Secondo un sondaggio Eurobarometro pubblicato ad Ottobre 2011, il 71% delle imprese europee, se potesse scegliere, userebbe un unico diritto europeo dei contratti per tutte le vendite a consumatori di altri paesi UE.

²¹¹ Dati questi riferiti nel citato comunicato stampa dalla Commissione che, tuttavia, non indica i parametri utilizzati per l'elaborazione dei medesimi.

- un identico ed elevato livello di certezza e protezione in tutti gli Stati membri. Il diritto comune europeo della vendita dovrebbe essere un attestato di qualità per il consumatore, libero, ad esempio, di scegliere i rimedi nel caso di un prodotto difettoso, anche vari mesi dopo l'acquisto. Il consumatore avrebbe infatti la possibilità di risolvere il contratto o di chiedere una riduzione di prezzo o la sostituzione o la riparazione del prodotto, possibilità che, si badi bene, attualmente esiste attualmente solo in alcuni Stati membri (Italia, Francia, Grecia, Lituania, Lussemburgo e Portogallo)²¹²;

- una maggior scelta di prodotti a prezzi inferiori. Attualmente i consumatori che si attivano per trovare le offerte migliori all'interno dell'UE, soprattutto on-line, si imbattono spesso nel rifiuto del professionista di vendere o consegnare il prodotto al di fuori del proprio mercato di riferimento;

- maggior trasparenza e fiducia dei consumatori: sarà necessario il loro consenso per applicare al contratto il diritto comune europeo della vendita, ed i loro diritti saranno illustrati, in una nota informativa, in modo chiaro e nella lingua del loro paese di appartenenza.

E' interessante osservare, infatti, che (secondo quanto previsto nella Proposta) il diritto comune europeo della vendita sarebbe comunque applicabile solo previo consenso esplicito delle parti, e limitatamente ai contratti transfrontalieri (contratti di vendita di beni e prestazioni di servizi connessi, nonché contratti dai contenuti digitali) tra imprese e consumatori e/o tra sole imprese. Cioè a quei casi in cui si riscontrano i problemi legati ai costi di transazione aggiuntivi e alla complessità giuridica, ferma restando la possibilità per gli Stati membri di scegliere tale diritto comune anche per i contratti nazionali e quelli internazionali (sempre che almeno una parte sia stabilita in

²¹² Il 44% dei consumatori dichiara che è l'incertezza in merito ai propri diritti di consumatori a scoraggiarli dall'acquistare in altri paesi UE.

uno stato membro).

A tal proposito, il Commissario Europeo per la Giustizia - sig.ra Reding - ha dichiarato che *“il diritto comune europeo della vendita facoltativo contribuirà a rilanciare il mercato unico, motore della crescita economica dell’Europa. Offrirà alle imprese uno strumento facile ed economico per espandere le loro attività in nuovi mercati europei e nel contempo garantirà ai consumatori l’accesso ad offerte migliori ed un livello più elevato di protezione [...]. Anziché accantonare i diritti nazionali, la Commissione europea oggi adotta un approccio innovativo basato sulla libera scelta, sulla sussidiarietà, sulla concorrenza”*.

Se quelle sin qui dette sono le finalità (o le attese) legate alla Proposta di Regolamento, va detto che essa è tutt’ora in evoluzione, e ciò anche considerata la comprensibile assenza di unanime condivisione del progetto da parte dei vari operatori del diritto, istituzionali e non solo.

Per questa ragione, la Commissione Affari Legali del Parlamento Europeo (correlatori: Klaus - Heiner Lehne e Luigi Berlinguer) ha sviluppato, nel corso del 2012, un intenso programma di lavori.

Dopo un primo incontro su alcune questioni fondamentali (in particolare su come la Proposta dovrebbe funzionare all’interno del quadro giuridico esistente e se la sua copertura ed i suoi contenuti soddisfino le esigenze dei suoi utenti), il Comitato ha organizzato, con il “Policy Department”, tre workshop sui principali capitoli dell'allegato I (che riguardano, come si vedrà oltre, le clausole abusive, i rimedi, le restituzioni e la prescrizione), oltre ad una conferenza con i rappresentanti dei parlamenti nazionali.

All’esito di tali attività, è stato presentato un “Working Document”²¹³ e soprattutto un “Draft Report”: quest’ultimo, sottoposto all’esame del Comitato il 18 febbraio 2013

²¹³ European Parliament, Committee on Legal Affairs, *Working document on the proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law (COM(2011)0635–C7-0329/2011–2011/0284(COD))*, in <http://www.europarl.europa.eu/committees/en/juri/workingdocuments.html>.

ed approvato il 6 marzo 2013, è stato votato dalla Commissione Giuridica del Parlamento Europeo lo scorso 17 settembre²¹⁴ e contiene, nel testo definitivo (“Report” recante data 29 settembre 2013), ben 264 emendamenti.

In questo documento gli eurodeputati, pur ribadendo come un diritto contrattuale opzionale a livello europeo potrà promuovere la crescita, rendendo più conveniente per le imprese l’accesso a nuovi mercati e offrendo ai consumatori una più ampia scelta di prodotti a prezzi più competitivi, hanno sottolineato l’opportunità di rafforzare in particolare il “mercato unico” on-line, fornendo una serie coerente di norme per la commercializzazione di prodotti digitali e servizi correlati, al punto che, secondo tale prospettiva, il campo di applicazione del CESL dovrebbe essere ristretto ai soli contratti a distanza, in particolare a quelli on-line (cfr. emendamento n. 26), allo scopo di conferire un valore aggiunto al business on line²¹⁵.

In sostanza, pur nel contesto di una generale consapevolezza e volontà di adottare uno strumento di regolazione uniforme, non può dirsi ancora raggiunta una certezza, o se si preferisce, una totale condivisione, circa gli ambiti di applicazione.

²¹⁴ Prima dell’approvazione del Parlamento, l’11 luglio 2013, il « *Committee on the Internal Market and Consumer Protection*” (IMCO) pubblicava un “*opinion*” in cui, muovendo differenti critiche alla proposta della Commissione concludeva affermando di non essere in grado di sostenere uno strumento opzionale come il CESL. In particolare, affermava quanto segue: “*the committee is therefore unable to support the Commission proposal for an optional CESL. Nevertheless it is convinced of the need for common European rules in the field of consumer contract law. As an alternative to the optional sales law it therefore recommends that the existing, successful process of harmonising EU consumer contract law should be continued and completed. The adoption of Directive 2011/83/EU has left few areas of consumer contract law to be modernised by this proposal for a directive. Account also needs to be taken of developments in online trade by including contracts on digital contents. The committee also takes the view that related services should also be included because of their close links to the sales contract*” (of the Committee on the Internal Market and Consumer Protection for the Committee on Legal Affairs on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law (COM(2011)0635 – C7-0329/2011 – 2011/0284(COD))).

²¹⁵ Proposte fondamentali contenute in tale DRAFT, oltre a quelle relative alle misure di accompagnamento, sono state quello di fondere in un unico testo regolamento ed allegato; di circoscrivere il CESL ai contratti stipulati a distanza, in specie a quelli online; di chiarire il rapporto del CESL con il regolamento Roma I; di chiarire i riferimenti al diritto nazionale; di specificare il principio di buona fede e correttezza; di proporre tre possibili alternative per raggiungere un migliore equilibrio tra il diritto di recesso del consumatore e il diritto del venditore nel capitolo sui rimedi; di introdurre regole più pratiche sui contenuti digitali; di limitare il periodo di prescrizione lunga a sei anni (Committee on Legal Affairs, *Draft Report on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law* (COM(2011)0635 – C7-0329/2011 – 2011/0284(COD))).

2. Le ragioni di una scelta “limitata”

Il progetto di CESL (ovvero Common European Sales Law: acronimo ormai affermatosi nell'uso comune) è certamente meno ambizioso rispetto ai 10 libri del DCFR²¹⁶, visto che disciplina solo il contratto di vendita e per di più se transfrontaliero: tuttavia, esso ha grande rilievo non solo perché riguarda (per dir così) il contratto per “eccellenza” (cioè la compravendita), ma anche perché ha avuto il merito di condurre il dibattito sui contenuti di un futuro diritto europeo dei contratti all'interno della discussione politica delle istituzioni europee.

La limitatezza rispetto alle attese è, d'altra parte, il risultato di una serie di fattori, che in gran parte attengono a valutazioni di opportunità che non hanno natura strettamente giuridico/economica.

Innanzitutto un ruolo rilevante a favore della circoscrizione hanno svolto i tempi stretti di redazione (un anno), la lunghezza predeterminata (non più di 150 articoli, integrati successivamente dalle disposizioni della Direttiva sui Consumatori), ed il mandato conferito dalla Commissione al Gruppo di Esperti.

Il Compito di quest'ultimo è stato di procedere ad una “ricontrattualizzazione” del DCFR, con riferimento sia alla struttura che alla terminologia, tenendo altresì conto dell'*acquis* comunitario, degli strumenti di diritto uniformi già esistenti e seguendo il *life cycle of the sales contract*, ovvero regolando soltanto ciò che fosse strettamente collegato all'evolversi cronologico di questo specifico rapporto contrattuale, dalla fase precedente la conclusione dell'accordo a ciò che avviene dopo la cessazione degli effetti.

Pertanto, essendo la vendita la tipologia di contratto che per eccellenza regola lo scambio, anche quello intracomunitario, è naturale che l'oggetto dell'armonizzazione

²¹⁶ La gran parte dei governi continua a dichiararsi favorevole alla redazione di uno strumento soltanto opzionale in base al principio di sussidiarietà.

Di diversa opinione è la cultura accademica. La Commissione Lando ha indicato tre successivi stati del processo di unificazione del diritto contrattuale: dapprima il codice potrebbe costituire uno strumento opzionale per le parti che concludano operazioni transnazionali (*opt-in*); poi potrebbe divenire vincolante, salvo deroga pattizia (*opt-out*), infine potrebbe essere esteso, in modo pienamente vincolante, a tutte le operazioni comunque concluse nell'ambito dell'Unione Europea.

sia ricaduto sul contratto strumento principale delle transazioni transfrontaliere.

Ma soprattutto, l'opportunità di regolare l'ipotesi della vendita può essere apprezzata alla luce delle considerazioni che sono state sviluppate nel secondo capitolo della prima parte (Il percorso verso il "contratto europeo") circa le speciali difficoltà di armonizzazione fra *civil law* e *common law*. In quest'ultimo, infatti, il *contract* consiste essenzialmente nello scambio fondato sulla *consideration*, e cioè manca la teorizzazione del "contratto in generale". Per contro, nei vari sistemi di *civil law* è stata elaborata una nozione generale di contratto che è comprensiva sia dell'atto a titolo gratuito (donazione in primis) sia dell'atto di scambio del quale la vendita è certamente la fattispecie "principale".

Dunque, il contratto di vendita si presta ad essere assunto come minimo comune denominatore nella disciplina del contratto, collocandosi trasversalmente tra le diverse tradizioni giuridiche, abbracciandole ed essendo terreno quasi naturale di elaborazioni unitarie.

Non desta sorpresa a questo punto che, muovendo dalla constatazione che la disciplina della vendita costituisce il nucleo centrale del diritto generale del contratto,²¹⁷ il quale a sua volta costituisce il nucleo centrale di qualsiasi codice civile, c'è chi ha sostenuto che l'introduzione di una siffatta disciplina europea della vendita equivarrebbe alla creazione di un vero e proprio prototipo di codice civile europeo, sebbene le Istituzioni dell'Unione e gli studiosi coinvolti nel progetto neghino tale prospettiva, principalmente allo scopo di mitigare le possibili crisi di rigetto e le resistenze nazionali²¹⁸.

²¹⁷ 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 Navaretta, Milano, 2007, 517 e ss.

²¹⁸ Si comprende come quattro Stati membri (ossia Austria, Belgio, Germania e Regno Unito) si siano ufficialmente dichiarati contrari all'approvazione della proposta, ritenendo che essa si ponga in contrasto con il principio di sussidiarietà sancito dall'art. 5 del TUE (SIRENA P., *Diritto comune europeo della vendita vs Regolamento di Roma I: quale futuro per il diritto europeo dei contratti?*, in *I contratti*, 7/2012).

3. La struttura della proposta

La struttura della proposta, più semplice e maggiormente accessibile agli operatori economici ed ai consumatori rispetto al DCFR, consta di quattro parti:

a) la prima formata da un ampio e lungo preambolo (costituito da “37 considerando”);

b) la seconda, il vero e proprio progetto di regolamento, composto da 16 articoli indicanti le finalità, il contenuto e l’ambito applicativo della Proposta;

c) la terza, costituita dall’Allegato I al Regolamento che, con i suoi 187 articoli (suddivisi in 8 parti), contiene l’effettiva disciplina del diritto comune europeo della vendita;

d) la quarta, costituita dall’Allegato II, contenente la nota informativa standard diretta al consumatore rispetto alla scelta che sta per effettuare.

Tralasciando la parte relativa ai “considerando” su cui si è in parte già detto, e l’Allegato II in quanto contenente semplicemente la nota informativa standard che il professionista deve rilasciare al consumatore prima che le parti concordino di applicare il CESI, si ritiene opportuno esaminare in dettaglio il vero e proprio progetto di regolamento ed il suo Allegato I.

Finalità, contenuto ed ambito applicativo della proposta, sono così indicati dall'articolato:

- l'*articolo 1* stabilisce finalità ed oggetto del regolamento e precisa che, per quanto concerne i contratti tra professionisti e consumatori, lo stesso contiene un corpus completo di norme a tutela dei secondi che, tendendo a garantire un loro elevato livello di protezione, ha lo scopo di rafforzare la loro fiducia nel mercato interno;

- l'*articolo 2* contiene la definizione dei termini principalmente usati nel regolamento, quale quello di contratto, buona fede e correttezza, clausole contrattuali standards, professionisti, consumatori, contratto di vendita, risarcimento, etc.;

- l'*articolo 3* stabilisce la natura facoltativa delle norme di diritto comune europeo

della vendita nei contratti transfrontalieri di vendita di beni, di fornitura di contenuto digitale e di servizi connessi²¹⁹;

- l'*articolo 4* sancisce il campo di applicazione territoriale del regolamento, limitato ai soli contratti transfrontalieri e stabilisce quando un contratto possa intendersi tale;

- l'*articolo 5* stabilisce i tipi contrattuali cui può applicarsi il diritto comune europeo della vendita, e cioè i contratti di vendita di beni, di fornitura di contenuti digitali e di prestazione di servizi connessi²²⁰;

- l'*articolo 6* esclude dal campo di applicazione del regolamento i contratti misti (contenenti elementi diversi dalla vendita dei beni, dalla fornitura di contenuto digitale e dalla prestazione di servizi connessi) e i contratti collegati al credito al consumo²²¹;

²¹⁹ Al riguardo, nel novembre 2011, il Commissario alla Giustizia REDING ha riferito che, a causa delle difficoltà nei confronti di uno strumento che fosse sostitutivo delle normative nazionali, la Commissione è stata indotta ad intraprendere un approccio innovativo, proponendo una disciplina comune europea della vendita di tipo opzionale (discorso Varsavia-novembre 2011- su <http://ec.europa.eu/justice/contract>).

C'è chi ha osservato, infatti, che anche la terminologia adottata dalle istituzioni comunitarie per denominare le diverse opzioni per la realizzazione di un diritto privato europeo, rivela il tentativo di mascherare un'uniformazione del diritto privato europeo, fonte di timore per gli Stati membri: *"this search for the best euphemism reveals the struggle of Community institutions and transnational research groups to sell to the member States, including the common law countries, measures of harmonization which in fact consist in a "continentalization" of their private laws"* (COLOMBI CIACCHI, *Optional Instrument for Consumer Contracts in the EU*, in *The Politics of the Draft Common Frame of Reference*, ed. by Somma, The Netherlands, 2009, p. 4, 7 ss.).

²²⁰ L'art. 2 lett. K) della Proposta di Regolamento definisce contratto di vendita quel contratto *"in base al quale il professionista (venditore) trasferisce o si impegna a trasferire la proprietà di beni a un'altra persona (compratore) il quale ne paga o si impegna a pagarne il prezzo, inclusi i contratti di fornitura di beni da fabbricare o produrre ed esclusi i contratti di vendita forzata o che comportino in altro modo l'intervento della pubblica autorità"*. La definizione autorizza ad includere nell'ambito operativo materiale anche i contratti d'opera e d'appalto aventi ad oggetto la produzione o fabbricazione di beni mobili (*"i contratti di fornitura di beni da fabbricare o produrre"*).

²²¹ Tale esclusione, tuttavia, potrebbe compromettere l'adozione del Regolamento a fronte dell'incertezza che in un ipotetico giudizio i giudici, chiamati a valutare il contratto, possano non riconoscere elementi di estraneità in essi inseriti (ad esempio liberalità come "doni di benvenuto") e comunque discentiva il professionista/venditore all'adozione di uno strumento che, non disciplinando elementi comunque inseriti nel contratto, dovrà integrarlo con la disciplina nazionale. L'European Law Institute, dunque, nel settembre 2012, ha proposto, in uno Statement on the Proposal for a Regulation on a Common European Sales Law, un'ipotesi di revisione che preveda quale oggetto del CESL, unitamente ai contratti di vendita e di fornitura di contenuto digitale, i contratti per la fornitura di qualsiasi servizio correlato, ad esclusione dei servizi finanziari. Per quanto concerne invece i contratti misti il gruppo dell'ELI suggerisce l'estensione al di là dello stretto scambio di beni e denaro, oltre che al di là delle piccole-medie imprese, per comprendere trasporto, addestramento all'impiego di beni, consulenza on-line sul funzionamento dei prodotti (servizi post vendita) e "omaggi" offerti in connessione con l'acquisto. In particolare l'ELI si è espresso come segue: *"the law applicable to the alien element or to the linked contract will determine the effect which invalidity or the exercise of any right or remedy under the CESL has on the other contract; the national law under which the parties have agreed on the use of the CESL will determine the effect that invalidity or the exercise of any right or remedy in relation to the other"* (<http://www.europeanlawinstitute.eu/projects/publications/>).

- l'*articolo 7* stabilisce che il regolamento si può applicare nei contratti in cui almeno una parte sia un professionista²²² e, nel caso in cui tutte le parti siano professionisti, nei contratti in cui almeno una delle parti sia una piccola o media impresa (PMI)²²³;

- l'*articolo 8* chiarisce che la scelta del diritto contenuto nel regolamento è subordinata all'accordo tra le parti e che, nel caso di contratti con consumatori, la scelta per la disciplina del regolamento deve essere contenuta in una dichiarazione esplicita distinta da quella che esprime la volontà generica di concludere il contratto;

- l'*articolo 9* precisa che nei rapporti tra professionista e consumatore, in aggiunta agli obblighi di informativa precontrattuale prescritti dal diritto comune europeo della vendita, il professionista è tenuto a richiamare l'attenzione del consumatore sull'intenzione di applicare il diritto comune europeo della vendita prima dell'accordo, rilasciando la nota informativa di cui all'allegato II;

- l'*articolo 10* impone agli stati membri di determinare le sanzioni da irrogare in caso di violazione da parte del professionista, nei rapporti con il consumatore, degli obblighi di cui agli articoli 8 e 9 e di adottare tutte le misure necessarie per assicurarne

²²² Quale sia la *ratio* di questa complessa articolazione dei limiti soggettivi all'ambito di operatività del Regolamento, non è affatto chiaro. Una volta compiuta la scelta di non circoscrivere la disciplina alle sole vendite B2C, non si vede il motivo per cui si siano introdotte le citate distinzioni anche alla luce del fatto che comunque l'operatività del regolamento dipenderà da una scelta concorde delle parti.

²²³ Il considerando n. 21 fa salva la possibilità che lo Stato membro preveda l'adozione del CESL anche per i contratti tra operatori commerciali, nessuno dei quali sia una PMI, aggiungendo che in ogni caso nei rapporti B2B gli operatori commerciali godono di totale autonomia e debbono essere incoraggiati ad ispirarsi al CESL nella redazione delle clausole contrattuali. Orbene, la *ratio* di questa previsione è difficilmente ravvisabile nella strutturale debolezza contrattuale di tale contraente o nell'accostamento del medesimo alla figura del "consumatore". Del resto, è discutibile la opportunità di interventi così "invasivi" nella sfera della autonomia contrattuale 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. Secondo Patti tra l'altro, "*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*" (PATTI S., *Le clausole abusive e l'optional instrument nel percorso di armonizzazione in Europa*, in *Contr. e Impr./Europa*, 2011, 672). Inoltre, la supposizione secondo cui difficilmente le imprese più "forti" sceglieranno volontariamente di assoggettare il rapporto commerciale alla disciplina del CESL è rafforzata dall'ulteriore considerazione secondo la quale è possibile comunque ottenere i vantaggi che può presentare sotto altri profili una disciplina "comune" senza assoggettarsi agli svantaggi che presenta in termini di compressione dell'autonomia privata la normativa *de qua* (D'AMICO G., *Il Diritto Comune Europeo della Vendita*, in *I Contratti*, 7/2012).

l'applicazione;

- l'*articolo 11* precisa che, nel caso in cui venga validamente scelto dalle parti, il diritto comune europeo della vendita è il solo diritto applicabile nelle materie rientranti nel proprio campo di applicazione e si estende anche all'osservanza degli obblighi di informativa precontrattuale e ai rimedi per la loro inosservanza;

- l'*articolo 12* chiarisce che il regolamento fa salvi i requisiti di informazione previsti dalla direttiva 2006/123/CE relativa ai servizi nel mercato interno, e che integrano quelli prescritti dal diritto comune europeo della vendita;

- l'*articolo 13* prevede la possibilità per gli Stati membri di applicare il diritto comune europeo della vendita anche in un contesto meramente nazionale²²⁴, e per i contratti fra professionisti in cui nessuna parte è una PMI ai sensi dell'art. 7, par. 2;

- l'*articolo 14* sancisce l'obbligo per gli Stati membri di comunicare tempestivamente alla Commissione le decisioni definitive dei rispettivi organi giurisdizionali che interpretano le disposizioni del regolamento e conseguentemente la Commissione istituirà una banca dati, aperta al pubblico, contenente tali decisioni e quelle pertinenti della Corte di Giustizia dell'Unione;

- l'*articolo 15* contiene l'obbligo per gli Stati Membri, entro 4 anni dall'entrata in vigore del Regolamento, di valutare lo stesso, circa la sua applicazione ed interpretazione, e per la Commissione di presentare, entro 5 anni dalla sua entrata in vigore, una relazione dettagliata sul suo funzionamento;

- l'*articolo 16* stabilisce l'entrata in vigore del regolamento per il ventesimo giorno successivo alla pubblicazione nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea*, e la sua applicazione sei mesi dopo l'entrata in vigore.

²²⁴ Il considerando n. 15 della Proposta di Regolamento enuncia che gli Stati membri dovrebbero essere liberi di autorizzare le parti ad avvalersi del CESL anche in un contesto puramente nazionale, mentre il considerando precedente, n. 14, afferma che l'applicazione del CESL non dovrebbe essere limitata alle situazioni transfrontaliere che coinvolgano i soli Stati membri, ma dovrebbe essere disponibile anche per facilitare i rapporti commerciali tra Stati membri e Paesi terzi. Per quanto riguarda il primo aspetto, poi, l'art. 13 lett. A) fa sì che gli Stati membri possano scegliere di ampliare l'applicabilità del CESL anche alle vendite interne e cioè quando la residenza abituale del o dei professionisti, l'indirizzo indicato dal consumatore, l'indirizzo di consegna del bene o l'indirizzo di fatturazione (nel caso di contratti B2C) si trovino nello stesso Stato membro.

Se tale è il contenuto della proposta di regolamento, come poc'anzi anticipato, bisogna guardare all'Allegato I per trovare l'effettiva disciplina del diritto comune europeo della vendita.

Quest'ultimo, infatti, consta di otto parti e mentre le prime ed ultime tre possono definirsi a carattere generale, applicabili sia ai contratti di vendita che a quelli di servizi, la quarta e quinta parte è limitata rispettivamente alla disciplina della vendita e a quella dei contratti di servizi connessi.

In particolare:

- la Parte I (Disposizioni introduttive) espone i principi generali di diritto dei contratti che tutte le parti sono tenute a rispettare, quale il principio di buona fede e correttezza e di libertà contrattuale (non valido solo per le norme imperative, quali quelle poste a tutela del consumatore);

- la Parte II (Concludere un contratto vincolante) contiene norme relative alle informazioni precontrattuali, conclusione del contratto, diritto di ripensamento del consumatore, difetti del consenso;

- la Parte III (Valutazione del contenuto del contratto) contiene norme in tema di interpretazione, contenuto ed effetti del contratto, oltre ai criteri per l'individuazione delle clausole abusive;

- la Parte IV (Obbligazioni e rimedi delle parti del contratto di vendita) è dedicata alle obbligazioni e rimedi delle parti di un contratto di vendita e di fornitura di contenuto digitale;

- la Parte V (Obbligazioni e rimedi delle parti nei contratti di servizi connessi) concerne i contratti per la prestazione di servizi strettamente correlati al contratto di vendita di beni o fornitura di contenuto digitale, quali l'installazione, riparazione o manutenzione.

- la Parte VI (Risarcimento del danno ed interessi), contiene norme comuni sul risarcimento del danno e gli interessi per ritardo nel pagamento;

- la Parte VII (Restituzione) si riferisce alle conseguenze, in termini restitutori, in caso di annullamento o risoluzione del contratto;

- la Parte VIII (Prescrizione) disciplina l'istituto della prescrizione.

Come si può notare, la struttura è unica ed un po' insolita: la disciplina sostanziale non è direttamente accolta nel regolamento ma in un documento allegato a quest'ultimo²²⁵ con il rischio di possibili incertezze.

Possibili incertezze dovute non solo alla numerazione, a causa della quale -si ripeterà bisognerà specificare se l'articolo si riferisce all'allegato (CESL) o al regolamento (RegCESL), ma anche alla necessità di combinare quest'ultimo con il primo: il RegCESL, infatti, e non la disciplina sostanziale allegata, contiene tutte le definizioni e previsioni introduttive e finali, incluso lo scopo dello strumento e le condizioni sotto le quali il CESL dovrebbe essere scelto dalle parti come legge che governa *in primis* le loro relazioni contrattuali²²⁶.

La struttura così descritta non appare, dunque, idonea ad indurre le parti a concludere accordi attraverso tale strumento²²⁷.

Come poc'anzi detto, il modello proposto creerà necessariamente talune complicazioni (richiedendo a chi desidera riferirsi ad un articolo di specificare se è un articolo del CESL o del regolamento CESL) e/o errori nell'applicazione dello strumento, senza portare alcun vantaggio.

E' ovvio, tra l'altro, che gli operatori del diritto siano generalmente meglio orientati

²²⁵ Tale struttura ricorda quella usata per le convenzioni che riguardavano le leggi uniformi in cui gli Stati stipulavano l'obbligo di adottare una normativa allegata alla convenzione. Ad esempio la Convenzione relativa alla legge uniforme sulla formazione dei contratti di vendita internazionale di cose mobili materiali (l'Aja, 1964).

²²⁶ Ciò probabilmente deriva dalla diversa provenienza delle due componenti: mentre la normativa CESL contenuta nell'Allegato I è frutto degli studi accademici svolti nel corso degli anni da diverse commissioni interessate al contratto europeo, il regolamento è creazione istituzionale della Commissione.

²²⁷ Diffidenza sulla funzionalità del sistema così prospettato è stata espressa, in occasione di un convegno tenutosi a Londra nell'aprile 2012, dai consulenti legali delle imprese che hanno evidenziato le loro difficoltà nello gestire un onere informativo esteso nei rapporti tra imprenditori ed il rischio di contestazioni legate sia agli oneri informativi che alla previsione di clausole definite vessatorie su una scala più ampia di quella tradizionale nei rapporti imprenditoriali (v. BORTOLOTTI F., presidente della ICC Commission on Commercial Law and Practice (CLP), nella sessione del 19 aprile 2012 su Cross Border-Sales, <http://www.iccwbo.org/eventsregistrationrol.aspx?CodeICMS=S1220&langtype=1033>).

verso un testo unico, contenente in un unico contesto l'intera disciplina, piuttosto che vedersi costretti a ricercare le singole disposizioni all'interno degli allegati, a maggior ragione nel caso in cui l'allegato costituisca la parte più importante.

4. Questione della base giuridica

La Commissione, nella relazione introduttiva alla Proposta, ha compiuto una scelta precisa, individuando la base giuridica dell'ipotesi di Regolamento nell'art. 114 TFUE²²⁸ e, in particolare, nel comma 3.

²²⁸ Articolo 114 (ex articolo 95 del TCE):

1. Salvo che i trattati non dispongano diversamente, si applicano le disposizioni seguenti per la realizzazione degli obiettivi dell'articolo 26. Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria e previa consultazione del Comitato economico e sociale, adottano le misure relative al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri che hanno per oggetto l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno.
2. Il paragrafo 1 non si applica alle disposizioni fiscali, a quelle relative alla libera circolazione delle persone e a quelle relative ai diritti ed interessi dei lavoratori dipendenti.
3. La Commissione, nelle sue proposte di cui al paragrafo 1 in materia di sanità, sicurezza, protezione dell'ambiente e protezione dei consumatori, si basa su un livello di protezione elevato, tenuto conto, in particolare, degli eventuali nuovi sviluppi fondati su riscontri scientifici. Anche il Parlamento europeo ed il Consiglio, nell'ambito delle rispettive competenze, cercheranno di conseguire tale obiettivo.
4. Allorché, dopo l'adozione di una misura di armonizzazione da parte del Parlamento europeo e del Consiglio, da parte del Consiglio o da parte della Commissione, uno Stato membro ritenga necessario mantenere disposizioni nazionali giustificate da esigenze importanti di cui all'articolo 36 o relative alla protezione dell'ambiente o dell'ambiente di lavoro, esso notifica tali disposizioni alla Commissione precisando i motivi del mantenimento delle stesse.
5. Inoltre, fatto salvo il paragrafo 4, allorché, dopo l'adozione di una misura di armonizzazione da parte del Parlamento europeo e del Consiglio, da parte del Consiglio o da parte della Commissione, uno Stato membro ritenga necessario introdurre disposizioni nazionali fondate su nuove prove scientifiche inerenti alla protezione dell'ambiente o dell'ambiente di lavoro, giustificate da un problema specifico a detto Stato membro insorto dopo l'adozione della misura di armonizzazione, esso notifica le disposizioni previste alla Commissione precisando i motivi dell'introduzione delle stesse.
6. La Commissione, entro sei mesi dalle notifiche di cui ai paragrafi 4 e 5, approva o respinge le disposizioni nazionali in questione dopo aver verificato se esse costituiscano o no uno strumento di discriminazione arbitraria o una restrizione dissimulata nel commercio tra gli Stati membri e se rappresentino o no un ostacolo al funzionamento del mercato interno.
In mancanza di decisione della Commissione entro detto periodo, le disposizioni nazionali di cui ai paragrafi 4 e 5 sono considerate approvate.
Se giustificato dalla complessità della questione e in assenza di pericolo per la salute umana, la Commissione può notificare allo Stato membro interessato che il periodo di cui al presente paragrafo può essere prolungato per un ulteriore periodo di massimo sei mesi.
7. Quando uno Stato membro è autorizzato, a norma del paragrafo 6, a mantenere o a introdurre disposizioni nazionali che derogano a una misura di armonizzazione, la Commissione esamina immediatamente l'opportunità di proporre un adeguamento di detta misura.
8. Quando uno Stato membro solleva un problema specifico di pubblica sanità in un settore che è stato precedentemente oggetto di misure di armonizzazione, esso lo sottopone alla Commissione che esamina immediatamente l'opportunità di proporre misure appropriate al Consiglio.
9. In deroga alla procedura di cui agli articoli 258 e 259, la Commissione o qualsiasi Stato membro può

Questa disposizione stabilisce che *“la Commissione, nelle sue proposte di cui al paragrafo 1 in materia di sanità, sicurezza, protezione dell'ambiente e protezione dei consumatori, si basa su un livello di protezione elevato, tenuto conto, in particolare, degli eventuali nuovi sviluppi fondati su riscontri scientifici. Anche il Parlamento europeo ed il Consiglio, nell'ambito delle rispettive competenze, cercheranno di conseguire tale obiettivo”*, e dunque viene valorizzato il consueto apparato concettuale, ribadendosi che il diritto comune europeo della vendita garantirebbe un livello elevato di protezione dei consumatori, grazie ad un *corpus* di norme imperative, che migliorerebbero il grado di tutela già previsto nella vigente normativa europea.

Infatti, la Relazione sottolinea lo scopo perseguito di costruire un mercato interno, rimuovendo ostacoli all'esercizio delle libertà fondamentali che derivano dalle differenze tra le leggi nazionali, in particolare dai costi di transazione e dalla complessità e mancanza di “confidenza” percepita sia dai venditori che dai consumatori quando concludono transazioni transfrontaliere.

Tale scelta, tuttavia, è stata sia condivisa che criticata.

Parte della dottrina che appoggia la scelta operata dall'Organo Esecutivo sostiene che, quale strumento opzionale, il regolamento sulla vendita, qualora adottato dalle parti come disciplina del proprio negozio, costituirebbe un'alternativa parallela rispetto agli ordinamenti degli Stati Membri; si porrebbe cioè quale secondo regime interno all'ordinamento nazionale di ciascun Stato membro destinato alle transazioni transfrontaliere e non quale 29° regime, con la conseguenza che sarebbe più che appropriata e corretta la scelta di individuare nell'art. 114 TFUE la base giuridica del regolamento²²⁹.

In senso contrario si è rilevato che, dalla ormai consolidata giurisprudenza della

adire direttamente la Corte di giustizia dell'Unione europea ove ritenga che un altro Stato membro faccia un uso abusivo dei poteri contemplati dal presente articolo.

10. Le misure di armonizzazione di cui sopra comportano, nei casi opportuni, una clausola di salvaguardia che autorizza gli Stati membri ad adottare, per uno o più dei motivi di carattere non economico di cui all'articolo 36, misure provvisorie soggette ad una procedura di controllo dell'Unione.

²²⁹ MICKLITZ H. W.-REICH N., *The commission Proposal for a “Regulation on a Common European Sales Law (CESL)” - Too Broad or not Broad Enough?*, in *EUI Working Papers Law*, 4/2012, p.12.

Corte di Giustizia²³⁰ si ricava che il fondamento dello strumento opzionale dovrebbe essere piuttosto l'art. 352 del TFUE²³¹.

Questo, col prevedere una clausola di flessibilità relativamente ai campi di competenza dell'Unione²³², permette di adeguare le competenze di quest'ultima agli obiettivi fissati dai trattati, salvo che i trattati non abbiano previsto poteri di azione a tal fine²³³.

Secondo tale tesi, il “ravvicinamento” previsto dall'art. 114 TFUE e richiamato dalla Commissione comporterebbe un'azione dell'UE volta ad armonizzare le disposizioni legislative nazionali mediante una direttiva o a sostituirle mediante un regolamento ma non l'introduzione di un separato regime giuridico destinato ad affiancare i vari diritti

²³⁰ Già nella Sentenza Tobacco Advertising, la Corte di Giustizia Europea chiarì come affinché l'art. 114 TFEU divenisse base legale, la differenza tra le leggi nazionali deve costituire un concreto e non meramente teorico ostacolo alla funzione propria del mercato interno e la misura proposta deve contribuire effettivamente ad eliminare tali ostacoli (Case C-376/98 Germany v. Parliament and Council (2000) ECR I-8419).

²³¹ Articolo 352 TFUE (ex articolo 308 del TCE):

1. Se un'azione dell'Unione appare necessaria, nel quadro delle politiche definite dai trattati, per realizzare uno degli obiettivi di cui ai trattati senza che questi ultimi abbiano previsto i poteri di azione richiesti a tal fine, il Consiglio, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione e previa approvazione del Parlamento europeo, adotta le disposizioni appropriate. Allorché adotta le disposizioni in questione secondo una procedura legislativa speciale, il Consiglio delibera altresì all'unanimità su proposta della Commissione e previa approvazione del Parlamento europeo.
2. La Commissione, nel quadro della procedura di controllo del principio di sussidiarietà di cui all'articolo 5, paragrafo 3 del trattato sull'Unione europea, richiama l'attenzione dei parlamenti nazionali sulle proposte fondate sul presente articolo.
3. Le misure fondate sul presente articolo non possono comportare un'armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri nei casi in cui i trattati la escludono.
4. Il presente articolo non può servire di base per il conseguimento di obiettivi riguardanti la politica estera e di sicurezza comune e qualsiasi atto adottato a norma del presente articolo rispetta i limiti previsti nell'articolo 40, secondo comma, del trattato sull'Unione europea.

²³² In tale ottica si pone lo studio del Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, Policy Options for Progress Towards a European Contract Law (2011, in Rabelz, 2011, p. 373 ss.) e si è espresso sia KUIPERS (*The Legal Basis for a European Optional Instrument*, in Eur. Rev. Priv. Law, 2011, p. 545) che ravvisa nell'art. 352 TFUE un fondamento adeguato, se lo strumento opzionale si voglia applicare sia ai contratti domestici che transnazionali, sia il Parlamento tedesco nel già citato parere ragionato del 30 novembre 2011 che ha affermato che la Proposta di Regolamento non è conforme ai principi di sussidiarietà e proporzionalità e che dovrebbe trovare fondamento piuttosto sull'art. 352 che sull'art. 114 del TFUE.

²³³ In altri termini, l'articolo 352 del TFUE può servire come base giuridica unicamente alle seguenti condizioni:

- l'azione prevista è «necessaria per raggiungere, nell'ambito delle politiche definite dai trattati (ad eccezione della politica estera e di sicurezza comune), uno degli scopi dell'Unione»;
- non esiste alcuna disposizione del trattato che preveda un'azione per il raggiungimento di tale «scopo»;
- l'azione prevista non deve condurre all'estensione delle competenze dell'Unione al di là di quanto previsto dai trattati.

interni, senza armonizzazione o integrazione²³⁴.

A favore di tale assunto, è stata richiamata la vicenda relativa alla individuazione della base giuridica del Regolamento 1435/2003 relativo allo Statuto della Società Cooperativa Europea (SCE).

In quell'occasione la Corte di giustizia, con pronuncia del 2 maggio 2006, precisò che la corretta base giuridica doveva essere rintracciata nell'art. 308 CE (ora art. 352 TFUE) e non nell'art. 95 CE (ora art. 114 TFUE)²³⁵ e ciò seguendo un percorso logico che vale la pena di ricordare.

Quel regolamento riguardava le società cooperative aventi natura comunitaria e mirava ad introdurre una forma giuridica nuova ma soprattutto ulteriore (la c.d. società cooperativa europea) rispetto alle forme nazionali di società cooperativa.

Muovendo da ciò, ovvero dal fatto che il nuovo “tipo” si sarebbe trovato a coesistere con le società cooperative di diritto nazionale, la Corte di Giustizia, lasciando invariati i diversi diritti nazionali esistenti, ha concluso che il relativo Regolamento non poteva essere considerato quale strumento di ravvicinamento delle legislazioni degli Stati Membri, sicché la base giuridica poteva essere solo l'art. 308 TCE (ora art. 353 TFUE).

A ciò, tuttavia, è stato replicato che la Corte di giustizia, nell'interpretare la nozione di “riavvicinamento”, ha sempre lasciato al legislatore europeo un potere discrezionale sulla tecnica da utilizzare per la realizzazione degli obiettivi specifici.

In una recente pronuncia i giudici di Lussemburgo, infatti, dopo aver ribadito che il legislatore comunitario è tenuto a basare le proprie scelte su criteri oggettivi ed a verificare che gli obiettivi perseguiti dalla misura prescelta siano idonei a giustificare conseguenze economiche negative, hanno riconosciuto al medesimo, nell'ambito dell'esercizio delle competenze attribuitegli *“un ampio potere discrezionale nei settori in cui la sua azione richiede scelte di natura tanto politica quanto economica o sociale e*

²³⁴ RUTGERS J. W., *European Competence and a European Civil Code, a Common Frame of Reference or an Optional Instrument*, in <http://ssrn.com/abstract=1542533>, 2010, p. 8.

²³⁵ Corte di Giustizia UE, 2 maggio 2006, causa C-436/03, in Racc. 2006, p. I-03733, par. 43-44.

*in cui è chiamato ad effettuare valutazioni complesse. Non si tratta, quindi, di accertare se una misura emanata in un determinato settore fosse l'unica o la migliore possibile, in quanto solo la manifesta inidoneità della misura, rispetto allo scopo che le istituzioni competenti intendono perseguire, può inifciare la legittimità della misura medesima*²³⁶.

Infine, non si può trascurare che la scelta dell'art. 114 o 353 TFUE quale base giuridica dell'eventuale Regolamento CESL, non è indifferente sotto il profilo procedimentale²³⁷.

Nel caso in cui la scelta dovesse ricadere sull'art. 114 TFUE, la procedura legale di adozione sarebbe quella ordinaria, ed il CESL verrebbe applicato a tutti gli Stati membri che non potrebbero avvalersi di alcun strumento speciale per bloccare l'adozione della misura, non essendo richiesta l'unanimità per l'approvazione in seno al Consiglio.

Nel caso in cui invece si dovesse optare per l'art. 353 TFUE, dopo l'approvazione del Parlamento, per l'adozione del CESL sarebbe necessaria l'unanimità del Consiglio²³⁸.

La questione della base giuridica, nuovamente oggetto di analisi da parte del

²³⁶ Corte di Giustizia UE, 8 giugno 2010, causa C-58/08, in Racc.

²³⁷ In linea con tale impostazione si pone il già citato Working Document della “Committee on Legal Affairs” del Parlamento Europeo dell'8 ottobre 2012 secondo cui con la proposta di regolamento in questione si darebbe vita ad un secondo regime armonizzato all'interno degli ordinamenti degli Stati Membri e pertanto, realizzandosi un ravvicinamento dei diritti nazionali, la base giuridica della medesima deve necessariamente rinvenirsi nell'art. 114 TFUE. In particolare secondo il Parlamento “*your rapporteurs are aware that questions have been raised as to whether the proposal can indeed be based on article 114 TFUE. However, they believe that, by creating a harmonised second regime within Member States' law (see Recital 9), the proposal clearly qualifies as a “measure for [...]approximation” and therefore should be based on article 114 TFUE, as has been confirmed by Legal Service of three institutions*” (European Parliament, Committee on Legal Affairs, op. cit.).

²³⁸ Proprio a tal proposito, la Meli sostiene che l'idea del secondo regime del diritto dei contratti nasce proprio “*dall'esigenza di superare le obiezioni mosse alla possibilità di dare 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 TFUE piuttosto che nell'art. 352 TFUE. Senonché lo strumento adottato si rilevarebbe 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” in quanto non è volto alla modifica dei diritti nazionali nella prospettiva di ravvicinamento delle legislazioni nazionali (MELI M., *Proposta di regolamento - Diritto Comune Europeo della Vendita*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2012, 205).

Consiglio nell'incontro avvenuto nel giugno 2012²³⁹, resta in ogni caso ancora aperta e necessiterà dunque di un intervento risolutorio definitivo da parte delle Istituzioni europee.

5. La natura facoltativa del (futuro) regolamento ed il suo “ridimensionamento” rispetto al DCFR

Come più volte ripetuto, il Regolamento *de quo* mira ad introdurre un secondo regime di diritto dei contratti all'interno di ciascuno Stato Membro. Con la sua adozione non si verrebbe, infatti, a creare un'armonizzazione attraverso una modifica dei diritti nazionali, o secondo alcuni la creazione di un “diritto dell'Unione”²⁴⁰, ma si andrebbe a creare all'interno di ogni ordinamento giuridico un regime di diritto dei contratti che si affiancherebbe a quello esistente, identico in tutta l'Unione e per questo comune.

Saranno le parti contraenti a decidere se applicare il “nuovo” regime dei contratti.

Infatti, ai sensi dell'art. 3 della Proposta (Natura facoltativa del diritto comune europeo della vendita), “*le parti possono convenire che il diritto comune europeo della vendita disciplina i loro contratti transfrontalieri di vendita di beni, di fornitura di contenuto digitale e di prestazione di servizi connessi rientranti nel campo di applicazione territoriale, materiale e personale definito agli articoli da 4 a 7*”.

Secondo l'idea della Commissione, dunque, l'operatività dello strumento verrebbe sottoposta ad una scelta volontaria, concorde ed espressa delle parti (meccanismo del c.d. *opt-in*), secondo un accordo che, nel caso di contratti stipulati tra un professionista ed un consumatore -come poc'anzi ricordato- deve essere contenuto in una esplicita dichiarazione, ulteriore rispetto a quella con cui si esprime la volontà di concludere il contratto.

Tale peculiarità, cioè la natura facoltativa del regolamento, conferendo alle parti la

²³⁹ In tale occasione si è concluso che i differenti punti di vista in merito alla questione non devono essere motivo di distoglimento dalla necessità primaria di analizzare soprattutto le norme del diritto comune europeo della vendita da un punto di visto sostanziale

²⁴⁰ MELI M., *op. cit.*, 201-202.

libertà di scegliere la legge regolatrice del contratto, dovrebbe costituire il punto di forza della proposta.

Si è usato il condizionale perché è proprio il carattere facoltativo della proposta a destare non poche perplessità e a far ritenere alla maggior parte degli operatori del diritto che questo rappresenti il principale elemento di debolezza del futuro regolamento.

Invero, fermo quanto già anticipato in merito ai scarsi risultati ottenuti da precedenti esperienze applicative di tipo *opt-in* come i PECL o i Principi Unidroit, problemi di non poca rilevanza si pongono in merito alla possibilità di conciliare l'opzionalità del CESL con la natura giuridica dell'atto con cui lo stesso verrebbe introdotto, cioè un regolamento, e con il principio generale di libertà contrattuale affermato proprio tra le disposizioni preliminari di tale progetto.

Analizzando quest'ultimo aspetto, non può non sottolinearsi come ancorché la Proposta di Regolamento richieda imprescindibilmente un accordo delle parti (artt. 3 e 8, par. 1), un vero e proprio accordo si avrà solo nelle ipotesi in cui alla stipulazione del contratto le parti addivengano all'esito di una trattativa condotta in condizioni di parità. In tutti gli altri casi, la decisione sull'applicabilità o meno del futuro regolamento finirà per essere rimessa di fatto alla parte contrattuale che, in posizione di superiorità (professionista), sia in grado di imporre alla controparte (consumatore o impresa medio-piccola) l'adozione di condizioni standardizzare da lei stessa unilateralmente predisposte.

Dunque, delle due l'una: o la parte "forte" vorrà sottoporre il rapporto contrattuale al CESL e quindi inserirà la relativa clausola nelle condizioni generali imponendo alla controparte di aderirvi, pena la non conclusione del contratto; oppure non vorrà applicare il CESL e pertanto o si asterrà da qualsiasi riferimento al medesimo, ed in generale alla legge nazionale regolatrice del rapporto (con la conseguenza che si applicherà la Convenzione di Vienna o il diritto nazionale applicabile in base ai criteri

di cui al “Regolamento Roma I”), ovvero potrà inserire una clausola con cui una determinata legge nazionale o la Convenzione di Vienna verrà espressamente indicata come legge regolatrice del contratto, senza comunque lasciare all’altra parte alcuna possibilità di incidere sulla scelta così compiuta.

Di fronte ad un meccanismo del genere, sembra difficile immaginare che il “professionista debole”, interessato a concludere l’affare, si rifiuti di stipulare il contratto soltanto perché preferirebbe una normativa diversa da quella preventivamente ed unilateralmente scelta dalla controparte con una clausola predisposta ed inserita nelle condizioni generali.

Né le cose andranno diversamente quando si tratti di offerte contrattuali rivolte ai consumatori: l’operatività delle cautele e delle regole della trasparenza ai sensi degli artt. 8 e 9 CESL, infatti, sono rivolte solo ed esclusivamente a garantire che l’adesione del consumatore sia consapevole ed informata, ma non sono certamente idonee ad assicurare che tale adesione sia libera e spontanea.

Il successo e l’effettiva applicazione del CESL dipenderà, dunque, esclusivamente dalla volontà delle imprese, soprattutto di quelle c.d. “forti” e non - come si era originariamente immaginato- dalle istituzioni Europee o dagli Stati Membri, e tantomeno dai consumatori.

In merito all’altra questione fondamentale, e cioè la possibilità di conciliare l’opzionalità del CESL con la natura giuridica dell’atto con cui lo stesso verrebbe introdotto, e cioè un regolamento, occorre osservare quanto segue.

Ai sensi dell’art. 288 TFUE, il regolamento è un atto a portata generale, ad effetti obbligatori in tutti i suoi elementi, direttamente applicabile in ciascuno Stato Membro.

La “scelta” della Commissione di optare per uno strumento di natura facoltativa sembra essersi profilata come una soluzione di minor impatto sui diritti nazionali.

Tale circostanza farebbe risultare apparentemente “contraddittoria” ed “incomprensibile” la reazione negativa di alcuni Parlamenti Nazionali alla Proposta di

Regolamento CESL proprio in ragione dell'”accusa” rivolta al legislatore europeo di “invadere” eccessivamente ed ingiustificatamente sfere di competenza nazionali.²⁴¹

In realtà ben si possono comprendere i legislatori nazionali e le loro reazioni, dal momento che il carattere opzionale dello strumento in questione non è indice di una rinuncia alla “primazia” del diritto contrattuale europeo rispetto ai diritti nazionali, ma di una scelta “intelligente” di perseguire il medesimo risultato di superamento delle discipline nazionali con uno strumento meno “invasivo”.

Non si dimentichi, infatti, che il progetto *de quo*, dall’iniziale idea di *editio minor* del più ampio oggetto sotteso alla elaborazione del DCFR, si è tramutato in un semplice “diritto comune europeo della vendita”,²⁴² e ciò presumibilmente è dovuto al riemergere di antiche diffidenze e resistenze nei confronti dell’idea stessa di una “codificazione”, anche soltanto settoriale di diritto privato.²⁴³

²⁴¹ Tra tutti si ricordano il Parere della Camera dei Comuni del Regno Unito, quello del Bundestag tedesco e del Bundesrat austriaco in cui alla Commissione è stata contestata la violazione del principio di sussidiarietà ex art. 5 TUE dal momento che il vero ostacolo agli scambi sarebbe legato a timori di frode/dolo e che la differenza normativa non sarebbe così cruciale sicché “*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’art. 5 del TUE*” (<http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009-2014/documents/juri/cm/887/887301it.pdf>). L’Italia, e per lei la 14ma Commissione Permanente (politiche dell’UE), invece, ha dato parere positivo (27 marzo 2012) (Risoluzione della 14ma Commissione Permanente, 21 marzo 2012, doc. XVIII bis, n. 64 estensore M.Marino) richiamando una dichiarazione resa precedentemente da Mario Monti (maggio 2010) secondo cui “il vantaggio del ventottesimo regime è che moltiplica le possibilità per le imprese e cittadini attivi nel mercato unico: se questo è il loro principale orizzonte, possono optare per un quadro standard e unico valido in tutti gli stati membri; se invece si muovono prevalentemente in un contesto nazionale, risponderanno alle norme nazionali” (MONTI, *A new Strategy for the Single Market*, 9 maggio 2010, *Report to President of the European Commission*, http://ec.europa.eu/bepa/pdf/monti_report_final_10_05_2010_en.pdf)

²⁴² La scelta di disciplinare la vendita, solo apparentemente è una scelta riduttiva. Le direttive comunitarie che sono state emanate in materia contrattuale fino ad oggi, pur se “generali”, di fatto si sono sempre riferite ed applicate per lo più a compravendite. Del resto che la vendita sia considerata il contratto di scambio per eccellenza in quanto connesso all’idea stessa di mercato non è una novità. Ciò posto è ovvio che una esigenza di armonizzazione ci sia anche al di fuori della vendita, ma è anche vero che tale esigenza non sarebbe stata certamente soddisfatta neanche attraverso la predisposizione di un’organica disciplina “generale” del contratto. Mentre aver disciplinato almeno il contratto di vendita consente di affermare che un tassello importante per il funzionamento dei moderni mercati di “massa” è stato aggiunto (D’AMICO G., *Il Diritto Comune Europeo della Vendita*, in *I Contratti*, 7/2012).

²⁴³ Secondo Castronovo, in una “difficile mediazione tra un diritto burocratico e rozzo ed un diritto di livello più alto e di maggiore valore aggiunto”, l’avvento del CESL non sarebbe altro che una “sistemazione di contenuti provenienti da quest’ultimo nei contenitori un po’ approssimativi e un po’ pasticciati suggeriti dalla politica talora imprescrutabile della Commissione Europea” (CASTRONOVO C., *L’utopia della codificazione europea e l’oscura Realpolitik di Bruxelles*, in *Europa e diritto privato*, Milano, 2011, 337 e ss.).

Se fosse così, la soluzione finale adottata dalla Commissione non sarebbe altro che il “solito compromesso”, senza tuttavia togliere alla medesima il riconoscimento di aver costituito un importante “passo in avanti”²⁴⁴.

Infatti, come sottolineato dalla dottrina italiana, è la prima volta che il lavoro svolto dalle commissioni che a diverso titolo hanno partecipato al processo di armonizzazione è divenuto un testo ufficiale, emanato dalla Commissione e divenuto oggetto di una vera e propria proposta normativa.²⁴⁵

Proposta che seppure ad una prima analisi sembra contenere norme riguardanti la disciplina della sola vendita, finisce col dettare una parte rilevante di quella che in futuro potrebbe diventare la disciplina “generale” del contratto europeo.

In effetti il CESL, pur se limitato alla vendita, alla fornitura di contenuti digitali e servizi connessi, contiene regole concernenti tutte le fasi ed i diversi profili della conclusione del contratto e della vita del rapporto contrattuale: si ha così un superamento della frammentarietà dei tradizionali testi normativi elaborati dalle istituzioni europee che si sono sempre limitati a disciplinare singoli punti e non intere fattispecie contrattuali (solo con la direttiva ad armonizzazione piena sui diritti dei consumatori- Dir. 2011/83 UE del 25 ottobre 2011- si è avuto un primo inizio di tale superamento²⁴⁶).

Nel CESL, infatti, sono stati enunciati principi generali come quelli della libertà contrattuale, della buona fede e correttezza, della cooperazione nel rapporto contrattuale; vi è una regolazione delle informazioni precontrattuali, del diritto di recesso, della disciplina dell’annullamento del contratto e dello sfruttamento abusivo della situazione della controparte; sono presenti regole sull’interpretazione, sul

²⁴⁴ D’AMICO G., *op. cit.*, 617 e ss.

²⁴⁵ MELI M., *op. cit.* 183 e ss.

²⁴⁶ Tale Direttiva, attuata in Italia con il D.lgs. 21/2014, ha un contenuto alquanto ridotto rispetto a quello dell’originaria proposta che aveva per obiettivo una direttiva di carattere generale sui diritti dei consumatori. La dir. 2011/83, invero, contiene la revisione delle sole direttive sui contratti conclusi fuori dai locali commerciali, dir. 85/77, e sui contratti a distanza, dir. 99/7, mentre la revisione delle direttive sulle clausole vessatorie nei contratti con i consumatori, dir. 93/13, e delle garanzie sulla vendita, dir. 99/44, è stata successivamente abbandonata.

contenuto e sugli effetti del contratto nonché norme sulle clausole abusive, sulle obbligazioni del venditore, sulle obbligazioni del compratore, sui rimedi a vantaggio del compratore, sulle conseguenze dell'inadempimento, sul passaggio del rischio e sulla prescrizione²⁴⁷.

Tra l'altro, che in un unico testo normativo vi sia commistione tra regole riferibili sia al contratto in generale che ad al singolo "tipo", è stata una scelta "mirata".

La Commissione, infatti, al fine di conseguire un risultato di armonizzazione piena, ha cercato di predisporre un assetto disciplinare completo²⁴⁸ creando -come alcuni hanno definito il CESL- una "ibrida creatura"²⁴⁹: pur limitando la portata dell'intervento normativo al solo contratto di vendita, infatti, il legislatore europeo si è preoccupato di dettare, con riferimento a questo più limitato "oggetto", una disciplina organica,²⁵⁰ comprensiva cioè sia di norme generali in senso proprio (cioè comuni a qualsiasi altro contratto) che specifiche del tipo contrattuale (ad es. obbligazioni del venditore e del compratore), in attesa di fare delle prime una vera e propria "parte generale" del contratto europeo.

²⁴⁷ Come già anticipato, nella parte che disciplina gli elementi essenziali del contratto, artt. 30 e ss., in linea con i PECL, il *Code Européen des Contrats*, il DCFR, non si fa menzione della causa bensì dell'accordo delle parti che abbia un contenuto sufficiente e certezza al fine dell'attribuzione di effetto legale, anche se poi la funzione tradizionalmente svolta dalla causa negli ordinamenti causalisti si è recuperata dai molteplici riferimenti al criterio di ragionevolezza, ai canoni oggettivi della natura e scopo del contratto, della buona fede, alla sanzione del conseguimento di vantaggi irragionevolmente eccessivi (artt. 59, 68, 73, 74, 79 e ss, 83, 176).

²⁴⁸ Nella "Comunicazione" con cui la Commissione ha accompagnato la propria proposta, infatti, si legge che quest'ultima "*prevede un insieme completo di norme uniformi di diritto contrattuale che regolamentano l'intero ciclo di vita del contratto*" costituisce dunque "*un corpus completo di norme di diritto contrattuale*".

²⁴⁹ D'AMICO G., *op. cit.*, 619.

²⁵⁰ Sembra trovarsi di fronte a quanto accadde nel corso degli anni '50 in America allorché la National Commission on Uniform State Laws ha prodotto un modello di codificazione di alcune materie commerciali, tra cui la vendita di beni mobili. Modello che è stato accolto poi dalla legislazione di tutti gli Stati eccetto la Louisiana. Tale complesso di norme dettate esclusivamente per la vendita (Uniform Commercial Code-UCC-elaborato dal 1942 al 1952 ed adottato nel 1963) poi sono diventate elemento di riferimento per il contratto in generale cosicché l'uniformazione introdotta per un singolo settore ha finito per estendersi ad altri contratti; la vendita di beni mobili cioè è divenuta l'archetipo del contratto, fungendo da strumento di uniformazione.

6. Dubbi definitivi ed applicativi

Come già riferito, con il CESL la Commissione Europea si è prefissata lo scopo di “semplificare” rispetto al precedente lavoro del DCFR.

Questione non indifferente perché destinata a reagire sui temi ermeneutici e, dunque, sistematici, è quella delle scelte espressive.

La proposta di Regolamento, benché basata sui primi quattro libri del DCFR, è caratterizzata, rispetto a quest’ultima, da un linguaggio più generale ed astratto, quasi con uno “svuotamento” del testo.

Il linguaggio utilizzato nel CESL può essere definito colloquiale, e cioè “chiaro, conciso e facile da comprendere”,²⁵¹ con un evidente miglioramento rispetto al linguaggio e allo stile del DCFR, eccessivamente casistico²⁵²: del resto, ciò era stato espressamente chiesto in occasione dell’istituzione del gruppo di esperti per lo sviluppo di uno Studio di Fattibilità (aprile 2010) sul possibile futuro del diritto europeo dei contratti²⁵³.

Si potrebbe dubitare, tuttavia, del fatto che alcune espressioni come “inadempimento anticipato” (artt. 8, 116 e 136 CESL) o “prestazione stabilita in luogo dell’inadempimento” (art. 85 (e) CESL) siano davvero colloquiali, facili da comprendere, e accessibili per i non giuristi, come richiesto e auspicato dalla Commissione, e persino effettivamente pregnanti sotto il profilo tecnico!

Il fatto è che, essendo una proposta ufficiale della Commissione, il testo del CESL è stato tradotto in tutte le lingue ufficiali dell’Unione Europea. Di conseguenza, l’obiettivo di garantire che le diverse versioni linguistiche fossero coerenti e/o della

²⁵¹ Consiglio dell’Unione Europea, *Press Release: 2908th Council meeting, Justice and Home Affairs*, Bruxelles 27 e 28 novembre 2008 (16325/08).

²⁵² Ad esempio tutte le questioni riguardanti i contratti a favore di terzi sono affrontate in un solo articolo con cinque paragrafi chiaramente leggibili, con l’impiego di sole 196 parole (art. 78 CESL); le condotte unilaterali sono trattate in un singolo articolo (art. 12 CESL) piuttosto che in un capitolo specifico.

²⁵³ Negli intenti del gruppo di Studio, tale strumento avrebbe dovuto essere “ben organizzato, accessibile e leggibile”, progettato con “una struttura chiara e coerente”, scritto con un linguaggio “semplice e chiaro” e con “accuratezza scientifica” (BEALE, *The Drafting of the Common Frame of Reference*, in Schmidt-Kessel (a cura di), *Der Gemeinsame Referenzrahmen: Entstehung, Inhalte, Anwendung*, Monaco, 2009, p. 35, 46).

medesima qualità²⁵⁴, ha indotto ad evitare l'uso di una terminologia che potesse avere un significato peculiare in un particolare sistema giuridico.

A prescindere da ciò e volendo comunque sviluppare un'analisi circa l'effettivo conseguimento dell'obiettivo, e cioè di ottenere un testo chiaro e di uso agevole, non può sottacersi che, a parte le questioni linguistiche, non sembra essere stata "ottimale" la scelta di una tecnica legislativa c.d. della "fattispecie".

Dopo l'enunciazione di principi generali come quello della libertà contrattuale e la codificazione di clausole come quella della buona fede/correttezza, cooperazione, e ragionevolezza, non solo vi è un elenco minuzioso ed analitico di ipotesi e requisiti ma vi è una doppia focalizzazione da un lato sui rapporti B2C e dall'altro su quelli B2B, con una esposizione parallela di norme: ad esempio i doveri precontrattuali di informazione, come le clausole vessatorie, le modalità di consegna ed il passaggio dei rischi, sono diversamente disciplinati nei contratti con i consumatori e in quelli tra imprese.

Per i contratti con i consumatori, poi, è prevista una disciplina minuziosissima che può essere scelta nella sua globalità ed è derogabile solo a vantaggio del consumatore mentre nei contratti con le piccole e medio imprese, le norme sono molto più schematiche, dal carattere dispositivo ed il regime può essere scelto anche solo in alcune sue parti.

Ne risulta una lettura così faticosa che non si può certamente pensare che la portata e le implicazioni del CESL siano nelle possibilità di comprensione di un consumatore od un imprenditore che non voglia sopportare i costi di una consulenza legale.²⁵⁵

Per di più, costituendo un *corpus* di regole destinato a comporre *l'acquis communautaire* nel caso in cui venga approvato, il CESL ha necessità di un coordinamento con le discipline già esistenti oltre che del perfezionamento di vari

²⁵⁴ Il DCFR, invece, è stato redatto solo in lingua inglese anche se alcune traduzioni sembrano essere in corso.

²⁵⁵ PISU L.C., *La Codificazione Europea del diritto contrattuale tra progetti dottrinali, strategie politiche e interessi di categoria*, in *Contratto e impresa/Europa*, Numero Speciale, Trenta Giuristi Europei sull'idea di codice europeo dei contratti, 2012, Torino

profili²⁵⁶: avendo tale strumento, infatti, l'aspirazione a divenire un complesso di norme meno frammentario e portatore di novità²⁵⁷, il problema del coordinamento è fondamentale²⁵⁸.

La scelta di introdurre uno strumento opzionale che disciplini i contratti transnazionali di vendita nel mercato interno europeo si inserisce infatti in un contesto in cui varie sono le fonti che regolano tali rapporti.

Oltre agli ordinamenti nazionali che risultano applicabili ai contratti transfrontalieri attraverso il diritto internazionale privato, gli strumenti di regolazione dei contratti transnazionali con cui il CESL potrebbe trovarsi più immediatamente a concorrere sono i Principi Unidroit²⁵⁹ e la Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di beni mobili (CISG)²⁶⁰.

²⁵⁶ A titolo esemplificativo, si cita l'art. 79 relativo alle clausole contrattuali abusive che regola le conseguenze dell'abusività delle clausole, singolarmente, ma senza dar conto della Giurisprudenza della Corte di giustizia che ha in parte riempito le lacune dell'art. 6 della dir. 93/13.

²⁵⁷ Ad esempio, sempre nell'ambito delle clausole vessatorie, nel dettare un elenco di clausole abusive (art. 84) o nel prevedere la tutela contro le clausole abusive anche relativamente ai rapporti professionali (art. 86).

²⁵⁸ Secondo Castronovo, la direttiva 2011/83 sui consumatori e il CESL finirebbero per avere contenuti simili ma non uguali relativamente ad esempio agli obblighi di informazione (di cui agli artt. 5 ss. della dir. 2011/83 e 13 ss. del CESL) e al recesso per i contratti a distanza e negoziati fuori dai locali commerciali (artt. 9-16 dir. 2011/83 e artt. 40-47 CESL), mentre si avrebbe un duplicato di discipline con riguardo alla consegna, al passaggio del rischio, alle clausole vessatorie (CASTRONOVO C., *Sulla proposta di regolamento relativo ad un diritto comune europeo della vendita*, in Europa e diritto privato, Milano, 2012, p. 301).

²⁵⁹ L'impiego dei Principi Unidroit che contengono regole sul contratto in generale indirizzate ai contraenti del commercio internazionale, essendo soggetti all'adozione volontaria, potrebbe soffrirne dal momento che gli strumenti ad adozione volontaria hanno effettivamente avuto minor spazio applicativo rispetto ad altri.

²⁶⁰ La Convenzione di Vienna dell'11 aprile 1980 sui contratti di vendita internazionale di beni mobili è il risultato di un processo iniziato negli anni Venti, a seguito della costituzione dell'Istituto Internazionale per l'Unificazione del Diritto Privato (UNIDROIT) nel 1926 e in seguito, dopo l'interruzione dei lavori a causa della II Guerra Mondiale, con la Conferenza dell'Aja, che portò alla formazione della Convenzione sulla Formazione e Disciplina del Contratto di Vendita Internazionale di Beni Mobili, stipulata all'Aja nel 1964. Già negli anni Venti, infatti, Ernst Rabel (Max RHEINSTEIN, In Memory of Ernst Rabel, in *The American Journal of Comparative Law*, vol V, 1956, p. 185 ss;) propose al Consiglio di Direzione dell'Istituto UNIDROIT di promuovere un progetto dedicato all'unificazione del diritto sostanziale della compravendita internazionale ma, nonostante l'impegno e la dedizione dimostrati dagli operatori del diritto, i testi normativi del 1964 non ottennero il successo tanto ambito: solo nove Paesi ratificarono la Convenzione dell'Aja, con allegate la Legge Uniforme sulla Vendita Internazionale di Beni Mobili Corporali (LUVI) e la Legge Uniforme sulla Formazione dei Contratti di Vendita Internazionale di Beni Mobili Corporali (LUFC).

Ecco pertanto che in tale situazione, nel 1968 la Commissione delle Nazioni Unite per il Diritto Commerciale Internazionale, l'UNCITRAL, evidenziò la necessità di effettuare una revisione della disciplina in questione e/o di preoccuparsi per la redazione di una normativa sostanziale nuova che accogliesse consenso maggiore rispetto al 1964.

Quest'ultima in particolare, che al momento non è uno strumento che può abbracciare l'intero mercato europeo non essendo stata ratificata, tra i Paesi Europei, da Regno Unito, Portogallo, Irlanda e Malta,²⁶¹ opera per i contratti conclusi tra parti contraenti che hanno sede negli Stati aderenti alla Convenzione (e ciò sia direttamente, quando la sede delle parti si trova in uno Stato che ha ratificato la Convenzione, art. 1(1) (a) CISG, sia indirettamente, quando le regole di diritto internazionale privato conducono alla legge di un Paese che l'ha ratificata, art. 1(1) (b) CISG), a meno che non ne venga esclusa l'applicazione dagli stessi contraenti (con la conseguenza che viene applicata all'interno dell'Unione europea con precedenza rispetto alle regole di conflitto contenute nel Regolamento Roma I).

Se il CESL verrà approvato definitivamente, la CISG verrà esclusa: mentre infatti l'art. 11 del regolamento dichiara il carattere esclusivo del regime europeo²⁶², il Considerando n. 25 indica espressamente che *“qualora a disciplinare il contratto in questione sia la convenzione delle Nazioni Unite sui contratti di vendita internazionale di merci, è opportuno che la scelta del diritto comune europeo della vendita comporti l'accordo delle parti ad escludere tale convenzione”*²⁶³.

Il processo di revisione e di stesura di una nuova legge sostanziale in materia di contratti per la vendita internazionale di beni mobili portò dunque alla formazione di molti progetti, l'ultimo dei quali fu oggetto della Conferenza che si tenne a Vienna dal 10 marzo all'11 aprile 1980 e che portò all'approvazione di quella che oggi viene comunemente chiamata “Convenzione di Vienna”, “Convenzione delle Nazioni Unite sui Contratti di Vendita Internazionale di Beni Mobili”, o con l'acronimo inglese “CISG”.

²⁶¹ Ad ogni modo è stata adottata da un numero molto elevato di paesi che rappresentano approssimativamente il 70% del commercio mondiale tanto da essere indicata come *“come il più importante testo di diritto uniforme in materia di contratti internazionali, oltre che quello di maggior successo”* (FRIGNANI-TORSELLO, *op. cit.*, p. 442).

Inoltre, nella pratica, si è verificato piuttosto di frequente che le parti del contratto ne escludano l'applicazione (a favore di un ordinamento nazionale).

²⁶² Articolo 11 (Conseguenze dell'applicazione del diritto comune europeo della vendita)

“Ove le parti abbiano validamente convenuto di applicare al contratto il diritto comune europeo della vendita, questo e solo questo ne disciplina le materie rientranti nel proprio campo di applicazione. Purché il contratto sia effettivamente concluso, il diritto comune europeo della vendita disciplina anche l'osservanza degli obblighi di informativa precontrattuale e i rimedi per la loro inosservanza”.

²⁶³ Secondo Hesselink, la volontà delle parti di escludere l'applicazione della CISG è questione da valutarsi solo nell'ambito di quest'ultima, non bastando né la scelta della legge di uno degli Stati contraenti che implicitamente escluda la CISG né il considerando in questione.

Quest'ultimo, infatti, configurerebbe un eccesso di potere. Quello che dovrebbe manifestare l'accordo tra le parti contrattuali nel senso di una esclusione della Convenzione non può essere determinato da un regolamento europeo ma, di volta in volta, dall'art. 8 della Convenzione stessa (HESSELINK M. W., *How to opt into the Common European Sales Law? Brief comments on the commission Proposal for a*

Appare dunque prevedibile che se il Regolamento fosse adottato, eventuali opzioni per il CESL dovranno essere considerate dalla Corte di Giustizia quali implicite scelte di esclusione della CISG.

La coesistenza di tali sistemi normativi sarebbe resa ancora più difficile e complicata dal loro differente ambito applicativo.

Infatti, mentre l'art. 2 lett. a) della CISG dichiara espressamente che la Convenzione *“non disciplina le vendite di merci acquistate per uso personale, familiare o domestico, a meno che il venditore, in qualsiasi momento anteriore alla conclusione o al momento della conclusione del contratto, non sapesse e non fosse tenuto a sapere che tali merci erano comprate per tale uso”*, il CESL si caratterizza come complesso normativo *“misto”*, in cui coesistono sia disposizioni riguardanti il rapporto di consumo, sia quello commerciale tra imprenditori.

Infatti, si è subito manifestata la preoccupazione che una regolamentazione uniforme in materia di contratti per i consumatori si andasse a sovrapporre alla materia dei contratti commerciali, in relazione alla quale la CISG offre un complesso ed esaustivo quadro di regole uniformi.

Occorre in punto sottolineare come ad oggi vi sia una tendenziale differenziazione di ambito applicativo, sotto il profilo soggettivo, tra Convenzione di Vienna (ed i Principi Unidroit) da un lato e CESL dall'altro: la prima si indirizza ai contratti tra parti professionali, mentre il CESL ha quale ambito applicativo i contratti conclusi tra operatori professionali e consumatori e i contratti tra parti professionali ma solo nel caso in cui almeno una di queste sia una piccola o media impresa (art. 7).

Si prevede che gli Stati membri possano introdurre l'adozione del CESL anche per i contratti conclusi tra consumatori e per i contratti conclusi tra operatori professionali.

Pertanto, salvo che gli Stati membri non decidano di avvalersi dell'opzione estendendo l'applicazione del CESL a tutti i rapporti tra parti professionali, la

Regulation, in *European Review of Private Law*, 1- 2012, p. 201).

sovrapposizione si porrebbe, per ora, solo relativamente ai rapporti tra parti professionali caratterizzati da disparità di potere economico o tra piccole e medie imprese.

Restando all'interno della comparazione tra CESL e CISG, non si può non sottolineare il diverso meccanismo di applicazione dei due strumenti: mentre la CISG opera in base ad uno strumento di *opt-out* secondo cui il contratto viene regolato dalla medesima a meno che le parti non scelgano di sottoporlo alla legge nazionale di uno dei contraenti, la CESL opererebbe in base alla volontà specifica delle parti di sottoporre il contratto al diritto comune europeo della vendita, e cioè secondo il sistema dell'*opt-in*²⁶⁴.

Pertanto, dal momento che la Convenzione di Vienna (ed i Principi Unidroit) ha nel concreto un'applicazione limitata²⁶⁵, e visto che il campo applicativo della CESL, dal punto di vista soggettivo, è tendenzialmente diverso, si è concluso che concorrenti del CESL siano, ad oggi, solo gli ordinamenti giuridici nazionali individuati attraverso il diritto internazionale privato.

E' infatti evidente che ogni aspetto non regolato dal CESL rimane necessariamente disciplinato dalla normativa del diritto nazionale applicabile in base alle regole di diritto internazionale privato di cui al Regolamento Roma I (n. 593/2008) e Roma II (n. 864/2007) od altra rilevante regola di conflitto (considerando n. 27); e che gli oggetti e spazi disciplinari non regolati dal CESL manifestano la loro rilevanza e cedibilità nel momento del rapporto con gli ordinamenti nazionali, divenendo così fonte di incertezza, che va a sommarsi a quella che già di per sé sussiste ogni qualvolta si introduce un

²⁶⁴ Secondo De Nova, dal momento che la CISG è *opt-out*, se il CESL sarà *opt-in* allora dovrà prevalere la CISG sul codice europeo. Laddove, invece, il codice europeo dovesse essere *opt-out*, allora dovrà prevalere il codice europeo nella parte in cui disciplina la vendita (DE NOVA G., *Il contratto Alieno*, Torino, 2011).

²⁶⁵ L'art. 4 della CISG stessa circoscrive la disciplina alla formazione del contratto di vendita nonché ai diritti ed obblighi che lo stesso fa sorgere tra venditore e compratore. Essa, pertanto, non riguarda la validità del contratto né delle sue clausole, né degli usi, né degli effetti che il contratto può avere sulla proprietà delle merci vendute: tale strumento non ricomprende, dunque, la disciplina dei vizi del consenso, dei doveri precontrattuali di informazione, della correttezza e validità delle condizioni standard (KORNET N., *The Common European Sales Law and the CISG: complicating or simplifying the legal environment?*, in <http://ssrn.com/abstract=2012310>, 2012, p. 13 e ss).

nuovo strumento normativo²⁶⁶.

Questo appare oggi uno dei profili di maggiore criticità della Proposta di Regolamento, tanto che probabilmente proprio per questo motivo si potrebbe giungere, in linea con le indicazioni provenienti dal Parlamento europeo nel suo ultimo Working Document dell'8 ottobre 2012, ad un ampliamento delle materie che vi sono ricomprese.

Per quanto concerne, invece, quanto poc'anzi riferito e cioè che ogni aspetto non regolato dalla CESL rimanga necessariamente disciplinato dalla normativa del diritto nazionale applicabile in base alle regole di diritto internazionale privato, si deve osservare che le regole sul contratto di vendita del CESL non interferiscono con le norme di diritto internazionale privato esistenti, attraverso le quali continua ad individuarsi la legge applicabile.

Infatti, al considerando n. 10, dopo aver ribadito che è necessario che l'accordo di usare il diritto comune europeo della vendita sia frutto di una scelta espressa nell'ambito del proprio diritto nazionale applicabile, si precisa che *“l'accordo di ricorrere al diritto*

²⁶⁶ Non può sottacersi come anche la Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di beni mobili sia uno strumento incompleto: in essa manca sia la disciplina della validità del contratto che quella relativa agli effetti «che dal contratto possono derivare sulla proprietà dei beni venduti» (art. 4).

Infatti, sui limiti di applicazione cui va incontro la Convenzione di Vienna, Ferrari conclude che *“malgrado l'entrata in vigore della Convenzione di Vienna il ricorso a regole diverse da quelle poste dalla normativa convenzionale non solo non è divenuto superfluo, ma è addirittura (sempre) necessario quando si tratta di risolvere determinate problematiche connesse a contratti di vendita internazionale”* (<http://www.unibz.it/it/economics/events/presentazioniabstracts.html>).

Ciò posto, si osserva che sotto questo aspetto è naturale una maggiore critica nei confronti del CESL rispetto ad una convenzione internazionale come quella di Vienna: mentre il primo, infatti, si propone di uniformare la disciplina del contratto, o del contratto di vendita, a livello europeo, caratteristica da sempre delle convenzioni internazionali è quella di essere incomplete e di dover essere coordinate con l'ordinamento nazionale individuato dal diritto internazionale privato.

Sul punto, infatti, c'è chi ha sostenuto, anche per spiegare i motivi del maggiore successo della CISG rispetto alle due convenzioni dell'Aja del 1964, che *“la Convenzione di Vienna (...) non persegue il mito dell'autosufficienza della disciplina uniforme, ma prende atto del fatto che la disciplina convenzionale è destinata a concorrere con altre fonti di disciplina, tra le quali vanno sicuramente menzionati i diritti nazionali, gli usi del commercio internazionale (e/o la lex mercatoria nella misura in cui essa si distingue dagli usi del commercio internazionale), oltre, ovviamente, alla volontà delle parti”* (FRIGNANI-TORSELLO, *Il contratto internazionale*, 2a ed., Padova, 2010, p. 441) e che i sistemi di regole private o semi-private, come i Principi Unidroit, i Pecl, il DCFR, la lex mercatoria, solitamente non sono sufficientemente onnicomprensivi per regolare tutti i potenziali problemi che possono sorgere, rimanendo un ruolo sostanziale assolto dai sistemi nazionali (BOGDAN, *Private International Law as Component of the Law of the Forum*, The Hague, 2012, p. 278 ss.).

comune europeo della vendita non può pertanto essere assimilato o confuso con la scelta della legge applicabile ai sensi delle norme di conflitto, né può pregiudicarne l'applicazione. Il presente regolamento non inciderà pertanto sulle norme di conflitto vigenti”.

Il CESL, infatti -si ripete- è concepito come un secondo regime di disciplina del contratto di vendita all'interno dell'ordinamento nazionale di ogni Stato membro, con la conseguenza che, individuato il singolo ordinamento nazionale attraverso il diritto internazionale privato, le parti del contratto possono decidere se, a regolare il loro contratto, sarà lo strumento opzionale sulla vendita od invero le norme vigenti di diritto nazionale dei contratti (considerando n. 9).

Qualche dubbio ed incertezza, tuttavia, permane su come ci si dovrà comportare nel caso in cui le parti optino per il regime europeo ma, allo stesso tempo, decidano di accordarsi diversamente su qualche punto rispetto alla disciplina europea, così come consentito dall'art. 1 CESL (Libertà Contrattuale)²⁶⁷: si ritiene che presumibilmente le parti debbano in tal caso scegliere il diritto applicabile.

Ciò posto, non può tacersi come vivo sia il dibattito sul rapporto tra il CESL e il Regolamento Roma I.

Infatti, il CESL si è posto l'obiettivo di escludere, nel caso in cui le parti abbiano optato per esso, l'applicazione delle norme imperative dell'ordinamento nazionale individuato con le regole del diritto internazionale privato.²⁶⁸

Questa scelta, dando precedenza all'applicazione dello strumento opzionale rispetto

²⁶⁷ Articolo 1 (Libertà contrattuale):

1. Le parti sono libere di concludere contratti e di determinarne il contenuto, nel rispetto delle norme imperative applicabili.
2. Le parti possono escludere l'applicazione di qualsiasi disposizione del diritto comune europeo della vendita, oppure derogarvi o modificarne gli effetti, salvo che sia altrimenti stabilito dalle disposizioni stesse.

²⁶⁸ Considerando n. 12: “*Poiché il diritto comune europeo della vendita contiene un corpus completo di norme imperative a tutela dei consumatori completamente armonizzate, se le parti scelgono di applicarlo, i diritti degli Stati membri non presenteranno divergenze al riguardo. Di conseguenza, l'articolo 6, paragrafo 2, del regolamento (CE) n. 593/2008, che si fonda sull'esistenza di livelli divergenti di protezione del consumatore negli Stati membri, non ha rilevanza pratica per gli aspetti disciplinati dal diritto comune europeo della vendita*”.

alle norme imperative nazionali, neutralizzerebbe l'operatività dell'art. 6 Reg. 593/2008 con particolare rilievo, sotto il profilo operativo, per i contratti conclusi con i consumatori²⁶⁹: infatti, l'art. 6.2 del Regolamento Roma I prevede che ricorrendo determinate condizioni²⁷⁰, il consumatore non possa essere privato della protezione

²⁶⁹ Tale meccanismo è il risultato dell'esigenza di rendere prioritaria la scelta del CESL su tutta la produzione normativa di fonte comunitaria, nel tentativo di realizzare un'armonizzazione pressoché totale, e ciò in contrasto con quanto avvenuto a distanza di un mese.

La direttiva unificata sui diritti dei consumatori n. 8272011/UE ha previsto, infatti, un'armonizzazione soltanto parziale, limitata ai settori delle vendite a distanza e fuori dai locali commerciali.

²⁷⁰ L'art. 6 Reg. Roma I prevede che il contratto *“è disciplinato dalla legge del paese nel quale il consumatore ha la residenza abituale, a condizione che il professionista: a) svolga le sue attività commerciali o professionali nel paese in cui il consumatore ha la residenza abituale; o b) diriga tali attività, con qualsiasi mezzo, verso tale paese o vari paesi tra cui quest'ultimo, e il contratto rientri nell'ambito di dette attività”*. Ed ancora, al par. 2, che nel caso in cui le parti esercitino la facoltà di scelta della legge applicabile *“tale scelta non vale a privare il consumatore della protezione assicurategli dalle disposizioni alle quali non è permesso derogare convenzionalmente ai sensi della legge che, in mancanza di scelta, sarebbe stata applicabile a norma del paragrafo 1”*.

Il par. 4 dell'art. 6 contempla poi una serie di esclusioni all'applicazione del par. 2.

Per quanto riguarda il caso sotto la lettera a), è stato sostenuto in dottrina che è necessaria non solo la presenza fisica del professionista in tale paese ma anche che la sua attività locale si svolga in modo continuativo e sistematico e quindi riguardi un significativo volume d'affari (CACHIA, *Consumer Contract 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). Per quanto concerne invece il caso cui alla lettera b) il problema interpretativo è stato più delicato: 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 svolgono esclusivamente nell'ambito del paese di stabilimento del professionista, pur essendo dirette ai consumatori di altri paesi.

Riprendendo un esempio proposto da Pietro Sirena in un suo recente contributo sul CESL, si supponga che un negozio che si trova nel Royal Mile di Edimburgo rivolga la propria attività a turisti, esponga prezzi in euro, abbia indicazioni in tedesco e si avvalga di commessi che parlano la lingua tedesca. Ai sensi dell'art. 6, par. 1, lett. B) esso dirige la propria attività commerciale verso la Germania? Ebbene no. Anche se tale negozio dirige la propria attività commerciale verso coloro che sono abitualmente residenti in Germania, non può dirsi che si dirige esclusivamente verso la Germania in quanto tutto si colloca 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 loro assicurata dalle disposizioni alle quali non è permesso derogare convenzionalmente ai sensi della legge tedesca. Ecco, dunque, che il regolamento di Roma I ha una scarsa importanza applicativa a proposito dei contratti stipulati nei locali commerciali del venditore, rilevando piuttosto nelle vendite a distanza ed ancora di più nel commercio elettronico.

In particolare, per quanto concerne le vendite on-line, si è sottolineata la difficoltà di stabilire quando un professionista diriga la propria attività nel paese di residenza del consumatore. Per dare una risposta a tale quesito si è fatto riferimento alla giurisprudenza della Corte di Giustizia (Procedimenti riuniti C-585/08 e C-144/09 *Peter Pammer c. Reederei Karl Schuler GmbH*) riguardante l'art. 15 del regolamento di Bruxelles I (Reg. CE n. 44/2001 del 22 dicembre 2000) che presenta una disposizione identica riguardante la *“Competenza in materia di contratti conclusi con i consumatori”*. Secondo i giudici di Lussemburgo, infatti, per poter stabilire se l'attività su internet possa considerarsi *“diretta”* verso lo stato membro sul territorio del quale il consumatore è domiciliato, *“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 [...] 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*

assicuratagli dalle norme imperative del suo ordinamento²⁷¹.

Tuttavia, dal momento che nel caso in cui venga adottato il CESL si avrebbe una scelta tra due differenti discipline della vendita all'interno dello stesso ordinamento giuridico, l'inevitabile conseguenza sarebbe che il livello della tutela del consumatore sotto la sua legge nazionale non possa, per definizione, essere più elevato rispetto al CESL, dato che quest'ultimo affiancherebbe le legge nazionale nell'ambito dello stesso ordinamento.

Inoltre, dal momento che il CESL consiste in un sistema di regole completamente armonizzato (considerando n. 12), esso farebbe venire meno la disparità nella protezione del consumatore nei diversi Stati membri che costituisce il presupposto della disposizione contenuta nell'art. 6.2 Reg. Roma I.

Pertanto l'uniformità di regolazione, in quanto utile agli operatori professionali che concludono contratti transnazionali con i consumatori, potrebbe favorire la scelta per il CESL rispetto agli ordinamenti nazionali consentendo loro di redigere uno schema unico di condizioni di contratto standard per l'ambito transnazionale con cui operare all'interno dell'intero mercato europeo (scelta, tra l'altro ritenuta di particolare

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 una moneta che costituiscano la lingua e/o la moneta abitualmente utilizzate nello Stato membro nel quale il commerciante è stabilito" (SIRENA P., in *op. cit.*, 636).

²⁷¹ Secondo la Valle "tale previsione normativa, inoltre, implica che sia il giudice, volta a volta, ad operare un giudizio di equivalenza tra la legge scelta a regolazione del contratto e la protezione assicurata al consumatore dalle norme imperative dell'ordinamento di sua residenza abituale, e soltanto nel caso in cui questa sia reputata maggiormente protettiva, sarà effettivamente applicata a disciplinare il rapporto contrattuale" (LAURA VALLE, *op. cit.*). Infatti, il professionista può contrattare sotto la disciplina della propria legge, solo se è sicuro che la protezione del consumatore da parte della sua legge e di quella del Paese di residenza abituale del consumatore siano almeno equivalenti. L'art. 6.2 Reg. Roma I rappresenta, dunque, una sorta di rete di salvataggio, non avendo un diretto impatto sulle clausole contrattuali dell'operatore commerciale ma essendo indirizzato al giudice che decide sul caso in cui il consumatore è coinvolto, comparando di sua iniziativa le previsioni del Paese del consumatore e la legge prescelta (REICH, *EU Strategies in Finding the Optimal Consumer Law Instrument*, in *Eur. Rev. Contr. Law.*, 2012, p. 13 ss.). Alla luce di tutto ciò, non sempre quindi l'operatore professionale che voglia operare sul mercato interno è tenuto a confrontarsi e ad osservare le norme di altri ventisette Paesi europei. Egli, infatti, potrebbe operare sul mercato transnazionale europeo applicando ai contratti la propria legge nazionale sino a che non sia inevitabile applicare al consumatore alcune discipline del suo ordinamento se offrano al medesimo, effettivamente e a seguito di un giudizio di equivalenza condotto dal giudice, una maggiore tutela (sempre LAURA VALLE, *op. cit.*).

vantaggio per le negoziazioni on-line)²⁷².

D'altronde, occorre ricordare che il CESL, qualora approvato, non sostituirà il diritto nazionale nei rapporti contrattuali interni.

Ciò potrà avvenire solo e soltanto se lo Stato membro (scelta alquanto improbabile per la maggior parte degli Stati) esprimerà un'esplicita opzione in questo senso (considerando n. 15)²⁷³.

Pertanto, la soluzione da seguire potrebbe essere quella di incorporare nelle condizioni generali di contratto anche la disciplina nazionale che potrebbe, eventualmente, essere più protettiva del consumatore, in maniera da poter far uso di un unico modello contrattuale rivolto anche alle operazioni contrattuali nazionali²⁷⁴.

Ecco, dunque, che non potendo far sì che l'esclusione dell'applicazione dell'art. 6.2 del Regolamento Roma I si trasformasse in una riduzione della protezione dei consumatori, il CESL (destinato ad essere adottato *in primis* nei rapporti contrattuali tra professionisti e consumatori)²⁷⁵ è stato elaborato alla stregua dell'obiettivo generale di un livello elevato di protezione dei consumatori²⁷⁶: d'altronde uno strumento che non

²⁷² C'è chi, però, ha osservato che i problemi delle tutele giuridiche dei consumatori del commercio on-line si profilerebbero con minore gravità proprio nell'ambito del commercio elettronico dal momento che coloro che operano in tale ambito, stante la trasparenza e la diffusività del mezzo, non si preoccuperebbero di curarsi della disciplina giuridica e tenderebbero ad adeguarsi spontaneamente all'inserimento di clausole contrattuali a tutela del consumatore, oltre che ad offrire tutele anche superiori a quelle previste, al fine di soddisfare maggiormente la clientela.

Infatti, appare plausibile che, contrariamente a quanto diffusamente si ritiene, la riduzione dei costi conseguente all'introduzione dello strumento opzionale nel settore del commercio elettronico sia inferiore a quanto auspicato e che invece la riduzione dei costi possa essere di gran lunga più significativa nei mercati "normali", in particolare per le imprese operative in tutta Europa nel campo della vendita al dettaglio e aventi una pluralità di sedi (DORALT W., Diritto europeo dei contratti: rischi e opportunità del regime opzionale, in Resp. civ. prev., 2011, p. 111)

²⁷³ Secondo Doralt "solo qualora l'introduzione di un diritto contrattuale opzionale implichi che la parte contraente possa farvi ricorso anche per le transazioni domestiche, il diritto contrattuale opzionale avrà probabilità di essere in concreto utilizzato dai professionisti. (...) In caso contrario, l'adattamento ad un regime aggiuntivo si tradurrà in una maggiore anziché minore complicazione per i professionisti".

Lo stesso autore ritiene anche opportuna, nell'ottica dell'ottimizzazione dei costi, l'estensione del CESL a tutti i contratti tra parti professionali, nella medesima prospettiva di evitare la frammentazione dei rapporti contrattuali in segmenti sottoposti a diversi sistemi di legge applicabile (DORALT W., *op. cit.*, p. 1217).

²⁷⁴ In tal senso, LAURA VALLE, *op. cit.*.

²⁷⁵ In considerazione delle citate limitazioni soggettive all'applicazione del CESL ed in quanto gli operatori professionali hanno già maturato una consolidata esperienza con altri strumenti di disciplina dei contratti transnazionali.

²⁷⁶ Si è osservato d'altro canto che l'elevato livello di protezione dei consumatori assicurato dal CESL

garantisce loro un elevato livello di protezione non solo non sarebbe conforme all'art. 114.3 del TFUE, ma non sarebbe stato accettabile, né da parte dei Paesi membri con tradizioni di maggiore tutela dei consumatori, né dalle associazioni dei consumatori stessi.²⁷⁷

Il contenuto di molte norme, infatti, coincide con quello delle corrispondenti discipline già appartenenti all'*acquis communautaire*²⁷⁸ e pertanto non è possibile “temere” alcun arretramento della tutela dei consumatori rispetto a quella assicurata attualmente a questi soggetti in base alla legislazione sul contratto di derivazione europea.

Potrebbe piuttosto esserci il rischio -come poc'anzi ricordato- che a causa di un'armonizzazione “c.d. minima” alcuni legislatori nazionali abbiano introdotto nel proprio ordinamento disposizioni di maggior tutela per il consumatore (come ad es. in Spagna dove è possibile il controllo di vessatorietà anche per clausole relative al contenuto economico del contratto) e, pertanto, scegliendo il CESL quale legge applicabile al rapporto, il consumatore di un ordinamento in cui è prevista una tutela maggiore rispetto a quella risultante dall'*acquis communautaire* potrebbe essere pregiudicato, senza alcuna violazione dell'art. 6 Reg. Roma I.

Che ciò possa accadere, si ripete, è tuttavia un'ipotesi del tutto marginale mentre è possibile individuare diverse norme che migliorano la protezione del consumatore.

Ad esempio, la “gerarchia dei rimedi” prevista nella direttiva sulla garanzia nella vendita di beni di consumo è stata superata con l'art. 106 CESL che stabilisce che “i

(per renderlo accettabile agli Stati membri con la legislazione più protettiva) potrebbe risolversi in un handicap e disincentivare l'adozione da parte dei medesimi operatori (STORME, op. cit., p. 344 secondo cui “*should this not be the case, making the instrument so very attractive for consumers may turn out to have been fatal*”).

²⁷⁷ Il commissario alla giustizia Viviane Reding nel suo citato discorso del novembre 2011 cita la diffusa richiesta di un elevato livello di protezione dei consumatori quale condizione per l'adozione dello strumento *de quo*.

²⁷⁸ E cioè alla disciplina contenuta nella Direttiva 2011/83/CE del 25 ottobre 2011, pubblicata il 22 novembre 2011 ed entrata in vigore il successivo 12 dicembre.

diritti del compratore non sono subordinati al diritto di correzione del venditore”.

Inoltre, dal momento che il CESL risulta una scelta volontaria delle parti, o meglio una scelta nella disponibilità della parte professionale del contratto²⁷⁹, si è predisposto (allegato II alla Proposta di Regolamento) un avviso per il consumatore che lo informi circa:

- il fatto che il contratto che sta per concludere è regolato dal CESL;
- i suoi diritti prima della sottoscrizione del contratto ed in particolare rispetto all’obbligo di informazione precontrattuale;
- la possibilità di recesso dal contratto;
- i suoi diritti in caso di prodotto difettoso, di mancata o inesatta consegna del prodotto;
- la protezione prevista dal CESL contro le clausole abusive.

Secondo la maggior parte degli studiosi, tale avviso non sarebbe di per sé sufficiente alla tutela del consumatore²⁸⁰: il difetto essenziale, infatti, risiederebbe nella circostanza che manca un termine di confronto.

Il consenso alla scelta di un regime facoltativo, infatti, può dirsi realmente informato solo allorquando sia basato sull’analisi comparata dei costi e dei benefici del regime opzionale rispetto a quello di base, ed il CESL sembra invece dare per scontata la conoscenza, da parte di tutti gli operatori, del rispettivo regime nazionale.

Pertanto, nel momento che il consumatore legge la sintesi chiara dei suoi diritti riportata nel formulario allegato al testo dello strumento facoltativo, è certamente

²⁷⁹ Questo profilo viene individuato come un profilo di rischio per i “contraenti consumatori” dalla European Consumer Organisation (<http://www.beuc.org>) che evidenzia come la scelta per la CESL da parte del professionista elimini l’applicazione dell’art. 6 del Regolamento Roma I là dove si preoccupa di venire incontro alle esigenze del consumatore. Ciò, infatti, accade nonostante la proposta di Regolamento preveda che il consumatore venga preventivamente informato circa la scelta per il CESL (in tal senso art. 8, par. 2, secondo cui “*in relations between a trader and a consumer the agreement on the use of the Common European Sales Law shall be valid only if the consumer’s consent is given by an explicit statement which is separate from the statement indicating the agreement to conclude a contract. The trader shall provide the consumer with a confirmation of that agreement on a durable medium*”).

²⁸⁰ Lo Statement of the European Law Institute (ELI) on the Proposal for a Regulation on a Common European Sales Law del settembre 2012 già citato ha indicato come essenziale per migliorare l’attrattiva del CESL la revisione del meccanismo di opt-in del consumatore che è reputato troppo complicato.

stimolato a scegliere quel regime, rinunciando quasi automaticamente alle eventuali maggiori tutele che il suo diritto nazionale avrebbe potuto apprestargli ma che gli sono del tutto sconosciute²⁸¹.

L'unica soluzione dovrebbe risiedere (come infatti sembra essere) in un contenuto di per sé protettivo del CESL²⁸²: in particolare, si è osservato che se il CESL non offrisse un elevato livello di tutela del consumatore, ne conseguirebbe un'abdicazione dalla politica di tutela del medesimo da parte del legislatore europeo²⁸³.

In definitiva, lo strumento opzionale introdotto con il CESL potrebbe divenire una via alternativa per raggiungere, limitatamente a quei contratti che rientrano nel suo ambito di applicazione ma elevando il livello di tutela dei consumatori rispetto alle direttive attualmente vigenti, a quella armonizzazione completa che la direttiva sui consumatori del 2011 non è riuscita a realizzare pienamente.

7. Le critiche rivolte alla proposta

Non si può non rilevare *in primis* come l'obiettivo del CESL sia quello di realizzare un *corpus* di regole di diritto dei contratti uniformi a livello europeo, ad oggi mancante nell'*acquis communautaire*, con le sue misure frammentarie applicabili solo a talune tipologie contrattuali (mediazione commerciale, credito al consumo, pacchetti di viaggio), a particolari situazioni in cui i contratti vengono stipulati (contratti a distanza

²⁸¹ Secondo Pardolesi, il Consumatore difficilmente apprezza sino in fondo il significato di una complessa clausola contrattuale e molto spesso a scoraggiarlo è il costo connesso all'analisi e comparazione delle previsioni contrattuali predisposte dei diversi produttori. Ecco che molto spesso il consumatore (quando il valore dell'affare è contenuto) preferirà ignorare il tutto confidando nella logica del comportamento di gruppo (PARDOLESI, in *op. cit.*).

²⁸² Lo Statement of the European Law Institute, già citato, indica alcuni punti sui quali sarebbe auspicabile o altamente auspicabile il miglioramento della protezione del consumatore.

²⁸³ Tuttavia, vi è anche chi teme che l'eccessivo livello di protezione del consumatore sia dissuasivo dell'opzione per il CESL. A chi ha questo timore, però, si è controbattuto sostenendo che l'adozione del CESL si affida alla prospettiva che il vantaggio rappresentato per gli operatori dall'utilizzo su tutto il mercato europeo di un unico strumento normativo per i rapporti transfrontalieri, unito alla circostanza che ciò comporti un aumento delle operazioni commerciali anche grazie all'apertura verso mercati in precedenza non esplorati proprio a motivo delle difficoltà connesse alle difformità di disciplina giuridica, sia superiore rispetto ai costi di un eventuale tutela maggiore rispetto a quella assicurata dalla loro legge nazionale per i consumatori di alcuni Paesi.

o porta a porta) o ad aspetti molto specifici relativi a tutti i contratti commerciali o dei consumatori (condizioni generali di contratto inique; ritardi nei pagamenti)²⁸⁴.

Molti autori, infatti, hanno osservato come il suo ambito di applicazione sia più esteso di quello dei Principi del Diritto Europeo dei Contratti (PECL), contenendo ampie ed espresse previsioni relative ai contratti dei consumatori ed includendo regole specifiche in tema di vendita.

Con riguardo alla sua portata, ed in particolare alla volontà di atteggiarsi quale “Disciplina Generale del Diritto Europeo dei Contratti”, il CESL infatti rappresenterebbe un compromesso tra gli approcci legislativi prevalenti nei paesi c.d. continentali (come ad es. Italia, Francia e Germania) e quelli di common law (Inghilterra): da un lato, infatti, il suo ambito sarà troppo limitato per essere equiparato ad un codice maturo della tradizione post-illuministica, *“cioè una legge che governi in maniera onnicomprensiva l'intero diritto o un particolare settore del diritto, come il diritto privato, o una sua parte, abrogando le disposizioni precedenti relative allo stesso oggetto”*, e dall'altro la sua portata sarà più estesa di quella di un tipico Act del Parlamento Britannico²⁸⁵.

Ciò posto, non può tacersi come a tale progetto siano formulabili critiche di metodo.

Infatti, ferma la già più volte richiamata censura alla Commissione di essersi posta in contrasto con i principi di sussidiarietà²⁸⁶, più voci critiche si sono levate in dottrina sia sul “merito” delle scelte effettuate che sul “metodo” seguito.

Tra queste ultime la prima obiezione che viene sollevata al CESL è stata quella di

²⁸⁴ E' stata la proprio la “specificità settorialità” dell'acquis a rappresentare la giustificazione principale perché la Commissione si imbarcasse nella sua “European Contract Law Initiative”, così come si esprime per la prima volta nel “*First Annual Report on European Contract Law and the Acquis Review*”, 23 settembre 2005, COM (2005), 456 def., par. I.

²⁸⁵ Ciò non equivale a dire che in Inghilterra non vi sono atti legislativi che di per sé, o correlati ad altri strumenti giuridici, coprano vaste aree del diritto privato, come ad es. il *Property Acts* del 1925 che disciplina gran parte del diritto di proprietà sulle terre, il *Civil Procedure Rules* del 1998 che si propone di codificare il diritto processuale civile inglese, ed il *Companies Act* del 2006 che costituisce un corpus esteso e dettagliato di in materia di diritto societario. Il fatto è che questi strumenti, a parte il Civil Procedure Rules del 1998, non costituiscono dei veri e propri codici nel senso tradizionale ma riorganizzano, chiarificano e riformano il common law e gli atti normativi precedenti all'interno delle singole aree del diritto, rimanendo quali limitati interventi normativi (VOGENAUER S., in *op. cit.*).

²⁸⁶ MELI, *op. cit.*, 205.

risultare uno strumento incompleto²⁸⁷, in cui manca una disciplina della capacità giuridica, della capacità d'agire, dell'illiceità, della determinazione della lingua del contratto, della non discriminazione, della rappresentanza, della pluralità di debitori e creditori, della modificazione delle parti del rapporto obbligatorio, del trasferimento della proprietà, della proprietà intellettuale, della responsabilità extracontrattuale, nonché della possibile ed eventuale concorrenza tra quest'ultima e quella contrattuale (aspetti che in parte erano invece inclusi nei PECL e/o nel DCFR).

Ciò ovviamente -come già riferito- comporta che in ogni ambito non disciplinato dal CESL troveranno applicazione le norme dell'ordinamento nazionale individuato in base alle norme di diritto internazionale privato²⁸⁸.

Tuttavia, non si può non rilevare come tale limitazione ed incompletezza, anche in ragione dei tempi molto brevi inizialmente previsti per l'adozione del testo,²⁸⁹ sia dovuta alla volontà di adottare approcci pragmatici nell'elaborazione di un diritto privato europeo uniforme²⁹⁰, circoscrivendo l'intervento agli ambiti rispetto ai quali

²⁸⁷ Lando ha affermato che, avendo la gran parte degli Stati membri adottato la Convenzione di Vienna, la necessità di un diritto europeo del contratto di vendita non è così urgente, mentre ciò che serve è un diritto comune europeo dei contratti che copra la disciplina del contratto in generale.

Ed ha anche affermato che se le differenze tra i diritti degli Stati membri sono causa di costi di transazione aggiuntivi, nel lungo periodo l'Europa ha bisogno di un codice europeo di diritto dei contratti che copra la parte generale ed i contratti speciali sostituendo i diritti nazionali, in quanto soltanto un codice è in grado di migliorare in modo efficiente il funzionamento del mercato interno facilitando l'espansione del commercio transazionale (LANDO O., *Comments and Questions Relating to the European Commission's Proposal for a Regulation on a Common European Sales Law*, in Eur. Rev. Priv. Law, 2011, p. 719).

²⁸⁸ Che tale sia il *modus agendi* da seguire è espressamente indicato dalla Commissione nella Comunicazione che ha accompagnato il CESL, e ripreso anche nel considerando n. 27 laddove si legge quanto segue: *"Qualsiasi materia di natura contrattuale o extracontrattuale non rientrando 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 attinenti alla responsabilità contrattuale ed extracontrattuale possano essere fatte valere assieme è anch'essa esclusa dal campo di applicazione del diritto comune europeo della vendita".

²⁸⁹ Del resto il considerando n. 35 del Regolamento afferma che è appropriato rivedere il funzionamento del CESL o di qualsiasi altra previsione del Regolamento trascorsi cinque anni dalla sua operatività.

²⁹⁰ Che scopo ultimo del CESL sia quello di contribuire in maniera rilevante alla creazione di un diritto

esso è sembrato più semplice, immediato ed anche più urgente²⁹¹, al fine di incentivare gli scambi²⁹².

In ogni caso l'eventualità che possa nascere una controversia in ordine a profili non specificatamente regolati non dovrebbe comportare particolari problemi o complicazioni, dovendosi in quei casi individuare, attraverso i tradizionali strumenti di diritto internazionale, la legge nazionale applicabile ad integrazione del CESL.

Severa critica mossa al CESL è stata quella secondo cui lo stesso conterrebbe regole "identiche" a quelle presenti nelle norme degli ordinamenti nazionali, avendo dovuto questi ultimi recepire direttive comunitarie appartenenti al c.d. *aquis communautaire*.

Secondo parte della dottrina, infatti, nel caso in cui il regolamento venisse approvato

privato europeo uniforme si ricava anche dagli obiettivi che lo stesso si pone sotto il profilo dell'interpretazione ed applicazione uniforme all'interno dell'Unione europea.

Ed infatti, il considerando n. 29 stabilisce che le regole del CESL devono essere interpretate autonomamente, in armonia con i principi consolidati di interpretazione della legislazione dell'Unione Europea quali il principio di libertà contrattuale (limitabile soltanto quando e nella misura in cui sia indispensabile, in particolare per ragioni di tutela del consumatore), il principio di buona fede e correttezza, il principio di conservazione della validità del contratto e, per il caso di inadempimento, quello di identificare soluzioni bilanciate e rimedi disponibili tenendo conto degli interessi delle parti. Inoltre, al fine di accrescere certezza del diritto, la Commissione europea creerà un database pubblicamente accessibile sul quale saranno pubblicate le decisioni della Corte di giustizia e dei giudici nazionali sull'interpretazione del CESL e di ogni altra previsione del Regolamento (considerando n. 34 della Proposta di Regolamento).

Questo obiettivo dell'interpretazione e dell'applicazione uniforme tra l'altro si trova in linea con alcune previsioni della dir. 2011/83 dirette ad assicurare una migliore circolazione delle informazioni tra gli Stati membri, con riguardo ad eventuali modifiche introdotte a livello nazionale rispetto alle norme della direttiva ad armonizzazione minima e, tra l'altro, può essere considerato l'elemento di differenziazione tra uno strumento come il CESL ed altri sistemi di regole come i principi Unidroit e la Convenzione di Vienna.

Ciò posto, tuttavia, non può non osservarsi come il fatto che il CESL sia limitato nell'oggetto, possa costituire un limite al vantaggio dell'uniformità interpretativa nel momento in cui si debba fare continuo affidamento all'ordinamento nazionale di riferimento per ciò che il medesimo non disciplina: trattandosi infatti di uno strumento opzionale, sottoposto alla libera volontà delle parti, si porrà il problema, molto concreto, della sua penetrazione nell'uso degli operatori dato che, in base all'esperienza, gli strumenti fondati sull'opting-in, come i Principi Unidroit, sono stati poco adottati (LANDO, in *op. cit.*, p. 719-720). Ecco pertanto che, al fine di incoraggiare l'adozione dello strumento opzionale, si è pensato di proporre schemi di condizioni generali di contratto elaborate direttamente da parte della Commissione, in modo da rendere più semplice il primo approccio a tale strumento (GALGANO F., MARRELLA F., *Diritto del commercio internazionale*, 3a ed., Padova, 2011, p. 126 ss).

²⁹¹ Il commissario alla giustizia Viviane Reding, nel già più volte citato discorso, ha sottolineato come la proposta *de qua* sia volutamente indirizzata al contratto di vendita dato che il commercio di beni è il maggiore sul mercato europeo (nella Comunicazione sul diritto comune europeo sulla vendita COM(2011) 636 def. dell'11 ottobre 2010, p. 7, si sottolinea che il volume del commercio in beni è quattro volte il volume del mercato dei servizi) e che, tuttavia, in un mondo sempre più digitalizzato, ha un senso coprire anche i prodotti a contenuto digitale.

²⁹² LAURA VALLE, *op. cit.*

si avrebbe *“l’inconveniente di una ripetizione di regole, le quali in un ordinamento minimamente ordinato dovrebbero essere contenute in una sola fonte, non distribuite in una pluralità di esse senza alcuna ragione plausibile”*²⁹³.

Secondo altri, invero, il disordine che si creerebbe sarebbe solo apparente e dunque, la diversità di fonti dal medesimo contenuto non genererebbe alcun inconveniente, *“se e fino a quando le suddette fonti abbiano (riconoscibili) ambiti diversi di applicazione”*²⁹⁴.

²⁹³ CASTRONOVO C., *op.cit.*, 6.

²⁹⁴ D’AMICO G., *op. cit.*, 624.

CONCLUSIONI

1. I limiti dell'intervento "rimediale"

L'analisi fin qui condotta, se dimostra il dinamismo dottrinario ed istituzionale che caratterizza attualmente il processo di uniformazione del diritto contrattuale europeo, indica che il "legislatore comunitario" ha operato con una tecnica, come taluni hanno detto, con espressione da intendersi in senso letterale, sostanzialmente "rimediale": esso si è preoccupato di intervenire esclusivamente *a posteriori* al fine di porre "rimedio" alle "storture" derivanti dalle disparità di potere contrattuale tra le parti, riducendo l'impostazione astrattizzante dei diritti nazionali²⁹⁵.

Questa impostazione è stata influenzata dalle visioni che ritengono sostanzialmente impossibile la creazione di una normativa unica e che, pertanto, ragionano in termini, appunto, di mero "rimedio" episodico.

Dottrina autorevole, infatti, ha osservato che:

"il diritto privato europeo in senso formale non ha una storia, ha al massimo una cronaca da cui è dubbio si apprenda qualcosa. Ma il diritto che circola e si applica nei vari stati che ancora sopravvivono al di sotto delle strutture pervase dalla burocrazia comunitaria ha una storia più che bimillenaria, anzi si risolve, come i prodotti dello spirito umano nella sua storia. E' su questa storia che il diritto privato europeo va ad insistere e quindi ad innovare, ma è questa storia che esso non deve rinnegare e stravolgere [...] Il nesso di continuità che porta dal passato al presente è quindi da riconoscersi nell'esistenza di una scienza che permette di trovare per quei conflitti una soluzione ragionevole ed adeguata sulla base di un sistema più o meno rigoroso costruito, a partire dalle regole di condotta vigenti nell'ordinamento e dei giudizi di

²⁹⁵ MAZZAMUTO S., in *op. cit.*, 257.

valore che le sottendono”²⁹⁶.

In tale prospettiva, si è osservato che costituirebbe attività inutile realizzare una legislazione uniforme, allorquando la si interpreti difformemente, *“come è inevitabile che accada, non solo nella contrapposizione tra common lawyers e civil lawyers ma anche all’interno dell’esperienza giuridica continentale che, forzando i termini della questione, si è fin qui presentata come unitaria [...] Prima ancora che norme unitarie, è necessario un modo di pensare comune ai giuristi europei in cui le varie posizioni sul metodo e sui contenuti dell’interpretazione possano effettivamente confrontarsi, al di là del gioco stucchevole e quasi sempre infruttuoso della comparazione giuridica, sincronica o diacronica che sia, e senza produrre l’impressione, senza dubbio non gradevole, che si parli tutti un linguaggio diverso”*²⁹⁷.

Come si vede, dunque, il problema centrale si sposta dalla fase della produzione normativa a quella dell’applicazione della regola la quale, “abbandonata” ai giudici nazionali, sarebbe totalmente condizionata dalla rispettiva “cultura giuridica”.

Orbene, quand’anche si volesse prescindere da quanto si è detto a proposito della “tradizione”, e dunque della possibilità che tali difformità applicative in realtà non si determinino, e ciò sul presupposto di una più attenta presa di coscienza di tratti comuni ai diversi autori, c’è che questo “rischio” può essere evitato, come osservato da altra dottrina, attraverso meccanismi di controllo dell’autonomia privata non più soltanto successivi ma *ex ante*.

Questa tecnica di intervento deve consistere necessariamente nella formulazione di regole eguali applicabili in ciascun ordinamento, limitando la possibilità dei singoli

²⁹⁶ TALAMANCA M., *La Storia*, in Manuale dir. priv. Eur., I a cura di C. Castronovo, S. Mazzamuto, Milano, 2007, 12.

²⁹⁷ TALAMANCA M., *op. cit.*, 55.

Stati di operare interventi “adattativi”, ed anche il potere di intervento del giudice²⁹⁸.

Certamente non si tratta di un cammino spedito ed esempio esemplificativo è dato dalla direttiva 2000/35/CE.

Questa, in materia di ritardi nei pagamenti commerciali, aveva posto a carico dei singoli ordinamenti l’obbligo di adottare disposizioni che, nel caso di nullità di singole clausole “per iniquità”, consentissero al giudice di “conservare” il contratto ricostruendo equitativamente il contenuto viziato, e dunque espunto.

Lo scopo della norma era evidentemente di uniformazione, ma lo strumento si è rivelato inadeguato: le soluzioni nazionali sono state a tal punto divergenti da indurre il legislatore comunitario ad intervenire con la direttiva 2011/7/UE, sopprimendo quelle prescrizioni²⁹⁹.

E’ dunque più che attuale non tanto l’interrogativo sulla opportunità di creare-ottenere un diritto comune dei contratti (si veda pag. 10) ma quello sullo strumento attraverso il quale ottenere tale risultato.

²⁹⁸ Per quanto concerne, infatti, l’influenza che il CESL può avere sulle legislazioni nazionali dei paesi membri, si osserva che già da tempo le tecniche di redazione legislativa a livello nazionale sono state influenzate dallo stile seguito dalla legislazione comunitaria. Sembra quindi di poter concludere che il CESL, quale strumento di diritto contrattuale emanato nella forma di un regolamento, non possa influenzare lo stile generale di redazione del diritto privato degli Stati membri più di quanto non lo abbiano fatto, in passato, altre misure prese dalle istituzioni europee. Ciò anche perché il CESL, quale Regolamento, non comportando la necessità di adozione di alcuna misura legislativa a livello nazionale, non avrà la necessità di perseguire alcuna integrazione con il diritto nazionale dello Stato membro in cui verrà applicato. Tra l’altro, trattandosi di Regolamento, nel caso in cui il CESL venisse adottato e prevedesse concetti giuridici dal significato e portata diversa rispetto a quelli normalmente impiegati nel diritto nazionale, ciò non sarebbe così evidente. Stesso discorso vale nel caso contrario: se il CESL, infatti, non dovesse essere adottato, rimarrebbe il solo DCFR che, considerato oramai quale “*tool box*”, certamente avrebbe un effetto di “influenza” ancora minore.

²⁹⁹ La citata direttiva 2000/35/CE sui ritardi nei pagamenti commerciali venne attuata in Italia dall’art. 7, comma 3, del D.lgs. 231/02 che prevedeva la possibilità per il giudice, anche d’ufficio, di dichiarare la nullità dell’accordo sulla data del pagamento, o sulle conseguenze del ritardato pagamento qualora risultasse gravemente iniquo in danno del creditore e conseguentemente di applicare i termini legali ovvero di ricondurre il contenuto dell’accordo ad equità, avuto riguardo all’interesse del creditore, alla corretta prassi commerciale, alla natura della merce o dei servizi oggetto del contratto, alla condizione e ai rapporti commerciali tra le parti. Tale formulazione è stata modificata dalla lett. g) del comma 1 dell’art. 1 D.lgs. 192/2012 che ha ridotto il poter di intervento del giudice: non è infatti più prevista la possibilità per quest’ultimo di ricondurre il contenuto dell’accordo ad equità.

2. Il ruolo della Dottrina

Accanto alle appena accennate difficoltà di carattere tecnico, legate al persistere di profonde ed antiche culture nazionalistiche (che hanno sin qui impedito all'Unione Europea di diventare una entità politica e giuridica e non soltanto economica), vi sono quelle derivanti dal differente peso economico e politico dei diversi soggetti nazionali restii a rinunciare, soprattutto nei rapporti contrattuali, alla propria sovranità.

Ciò spiega l'andamento lento dell'evoluzione del diritto europeo dei contratti determinato dall'esigenza di favorire un'uniformazione progressiva, mediante l'enucleazione di principi comuni, al fine di formare le basi su cui poter poi costruire una regolamentazione unitaria ed evitare che la "fretta" nel giungere a dei risultati, possa pregiudicare la coesione sostanziale delle normative contrattuali.

Sia pure con questi limiti, passi in avanti, e di pregio, ne sono stati compiuti, specie grazie all'impegno di quella *koiné* giuridica cui si faceva riferimento all'inizio della nostra trattazione.

Infatti, se oggi possiamo discutere addirittura di una proposta di Regolamento sul Diritto Comune Europeo della Vendita, e cioè della prima proposta comunitaria di atto normativo per l'uniformazione del diritto contrattuale, ciò si deve alla tenacia, all'impegno e al duro lavoro svolto dai gruppi di studiosi che, oramai da più di trent'anni, lavorano incessantemente al progetto di codificazione del diritto contrattuale in Europa.

La dottrina, favorendo gli scambi culturali tra i giuristi europei, e diffondendo il metodo della comparazione giuridica di cui si è ampiamente detto (soprattutto in merito al raffronto tra civil law e common law), ha contribuito alla produzione di principi comuni utili per la rielaborazione dei singoli istituti, superando le diverse impostazioni

nazionali.

Il successo ottenuto dalle iniziative degli studiosi, infatti, ha consentito, nel corso del tempo, la formazione di una cultura più uniforme che ha reso possibile che un'idea, un "sogno" accademico, si trasformasse in qualcosa di concreto.

L'uniformazione a livello europeo del diritto dei contratti è dunque sorretta dall'impulso dei giuristi e degli accademici dal momento che, come noto a tutti i pratici del diritto, l'intervento del legislatore altro non può essere che la formalizzazione normativa di un'acquisizione culturale, unitaria, condivisa dai più (in questo caso dalla maggior parte dei paesi membri).

A questo impegno sono chiamati a collaborare tutti gli operatori di diritto poiché (richiamando l'insegnamento di un autorevole studioso) ciò costituisce la *"risposta più appropriata alle doglianze di Voltaire, che viaggiando per l'Europa con i mezzi di allora, le carrozze a cavalli, lamentava il cambiamento delle regole giuridiche ad ogni stazione di posta"*³⁰⁰.

3. Conseguenze della "debolezza" dell'iniziativa istituzionale

Tuttavia, come Stefano Rodotà ha più volte ribadito, per uscire dall'*impasse* di un impossibile codice civile europeo, anche a causa della perdurante assenza di un compiuto processo democratico nell'elaborazione di un diritto europeo unitario, è necessaria anche una iniziativa politica, *"senza attendere un Napoleone del terzo millennio"*³⁰¹.

Certamente non si può affermare che, ad oggi, tale iniziativa politica si sia effettivamente materializzata.

³⁰⁰ ALPA G., *Manuale di diritto privato*, Padova. 2007, 991-992.

³⁰¹ RODOTÀ S., *op. cit.*, 33.

Alla luce dell'analisi svolta nelle pagine precedenti, infatti, si può osservare che i vari progetti di diritto europeo dei contratti sino ad oggi elaborati si presentano come il frutto di un lungo e difficile “compromesso” tra gli organi istituzionali dell'Unione da una parte, ed i vari Stati (che tentano, ad ogni costo, di preservare i principi propri dell'ordinamento di appartenenza) dall'altra.

Il rischio che si corre procedendo in tale direzione è alto.

L'attività normativa europea è “ambiziosa”: tende a superare le barriere tra i diversi stati, ed il fenomeno della c.d. “competizione tra ordinamenti giuridici”, ma lo fa occupandosi e disciplinando ogni cosa fino a sostituire alla *“tirannia dello Stato, che della dimensione del giuridico era diventato l'unico monopolista, quella di una tirannia formata da eurocrati zelanti, i quali hanno il compito di formalizzare, in norme, le compromissioni che gli Stati, guidati spesso da nazionalistici e contingenti opportunismi, raggiungono in materia di politica economica”*³⁰².

Secondo l'opinione dominante, i vari progetti, avendo come unico obiettivo l'unificazione delle diverse discipline presenti all'interno dell'Unione Europea (limitatamente al “settore” dei contratti), in realtà determinano l'effetto inverso, e cioè la difficoltà concreta di coordinare quanto diviene oggetto di tale “codificazione” ed i settori che, nonostante siano ad esso strettamente connessi, ne rimangono esclusi.

In tal senso si consideri cosa accadrebbe nel caso in cui la Proposta di Regolamento della Commissione fosse approvata: si avrebbe un regime duplice (per i rapporti tra imprese e consumatori e per i rapporti tra imprese di cui una sia medio-piccola), limitato ai contratti transfrontalieri, necessario in presenza di rapporti contrattuali asimmetrici e che, ancora, per essere accettato dai consumatori deve elevare il livello della loro tutela,

³⁰² Così si è espresso il Ferri nel commentare la direttiva 44/1999 nell'opera già citata (FERRI G.B., *op.cit.*, Padova, 2008, 403 e ss.)

con la conseguenza che l'inserimento della clausola di opzionalità risulta meno appetibile per le imprese.

La scelta di uno strumento opzionale, se è sintomatica delle problematiche tecniche, politiche ed economiche che se non impediscano, certamente rallentano, il progredire del processo di uniformazione del diritto privato, fa dubitare circa la effettiva utilità dello strumento sia perché consentirebbe di scegliere semplicemente un modello in più rispetto a quelli già esistenti, creando così maggiore frammentazione, sia perché si potrà applicare solo ed esclusivamente se le parti lo scelgano concordemente.

Ma non è questo l'unico problema. Come in molti hanno osservato, è evidente che di un accordo vero e proprio può parlarsi solo nel caso in cui la stipula di un contratto sia conseguenza immediata e diretta di una trattativa condotta potenzialmente in parità; in tutti gli altri casi (e cioè nella quasi totalità), la scelta di applicare la nuova normativa sul diritto comune europeo della vendita sarebbe rimessa esclusivamente alla parte contrattuale più forte, e dunque al professionista.

Tale potenzialità normativa è messa in dubbio anche da un'altra caratteristica propria di tale proposta, e cioè dal fatto di essere stata redatta, utilizzando le parole di Guido Alpa, secondo una versione "modulare".

Il testo cioè rappresenta una versione componibile, con regole generali sul contratto, regole specifiche in materia di vendita e di servizi ad essa correlate, e alle quali potranno essere aggiunti, nel tempo, altri comparti contenenti settori della disciplina generale del contratto oggi ancora non previsti e/o altri contratti speciali.

Dunque, pur nella consapevolezza che la Proposta della Commissione si caratterizza per un ruolo fondamentale, quale prima ipotesi di atto normativo nell'ambito del progetto di uniformazione del diritto europeo dei contratti, si deve concludere che l'idea

di un codice civile europeo a tutt'oggi non si è tradotta in iniziative suscettibili di effettiva e concreta incidenza nella pratica delle relazioni.

Anche se non può negarsi che, nell'ambito del diritto europeo, tra organi politici ed operatori giuridici, si è creata quella fitta collaborazione che potrà favorire la prosecuzione del cammino intrapreso trent'anni or sono, sembra di dover fermamente affermare che ancora dovrà attendersi molto tempo prima di poter giungere ad una "conclusione".

4. I limiti degli approcci "protezionistici" e degli strumenti opzionali

A rendere ancora meno significativo lo strumento proposto è, tra l'altro, la consueta prospettiva "protezionistica" verso il consumatore che continua a sorreggerlo.

All'inizio di questo lavoro, infatti, ci si è chiesti se il nuovo progetto di Regolamento per un Diritto Comune Europeo della Vendita, ove in ipotesi applicato ai rapporti tra sole imprese, non avesse in realtà quale scopo ultimo sempre e solo la tutela del consumatore, quale soggetto cardine all'interno del "mercato unico" (si veda pag. 10).

Orbene, si è visto che il CESL tende ad elevare, mediante la predisposizione di un *corpus* unitario di regole comuni che rafforzi la fiducia nel mercato e costituisca stimolo per gli acquisti oltre le frontiere nazionali, il livello di protezione dei consumatori, reputato fino ad oggi ancora non sufficiente: invero, sebbene l'art. 1 del citato progetto si riferisca al principio della libertà contrattuale, al suo interno sono previste numerose norme imperative di salvaguardia, non derogabili dalle parti a danno del consumatore, e dunque senza più necessità di identificare le norme imperative prescritte dalla legge del Paese di residenza abituale del consumatore e poste nel suo interesse.

Ciò che in origine si è voluto evitare, infatti, è che la scelta del professionista di

applicare il Regolamento si possa rivelare un espediente per sottrarsi ad una disciplina più favorevole alla sua controparte.

Tuttavia, proprio quest'intento di tutela della parte "debole" del contratto, costituirebbe, nel caso in cui la proposta di Regolamento venisse approvata, un forte ostacolo per la sua applicazione.

Infatti, se come noto nei contratti tra professionisti e consumatori (o comunque imprese medio-piccole), i primi sono coloro che propongono le condizioni generali, è ovvio che essi saranno discentivati dal richiamare una disciplina meramente opzionale più favorevole alla controparte.

5. Considerazioni conclusive

L'esposizione sin qui svolta induce a concludere che, nonostante gli apprezzabili sforzi fin ora sostenuti per la formazione di un diritto europeo dei contratti, l'obiettivo sia ancora lontano.

Aver optato per la soluzione armonizzatrice, considerando la normativa del CESL vincolante solo per espresso richiamo e manifestazione di volontà delle parti di sottostarvi, infatti, è indice della perdurante "debolezza" del livello di integrazione europea.

Trattandosi di una scelta facoltativa, l'auspicio è che la normativa CESL, che non a caso riguarda la disciplina della vendita (campo in cui opera la Convenzione di Vienna che, come già visto, è stata ratificata dalla maggior parte dei Paesi dell'Unione e non si applica essenzialmente alle materie già armonizzate), possa inserirsi progressivamente in ciascuno degli ordinamenti nazionali quale parte integrante del sistema giuridico e divenire così nella pratica una sorta di "prototipo" del più ambizioso progetto di codice

civile europeo.

Il passato insegna, infatti, che la novità normativa europea, a prescindere dalle critiche che le vengono mosse, esercita inevitabilmente una forte capacità espansiva; e dunque consente di concludere che un nuovo diritto della vendita, uguale in tutti gli Stati membri, possa contribuire all'innovazione necessaria per l'uniformazione del diritto.

Pur in presenza di motivate e numerose perplessità, è dunque necessario assumere un atteggiamento propositivo nei confronti dei lavori della Commissione: solo muovendosi in tale direzione si potrà ottenere l'auspicata disciplina organica, e con essa non solo il risultato economico avuto di mira dal legislatore (cioè un impulso alle transazioni commerciali con vantaggi in termini di tempo, costi, possibilità di scelta e guadagni, e dunque ripresa economica dell'Unione) ma anche quello giuridico istituzionale di un passo importante e forse necessariamente propedeutico rispetto ad obiettivi di uniformazione più ambiziosi.

Senza dubbio, trovandoci in un periodo caratterizzato da notevoli cambiamenti, e soprattutto da una profonda crisi economica, concepire il diritto europeo sotto una diversa prospettiva, e cioè nel senso dell'integrazione più che dell'armonizzazione, sarebbe la scelta corretta da intraprendere.

Ma per fare ciò, è necessario preparare la società, cittadini ed istituzioni, destinataria di questo effetto.

L'esperienza insegna, infatti, che qualsiasi codificazione deve essere costruita su un sistema di valori uniformi condivisi dalla collettività e cioè, come si è detto in precedenza, su una tradizione che, oltre ad essere comune, deve essere “consapevolmente comune”.

BIBLIOGRAFIA³⁰³

- ❖ AA. VV., *L'Union Européenne, la démocratie et Etat de droit*, in JCPG, 2006.
- ❖ ADINOLFI A., *I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e la loro influenza sugli ordinamenti degli Stati membri*, in Riv. It. dir. Pubbl. com., 1994.
- ❖ AJANI G. - SCHULTE NOLKE H., *The Action Plan on a more coherent European Contract Law: Response on behalf of the Acquis Group*, pubblicato nel sito ufficiale del Research Group on existing EC private law <http://www.acquis-group.org>.
- ❖ ALPA G., *Il diritto privato europeo: significato e confini del sintagma*, in ALPA G. – CAPILLI G. (a cura di), *Lezioni di diritto privato europeo*, Padova, 2007.
- ❖ ALPA G., *Introduzione al diritto contrattuale*, Bari, 2007.
- ❖ ALPA G., *Manuale di diritto privato*, Padova, 2007.
- ❖ ALPA G.-ANDENAS M., *Fondamenti del diritto privato europeo*, Milano, 2005.
- ❖ ALPA G.-BESSONE M., *La Convenzione di Roma sulla legge applicabile in materia di obbligazioni. Aspetti civilistici*, in Giur. It., 1983.
- ❖ ALPA G. – CONTE G., *Riflessioni sul progetto di Common Frame of Reference e sulla revisione dell'Acquis Communautaire*, in Riv. dir. civ., 2008.
- ❖ ATIYAH P.S., *The rise and Fall of Freedom of Contract*, Oxford, 1979.
- ❖ BARATTA R., *La Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 sulla legge*

³⁰³ Parte della ricerca bibliografica è stata svolta presso la *Bodleian Law Library- Institute of European and Comparative Law* di Oxford, e presso il *British Institute of International and Comparative Law (BIICL)* di Londra.

- applicabile alle obbligazioni contrattuali*, in Dir. Unione europea, 1997.
- ❖ **BARIATTI S.**, *Lo sviluppo delle competenze comunitarie in materia di diritto internazionale privato e processuale*, in Casi e materiali di diritto internazionale privato comunitario 2, Milano, 2009.
 - ❖ **BATTELLI E.**, *Il nuovo diritto europeo dei contratti nell'ambito della strategia "Europa 2020"*, in *Contratti*, 2011.
 - ❖ **BEALE**, *The Drafting of the Common Frame of Reference*, in Schmidt-Kessel (a cura di), *Der Gemeinsame Referenzrahmen: Entstehung, Inhalte, Anwendung*, Monaco, 2009.
 - ❖ **BELLANTUONO G.**, *Diritto comunitario e diritto dei contratti: armonizzazione o diversificazione?*, in PARDOLESI R. (a cura di), *Saggi di diritto privato europeo*, Napoli, 1995.
 - ❖ **BENACCHIO G.**, *Diritto privato della Unione Europea, Fonti, modelli, Regole*, Sesta Edizione, Pavia, 2013.
 - ❖ **BETTI E.**, *Teoria Generale del negozio Giuridico*, Tratt. Vassalli, Torino, 1960.
 - ❖ **BIN M.**, *Clausole Vessatorie: una svolta storica (ma si attuano così le direttive comunitarie?)*, in *Contr. Impr./Europa*, 1996.
 - ❖ **BOGDAN**, *Private International Law as Component of the Law of the Forum*, The Hague, 2012.
 - ❖ **BONELL M. J.**, *I principi Unidroit 2010: le novità*, per il Congresso celebrativo del 25° anniversario della fondazione della rivista "Diritto del Commercio Internazionale" su *"I principi Unidroit 2010: verso un diritto "globale" dei contratti commerciali internazionali"*, Roma, 17-18 febbraio 2012.
 - ❖ **BONELL M.J.**, *Vi è spazio per una lex mercatoria?*, in SIDI, *La riforma del*

- diritto privato internazionale privato italiano, ES, Napoli, 1997.
- ❖ **BORTOLOTTI F.**, sessione della ICC Commission on Commercial Law and Practice (CLP) su Cross Border-Sales, Londra, 19 aprile 2012.
 - ❖ **BRIGANTI E.**, *Causa del Contratto*, Torino, 1994.
 - ❖ **BUSSANI M.**, *Diritto Privato Europeo, ED, Annuali*, Milano, 2008.
 - ❖ **CACHIA P.**, *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.
 - ❖ **CARBONE S.M.**, *I Principi Unidroit quale diritto applicabile ai contratti commerciali internazionali: tra autonomia privata e ordinamenti statali*, per il Congresso celebrativo del 25° anniversario della fondazione della rivista “Diritto del Commercio Internazionale” su *“I principi Unidroit 2010: verso un diritto “globale” dei contratti commerciali internazionali”*, Roma 17-18 febbraio 2012.
 - ❖ **CARBONE S.M.**, *Obiettivi di diritto materiale e tendenze nel diritto internazionale privato comunitario*, in AA.VV., *Il nuovo diritto europeo dei contratti: dalla Convenzione di Roma al Regolamento Roma I*, a cura della Fondazione Italiana per il Notariato, Milano, 2007.
 - ❖ **CASTRONOVO C.**, *Il contratto e l’idea di codificazione nei principi di diritto europeo dei Contratti*, in *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, Padova, 1999.
 - ❖ **CASTRONOVO C.**, *Il contratto nei “principi di diritto europeo”*, in *Europa e diritto privato*, Milano, 2001.
 - ❖ **CASTRONOVO C.**, *L’utopia della codificazione europea e l’oscura Realpolitik di Bruxelles*, in *Europa e diritto privato*, Milano, 2011.

- ❖ **CASTRONOVO C.**, *Sulla proposta di regolamento relativo ad un diritto comune europeo della vendita*, in *Europa e diritto privato*, Milano, 2012.
- ❖ **COLOMBI CIACCHI**, *Optional Instrument for Consumer Contracts in the EU*, in *The Politics of the Draft Common Frame of Reference*, ed. by Somma, The Netherlands, 2009.
- ❖ **COSTANTINESCO L. J.**, *Il metodo comparativo*, 2^a ed., Torino, 2000.
- ❖ **CRISCUOLI G.**, “*Causa e consideration*” o della loro incomunicabilità, in *Causa e Consideration* (a cura di) Alpa G. e Bessone M., Padova, 1984.
- ❖ **D’AMICO G.**, *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 Navaretta, Milano, 2007.
- ❖ **D’AMICO G.**, *Il Diritto Comune Europeo della Vendita*, in *I Contratti*, 7/2012.
- ❖ **D’AMICO G.**, *Il Diritto comune europeo della vendita, - Direttiva sui diritti del consumatore e regolamento sul diritto comune europeo della vendita: quale Strategia dell’Unione in materia di armonizzazione*, in *I Contratti*, 7/2012.
- ❖ **DAVID R.-JAUFFRET SPINOSI C.**, *I grandissimi sistemi giuridici contemporanei*, 4^o ediz. It., Padova, 1994.
- ❖ **DE CRISTOFARO G.**, *I “principi” di diritto comunitario dei contratti*, Torino, 2009.
- ❖ **DE NOVA G.**, *Il contratto Alieno*, Torino, 2011.
- ❖ **DE RUGGIERO R.**, *Istituzioni di diritto civile*, Milano, 1961.
- ❖ **DIAMOND A.L.**, *Conventions and Their Revision*, in *Unification and Comparative Law in Theory and Practice. Contribution in Honour of J. G. Sauveplenne*, Deventer-Antwerp-Boston-London-Frankfurt, 1984.

- ❖ **DONADIO G.**, *Diritto Contrattuale Comunitario e “optional instrument”: una valutazione preventiva*, in Contratto e Impresa/Europa, Padova, 2011.
- ❖ **DORALT W.**, *Diritto europeo dei contratti: rischi e opportunità del regime opzionale*, in Resp. civ. prev., 2011.
- ❖ **FERRARI V. - LAGHI P.**, in *Diritto Europeo dei Contratti*, Milano, 2012.
- ❖ **FERRI G.B.**, *Causa e tipo nella Teoria del Negozio Giuridico*, Milano, 1966.
- ❖ **FERRI G.B.**, *Divagazioni intorno alla Direttiva n. 44 del 1999 su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo, ora Il potere e la parola e altri scritti di diritto civile*, Padova, 2008.
- ❖ **FERRI G.B.**, *L’“invisibile” presenza della causa del contratto*, Europa e diritto privato, Milano, 2002.
- ❖ **FERRI G.B.**, *Riflessioni sul diritto privato Europeo*, in Le tutele contrattuali ed il diritto privato Europeo, Napoli, 2012.
- ❖ **FERRI G.B.**, *Tradizione e novità nella disciplina della causa del negozio giuridico (dal Codice civile 1865 al codice civile 1942)*, Riv. Dir. Comm., 1986.
- ❖ **FRIGNANI-TORSELLO**, *Il contratto internazionale*, 2a ed., Padova, 2010.
- ❖ **GABBA C. F.**, *Prolusione al corso di diritto civile*, anno scolastico 1887-1888, Archivio Giuridico, 1887.
- ❖ **GALGANO F.**, *Diritto del Commercio Internazionale*, 2a ed., Milano, 2007.
- ❖ **GALGANO F.**, *Diritto Privato*, Padova, 2006.
- ❖ **GALGANO F.**, *Il Negozio giuridico*, Tratt. Cicu-Messineo Mengoni, Milano, 1988.
- ❖ **GALGANO F.**, *Lex mercatoria*, Bologna, 2010.
- ❖ **GALGANO F. - MARRELLA F.**, *Diritto del commercio internazionale*, 3a ed.,

Padova, 2011.

- ❖ **GAMBARO A.**, *“Iura et leges” nel processo di edificazione di un diritto privato europeo*, EDP, 1998.
- ❖ **GANDOLFI G.**, *L’unificazione del diritto dei contratti in Europa: mediante o senza legge?*, in Riv. Dir. Civ., 1993.
- ❖ **GANDOLFI G.**, *Per l’unificazione del diritto in Europa: “Il Codice europeo dei Contratti”*; Riv. trim. dir. proc. civ., 1991.
- ❖ **GAROFALO L.**, *Giurisprudenza romana e diritto privato europeo*, Padova, 2008.
- ❖ **GIARDINA A.**, *I Principi Unidroit quale legge regolatrice dei contratti internazionali (I principi ed il diritto internazionale privato)*, in BONELL M.J., BONELL F., *Contratti Commerciali Internazionali e principi Unidroit*, Milano, 1997.
- ❖ **GIORGIANI M.**, *Causa*, Enciclopedia del diritto, Milano, 1960.
- ❖ **GIULIANO e LAGARDE**, *Relazione sulla Convenzione relativa alla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, in appendice a SACERDOTI-FRIGO, *La Convenzione di Roma sul diritto applicabile ai contratti internazionali*, 1994.
- ❖ **GORLA G.**, *La “causa” nel pensiero dei giuristi di common law*, in Rivista del diritto commerciale, n. 9-10, Parte I, Milano, 1951.
- ❖ **GORLA G.**, Voce *Consideration*, in Enciclopedia del diritto, Milano, 1964.
- ❖ **GORLA G.**, Voce *Diritto Comparato*, in Enciclopedia del diritto, Milano, 1964.
- ❖ **GROSSI P.**, *Modelli storici e progetti attuali nella formazione di un futuro diritto europeo*, in Riv. Dir. Civ., 1996.
- ❖ **GROSSI P.**, *Scienza Giuridica e legislazione nella esperienza attuale del diritto*, in Riv. Dir. Civ., 1997.

- ❖ **GRUNDMANN S.**, *La struttura del diritto europeo dei contratti*, in Riv. Dir. Civ., 2002.
- ❖ **HESSELINK M. W.**, *How to opt into the Common European Sales Law? Brief comments on the commission Proposal for a Regulation*, in European Review of Private Law, 1- 2012.
- ❖ **HESSELINK M.**, *The European Commission's Action Plan: Towards a more coherent European contract law?*, in Europ. Rev. priv. Law, 2004.
- ❖ **IORATTI FERRARI E.**, in *Codice Civile Europeo, Il dibattito, i modelli, le tendenze*, Padova, 2006.
- ❖ **IRTI N.**, *Il Metodo*, in Manuale di diritto privato europeo, a cura di C. Castronovo- V. Mazzamuto, Milano, 2007.
- ❖ **JACKSON R.M.**, *The Scope of the term contract*, Londra, 1937.
- ❖ **JANNARELLI A.**, *Diritto comunitario e comparazione*, in MOCCIA L., (a cura di), *I giuristi e l'Europa*, Bari-Roma, 1997.
- ❖ **JOHNSTON A. – UNBERATH H.**, *European private law by directives: approach and challenges*, in C. TWIGG-FLESNER, *The Cambridge companion to European Union Private Law*, Cambridge, 2010.
- ❖ **JUENGER**, *The Lex mercatoria and private international law*, in Uniform Law Review, 2000.
- ❖ **KESSEDJIAN C.**, *Un exercice de rénovation des sources du droit des contrats du commerce international: les principes proposés par Unidroit*, in Rev. Crit. Dip., 1995.
- ❖ **KORNET N.**, *The Common European Sales Law and the CISG: complicating or simplifying the legal environment?*, in <http://ssrn.com/abstract=2012310>, 2012.

- ❖ **KUIPERS**, *The Legal Basis for a European Optional Instrument*, in Eur. Rev. Priv. Law, 2011.
- ❖ **KULLMANN J.**, *Contratto di assicurazione: la lotta per la protezione dei partners dell'assicuratore*, in BIANCA C.M., ALPA G. (a cura di), *Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori- L'attuazione della direttiva comunitaria del 3 aprile 1993*, Padova, 1996.
- ❖ **LAGHI P.**, *Diritto Europeo dei Contratti*, in *Il contratto*, Tomo I, Padova, 2013.
- ❖ **LAMBERT E.**, *Le droit commun de la S.D.N.- Ses Organes actuels-Ses organes à venir*, in E.Balogh (a cura di), *Mèmories de l'Académie internationale de droit comparè*, Berlino/Londra/Parigi, 1928.
- ❖ **LANDO O.**, *Comments and Questions Relating to the European Commission's Proposal for a Regulation on a Common European Sales Law*, in Eur. Rev. Priv. Law, 2011.
- ❖ **LOPES-PEGNA**, *Il rilievo del collegamento più stretto dalla Convenzione di Roma alla proposta di Regolamento "ROMA I"*, in Riv. Dir. Internaz., 2006.
- ❖ **LORENZEN**, *Causa and consideration in the law of contracts*, in Yale Law Journal, 1919.
- ❖ **MANTELLA A.**, in *"Diritto Europeo" e "Diritto Romano": una relazione ambigua*, in *Fondamenti del Diritto Europeo. Atti del Convegno. Ferrara, 27 febbraio 2004*, a cura di Zamorani-Manfredini-Ferretti, Torino, 2005.
- ❖ **MARRELLA F.**, *La nuova lex mercatoria*, Milano, 2003.
- ❖ **MASON**, *The Utility of consideration, a comparative view*, in Columbia Law Review, 1941.
- ❖ **MAX PLANCK INSTITUTE FOR COMPARATIVE AND INTERNATIONAL PRIVATE**

- LAW, *Policy Options for Progress Towards a European Contract Law*, in Rabelz, 2011.
- ❖ **MAZZAMUTO S.**, *Il contratto di diritto Europeo*, Torino, 2012.
 - ❖ **MAZZAMUTO S.**, *La nuova direttiva sui diritti del consumatore*, in *Europa e Dir. Privato*, n. 4/2011.
 - ❖ **MC GREGOR**, *Contract Code: drawn up on behalf of the English Law Commission*, con prefazione di Gandolfi, Milano, 1993.
 - ❖ **MCKENDRICK E.**, *Harmonisation of European contract law: the state we are in*, in S. VOGENAUER – WEATHERILL S., a cura di, *The harmonisation of European European contract law. Implications for European private laws, business and legal practise*, Oxford e Portland, Oregon, 2006.
 - ❖ **MELI M.**, *Proposta di regolamento - Diritto Comune Europeo della Vendita*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2012.
 - ❖ **MELI M.**, *The Common Frame of Reference and The Relationship between National Law and European Law*, in *European Review of Contract Law*, in ERCL, 2011.
 - ❖ **MEMMO D.**, *La lingua nel diritto. Il rischio linguistico nella dichiarazione contrattuale*, Contratto e Impresa, 1985.
 - ❖ **MEMMO D.**, *Le categorie ordinanti del sistema delle obbligazioni e dei contratti nel nuovo diritto internazionale privato italiano*, in *Contratto e Impresa*, 1997.
 - ❖ **MERRYMAN**, in *La tradizione di civil law nell'analisi di un giurista di common law*, trad. it., Milano, 1973.
 - ❖ **MICKLITZ H. W.-REICH N.**, *The commission Proposal for a "Regulation on a Common European Sales Law (CESL)"- Too Broad or not Broad Enough?*, in

EUI Working Papers Law, 4/2012.

- ❖ **MONTI M.**, *A new Strategy for the Single Market*, 9 maggio 2010, *Report to Presedient of the European Commission*,
http://ec.europa.eu/bepa/pdf/monti_report_final_10_05_2010_en.pdf.
- ❖ **LANDO O.**, *The structure and legal values of the Common Frame of Reference*, in *E.R.C.L.*, 2007.
- ❖ **PANZA G.**, *Scritti vari di diritto civile*, Bari, 1993.
- ❖ **PARDOLESI R.**, *Clausole abusive nei contratti dei consumatori. E oltre?*, in *Il Foro Italiano*, gennaio 2014.
- ❖ **PATTI S.**, *Diritto Privato e codificazione europee*, Milano, 2007.
- ❖ **PATTI S.**, *Le clausole abusive e l'optional instrument nel percorso di armonizzazione in Europa*, in *Contr. e Impr./Europa*, 2011.
- ❖ **PEGORARO L. - RINELLA A.**, *Diritto Costituzionale Comparato. Aspetti Metodologici*, Padova, 2013.
- ❖ **PISU L.C.**, *La Codificazione Europea del diritto contrattuale tra progetti dottrinali, strategie politiche e interessi di categoria*, in *Contratto e impresa/Europa*, Numero Speciale, Trenta Giuristi Europei sull'idea di codice europeo dei contratti, 2012, Torino.
- ❖ **PLAZA PENADES**, *Algunas consideraciones sobre el futuroCodigo Civil Europeo*, in *Derecho Patrimonial Europeo*, a cura di Paolo Moreno, Navarra, 2003.
- ❖ **PLENDER, WILDERSPIN**, *The European Contracts Convention. The Rome Convention on the Choice of Law for Contracts*, Londra, 2000.
- ❖ **POLLOCK F.**, *Principles of Contract al Law and Equity*, Londra, 1876.

- ❖ **POLLOCK F.**, *Principles of Contract: a treatise on the general principles Concerning the Validity of Agreements in The Law of england* (1st ed. 1875), 9th ed. Londra, 1921.
- ❖ **REICH**, *EU Strategies in Finding the Optimal Consumer Law Instrument*, in Eur. Rev. Contr. Law., 2012.
- ❖ **RESCIGNO P.**, *Sul testo di MC Gregor*, in Riv. Dir. Civ., 1994.
- ❖ **RHEINSTEIN M.**, *In Memory of Ernst Rabel*, in The American Journal of Comparative Law, vol. V, 1956.
- ❖ **RODOTÀ S.**, *Il codice civile e il processo costituente europeo*, in Riv. Crit. Dir. Priv., 2005.
- ❖ **ROSETTA A.**, *Unification, Harmonization, Restatement, Codification, and Reform in International Commercial Law*, in The American Journal of Comparative Law, 1992.
- ❖ **RUTGERS J. W.**, *European Competence and a European Civil Code, a Common Frame of Reference or an Optional Instrument*, in <http://ssrn.com/abstract=1542533>, 2010.
- ❖ **SACCO R.**, *Introduzione al Diritto Comparato*, in Trattato di diritto comparato, diretto da Sacco R., Torino, 1992.
- ❖ **SACCO R.**, *Riflessioni di un giurista sulla lingua (la lingua del diritto uniforme, e il diritto al servizio di una lingua uniforme)*, Rivista Diritto Civile, 1996.
- ❖ **SACCO R.**, *Sistemi Giuridici Comparati*, in Trattato di Diritto Comparato, diretto da Gambaro A. e Sacco R., Torino, 2000.
- ❖ **SACCO R.**, *Trattato di Diritto Civile- Il Contratto*, Torino, 2004.
- ❖ **SALEILLES R.**, in *Conception et objet de la science du droit comparè*, in Bull. De

la société de lég. Comparée, 1980.

- ❖ **SARAVALLE A.**, *Commentario alla Convenzione di Roma del 1980*, in Nuove Leggi Civ. Comm., 1995.
- ❖ **SCHLESINGER R.B.**, *Il passato ed il futuro della comparazione giuridica*, in Riv. Dir. Civ., 1995.
- ❖ **SCOGNAMIGLIO R.**, *Dei Contratti in Generale*, in Commentario del Codice Civile a cura di Scialoja A. e Branca G., Bologna, 1970.
- ❖ **SCULTE-NOLKE**, *Europaisches Vertragsrecht als blazer Button in Internet-Shop*, in ZGS, 2007.
- ❖ **SENSBURG**, *The position of the German Bundestag on the Commission's Proposal for a Regulation on a Common European Sales Law*, in European Review of Contract Law, 2012.
- ❖ **SIMPSON AWB**, *Innovation in Nineteenth Century Contract Law*, in Legal Theory and Legal History: Essays on The Common Law, London-Hambledon, 1987.
- ❖ **SIRENA P.**, *Diritto comune europeo della vendita vs Regolamento di Roma I: quale futuro per il diritto europeo dei contratti?*, in I contratti, 7/2012.
- ❖ **SMITS J.**, *The making of European Private Law- Toward a Ius Commune Europaeum as a Mixed Legal System*, Intersentia, Oxford, 2001.
- ❖ **SOMMA A.**, *Verso il diritto privato europeo? Il Quadro comune di riferimento nel conflitto tra diritto comunitario e diritti nazionali*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2008.
- ❖ **STAUDENMAYER S.D.**, *"The Commission Communication on European contract law and its follow-up"*, in GRUNDMANN- STUYCK J., a cura di, "An academic

- green paper on European contract law”, The Hague, 2002.
- ❖ **STORME M.**, *Editorial, Fatal Attraction*, in Eur. Rev. Priv. Law, 2011.
 - ❖ **TALAMANCA M.**, *La Storia*, in Manuale dir. priv. Eur., I a cura di C. Castronovo, S. Mazzamuto, Milano, 2007.
 - ❖ **TORRENTE A.-SCHLESINGER P.**, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2011.
 - ❖ **TRABUCCHI A.**, *Istituzioni di Diritto Civile*, Padova, 2012.
 - ❖ **TREVES**, *Norme imperative e di applicazione necessaria nella Convenzione di Roma del 19 giugno 1980*, in Verso una disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti, Padova, 1983.
 - ❖ **VALLE L.**, *Diritto Privato di derivazione Europea, Diritto Privato Europeo e regolazione dei contratti transazionali nel Mercato Interno Europeo*, in Comparazione e diritto civile, novembre 2012.
 - ❖ **VASSALLI F.**, *Estrastatualità del diritto civile*, Studi Giuridici, Milano, 1960.
 - ❖ **VILLANI U.**, *L'azione comunitaria in materia di diritto internazionale privato*, in Rivista di diritto europeo, 1981.
 - ❖ **VILLANI U.**, *La Convenzione di Roma sulla legge applicabile ai contratti*, Bari, 2000.
 - ❖ **VINCI P.**, *La “modernizzazione” della Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali: la scelta del diritto applicabile*, in Contratto e Impresa, 2007.
 - ❖ **VOGENAUER S.**, *Elaborare il diritto europeo dei contratti*, in Contratto e impresa/Europa, Numero Speciale, Trenta Giuristi Europei sull'idea di codice europeo dei contratti, 2012, Torino.
 - ❖ **VON BAR C.**, *Il gruppo di studio su un codice civile europeo*, in *Il Codice Civile*

Europeo, Quaderni del Consiglio Nazionale Forense, materiali dei seminari 199-2000, a cura di ALPA G. e BUCCICO E.N., Milano, 2001.

- ❖ **VON BAR C., CLIVE E., SCHULTE-NOLKE**, *Principles, Definitions and Models Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR). Interim Outline Edition*, prepared by Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group), Monaco, 2008.
- ❖ **VON BAR C., CLIVE E., SCHULTE-NOLKE**, *Principles, Definitions and Models Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full Edition*, prepared by Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group), Monaco, 2009.
- ❖ **WHITTAKER S. E RIESENHUBER K.**, *Conceptions of Contract*, in *The Common European Sales Law in Context, Interactions with English and German Law*, Edited by Dannemann G. e Vogenauer S., Oxford, 2013.
- ❖ **ZIMMERMANN R.**, *Roman Law and European Legal Unity*, in AA.VV., *Towards a European Civil Code*, Nijmegen-London-Dordrecht, 1994.
- ❖ **ZIMMERMAN R.**, *Roman Law, Contemporary Law, European Law*, Oxford, 2001.
- ❖ **ZWEIGERT E KOTZ**, *Introduzione al diritto comparato*, vol. I, Principi fondamentali, traduzione italiana, Milano, 1992.

SITI WEB

- ❖ <http://ec.europa.eu/justice/contract>.
- ❖ http://ec.europa.eu/justice/contract/files/common_sales_law/i11_1175_it.pdf .

- ❖ http://ec.europa.eu/justice/contract/files/common_sales_law/regulation_sales_law_en.pdf.
- ❖ http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/.
- ❖ <http://www.acquis-group.org>.
- ❖ <http://www.beuc.org>.
- ❖ <http://www.europarl.europa.eu>.
- ❖ <http://www.europarl.europa.eu/committees/en/juri/workingdocuments.html>.
- ❖ <http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009-2014/documents/juri/cm/887/887301it.pdf>.
- ❖ <http://www.europeanlawinstitute.eu/projects/publications/>.
- ❖ <http://www.iccwbo.org/eventsregistrationrol.aspx?CodeICMS=S1220&langtype=1033>.
- ❖ http://www.sgecc.net/index.php?subsite=subsite_3.
- ❖ <http://www.unibz.it/it/economics/events/presentazioniabstracts.html>.

GIURISPRUDENZA

- ❖ Cass., 28.02.1946 N. 217, Foro It. rep. 1946, Voce Obblig. E Contr. n. 61.
- ❖ Cass., 7.05.1955 N.1299, Giust. Civ. 1955.
- ❖ Cass., 15.2.1963 N. 331, Giust. Civ. 1963.
- ❖ Cass., n. 722/1982, Foro It., 1982.
- ❖ Cass., n. 7341/1987, Foro It., 1988.
- ❖ Cass., n. 10490/2006, Corr. Giur., 2006.
- ❖ Cass., n. 16315/2007, Contratti, 2008.

- ❖ Cass., n. 26958/2007, Corr. Giur., 2008.
- ❖ Corte di giustizia, 12 luglio 1957, *Algera Dineke, Cicconardi e altri c. l'Alta Autorità*, C.7/56, da C-3/57 a C-7/57.
- ❖ Corte di giustizia, 13 dicembre 1979, *Liselotte Hauer c. Land Rheinland-Pfalz*, C-44/79, in Racc., 1979, 3727, n. 20.
- ❖ Corte di Giustizia Europea' Case C-376/98 *Germany v. Parliament and Council* (2000) ECR I-8419.
- ❖ Corte di Giustizia UE, 2 maggio 2006, causa C-436/03, in Racc. 2006, p. I-03733.
- ❖ Corte di Giustizia, Procedimenti riuniti C-585/08 e C-144/09 *Peter Pammer c. Reederei Karl Schulte GmbH*.
- ❖ Corte di Giustizia UE, 8 giugno 2010, causa C-58/08.
- ❖ Tribunal D'Arrondissement di Lussemburgo del 7 luglio 1988.