

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

Cattedra di Diritto di Diritto Internazionale Privato

**LA TUTELA DEL CONSUMATORE NEL REGOLAMENTO
ROMA I E NELLA PROPOSTA DI REGOLAMENTO PER UN
DIRITTO COMUNE EUROPEO DELLA VENDITA (CESL)**

RELATORE

**Chiar.ma Prof.ssa
Alessandra Zanobetti**

CANDIDATO

**Valeria Fabbretti
matr. 095883**

CORRELATORE

**Chiar.ma Prof.ssa
Maria Rosaria Mauro**

ANNO ACCADEMICO 2012-2013

Capitolo I: La tutela del contraente debole e del consumatore nel regolamento Roma I

1. La definizione di contraente debole
 - a. L'individuazione delle tutele sottese nei contratti internazionali
 - b. L'incentivo alla difesa in sede giurisdizionale della parte debole
 - c. Il Regolamento "Roma I" e i metodi teorizzati per la tutela del contraente debole
 - i. Il principio di prossimità
 - ii. La convergenza tra *forum* e *ius* per la tutela del consumatore
2. La figura del consumatore nel Regolamento Roma I
 - a. Il consumatore ed il regime concorrenziale del mercato unico interno
 - b. La *cross-fertilization* tra Roma I, Convenzione di Bruxelles sulla competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale e Regolamento 44/2001 concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni delle decisioni in materia civile e commerciale ("Bruxelles I") nella definizione di consumatore
3. Il criterio generale di regolamentazione dei contratti: la scelta della legge applicabile al rapporto contrattuale
 - a. L'autonomia delle parti
 - b. La scelta di legge nel Regolamento Roma I:
 - i. Ambito di applicazione della scelta di legge: la "situazione che comporta un conflitto di leggi"
 - ii. Indipendenza dagli ordinamenti giuridici nazionali, certezza del diritto e realizzazione di interessi specifici
 - c. Condizioni e manifestazioni dell'*electio iuris*
 - d. La legge applicabile in mancanza di scelta
4. Il ridimensionamento della portata dell'autonomia privata
 - a. Le norme imperative e le norme di applicazione necessaria
 - b. L'ordine pubblico
5. I contratti di consumo e la disciplina a tutela del consumatore
 - a. L'ambito soggettivo dell'applicazione della norma. La definizione di consumatore
 - b. L'ambito oggettivo di applicazione della norma. La determinazione della fattispecie contrattuale ed il criterio dell'attività diretta
 - c. I criteri di collegamento nei contratti dei consumatori

- i. La legge del Paese di residenza abituale del consumatore. L'inadeguatezza di questo criterio rispetto all'obiettivo di garantire maggiore tutela al consumatore
 - ii. La deroga al criterio di collegamento della residenza abituale del consumatore: l'*optio legis* ed i suoi requisiti. Il livello minimo di tutela garantito al consumatore dalle disposizioni imperative della legge dello Stato di residenza
- 6. Il rapporto tra il Regolamento Roma I e le Direttive sui contratti di consumo

Conclusioni

Capitolo II: La tutela del consumatore nella Proposta di Regolamento per un Diritto Comune Europeo della vendita (CESL- *Common European Sales Law*)

1. La Proposta di Regolamento CESL
 - a. L'obiettivo di armonizzazione del diritto contrattuale europeo e i rapporti con la Proposta di direttiva sui diritti dei consumatori (Direttiva 2011/83/UE)
 - b. La base giuridica della Proposta: l'adeguatezza dell'art. 114 TFUE rispetto all'esigenza di ravvicinamento delle legislazioni nazionali
2. Il rapporto tra la Proposta di Regolamento e le leggi degli Stati membri
 - a. Il carattere "opzionale" del Regolamento e i dibattiti sulla sua natura: 2° regime, 2° regime o 1° regime normativo?
 - b. L'effetto preclusivo rispetto alle leggi degli Stati membri a protezione del consumatore e i rapporti con il Regolamento 593/2008 ("Roma I")
3. L'ambito di applicazione della Proposta di Regolamento
 - a. L'ambito soggettivo: contratti conclusi tra imprenditori e consumatori (B2C), contratti conclusi tra imprenditori (B2B). La nozione di consumatore e di imprenditore nella Proposta di Regolamento
 - b. L'ambito oggettivo. Il problema dei contratti "misti"
 - c. L'ambito territoriale: i contratti di vendita transfrontalieri
4. Il meccanismo di funzionamento del Regolamento: l'accordo di "*opt-in*"
5. Il sistema giurisdizionale per l'interpretazione della Proposta di Regolamento e la risoluzione delle dispute nel quadro del Regolamento CESL
 - a. La predisposizione da parte delle istituzioni dell'Unione Europea di meccanismi alternativi o *on-line* di risoluzione delle controversie (ADR/ ODR)
 - b. Il ruolo delle corti degli Stati membri e della Corte di Giustizia dell'Unione Europea

Conclusioni

Bibliografia

Capitolo I: La tutela del contraente debole e del consumatore nel Regolamento Roma I

1. La definizione di contraente debole

Il tentativo di precisare la nozione e la portata del concetto di contraente debole si persegue percorrendo tre direttrici, ognuna delle quali costituisce un aspetto proprio e caratteristico delle figure contrattuali usualmente considerate deboli nel diritto internazionale privato e nel sistema del diritto dell'Unione Europea, ovvero il distributore, l'affiliato nei contratti di franchising, il passeggero nei contratti di trasporto, il consumatore, il lavoratore subordinato e l'assicurato.¹

La debolezza di queste parti, e le sue più puntuali manifestazioni, viene normalmente ricondotta nel novero della cosiddetta asimmetria negoziale²: anzitutto, infatti, i soggetti summenzionati godono di un minor potere durante la fase delle trattative che portano alla conclusione di un accordo, trovandosi nella condizione, quasi necessitata, di dover aderire ad un contratto predisposto in modo unilaterale dalla controparte, senza avere la possibilità di discuterne il contenuto ed i termini³. Si configura così

¹ S. MARINO, *Metodi di diritto internazionale privato e tutela del contraente debole nel diritto comunitario*, Milano, 2010, p. 6- 8

² F. POCAR, *La protection de la partie faible en droit international privé*, in *Recueil des Cours- Collected Courses of the Hague Academy of international law*, 1984, vol. 188, p. 349; M. S. MOHAMED MAHMOUD, *Loi d'autonomie et méthodes de protection de la partie faible en droit international privé*, in *Recueil des Cours- Collected Courses of the Hague Academy of international law*, 2005, vol. 315, p. 168-170

³ P. PIRODDI, *La tutela del contraente debole nel Regolamento Roma I*, Milano, 2012, p. 11- 12

un'eccezione alla norma generale del diritto dei contratti, che prevede la sostanziale parità delle volontà delle parti e l'uguale potere di esplicazione di queste. Il principio dell'autonomia privata prevede, infatti, che alle parti, intese in una posizione di parità di poteri negoziali, sia riconosciuta la facoltà di scegliere la legge applicabile al rapporto contrattuale che le coinvolge, istituendo una disciplina del contratto che meglio realizzi i loro interessi.⁴

Inoltre, questi soggetti, nella maggior parte dei casi, risultano avere meno competenza nel valutare gli aspetti propriamente giuridici del contratto concluso, rispetto al soggetto controparte, il quale può disporre, nella sua organizzazione professionale, di un apparato che fornisca assistenza legale⁵.

Infine, le parti deboli mostrano la loro assoggettabilità al contraente cosiddetto forte in termini di asimmetria economica, non godendo delle stesse risorse in mezzi materiali e finanziari di cui dispongono le controparti⁶. Gli oneri economici che le parti devono affrontare, nella conclusione e nell'esecuzione di un accordo negoziale internazionale, vengono denominati costi di transazione, e ricomprendono le spese inerenti alla raccolta delle informazioni circa il bene o il servizio oggetto del contratto, i costi di negoziazione, sottesi alle trattative inerenti all'oggetto e le clausole del contratto, ed, infine, i costi di esecuzione, i quali integrano le spese che le parti sostengono nell'assicurarsi che la controparte dia esecuzione, se del

⁴ V. TIMPANO, *Electio legis e contratti dei consumatori*, Tesi di dottorato di ricerca in Diritto europeo dei contratti civili, commerciali e di lavoro, Scuola Dottorale Interateneo in Scienze Giuridiche "Ca' Foscari", A.D. 2010- 2011, p. 60

⁵ G. RUEHL, *Consumer Protection in Choice of Law*, in *Cornell International Law Journal*, 2011, vol. 569, p. 573- 574

⁶ M. S. MOHAMED MAHMOUD, *op. cit.*, p. 168- 170

caso, ricorrendo anche alle vie legali, alle obbligazioni assunte⁷. Nel caso in cui sorgano delle controversie inerenti al contratto, come verrà più approfonditamente analizzato in seguito, quest'ultima categoria di costi di transazione si riversa sulla possibilità di accesso alla giustizia da parte del contraente considerato più debole, in quanto le spese legali e processuali da rifondere risultano per costui più difficili da onorare.⁸

a. L'individuazione delle esigenze sottese nei contratti di diritto internazionale

Nell'ideare quali strumenti siano più efficaci nel tutelare la parte cosiddetta debole, parte della dottrina⁹ ha sottolineato come le esigenze che rilevano a livello internazionale siano le stesse che fondano i metodi di protezione del contraente debole anche nel diritto interno, essendo le caratteristiche in precedenza analizzate comuni sia ai soggetti che concludono un contratto disciplinato dal diritto nazionale, sia a coloro che si pongono in un ambito transnazionale. Tuttavia, in quest'ultima ipotesi¹⁰, il problema sopracitato attinente alla scarsa preparazione giuridica riscontrabile in individui che non operano usualmente nel campo del diritto può risultare di più difficile soluzione; nei contratti internazionali, infatti, possono risultare

⁷ M. D. ORTIZ VIDAL, *Contratacion internacional y espacio judicial europeo: el principio de proximidad en el reglamento Roma I*, 2012. Tesis doctoral, p. 58- 60

⁸ S. MARINO, *op. cit.*, p. 7

⁹ F. POCAR, *op. cit.*, p. 353- 357; A. BONOMI, *Le norme imperative nel diritto internazionale privato*, Zurigo, 1998, p. 180 ss.; S. MARINO, *op. cit.*, p. 9

¹⁰ S. MARINO, *op.cit.*, Milano, 2010, p. 8

applicabili norme straniere, le quali possono comportare conflitti di giurisdizione e di leggi.

Queste considerazioni hanno portato gli studiosi di diritto internazionale privato a sostenere la necessità di adottare, nelle fattispecie contrattuali che prevedono uno sbilanciamento nei poteri di negoziazione delle parti, un sistema normativo che risulti essere più vicino, in termini di conoscenza, di prevedibilità e di accesso alle sedi giurisdizionali, al contraente presuntivamente considerato debole; si dovrebbe garantire, sostanzialmente, a questo soggetto, la prevalenza della legge che questi si aspetterebbe che venisse applicata, la quale, spesso, afferisce all'ordinamento del Paese in cui la parte stessa ha stabilito il domicilio o la residenza.¹¹

Onde evitare che si manifestino delle disparità di trattamento tra parti deboli che stipulano un contratto internazionale, e parti deboli che concludono un accordo interno della stessa tipologia, la dottrina più accorta¹² sostiene la necessità che la tutela del contraente si espliciti sempre nell'applicazione della legge che gli sia, attraverso i criteri di collegamento, più vicina, evitando quelle disposizioni sostanziali che risultino più protettive. Qualora fosse adottata, come criterio di tutela, la legge più favorevole, nel caso del contratto transnazionale sarebbe possibile applicare una legge appartenente ad un ordinamento diverso, mentre, nel caso del contratto di diritto meramente interno, il contraente non potrebbe trarre vantaggio dal conflitto di leggi e vedrebbe l'accordo negoziale regolato dalle norme

¹¹ ID., *op. cit.*, Milano, 2010, p. 10-11

¹² F. POCAR, *op. cit.*, p. 394; S. MARINO, *op. cit.*, p. 10-11

dell'unico ordinamento al quale la fattispecie oggetto del contratto è collegata.¹³

Il criterio della legge più vicina al contraente debole, grazie al suo carattere di prevedibilità, si pone come la soluzione più adatta per contemperare gli interessi di entrambe le parti del negozio giuridico, operando un bilanciamento tra i poteri propri dei contraenti e le esigenze a questi sottese; come verrà più approfonditamente analizzato oltre, gli strumenti di uniformazione del diritto dell'Unione Europea, quali il Regolamento Roma I, perseguono anzitutto il corretto funzionamento del mercato interno, obiettivo che risulta imprescindibile dalla contestuale attenzione alla rimozione degli elementi distorsivi della concorrenza, e quindi dalla ricerca del riequilibrio della capacità negoziale delle parti¹⁴.

b. L'incentivo alla difesa in sede giurisdizionale della parte debole

Il risultato effettivo della tutela offerta al contraente debole consiste nel garantire a quest'ultimo un facile accesso alla difesa in sede giurisdizionale. Molto spesso, difatti, le controversie che concernono i contratti caratterizzati dalla presenza di una parte considerata debole si contraddistinguono per uno scarso valore economico, in relazione anche alle spese processuali; il contraente

¹³ S. MARINO, *op. cit.*, p. 11

¹⁴ P. PIRODDI, *op. cit.*, p. 19- 20

debole, trovandosi in una situazione di inferiorità economica, oltre che di esperienza giuridica, come già ricordato precedentemente, potrebbe essere dissuaso dall'agire in giudizio, specie nel caso in cui il Tribunale da adire appartenesse ad un ordinamento diverso da quello in cui normalmente si trova ad operare il soggetto¹⁵. I criteri adottati dal Regolamento Roma I per disciplinare le fattispecie contrattuali che contemplano le parti deboli, dunque, offrono il vantaggio di garantire a questi soggetti del diritto la possibilità di intraprendere un procedimento legale di fronte al giudice che risulti essere più vicino alla parte in questione¹⁶.

¹⁵ P. PIRODDI, *op. cit.*, p. 126

¹⁶ S. MARINO, *op. cit.*, p. 14- 15; M. D. ORTIZ VIDAL, *op. cit.*, p. 61- 62

c. Il Regolamento “Roma I”¹⁷ e i metodi teorizzati per la tutela del contraente debole.

Il criterio della autonomia privata, quale elemento regolatore degli accordi negoziali, è ritenuto il responsabile dei meccanismi di squilibrio nei rapporti intercorrenti tra le parti¹⁸, in quanto, come già

¹⁷ Il Regolamento 593/2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (“Roma I”) si pone come opera di profondo rinnovamento e di sostituzione della precedente Convenzione di Roma del 1980. L’idea sottostante a quest’ iniziativa risiede nella volontà, da parte delle Istituzioni comunitarie, di creare uno spazio comune di giustizia, che possa facilitare la realizzazione di un mercato unico interno ed il suo corretto funzionamento; tale operazione richiede che, tanto i privati, quanto le imprese, abbiano la possibilità di accedere indifferentemente al sistema giurisdizionale di qualunque Stato membro per far valere i propri diritti derivanti dalle obbligazioni assunte mediante la sottoscrizione di contratti. Questo obiettivo può essere realizzato solo attraverso la predisposizione di un complesso di regole che uniformino le norme di conflitto degli Stati membri in tema di obbligazioni contrattuali, le quali non siano riconducibili ad un solo ordinamento giuridico. Il Regolamento Roma I è stato preceduto dalla presentazione, nel gennaio 2003, del Libro Verde sulla trasformazione in strumento comunitario della Convenzione di Roma del 1980 e sul rinnovamento di quest’ultima, e, successivamente, nel dicembre 2005, dalla presentazione, ad opera della Commissione, della Proposta di Regolamento. Il primo atto aveva la forma di un questionario, e compiva un’ampia consultazione in vari ambienti giuridici, raccogliendo manifestazioni di interesse e commenti sull’opportunità di trasformare in strumento della Comunità Europea la Convenzione di Roma, ipotizzando molteplici soluzioni normative. Il testo definitivo del Regolamento, adottato in data 17 giugno 2008, supera e sintetizza allo stesso tempo le soluzioni proposte sia nella precedente Convenzione, sia nella Proposta per la trasformazione (*vedi oltre per i relativi dettagli*), pur mantenendo intatta la struttura portante. La conversione della Convenzione in Regolamento comporta indubbi vantaggi: in primo luogo, esso è direttamente ed automaticamente applicabile in tutti gli Stati membri, ed evita il processo di conclusione e ratificazione di nuovi trattati di adesione previsto dal sistema della Convenzione; inoltre, il regolamento è obbligatorio in tutti i suoi elementi, non consentendo che al suo contenuto vengano apposte riserve da parte degli Stati membri. Infine, il regolamento appartiene al sistema unitario di diritto internazionale privato dell’Unione Europea, ed attribuisce la competenza giurisdizionale per dirimere le controversie eventualmente scaturenti dalla sua corretta applicazione ed interpretazione in capo alla Corte di Giustizia dell’Unione Europea. La Convenzione è attualmente in vigore per i soli rapporti che coinvolgono la Danimarca; V. TIMPANO, *op. cit.*, p. 21- 24 e 26- 32; B. UBERTAZZI, *Il regolamento Roma I sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, Milano, 2008, p. 11; C. CASSIS, *La legge applicabile alle obbligazioni contrattuali tra la Convenzione di Roma e il regolamento “Roma I”*, Tesi di laurea, 2009

¹⁸ F. POCAR, *op. cit.*, p. 372

sopra ricordato, nella maggior parte delle situazioni, la volontà delle parti si riduce all'accettazione, da parte del contraente più debole, dei poteri e delle esigenze della parte più forte. Il Regolamento Roma I e gli altri strumenti normativi di armonizzazione del diritto dell'Unione Europea non possono rimanere inerti nei riguardi di questi meccanismi distorsivi della parità negoziale, che conducono ad un risultato opposto rispetto a quello auspicato mediante l'elevazione della volontà privata a criterio generale di disciplina dei contratti, approntando delle soluzioni volte a ristabilire la simmetria tra le parti.¹⁹

La tutela del contraente debole, ed in particolare del consumatore, è un'esigenza avvertita nella maggior parte dei sistemi giuridici mondiali. Diversi sono gli approcci e le regole adottate per garantire il raggiungimento di questo fine, ma tutti condividono lo stesso approccio fondamentale, risultante nella modifica delle disposizioni pertinenti l'autonomia delle parti e di quelle che stabiliscono quale legge sia applicabile qualora manchi la scelta ad opera di queste.²⁰

Un primo modello di tutela del consumatore, adottato dalla legislazione svizzera, consiste nell'escludere totalmente la volontà dei contraenti dal novero dei criteri di regolamentazione degli accordi negoziali che coinvolgono la figura del consumatore. Tale soluzione è giudicata eccessiva da parte della dottrina²¹, in quanto non tiene conto del ruolo dell'autonomia delle parti quale principio generale di

¹⁹ V. TIMPANO, *op. cit.*, p. 61

²⁰ G. RUEHL, *op. cit.*, p. 585; A. L. CALVO CARAVACA, *El reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: cuestiones escogidas*, in *Cuadernos de derecho transnacional*, 2009, vol. 1, n. 2, p. 86

²¹ F. POCAR, *op. cit.*, p. 372; S. MARINO, *op. cit.*, p. 213

disciplina dei contratti; in taluni casi, infatti, anche la parte normalmente considerata debole potrebbe godere di un determinato potere negoziale: nel caso *Mietz*, sottoposto all'attenzione della Corte di Giustizia dell'allora Comunità Europea, all'acquirente, definito consumatore nel dispositivo della sentenza, vengono riconosciute ampie conoscenze tecniche riguardanti sia il bene comprato, sia le modifiche strutturali ordinate dal consumatore ed apportate al bene stesso²².

Un ulteriore sistema, accolto dal Regolamento Roma I, prevede non la totale esclusione della volontà delle parti negli accordi negoziali che prevedono il coinvolgimento di un contraente debole, quanto il contenimento all'estensione di questa attraverso il riferimento a determinate leggi. Ad esempio, l'art. 5, rubricato come "Contratti di trasporto", al par. 2, terza frase, elencando i possibili criteri di collegamento, impone ai contraenti di scegliere la legge del paese in cui il passeggero ha la residenza abituale, ovvero il vettore ha la residenza abituale o la sua amministrazione centrale, ovvero è situato il luogo di partenza o quello di destinazione²³; allo stesso modo, l'art. 7, "Contratti di assicurazione", par.3, prima fase, circoscrive la scelta ad opera delle parti alla legge dello Stato dove il rischio è collocato al momento della conclusione del contratto, ovvero la legge del Paese nel quale il contraente assicurato ha la residenza abituale. Nel caso di assicurazioni sulla vita, il Regolamento ammette anche la scelta della legge dello Stato di cui il contraente assicurato ha la cittadinanza; per i contratti di assicurazione che coprono rischi limitati ad eventi che si verificano in un dato Stato membro diverso

²² C. G. C.E., causa C- 99/ 96, 27 aprile 1999, *Mietz*, in *Racc.*, p. I-2277

²³ P. PIRODDI, *op. cit.*, p. 296- 297; G. RUEHL, *op. cit.*, p. 587

dallo Stato membro in cui il rischio è situato, le parti possono anche optare per la legge di tale Stato membro²⁴. In definitiva, gli articoli 5 e 7 del Regolamento Roma I limitando la volontà delle parti a delle leggi nazionali che presentino un forte collegamento con uno dei due contraenti o con l'oggetto del contratto.

La soluzione adottata dal Regolamento Roma I per i contratti conclusi dai consumatori prevede la limitazione degli effetti derivanti dalla scelta di legge. Infatti, le parti possono, anche in questa categoria contrattuale, operare la loro scelta, ma questa non deve privare il consumatore della protezione garantitagli dalle norme di applicazione necessaria afferenti al suo Paese di residenza.²⁵

i. Il principio di prossimità

Come già accennato, il Regolamento Roma I adotta, quale metodo internazionalprivatistico di tutela della parte debole, e come criterio correttivo delle possibili distorsioni provocate dalla scelta della legge applicabile ad opera delle parti, il sistema di regolamentazione dei rapporti giuridici basato sul principio di prossimità, che prevede l'applicazione, alle fattispecie che coinvolgano un contraente debole, della legge considerata essere più vicina a questo soggetto del diritto.

Questa teoria riprende ed evolve, in termini di flessibilità, il metodo classico della localizzazione del rapporto, basato sulla considerazione, secondo la quale ogni rapporto giuridico fa parte o è assoggettato ad un determinato ordinamento, che ne costituisce la

²⁴ P. PIRODDI, *op. cit.*, p. 261- 265

²⁵ G. RUEHL, *op. cit.*, p. 587- 588

sede²⁶. Il nesso tra il caso di specie e il complesso normativo che è chiamato a regolarlo è costituito da un elemento significativamente qualificante della fattispecie, astrattamente e rigidamente predeterminato, svincolato dall'esame della singola fattispecie.

I vantaggi connessi all'utilizzo di questo metodo risiedono nella certezza del diritto e nella prevedibilità dell'esito delle controversie di carattere transnazionale, poiché le parti conoscono da subito a quale ordinamento si riferisca la disciplina del rapporto giuridico che le coinvolge²⁷. Inoltre, si favorisce l'uniformità delle soluzioni giurisdizionali nello spazio, aspetto che, secondo Von Savigny, costituisce il logico corollario del principio di uguaglianza formale e sostanziale tra cittadini e stranieri di fronte alla giustizia.²⁸

La rigidità e astrattezza della teoria della localizzazione ne hanno segnato i limiti nell'utilizzo; si è posto l'accento sul fatto che il giudice non possa esercitare alcun ruolo discrezionale nell'analizzare il caso che si pone alla sua attenzione, relegando lo stesso giudice ad un compito di mero recepimento delle norme che si applicano al negozio giuridico, ed impedendogli di intervenire qualora l'applicazione della legge designata provochi delle palesi ingiustizie nei rapporti tra le parti.²⁹

La teorizzazione del principio di prossimità prende le mosse dalle critiche sopra esposte alla teoria della localizzazione, ne adotta alcuni caratteri e ne supera la inflessibilità. Accogliendo i concetti di "sede della relazione giuridica" e "centro gravitazionale della

²⁶ S. MARINO, *op. cit.*, p. 99- 100; F. C. VON SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, Torino, 1898, vol.8, p. 206

²⁷ ID, *op. cit.*, p. 101

²⁸ F. C. VON SAVIGNY, *op. cit.*, p. 30

²⁹ S. MARINO, *op. cit.*, p. 106

relazione giuridica”³⁰, il principio di prossimità può essere descritto attraverso il metodo con cui viene applicato: “un rapporto giuridico è regolato mediante la legge del paese con il quale presenta il rapporto più stretto”³¹.

Rispetto al modello della localizzazione, non è più individuata la sede naturale stabilita per ogni categoria di rapporto, bensì si approfondiscono gli elementi tipici della fattispecie considerata, attraverso i quali si determina l’ordinamento giuridico al quale il caso di specie è più fortemente connesso³². Questa connessione potrebbe individuarsi sia negli elementi oggettivi, nella struttura del caso di specie, sia in quelli soggettivi, prendendo in analisi le esigenze delle parti del contratto.

ii. La convergenza tra *forum* e *ius* per la tutela del consumatore

La necessità di favorire l’accesso alle sedi giurisdizionali da parte del contraente debole, in questo caso, più specificamente, il consumatore, e la riduzione delle spese processuali inerenti alle controversie riguardanti i contratti di consumo può essere soddisfatta attraverso l’attribuzione di giurisdizione al giudice dello Stato di domicilio del consumatore stesso, compiendo una convergenza tra *ius* (ovvero la legge applicabile alle obbligazioni contrattuali) e *forum* (la

³⁰M. D. ORTIZ VIDAL, *op. cit.*, p. p. 68; P. LAGARDE, *Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain*, in *Recueil des Cours*, 1986, vol. 196, p. 29

³¹P. LAGARDE, *op. cit.*, p. 29; S. MARINO, *op. cit.*, p. 110- 111; M. D. ORTIZ VIDAL, *op. cit.*, p. 68

³²S. MARINO, *op. cit.*, p. 111

legge del giudice adito in caso di controversie)³³, la quale costituisce un'applicazione del principio di prossimità.

Il meccanismo di raccordo è realizzato attraverso l'avvicinamento delle formulazioni degli articoli della Convenzione di Bruxelles, prima, e del regolamento 44/2001, poi, alle disposizioni della Convenzione di Roma; il successivo regolamento 593/2008 uniforma ulteriormente e in maniera più compiuta la corrispondenza tra attribuzione della giurisdizione e criteri di collegamento.³⁴ La corrispondenza dei criteri di collegamento, nei regolamenti, appare piena rispetto ai contratti di consumo, risultando identiche le condizioni di applicazione dell'art. 6 Regolamento Roma I e quelle dell'art. 15, par. 1, lett. c del Regolamento Bruxelles I³⁵. Unica differenza di formulazione riscontrabile consiste nel criterio di collegamento, che consiste nella residenza abituale nel Regolamento Roma I e nel domicilio nel Regolamento Bruxelles I; tuttavia, queste formulazioni sostanzialmente coincidono, dal momento che il consumatore è una persona che conclude un accordo negoziale in un'occasione che non rientra nell'esercizio di un'attività economica.³⁶

L'adeguatezza di questo sistema nel garantire sufficiente tutela al consumatore consiste nel fatto che, anzitutto, viene adito il giudice più prossimo alla parte contraente più debole, inoltre, questo giudice sarà chiamato ad applicare la legge del proprio ordinamento,

³³ P. PIRODDI, *op. cit.*, p. 125- 126

³⁴ S. MARINO, *op. cit.*, p. 364- 365

³⁵ “[...] in tutti gli altri casi, qualora il contratto sia stato concluso con una persona le cui attività commerciali o professionali si svolgono nello Stato membro in cui è domiciliato il consumatore o sono dirette, con qualsiasi mezzo, verso tale Stato membro o verso una pluralità di Stati che comprende tale Stato membro, purché il contratto rientri nell'ambito di dette attività”, art. 15, par. 1, lett. c, regolamento CE 44/2001

³⁶ S. MARINO, *op. cit.*, p. 366

riducendo non solo i rischi di cattiva interpretazione ed applicazione ma anche le difficoltà afferenti all'accertamento della legge di altri ordinamenti statali.³⁷

2. La figura del consumatore nel Regolamento Roma I

a. Il consumatore ed il regime concorrenziale del mercato unico interno

Come già sopra accennato, il consumatore è una delle figure contrattuali considerate deboli sia dal legislatore dell'Unione Europea, sia da altri ordinamenti nazionali e sovranazionali.

Le esigenze che sottostanno ai metodi ed agli strumenti approntati dal Regolamento sono le stesse che possono essere rintracciate nelle altre figure considerate deboli, segnatamente, il ripristino dell'uguaglianza dei poteri tra le parti ed il più facile accesso alle sedi giurisdizionali; tuttavia, altre e più profonde necessità fondano le norme dedicate dal Regolamento a questa tipologia di contraente.³⁸

³⁷ ID., *op. cit.*, p. 370- 371

³⁸ G. STRAETMANS, *The Consumer Concept in EC Law*, in *Enforcement of International contracts in the European Union*, 2004, p. 295; tuttavia, nel Regolamento Roma I manca una definizione precisa di contraente debole. L'individuazione delle caratteristiche proprie di questa figura è stata operata negli anni dalla dottrina, la quale ha analizzato, sulla base dell'*id quod plerumque accidit* e facendo ancora ricorso a argomentazioni di ordine sociologico, il comportamento tipico dei soggetti in alcune tipologie contrattuali. Premesso che un'esigenza di protezione di un individuo possa essere riscontrata a prescindere dall'esistenza di una specifica relazione giuridica con un altro individuo, come nel caso dei minori e gli incapaci, in determinate categorie contrattuali, quali, ad esempio, i contratti di lavoro e quelli di consumo, è possibile riscontrare uno squilibrio tra poteri negoziali, ricollegabili non alle caratteristiche del singolo contraente (o, almeno, non solo a queste), quanto alla sua posizione all'interno del rapporto negoziale, rispondente ad un comportamento tipico e tipizzato, e conseguenza del criterio dell'autonomia delle parti in senso internazionalprivatistico; F. POCAR, *op. cit.*, p. 350- 353

L'art. 6 del Regolamento, che richiama l'art. 5 della Convenzione di Roma del 1980, pone come obiettivo generale il riequilibrio tra le parti dell'accordo negoziale, cioè tra il professionista ed il consumatore, non accordando alcuna protezione assoluta a quest'ultimo, bensì bilanciando gli opposti interessi³⁹. Allargando il campo di indagine, questa finalità generale deve essere inserita nella più ampia considerazione del funzionamento del mercato unico interno⁴⁰.

La costruzione di questo meccanismo di scambio delle transazioni commerciali, apparso, per la prima volta, negli atti istitutivi della Comunità Europea nel 1986, e successivamente ribadito ed evoluto nei Trattati di Maastricht e di Amsterdam, ha profondamente condizionato la legislazione comunitaria, prima, e dell'Unione Europea, poi, imponendo lo sviluppo delle discipline privatistiche ed un nuovo interesse alla regolamentazione del diritto dei contratti.⁴¹ Si è inteso, infatti, porre l'attenzione sui regimi concorrenziali, tentando di salvaguardare l'ingresso e la presenza degli operatori economici e il corretto funzionamento del mercato stesso.

Lo scopo dei Trattati della Comunità Europea, ed ora dell'Unione Europea, consta nel predisporre gli strumenti normativi ad evitare che le barriere che sono state rimosse negli scambi intracomunitari siano sostituite da altri fenomeni di distorsione della concorrenza. Un sistema concorrenziale, basato sul criterio

³⁹ P. PIRODDI, *op. cit.*, p. 126- 127

⁴⁰ S. LEIBLE, *Wege zu einem Europäischen Privatrecht*, 2001, Habilitationsschrift, p. 24- 25

⁴¹ V. TIMPANO, *op. cit.*, p. 1

performativo ed orientato alla massimizzazione del profitto, presuppone che sussista la libertà nelle transazioni commerciali e l'autonomia privata. È bene sottolineare, tuttavia, che il concetto di libertà nei traffici commerciali non si limita solamente alla libertà personale dell'individuo di negoziare e stipulare un accordo, ma si estende anche a considerare l'uguaglianza delle opportunità offerte ai vari operatori economici.⁴²

La tutela del consumatore, il ripristino della sua capacità negoziale e la costante attenzione posta al bilanciamento degli interessi economici di entrambe le parti si inseriscono nell'opera di regolamentazione dei meccanismi concorrenziali e di corretto andamento del mercato unico interno⁴³. In particolare, il legislatore comunitario ha inteso rivolgere la propria attenzione ed il proprio intervento normativo nei confronti dei cosiddetti mercati finali, ovvero, i mercati che vedono, quali operatori, da un lato i professionisti, e quindi gli imprenditori, e dall'altro i consumatori; è in quest'area, infatti, che più spesso si verificano le distorsioni del funzionamento dei sistemi di concorrenza, i quali provocano conseguenze negative anche in altri settori del sistema economico ad esso direttamente connessi, come, ad esempio, nelle relazioni intercorrenti tra operatori professionali.⁴⁴

⁴² G. STRAETMANS, *The Consumer Concept in EC Law*, in *Enforcement of International contracts in the European Union*, 2004, p. 296- 297

⁴³ P. PIRODDI, *op. cit.*, p. 127

⁴⁴ V. TIMPANO, *op. cit.*, p. 3- 4

b. La *cross fertilization* tra Regolamento Roma I, Convenzione di Bruxelles sulla competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale e Regolamento CE 44/2001 concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale ("Bruxelles I") nella definizione di consumatore

Il Regolamento 593/ 2008 si pone come punto di raccordo tra varie esperienze normative, raccogliendo il lascito della Convenzione di Roma del 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, della Convenzione di Bruxelles del 1968 sulla competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, e del regolamento 44/ 2001 sulla competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale ("Bruxelles I"); il rapporto con questi due strumenti normativi, come già anticipato precedentemente, al par. 1. c. I, è soprattutto riscontrabile nella individuazione del consumatore e del lavoratore come soggetti deboli e nell' ideazione delle procedure di tutela, grazie anche all'apporto della Corte di giustizia ed all'interpretazione pregiudiziale.⁴⁵

La nozione di consumatore adottata nel Regolamento Roma I riproduce quella contenuta nel Regolamento Bruxelles I, seppure non siano totalmente coincidenti. Analizzando innanzitutto la struttura degli articoli, nel Reg. 44/2001 l'ambito di applicazione è individuato, nel Capo II, Sezione IV, facendo riferimento all'estraneità dell'accordo rispetto all'attività del soggetto, il quale, per queste

⁴⁵ P. PIRODDI, *op. cit.*, p. 5

ragioni, è definito come consumatore, e si specificano poi nel dettaglio le caratteristiche del contratto; nel Reg. Roma I, invece, anzitutto si richiamano in senso generale i contratti dei consumatori, e successivamente si delimita l'ambito soggettivo di applicazione della norma ai contratti inerenti beni o servizi che siano destinati ad un uso non pertinente all'attività commerciale o professionale del consumatore.

L'art. 15 del reg. Bruxelles I prende in analisi i contratti in cui una delle parti sia un consumatore e da qui costruisce la disciplina derogatoria, in quanto questa non si estende a qualsiasi tipo di accordo stipulato dal consumatore, bensì solo a quelli tassativamente previsti; nel Reg. 593/ 2008, invece, l'art. 6 valuta i contratti conclusi dal consumatore in quanto questi sia destinatario dell'oggetto del contratto. La nozione utilizzata nel regolamento Roma I è quindi più ampia di quella del reg. Bruxelles I. Questa estensione dell'ambito di applicazione soggettivo s'inserisce nel quadro degli strumenti predisposti dal legislatore comunitario per la tutela della parte debole, in questo caso, il consumatore.⁴⁶

⁴⁶ G. PIZZOLANTE, *Contratti conclusi da consumatori*, in *Commentario al Regolamento CE 593/2008*, in *Nuove Leggi Civili Commentate*, 2009, p. 731- 733

3. Il criterio generale di regolamentazione dei contratti: la scelta della legge applicabile al rapporto contrattuale
 - a. L'autonomia delle parti

Nella maggior parte degli ordinamenti giuridici, con l'eccezione dei Paesi dell'America Latina, è consentito alle parti indicare la legge applicabile al rapporto giuridico che le coinvolge attraverso una manifestazione di volontà (*pactum de lege utenda*, per cui si rimanda al par. c); alcuni autori considerano questo criterio soggettivo alla pari dei principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili, elencati all'art. 38 dello Statuto della Corte internazionale di Giustizia.⁴⁷ La preminenza del criterio della volontà privata si giustifica in quanto la scelta della legge applicabile compiuta dalle parti garantisce certezza rispetto alla disciplina delle transazioni internazionali, riduce sensibilmente il problema del conflitto di leggi e l'eterogeneità delle soluzioni avanzate dai diversi ordinamenti giuridici, limitando le possibilità di controversie e quindi anche i costi legati ad esse.⁴⁸ È con particolare riferimento a quest'ultima caratteristica che si sostiene, in dottrina, che l'*electio legis*, oltre a rilevare internamente nei rapporti tra le parti e ad assicurarne la miglior tutela degli interessi di cui si fanno portatrici⁴⁹, si estrinseca in un precetto indirizzato al giudice, nel caso in cui tra i

⁴⁷ G. BIAGIONI, *Tecniche internazionalprivatistiche fondate sulla volontà delle parti nel Diritto dell'Unione Europea*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Octubre 2010, vol. 2, n. 2, p. 17; A. GARDELLA, *Art. 3- Libertà di scelta*, in *Commentario al Regolamento CE 593/2008*, in *Nuove Leggi Civili Commentate*, 2009, p. 611

⁴⁸ V. TIMPANO, *op.cit.*, p. 59- 60

⁴⁹ A. L. CALVO- CARAVACA, *El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: cuestiones escogidas*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Octubre 2009, vol. 1, n. 2, p. 60

contraenti sorga una controversia relativa al rapporto giuridico che le coinvolge. Più precisamente, le norme che si riferiscono alla scelta di legge svolgono la funzione di consentire al giudice di tenere conto dell'autonomia delle parti nel determinare la disciplina che si applica alla causa di cui si discute in sede giurisdizionale.⁵⁰

b. La scelta di legge nel Regolamento Roma I

i. Ambito di applicazione della scelta di legge: la “situazione che comporta un conflitto di leggi”

In base all'art. 1 del Regolamento, rubricato “Campo d'applicazione materiale”, le norme qui stabilite si impiegano nelle circostanze che comportino un conflitto di leggi, nelle obbligazioni contrattuali in materia civile e commerciale. Questa definizione conferisce una delimitazione piuttosto ampia dell'ambito di applicazione materiale del Regolamento; in assenza di una compiuta nozione di contratto internazionale, e combinando la lettera dell'art. 1 con quella dell'art. 3, par. 3 dello stesso Regolamento, che autorizza le parti a scegliere una legge straniera per regolare il proprio accordo negoziale, conferendo così allo stesso il carattere d'internazionalità, è configurabile anche in fattispecie interne la designazione della legge ad opera delle parti, con l'unico limite dell'applicazione delle norme alle quali non è permesso derogare convenzionalmente.⁵¹

La dottrina ritiene che quest'estensione dell'autonomia delle parti anche alle fattispecie interne sia di estrema rilevanza, in quanto

⁵⁰ G. BIAGIONI, *op. cit.*, p. 19-20

⁵¹ A. GARDELLA, *op. cit.*, p. 616; V. TIMPANO, *op. cit.*, p. 34

consente, in un ordinamento nazionale, l'introduzione di tipi contrattuali e di forme di conclusione degli accordi di origine anglo-americana, che meglio possono regolare il caso di specie, e contribuiscono a far evolvere l'ordinamento giuridico. Ovviamente, questa compenetrazione tra culture e ordinamenti così differenti tra loro può comportare dei rischi e delle difficoltà per gli operatori del diritto, segnatamente gli avvocati ed i giudici, i quali si ritrovano a dover trasporre delle nozioni attinenti a tradizioni differenti nel proprio assetto giuridico, provocando così il cosiddetto *legal risk*.⁵²

- ii. Indipendenza dagli ordinamenti giuridici nazionali, certezza del diritto e realizzazione di interessi specifici

L'autonomia delle parti rispetto alla legge applicabile all'accordo negoziale assurge, nell'articolo 3, comma 1, prima frase, in linea con quanto già previsto dalla Convenzione del 1980⁵³, a criterio principale in senso conflittualistico dell'intera struttura del Regolamento Roma I⁵⁴.

Il principio regolatore della volontà delle parti non opera come un criterio localizzatore, giacché non individua un ordinamento nazionale che costituisca la sede naturale del rapporto giuridico, bensì offre al giudice gli strumenti per ricostruire le norme da applicare alla singola fattispecie nel caso in cui vi sia una controversia in sede

⁵² ID., *op. cit.*, p. 616

⁵³ B. UBERTAZZI, *op. cit.*, p. 66

⁵⁴ F. MARRELLA, *Funzione ed oggetto dell'autonomia*, in *La nuova disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti (Roma I)*, Torino, 2009, p. 18- 19; A. L. CALVO-CARAVACA, *op. cit.*, p. 56- 57

giurisdizionale⁵⁵; si caratterizza, anzi, per l'assenza di un collegamento si caratterizza, anzi, per l'assenza di un collegamento oggettivo tra la fattispecie contrattuale e l'ordinamento statale al quale la legge selezionata si riferisce⁵⁶. La volontà delle parti in senso internazionalprivatistico, nel corso di una lunga evoluzione che l'ha vista protagonista e, nel contempo, dipendente dal susseguirsi delle teorie economiche e politiche, si è progressivamente distaccata dal ruolo originariamente riconosciute di collegamento tra la fattispecie ed un ordinamento nazionale, influenzata in ciò anche dall'affermarsi di politiche liberiste orientate a facilitare gli scambi commerciali internazionali ed a garantire il raggiungimento degli interessi delle parti in essi coinvolti.⁵⁷ È quindi facoltà delle parti poter eleggere la legge di uno dei due contraenti, o anche di un Paese terzo rispetto alle parti; quest'ultima opzione potrebbe verificarsi in due occasioni. Anzitutto, le parti potrebbero preferire la legge di un Paese terzo in considerazione della particolare evoluzione di quest'ordinamento giuridico riguardo all'oggetto del contratto da disciplinare. La scelta di legge, difatti, intesa generalmente quale criterio regolatore della fattispecie in senso conflittualistico, non svolge solamente il compito di individuare con certezza quale disciplina si applichi al contratto, ma anche quello di conseguire gli interessi specifici che le parti intendono perseguire attraverso il contratto stesso. Nell'esercizio di questa

⁵⁵ G. BIAGIONI, *op. cit.*, p. 20

⁵⁶ F. MARRELLA, *op. cit.*, p. 26; M. S. MOHAMED MAHMOUD, *op. cit.*, p. 156

⁵⁷ S. MARINO, *op. cit.*, p. 206- 207; A. L. CALVO- CARAVACA, *op. cit.*, p. 60; J.J. KUIPERS, *EU Law and Private International Law: The Interrelationship in Contractual Obligations*, Leiden, 2012, p. 48- 49; N. BOSCHIERO, *I limiti al principio di autonomia*, in *La nuova disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti (Roma I)*, Torino, 2009, p. 68- 69

facoltà, i contraenti si trovano nella possibilità di poter anche determinare le modalità di soddisfazione delle loro esigenze, e quindi la legge o il giudice che più risultino idonei allo scopo.⁵⁸ Questa possibilità offerta ai contraenti è stata anche ribadita nella sentenza *Alstom Atlantique*, nel cui dispositivo la Corte di Giustizia delle Comunità Europee ha affermato che la scelta effettuata dalle parti è uno strumento che permette di scongiurare che l'applicazione del diritto sostanziale comporti dei risultati incompatibili con il contratto di diritto comunitario.⁵⁹

In secondo luogo, i contraenti potrebbero scegliere la legge di un ordinamento terzo per ristabilire la già ricordata asimmetria negoziale ed economica: qualora l'accordo negoziale fosse disciplinato attraverso le norme del Paese di una delle controparti, a questa potrebbero derivarne degli indebiti vantaggi in termini d'informazione riguardo all'applicabilità della legge stessa. Si verificherebbe così uno squilibrio nei poteri negoziali delle parti, non più limitato solamente alle categorie tipiche in cui si riscontra la presenza del contraente debole, ma più generalmente esteso anche alle figure negoziali in cui gli individui sono investiti del potere di scegliere la legge applicabile. Optando, invece, per un ordinamento equidistante rispetto le parti, si suddividono tra queste i costi d'informazione sul diritto applicabile, realizzando, così, la parità delle armi, e non ostacolando l'accesso alle sedi giurisdizionali in caso di controversia⁶⁰.

⁵⁸ F. MARRELLA, *op. cit.*, p. 27

⁵⁹ C.G.C.E., causa 339/ 89, 24 gennaio 1991, Raccolta, p. I- 107

⁶⁰ P. FRANZINA, *Art. 2- Carattere universale*, in *Commentario al Regolamento CE 593/2008*, in *Nuove Leggi Civili Commentate*, 2009, p. 606

La scelta della legge afferente ad un ordinamento terzo rispetto alle parti è resa possibile dalla disposizione contenuta nell'art. 2 del Regolamento, rubricato "Carattere universale". In forza di questa norma, la disciplina del Regolamento è applicabile, negli Stati membri ad esso vincolati, anche nei confronti di situazioni che siano connesse con uno o più Stati terzi, e quindi anche nei casi in cui tale collegamento sia operato attraverso la manifestazione dell'autonomia delle parti.⁶¹ Il carattere universale del Regolamento, letto in combinato con l'art. 3, relativo all'autonomia dei contraenti, consolida l'importanza attribuita al criterio soggettivo, in quanto ne viene imposta in tutti gli Stati membri la stessa concezione e la stessa rilevanza nell'ambito delle transazioni commerciali. Vengono così rimosse le divergenze, esistenti tra i vari ordinamenti nazionali, riguardo al concetto di portata e limiti dell'autonomia privata, e così promossi gli scambi commerciali.⁶²

Una conseguenza diretta dell'autonomia delle parti è l'esclusione del rinvio, termine che designa la situazione in cui le norme di conflitto dell'ordinamento statale richiamato rimettano la risoluzione della controversia alla *lex fori* ("rinvio indietro"), ovvero a quella di uno Stato terzo ("rinvio altrove").⁶³ La lettera dell'art. 20 del Regolamento prescrive che la determinazione di un ordinamento giuridico comporta l'applicazione di tutte le norme di quello Stato a titolo di *lex contractus*, con la sola eccezione delle norme di conflitto,

⁶¹A. GARDELLA, *op. cit.*, p. 615

⁶²A. L. CALVO-CARAVACA, *op. cit.*, p. 63- 64

⁶³F. MARRELLA, *op. cit.*, p. 48

per il solo fatto che siano in vigore in quel dato ordinamento. La ragione sottesa a questa scelta da parte del legislatore comunitario risiede, essenzialmente, nel valorizzare e garantire la portata dell'autonomia privata e nell'agevolare la designazione della legge applicabile all'accordo negoziale da parte dei contraenti, non deludendo le aspettative da questi coltivate operando il richiamo ad altri ordinamenti giuridici, né facendo risultare il meccanismo d'identificazione della legge applicabile estremamente complesso.⁶⁴ L'oggetto dell'*optio iuris*, quindi, è l'ordinamento richiamato complessivamente compreso, soggetto ad evoluzioni nel tempo; conseguentemente, ogni modifica normativa apportata dai legislatori nazionali successivamente la conclusione del contratto condiziona l'oggetto e l'esecuzione del contratto stesso. A parità di condizioni, alle parti è riconosciuta la facoltà, all'art. 3, par. 2 del Regolamento, di modificare la legge regolatrice del contratto nel tempo, per far fronte in maniera più efficace alle proprie esigenze.⁶⁵

L'unico limite alla scelta della *lex contractus*, presente già nella soluzione adottata dalla Convenzione di Roma del 1980, consiste nell'esclusione, dal novero delle leggi applicabili, delle norme di origine non statale, come ad esempio i Principi UNIDROIT sui contratti commerciali internazionali e la *lex mercatoria*⁶⁶.

⁶⁴ P. FRANZINA, *op. cit.*, p. 904- 906

⁶⁵ B. UBERTAZZI, *op.cit.*, p. 67

⁶⁶ A. L. CALVO- CARAVACA, *op. cit.*, p. 63- 64; la Proposta di Regolamento, presentata dalla Commissione nel 2005, all'art. 3.2, consentiva alle parti di sottoporre il contratto a "principi e norme di diritto sostanziale dei contratti, riconosciuti a livello internazionale o comunitario", tra i quali vanno annoverati i principi UNIDROIT, i Principles of European Contract Law (PECL), o un possibile strumento comunitario facoltativo, mentre persiste nel precludere la facoltà di scegliere la *lex mercatoria*, considerata non sufficientemente precisa. Questa proposta è stata ampiamente criticata, in quanto accorpa strumenti normativi estremamente diversi tra loro: i principi UNIDROIT, infatti, costituiscono uno strumento utile a dirimere le controversie in materia di commercio internazionale, e sono sovente utilizzati nei lodi arbitrali, mentre i

c. Condizioni e manifestazioni dell'*electio iuris*

Secondo quanto disposto dall'articolo 3, par. 1 del Regolamento, la scelta della legge applicabile può essere espressa o risultare chiaramente dalle disposizioni del contratto o dalle circostanze del caso⁶⁷. La manifestazione della volontà deve risultare chiara, palese, non caratterizzata da ambiguità; i contraenti possono operare la scelta in modo espresso, attraverso il *pactum de lege utenda*, cioè, un negozio giuridico autonomo rispetto al contratto al quale viene allegato⁶⁸.

Per determinare a quale legge nazionale soggiaccia questo negozio, e per verificare l'esistenza e la validità del consenso, la forma e la capacità delle parti, il Regolamento Roma I prevede il richiamo operato dall'art. 3, par. 5 agli articoli 10 ("Consenso e validità formale"), 11 ("Validità formale") e 13 ("Incapacità"), che riprendono le precedenti disposizioni della Convenzione di Roma. Conformemente a queste disposizioni, il *pactum de lege utenda* sarebbe sottoposto alla stessa legge che regola il contratto al quale

PECL formano un complesso di norme di diritto privato comunitario, che nell'intenzione dei redattori avrebbe dovuto condurre alla rinascita di uno *ius commune*, ma di cui non è stato fatto un grande utilizzo nella prassi arbitrale, ed, infine, il codice europeo dei contratti (al quale fa riferimento la dizione "futuro strumento comunitario facoltativo") non può, allo stato attuale, esplicitare efficacia attraverso le normali procedure di *law making*; F. MARRELLA, *Prime note circa la scelta del diritto applicabile alle obbligazioni contrattuali nella proposta di regolamento "Roma I"*, in *La nuova disciplina dei contratti nella proposta di regolamento Roma I*, 2006, p. 36-37; B. UBERTAZZI, *op.cit.*, p. 66

⁶⁷ A. L. CALVO-CARAVACA, *op. cit.*, p. 63- 64

⁶⁸ F. MARRELLA, *op. cit.*, p. 62; A. GARDELLA, *op. cit.*, p. 626; rispetto alla formulazione della precedente Convenzione del 1980, quella attuale del Regolamento non accoglie la scelta tacita di legge attraverso la designazione del foro competente, ma assume, al considerando 12, questa clausola di elezione del foro come un "fattore di cui tenere conto nello stabilire se la scelta della legge risulta in modo chiaro"; B. UBERTAZZI, *op.cit.*, p. 65

afferisce, e non alla legge del foro. In particolare, secondo l'art. 10, "l'esistenza e la validità del contratto o di una sua disposizione si stabiliscono in base alla legge che sarebbe applicabile in virtù del presente regolamento se il contratto o la disposizione fossero validi". L'indipendenza del *pactum de lege utenda* dal contratto principale tende ad evitare, quindi, che l'invalidità del contratto si estenda all'intero atto⁶⁹.

Quanto al requisito della forma, l'art. 11 stabilisce che il contratto, che sia concluso personalmente, ovvero attraverso l'opera d'intermediazione di negozianti professionali, è valido in quanto alla forma, qualora sia conforme ai requisiti di forma stessi imposti dalla legge che ne regola la sostanza: sarà quindi la legge degli atti a definire se la forma debba essere intesa *ad substantiam* ovvero *ad probationem*. Sono previste alcune deroghe a questa regola generale: il par. 2 contempla l'ipotesi in cui le parti, ovvero i loro intermediari, si trovino in paesi diversi al momento della conclusione, per cui si ha facoltà di assoggettare la valutazione del requisito della forma non solo alla legge del contratto, come indicato in via generale dal par. 1, ma anche alla legge del Paese in cui in quel tempo si trova una delle parti, o il loro intermediario, ovvero, come ultima alternativa, alla legge del paese in cui una delle parti risiedeva abitualmente in quel momento⁷⁰.

Di particolare interesse risulta la disposizione contenuta al par. 4 dell'articolo 11, in quanto vengono in considerazione quelle preoccupazioni di carattere pubblicistico avvertite dal legislatore comunitario e fondanti le disposizioni, derogatorie rispetto al criterio

⁶⁹ ID., *op.cit.*, p. 61

⁷⁰ ID., *op.cit.*, p. 62

generale dell'autonomia delle parti, di cui agli articoli 5- 8. Prevede, infatti, il paragrafo 4 che ai contratti rientranti nell'ambito di applicazione dell'art. 6, cioè i contratti conclusi da consumatori, non si attagliano le disposizioni enunciate nei paragrafi 1, 2 e 3; la legge di questi contratti è disciplinata dalla legge del paese in cui il consumatore ha la residenza abituale.

Infine, per quanto riguarda l'incapacità, l'art. 13 stabilisce che l'incapacità di una persona fisica, risultante da una legge diversa da quella del Paese in cui si trova al momento della conclusione del contratto, possa essere invocata solo se l'altra parte era a conoscenza di tale incapacità o l'ha colpevolmente ignorata.

La scelta di legge risultante dalle circostanze del caso s'individua grazie ad alcuni elementi che caratterizzano la conclusione e l'esecuzione dello stesso, attraverso i quali si inferisce che le parti abbiano voluto sottomettere il loro accordo ad una data legge statale, quantunque questa non venga espressa⁷¹; nella pratica, si distinguono alcuni esempi, come il richiamo, operato dalle parti, di un contratto tipo o delle condizioni generali di un contratto che indichino esplicitamente quale sia la legge applicabile, o l'elezione di un determinato foro nazionale per le possibili controversie, o, ancora, la lingua utilizzata all'interno dell'accordo stesso.

In particolare, queste due ultime circostanze sono state interpretate dalla giurisprudenza degli Stati parte della Convenzione di Roma come indici meramente presuntivi⁷², che necessitano di una più

⁷¹ A. L. CALVO-CARAVACA, *op. cit.*, p. 68

⁷² F. MARRELLA, *op. cit.*, p. 50- 51; A. L. CALVO-CARAVACA, *op. cit.*, p. 66-

approfondita analisi, combinatamente con gli altri elementi del contratto.

Analizzando l'ambito di applicazione del *pactum de lege utenda*, l'art. 3, paragrafo 1, ultimo periodo stabilisce un'ulteriore modalità in cui l'autonomia della volontà internazionalprivatistica si esplica, conferendo la possibilità in capo alle parti di estendere la legge designata a tutto il contratto, ovvero solo ad una parte di esso; si introduce così la facoltà del *depeçage* volontario, la frammentazione, cioè, della disciplina regolatrice del contratto ad opera delle parti, le quali possono scegliere uno o più ordinamenti giuridici di riferimento, a seconda delle specifiche esigenze dei singoli elementi di cui l'oggetto dell'accordo si compone.⁷³ Anche qui, l'autonomia delle parti non incontra limiti spaziali nello scegliere il complesso normativo di uno Stato, a prescindere dal fatto che esso sia membro e dalla sussistenza di qualsiasi collegamento oggettivo tra questo e la fattispecie da regolare, purché la scelta venga operata nei confronti di una legge statale. Già la Relazione Giuliano- Lagarde sulla Convenzione relativa alla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali del 1980⁷⁴ evidenziava la necessità che questa frammentazione non risultasse eccessiva rispetto all'obiettivo di mantenere una generale coerenza all'interno del contratto, onde evitare che l'accordo mancasse dei caratteri di prevedibilità ed uniformità perseguiti attraverso il criterio dell'autonomia delle parti; le difficoltà riscontrate nella pratica nel garantire il rispetto di queste

⁷³A. GARDELLA, *op. cit.*, p. 617

⁷⁴ M. GIULIANO, P. LAGARDE, *Relazione Giuliano- Lagarde sulla Convenzione relativa alla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali del 1980*, in Gazzetta Ufficiale n. C 282, 31/10/1980, sub art. 3

istanze hanno condizionato l'effettiva applicazione di questo metodo, il quale spesso scaturisce in un coacervo di leggi nazionali applicabili allo stesso oggetto, con una pluralità disarmonica di limiti all'operatività dell'autonomia dei privati, nello specifico, norme imperative e norme di applicazione necessaria, afferenti ai singoli ordinamenti nazionali ai quali la legge disciplina del contratto fa riferimento.⁷⁵

d. La legge applicabile in mancanza di scelta

In mancanza della scelta, ad opera delle parti del contratto, della legge da applicare all'accordo negoziale, l'art. 4 del Regolamento Roma I predispone delle norme di conflitto attraverso le quali regolare il contratto. La formulazione dell'attuale art. 4, così diversa da quella della precedente Convenzione di Roma del 1980⁷⁶,

⁷⁵ F. MARRELLA, *Prime note circa la scelta del diritto applicabile alle obbligazioni contrattuali nella proposta di regolamento "Roma I"*, in *La nuova disciplina dei contratti nella proposta di regolamento Roma I*, 2006, p. 33; ID., *Funzione ed oggetto dell'autonomia*, in *La nuova disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti (Roma I)*, Torino, 2009, p. 35- 36 ; A. GARDELLA, *op. cit.*, p. 617

⁷⁶ Anche nel testo della Convenzione del 1980, in assenza della *electio legis* ad opera delle parti, si dava applicazione al principio di prossimità, stabilendo che il contratto fosse regolato dalla legge del paese con cui questo presentasse il collegamento più stretto; tuttavia, si prevedeva un più attivo ruolo da parte dell'interprete, il quale era chiamato a considerare tutti i punti di contatto tra gli elementi costitutivi del rapporto contrattuale con i diversi ordinamenti giuridici, per realizzare una scelta basata sulla maggiore intensità di questi legami. Il meccanismo di approssimazione si componeva quindi di due fasi: la prima consisteva nell'individuazione, da parte dell'operatore giuridico, dei collegamenti tra fattispecie negoziale ed ordinamento nazionale (ad es., il luogo di esecuzione del contratto, la residenza delle parti; l'indagine non è limitata agli elementi interni, ma anche alla circostanze esterne, come l'appartenenza del contratto ad una più ampia operazione economica); la seconda prevedeva che l'interprete analizzasse i vari punti di contatto tra elementi della fattispecie e ordinamenti nazionali, e stabilisse quale fosse il rapporto più stretto. La formulazione della Convenzione non forniva alcun criterio per stabilire come soppesare ogni singolo elemento nell'individuazione della legge applicabile dell'interprete; fornisce, tuttavia, alcuni criteri presuntivi per orientare l'apprezzamento di questo soggetto. La presunzione utilizzata nella Convenzione fa riferimento alla prestazione caratteristica, cioè alla funzione economico- sociale del

rappresenta un punto d'incontro tra le esigenze di certezza del diritto, da un lato, e quella di sottoporre il contratto alla legge dello Stato col quale presenta il collegamento più stretto, dando così applicazione al principio di prossimità.⁷⁷

La prima di queste esigenze, quella relativa alla prevedibilità del diritto, è perseguita mediante la predisposizione, al par. 1, di criteri di collegamento rigidi per otto categorie contrattuali, cosiddetti “contratti nominati”; questi tipi possono essere, a loro volta, distinti a seconda che la tecnica utilizzata dal legislatore per individuare il criterio di collegamento si basi sul prestatore caratteristico (contratti di vendita, di prestazione di servizi, di franchising, di distribuzione), ovvero sullo Stato con cui la fattispecie presenta il collegamento più forte (contratti aventi ad oggetto diritti reali su beni immobili, compresi quelli di locazione, di vendita di beni all'asta, contratti conclusi in un sistema multilaterale di scambio di strumenti finanziari)⁷⁸. Con specifico riguardo ai contratti della seconda categoria, si nota come il legislatore comunitario abbia attribuito

contratto, che consente di discernere una tipologia contrattuale dalle altre. La valorizzazione di questo elemento comportava la valutazione caso per caso del diritto applicabile alla singola fattispecie, evitando che si pervenisse alla creazione di norme di collegamento troppo generali, ed, inoltre, focalizzava l'attenzione dell'interprete solo sugli elementi di maggior peso all'interno del rapporto negoziale. Tuttavia, presentava anche difficoltà di rilievo nel caso in cui ci si trovasse di fronte a delle prestazioni sinallagmatiche, le quali potevano ugualmente rivendicare il ruolo di elemento caratteristico della prestazione; A. BONOMI, *La Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali internazionali del 19 giugno 1980*, 2004, p. 639- 641

⁷⁷U. VILLANI, *La legge applicabile ai contratti in mancanza di scelta*, in *La nuova disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti (Roma I)*, Torino, 2009, p. 164

⁷⁸A. LEANDRO, *Art. 4- Legge applicabile in mancanza di scelta*, in *Commentario al Regolamento CE 593/2008*, in *Nuove Leggi Civili Commentate*, 2009, p. 646; A. BONOMI, *The Rome I Regulation on the Law Applicable to Contractual Obligations. Some General Remarks*, in *Yearbook of Private International Law*, Volume 10 (2008), p.174

rilievo agli elementi più significativi della *proper law of the contract*, cioè al sistema che prevede l'individuazione della legge del Paese con cui il contratto mostra la connessione più forte⁷⁹, in considerazione del contesto giuridico in cui il contratto è concluso, e della localizzazione del nucleo centrale degli interessi a fondamento del contratto stesso.⁸⁰ Per i contratti aventi ad oggetto diritti reali su beni immobili o la locazione non temporanea di beni immobili, il richiamo al criterio della *lex rei sitae* permette di conseguire la corrispondenza tra *forum* e *ius* in forza della lettura combinata dell'art. 4 del Regolamento Roma I e dell'art. 22 del Reg. 44/2001, sulla competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale ("Bruxelles I"), il quale, in quest'ambito, stabilisce la competenza esclusiva del *forum rei sitae*.⁸¹

Il par. 2 fa fronte a due differenti ipotesi: i contratti non rientranti in alcune delle tipologie suddette e i contratti che, per i loro elementi specifici, rientrano in più di una categoria. In entrambi questi casi, l'accordo è regolato dalla legge dello Stato in cui la parte tenuta alla prestazione caratteristica ha stabilito la propria residenza. Questo criterio non viene più in considerazione, come nella Convenzione di Roma, quale indice presuntivo della connessione più forte, quanto come circostanza elevata a criterio di collegamento. Nel primo caso, riguardante i contratti che non sono ricompresi nelle categorie nominate, bisogna anzitutto delimitare la portata e l'ampiezza delle predette categorie, sia per porre dei confini tra le rispettive tipologie

⁷⁹ J.J. KUIPERS, , *op. cit.*, p. 163; J. WESTLAKE, *Private International Law*, 1925, p.212

⁸⁰ A. LEANDRO, *op. cit.*, p. 650

⁸¹ ID., *op. cit.*, p. 650

contrattuali considerate al par. 1, sia per stabilire se un accordo negoziale appartenga o meno a queste categorie, ed eventualmente ricorrere alla disciplina del paragrafo 2. Successivamente, l'interprete deve individuare la prestazione caratteristica del contratto, operazione che può risultare estremamente complessa per i contratti atipici, o nuovi rispetto ad una data tradizione giuridica, o le cui obbligazioni si fondano su prestazioni reciproche.⁸²

Per quanto concerne i contratti rientranti in più di una tipologia, *nulla quaestio* per gli accordi "misti", i cui elementi sono riconducibili a più di una categoria nominata; le difficoltà interpretative si pongono nel momento in cui il contratto risulta composto di elementi che, unitariamente considerati, non sono rapportabili ad alcuna delle categorie menzionate. L'atipicità dell'accordo rende più arduo l'identificazione della prestazione caratteristica; soccorre a questo scopo il dettato del 19° considerando del regolamento Roma I, il quale statuisce che, in questi casi, la prestazione caratteristica "dovrebbe essere determinata in funzione del suo baricentro", con ciò riferendosi alla prestazione più significativa, inserita nella più ampia considerazione dello schema contrattuale realizzato dalle parti nel caso di specie.⁸³

Il principio del collegamento più stretto assume rilevanza anche all'interno del par. 3, quale clausola di eccezione rispetto al dettato normativo dei paragrafi precedenti; infatti, se dal complesso delle circostanze della fattispecie risulta in modo chiaro che il contratto mostra dei collegamenti manifestamente più forti con un Paese diverso da quello indicato nei paragrafi 1 e 2, si applica la legge di questo diverso Paese. Il 20° considerando del Regolamento,

⁸² U. VILLANI, *op. cit.*, p. 168

⁸³ A. LEANDRO, *op. cit.*, p. 657; U. VILLANI, *op. cit.*, p. 169- 171

denominando questo criterio “clausola di salvaguardia”, ne sottolinea il carattere di straordinarietà rispetto ai criteri tassativi elencati ai paragrafi precedenti; in virtù di quest’aspetto, anche il ricorso ad un intervento correttivo da parte dell’interprete, segnatamente del giudice (ci si trova, infatti, di fronte al *depeçage* giudiziale) deve risultare eccezionale, perché in grado di alterare la prevedibilità del diritto applicabile, per il cui raggiungimento sono stati predisposti i criteri rigidi di collegamento di cui ai paragrafi 1 e 2.⁸⁴

Infine, il collegamento più stretto si pone anche come norma residuale, in chiusura dell’art. 4, il cui par. 4 dispone che, qualora la legge applicabile non possa essere designata a norma dei paragrafi 1 e 2, l’accordo negoziale è disciplinato dalla legge del Paese con il quale presenta il collegamento più stretto.⁸⁵

4. Il ridimensionamento della portata dell’autonomia privata

Come già precedentemente accennato al par. 1, lett. c, il principio dell’autonomia delle parti, nonostante goda di ampio riconoscimento e assurga come principale criterio regolatore dei contratti, costituisce la causa principale delle possibili alterazioni degli equilibri nei rapporti tra le parti e dei poteri negoziali di ciascuna di esse.⁸⁶

A garanzia di queste esigenze di giustizia correttiva e distributiva, di protezione della parte presuntivamente più debole,

⁸⁴ A. BONOMI, *op. cit.*, p.175; A. LEANDRO, *op. cit.*, p. 660

⁸⁵ ID., *op. cit.*, p.175 ;U. VILLANI, *op. cit.*, p. 165

⁸⁶ F. POCAR, *op. cit.*, p. 372; V. TAMPANO, *op.cit.*, p. 77;

l'esercizio dell'autonomia privata non può essere assoluto, indipendente da valutazioni di politica sociale e degli interessi pubblicistici sottostanti alla conclusione di un contratto e, più in generale, al corretto funzionamento delle transazioni giuridiche ed economiche⁸⁷; per queste ragioni, anche nel Regolamento Roma I sono stati predisposti degli strumenti volti a limitare e condizionare l'operatività sia degli effetti dell'autonomia delle parti, sia la portata delle norme di conflitto stabilite qualora manchi la scelta della legge applicabile al contratto⁸⁸, nella fattispecie le norme imperative, le norme di applicazione necessaria, la regola dell'ordine pubblico.

a. Le norme imperative e le norme di applicazione necessaria

La nozione di norme imperative, contenuta all'art. 3, par. 3 del Regolamento, contempla le disposizioni alle quali l'ordinamento cui appartengono non consente di derogare convenzionalmente. Questa stessa definizione viene accolta anche negli articoli 6, par. 2 e 8, par. 1, che fissano dei limiti al criterio dell'autonomia privata allo scopo di proteggere, rispettivamente, il consumatore e il lavoratore.⁸⁹

La loro applicazione non risulta indiscriminata, bensì prevede un confronto tra la legge applicabile al contratto, sia che essa venga scelta dalle parti nell'esplicazione dei poteri loro conferiti

⁸⁷ N. BOSCHIERO, , *op. cit.*, p. 70- 71; G. ALPA, *Autonomia delle parti e libertà contrattuale, oggi*, p. 2

⁸⁸ V. TIMPANO, *op. cit.*, p. 77

⁸⁹ A. BONOMI, *Le norme imperative e le norme di applicazione necessaria nell'esperienza giuridica positiva*, in *Considerazioni sulla Convenzione Europea sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali del 19 Giugno 1980 nonché sulle leggi italiana e svizzera di diritto internazionale privato*, 1998, p. 11

dall'autonomia negoziale internazionalprivatistica, sia che essa venga designata sulla base dei criteri sussidiari enunciati nell'art. 4, e il contenuto delle norme stesse. La finalità di questo tipo di norme è quella di garantire un *minimum standard* di protezione al contraente considerato debole; qualora dal confronto risulti che la legge applicabile assicuri il livello minimale di tutela, o anche più elevato, questa continuerà ad applicarsi, altrimenti interverranno le norme protettive.⁹⁰

Nel novero delle norme imperative vengono comunemente ricondotte le norme imperative semplici, della cui categoria fanno parte, appunto le norme appena esaminate, e le norme di applicazione necessaria.⁹¹

Il Regolamento Roma I è pervenuto, sulla scorta della giurisprudenza della Corte di Giustizia, e in particolare della sentenza *Arblade*⁹², a una definizione autonoma di norme di applicazione necessaria, statuendo, all'art. 9, che all'interno di questa categoria sono considerate quelle disposizioni che mirano alla tutela degli interessi pubblici dello Stato, riguardanti la sua organizzazione politica, sociale o economica, ritenuti irrinunciabili dall'ordinamento stesso.

Attraverso le nozioni e le distinzioni terminologiche, è possibile delimitare il rispettivo campo di applicazione delle due categorie di norme. Infatti, mentre le norme imperative, alle quali non

⁹⁰ V. TAMPANO, *op. cit.*, p. 88

⁹¹ ID., *op. cit.*, p. 77; A. BONOMI, *Le norme di applicazione necessaria nel Regolamento Roma I*, in *La nuova disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti (Roma I)*, Torino, 2009, p. 177

⁹² C.G.C.E., cause riunite 369/ 96 e 376/96, 23 gennaio 1999, in *Raccolta*, p. I- 8453 ss.

è permesso di derogare convenzionalmente hanno effetto solo in presenza di una scelta di legge e nelle situazioni contemplate agli articoli 3, par. 3, 6 e 8, le norme di applicazione necessaria rilevano rispetto a tutte le tipologie contrattuali, qualunque sia il modo attraverso cui si è pervenuti alla determinazione della legge applicabile, e quindi, anche relativamente alle controversie riguardanti i contratti di consumo o quelli individuali di lavoro, oltre le condizioni previste dalle norme imperative.⁹³

Analizzando più nello specifico il dettato normativo dell'art. 9, il principale elemento d'identificazione delle norme di applicazione necessaria è costituito dallo scopo perseguito da queste stesse, cioè la tutela d'interessi ritenuti cruciali per l'ordinamento cui appartengono. Con riferimento alla delimitazione dell'ambito di applicazione, si pone la questione di quale estensione attribuire all'interpretazione della definizione di norme di applicazione necessaria; in particolare, se in questa nozione possano essere ricomprese anche le norme originariamente dirette a proteggere gli interessi di singoli individui, in quanto riconducibili a determinate categorie.⁹⁴

Sulla base della giurisprudenza della Corte di Giustizia CE, una parte sostanziale della dottrina⁹⁵ sostiene che al quesito debba darsi risposta affermativa; nello specifico, nelle sentenze *Arblade* e

⁹³ G. BIAGIONI, *Art. 9- Norme di applicazione necessaria*, in *Commentario al Regolamento CE 593/2008*, in *Nuove Leggi Civili Commentate*, 2009, p. 789- 790

⁹⁴ A. BONOMI, *Le norme di applicazione necessaria nel Regolamento Roma I*, in *La nuova disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti (Roma I)*, Torino, 2009, p. 179

⁹⁵ F. POCAR, *op.cit.*, p. 392- 394; A. BONOMI, *Le norme imperative e le norme di applicazione necessaria nell'esperienza giuridica positiva*, in *Considerazioni sulla Convenzione Europea sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali del 19 Giugno 1980 nonché sulle leggi italiana e svizzera di diritto internazionale privato*, 1998, p. 190; U. VILLANI, *La Convenzione di Roma sulla legge applicabile ai contratti*, Bari, 1997, p. 155

*Mazzoleni*⁹⁶, le norme di applicazione necessaria vengono richiamate con riferimento alle norme a protezione dei lavoratori, mentre, nella sentenza *Ingmar*⁹⁷, rispetto a norme poste a tutela degli agenti di commercio. È quindi possibile che delle norme in origine volte a tutelare le esigenze di singoli individui, in quanto appartenenti a specifiche categorie, possano risultare di significativa importanza pubblicistica e di rilevanza cruciale per l'organizzazione sociale ed economica del Paese.⁹⁸ Altra parte della dottrina, invece, avversa questa lettura estensiva e innovativa, e, basandosi su un'interpretazione più aderente al dato testuale, avvalorata il ruolo tradizionalmente riconosciuto alle norme di applicazione necessaria di protezione della dimensione pubblicistica dello Stato.⁹⁹

Il secondo elemento identificatore delle norme di applicazione necessaria rinvenibile all'interno del disposto dell'art. 9, par. 1 concerne il carattere autolimitato delle stesse; a questa categoria appartengono, dunque, le norme che definiscono il loro campo di applicazione senza ricorrere alle regole di conflitto e all'interno di questo campo trovano imperativamente applicazione. Operando come limite preventivo rispetto all'applicazione alle norme richiamate dalle regole di conflitto, infatti, tali norme devono essere prese in considerazione prima dell'identificazione della legge regolatrice del contratto, in quanto lo Stato al quale afferiscono determina per esse un

⁹⁶ C.G.C.E., sent. 15 marzo 2001, causa C- 165/98, in Raccolta, p. I- 2189

⁹⁷ C.G.C.E., sent. 9 novembre 2000, causa C- 381/98, in Raccolta, p. I- 9305

⁹⁸ G. BIAGIONI, *op.cit.*, p. 792

⁹⁹ F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *The Rome I Regulation: Much Ado About Nothing?*, in *The European Legal Forum*, 2008 p. I- 77

campo di applicazione particolare al quale la *lex contractus* non può sovrapporsi.¹⁰⁰

Il par. 2 dell'art. 9 consente di dare rilevanza alle norme di applicazione necessaria dello Stato del foro; anche queste norme prescindono dalle regole di conflitto e si applicano accordando loro prevalenza sulla legge regolatrice del contratto nella misura in cui regolano l'oggetto dell'accordo negoziale.¹⁰¹

Il par. 3 introduce la facoltà di dare effetto alle norme di applicazione necessaria di Stati terzi, siano essi membri dell'Unione Europea, ovvero non ne facciano parte; tuttavia, questa possibilità è sottoposta a delle condizioni piuttosto stringenti, che ne limitano sensibilmente la portata. Anzitutto, il Regolamento permette di dare rilevanza alle sole norme imperative che rendono illecita l'esecuzione del contratto; analizzando poi il legame che si ritiene debba sussistere tra il rapporto giuridico e lo Stato che ha adottato la norma imperativa di cui si vuole riconoscere l'efficacia, il dato testuale dell'art. 9, par. 3 permette di confinare il richiamo alle norme appartenenti all'ordinamento dello Stato in cui gli obblighi derivanti dal contratto devono essere o sono stati eseguiti, non rilevando che il luogo di esecuzione sia o no all'interno dell'Unione Europea.¹⁰²

¹⁰⁰ G. BIAGIONI, *op.cit.*, p. 793- 794

¹⁰¹ ID., *op.cit.*, p. 798

¹⁰² A. BONOMI, *Le norme di applicazione necessaria nel Regolamento Roma I*, in *La nuova disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti (Roma I)*, Torino, 2009, p. 184- 185

b. L'ordine pubblico

Un altro limite di portata generale, riprodotto all'art. 21 del Regolamento, è costituito dall'eccezione di ordine pubblico. Esso, pur permettendo alla *lex contractus*, sia che essa sia frutto dell'autonomia internazionalprivatistica, sia che a essa si pervenga tramite i criteri di collegamento elencati all'art. 4, di esplicitare la propria efficacia, ne mette tuttavia in discussione gli effetti, con un procedimento successivo ed eccezionale. Nell'opera di raccordo con gli altri strumenti del diritto dell'Unione Europea, l'ordine pubblico è previsto anche dall'art. 34, n. 1, del Reg. 44/2001 ("Bruxelles I"), il quale prevede che il riconoscimento e l'esecuzione di una sentenza proveniente da un ordinamento straniero possono essere rifiutati, qualora si mostri in contrasto con l'ordine pubblico del foro.¹⁰³

L'art. 21 statuisce che l'applicazione della legge regolatrice dell'accordo negoziale possa essere esclusa nel momento in cui gli effetti di tale applicazione appaiano manifestamente e concretamente incompatibili con l'ordine pubblico del foro. Per ordine pubblico s'intende, tradizionalmente, l'insieme dei principi fondamentali dello Stato del foro; attraverso le norme di diritto internazionale privato, un dato ordinamento giuridico del foro riconosce i valori giuridici afferenti a un diverso ordinamento, e ne consente l'applicazione da parte dei propri giudici nazionali. Allo stesso tempo, questo appronta degli strumenti di chiusura e di salvaguardia dei propri valori, qualora le norme straniere minaccino la tutela dei principi fondamentali

¹⁰³ V. TIMPANO, *op. cit.*, p. 84; N. BOSCHIERO, *op.cit.*, p. 128; S. MARINO, *op.cit.*, p. 327

espressi dall'ordinamento del foro.¹⁰⁴ Pertanto, ci si riferisce comunemente alla nozione di ordine pubblico internazionale, indicando con essa l'insieme dei valori fondamentali e irrinunciabili, perseguiti dall'ordinamento del foro nell'interesse della sua organizzazione pubblicistica, e la cui individuazione avviene per via giudiziale, adottando la prospettiva dell'ordinamento del foro stesso.¹⁰⁵

Ciascun Paese gode della più ampia autonomia nel definire il contenuto dei valori meritevoli di tutela, tali da non consentire l'ingresso di norme straniere, in considerazione della sua struttura politica, economica e sociale. Il contenuto del limite dell'ordine pubblico è arricchito anche dai principi sovranazionali, sia afferenti allo *jus cogens*, sia provenienti dalle Convenzioni e dai Trattati conclusi dallo Stato in considerazione, che incarnano i valori condivisi dalla comunità internazionale e dalle Nazioni civili, come il rispetto dei diritti umani, il divieto dell'uso della forza, o il principio di autodeterminazione dei popoli, solo per citarne alcuni. Pur mancando, all'interno della disposizione testuale, qualunque riferimento all'ordine pubblico comunitario, e, con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, dell'ordine pubblico europeo, si ritiene che i principi fondamentali del sistema comunitario contribuiscano a fondare l'ordine pubblico dei singoli Paesi membri per effetto dell'interazione con gli ordinamenti nazionali; la comunitarizzazione del concetto di ordine pubblico si fa risalire alla sentenza della Corte di Giustizia CE

¹⁰⁴ ID., *op. cit.*, p. 85

¹⁰⁵ G. BIAGIONI, Art. 21- *Ordine pubblico del foro*, in *Commentario al Regolamento CE 593/2008*, in *Nuove Leggi Civili Commentate*, 2009, p. 913

*Eco Swiss*¹⁰⁶, nella quale la Corte ha affermato che “nei limiti in cui un giudice nazionale debba, in base alle proprie regole di procedura interne, accogliere un’impugnazione per nullità di un lodo arbitrale fondata sulla violazione delle norme nazionali di ordine pubblico, esso deve ugualmente accogliere una domanda fondata sulla violazione del divieto sancito dall’art. 81, n. 1, CE (oggi art. 101 TFUE) ”, precisando, così, che l’ordinamento europeo, si rende portatore di valori fondamentali di ordine pubblico che si affermano all’interno dei singoli Stati membri e richiedono di essere osservati dai giudici nazionali.¹⁰⁷

Un orientamento dottrinale¹⁰⁸ sostiene che, nella nozione di ordine pubblico dell’Unione Europea, debbano essere ricondotti i valori relativi alla tutela del contraente debole, assumendo, come punto di avvio del ragionamento, gli strumenti approntati a tal fine nella legislazione europea. Più in particolare, per quanto attiene alla figura del consumatore, questa esigenza è garantita nell’ambito del diritto primario dell’Unione Europea, attraverso le disposizioni contenute nell’art. 169 del Trattato sul Funzionamento dell’Unione Europea, il quale pone espressamente l’obiettivo di “promuovere gli interessi dei consumatori e assicurare un livello elevato di protezione dei consumatori”; inoltre, gli scopi prefissati nel primo paragrafo del presente articolo devono essere conseguiti mediante l’attuazione di politiche dell’Unione, che prevedono la realizzazione del mercato interno e la predisposizione di misure di sostegno, d’integrazione e di

¹⁰⁶ C.G.C.E., sent. 1 giugno 1999, causa C- 126/97, in *Raccolta*, p. I- 3055

¹⁰⁷ V. TIMPANO, *op. cit.*, p. 87; N. BOSCHIERO, *op. cit.*, p. 133

¹⁰⁸ S. MARINO, *op.cit.*, p. 338

controllo dei metodi approntati dai singoli Stati membri (par. 2, lett. *a* e *b*).

La protezione del consumatore è un'esigenza particolarmente sentita anche nella legislazione secondaria; le direttive in materia di contratti di consumo, infatti, contengono una molteplicità di norme con carattere imperativo per espressa previsione d'inderogabilità contenuta nelle direttive stesse, per cui si può affermare che sono tutelati valori particolarmente forti dell'ordinamento dell'Unione.

Sulla scorta di queste considerazioni, unitamente al carattere indeterminato e soggetto alle variazioni nel tempo della nozione di ordine pubblico, si ritiene che i principi riguardanti alla tutela del consumatore debbano concorrere alla costruzione del concetto di ordine pubblico dell'Unione Europea. Tuttavia, si sottolinea, non pare agevole precisare quali siano, in concreto, i principi relativi alla tutela del contraente debole, e, più nello specifico, del consumatore, che devono fondare la nozione di ordine pubblico dell'Unione, dato il già ricordato carattere di flessibilità del concetto stesso, per cui si suggerisce un approccio casistico, basato sulle singole osservazioni dei casi di specie.¹⁰⁹

Le conseguenze prospettabili dall'integrazione della nozione di ordine pubblico europeo attraverso la considerazione delle esigenze di tutela del consumatore prevedrebbero, anzitutto, che i giudici degli Stati membri, chiamati a esprimersi su una controversia in materia di contratti di consumo, possano escludere l'applicazione di una legge straniera, qualora questa non osservi uno *standard* minimo di protezione, sia che la legge straniera richiamata sia quella di uno Stato membro, sia che appartenga a un ordinamento terzo; in secondo luogo,

¹⁰⁹ *Id.*, *op.cit.*, p. 339- 341

in virtù della *cross fertilization* e del ravvicinamento del dato testuale e del contenuto delle disposizioni tra Regolamento Roma I e Regolamento Bruxelles I, ai pronunciamenti giurisdizionali che non riconoscano un sufficiente livello di protezione al consumatore possono essere rifiutati il riconoscimento e l'esecuzione, secondo quanto previsto dall'art. 34 del Regolamento 44/2001.¹¹⁰

Esaminando più nel particolare il funzionamento dell'eccezione dell'ordine pubblico, la Corte ne ha precisati i presupposti e il contenuto nella sentenza *Renault*¹¹¹, affermando che sia necessario rilevare un contrasto con un valore fondamentale, e non una semplice violazione di una regola di diritto, affinché questo limite venga applicato; inoltre, con riguardo alle condizioni, risulta imprescindibile confrontare l'eccezione di ordine pubblico con i requisiti di necessità e proporzionalità, del perseguimento di un obiettivo legittimo e del rispetto del principio di non discriminazione, affinché non si ostacolino in maniera eccessiva e arbitraria i principi relativi alla libera circolazione.¹¹²

L'art. 21 funziona come un limite negativo, giacché non si propone di dare diretta applicazione ai principi fondamentali del foro, bensì, diversamente, di escludere l'applicazione della legge straniera; la preclusione si verificherà solo con specifico riferimento alle norme che mostrino elementi di contrarietà con l'ordine pubblico e a quelle a esse inscindibilmente connesse, mentre continueranno a trovare applicazione le disposizioni compatibili con l'ordinamento del foro.

¹¹⁰ ID., *op.cit.*, p. 339-341

¹¹¹ C.G.C.E., sent. 11 maggio 2000, causa C-38/98, in *Raccolta*, p. I-2973

¹¹² S. MARINO, *op.cit.*, p. 337

L'ordine pubblico, inoltre, opera come un'eccezione successiva, giacché il giudice adito deve valutare attentamente, con un giudizio prognostico, quali effetti deriverebbero dall'applicazione delle norme straniere all'interno dell'ordinamento del foro.¹¹³ Queste due ultime caratteristiche concorrono a distinguere il limite dell'ordine pubblico dalle norme di applicazione necessaria, le quali, come già ricordato in precedenza (par. 4, lett. a), tendono ad ampliare il novero delle leggi alle quali si deve ricorrere per regolare la fattispecie contrattuale, e alle quali, per questa ragione, è riconosciuta una portata positiva, poiché impongono di trovare applicazione qualunque sia la *lex contractus*.¹¹⁴

Tuttavia, per quanto a livello testuale siano ancora tenute accuratamente distinte, si assiste, nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, a un progressivo ravvicinamento della portata delle rispettive nozioni. Nella già citata sentenza *Ingmar*, la Corte ha avversato la tradizionale classificazione delle norme di applicazione necessaria quale limite preventivo al funzionamento del criterio dell'autonomia delle parti in senso internazionalprivatistico, stabilendo che anch'esse, e in particolare quelle volte a proteggere la parte debole, al pari delle norme ascrivibili alla tutela dell'ordine pubblico, debbano essere sottoposte alla valutazione di proporzionalità e compatibilità, in considerazione dell'obiettivo perseguito, e cioè la garanzia del minimum standard di protezione per i contraenti considerati deboli.¹¹⁵

¹¹³ G. BIAGIONI, *op. cit.*, p. 915

¹¹⁴ V. TAMPANO, *op. cit.*, p. 86

¹¹⁵ N. BOSCHIERO, *op. cit.*, p. 130- 131

5. I contratti di consumo e la disciplina a tutela del consumatore

Come già richiamato in precedenza al par.1, lett. c, l'obiettivo di tutela del consumatore è perseguito, all'interno del Regolamento Roma I, attraverso il contenimento dell'esplicazione dell'autonomia privata e degli effetti derivanti dalla legge applicabile in mancanza di scelta da parte dei contraenti.¹¹⁶ Attraverso questi meccanismi correttivi e derogatori rispetto al regime generale di regolamentazione dei contratti, il Regolamento tende a ristabilire la parità negoziale tra contraenti, senza accordare prevalenza ad alcuno di essi e alle esigenze di cui questi si fanno portatori.

a. L'ambito soggettivo dell'applicazione della norma. La definizione di consumatore

La nozione di consumatore costituisce il punto di partenza per delimitare l'ambito di applicazione delle norme di tutela a favore di questa categoria di contraenti. L'art. 6 del Regolamento definisce il consumatore attraverso tre requisiti: egli è la "persona fisica" che conclude l'accordo negoziale "per un uso che possa essere considerato estraneo alla sua attività commerciale o professionale", "con un'altra persona che agisce nell'esercizio della sua attività commerciale o professionale"¹¹⁷. Rimangono dunque esclusi, dall'ambito di applicazione della disciplina del Regolamento, le persone giuridiche e

¹¹⁶ G. RUEHL, *op. cit.*, p. 587- 588; A. L. CALVO- CARAVACA, *op. cit.*, p. 86

¹¹⁷ V. TIMPANO, *op. cit.*, p. 6; G. PIZZOLANTE, *Contratti conclusi da consumatori*, in *Commentario al Regolamento CE 593/2008*, in *Nuove Leggi Civili Commentate*, 2009, p. 730; P. PIRODDI, *op. cit.*, p. 144- 145; A. L. CALVO- CARAVACA, *op. cit.*, p. 90

gli enti di fatto; questa esclusione si giustifica, per le persone giuridiche, adducendo che non sia mai ravvisabile un'attività extraprofessionale degli enti, che travalichi i termini stabiliti all'interno degli atti costitutivi e degli statuti, i quali determinano gli obiettivi dell'attività stessa. La stessa motivazione vale anche per gli enti di fatto, come le *onlus* e le organizzazioni *no profit*, dal momento che non rileva la natura lucrativa, bensì solamente il carattere professionale e non occasionale delle attività svolte.¹¹⁸

Queste esclusioni dalla definizione di consumatore generano delle note critiche tra i commentatori del Regolamento; in particolare, si ravvisano, per le persone giuridiche e gli enti di fatto, le stesse esigenze di tutela, quando nei loro confronti si possa accertare la stessa condizione di debolezza del consumatore persona fisica. Inoltre, si osserva ancora, questi soggetti possono anche non svolgere un'attività professionale; di conseguenza, questa disciplina di limitata applicazione soggettiva può provocare un regime discriminatorio tra i vari attori del diritto.¹¹⁹

Altri commentatori¹²⁰, invece, ritengono che l'applicazione dell'articolo 6 limitata alle sole persone fisiche sia funzionale alla certezza e alla prevedibilità del diritto, e che qualsiasi interpretazione estensiva, volta a tutelare anche le persone giuridiche o gli enti non personificati, contrasti sia con il disposto normativo, sia con la *ratio* sottesa a esso.

¹¹⁸ ID., *op. cit.*, p. 7; C.G.C.E., sent. 21 giugno 1978, causa C- 150/77, “*Bertrand v Paul Ott KG*”, in *Raccolta*, p. I- 1431, par. 21

¹¹⁹ G. PIZZOLANTE, *op.ult. cit.*, p. 733; F. SEATZU, *Contratti con i consumatori e Regolamento Roma I*, in *La nuova disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti (Roma I)*, Torino, 2009, p. 304- 305

¹²⁰ P. PIRODDI, *op. cit.*, p. 148

Procedendo a un'analisi più approfondita riguardo all'“uso che possa essere considerato estraneo alla sua attività commerciale”, lo scopo consumeristico va rilevato in senso oggettivo, non considerando l'intenzione del consumatore al momento della conclusione del contratto; si evita, cioè, che gli operatori del diritto, in particolare il giudice chiamato a dirimere un'eventuale controversia riguardante il contratto, compia un'indagine sui motivi soggettivi e psicologici che hanno portato alla stipulazione dell'accordo, rischiando di ingenerare incertezza circa la legge da applicare. La valutazione si basa su quanto normalmente si ritiene essere la finalità del contratto, considerando tutti gli elementi di fatto oggettivamente rilevanti per l'individuazione della fattispecie, considerati sulla base dell'*id quod plerumque accidit e a posteriori*.¹²¹

¹²¹ ID., *op. cit.*, p. 150- 151; G. PIZZOLANTE, *op. ult. cit.*, p. 736; ID., *I contratti con i consumatori e la nuova disciplina comunitaria in materia di legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Ottobre 2009, vol 1, n. 2, p.223- 224; la stessa nozione di consumatore era presente nel dettato della Convenzione di Roma, dove si faceva riferimento all'estraneità della finalità del contratto rispetto alla sua attività professionale; tuttavia, le due figure contrattuali, il consumatore ed il professionista, non risultavano qualificate autonomamente, non essendo fornita alcuna prescrizione riguardo alle caratteristiche che, particolarmente, il professionista dovesse presentare. Questa lacuna dava adito a delle questioni di dubbia soluzione, nello specifico, se i contratti conclusi tra parti private (cosiddetti “c2c- consumer- to- consumer”) rientrassero nel campo di applicazione dell'art. 5 della Convenzione, e se una persona giuridica potesse essere considerata alla stregua di un consumatore qualora avesse agito al di fuori della propria attività professionale; J. HILL, *Article 6 of the Rome I Regulation. Much ado about nothing*, in *Nederlands Privatrecht*, 2009, p. 437; B. UBERTAZZI, *op.cit.*, p. 82. Anche qui, come nel successivo testo del Regolamento, non era accordata alcuna tutela ad altri soggetti, diversi dal consumatore, ma ugualmente meritevoli di tutela, quali reali utilizzatori dei beni e servizi acquistati (familiari, dipendenti, conviventi etc.); U. VILLANI, *La convenzione di Roma sulla legge applicabile ai contratti*, Bari, 1997, p. 126- 128

Un orientamento dottrinale sostiene che il riferimento al criterio dell'uso ai fini dell'individuazione della figura contrattuale del consumatore è in grado di provocare alcuni inconvenienti, in particolare l'insicurezza, per il professionista, riguardo al regime giuridico applicabile al contratto, e, di conseguenza, una più estesa incertezza comprendente le transazioni commerciali transnazionali.

Questa parte della dottrina non ritiene che il riferimento, operato dalla relazione Giuliano- Lagarde sulla Convenzione relativa alla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali¹²², all'insieme degli elementi che compongono la fattispecie contrattuale possa dipanare le incertezze, e propone l'adozione di un singolo criterio oggettivo, segnatamente quello dell'attività svolta, per permettere al venditore di prevedere e conoscere quale legge sia applicabile al contratto.¹²³

Le difficoltà che scaturiscono dal riferimento al criterio dell'uso si rinvencono anche nel momento in cui questo non sia esclusivamente privato ma complementare o accessorio rispetto allo scopo principale, il quale può essere, in parte, funzionale all'adempimento di un'attività professionale, e in parte al soddisfacimento di un'esigenza individuale. Dal momento che la formulazione degli articoli della Convenzione di Roma e 6 del Regolamento Roma I è pressoché identica nel fare riferimento all'estraneità degli usi e delle finalità per cui si conclude il contratto

¹²² M. GIULIANO- P. LAGARDE, *Relazione sulla Convenzione relativa alla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, in *G.U.C.E.*, C282, 31/10/1980, p. 1

¹²³ F. SEATZU, *op. cit.*, p. 302- 303

rispetto all'attività commerciale o professionale del consumatore, si richiama la relazione Giuliano- Lagarde sulla Convenzione relativa alla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali: nei casi in cui la persona che conclude il contratto di consumo agisce in parte all'interno e in parte al di fuori della sua attività professionale, la disciplina a tutela del consumatore può essere applicata solo se costui agisca essenzialmente al di fuori del suo impiego commerciale.¹²⁴ La finalità per cui il consumatore agisce, fondandosi su elementi obiettivi, deve essere conosciuta o almeno conoscibile per la controparte contrattuale.¹²⁵

Quanto al terzo requisito, e cioè alla definizione della controparte del contraente debole, la nozione di professionista riproduce in negativo quella del consumatore; secondo il dettato del Regolamento, Il professionista è la persona fisica o giuridica, pubblica ovvero privata, che si serve del contratto nell'ambito del suo esercizio commerciale o professionale. Il riferimento all'ambito dell'attività impone di includere, nell'interpretazione della norma, non solo le attività principali, ma anche quelle connesse o strumentali a quella principale¹²⁶.

¹²⁴ V. TIMPANO, *op. cit.*, p. 11; G. PIZZOLANTE, *Contratti conclusi da consumatori*, in *Commentario al Regolamento CE 593/2008*, in *Nuove Leggi Civili Commentate*, 2009, p. 736

¹²⁵ P. PIRODDI, *op. cit.*, p. 151- 152

¹²⁶ G. PIZZOLANTE, *op. ult. cit.* .p. 735; A. L. CALVO- CARAVACA, *op. cit.*, p.

b. L'ambito oggettivo di applicazione della norma. La determinazione della fattispecie contrattuale e il criterio dell'attività diretta

Rispetto alla precedente formulazione testuale dell'art. 5 della Convenzione di Roma del 1980, l'attuale art. 6 del Regolamento elimina ogni limitazione relativa all'oggetto del contratto; infatti, mentre, nella Convenzione, l'ambito di applicazione delle norme speciali era circoscritto ai soli contratti conclusi da consumatori che avessero per oggetto la fornitura di beni mobili materiali o di servizi, e ai contratti di finanziamento a essi connessi, nel campo di azione dell'art. 6 del Regolamento può essere ricompreso, almeno in linea di principio, qualsiasi tipo di contratto, a prescindere dalla sua riconducibilità a un determinato tipo negoziale.¹²⁷

Tuttavia, vi sono delle fattispecie che non ricadono nell'ambito di applicazione dell'art. 6: anzitutto, come stabilisce, in apertura, il paragrafo 1, vengono esclusi i contratti di trasporto e i contratti di assicurazione, rispettivamente disciplinati agli articoli 5 e 7; quindi, nel caso in cui si rinvenivano i presupposti di applicazione, questi due

¹²⁷ P. PIRODDI, *op. cit.*, p.135; V. TAMPANO, *op. cit.*, p. 112; le disposizioni della Convenzione di Roma, al contrario, si rendevano applicabili solamente ai contratti che avessero ad oggetto la fornitura di beni mobili materiali o di servizi, e non era previsto nulla per i contratti che non rientrassero in alcuna di queste due tipologie. La proposta di Regolamento del 2005, anche sulla scorta delle osservazioni raccolte attorno al Libro Verde sulla conversione della Convenzione in strumento comunitario, del 2003 (MAX PLANCK INSTITUTE FOR FOREIGN PRIVATE AND PRIVATE INTERNATIONAL LAW, *Question 12: Evaluation of Consumer Protection Rules*, in *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 2004, p. 48- 50), e stendeva il campo d'applicazione a tutti gli accordi negoziali sottoscritti con i consumatori, senza limitarsi ad alcune categorie (con la sola eccezione dei contratti di trasporto diversi dai contratti riguardanti un viaggio "tutto compreso" e quelli aventi per oggetto un diritto reale immobiliare o un diritto di utilizzazione di un immobile.

ultimi articoli prevalgono sulla lettera dell'art. 6, sulla scorta anche del considerando 32° del Regolamento, il quale precisa che, con riguardo al carattere particolare dei contratti di trasporto e di assicurazione, delle specifiche disposizioni sarebbero maggiormente in grado di garantire un più adeguato livello di tutela dei passeggeri e degli assicurati. Altre eccezioni al regime dell'art. 6 sono espressamente stabilite dall'elenco predisposto dal par. 4, il quale richiama anche delle specifiche direttive adottate nel quadro dell'allora Comunità Europea.¹²⁸ Tutte le deroghe citate contribuiscono a contenere l'ambito oggettivo di applicazione dell'art. 6, avversando il proposito di estenderne il campo d'azione, e condizionandone la portata all'applicazione delle direttive. Quest'ultimo aspetto manifesta, secondo parte della dottrina¹²⁹, che la tutela offerta al consumatore dal Regolamento viene in considerazione in maniera sussidiaria rispetto al grado di protezione approntato dalle direttive di armonizzazione in tema dei contratti di consumo; alle direttive, quindi, è riconosciuta prevalenza rispetto all'operatività dell'art. 6 del Regolamento.

Il par. 1 specifica le proprie condizioni di applicazione, prescrivendo che, con le eccezioni sopra ricordate, i contratti di consumo sono regolati dalla legge del Paese nel quale il consumatore ha abitualmente la residenza, a condizione che il professionista svolga le sue attività commerciali o professionali nel Paese in cui il consumatore ha la residenza abituale, ovvero, alternativamente, diriga tali attività, con qualsiasi mezzo, verso tale Paese o vari Paesi, tra cui quest'ultimo, e la stipulazione del contratto, come fortemente sottolineato dalla dichiarazione congiunta del Consiglio e della Commissione relativa

¹²⁸ A. L. CALVO- CARAVACA, *op. cit.*, p. 98; V. TIMPANO, *op. cit.*, p. 113 (*sub* nota 162); P. PIRODDI, *op. cit.*, p.136

¹²⁹ P. PIRODDI, *op. cit.*, p.144

all'art. 15 del Regolamento “Bruxelles I”¹³⁰, sia riconducibile nel quadro di queste attività. La nozione di attività diretta (“*targeted activity*”) è stata introdotta per rispondere alle crescenti esigenze di modernizzazione della disciplina di conflitto, con specifico riguardo alla continua evoluzione e acquisizione di rilevanza del commercio elettronico e delle tecniche di comunicazione a distanza, ma anche, secondo quanto riportato dal considerando 24^o, per stabilire una normativa nella materia dei contratti di consumo che fosse quanto più possibile in armonia con il dettato normativo del Regolamento 44/2001 (“Bruxelles I”).¹³¹ Il requisito dell’“attività diretta, con qualsiasi mezzo” costituisce un criterio funzionale, e fa riferimento alla volontà del professionista di orientare la propria attività verso un determinato Stato; i mezzi utilizzati possono essere i più vari, potendosi annoverarvi qualsiasi strumento di promozione e qualsiasi modalità di conclusione del contratto.¹³²

Tuttavia, il trasferimento del criterio dell’“attività diretta, con qualsiasi mezzo”, elaborato per le modalità fisiche di conclusione del contratto, al commercio elettronico ha sollevato dubbi e creato difficoltà, nel caso in cui si sia in presenza di un sito web strumentale alla conclusione dei contratti. Infatti, dal momento che un sito web è accessibile da consumatori potenzialmente situati in qualsiasi Paese, una proposta commerciale è indirizzata a un pubblico vasto e indeterminato, senza che il professionista appronti delle specifiche

¹³⁰ europa.eu.int/comm/justice_home/unit/civil/justciv_conseil/justciv_it.pdf

¹³¹ G. PIZZOLANTE, *op.ult. cit.*, p. 736- 737; ID., *I contratti con i consumatori e la nuova disciplina comunitaria in materia di legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Octubre 2009, vol. 1, n. 2, p.226; V. TIMPANO., *op. cit.*, p. 115

¹³² P. PIRODDI, *op. cit.*, p.157

risorse per dirigere la propria attività al di fuori del Paese in cui risiede abitualmente.¹³³ Le difficoltà interpretative vertono sul significato da attribuire al criterio dell'attività diretta nel contesto del commercio elettronico, verificando se sia necessario, affinché questo requisito venga soddisfatto, se sia sufficiente che il sito web sia accessibile in Paesi diversi da quello in cui il professionista ha la sua residenza abituale, ovvero se sia necessaria una specifica volontà del professionista stesso di orientare la propria attività verso alcuni Stati determinati.¹³⁴

Con riguardo ai contratti conclusi a distanza, la già citata dichiarazione precisa che la norma di cui all'art. 6 non si rende applicabile in presenza di una mera accessibilità a un sito internet, bensì è necessario che si configuri un esplicito invito al consumatore a concludere un contratto, e che tale accordo negoziale sia effettivamente concluso, con qualsiasi mezzo, non rilevando la lingua e la valuta caratteristica del sito; tali elementi, infatti, non possono essere considerati quali indizi perfetti e conclusivi per ritenere che l'attività professionale sia stata indirizzata verso lo Stato in cui il consumatore ha stabilito la propria residenza, bensì possono costituire degli indizi meramente presuntivi, da analizzare congiuntamente ad altri, per valutare se si sia in presenza di una *targeted activity*¹³⁵

Inoltre, non si considerano diretti alla conclusione di contratti a distanza i siti, la cui unica funzione consiste nel fornire informazioni su un determinato prodotto a un pubblico di consumatori non specificamente individuati, invitando gli stessi a interpellare un distributore o un agente locale per la conclusione del contratto.

¹³³ ID., *op. cit.*, p.160; F. SEATZU, *op. cit.*, p. 328

¹³⁴ ID., *op. cit.*, p.161

¹³⁵ ID., *op. cit.*, p.162

Pertanto, si ritiene che il professionista abbia orientato, con qualsiasi mezzo, le proprie attività verso il paese in cui il consumatore risiede solo se il sito inviti alla conclusione di contratti a distanza e se, effettivamente, il contratto sia stato concluso.¹³⁶ L'intenzione del professionista di concludere un contratto a distanza può manifestarsi in diversi modi, come ad esempio l'interfaccia grafica del sito, i beni o i servizi offerti, l'utilizzo di un nome neutro di dominio, finanche, nelle fasi delle trattative precontrattuali, nelle conferme d'ordine inviate dal professionista al consumatore; la Corte di Giustizia ha indicato alcune modalità, senza pretesa di esaustività, nella sentenza nelle cause riunite *Pammer e Alpenhof*¹³⁷, emessa in relazione all'interpretazione dell'art. 5, n. 1, lett. c, del Regolamento Bruxelles I, ed estendibile anche all'art. 6 del Regolamento Roma I, in virtù del ravvicinamento delle disposizioni normative.¹³⁸

I contratti che non possono essere ricondotti nel campo di applicazione dell'art. 6, par. 1 sono regolati in base agli artt. 3 e 4 del Regolamento, rispettivamente rubricati "Libertà di scelta" e "Legge applicabile in mancanza di scelta".

Il riferimento a delle specifiche condizioni di applicabilità della norma contenuta nell'art. 6, par. 1 contribuisce a fondare una disciplina selettiva, applicabile solo a una determinata categoria di consumatori, e non estendibile alla generalità di essi. Questa scelta da parte del legislatore comunitario si basa sul necessario

¹³⁶ G. PIZZOLANTE, *op ult. cit.*, p. 737; ID, *I contratti con i consumatori e la nuova disciplina comunitaria in materia di legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Octubre 2009, vol. 1, n. 2, p. 227; V. TAMPANO., *op. cit.*, p. 116; P. PIRODDI, *op. cit.*, p.162

¹³⁷ C.G.C.E., sent. 7 dicembre 2010, cause riunite C- 585/08 e C- 144/09, punti 92- 94, dispositivo 2, non ancora pubblicata in Raccolta

¹³⁸ P. PIRODDI, *op. cit.*, p.163

contemperamento degli interessi coinvolti, e facenti capo sia ai consumatori, sia alle imprese e agli operatori professionali.¹³⁹

Innovando sensibilmente rispetto alla precedente formulazione dell'art. 5 della Convenzione, scompaiono le difficoltà connesse alla tutela del consumatore cosiddetto mobile, con tale concetto intendendosi il consumatore che si sposta dal proprio Paese di residenza e conclude il contratto all'estero; grazie all'introduzione del criterio funzionale dell'attività diretta, nucleo centrale della disposizione dell'art. 6 diventa l'assunzione del rischio dell'acquisto transnazionale: per il professionista, il rischio consiste, qualora trovino applicazione le condizioni di cui al paragrafo 1, nell'applicazione della legge della residenza abituale del consumatore, mentre, per la controparte, qualora il contratto non rientri nel complesso delle attività dirette dal professionista verso il paese in cui il consumatore ha stabilito la sua abituale residenza, il rischio risulta nell'applicazione della legge dello Stato in cui il professionista è residente abituale, ovvero, la legge menzionata nelle condizioni contrattuali disposte dal professionista.¹⁴⁰

¹³⁹ V. TIMPANO., *op. cit.*, p. 113; G. PIZZOLANTE, *I contratti con i consumatori e la nuova disciplina comunitaria in materia di legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Octubre 2009, vol. 1, n. 2, p. 227

¹⁴⁰ P. PIRODDI, *op. cit.*, p.158- 159

c. I criteri di collegamento nei contratti dei consumatori

i. La legge del Paese di residenza abituale del consumatore.

L'inadeguatezza di questo criterio rispetto all'obiettivo di garantire maggiore tutela al consumatore

Il par. 1 dell'art. 6 stabilisce che un contratto concluso da un consumatore è regolato dalla legge del Paese nel quale questi è abitualmente residente. A differenza di quanto accade per le disposizioni generali in tema di obbligazioni contrattuali e per specifici contratti, come quelli di assicurazione, di lavoro, e di trasporto, il criterio soggettivo, fondato sulla volontà delle parti, viene subordinato rispetto alla norma di conflitto della residenza abituale del consumatore.¹⁴¹

L'art. 19, par. 1 del Regolamento offre la nozione di residenza abituale, intendendola, per le persone fisiche, che agiscono nell'esercizio della loro attività professionale, come la sede della loro attività principale, considerata al momento della conclusione del contratto. Manca, dunque, nel disposto normativo, un preciso riferimento al consumatore, il quale, come sopra analizzato (par. 5, lett. a), difetta del requisito dell'esercizio dell'attività professionale. Adattando, con un'interpretazione estensiva, la nozione contenuta nell'art. 19 alla figura del consumatore, si afferma che per residenza abituale s'intende il luogo in cui il soggetto ha fissato, con voluta stabilità, il centro gravitazionale dei propri interessi e delle proprie attività¹⁴².

¹⁴¹ G. PIZZOLANTE, *op. ult. cit.*, p. 226; P. PIRODDI, *op. cit.*, p.169

¹⁴² V. TAMPANO, *op. cit.*, p. 123- 124

Il richiamo della legge del Paese di residenza abituale del consumatore si configura come un criterio inflessibile e astratto, non essendo previsto alcun meccanismo di eccezione che sia volto a temperarne la rigidità, qualora l'accordo negoziale risulti avere un collegamento più stretto con un altro ordinamento giuridico. In forza del carattere universale del regolamento, secondo quanto stabilito dall'art. 2, questa disciplina di tutela si attaglia anche nei riguardi del consumatore che abbia stabilito la propria residenza in uno Stato membro al quale non si applica il Regolamento, come la Danimarca, ai sensi del considerando 46°, ovvero in uno Stato terzo. Questa soluzione può quindi condurre all'applicazione della legge di uno Stato membro dell'Unione Europea o di uno Stato terzo.¹⁴³ La scelta di dilatare il campo di applicazione dell'art. 6, fino a ricomprendere anche i consumatori residenti in Stati non facenti parte dell'Unione Europea, risponde a precise esigenze di carattere economico: il legislatore europeo ha ritenuto opportuno colmare le eccessive differenze intercorrenti tra le imprese che operano esclusivamente nel mercato interno dell'Unione, e quindi vincolate a norme protettive e a limiti derivanti dalla legislazione dell'Unione, e quelle che svolgono e dirigono la propria attività professionale in prevalenza verso Stati terzi, e quindi soggette a una disciplina più liberale.¹⁴⁴

La previsione della residenza abituale come criterio di collegamento si giustifica in virtù del principio di prossimità (*infra* par. 1, lett. c, i) con la parte considerata meritevole di tutela: la prossimità si esplica nella conoscenza, o conoscibilità, da parte del consumatore, della legge del Paese in cui risiede abitualmente, sul

¹⁴³ P. PIRODDI, *op. cit.*, p.170; G. PIZZOLANTE, *Contratti conclusi da consumatori*, in *Commentario al Regolamento CE 593/2008*, in *Nuove Leggi Civili Commentate*, 2009, p. 730

¹⁴⁴ V. TAMPANO, *op. cit.*, p. 125

presupposto teorico che questa vicinanza tra disciplina del contratto e soggetto contraente possa garantire un livello sufficiente di tutela al consumatore.¹⁴⁵ Inoltre, quale concreta applicazione del principio di prossimità, perseguita anche attraverso il raccordo tra le disposizioni del Regolamento 593/2008 e 44/2001, il criterio della residenza abituale del consumatore può condurre alla coincidenza tra *ius* e *forum*, risultante nell'identità tra lo Stato la cui legge è applicabile all'accordo negoziale e quello che esercita la giurisdizione.¹⁴⁶

In questo modo, come già analizzato precedentemente (*infra* par. 1, lett. c, ii), si favorisce l'accesso, da parte del consumatore, alle sedi giurisdizionali, accorgimento che opera nel quadro della protezione del contraente debole e che incide direttamente sul ripristino della simmetria negoziale; prevede, infatti, l'art. 16 del Regolamento Bruxelles I che, con riguardo alle controversie in materia di contratti di consumo, è competente il giudice del Paese in cui il consumatore è domiciliato, e, se tale luogo di domicilio corrisponde anche alla residenza abituale, il contratto sarà regolato, in mancanza di scelta, dalla legge dello Stato cui è riconosciuta la giurisdizione.¹⁴⁷

Tuttavia, pur risultando la legge del Paese di residenza abituale la più vicina al consumatore, e favorendo, quindi, un ruolo più attivo di questi sia nella fase della negoziazione, sia nell'eventuale fase dell'esecuzione, questo stesso criterio si rivela essere eccessivamente rigido e affatto garantista. La formulazione dell'art. 6, par. 1, infatti, come in precedenza accennato, non prevede alcuna

¹⁴⁵ P. PIRODDI, *op. cit.*, p.170; F. POCAR, *op. cit.*, p. 394

¹⁴⁶ V. TIMPANO, *op. cit.*, p. 123, *sub* nota 170

¹⁴⁷ G. PIZZOLANTE, *Contratti conclusi da consumatori*, in *Commentario al Regolamento CE 593/2008*, in *Nuove Leggi Civili Commentate*, 2009, p. 739; F. SEATZU, *op. cit.*, p. 310

valutazione da parte dell'interprete volta a mitigarne il rigore, nel caso in cui il contratto presenti il collegamento più stretto con un altro Paese, né concorre a individuare la legge più favorevole al consumatore; infatti, il livello di protezione del contraente debole approntato dalla legge applicabile al rapporto negoziale, in virtù di questo criterio, potrebbe addirittura risultare inferiore rispetto a quello della legge dello Stato della residenza abituale del professionista, o del luogo in cui ha sede l'impresa. Com'è stato evidenziato dalla dottrina¹⁴⁸, allo stato attuale non esiste un diritto uniforme in tema di contratti di contratti che possa sostenere e giustificare la scelta di un'applicazione indifferenziata della legge di residenza abituale del consumatore; nonostante la minima armonizzazione in materia conseguita negli Stati membri, anche grazie alle numerose Direttive dell'Unione Europea, le legislazioni nazionali mantengono ancora rilevanti caratteri di difformità, essendo nella facoltà di queste, in virtù del principio di sussidiarietà, di adottare o mantenere delle normative più severe a protezione del consumatore. Il principio di prossimità, inteso nell'accezione rigida e inderogabile fornita dal dato testuale dell'art. 6, risulta dunque un criterio formale e astratto, inidoneo ad assicurare una protezione sostanziale ed effettiva del consumatore.¹⁴⁹

¹⁴⁸ ID., *I contratti con i consumatori nella proposta di Regolamento sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, in *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 1- 2006, p. 992; P. PIRODDI, *op. cit.*, p.171- 172

¹⁴⁹ P. PIRODDI, *op. cit.*, p. 172; V. TIMPANO, *op. cit.*, p. 98

- ii. La deroga al criterio di collegamento della residenza abituale del consumatore: l'*optio legis* e i suoi requisiti. Il livello minimo di tutela garantito al consumatore dalle disposizioni imperative della legge dello Stato di residenza

Com'è stato già anticipato nella trattazione del paragrafo precedente, la formulazione dell'art. 6 del Regolamento prevede l'inversione dei criteri di collegamento rispetto alla regola generale e ai contratti di assicurazione, di lavoro e di trasporto, antepoendo l'operatività del criterio oggettivo della residenza abituale del consumatore a quello soggettivo costituito dalla scelta della legge applicabile da parte dei contraenti, il quale, quindi, risulta sussidiario e derogatorio.

Dispone, dunque, il paragrafo 2, che, anche se si verificano i requisiti enunciati al par. 1, le parti possono derogare all'applicazione della legge del paese della residenza abituale del consumatore, effettuando una scelta che sia conforme all'art. 3. Tuttavia, tale scelta non deve privare il consumatore della protezione che gli è garantita dalle disposizioni alle quali non è permesso derogare convenzionalmente, riconducibili alla legge applicabile al contratto in mancanza di scelta, e quindi alla legge di residenza abituale del consumatore.

Nel caso, quindi, che le parti esercitino la facoltà di scegliere la legge regolatrice del rapporto giuridico che le coinvolge, il giudice, dopo aver determinato, sulla base della legge di residenza abituale, individuata attraverso i criteri di cui al par. 1, dovrà procedere *ex officio* all'individuazione delle disposizioni imperative che a questa appartengono. Successivamente, il giudice effettuerà un raffronto tra il

grado di tutela offerto al consumatore dalla legge scelta dalle parti e quello predisposto dalle disposizioni imperative, al preciso scopo di verificare se la protezione accordata dalla legge designata dalle parti sia inferiore a quella garantita dalle disposizioni alle quali non si può convenzionalmente derogare¹⁵⁰. In caso di *optio iuris*, dunque, la legge di residenza abituale del consumatore costituisce una sorta di *lex comparationis* imprescindibile¹⁵¹; le disposizioni imperative rivestono una funzione materiale, nel senso che non esigono di trovare applicazione anche quando la legge regolatrice del contratto sia stata determinata dalle parti, bensì che il livello di protezione da esse approntato non può venire meno. Se, all'esito del confronto, il giudice ritiene che il consumatore, in base alla legge scelta dalle parti, goda di un elevato livello di protezione, uguale o superiore a quello previsto dalle norme alle quali non è possibile derogare, allora sarà applicata totalmente e definitivamente la legge scelta dalle parti. Al contrario, se la legge scelta non prevede un adeguato meccanismo di tutela del contraente debole, trovano applicazione le norme della legge applicabile in virtù dei criteri di collegamento oggettivi; la legge designata dall'autonomia volontaristica rimane comunque applicabile, ma è perfezionata dalle disposizioni imperative afferenti all'ordinamento della residenza abituale.¹⁵² Il metodo attraverso cui tale maggiore protezione del consumatore è perseguita è quello del cosiddetto *preferential law approach*¹⁵³, per cui al contraente debole è

¹⁵⁰ P. PIRODDI, *op. cit.*, p. 173- 174

¹⁵¹ F. FERRARI, *Contratti dei consumatori, diritto comunitario e convenzionale: i criteri di collegamento*, in *Obbligazioni e contratti*, Dicembre 2007, p. 973

¹⁵² S. MARINO, *op. cit.*, p. 229- 230; P. PIRODDI, *op. cit.*, p. 174

¹⁵³ N. BOSCHIERO, *op.cit.*, p. 67- 68

assicurato il minimum standard di tutela costituito dalle norme inderogabili dalla volontà delle parti.

Anche la disposizione contenuta nel par. 2 dell'art. 6, alla pari del criterio fisso e primario della regolazione del contratto in forza della legge del Paese di residenza abituale del consumatore, disciplinato al par. 1, non è volta a garantire l'applicazione della legge più favorevole al consumatore, bensì ad assicurare, tenendo in considerazione anche le esigenze e gli interessi della controparte, l'esplicazione del principio di prossimità; nel caso di specie, si tende a salvaguardare l'applicazione di un nucleo fondamentale di diritti che sono garantiti al consumatore dalle norme imperative della legge della sua residenza abituale.¹⁵⁴ Mentre una parte della dottrina, ritiene che

¹⁵⁴ S. MARINO, *op. cit.*, p. 234; P. PIRODDI, *op. cit.*, p. 175; anche nella precedente formulazione della Convenzione di Roma autonomia delle parti subiva una necessaria compressione ad opera delle disposizioni imperative dello Stato di residenza del consumatore, ma solo nel caso in cui si fosse realizzata una delle condizioni poste, in maniera alternativa, dal par. 2 dell'art. 5, segnatamente, se la conclusione del contratto è stata preceduta in tale Paese da una proposta specifica o da una pubblicità e se il consumatore ha compiuto nello stesso Paese gli atti necessari per la conclusione del contratto, ovvero, se l'altra parte o il suo rappresentante ha ricevuto l'ordine del consumatore nel Paese di residenza, ovvero ancora, se il contratto rappresenta una vendita di merci e se il consumatore si è recato dallo Stato di residenza verso uno Stato straniero e vi ha sottoscritto l'ordine, a condizione che il viaggio sia stato organizzato dal venditore per esortare il consumatore a concludere una vendita. La prima ipotesi descritta si realizza quando la controparte, il professionista, abbia raggiunto il consumatore nello Stato in cui è normalmente residente, attraverso l'invio di una proposta o di una pubblicità, ed in tale Paese il consumatore abbia compiuto gli atti necessari per la stipulazione del contratto. L'applicazione delle norme imperative del Paese di residenza del consumatore, nonostante la determinazione di una diversa legge applicabile, è pienamente giustificata dalla circostanza che il professionista abbia sollecitato, attraverso proposte commerciali o pubblicità, il consumatore alla conclusione del contratto. Secondo la *Relazione Giuliano- Lagarde* (RELAZIONE SULLA CONVENZIONE RELATIVA ALLA LEGGE APPLICABILE ALLE OBBLIGAZIONI CONTRATTUALI, in *Gazzetta ufficiale*, n. C 282, 31/10/1980, p. 0001 – 0050, disponibile al sito [eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31980Y1031\(01\):IT:HTML](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31980Y1031(01):IT:HTML)), nella trattazione relativa ai contratti di consumo, al n. 3, precisa che la proposta possa essere presentata al consumatore sia personalmente, sia attraverso un agente o un venditore a domicilio. Il riferimento al compimento degli atti necessari da parte del consumatore non richiede che il contratto sia anche concluso nel Paese di residenza dello stesso, nella redazione del testo, infatti, si è preferito evitare di imporre

questo sistema mostri dei limiti nella sua concreta applicabilità, in quanto la tecnica del *preferential law approach* non garantisce che, effettivamente, la legge del paese di residenza del consumatore sia quella che offre il più elevato livello di tutela a questo soggetto, in quanto tale obiettivo sarebbe raggiunto solo da un criterio di collegamento flessibile o a finalità materiale¹⁵⁵, altri autori ne sostengono invece l'utilità, in quanto non concede un sistema di eccessivo favore nei confronti della parte debole, ma mira a soddisfare anche le aspettative della controparte; inoltre, questo metodo limita l'insorgenza di un regime discriminatorio tra parti deboli di un contratto internazionale, che appunto si vedrebbero applicata la legge più favorevole, e parti deboli di un contratto meramente interno, che, al contrario, non beneficerebbero di questo *favor* e sarebbero soggette solamente alle disposizioni del proprio ordinamento di appartenenza.¹⁵⁶

l'individuazione del luogo di conclusione del contratto, questione in grado di suscitare difficoltà nei contratti internazionali. La seconda fattispecie è simile alla prima, ma se ne discosta in quanto non si richiede che l'ordine sottoscritto dal consumatore sia stato anticipato da una pubblicità o proposta specifica da parte del professionista; le stesse esigenze di tutela del consumatore riscontrate nella prima ipotesi sottendono l'applicazione delle norme protettive. La terza ipotesi contempla le vendite effettuate nell'ambito di escursioni transfrontaliere, e riguarda una prassi, invero piuttosto diffusa, consistente nell'organizzazione, da parte di un professionista, di viaggi turistici in altri Stati con il precipuo obiettivo di invogliare il consumatore all'acquisto. Questa fattispecie comprende solo la vendita di merci, mentre non considera né i contratti di fornitura di servizi, né quelli di finanziamento; è inoltre necessario, affinché questa condizione sia applicabile, che sia il venditore stesso ad organizzare il viaggio. È importante sottolineare come, ugualmente all'impostazione dell'attuale Regolamento Roma I, anche nella Convenzione le norme imperative non prevalgono *tout court* sulla diversa legge determinata dalle parti, ma si impone al giudice un confronto tra i livelli di protezione garantiti al consumatore dai diversi impianti normativi; U. VILLANI, *op. cit.*, p. 129- 132

¹⁵⁵ P. PIRODDI, *op. cit.*, p. 174- 175

¹⁵⁶ S. MARINO, *op. cit.*, p. 234- 235

6. Il rapporto tra il regolamento Roma I e le Direttive sui contratti di consumo

Le disposizioni del Regolamento Roma I e gli strumenti da questo predisposto per la tutela del contraente debole, e, in particolare, per la figura del consumatore, devono essere coordinati con l'ampio catalogo di testi volti ad armonizzare la materia dei contratti di consumo, adottati dalla Comunità Europea, prima, e dall'Unione europea, successivamente all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona; quest'opera di armonizzazione s'inserisce nel quadro normativo disposto dall'art. 114 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (ex art. 95 del trattato sulla Comunità Europea), il quale statuisce che il Parlamento europeo e il Consiglio assumono le misure necessarie per raggiungere il ravvicinamento delle "disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri che hanno per oggetto l'instaurazione e il funzionamento del mercato interno."¹⁵⁷

Le Direttive in materia di consumo introducono delle precise norme strumentali che rendono possibile il conseguimento della tutela del consumatore attraverso l'applicazione effettiva della normativa sostanziale; in particolare, le numerose direttive, tra le quali si annoverano, solo per citarne alcune, la Direttiva 93/13/CEE, concernente le clausole abusive nei contratti conclusi con i consumatori, la 97/7/CE, riguardante la protezione dei consumatori nei contratti negoziati a distanza, la 1999/44/CE, su taluni aspetti della vendita della vendita e della garanzia dei beni di consumo, e infine la

¹⁵⁷ *Id.*, *op. cit.*, p.32- 34

2008/48/CE, relativa ai contratti di credito ai consumatori determinano i propri requisiti di applicazione attraverso clausole che prevedono che gli Stati membri impieghino gli strumenti necessari affinché il consumatore non sia sfornito della protezione garantitagli dal diritto dell'Unione, qualora le parti scegliessero una legge afferente a un ordinamento terzo come regolatrice del contratto, e quest'ultimo presentasse delle connessioni più forti con il territorio di uno Stato membro.¹⁵⁸ L'obiettivo di queste clausole consiste nell'evitare che il minimum standard sostenuto dalle direttive in materia di contratti di consumo, che non può essere derogato convenzionalmente attraverso l'autonomia delle parti, venga frustrato mediante il richiamo alla legge di uno Stato non facente parte dell'Unione europea¹⁵⁹; la stessa esigenza è riscontrabile al fondo dell'art. 6 del regolamento Roma I, il quale stabilisce che il consumatore non possa essere spogliato delle norme protettive del Paese in cui è abitualmente residente, a fronte della scelta della legge di un ordinamento terzo come regolatrice del contratto.

Il contrasto tra Regolamento Roma I e le Direttive potrebbe verificarsi nel momento in cui, in forza del primo strumento e del combinato disposto degli artt. 2 (“Carattere universale”), 4 (“Legge applicabile in mancanza di scelta”) e 6 (“Contratti conclusi da consumatori”), in assenza di una scelta operata dalle parti, i criteri di collegamento richiamino la legge di uno Stato extraeuropeo: in questo caso, infatti, si creerebbe una divergenza tra gli obblighi, in capo ai

¹⁵⁸ G. PIZZOLANTE, *I contratti con i consumatori e la nuova disciplina comunitaria in materia di legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Ottobre 2009, vol. 1, n. 2, p. 230

¹⁵⁹ P. PIRODDI, *op. cit.*, p. 177

legislatori nazionali, di dare attuazione alle disposizioni inderogabili di protezione del consumatore attraverso le norme di recepimento delle Direttive, e che devono essere applicate in presenza di uno stretto legame con il territorio di uno Stato membro, e l'art. 6 del Regolamento in esame.¹⁶⁰

La soluzione prospettata in dottrina¹⁶¹ fonda il suo procedimento logico sulla considerazione del concetto di “legame stretto”: analizzando il dato testuale dell'art. 6, par. 2 della direttiva 93/13/CE, dell'art. 12, par. 2 della direttiva 97/7/CE, dell'art. 7, par. 2 della direttiva 1999/44/CE e, infine, dell'art. 22, par. 4 della direttiva 2008/48/CE, si nota che tale concetto corrisponde al criterio della residenza abituale utilizzato dal regolamento Roma I agli artt. 4, par. 1 e 6, par. 1. In virtù di tale coincidenza, qualora, mancando l'*optio legis*, fosse applicabile la legge di uno Stato membro dell'Unione, in quanto Paese di residenza abituale del consumatore o in forza dei criteri oggettivi stabiliti dall'art. 4 del Regolamento, le parti non possono eleggere, come legge regolatrice del contratto, le disposizioni di uno Stato terzo che risultino meno protettive di quelle contenute nella Direttive. Nel momento in cui interviene la scelta da parte dei contraenti, possono alternativamente verificarsi due ipotesi: o si manifesta il legame stretto tra la fattispecie e il territorio comunitario (nello specifico, attraverso il criterio della residenza abituale), e allora si applicheranno le disposizioni contenute nelle direttive perché legge dello Stato di residenza; ovvero tutti gli elementi costitutivi della

¹⁶⁰ ID., *op. cit.*, p. 177; G. PIZZOLANTE, *op. ult. cit.*, p. 231

¹⁶¹ G. PIZZOLANTE, *op. ult. cit.*, p. 232

fattispecie sono localizzati nel territorio dell'Unione, tranne la volontà delle parti in senso internazionalprivatistico, come effettiva possibilità delle stesse di scegliere la legge alla quale sottoporre il contratto. In quest'ultimo caso, vi è l'applicazione delle norme dell'art. 3, par. 4 del Regolamento ("Libertà di scelta") e troveranno in ogni caso applicazione le norme delle direttive in quanto legge del paese di residenza abituale del consumatore.

Questa soluzione è sostenuta dalla natura di disposizioni imperative riconosciuta alle norme contenute nelle Direttive sui contratti di consumo e degli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali che, progressivamente, a partire dalla già citata sentenza *Ingmar*¹⁶², contribuiscono a ricondurre nel novero delle disposizioni imperative, in quanto dichiarate applicabili dal legislatore a prescindere da quale sia la legge richiamata per regolare il contratto, anche quelle norme poste a tutela d'interessi privati di determinate categorie di soggetti.¹⁶³ Il carattere d'imperatività e d'inderogabilità per via convenzionale appare manifesto dal fatto che le Direttive non escludono *tout court* la scelta della legge applicabile, anzi, ne sottintendono l'ammissibilità, operando solo laddove vi sia stato l'effettivo esercizio dell'autonomia in senso internazionalprivatistico e a posteriori, dopo che l'interprete abbia concretamente esaminato gli effetti sostanziali che l'applicazione della legge eletta dalle parti concretamente comporti.¹⁶⁴

¹⁶² C.G.C.E., sent. 9 novembre 2000, causa C- 381/98, par. 25

¹⁶³ P. PIRODDI, *op. cit.*, p. 184- 185

¹⁶⁴ S. MARINO, *op. cit.*, p.244- 246

Conclusioni

Nel valutare, complessivamente, i metodi e gli strumenti predisposti dal Regolamento Roma I al fine di fornire un'adeguata tutela alla figura del consumatore e ristabilire il suo potere negoziale, occorre concentrare l'attenzione sul ruolo esplicito dal criterio dell'autonomia delle parti in senso internazionalprivatistico nell'ambito dell'economia sociale di mercato¹⁶⁵, e, più in particolare, in quello dei contratti di consumo. Come già spiegato nel corso della trattazione di questo Capitolo, il legislatore dell'Unione ha inteso approntare un sistema normativo che, con riguardo a determinate categorie negoziali, apportasse delle limitazioni all'efficacia dell'*optio legis* operata dalle parti; con particolare riferimento a quella dei contratti di consumo qui in esame, si è stabilito che, in deroga alla regola principale di cui al par. 1 dell'art. 6¹⁶⁶, la determinazione dei soggetti contraenti riguardo alla legge da applicare al loro rapporto giuridico è ben possibile, tuttavia questa non può privare il

¹⁶⁵ Con questa nozione si intende un particolare modello di sistema economico, caratterizzato allo stesso tempo dal principio di libertà di mercato e di libera concorrenza e da quello di giustizia sociale. Il fondamento di questo modello consiste nella constatazione che un regime di pura concorrenza non sia in grado di garantire una soddisfacente equità sociale, considerata, invece, indispensabile affinché i singoli individui siano in grado di operare liberamente ed in condizioni di totale parità. L'intervento delle autorità superiori (lo Stato, il legislatore, e, quindi, per estensione, anche le istituzioni sovranazionali) non deve interferire con gli esiti naturali dei meccanismi che regolano il mercato, bensì deve limitarsi a correggerne il funzionamento, qualora questo conduca a delle disuguaglianze sociali tra individui; DIZIONARIO DI ECONOMIA E FINANZA, in TRECCANI.IT- ENCICLOPEDIA ITALIANA, disponibile al sito [www.treccani.it/enciclopedia/economia-sociale-di-mercato_\(Dizionario_di_Economia_e_Finanza\)/](http://www.treccani.it/enciclopedia/economia-sociale-di-mercato_(Dizionario_di_Economia_e_Finanza)/)

¹⁶⁶ “[...]un contratto concluso da una persona fisica per un uso che possa essere considerato estraneo alla sua attività commerciale o professionale (“il consumatore”) con un'altra persona che agisce nell'esercizio della sua attività commerciale o professionale (“il professionista”) 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.”

consumatore della protezione che gli verrebbe accordata dalle norme imperative del Paese nel quale egli abitualmente risiede (art. 6, par. 2).

Il dibattito in dottrina, originatosi già attorno al testo della Convenzione di Roma, si è anzitutto concentrato attorno alla nozione di contraente debole, e quindi di consumatore: nelle formulazioni testuali sia della Convenzione, sia del Regolamento manca una definizione delle caratteristiche di questo soggetto. L'individuazione delle peculiarità a questi attribuibili è stata quindi condotta da numerosi autori nel tempo¹⁶⁷, i quali hanno indicato nell'assoggettamento alla volontà del professionista (sia esso identificabile come *metus*, sia come scarso potere negoziale), nella limitata preparazione giuridica e nelle difficoltà nell'adire gli organi giurisdizionali gli indici presuntivi della debolezza di questa figura rispetto alla controparte.

Tuttavia, la tutela disposta dal sistema del Regolamento Roma I è standardizzata e inderogabile, in quanto è calibrata sulle esigenze di un'intera categoria, quella dei consumatori, e non tiene conto di quelle individuali¹⁶⁸; nel caso in cui venga operata la scelta della legge regolatrice del contratto ad opera delle parti, il giudice è chiamato a esaminare se tale legge offra al consumatore un livello di protezione uguale o maggiore rispetto a quello garantito dalla legge del Paese di residenza del consumatore, e, nel caso in cui da tale indagine risulti che il complesso di norme richiamato sia meno

¹⁶⁷ Si veda F. POCAR, *La protection de la partie faible en droit international privé*, in *Recueil des Cours* 1984, vol. 188, p. 349; M. S. MOHAMED MAHMOUD, *Loi d'autonomie et méthodes de protection de la partie faible en droit international privé*, in *Recueil des Cours*, vol. 315, p. 168- 170

¹⁶⁸ H. ROESLER, *Protection of the Weaker Party in European Contract Law: Standardized and Individual Inferiority in Multi-level Private Law*, in *European Review of Private Law*, 4- 2010, p. 743; A. SOMMA, *Der Schutz der schwächeren Vertragspartei*, in *New Features in Contract Law*, Muenchen, 2007, p. 32- 33

protettivo, tali disposizioni vengono sostituite *ex officio* con quelle afferenti all'ordinamento di appartenenza del consumatore.¹⁶⁹ Eppure, al giudice non s'impone di verificare se tale rinuncia a un sistema più garantista corrisponda alla volontà del consumatore stesso, il quale, nonostante sia presuntivamente considerato un soggetto debole, potrebbe preferire, sulla scorta di conoscenze approfondite, una legge diversa da quella del proprio Paese di residenza, in quanto meglio rispondente ai propri scopi. Manca, quindi, nel sistema del Regolamento, la previsione di un'analisi più profonda da parte dell'interprete, il quale sicuramente non può essere chiamato a vagliare la psicologia e i motivi personali che hanno indotto i contraenti a scegliere un determinato assetto normativo, ma potrebbe essere investito, oltre dell'incombenza di dover operare un raffronto tra legge scelta dalle parti e disposizioni imperative appartenenti alla legge del Paese in cui il consumatore ha la residenza abituale, anche dell'ulteriore compito di valutare la personalità e le reali conoscenze delle parti, e del consumatore in particolare.

Inoltre, come già osservato in precedenza, sempre al par. 5, lett. c, ii), il richiamo necessario alla legge del Paese di residenza abituale del consumatore, e la sua applicazione coatta, anche limitata ad alcune sole disposizioni, qualora la legge eletta dalle parti risulti non sufficientemente protettiva, non è in grado di garantire l'effettiva tutela del consumatore; nei riguardi di costui, infatti, non vengono applicate le norme più favorevoli, bensì quelle che afferiscono al sistema giuridico a egli più vicino (*preferential law approach*). Questa particolare soluzione è stata concepita per evitare che si creasse un

¹⁶⁹ Cfr. *infra*, par. 5, lett. c, ii)

regime di eccessivo favore nei confronti del soggetto considerato più debole, a tutto danno della controparte, il professionista, e che si giustificasse, d'altro canto, un atteggiamento discriminatorio nei confronti dei consumatori in un contratto puramente interno, i quali non potrebbero trarre vantaggio dall'applicazione della norma a essi più favorevole, poiché il richiamo è univocamente alla legge nazionale; tuttavia, come sostengono alcuni autori¹⁷⁰, è lecito quantomeno dubitare della reale efficacia del sistema di tutela ideato dal legislatore dell'Unione e fondato dal Regolamento Roma I, e ipotizzare un'alternativa di metodo di più sicuro e forte impatto, volta a escludere totalmente l'operatività del criterio dell'autonomia delle parti in materia di contratti di consumo e a rendere applicabili a questi le disposizioni che risultino più protettive nei riguardi del consumatore.

¹⁷⁰ P. PIRODDI, *op. cit.*, p. 174- 175

Capitolo II: La tutela del consumatore nella Proposta di Regolamento per un Diritto Comune Europeo della vendita (CESL- *Common European Sales Law*)

1. La Proposta di regolamento CESL

- a. L'obiettivo di armonizzazione del diritto contrattuale europeo e i rapporti con la Proposta di direttiva sui diritti dei consumatori (Direttiva 2011/83/UE)

La Proposta di Regolamento sul Diritto comune europeo della vendita (COM (2011) 635 def.), pubblicata in data 11 ottobre 2011 a cura della Commissione Europea, s'inserisce nell'opera di riconduzione a unità del diritto contrattuale europeo e d'ideazione di norme specifiche volte a regolare i contratti che coinvolgono la figura del consumatore, costituendo una prima base giuridica di un futuro codice europeo dei contratti.¹⁷¹

La Proposta è coeva alla Direttiva 2011/83/UE del 25 ottobre 2011 sui diritti dei consumatori, nel cui processo di formazione trova origine; entrambi gli strumenti, pur adottando tecniche differenti, si pongono come finalità l'armonizzazione e il ravvicinamento delle legislazioni dei singoli Stati membri in materia contrattuale. La Direttiva, in particolare, nella proposta formulata dalla Commissione europea nel 2008, prospettava di superare i testi di quattro direttive

¹⁷¹G. D'AMICO, *Direttiva sui diritti dei consumatori e Regolamento sul Diritto comune europeo della vendita: quale strategia dell'Unione europea in materia di armonizzazione?*, in *Diritto privato europeo- Il Diritto comune della vendita*, 7/2012, p. 611; N. JANSEN, *Revision des Verbraucher-acquis? Zwölf Thesen zum Kommissionsvorschlag eines Gemeinsamen Europäischen Kauf-rechts und zur Zukunft des europäischen Vertragsrechts. Referat im Rahmen der Vortragsreihe "Rechtsfragen der Europäischen Integration"*, in *Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht*, Bonn, gennaio 2012, p. 3- 4

precedenti¹⁷² (il cosiddetto *acquis communautaire* in materia consumeristica), incidendo direttamente sulle incongruenze testuali e normative presenti nei dettati letterali, e di trovare dei correttivi al fenomeno di differenziazione e di allontanamento tra le singole legislazioni nazionali; l'obiettivo di armonizzazione minima contenuto nelle direttive, infatti, conferisce ai legislatori degli Stati membri la possibilità di introdurre, nei rispettivi ordinamenti giuridici, degli strumenti di tutela ulteriore e più efficaci¹⁷³, contribuendo così a creare un regime europeo poco coeso. Per far fronte a queste difficoltà, la Commissione europea suggeriva che a questo strumento si attribuisse il carattere di armonizzazione massima.

Tuttavia, la Commissione giuridica del Parlamento europeo ha ritenuto un tale intervento eccessivo, contrario ai principi di sussidiarietà e proporzionalità, in grado di ridurre il margine di discrezionalità e il grado di competenza degli Stati membri nella predisposizione di norme a tutela del consumatore; inoltre, una simile soluzione avrebbe anche comportato una forte distinzione tra la regolazione delle transazioni tra imprenditori e consumatori ("*business- to- consumer*") e tra quelle intercorrenti tra controparti commerciali ("*business- to- business*").

Pertanto, da un lato si è provveduto a ridimensionare la portata del progetto relativo alla proposta di Direttiva sui diritti dei

¹⁷² Direttiva 85/577/CEE sui contratti negoziati fuori degli esercizi commerciali, Direttiva 93/13/CEE sulle clausole abusive nei contratti dei consumatori, Direttiva 97/7/CE sulla protezione dei consumatori nei contratti a distanza, direttiva 1999/44/CE su alcuni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo; G. HOWELLS, *European Contract Law Reform and European Consumer Law- Two Related But Distinct Regimes*, in *European Review of Contract Law*, 2(2011), p. 174

¹⁷³ G. D'AMICO, *op. cit.*, p. 612- 613; E. VALPUESTA GASTAMINZA, *La propuesta de normativa común de compraventa europea (CESL), un paso mas hacia la unificación del derecho del contrato en la Union Europea, lastrado por la protección al consumidor*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, marzo 2013, vol. 5, N.1, p. 204

consumatori, riferendola solamente alla revisione delle disposizioni delle direttive 85/577/CEE e 97/7/CE, dall'altro si è ideata una soluzione che esercitasse una minore rilevanza sui singoli ordinamenti degli Stati membri.¹⁷⁴ La Proposta di Regolamento per un Diritto comune europeo della vendita è redatta con lo specifico intento di offrire ai soggetti di diritto, coinvolti nella conclusione di un contratto di compravendita¹⁷⁵ transfrontaliero nel mercato interno, un sistema compiuto e autosufficiente di norme, non solo limitato alle transazioni tra imprenditori e consumatori, ma anche a quelli tra imprenditori.

La forma di questo strumento, il regolamento, invero piuttosto inconsueta per la disciplina di questa particolare materia¹⁷⁶, ne garantisce la diretta applicabilità ed efficacia all'interno degli Stati membri, e fornisce un modello uniforme, diretto a produrre un modello unico di regolamentazione per i soggetti di diritto all'interno del mercato europeo¹⁷⁷, nonché un elevato livello di protezione della figura del consumatore¹⁷⁸; la particolare natura del regolamento, previsto come opzionale, e, quindi, rimesso alla volontà delle parti,

¹⁷⁴ ID., *op. cit.*, p. 614- 615

¹⁷⁵ Come sottolineato da alcuni autori, non risulta chiaro il motivo per cui la Commissione abbia limitato il proprio intervento al solo profilo della vendita, I. A. CAGGIANO, *L'uniformazione del diritto contrattuale europeo. American perspectives*, in *Annali 2011- 2012, Saggistica*, Università degli Studi Sant'Orsola Benincasa, p. 5; G. D'AMICO, *op. cit.*, p. 617. Altri interpretano l'attenzione riservata dalla Commissione a questa specifica categoria contrattuale considerando la frequenza con la quale, nella vita giuridica delle persone fisiche e delle imprese, vengono conclusi i contratti di compravendita, e come la regolazione di questo tipo di transazione, la rimozione degli ostacoli posti dalle norme dei singoli ordinamenti concorra a garantire il funzionamento dei regimi concorrenziali all'interno del mercato interno europeo, P. STANZIONE, *Il regolamento di Diritto comune europeo della vendita*, in *Diritto privato europeo- Il Diritto comune della vendita*, 7/2012, p. 627

¹⁷⁶ H-W. MICKLITZ, N. REICH, *The Commission Proposal for a "Regulation on a Common European Sales Law (CESL)"- Too Broad or Not Broad Enough?*, in *European University Institute (EUI) Working Papers, Department of Law*, 2012/04, p. 4

¹⁷⁷ P. STANZIONE, *op. cit.*, p. 628; G. HOWELLS, *op. cit.*, p. 176

¹⁷⁸ H-W. MICKLITZ, N. REICH, *op. cit.*, p. 4

permette alle imprese di proporre ai consumatori l'applicazione, agli accordi negoziali da essi sottoscritti, del diritto europeo in materia di contratti, garantendo loro un alto grado di protezione, ma senza imporre ai soggetti parte di ricorrere al diritto nazionale di una delle parti.¹⁷⁹

In questo modo, come verrà più approfonditamente analizzato nel prosieguo, la Commissione ha inteso realizzare un "secondo" regime normativo, utilizzabile solo su espressa determinazione delle parti, parallelo e subordinato alla scelta di una legge nazionale come regolatrice del contratto, in grado di esercitare un effetto preclusivo rispetto alle disposizioni degli Stati membri in materia di protezione del consumatore.

Come già accennato all'inizio di questo paragrafo, e come verrà anche specificato nel prossimo, la Proposta di Regolamento è stata redatta con lo specifico intento di operare un ravvicinamento degli ordinamenti nazionali in materia di contratti di compravendita e di tutela del consumatore. Le disposizioni contenute nelle tre parti che compongono la Proposta (la prima¹⁸⁰, propriamente normativa, ha carattere preliminare e obbligatorio in tutti i suoi elementi, ed è per questo definita *chapeau*; la seconda, il cosiddetto Allegato I, racchiude la disciplina sostanziale del contratto di vendita; la terza, denominata Allegato II, presenta gli obblighi informativi in capo all'operatore commerciale nei confronti del consumatore al momento

¹⁷⁹ G. D'AMICO, *op. cit.*, p. 614- 615; H-W. MICKLITZ, N. REICH, *op. cit.*, p. 22

¹⁸⁰ R. TORINO, *La proposta di regolamento per un diritto comune europeo della vendita (Common European Sales Law)*, in *La cittadinanza europea*, 2/2012, p. 156; H-W. MICKLITZ, N. REICH, *op. cit.*, p. 2- 3; O. TROMBETTI, *La Proposta di Regolamento per un Diritto Comune della Vendita: Rilievi Critici*, Tesi di Dottorato, Università degli Studi di Milano, 2012, p. 88

della conclusione dell'accordo negoziale con questi) sono frutto di un'opera d'indagine e di unione in senso dinamico di molteplici disposizioni e pratiche del diritto con origini diverse¹⁸¹, di modo che il dato normativo della Proposta risulti non già come una mera rimozione degli ostacoli al corretto funzionamento del meccanismo concorrenziale, né come una sostituzione delle normative nazionali esistenti¹⁸², bensì come un superamento dei confini territoriali degli ordinamenti giuridici¹⁸³, attraverso una *summa* delle esperienze legislative ritenute più efficaci nel perseguimento dei sopraccitati obiettivi.¹⁸⁴

¹⁸¹ H-W. MICKLITZ, N. REICH, *op. cit.*, p. 5

¹⁸² G. LOW, *Unitas Via Diversitas. Can the Common European Sales Law Harmonize Through Diversity?*, in *The Proposed Common European Sales Law*, Round Table Seminar in Brussels, 9 dicembre 2011, p. 137

¹⁸³ C.G.U.E., sent. 2 maggio 2006, causa C- 436/03 ("European Cooperative Society"), in *Raccolta*, p. 1- 3733, paragrafo 21

¹⁸⁴ G. LOW, *op. cit.*, p. 137; H-W. MICKLITZ, N. REICH, *op. cit.*, p. 5

- b. La base giuridica della Proposta: l'adeguatezza dell'art. 114 TFUE rispetto all'esigenza di ravvicinamento delle legislazioni nazionali

L'*explanatory memorandum* della Proposta di Regolamento CESL, ai considerando 8 e 9, cita l'art. 114 TFUE, relativo al ravvicinamento delle legislazioni, come base giuridica del testo stesso. La scelta di fondare la Proposta sull'art. 114, il quale rende possibile eliminare gli ostacoli all'esercizio delle libertà fondamentali, scaturenti dalle differenze che sussistono tra le legislazioni nazionali, e un elevato grado di protezione del consumatore, attraverso una serie di norme obbligatorie¹⁸⁵, è sembrata a diversi commentatori¹⁸⁶ confliggere con la natura opzionale dello strumento: il primo quesito che si pone, infatti, è se il regolamento proposto possa rappresentare un metodo efficace per raggiungere il ravvicinamento delle legislazioni nazionali. La Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha avuto occasione di affermare che anche il regolamento può essere considerato un mezzo appropriato per il ravvicinamento delle discipline dei singoli Stati membri¹⁸⁷; tuttavia rimane da indagare se il carattere opzionale della proposta sia conforme a questo scopo. La Proposta di Regolamento, infatti, disponendo che la disciplina del contratto di compravendita transfrontaliero trovi applicazione solo in

¹⁸⁵ Memorandum esplicativo della proposta di Regolamento, considerando 9

¹⁸⁶ G. LOW, *op. cit.*, p. 133; H-W. MICKLITZ, N. REICH, *op. cit.*, p. 4- 6; M. W. HESSELINK, J. W. RUTGERS, T. Q. DE BOOYS, *The Legal Basis for an Optional Instrument of European Contract Law*, in *Centre for the Study of European Contract Law Working Paper*, n. 2007/04, p. 47

¹⁸⁷ C.G.U.E., sent. 2 maggio 2006, causa C- 217/04, in *Raccolta*, p. 1- 3789

base ad una specifica determinazione delle parti, non modifica, attraverso la creazione di un nuovo diritto, le legislazioni degli ordinamenti nazionali in materia consumeristica, le quali rimangono invariate, bensì affianca a queste un nuovo e ulteriore assetto normativo.¹⁸⁸

Il riferimento a uno specifico fondamento normativo è un aspetto piuttosto rilevante nella redazione di un atto, giacché individua l'esatta procedura di adozione dello stesso; il rischio connesso alla scelta di una base giuridica impropria risiede nella possibilità che la Corte di Giustizia dell'Unione Europea annulli l'atto.¹⁸⁹

Per questo motivo, alcuni autori¹⁹⁰, suggerendo dei possibili correttivi al testo della Proposta, in modo da fornirle un più solido supporto giuridico, segnalano come sarebbe più corretto richiamare l'art. 81 TFUE, il quale, ai paragrafi 1 e 2, predispone delle misure attraverso le quali sia reso possibile il ravvicinamento degli ordinamenti degli Stati membri, al fine di sviluppare “una cooperazione giudiziaria nelle materie civili con implicazioni transnazionali”.¹⁹¹ Tuttavia, altra parte della dottrina¹⁹² esprime i propri dubbi con riguardo al riferimento all'art. 81 quale possibile base giuridica del Regolamento CESL: il dettato di questa

¹⁸⁸ R. TORINO, *op. cit.*, p. 158- 159

¹⁸⁹ G. LOW, *op. cit.*, p. 133

¹⁹⁰ H-W. MICKLITZ, N. REICH, *op. cit.*, p. 5

¹⁹¹ Art. 81 TFUE

¹⁹² MAX PLANCK INSTITUTE FOR COMPARATIVE AND INTERNATIONAL PRIVATE LAW, *Policy Options for Progress Towards a European Contract Law. Comments on the Issues Raised in the Green Paper from the Commission on 1 July 2010, COM (2010) 348 final*, p. 13

disposizione, innovando rispetto a quella precedente dell'art. 65 TCE, enuclea gli obiettivi che devono essere raggiunti attraverso l'adozione delle misure legislative, nel quadro della cooperazione giudiziaria in materia civile; appare, quindi, quantomeno dubbio se sia corretto ricondurre l'intera materia della regolamentazione della materia dei contratti nel novero degli obiettivi che necessitano di essere raggiunti. Inoltre, la cooperazione giudiziaria in materia civile, così come prospettata dall'art. 81, fa riferimento a situazioni che abbiano implicazioni transnazionali; la scelta di questa base giuridica potrebbe condurre alla creazione di uno strumento atto ad armonizzare il diritto europeo dei contratti che sia applicabile soltanto ai traffici giuridici con carattere di transnazionalità, mentre nelle intenzioni della Commissione è presente la promozione di un regime contrattuale che possa essere applicato sia alle situazioni transfrontaliere, sia a quelle puramente interne, che congiuntamente formano il cosiddetto mercato unico interno.¹⁹³

¹⁹³ Ogni distinzione di regime tra situazioni meramente interne e quelle con carattere transnazionale contravviene la concezione di mercato unico quale area non delimitata da frontiere interne (art. 26 (2) TFUE); MAX PLANCK INSTITUTE FOR COMPARATIVE AND INTERNATIONAL PRIVATE LAW, *op. cit.*, p. 13 e 36

2. Il rapporto tra la Proposta di Regolamento e le leggi degli Stati membri
 - a. I dibattiti sulla natura dello strumento opzionale: 2° regime, 29° regime o 1° regime normativo?

Come precedentemente accennato¹⁹⁴, la Proposta di Regolamento CESL è stata ideata dalla Commissione europea nella veste di strumento opzionale, applicabile, cioè, su espressa previsione delle parti contraenti, come alternativa, in se completa e autosufficiente, alla regolazione dell'oggetto dell'accordo negoziale attraverso la legislazione di uno degli ordinamenti nazionali; più in particolare, la Commissione non ha inteso creare un ulteriore sistema normativo, bensì ha previsto che il Regolamento, qualora entrasse effettivamente in vigore¹⁹⁵, espliciti efficacia qualora sia applicabile la legge di uno Stato membro. Secondo la configurazione del "2° regime" normativo, le regole di diritto internazionale privato precedono l'utilizzo dello strumento opzionale.¹⁹⁶

Tuttavia, l'adozione di questo modello fa sorgere delle difficoltà di raccordo tra l'operatività dello strumento opzionale e

¹⁹⁴ Cfr. Par. 1, lett. a; O. TROMBETTI, *op. cit.*, p. 97

¹⁹⁵ La Proposta è stata tacciata di impraticabilità e di eccessiva complessità, anche linguistica, da parte di alcuni Stati membri, i quali, paventando che gli operatori sarebbero stati dissuasi dall'adottare tale strumento, hanno richiesto che il testo dell'atto fosse sottoposto ad una più accurata analisi politica, da parte del Consiglio, prima di procedere sotto il profilo tecnico. R. TORINO, *op. cit.*, p. 171

¹⁹⁶ H-W. MICKLITZ, N. REICH, *op. cit.*, p. 22; G. RUEHL, *The Common European Sales Law: 28th regime, 2nd regime or 1st regime?*, in *Maastricht European Private Law Institute*, Working Paper N 2012/5, Marzo 2012, p. 2

quella dei complessi normativi già esistenti; secondo quanto affermato dall'*explanatory memorandum*, le disposizioni dei regolamenti Roma I, concernente le obbligazioni contrattuali, e Roma II, sulle obbligazioni extracontrattuali, continueranno ad applicarsi e non saranno pregiudicate dall'entrata in vigore della Proposta, per cui sarà sempre necessario ricorrere alle norme di diritto internazionale privato per determinare la legge applicabile ai traffici commerciali transfrontalieri. Questo particolare aspetto procedurale rischia di compromettere la certezza del diritto negli scambi internazionali, esigenza, invece, sottesa all'ideazione del Regolamento sulla Vendita, e di creare dei regimi discriminatori tra negozi giuridici simili, che si differenziano solo per la natura dei soggetti contraenti, o per la localizzazione geografica del contratto. Infatti, il Regolamento è contraddistinto da ambiti di applicazione soggettivi e territoriali piuttosto limitati: le disposizioni ivi contenute si attagliano solamente ai contratti conclusi tra imprenditori e consumatori (B2C- *business-to-consumer*), con carattere di transnazionalità, in cui il venditore abbia la residenza all'interno dell'Unione Europea. Nel caso in cui questi requisiti vengano soddisfatti, e nell'ulteriore caso in cui ci si trovi di fronte ad accordi negoziali intercorrenti tra parti commerciali e consumatori che non possono essere ricompresi nella disciplina dell'art. 6 del Regolamento Roma I, in quanto non vi si rinviene la caratteristica necessaria dell'attività diretta¹⁹⁷, non si pongono problemi, poiché l'art. 4, par. 1, lett. *a* del Regolamento 593/2008 consente l'applicazione della legge di uno Stato membro¹⁹⁸, per cui le parti sono libere di regolare il contratto attraverso il Regolamento

¹⁹⁷ Cfr. Cap. 1, par. 5, lett. *c*

¹⁹⁸ Più precisamente, l'art. 4, par. 1, lett. *a*, rubricato come "Legge applicabile in mancanza di scelta", prevede che la disciplina del contratto di vendita di beni sia disciplinato dalla legge del paese nel quale il venditore ha la residenza abituale

CESL piuttosto che applicare le disposizioni dell'ordinamento nazionale appena richiamato.¹⁹⁹

Le prime difficoltà si riscontrano nel caso in cui si sia in presenza di un contratto concluso solamente tra parti commerciali (B2B) o solo tra consumatori (C2C), e il venditore, a differenza di quanto prospettato dalla Proposta di Regolamento, non risiede abitualmente nell'Unione Europea. Data questa situazione, l'art. 4, par. 1, lett. *a* del Regolamento Roma I, in virtù del suo carattere universale²⁰⁰, estende la sua portata applicativa alla legge di uno Stato terzo, inibendo, però, l'operatività della scelta dello strumento opzionale CESL, con effetti negativi sulla prevedibilità del diritto e sulle aspettative delle parti.

Ulteriori complicazioni si verificano in considerazione dei contratti che coinvolgono imprenditori e consumatori (B2C) in diversi Stati membri, giacché le disposizioni dell'art. 6, par. 2 del Regolamento Roma I, come verrà più approfonditamente spiegato in seguito, limitano gli effetti derivanti dalla scelta dello strumento opzionale CESL, imponendo il simultaneo ricorso alle norme di applicazione necessaria del Paese di residenza abituale del consumatore; ne risulta un regime normativo frammentario, contrario agli obiettivi della Proposta di Regolamento, la quale si propone, invece, di assoggettare tutti i contratti di compravendita a un complesso normativo uniforme.²⁰¹

¹⁹⁹ G. RUEHL, *op. cit.*, p. 8- 9

²⁰⁰ Per una disamina più specifica del carattere universale del Regolamento Roma I e della capacità delle parti di richiamare, quale legge regolatrice del contratto, l'ordinamento giuridico di uno Stato terzo, cfr. Capitolo I, par. 3, lett. *b*, ii)

²⁰¹ G. RUEHL, *op. cit.*, p. 11- 12

Alla luce di queste problematiche, si assiste in dottrina²⁰² a un dibattito su quale natura dovrebbe essere attribuita alla Proposta di Regolamento, se essa debba considerarsi quale 29° regime normativo o se debba assurgere a 1° regime. Secondo la prima opzione prospettata, il Regolamento CESL verrebbe a essere integrato all'interno del sistema di diritto internazionale privato, e quindi le parti si vedrebbero riconosciuta la facoltà di poter scegliere la disciplina di questo strumento in alternativa, e non in subordine, a qualsiasi altra legislazione nazionale²⁰³; l'inserimento del Regolamento CESL nel modello preesistente di diritto internazionale privato ne comporta l'assoggettamento alle regole stesse, che ne determinerebbero l'esistenza, la validità e gli effetti scaturenti dalla scelta di questo strumento.

Ciò nondimeno, per quanto questa scelta possa a tutta prima apparire la più adatta a garantire l'interazione tra i due ordini legislativi, la sua effettiva applicazione comporterebbe alcune difficoltà; anzitutto, in relazione all'esercizio della volontà²⁰⁴ delle parti in senso internazionalprivatistico e alla scelta della legge regolatrice del contratto, il Regolamento Roma I, nella sua

²⁰² ID., *op. cit.*, p. 6- 12; M. W. HESSELINK, , *How To Opt Into the Common European Sales Law? Brief Comments on the Commission's Proposal for a Regulation*, in *Centre for the Study of European Contract Law, Working Paper Series*, N. 2011- 15, p. 6

²⁰³ M. FORNASIER, 28. *Versus 2.Regime- Kollisionsrechtliche Aspekte eines optionalen europaischen Vertragsrechts*, in *Max Planck Private Law Research Paper*, N. 11/10, Hamburg, 2012, p. 407

²⁰⁴ F. MARRELLA, *Funzione ed oggetto dell'autonomia della volontà nell'era della globalizzazione del contratto*, in *La nuova disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti (Roma I)*, Torino, 2009, p. 36- 43; F. J. GARCIMARTIN ALFEREZ, *The Rome I Regulation: Much Ado About Nothing?*, in *The European Legal Forum*, 2-2008, p. I- 67; B. UBERTAZZI, *Il Regolamento Roma I sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, Milano, 2008, p. 67; A. GARDELLA, *Art. 3- Libertà di scelta*, in *Commentario al Regolamento CE 593/2008*, in *Nuove Leggi Civili Commentate*, 2009, p. 620- 622

formulazione definitiva, impedisce ai contraenti di optare per una legge non statale o appartenente a un ordinamento sovranazionale, quale appunto risulterebbe essere il Regolamento CESL. L'attuale dato testuale²⁰⁵ impedisce di discernere con sufficiente chiarezza se l'*optio legis* in favore del CESL sia ammissibile, lasciando piuttosto la decisione al legislatore europeo, il quale dovrebbe intervenire per colmare questa lacuna legislativa e dipanare i dubbi interpretativi che sorgono attorno a questa specifica disposizione; la presente formulazione, non risultando in alcuna previsione esplicita, non consente di poter applicare lo strumento sovranazionale CESL, qualora questo fosse classificato come 29° regime normativo.²⁰⁶

Ancora, ipotizzando un modello in cui il Regolamento CESL fosse equiparato agli altri ordinamenti giuridici nazionali, si presenterebbero delle complessità nel rapporto con le convenzioni di diritto internazionale delle quali uno o più Stati membri siano parte, le quali, a norma dell'art. 25 del Regolamento Roma I²⁰⁷, non vengono pregiudicate nella loro applicazione dall'entrata in vigore del suddetto Regolamento 593/2008. Nella materia dei contratti di compravendita, alcuni Stati membri (segnatamente, Danimarca, Finlandia, Francia, Italia e Svezia) danno prevalenza la Convenzione dell'Aja sulla legge applicabile alla vendita internazionale di beni piuttosto che al Regolamento Roma I; in questi Paesi, dunque, le condizioni di validità e di efficacia della scelta dello strumento CESL sarebbero soggette

²⁰⁵ Considerando 14 della Proposta; EUROPEAN PARLIAMENT- DIRECTORATE GENERAL FOR INTERNAL POLICIES (a cura di M. BEHAR- TOUCHAIS), *The Functioning of the CESL Within of The Rome I Regulation. Study*, ottobre 2012, p. 14- 15

²⁰⁶ G. RUEHL, *op. cit.*, p. 4- 5

²⁰⁷ P. FRANZINA, Art. 25 e 26- *Elenco delle Convenzioni*, in *Commentario al Regolamento CE 593/2008*, in *Nuove Leggi Civili Commentate*, 2009, p. 942- 946

non alle comuni regole di diritto internazionale privato, bensì a norme differenti, con possibili effetti disarmonici e frammentari, contrari agli intenti uniformatori della Proposta di Regolamento CESL.²⁰⁸

In relazione proprio a quest'ultima esigenza, infine, il modello del 29° regime legislativo mostra tutti i suoi limiti: infatti, la sottoposizione del CESL alle norme di diritto internazionale privato relative alle condizioni di validità ed efficacia della scelta stessa incontra, negli Stati membri in cui trova applicazione il Regolamento Roma I, le restrizioni relative all'esercizio della volontà dei contraenti derivanti dagli articoli 3, par. 3 ("Libertà di scelta"), 4 ("Legge applicabile in mancanza di scelta") e 6, par. 2 ("Contratti conclusi da consumatori").²⁰⁹

Sulla scorta di questi rilievi critici, la dottrina²¹⁰ propone l'adozione del modello normativo cosiddetto di 1° regime, il quale contribuirebbe a rendere il Regolamento CESL uno strumento legislativo uniforme, in grado di definire autonomamente il suo campo di applicazione e le condizioni in presenza delle quali la sua scelta ad opera delle parti risulta valida. In questo modo, al Regolamento CESL sarebbe accordata precedenza, rispetto alle regole di diritto internazionale privato, e, nei casi in cui vengano in considerazione i contratti conclusi tra consumatori e parti commerciali, le restrizioni al criterio regolatore dell'autonomia delle parti contenute nelle varie

²⁰⁸ G. RUEHL, *op. cit.*, p. 5- 6

²⁰⁹ ID., *op. cit.*, p. 6; MAX PLANCK INSTITUTE FOR COMPARATIVE AND INTERNATIONAL PRIVATE LAW, *Policy Options for Progress Towards a European Contract Law. Comments on the Issues Raised in the Green Paper from the Commission on 1 July 2010, COM (2010) 348 final*, p. 23

²¹⁰ ID., *op. cit.*, p. 12; M. FORNASIER, *op. cit.*, p. 417

disposizioni del Regolamento Roma I²¹¹ non troverebbero applicazione. Per le parti, dunque, sarebbe sufficiente eleggere il Regolamento CESL come sistema normativo di riferimento, senza che si prospetti loro la necessità di ricorrere anzitutto alle norme di diritto internazionale privato onde stabilire se l'oggetto del contratto da loro concluso ricada nell'ambito di applicazione di questo Regolamento; infatti, ammettendo questo modello, tutte le tipologie contrattuali sarebbero contemplate in questa disciplina, con la sola eccezione dei negozi che non presentino elementi di transnazionalità, a meno che i singoli Stati membri non decidano di estendere i requisiti oggettivi del Regolamento CESL anche a queste fattispecie, secondo quanto stabilito all'articolo 13 della Proposta²¹² in esame.

²¹¹ Cfr. Capitolo I, par. 4 e 5, lett. c, i) e ii)

²¹² G. RUEHL, *op. cit.*, p. 12 e *sub* nota 47

- b. L'effetto preclusivo rispetto alle leggi degli Stati membri a protezione del consumatore e i rapporti con il Regolamento 593/2008 ("Roma I")

Qualora le parti si obblighino, attraverso un accordo valido²¹³, ad aderire al modello del CESL, questo produrrà un effetto preclusivo sulle norme dei singoli Stati membri afferenti alla protezione del consumatore che siano applicabili in virtù dell'art. 6, par. 2 del Regolamento Roma I, secondo quanto disposto nell'art. 11 della Proposta; ivi, infatti, è previsto che, dal momento che il Regolamento CESL presenta un complesso di norme a tutela del consumatore completo, autosufficiente e pienamente armonizzato, non si verificheranno più disparità tra le legislazioni degli Stati membri e tra diversi livelli di protezione del contraente considerato debole.²¹⁴ La Commissione europea, nel Libro Verde del 2010 sulle possibili opzioni legislative verso un Diritto Europeo dei Contratti per imprenditori e consumatori²¹⁵, sottolinea come la Comunità, prima, e l'Unione Europea, successivamente, abbiano adottato delle regole sui conflitti di leggi uniformi che siano in grado di ristabilire la disparità tra contraenti, assicurando, nelle fattispecie contemplate dall'art. 6 del Regolamento Roma I, che il criterio dell'autonomia delle parti venga ridimensionato, qualora la sua applicazione privi il consumatore della protezione garantitagli dalla legge del suo Paese di residenza. Questo modello normativo, pur fornendo al consumatore sufficienti garanzie in termini di applicazione della legge che egli meglio conosce e di

²¹³ Cfr. *Infra*, par. 4

²¹⁴ H-W. MICKLITZ, N. REICH, *op. cit.*, p. 22

²¹⁵ GREEN PAPER FROM THE COMMISSION ON POLICY OPTIONS FOR PROGRESS TOWARDS A EUROPEAN CONTRACT LAW FOR CONSUMERS AND BUSINESSES, Bruxelles, 1. 7. 2010, p. 4- 5

possibilità di adire gli organi giurisdizionali a egli più prossimi²¹⁶, e per quanto si proponga di ristabilire l'equilibrio tra i poteri contrattuali delle parti, considerando le esigenze di cui si fanno portatori imprenditori e consumatori, si risolve spesso in un aggravio di costi legali per le imprese che intendono indirizzare la propria attività commerciale verso il Paese di residenza del consumatore, dovendo queste relazionarsi con differenti tradizioni e sistemi giuridici. La prospettiva di dover incorrere in un'attività così dispendiosa potrebbe addirittura dissuadere gli operatori professionali dall'intraprendere la commercializzazione transfrontaliera dei propri prodotti e servizi²¹⁷.

L'introduzione di uno strumento opzionale, che contenga una disciplina uniforme in materia di contratti di compravendita e di tutela del contraente debole, è stata considerata come l'iniziativa più opportuna affinché si eliminassero gli ostacoli alla piena realizzazione del mercato interno, si facilitassero i traffici commerciali transnazionali attraverso la risoluzione delle problematiche più frequenti²¹⁸ e affinché si raggiungesse un elevato livello di protezione del consumatore.²¹⁹

Le relazioni intercorrenti tra le soluzioni normative prospettate dal Regolamento CESL e quelle del Regolamento Roma I

²¹⁶ Per un'attenta disamina degli effetti delle disposizioni contenute nel Regolamento Roma I sulla protezione accordata al consumatore, vedi Capitolo I, par. 5, lett. c, i) e ii)

²¹⁷ GREEN PAPER FROM THE COMMISSION ON POLICY OPTIONS FOR PROGRESS TOWARDS A EUROPEAN CONTRACT LAW FOR CONSUMERS AND BUSINESSES, Bruxelles, 1. 7. 2010, p. 5

²¹⁸ PROPOSTA DI REGOLAMENTO DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO RELATIVO AD UN DIRITTO COMUNE EUROPEO DELLA VENDITA, Bruxelles, 11. 10. 2011, COM (2011) 635 definitivo, p. 11; O. TROMBETTI, *op. cit.*, p. 102

²¹⁹ C. BISPING, *The Common European Sales Law, Consumer Protection and Overriding Mandatory Provisions In Private International Law*, in *Cambridge Journals Online*, vol. 62, aprile 2013, p.473

e il coordinamento tra esse devono essere analizzate alla luce della natura opzionale e secondaria del primo; com'è stato già enunciato in precedenza, in occasione dell'analisi del dibattito dottrinale in merito alla classificazione quale "2° regime", il Regolamento CESL presuppone che possa essere scelto dalle parti, in qualità di complesso regolatore del contratto, solo qualora la legge di uno Stato membro sia applicabile allo stesso, ciò sia in base all'esercizio della volontà delle parti in senso internazionalprivatistico, ovvero in assenza di una determinazione dei contraenti in questo senso, grazie alle regole suppletive stabilite nel Regolamento 593/2008. Le disposizioni contenute nello strumento CESL dovrebbero sostituire quelle indicate nel Regolamento Roma I, poiché in tutti i Paesi membri è garantito lo stesso grado di protezione del consumatore; tuttavia, in dottrina ci s'interroga su quanto questa prevalenza sia giustificabile, e su come si coordinino le norme incorporate nel Regolamento CESL con le disposizioni imperative alle quali non è possibile derogare convenzionalmente e con le norme di applicazione necessaria (art. 3, par. 3 e art. 6, par. 2 Reg. 593/2008)²²⁰.

Onde procedere all'indagine su questa interazione tra strumenti normativi, occorre anzitutto analizzare la prima ipotesi che si potrebbe prospettare, cioè un contratto di compravendita concluso tra un professionista domiciliato in uno Stato membro e un consumatore residente in un altro Stato membro. Soddisfatto il requisito dell'"attività diretta"²²¹, il consumatore beneficerà di due diversi metodi di protezione, segnatamente, nel caso in cui tale determinazione sia assente, dalla legge dello Stato di residenza del

²²⁰ ID., *op. cit.*, p.470; per la definizione ed il ruolo svolto da queste categorie di norme, cfr. Capitolo I, par. 4, lett. *a* e *b*

²²¹ Cfr. Capitolo I, par. 5, lett. *b*

consumatore, ovvero, nel caso della scelta di legge da parte dei contraenti, attraverso l'applicazione delle disposizioni del suo ordinamento giuridico di origine alle quali non è permesso di derogare, a meno che la protezione offerta dalla legge prescelta dalle parti sia maggiore; secondo quanto stabilito all'interno della Proposta per un Regolamento sulla Vendita, questa comparazione non è necessaria, in quanto lo strumento CESL si applica in entrambi gli ordinamenti giuridici di riferimento, conseguentemente le legislazioni sarebbero equivalenti. Eppure, non si prende in considerazione il livello di protezione approntato dalle singole normative nazionali²²², in forza delle quali il consumatore potrebbe addirittura godere di uno *standard* di tutela più elevato rispetto al livello generale garantito dal Regolamento CESL²²³.

Il Regolamento Roma I prevede un'attenta indagine sull'effettivo e concreto livello di tutela offerto al consumatore dalla legge scelta dalle parti: assumendo l'ordinamento giuridico in cui il consumatore risiede abitualmente come *lex comparationis*, il giudice individuerà anzitutto le disposizioni alle quali non si può derogare convenzionalmente, vaglierà il grado di protezione che esse predispongono e raffronterà questa valutazione con la tutela data dalle norme dell'*optio legis*. Se, all'esito di tale indagine, il giudice riterrà che la legge richiamata dalle parti non tuteli sufficientemente le esigenze del consumatore, disporrà che quest'ultima continui ad applicarsi, ma che venga integrata dalle norme imperative della legge

²²² C. BISPING, *op. cit.*, p.470- 471

²²³ MAX PLANCK INSTITUTE FOR COMPARATIVE AND INTERNATIONAL PRIVATE LAW, *op. cit.*, p. 24

dello Stato di residenza del consumatore²²⁴, con un meccanismo denominato, in dottrina, *depeçage* o *cherry-picking*.²²⁵

Il Regolamento CESL, assumendo come proprio obiettivo fondamentale la semplificazione e l'incremento dei traffici commerciali transnazionali, e solo in seconda battuta la protezione del consumatore quale parte debole del rapporto giuridico²²⁶, non consente invece che possa essere applicato limitatamente ad alcuni aspetti soltanto dell'accordo, bensì richiede che la sua adozione avvenga riguardo all'intero oggetto; non consente, dunque, che si proceda alla comparazione tra le disposizioni raccolte in questo strumento e quelle imperative del Paese di residenza del consumatore, con il rischio concreto, come evidenziato prima, che il consumatore possa trovarsi sprovvisto del livello di tutela che queste offrono.

L'attuale formulazione del dettato normativo della Proposta di Regolamento sulla Vendita non permette di risolvere quest'aspetto così problematico della coordinazione tra i sistemi normativi approntati dai due atti legislativi europei; un meccanismo risolutivo consisterebbe, come da più parti auspicato²²⁷, nel trovare un'alternativa di metodo al cosiddetto "2° regime" nel modello del "1° regime", grazie al quale si eviterebbero i conflitti tra disposizioni imperative e CESL, poiché quest'ultimo si applicherebbe senza previo ricorso alle norme di diritto internazionale privato, contribuendo a

²²⁴ Cfr. Capitolo I, par. 5, lett. c, ii)

²²⁵ C. BISPING, *op. cit.*, p.471

²²⁶ ID., *op. cit.*, p.473; M. FORNASIER, *op. cit.*, p. 409

²²⁷ ID., *op. cit.*, p.473; M. FORNASIER, *op. cit.*, p. 416- 418; G. RUEHL, *op. cit.*,

determinare una maggiore certezza del diritto e prevedibilità dell'esito delle possibili controversie.

Tuttavia, questa soluzione sembrerebbe confliggere col principio di sussidiarietà, come enunciato nell'art. 5 del Trattato sull'Unione Europea (TUE), per cui gli Stati membri si vedrebbero sottratta la competenza a predisporre delle norme proprie per realizzare il pieno funzionamento del mercato interno europeo.²²⁸ Si rende dunque necessario e impellente un intervento normativo da parte della Commissione, che stabilisca dei chiari meccanismi di collegamento tra il testo dell'art. 6 del Regolamento Roma I e le disposizioni raccolte nel Regolamento CESL.²²⁹

Nel caso in cui si pervenga alla conclusione di un contratto di compravendita, e il professionista sia residente in uno Stato terzo, non appartenente all'Unione Europea, questi potrà scegliere di applicare il Regolamento CESL solo come complesso di norme afferente alla legislazione del Paese di residenza del consumatore; nel caso inverso, quando l'imprenditore sia stabilito all'interno dell'Unione Europea, e il consumatore risieda in uno Stato terzo, la forma, l'efficacia e la validità dell'assenso di quest'ultimo all'impiego del Regolamento CESL devono essere qualificati in base alle leggi dello Stato di residenza di quest'ultimo.²³⁰

Infine, anche nei contratti puramente interni, la scelta dello strumento CESL potrebbe far sorgere delle difficoltà di coordinamento con le norme del Regolamento Roma I: i contraenti

²²⁸ H-W. MICKLITZ, N. REICH, *op. cit.*, p. 9

²²⁹ C. BISPING, *op. cit.*, p.474

²³⁰ *ID.*, *op. cit.*, p.475; H-W. MICKLITZ, N. REICH, *op. cit.*, p. 20

non possono escludere l'applicazione delle disposizioni del proprio Stato di origine che non possono essere convenzionalmente derogate, tra le quali anche le previsioni normative dell'art. 6 e le norme imperative semplici, non necessariamente indirizzate alla tutela del consumatore.²³¹ Il Regolamento CESL può essere impiegato nelle situazioni meramente interne qualora il legislatore del singolo Stato parte abbia reso quest'operazione possibile, con ciò ammettendo l'accantonamento delle disposizioni imperative nazionali, qualora i sistemi protettivi della figura del consumatore offerti dallo strumento opzionale siano più efficaci rispetto a quelli predisposti dalle legislazioni interne.²³²

Le difficoltà di coordinamento tra Regolamento CESL e Regolamento Roma I si riscontrano anche in relazione al ruolo delle norme di applicazione necessaria, le quali, secondo l'art. 9 del Reg. 593/2008, sono disposizioni il cui rispetto è ritenuto fondamentale per il perseguimento dei fini e degli interessi pubblici di un dato ordinamento giuridico²³³, tanto da esigere che esse siano applicate imperativamente a tutte quelle condizioni che rientrino nella loro sfera di applicazione (carattere autolimitato), come vincolo preventivo rispetto all'identificazione e all'applicazione della legge regolatrice del contratto. Il giudice è investito del potere di dare efficacia anche alle norme di applicazione necessaria dello Stato in cui gli obblighi scaturenti dall'accordo negoziale debbano essere o siano stati eseguiti, purché queste norme contribuiscano a rendere illecito l'adempimento del contratto, in considerazione della natura e delle finalità delle disposizioni stesse (art. 9, par. 3).

²³¹ *Id.*, *op. cit.*, p.475

²³² *Id.*, *op. cit.*, p.477

²³³ Cfr. Capitolo I, par. 4, lett. *a*

Dall'enunciazione di queste caratteristiche discende l'impossibilità, per le disposizioni contenute nel Regolamento CESL, di avere la precedenza sulle disposizioni imperative, dato il carattere assoluto di queste ultime.²³⁴ L'espressione testuale del Regolamento non fa alcun riferimento a questa categoria di norme; pertanto, si prospetta in dottrina²³⁵ l'introduzione nel regolamento in questione di specifiche disposizioni, riproducenti l'art. 9 del Regolamento Roma I e l'art. 16 del Regolamento Roma II, che stabiliscano con chiarezza che le norme di applicazioni necessaria rimangano impregiudicate qualora le parti di un contratto scelgano lo strumento opzionale per regolare il proprio rapporto giuridico. Tuttavia, questa soluzione mostrerebbe i suoi limiti nel ricondurre l'invalidità del contratto per illegalità e immoralità²³⁶ alle disposizioni legislative dei singoli ordinamenti giuridici, riferimento che potrebbe compromettere l'uniformità perseguita dalla Proposta di Regolamento per un Diritto Comune Europeo della Vendita. Sarebbe quindi preferibile che il Regolamento CESL stabilisse autonomamente, senza fare ricorso ad altri strumenti del diritto dell'Unione, le questioni inerenti all'illegalità e all'immoralità del contratto, prevedendone la nullità qualora si contravvengano le disposizioni poste a salvaguardia degli interessi pubblici dell'Unione Europea.²³⁷

²³⁴ MAX PLANCK INSTITUTE FOR COMPARATIVE AND INTERNATIONAL PRIVATE LAW, *op. cit.*, p. 27

²³⁵ ID., *op. cit.*, p.27; C. BISPING, *op. cit.*, p.478

²³⁶ Il Regolamento CESL, al considerando 27, esclude dal proprio ambito di applicazione qualsiasi questione inerente all'illegalità o all'immoralità dell'oggetto e delle clausole del contratto, rimandando, per le relative declaratorie, ai Regolamenti Roma I e Roma II; C. BISPING, *op. cit.*, p.474

²³⁷ MAX PLANCK INSTITUTE FOR COMPARATIVE AND INTERNATIONAL PRIVATE LAW, *op. cit.*, p. 27- 28

3. L'ambito di applicazione della Proposta di Regolamento

- a. L'ambito soggettivo: contratti conclusi tra imprenditori e consumatori (B2C), contratti conclusi tra imprenditori (B2B).
La nozione di consumatore e d'imprenditore nella Proposta di Regolamento

L'ambito di applicazione soggettivo è disciplinato dall'art. 7, par. 1 della Proposta di Regolamento CESL, nella parte generale dello strumento, denominata *chapeau*. La disciplina del Regolamento è applicabile ai contratti conclusi tra professionisti e consumatori, e a quelli stipulati tra soli operatori commerciali (B2B)²³⁸, per cui l'ambito di efficacia della disciplina originariamente introdotta a tutela dei consumatori si dilata, fino a ricomprendere anche i rapporti tra imprenditori.²³⁹

La distinzione tra le due fattispecie contrattuali risulta fondamentale sotto diversi punti di vista, anzitutto i requisiti affinché le norme contenute nel Regolamento CESL trovino applicazione; con

²³⁸ Questa particolare estensione della disciplina necessita di essere coordinata con la già esistente Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di merci del 1980 (CISG), della quale fanno parte 23 Stati membri dell'Unione Europea ed è applicabile in via automatica, salvo che le parti del contratto non la escludano espressamente. Il sistema introdotto dal Regolamento CESL rappresenta una possibile opzione ulteriore, per le parti di un contratto di compravendita, di scegliere attraverso quale complesso normativo regolare il proprio rapporto giuridico. Per semplificare questa scelta ed il relativo coordinamento, il considerando 25 della Proposta di Regolamento CESL dispone che il richiamo a quest'ultimo *corpus* implicitamente escluda l'operatività della CISG, quando anch'essa sia applicabile. Tuttavia, occorre sottolineare che l'applicabilità della Convenzione di Vienna sia verificabile facendo riferimento alla Convenzione stessa, e non, come per il Regolamento CESL, richiamando anzitutto le norme di diritto internazionale privato. Per rendere più chiare le proprie intenzioni, soprattutto nel caso in cui si ricorrano alle vie giurisdizionali, le parti dovrebbero operare la scelta del Regolamento CESL, e quindi l'*opt-out* della Convenzione di Vienna, attraverso una statuizione determinata e positiva; N. KORNET, *The Common European Sales Law and the CISG. Complicating or Simplifying the Legal Environment?*, in *Maastricht European Private Law Institute*, Working Paper N. 2012/4, p. 7

²³⁹ R. TORINO, *op. cit.*, p. 161

riferimento agli accordi negoziali tra soli professionisti, il dettato normativo CESL prevede, all'art. 7, par. 2, lett. *a* e *b*²⁴⁰, il quale riprende la formulazione della Raccomandazione 2003/361 della Commissione europea relativa alla definizione delle piccole e medie imprese²⁴¹, che uno dei due operatori economici sia una piccola o media impresa (SME- *small and medium- sized enterprise*), ossia un ente che occupi meno di 250 dipendenti e abbia un fatturato annuo non superiore a 50 milioni di euro, ovvero un totale di bilancio annuo non superiore a 43 milioni di euro. L'art. 13, lett. *b* della Proposta di regolamento consente agli Stati membri di disporre delle normative che consentano l'impiego del Regolamento sul Diritto Comune Europeo della Vendita anche nei contratti conclusi tra professionisti, in cui nessuno corrisponde ai requisiti indicati per l'individuazione della piccola e media impresa.²⁴²

La limitazione dell'applicazione della disciplina alle sole relazioni intercorrenti tra operatori commerciali in cui una delle parti sia una piccola o media impresa non appare del tutto ragionevole: infatti, una grande impresa, che volesse ricorrere alla disciplina dello strumento opzionale per concludere un accordo con un'altra organizzazione di professionisti, dovrebbe accertarsi che quest'ultima risponda ai requisiti di legittima applicabilità imposti dal Regolamento CESL, e quindi verificare preventivamente il numero di persone impiegate nell'attività produttiva, il volume d'affari e gli aspetti

²⁴⁰ PROPOSTA DI REGOLAMENTO DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO RELATIVO AD UN DIRITTO COMUNE EUROPEO DELLA VENDITA, Bruxelles, 11. 10. 2011, COM (2011) 635 definitivo, art. 7, par. 2, lett. *a* e *b*, p. 28

²⁴¹ RACCOMANDAZIONE 2003/361/CE, 6 maggio 2003, Allegato, Titolo I, Art. 2 (1), p. 6

²⁴² PROPOSTA DI REGOLAMENTO DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO RELATIVO AD UN DIRITTO COMUNE EUROPEO DELLA VENDITA, Bruxelles, 11. 10. 2011, COM (2011) 635 definitivo, art. 13 (b), p. 29

contabili della possibile controparte negoziale; quest'attività d'indagine risulta nei fatti piuttosto complessa, specie se l'impresa esaminata è inserita in un meccanismo di controllo o partecipazione, è stata recentemente oggetto di evoluzioni (si pensi alla trasformazione, fusione o scissione) nell'attività o nell'organizzazione, ovvero sia localizzata in più di uno stabilimento. Requisiti così stringenti rendono nella pratica inutilizzabile il Regolamento proposto nelle transazioni tra imprenditori, poiché impongono loro dei costi d'informazione aggiuntivi e non contribuiscono a fondare la certezza del diritto²⁴³; inoltre, non sono neanche giustificabili assumendo come prospettiva il rispetto dei principi di sussidiarietà e proporzionalità, in quanto la natura di questi criteri non richiede che l'applicabilità di un dato atto normativo venga ridotta in una misura tale da mettere in discussione l'adeguatezza dell'atto stesso a raggiungere determinati obiettivi²⁴⁴, in questo caso, l'implementazione degli scambi commerciali all'interno del mercato unico europeo.

I contratti conclusi tra imprenditori e consumatori (B2C) prevedono, a tutela del contraente considerato più debole all'interno del rapporto negoziale, l'impiego di un *corpus* di norme che accresca la fiducia del consumatore e lo incoraggi a immettersi negli scambi commerciali transnazionali.²⁴⁵ Per far fronte a questa esigenza, il regolamento CESL richiede di essere assunto nell'interezza delle sue disposizioni, non ammettendosi una scelta parziale; al contrario, nei

²⁴³ R. TORINO, *op. cit.*, p. 163

²⁴⁴ EUROPEAN LAW INSTITUTE, *Statement of the European Law Institute on the Proposal for a Regulation on a Common European Sales Law COM (2011) 635 final*, febbraio 2012, p. 18- 19

²⁴⁵ H-W. MICKLITZ, N. REICH, *op. cit.*, p. 12; Art. 1, par. 3 della Proposta di Regolamento

contratti conclusi tra professionisti (B2B), le parti possono optare per un'applicazione del Regolamento sulla Vendita limitatamente ad alcuni aspetti specifici dell'accordo²⁴⁶.

In quanto raccolta autonoma e sufficiente di norme, applicabili comprensivamente qualora i requisiti soggettivi, oggettivi e territoriali posti dalla Proposta di Regolamento siano soddisfatti, il potere negoziale delle parti riguardo alla legge regolatrice del contratto viene meno.²⁴⁷

La Proposta di Regolamento, all'art. 2, lett. *e*, definisce “professionista” la persona, fisica o giuridica, che agisce nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale, e “consumatore” la persona fisica che agisce per scopi che non rientrano nel novero delle attività sopra indicate; dalle caratteristiche riferibili a questi soggetti parte del contratto, s'inferisce che la disciplina compresa nel Regolamento sul Diritto Comune Europeo per la Vendita non possa essere estesa alle situazioni coinvolgenti enti *non-profit*, come le associazioni benefiche o le istituzioni pubbliche²⁴⁸. Anche questa limitazione, come quella relativa ai necessari requisiti dimensionali dell'impresa controparte, risulta invero piuttosto irragionevole: stante la difficoltà, per un soggetto commerciale che intenda concludere un contratto transfrontaliero, di accertare la natura lucrativa dell'altra parte, anche questo vincolo potrebbe comportare

²⁴⁶ Art. 8 (3) della Proposta; art. 8 (1), ed *e contrario* art. 8 (3); M. W. HESSELINK, , *op. cit.*, p. 9

²⁴⁷ H-W. MICKLITZ, N. REICH, *op. cit.*, p. 12

²⁴⁸ Una simile esclusione si rinviene nel Regolamento Roma I, limitatamente alla definizione di consumatore: tale misura si giustifica adducendo che per gli enti *non-profit* ciò che rileva non è la natura lucrativa o meno dell'organizzazione, bensì il carattere professionale e non occasionale dell'attività svolta; cfr. Capitolo I, par. 5, lett. *a*

l'esclusione ingiustificata di alcuni soggetti dal regime di favore che il Regolamento CESL si propone di instaurare all'interno del mercato unico per le transazioni di carattere commerciale.²⁴⁹

Il carattere autosufficiente del Regolamento CESL e la sua indipendenza rispetto alle legislazioni degli Stati membri si rispecchia anche nell'estensione assunta dalla definizione di consumatore all'interno di quest'atto normativo: stante l'obiettivo del Regolamento in questione di approntare delle disposizioni pienamente armonizzate in tema di tutela del consumatore, ai Paesi membri non è più riconosciuta alcuna competenza a legiferare con riguardo alla nozione e alla sfera di applicazione di tali norme. Determinandosi volontariamente a impiegare il regolamento CESL, i consumatori rinunciano alla protezione, in alcuni casi maggiore, offerta loro dalle legislazioni nazionali e dalle Direttive europee in materia.²⁵⁰

²⁴⁹ EUROPEAN LAW INSTITUTE, *op. cit.*, p. 19

²⁵⁰ H-W. MICKLITZ, N. REICH, *op. cit.*, p. 14

b. L'ambito oggettivo. Il problema dei contratti misti

Secondo quanto stabilito dall'art. 5 della Proposta di Regolamento, l'ambito materiale di applicazione dello strumento opzionale CESL disciplina i contratti di compravendita, intendendosi con tale dizione "il contratto in base al quale il professionista ("venditore") trasferisce o s'impegna a trasferire la proprietà di beni a un'altra persona ("compratore"), il quale ne paga o s'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" (art. 2, lett. *k* della Proposta di Regolamento)²⁵¹; i contratti di fornitura digitale, a prescindere dal fatto che siano su supporto materiale, che l'utente possa memorizzare, trasformare o cui possa accedere e che possa riutilizzare, indipendentemente dalla circostanza che il contenuto digitale sia fornito contro il pagamento di un prezzo; i contratti di servizi connessi, indipendentemente dal fatto che per quei servizi sia stato pattuito un prezzo separato, con esclusione, tuttavia, dei servizi di trasporto, dei servizi di supporto alle telecomunicazioni, di formazione e finanziari²⁵².

²⁵¹ Dalla definizione di contratto di vendita contenuta nella Proposta di Regolamento si ricava che questa tipologia contrattuale possa avere sia effetti traslativi, sia efficacia obbligatoria, dal momento che le parti del negozio possono impegnarsi ad adempiere alle obbligazioni reciprocamente assunte. Tale caratterizzazione della compravendita contrasta con la nozione contenuta nel codice civile italiano, all'art. 1470, il quale attribuisce a questo contratto effetti reali, avendo "per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa o il trasferimento di un altro diritto verso il corrispettivo di un prezzo". Per un'analisi più completa delle difficoltà di adattamento del diritto italiano (e dei diritti nazionali in generale) al diritto di derivazione sovranazionale, vedi P. STANZIONE, *op. cit.*, p. 624- 634

²⁵² R. TORINO, *op. cit.*, p. 163; E. VALPUESTA GASTAMINZA, *op. cit.*, p. 208-209

La nozione di servizi connessi, ai fini del regolamento, si ricava attraverso la definizione contenuta nell'art. 2, lett. *m*, il quale statuisce che, all'interno di questa definizione, si ricomprendono i servizi riguardanti i beni o il contenuto digitale, come l'installazione, la manutenzione, la riparazione o altra trasformazione, offerti dal venditore di beni o dal fornitore di contenuto digitale in base al contratto di vendita, al contratto di fornitura di contenuto digitale o di diverso contratto di servizi connessi concluso contestualmente al contratto di vendita o al contratto di fornitura di contenuto digitale, esclusi i servizi di trasporto, quelli di formazione, quelli di supporto alle telecomunicazioni e i servizi finanziari.²⁵³

Sono inoltre espressamente esclusi i contratti, all'art. 6, cosiddetti misti, comprendenti elementi diversi dalla vendita di beni, dalla fornitura di contenuto digitale e dalla prestazione di servizi connessi (par. 1), come pure i contratti tra operatori economici professionali e consumatori, in cui il primo concede al secondo credito sotto forma di dilazione di pagamento, prestito o altra agevolazione finanziaria simile ("credito al consumo"- par. 2).

Queste esclusioni contribuiscono a rendere sicuramente meno appetibile la scelta dello strumento CESL, provocando l'incertezza del diritto nei traffici commerciali: le parti, infatti, dovranno sottoporre la frazione del contratto non rientrante nel campo d'applicazione materiale del Regolamento CESL a tutti i requisiti previsti dalla legge che sarebbe applicabile, secondo le regole del diritto internazionale privato, qualora non si optasse per lo strumento opzionale, ivi incluse le norme di applicazione necessaria, in forza dell'art. 6, par. 2 del Regolamento Roma I; in pratica, i vantaggi previsti dallo strumento CESL verrebbero vanificati. Se i contraenti, al

²⁵³ Art. 2, lett. *m* della Proposta; R. TORINO, *op. cit.*, p. 164, *sub* nota 19

contrario, estendessero la portata applicativa del Regolamento in discussione anche a quelle parti del contratto espressamente escluse dal novero delle materie da esso disciplinate, s'incorrerebbe in una pronuncia di annullamento da parte degli organi giurisdizionali, qualora questi fossero chiamati a sentenziare sulla presenza di un elemento estraneo ai requisiti disposti dagli artt. 5 e 6.²⁵⁴

c. L'ambito territoriale: i contratti di vendita transfrontalieri

La disciplina contenuta nell'Allegato I della Proposta di Regolamento CESL è applicabile ai soli contratti con carattere transfrontaliero.²⁵⁵

Il requisito della transnazionalità si configura diversamente a seconda che il contratto sia concluso tra professionisti (B2B) o tra imprenditore e consumatore (B2C): nel primo caso, affinché il contratto sia considerato avente la caratteristica della transnazionalità, e, quindi, si possano applicare le norme di cui al Regolamento in questione, le parti dovranno avere la residenza abituale in Stati differenti, di cui almeno uno sia uno Stato membro²⁵⁶; nel secondo caso, invece, si riterrà soddisfatto il requisito territoriale qualora, alternativamente, l'indirizzo indicato dal consumatore, l'indirizzo di consegna del bene, ovvero quello di fatturazione sono localizzati in uno Stato diverso da quello in cui il venditore è abitualmente

²⁵⁴ R. TORINO, *op. cit.*, p. 164; EUROPEAN LAW INSTITUTE, *op. cit.*, p. 21

²⁵⁵ Art. 4 della Proposta di Regolamento

²⁵⁶ In forza dell'art. 4 (4) del Regolamento, per residenza abituale di società, associazioni e persone giuridiche si intende il luogo in cui si trova la loro amministrazione centrale, mentre, per i professionisti, che siano persone fisiche, si fa riferimento al luogo in cui è situata la sede dell'attività principale

residente, e almeno uno di questi indirizzi riferibili al consumatore è uno Stato membro (art. 4 (3), lett. *a e b*).²⁵⁷

In base a quanto stabilito dall'art. 13 della Proposta, nella parte denominata *chapeau*, agli Stati membri è riconosciuta la facoltà di estendere la disciplina dettata dall'Allegato I anche ai contratti meramente interni, nei casi in cui, cioè, nei contratti tra professionisti, la residenza abituale dei professionisti, o, nei contratti tra professionisti e consumatori, la residenza abituale del professionista, l'indirizzo indicato dal consumatore, l'indirizzo di consegna del bene o l'indirizzo di fatturazione siano localizzati nello stesso Stato membro.²⁵⁸ Rimangono esclusi dall'ambito di applicazione della disciplina contenuta nella Proposta di Regolamento sulla Vendita sia i contratti in cui nessuno degli indirizzi riconducibili al consumatore sia in uno Stato membro, sia i contratti tra professionisti, in cui nessuno di essi abbia stabilito la propria residenza abituale in uno Stato membro.

La caratteristica necessaria della transnazionalità del contratto è suscettibile di creare delle disparità tra imprese di grandi dimensioni, con un'organizzazione articolata in più Stati e suddivisa in filiali, e le piccole e medie imprese, sicuramente più limitate nell'organico e nella composizione a carattere internazionale, domiciliate in un unico Stato membro. In forza dell'art. 4 (5) del Regolamento, secondo il quale quando il contratto è concluso nell'ambito dell'esercizio dell'attività di una filiale, di un'agenzia o di una qualsiasi altra sede di attività del venditore, il luogo in cui è situata la filiale, l'agenzia ovvero l'altra sede di attività è ritenuto essere residenza abituale del venditore, le imprese di grandi dimensioni potranno usufruire della disciplina enucleata nella Proposta di Regolamento per un Diritto Comune

²⁵⁷ R. TORINO, *op. cit.*, p. 165

²⁵⁸ Art. 13, lett. *a* della Proposta di Regolamento

Europeo della Vendita anche in quelle situazioni in cui questa non sarebbe applicabile in virtù dell'ubicazione della società principale ("società madre"), volgendo a proprio vantaggio la facoltà di far concludere il contratto da un'agenzia dipendente localizzata in un altro Stato membro.²⁵⁹ Al contrario, le piccole e medie imprese, situate in uno Stato membro che non ha effettuato l'estensione dell'applicabilità dell'art. 13, lett. *a* anche ai contratti puramente interni, dovranno confrontarsi con due regimi normativi diversi, adottando il regolamento CESL nelle transazioni transfrontaliere, e applicando il Regolamento Roma I (e le conseguenti restrizioni derivanti dalle disposizioni imperative e di applicazione necessaria a tutela dei contraenti deboli) nei contratti interni.²⁶⁰

4. Il meccanismo di funzionamento del Regolamento: l'accordo di "*opt-in*"

Sulla base dell'art. 8 della Proposta di regolamento, l'applicazione della disciplina ivi contenuta è subordinata al previo accordo esplicito delle parti²⁶¹, le quali si obbligano in tal senso.

L'accordo attraverso il quale le parti adottano il Regolamento CESL quale *corpus* normativo regolatore non può essere definito propriamente come una scelta di legge, bensì quanto, piuttosto, la scelta di uno strumento opzionale da esercitarsi all'interno e sulla base

²⁵⁹ R. TORINO, *op. cit.*, p. 166

²⁶⁰ EUROPEAN LAW INSTITUTE, *op. cit.*, p. 20

²⁶¹ Il requisito della scelta espressa si ricava dalla formulazione letterale del Considerando 9, in cui si fa riferimento all' "accordo espresso delle parti", e da quella dell'art. 8 (2) del Regolamento, per quanto riguarda i contratti B2C, in cui si menziona la "dichiarazione esplicita"

dell'individuazione della legge nazionale applicabile.²⁶² Com'è stato in precedenza accennato, per determinare l'applicabilità del Regolamento CESL, nell'attuale configurazione di questo come 2° regime normativo, bisogna anzitutto far riferimento alle regole di diritto internazionale privato per stabilire quale sia il sistema giuridico nazionale applicabile alla fattispecie contrattuale. Quest'opera d'identificazione e scelta della legge nazionale deve essere tenuta distinta dall'accordo attraverso cui le parti optano per l'adozione della disciplina contenuta nel Regolamento per il Diritto Comune Europeo della Vendita; tale accordo, inoltre, per quanto afferisce alla manifestazione del consenso, ai meccanismi di conclusione del contratto, all'incapacità e all'illegalità, deve essere definito all'interno del diritto nazionale delle parti, in forza dei Regolamenti Roma I e Roma II.²⁶³ Nei contratti di consumo conclusi tra privati e operatori professionali, l'accordo tra le parti è considerato valido²⁶⁴ se l'assenso

²⁶² C. HARVEY, M. SCHILLIG, *Consequences of an Ineffective Agreement to Use the Common European Sales Law*, in *Centre of European Law, Working Papers in European Law*, Working Paper 03/2012, p. 4

²⁶³ Considerando 10 della Proposta di Regolamento

²⁶⁴ Questa particolare condizione appare problematica nel caso dei contratti conclusi telefonicamente; una soluzione prospettabile consiste nel predisporre un sistema basato su una serie di domande e risposte registrato. Nel caso di contratti conclusi on-line (attraverso e-mail o fax), senza che siano stati preventivamente predisposti dei moduli o formulari, attraverso i quali il consumatore potesse esprimere il proprio consenso all'impiego del Regolamento CESL, il dettato normativo, agli artt. 24 e 25 dell'Allegato I, impone al venditore degli ulteriori obblighi informativi, che consentano al consumatore di manifestare in maniera esplicita abbia avuto modo di prendere visione delle clausole contrattuali e delle fasi da seguire per la conclusione del contratto stesso; C. HARVEY, M. SCHILLIG, *op. cit.*, p. 6

del consumatore è prestato mediante una dichiarazione espressa, che sia distinta dalla dichiarazione che esprime il proprio consenso a concludere un contratto. Il venditore deve fornire la conferma dell'accordo al consumatore su un supporto durevole (art. 8 (2) del Regolamento).²⁶⁵

In questa fase, in cui le parti si obbligano ad assumere il Regolamento CESL come fonte di normazione del contratto, esplica un ruolo di rilievo anche la Nota Informativa Standard (SIN- *Standard Information Notice*), contenuta nell'Allegato II, attraverso la quale il professionista, che voglia concludere un contratto di compravendita avvalendosi della particolare disciplina contenuta nel Regolamento CESL, metta al corrente di questa intenzione il consumatore, il quale necessita di essere posto nella condizione di poter liberamente valutare se procedere all'acquisto con le condizioni offerte dal venditore, e quindi sottoponendo il contratto di compravendita al suddetto Regolamento, oppure rinunciare ad acquistare da questo professionista.²⁶⁶ Molto spesso, infatti, stante la disparità tra poteri negoziali intercorrente tra professionista e consumatore, nonostante i numerosi correttivi posti sia dal Regolamento Roma I²⁶⁷, sia dalle specifiche disposizioni del Regolamento CESL, il contraente più debole si ritrova di fronte a due possibili alternative: aderire alla proposta del venditore di adottare lo strumento opzionale, ovvero non

²⁶⁵ Per “supporto durevole”, ai sensi dell'art. 2 (t) del Regolamento, si intende qualsiasi supporto che consenta ad una parte di conservare le informazioni che le sono personalmente indirizzate in modo che vi possa accedere in futuro per un periodo di tempo adeguato agli scopi cui sono destinate e che consenta la riproduzione identica delle informazioni memorizzate

²⁶⁶ M. W. HESSELINK, , *op. cit.*, p. 10

²⁶⁷ Vedi Capitolo I

concludere il contratto²⁶⁸; non si riconosce, cioè, in capo al consumatore la possibilità di indirizzare le negoziazioni precontrattuali verso la scelta di una legislazione nazionale o di altro *corpus* normativo.

L'art. 9 dello *chapeau* è rigoroso nell'imporre al professionista, oltre gli obblighi informativi precontrattuali previsti nell'Allegato I, anche quelli inerenti alla volontà di quest'ultimo di fare ricorso alla disciplina del Regolamento e le conseguenze che ne derivano per il consumatore in termini di garanzie²⁶⁹; si ritiene²⁷⁰

²⁶⁸ M. W. HESSELINK, , *op. cit.*, p. 10

²⁶⁹ Art. 9 (1) della Proposta di Regolamento; M. W. HESSELINK, , *op. cit.*, p. 10

²⁷⁰ La protezione del consumatore, all'interno della Proposta di Regolamento CESL, è perseguita attraverso la predisposizione di specifiche norme riferibili alle diverse fasi della vita del contratto, dalle trattative precontrattuali, alla conclusione, ai rimedi in casi di inadempimento. Più in particolare, nell'Allegato I, Parte II (rubricata "Concludere un contratto vincolante"), Capo 2, si evidenziano gli obblighi di informazione in capo al venditore (Sez. 1- "Informazioni precontrattuali che il professionista deve fornire al consumatore"- e 2- "Informazioni precontrattuali nei contratti tra professionisti"), le azioni esperibili nel caso in cui siano violati questi obblighi (Sez. 5) e le specificità connesse alla conclusione dei contratti attraverso i mezzi elettronici (Sez. 3). Nella Parte IV, rubricata "Obbligazioni e rimedi delle parti del contratto di vendita o del contratto per la fornitura di contenuto digitale", invece, si fa riferimento al momento patologico della vita del contratto, e ivi si elencano i possibili rimedi a disposizione delle parti nei casi di inadempimento. Per quanto più nel dettaglio concerne i contratti B2C e gli obblighi informativi precontrattuali, il Regolamento impone al professionista, nella fase che precede la conclusione di un contratto a distanza o fuori del locale commerciale (*off-premises contracts*), di fornire al consumatore una serie molto dettagliata di informazioni, concernenti non solo le caratteristiche principali del prodotto oggetto della transazione (art. 13 (1), lett. a) ed il prezzo dello stesso (lett. b e art. 14), ma anche i recapiti del venditore (art. 13 (1), lett. c e art. 15), i servizi di assistenza post- vendita (lett. f) e la possibilità di adire dei meccanismi alternativi di risoluzione delle possibili controversie che possano insorgere tra le parti contraenti (lett. g). Particolari oneri gravano sul venditore nella conclusione di contratti a distanza conclusi con mezzi elettronici (artt. 24 e 25 della Proposta), in quanto questi deve predisporre degli "strumenti tecnici adeguati, efficaci ed accessibili", che consentano al consumatore di valutare con certezza la proposta ed esprimere il proprio consenso alla sottoscrizione, comprendere quali siano le fasi tecniche da seguire e correggere gli eventuali errori commessi nell'inserimento dei dati. La Commissione tiene conto dell'esigenza di riequilibrare il potere negoziale delle parti, necessità avvertita anche in altri strumenti del diritto comunitario, come ad es. il Regolamento Roma I, e di facilitare il corretto funzionamento del mercato interno; pertanto, nell'Allegato I sono previsti, in maniera puntuale, anche i rimedi esperibili dall'operatore economico professionale nel caso in cui il consumatore non ottemperi ai propri obblighi.

comunemente, infatti, che un corretto flusso d'informazioni costituisca un mezzo adeguato per fornire al consumatore il livello di protezione di cui necessita. L'immagine che si profila dietro questa concezione di economia comportamentale è quella di un consumatore attento e oculato, con consolidate conoscenze di diritto comparato, in grado di discernere sia l'offerta economicamente più vantaggiosa, sia quale sistema legislativo sia più protettivo nei suoi confronti.²⁷¹

La nota informativa riceve molte critiche in dottrina²⁷²; si contesta, in particolare, che questa fondi un meccanismo scoraggiante per il consumatore, il quale, nella realtà dei fatti, è molto meno accorto riguardo alla comparazione tra sistemi giuridici e norme da questi poste per la sua tutela, e più attento al lato meramente economico della transazione²⁷³. La nota, infatti, non fornisce un raffronto tra le possibili alternative che si offrono al consumatore, segnatamente, la legge del Paese di residenza abituale del consumatore o quella del Paese di origine del venditore, che potrebbero addirittura garantire un livello maggiore di protezione²⁷⁴; inoltre, l'attuale formulazione del documento di cui all'Allegato II contribuisce a far desistere il consumatore dal fornire il proprio assenso all'impiego del Regolamento CESL, in quanto viene trasmessa la percezione che il consumatore debba essere messo in

²⁷¹ H-W. MICKLITZ, N. REICH, *op. cit.*, p. 43

²⁷² EUROPEAN LAW INSTITUTE, *op. cit.*, p. 23; J. M. SMITS, *The Common European Sales Law (CESL) Beyond Party Choice*, in *Maastricht European Private Law Institute*, Working Paper N. 2012/11, aprile 2012, p. 13

²⁷³ O. BEN-SHAHAR, C. SCHNEIDER, *The Failure of Mandated Disclosure*, in *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 159: 647, p. 676

²⁷⁴ M. W. HESSELINK, *op. cit.*, p. 10; J. M. SMITHS, *op. cit.*, p. 13-14

guardia contro i possibili effetti pericolosi provocati da questa nuova disciplina.²⁷⁵

Infine, gli obblighi d'informazione costituiscono una spesa notevole per le imprese, specie per quelle di piccole e medie dimensioni, che non possono beneficiare degli effetti dell'economia di scala²⁷⁶; per queste ragioni, tutte ricollegate all'inadeguatezza della nota informativa rispetto all'esigenza di assicurare la protezione del consumatore attraverso un flusso di notizie, da più parti²⁷⁷ si suggerisce l'adozione di una tecnica differente, basata sulla comparazione tra vari sistemi giuridici, e in grado di abbattere i costi elevati. Questo strumento dovrebbe fornire, attraverso un semplice collegamento ipertestuale, che rimanda a un sito web ufficiale, una raccolta di valutazioni, provenienti sia da esperti legali, sia da consumatori che precedentemente hanno fatto ricorso agli stessi sistemi legislativi; tuttavia, si sottolinea²⁷⁸ come al momento non esistano dei criteri unanimemente condivisi per creare delle tabelle di valutazione e comparazione tra esperienze giuridiche diverse.

Con la conclusione di un valido accordo riguardo all'utilizzo del Regolamento CESL, la disciplina contenuta in questo strumento regolerà l'oggetto del contratto, escludendo l'operatività della legge nazionale che sarebbe in primo luogo applicabile. Le materie che non

14 ²⁷⁵ EUROPEAN LAW INSTITUTE, *op. cit.*, p. 23; J. M. SMITHS, *op. cit.*, p. 13-

²⁷⁶ M. W. HESSELINK, *op. cit.*, p. 10

²⁷⁷ J. M. SMITHS, *op. cit.*, p. 13; ID., *Party Choice And The Common European Sales Law, Or: How To Prevent The Cesi From Becoming A Lemon On The Law Market*, in *Maastricht European Private Law Institute*, Working Paper N. 2012/13, Maggio 2012, p.10- 11

²⁷⁸ ID., *ult. op. cit.*, p.11

rientrano nel campo di applicazione dello strumento opzionale, quali ad esempio le questioni attinenti alla capacità, alla moralità, alla pluralità di debitori o creditori, sono regolate dalle norme preesistenti, estranee al diritto comune europeo, della legge nazionale applicabile in forza dei Regolamenti Roma I e Roma II, o di altre norme di conflitto pertinenti.²⁷⁹

5. Il sistema giurisdizionale per l'interpretazione della Proposta di Regolamento e la risoluzione delle dispute nel quadro del Regolamento CESL
 - a. La predisposizione da parte delle istituzioni dell'Unione Europea di meccanismi alternativi o *on-line* di risoluzione delle controversie (ADR/ ODR)

La versione definitiva della Proposta di Regolamento per un Diritto Comune Europeo della Vendita non fa alcun riferimento all'implementazione dei meccanismi alternativi di risoluzione delle controversie, segnatamente la devoluzione della questione a un arbitro, che possa giungere a una composizione della lite attraverso l'emissione di un lodo (ADR- *alternative dispute resolution*), e la soluzione tramite il ricorso a sistemi *on-line* (ODR- *on-line dispute resolution*). Si ritiene, infatti, che una precisa ed effettiva predisposizione di opzioni alternative al processo giurisdizionale possa aumentare la fiducia dei consumatori nelle transazioni internazionali, e che le stesse possano anche favorire la scelta del regolamento CESL nella conclusione di tali contratti.²⁸⁰

²⁷⁹ Considerando 27 della Proposta di Regolamento

²⁸⁰ H-W. MICKLITZ, N. REICH, *op. cit.*, p. 26; EUROPEAN LAW INSTITUTE, *op. cit.*, p. 40, in cui si sottolineano i vantaggi pratici dell'ADR in termini di costi ed

Questa lacuna nel testo finale della Proposta è stata recentemente colmata dall'opera congiunta di Parlamento Europeo e Consiglio, i quali, in data 21 maggio 2013 hanno adottato due atti legislativi, rispettivamente il Regolamento 524/2013, sulla risoluzione delle controversie riguardanti contratti di consumo tramite Internet, e la Direttiva 2013/11/EU, sui metodi alternativi di composizioni delle liti nei contratti conclusi con i consumatori.

Il Regolamento, in particolare, definisce il suo ambito oggettivo richiamando i contratti conclusi *on-line*, e definendo questi ultimi come quegli accordi negoziali che comprendono la vendita, a cura del professionista, o di un suo intermediario, di un bene o di un servizio attraverso un sito web o altri mezzi informatici, e il consumatore ha effettuato l'ordine per l'acquisto di tali beni o servizi tramite il suddetto sito o altro mezzo elettronico; a queste fattispecie viene equiparato anche il caso in cui il consumatore abbia raccolto delle informazioni sui servizi offerti o sul venditore attraverso qualsiasi strumento elettronico, come ad esempio un telefono cellulare dotato di connessione Internet.²⁸¹

Il Regolamento si propone la creazione di una piattaforma comune, condivisa dagli Stati membri dell'Unione, per la risoluzione *on-line* delle controversie riguardanti i contratti di consumo; questo programma prevede l'ideazione di un sito web interattivo, in cui le due parti contrapposte, il consumatore e il professionista, inserendo i dati relativi alla *causa petendi* e al *petitum* all'interno di un formulario e allegando i documenti relativi al caso di specie, possano facilmente ottenere le informazioni relative alla composizione della lite stessa e

accessibilità non solo per il consumatore, ma anche per le imprese nelle transazioni B2B.

²⁸¹ Considerando 14 del Regolamento 524/2013

un collegamento rapido con gli enti ADR per ottenere una decisione arbitrale.²⁸² Nonostante si preveda espressamente che il sistema di risoluzione ODR sia stato ideato per applicarsi alle dispute con carattere di transnazionalità, il Regolamento consente l'estensione della disciplina ivi contenuta anche alle situazioni puramente interne.²⁸³

Le disposizioni contenute nel Regolamento devono essere lette in combinato con la disciplina dettata dalla Direttiva 2013/11/EU²⁸⁴, la quale, appunto, riprende le definizioni accolte nel Regolamento per delimitare il proprio ambito di applicazione; statuisce, infatti, il Considerando 12 della Direttiva appena citata che la predisposizione e il corretto funzionamento di una piattaforma ODR prendano origine dalla disponibilità degli enti ADR. La Direttiva si pone come obiettivo l'implementazione dei sistemi alternativi di composizione delle controversie, nella prospettiva di più ampio respiro di aumentare la fiducia dei consumatori e creare delle situazioni favorevoli al potenziamento degli scambi commerciali nel mercato unico europeo; allo stato attuale, infatti, si riconosce che i metodi di risoluzione delle controversie diversi dal procedimento giudiziale non sono sufficientemente sviluppati nel territorio europeo.²⁸⁵ Nella realizzazione di un sistema più coeso a livello europeo, gli enti ADR di nuova creazione dovranno convivere con quelli già esistenti nei singoli Stati membri e inserirsi nel tessuto giuridico e culturale radicato in questi.²⁸⁶

²⁸² Considerando 18 e art. 5 del Regolamento 524/2013

²⁸³ Cfr. *supra* par. 3, lett. c, relativamente alla facoltà degli Stati membri di consentire la scelta del Regolamento CESL per disciplinare anche i contratti privi di ogni elemento di internazionalità; considerando 11 del Regolamento 524/2013

²⁸⁴ Considerando 16 della Direttiva 2013/11/EU

²⁸⁵ Considerando 4 e 5 della Direttiva 2013/11/EU

²⁸⁶ Considerando 15 della Direttiva 2013/11/EU

b. Il ruolo delle corti degli Stati membri e della Corte di Giustizia dell'Unione Europea

Con riferimento alle controversie relative ai contratti di consumo transnazionali, disciplinati dalle disposizioni del Regolamento CESL, la competenza giurisdizionale è in capo alle Corti nazionali; nel ruolo affidato a queste ultime è ravvisabile il concreto rischio che l'auspicato carattere di uniformità, proprio del Regolamento, venga irrimediabilmente compromesso dalle diverse interpretazioni attribuite allo stesso testo.²⁸⁷

In questo quadro piuttosto frammentario, s'inserisce la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, la quale si rende garante dell'interpretazione uniforme del Regolamento in questione²⁸⁸; tradizionalmente, le Corti nazionali hanno la facoltà, e, qualora siano di ultima istanza, l'obbligo di sottoporre una questione preliminare concernente l'esatta interpretazione di una disposizione del diritto dell'Unione e il recepimento negli ordinamenti giuridici interni. Tuttavia, l'introduzione di uno strumento opzionale conduce all'attribuzione alla Corte di Giustizia di un nuovo ruolo: infatti, il Regolamento CESL comporta la codificazione del diritto dei contratti e alla precisa regolamentazione di un'area fondamentale del diritto

²⁸⁷ E. A. POSNER, *The Questionable Basis of the Common European Sales Law: The Role of an Optional Instrument in Jurisdictional Competition*, in *Chicago Institute for Law and Economics*, Working Paper N. 597, maggio 2012, p. 9- 10

²⁸⁸ Il Considerando 29 della Proposta di Regolamento per un Diritto Comune Europeo della Vendita sottolinea l'importanza dell'interpretazione autonoma: le disposizioni contenute nel Regolamento, cioè, devono essere interpretate autonomamente, non assumendo come riferimento qualsiasi altro complesso normativo, bensì solo i principi e gli obiettivi ad esso sotteso; J. M. SMITHS, *The Common European Sales Law (CESL) Beyond Party Choice*, in *Maastricht European Private Law Institute*, Working Paper n. 2012/11, aprile 2012, p. 10

privato; parte della dottrina²⁸⁹ s'interroga sulla preparazione dei giudici, normalmente più avvezzi alle questioni inerenti al diritto pubblico, ma anche sulla struttura della Corte stessa e sui procedimenti decisionali, auspicandone un rinnovamento nell'organizzazione. Il Regolamento CESL, infatti, qualora fosse definitivamente adottato, costituirebbe un'assoluta novità nel panorama giuridico, e comporterebbe un profluvio di ricorsi preliminari, specie nella fase immediatamente successiva alla sua introduzione.

Conclusioni

Molte sono le obiezioni che possono essere mosse allo strumento opzionale CESL, e delle quali il legislatore dell'Unione europea dovrebbe tener conto nell'implementare il contenuto della Proposta della Commissione, qualora il testo di quest'ultima passasse il vaglio tecnico da parte del Consiglio²⁹⁰ e fosse definitivamente adottato e tradotto in Regolamento.

Anzitutto, in considerazione della necessità di fornire una disciplina pienamente armonizzata in materia di contratti di compravendita, già la Corte di Giustizia ebbe modo di statuire, in due sentenze, che le norme nazionali riguardanti la vendita di beni non costituiscono alcun ostacolo allo sviluppo del commercio e alla realizzazione del mercato unico²⁹¹. Di converso, un complesso

²⁸⁹ MAX PLANCK INSTITUTE FOR COMPARATIVE AND INTERNATIONAL PRIVATE LAW, *op. cit.*, p. 45

²⁹⁰ R. TORINO, *op. cit.*, p. 171

²⁹¹ C.G.C.E., sent. 24 gennaio 1991, causa C- 339/89 (“*Alshtom Atlantique v Compagnie de construction mécanique Sulzer SA*”), in *Raccolta*, p. I- 107; sent. 13 ottobre 1992, causa C- 93/92 (“*CMC Motorradcenter GmbH v P. Baskiogullari*”), in *Raccolta*, p. I- 5009

normativo totalmente uniformato, che miri a dettare delle regole e dei principi comuni, e che sostituisca le disposizioni dei singoli Stati membri in ambito contrattuale potrebbe comportare uno svantaggio per la figura del consumatore, giacché si ritiene²⁹² che una più compiuta disciplina di ogni singolo rapporto contrattuale dovrebbe fondarsi sull'attenta valutazione del caso concreto, e, quindi, anche delle tradizioni e delle regole giuridiche applicabili alla fattispecie in esame, calibrate in considerazione della protezione da garantire al contraente debole. L'attuale formulazione della Proposta di Regolamento, per quanto negli intenti si proponga di superare le legislazioni degli Stati membri, tuttavia non ne esclude totalmente il rilievo, sussistendo delle questioni relative alla fattispecie contrattuale che non sono ricomprese nel campo di applicazione delle norme uniformi, e per la definizione delle quali si rende necessario fare riferimento alle disposizioni nazionali, con la conseguenza di ridurre il grado di certezza del diritto al quale tende lo strumento opzionale.

Sulla scorta di queste considerazioni, sembrerebbe preferibile operare un ravvicinamento tra ordinamenti giuridici nazionali attraverso un raccordo tra le singole disposizioni in materia contrattuale, attuabile mediante l'adozione di una Direttiva, piuttosto che di un Regolamento.

Il problema relativo alla necessaria attenzione alle disposizioni e alle tradizioni giuridiche dei singoli Stati membri si rinviene anche nell'ambito della tutela giurisdizionale: infatti, le soluzioni giudiziali prospettate a livello europeo, grazie all'attribuzione alla Corte di Giustizia della competenza a fornire l'interpretazione uniforme, in via preliminare, del Regolamento, e a

²⁹² G. HOWELLS, *op. cit.*, p. 179 e 185

dirimere eventuali conflitti scaturenti dall'applicazione delle disposizioni ivi contenute, potrebbero risultare estremamente distanti, nei risultati, dalle fattispecie concrete, le quali, appunto, richiedono un'accurata valutazione anche del contesto sociale e giuridico all'interno del quale vengono a formarsi. A livello interno, per quanto attiene al ruolo delle Corti nazionali, come si è già evidenziato in precedenza al par. 5, lett. *b*, il preteso carattere uniforme del Regolamento potrebbe essere compromesso dalle diverse soluzioni e interpretazioni fornite dai giudici dei singoli ordinamenti giuridici²⁹³; stanti queste difficoltà d'interpretazione e utilizzo dello Strumento Opzionale, in attesa che si sviluppi sia una nutrita giurisprudenza attorno a questo *corpus* normativo, sia un efficace sistema di *legal advisory* che permetta, alle imprese e ai professionisti, di conoscere le caratteristiche dello strumento CESL, permangono dubbi in dottrina²⁹⁴ sulla concreta applicabilità e utilizzabilità del Regolamento in questione.

²⁹³ E. A. POSNER, *op. cit.*, p. 9- 10

²⁹⁴ G. HOWELLS, *op. cit.*, p. 177

BIBLIOGRAFIA

ALPA G., *Autonomia delle parti e libertà contrattuale, oggi*

BASEDOW J., *Consumer contracts and insurance contracts in a future Rome I- regulation*, in *Enforcement of International contracts in the European Union*, 2004, p. 269- 294

BEN- SHAHAR O., SCHNEIDER C., *The Failure of Mandated Disclosure*, in *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 159: 647, p. 647-749

BERTOLI P., *Il ruolo della Corte di Giustizia e l'interpretazione del futuro regolamento "Roma I"*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, n. 4, 2006, p.999 ss.

BIAGIONI G., *Tecniche internazionalprivatistiche fondate sulla volontà delle parti nel diritto dell'Unione Europea*, in *Cuadernos de derecho transnacional*, 2/ 2010

ID., FRANZINA P. (a cura di), *L'ordine pubblico e le norme di applicazione necessaria nella proposta di regolamento Roma I*, in *La nuova disciplina dei contratti nella proposta di regolamento Roma I*, 2006

ID., FRANZINA P., SALERNO F. (a cura di), *Norme di applicazione necessaria*, in *Commentario al Regolamento 593/ 2008*, in *Nuove Leggi Civili Commentate*, 2009, p. 788- 804

ID., FRANZINA P., SALERNO F. (a cura di), *Ordine pubblico del foro*, in *Commentario al Regolamento 593/ 2008*, in *Nuove Leggi Civili Commentate*, 2009, p. 912- 919

BISPING C., *The Common European Sales Law, Consumer Protection and Overriding Mandatory Provisions in Private International Law*, in *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 62, Issue 02, aprile 2013, p. 463- 483

BONFANTI A, BOSCHIERO N. (a cura di), *Le relazioni intercorrenti tra il Regolamento Roma I e le convenzioni internazionali (in vigore e non)*, in *La nuova disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti (Roma I)*, Milano, 2009, p. 383 ss.

BONOMI A., *Rome I Regulation- Some General Remarks*, in *Yearbook of Private International Law, Volume 10, 2008*, p. 165 ss.

ID., *Le norme imperative e le norme di applicazione necessaria nell'esperienza giuridica positive*, in *Considerazioni sulla Convenzione Europea sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali del 19 Giugno 1980 nonché sulle leggi italiana e svizzera di diritto internazionale privato*, Zurigo, 1998, p. 9- 39

ID., *Determinazione di un concetto positivo di norma di applicazione necessaria. Precisazione e implicazioni*, in *Considerazioni sulla Convenzione Europea sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali del 19 Giugno 1980 nonché sulle leggi italiana e svizzera di diritto internazionale privato*, Zurigo, 1998, p. 137- 221

ID., *La Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali internazionali del 19 giugno 1980*, 2004, p. 629- 691

ID., BOSCHIERO N. (a cura di), *Le norme di applicazione necessaria nel Regolamento Roma I*, in *La nuova disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti (Roma I)*, Milano, 2009, p. 173 ss.

BOSCHIERO N., *I limiti al principio d'autonomia posti dalle norme generali del regolamento Roma I. Considerazioni sulla "conflict involution" europea in materia contrattuale*, in *La nuova disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti (Roma I)*, Milano, 2009, p. 67 ss.

CAAMINA DOMINGUEZ C.M., *El concepto legal de "consumidor" en el Derecho privado europeo y en el Derecho espanol: aspectos controvertidos o no resueltos*, in *Cuadernos del derecho transnacional*, 2011, vol. 3, n. 1, p. 63- 83

CAGGIANO I. A., *L'uniformazione del diritto contrattuale europeo. American perspectives*, in *Annali 2011- 2012, Saggistica*, Università degli Studi Sant'Orsola Benincasa, p. 1- 33

CALVO- CARAVACA A.L., *El reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: cuestiones escogidas*, in *Cuadernos de derecho transnacional*, 2009, vol. 1, n. 2, p. 52- 133

CASSIS C., *La legge applicabile alle obbligazioni contrattuali tra la Convenzione di Roma e il regolamento "Roma I"*, Tesi di laurea, 2009

COMMISSIONE GIURIDICA DEL PARLAMENTO EUROPEO, *Documento di Lavoro sulla proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a un diritto comune europeo della vendita (COM 8201190635- C7-0329/2011- 2011/0284(COD))*, 8.10.2012, p. 1 ss.

D'AMICO G., *Direttiva sui diritti dei consumatori e Regolamento sul Diritto comune europeo della vendita: quale strategia dell'Unione Europea in*

materia di armonizzazione?, in *Dibattiti- Diritto comune europeo della vendita*, 7/2012, p. 611- 624

DIZIONARIO DI ECONOMIA E FINANZA, in TRECCANI.IT-
ENCICLOPEDIA ITALIANA

EUROPEAN PARLIAMENT- DIRECTORATE GENERAL FOR
INTERNAL POLICIES (a cura di M. BEHAR- TOUCHAIS), *The Functioning
of the CESL Within of The Rome I Regulation. Study*, ottobre 2012, p. 1 ss.

EUROPEAN LAW INSTITUTE, *Statement of the European Law
Institute on the Proposal for a Regulation on a Common European Sales Law
COM (2011) 635 final*, febbraio 2012, p. 1-331

FERRARI F., *Contratti dei consumatori, diritto comunitario e
convenzionale: i criteri di collegamento*, in *Obbligazioni e contratti*, Dicembre
2007, p. 972- 979

FRANZINA P., SALERNO F. (a cura di), *Art. 2- Carattere
universale*, in *Commentario al Regolamento CE 593/2008*, in *Nuove Leggi
Civili Commentate*, 2009, p. 606- 611

ID., SALERNO F. (a cura di), *Relazioni con la convenzione di Roma*,
in *Commentario al Regolamento 593/ 2008*, in *Nuove Leggi Civili Commentate*,
2009, p. 521 ss.

ID., SALERNO F. (a cura di), *Art. 25 e 26- Elenco delle Convenzioni*,
in *Commentario al Regolamento CE 593/2008*, in *Nuove Leggi Civili
Commentate*, 2009, p. 942 ss.

FORNASIER M., 28. *Versus 2.Regime- Kollisionsrechtliche Aspekte
eines optionalen europäischen Vertragsrechts*, in *Max Planck Private Law
Research Paper*, N. 11/10, Hamburg, 2012, p. 402- 442

GARCIMARTIN ALFEREZ F.J., *The Rome I Regulation: Much Ado
About Nothing*, in *The European Legal Forum*, 2008 p. 61- 80

GARDELLA A., *Art. 3- Libertà di scelta*, in *Commentario al
Regolamento CE 593/2008*, in *Nuove Leggi Civili Commentate*, 2009, p. 611-
629

GIULIANO M., LAGARDE P., *Relazione Giuliano- Lagarde sulla
Convenzione relativa alla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali del
1980*, in *Gazzetta Ufficiale* n. C 282, 31/10/1980

GREEN PAPER FROM THE COMMISSION ON POLICY
OPTIONS FOR PROGRESS TOWARDS A EUROPEAN CONTRACT LAW
FOR CONSUMERS AND BUSINESSES, Bruxelles, 1. 7. 2010

HARVEY C., SCHILLIG M., *Consequences of an Ineffective Agreement to Use the Common European Sales Law*, in *Centre of European Law, Working Papers in European Law*, Working Paper 03/2012, p. 1 ss.

HESSELINK M. W., *How To Opt Into the Common European Sales Law? Brief Comments on the Commission's Proposal for a Regulation*, in *Centre for the Study of European Contract Law, Working Paper Series*, N. 2011- 15, p. 1- 12

ID., RUTGERS J. W., DE BOOYS T. Q., *The Legal Basis for an Optional Instrument of European Contract Law*, in *Centre for the Study of European Contract Law Working Paper*, n. 2007/04, p. 1- 83

HILL J., *Article 6 of the Rome I Regulation. Much ado about nothing*, in *Nederlands Privatrecht*, 2009, p. 437- 444

HOWELLS G., *European Contract Law Reform and European Consumer Law- Two Related But Distinct Regimes*, in *European Review of Contract Law*, 2(2011), p. 173- 194

JANSEN N., *Revision des Verbraucher-acquis? Zwölf Thesen zum Kommissionsvorschlag eines Gemeinsamen Europäischen Kauf-rechts und zur Zukunft des europäischen Vertragsrechts. Referat im Rahmen der Vortragsreihe "Rechtsfragen der Europäischen Integration"*, in *Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht*, Bonn, Gennaio 2012, p. 1 ss.

KORNET N., *The Common European Sales Law and the CISG. Complicating or Simplifying the Legal Environment?*, in *Maastricht European Private Law Institute*, Working Paper N. 2012/4, p. 2 ss.

KUIPERS J.J., *EU Law and Private International Law: The Interrelationship in Contractual Obligations*, Leiden, 2012

LAGARDE P., *Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain*, in *Recueil des Cours- Collected Courses of the Hague Academy of international law*, 1986, vol. 196

LEANDRO A., *Art. 4- Legge applicabile in mancanza di scelta*, in *Commentario al Regolamento CE 593/2008*, in *Nuove Leggi Civili Commentate*, 2009, p. 637- 671

LEIBLE S., *Wege zu einem Europäischen Privatrecht- Anwendungsprobleme und Entwicklungsperspektiven des*

Gemeinschaftsprivatrechts, sito web www.zivilrecht4.uni-yreuth.de/de/team/owner_of_chair/Leible_Stefan/stefan_leible.pdf

LOW G., *Unitas Via Diversitas. Can the Common European Sales Law Harmonize Through Diversity?*, in *The Proposed Common European Sales Law*, Round Table Seminar in Brussels, 9 dicembre 2011, p. 132 ss.

MAGNUS U., MANKOWSKI P., *Consumer contracts (Question 12)*, in *Green Paper on Rome I Regulation*, in *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, 103- 2004, p. 164- 170

MARINO S., *Metodi di diritto internazionale privato e tutela del contraente debole nel diritto comunitario*, Milano, 2010

MARRELLA F., FRANZINA P. (a cura di) *Prime note circa la scelta del diritto applicabile alle obbligazioni contrattuali nella proposta di regolamento "Roma I"*, in *La nuova disciplina dei contratti nella proposta di regolamento Roma I*, 2006, p. 28- 40

ID., BOSCHIERO N. (a cura di), *Funzione ed oggetto dell'autonomia della volontà nell'era della globalizzazione del contratto*, in *La nuova disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti (Roma I)*, Milano, 2009, p. 15 ss.

MAX PLANCK INSTITUTE FOR COMPARATIVE AND INTERNATIONAL PRIVATE LAW, *Policy Options for Progress Towards a European Contract Law. Comments on the Issues Raised in the Green Paper from the Commission on 1 July 2010, COM (2010) 348 final*, p. 1 ss.

MAX PLANCK INSTITUTE FOR FOREIGN PRIVATE AND INTERNATIONAL PRIVATE LAW, *Question 12: Evaluation of Consumer Protection Rules*, in *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 2004, p. 48- 59

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 *European University Institute (EUI) Working Papers, Department of Law*, 2012/04, p. 1 ss.

MOHAMED MAHMOUD M. S., *Loi d'autonomie et méthodes de protection de la partie faible en droit international privé*, in *Recueil des Cours- Collected Courses of the Hague Academy of international law*, 2005, vol. 315, p. 153 ss.

ORTIZ VIDAL M.D., *Autonomía de la voluntad, proximidad y eficiencia*, in *Contratacion Internacional y Espacio Judicial Europeo: El*

Principio de Proximidad en el Reglamento Roma I, Tesis Doctoral, 2012, p. 89-112

PIRODDI P., *La tutela del contraente debole nel regolamento Roma I, Milano, 2012*

PIZZOLANTE G., *I contratti con i consumatori nella proposta di regolamento sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, in *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 1- 2006, p. 987-998

ID., *I contratti con i consumatori e la nuova disciplina comunitaria in materia di legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Octubre 2009, vol. 1, n. 2, p. 221- 236

ID., FRANZINA P., SALERNO F. (a cura di), *Contratti conclusi da consumatori*, in *Commentario al Regolamento 593/ 2008*, in *Nuove Leggi Civili Commentate*, 2009, p. 727- 749

POCAR F., *La protection de la partie faible en droit international privé*, in *Recueil des Cours- Collected Courses of the Hague Academy of international law*, 1984, vol. 188, p. 349 ss.

POSNER E. A., *The Questionable Basis of the Common European Sales Law: The Role of an Optional Instrument in Jurisdictional Competition*, in *Chicago Institute for Law and Economics, Working Paper N. 597*, maggio 2012, p. 2- 15

PROPOSTA DI REGOLAMENTO DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO RELATIVO AD UN DIRITTO COMUNE EUROPEO DELLA VENDITA, Bruxelles, 11. 10. 2011, COM (2011) 635 definitivo, p. 11

RACCOMANDAZIONE 2003/361/CE, 6 maggio 2003

ROESLER H., *Protection of the Weaker Party in European Contract Law: Standardized and Individual Inferiority in Multi- level Private Law*, in *European Review of Private Law*, 4- 2010, 2010, p. 729 ss.

RUEHL G., *The Common European Sales Law: 28th regime, 2nd regime or 1st regime?*, in *Maastricht European Private Law Institute, Working Paper N 2012/5*, Marzo 2012, p. 1 ss.

ID., *Consumer Protection in Choice of Law*, in *Cornell International Law Journal*, 2011, vol. 569, p. 570- 601

SBORDONE F., *La maggiore “estensione” dell’autonomia contrattuale internazionale rispetto a quella interna*, in *Contratti internazionali*,

regole “a-nazionali” e diritto internazionale private, *Gazzetta forense*, Novembre- Dicembre 2008, p. 136 ss

SEATZU F., BOSCHIERO N. (a cura di), *Contratti con i consumatori e Regolamento Roma I*, in *La nuova disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti (Roma I)*, Milano, 2009, p. 299 ss.

SIRENA P., *Diritto comune europeo della vendita vs. Regolamento di Roma I: quale futuro per il diritto europeo dei contratti?*, in *Dibattiti- Diritto comune europeo della vendita*, 7/2012, p. 634- 637

SMITHS J. M., *The Common European Sales Law (CESL) Beyond Party Choice*, in *Maastricht European Private Law Institute*, Working Paper n. 2012/11, Aprile 2012, p. 2- 17

ID., *Party Choice And The Common European Sales Law, Or: How To Prevent The Cegl From Becoming A Lemon On The Law Market*, in *Maastricht European Private Law Institute*, Working Paper N. 2012/13, Maggio 2012, p.1 ss.

SOMMA A., *Der Schutz der schwächeren Vertragspartei*, in *New Features in Contract Law*, München , 2007, p. 25- 48

STANZIONE P., *Il regolamento di Diritto comune europeo della vendita*, in *Dibattiti- Diritto comune europeo della vendita*, 7/2012, p. 624- 634

STRAETMANS G., *The consumer concept in EC law*, in *Enforcement of International contracts in the European Union*, 2004, p. 295- 322

TIMPANO V., *Electio legis e contratti dei consumatori*, *Tesi di dottorato di ricerca in Diritto Europeo dei contratti civili, commerciali e del lavoro*, Scuola dottorale Interateneo in Scienze Giuridiche “Ca’ Foscari”, a.a. 2010- 2011

TORINO R., *La proposta di regolamento per un diritto comune europeo della vendita (Common European Sales Law)*, in *La cittadinanza europea*, 2/2012, p. 153- 173

TROMBETTI O., *La Proposta di Regolamento per un Diritto Comune della Vendita: Rilievi Critici*, *Tesi di Dottorato*, Università degli Studi di Milano, 2012, p. 84- 108

UBERTAZZI B., *Il regolamento Roma I sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, Milano, 2008

VALPUESTA GASTAMINZA E., *La propuesta de normativa comùn de compraventa europea (CESL), un paso mas hacia la unificacion del derecho del contrato en la Union Europea, lastrado por la protecciòn al consumidor*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, marzo 2013, vol. 5, N.1, p. 199- 216

VILLANI U., *La convenzione di Roma sulla legge applicabile ai contratti*, Bari, 1997, p. 66- 82 e 123- 143

ID., BOSCHIERO N. (a cura di), *La legge applicabile in mancanza di scelta del contraente*, in *La nuova disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti (Roma I)*, Milano, 2009, p. 149 ss.

VON SAVIGNY F. C., *Sistema del diritto romano attuale*, Torino, 1898, vol.8, p. 30 e 206

WESTLAKE J., *Private International Law*, Toronto, 1925

ZANOBETTI A., *Il regolamento CE/ 593/ 2008 (Roma I) sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, *Appunti del Corso di Diritto Internazionale Privato, Università di Bologna, a.a. 2012/ 2013*