

LUISS GUIDO CARLI
LIBERA UNIVERSITA' INTERNAZIONALE DEGLI STUDI SOCIALI

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
TESI DI LAUREA MAGISTRALE A CICLO UNICO

**LA PROPOSTA DI REGOLAMENTO PER UN DIRITTO
COMUNE EUROPEO DELLA VENDITA (CESL)**

RELATORE: Prof.ssa Barbara Santa De Donno

CANDIDATA: Martina Mandozzi

MATR. 090053

CORRELATORE: Prof. Domenico Benincasa

ANNO ACCADEMICO 2013/2014

*“Valor vero e virtù, modestia e fede
e di giustizia amor, sempre in qualunque
pubblico stato, alieni in tutto e lungi
da’ comuni negozi, ovvero in tutto
sfortunati saranno, afflitti e vinti;
perché die’ lor natura, in ogni tempo
starsene in fondo. Ardir protervo e frode,
con mediocrità, regneran sempre,
a galleggiar sortiti.
[...] Materia al canto
non cercar dentro di te. Canta i bisogni
del secol nostro, e la matura speme.”*

GIACOMO LEOPARDI,
Palinodia al Marchese Gino Capponi,
vv. 69-77 e vv. 236-238.

Indice

Note Introduttive.....	1
------------------------	---

CAPITOLO I

IL PROCESSO DI UNIFORMAZIONE DEL DIRITTO EUROPEO DEI CONTRATTI

1. L'esigenza di costruire un diritto comune europeo. Regole uniformi.....	4
2. L'armonizzazione introdotta dagli strumenti di uniformazione del diritto contrattuale provenienti dalle istituzioni europee: <i>l'acquis</i> consumeristico.....	9
3. Il progetto di <i>Common Frame of Reference</i> e il dibattito sulla codificazione europea.....	17
3.1. La <i>Communication</i> della Commissione europea del 2001.....	17
3.2. La <i>Communication</i> del 2003 e l' <i>Action Plan</i>	23
3.3. Dall' <i>Action Plan</i> al <i>Draft Common Frame of Reference</i>	32
4. L'evoluzione del progetto di uniformazione del diritto contrattuale europeo dopo il <i>Draft Common Frame of Reference</i> : verso un diritto comune europeo della vendita.....	40

4.1. L'istituzione di un gruppo di esperti e il Libro Verde della Commissione europea del 2010 sulle possibili opzioni in vista di un diritto europeo dei contratti per i consumatori e le imprese.....	40
4.2. Il <i>Feasibility Study</i> (FS).....	46
4.3. La Proposta ufficiale di Regolamento per un diritto comune europeo della vendita (CESL).....	49

CAPITOLO II

LA PROPOSTA DI REGOLAMENTO DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO RELATIVO A UN DIRITTO COMUNE EUROPEO DELLA VENDITA

1. La Proposta di Regolamento: commenti e questioni.....	58
2. L'ambito della Proposta.....	77
2.1. L'ambito soggettivo.....	77
2.2. L'ambito oggettivo.....	80
2.3. L'ambito territoriale.....	83
3. La base giuridica della Proposta.....	85
4. La natura opzionale del futuro strumento.....	92
5. Il quadro normativo di riferimento: le difficoltà applicative.....	97
5.1. La Proposta e il Regolamento (CE) n. 593/2008 (Roma I).....	97
5.2. Il rapporto tra lo strumento proposto e la Convenzione di Vienna del 1980.....	103
6. La Proposta e il processo di integrazione europea: una risposta adeguata ai fini del funzionamento del mercato unico.....	109

CAPITOLO III

GLI OBBLIGHI DI INFORMAZIONE E IL LIVELLO DI PROTEZIONE DEL CONSUMATORE NELLA PROPOSTA DI REGOLAMENTO. PROFILI COMPARATISTICI TRA L'ACQUIS COMMUNAUTAIRE, LA CONSUMER RIGHTS DIRECTIVE (CRD) 2011/83/UE E LA PROPOSTA DI REGOLAMENTO

1. Gli obblighi di informazione: la disciplina contenuta nella Proposta di Regolamento a confronto con la <i>Consumer Rights Directive</i> (CRD) 2011/83/UE e l' <i>Acquis Communautaire</i>	113
1.1. La disciplina delle informazioni precontrattuali durante la formazione del contratto.....	113
1.2. La disciplina dei rimedi in caso di mancata soddisfazione da parte del professionista dell'obbligo informativo.....	126
2. Diritto comune europeo della vendita e tutela del consumatore.....	141
2.1. La tutela del consumatore e la disciplina del recesso di protezione.....	141
2.2. Diritto comune europeo della vendita e tutela del consumatore. Conclusioni.....	156
3. Una prospettiva di <i>law and economics</i>	159
 Conclusioni.....	 165
Bibliografia.....	171
Sitografia.....	181

Note Introduttive

Nell'ultimo decennio sembra essere accresciuto nelle istituzioni europee l'interesse circa l'uniformazione del diritto europeo dei contratti, anzi la materia viene considerata di notevole importanza con riferimento al raggiungimento degli obiettivi strategici dell'Unione, strettamente connessi al corretto funzionamento del mercato interno.

Le transazioni sono regolate dal diritto contrattuale degli Stati membri, e nonostante l'Unione abbia proceduto, attraverso una armonizzazione minima, ad appianare le differenze tra le legislazioni nazionali, continuano a permanere considerevoli diversità che ostacolano il decollo delle operazioni transfrontaliere e impediscono l'ottimale funzionamento del mercato interno europeo.

A ben vedere, in passato, molteplici sono stati gli studi accademici che si sono impegnati ad elaborare un nucleo di principi comuni in materia di diritto privato, in particolare contrattuale, e che si sono interrogati sul problema di una possibile codificazione europea.

Prima fra tutti la Commissione Lando, un gruppo di studio organizzato dalla stessa Commissione europea, guidata dal professore danese Ole Lando, da cui ne prende il nome, ha elaborato i *Principles of European Contract law (PECL)*, che sono stati pubblicati tra il 1995 e il 2001.

Nel 1998, un altro gruppo di esperti si è organizzato sotto la guida del professore tedesco Christian von Bar, si tratta del c.d. *Study Group*, e ha prodotto i *Principles of European Law (PEL)*, estesi non solo alla disciplina del contratto in generale, ma anche di singoli tipi contrattuali, delle obbligazioni extra-contrattuali, del trasferimento di beni mobili, pubblicati in otto volumi nel 2006.

Va inoltre ricordato il *Project Group on a Restatement European Insurance Contract Law (Insurance Group)*, nato nel 1999 per elaborare i *Principles of*

European Insurance Contract Law (PEICL), presieduto dal professore austriaco Fritz Reichert-Facilidies.

Un altro gruppo di accademici è stato fondato nel 2002, denominato *European Reserach Group on Existing Private Law*, c.d. *Acquis Group*, coordinato dall'italiano Gianmaria Ajani e dal tedesco Hans Schulte-Nölke, che si è preoccupato di organizzare in modo coerente l'*acquis communautaire* in materia di tutela del consumatore, basandosi sull'analisi delle relative direttive comunitarie, il cui lavoro si è espresso nei *Principles of Existing Contract Law (Acquis Principles)*, pubblicati nel 2007.

Va altresì menzionato il *Code Européen des Contracts*, il c.d. progetto Gandolfi¹, predisposto dall'Accademia dei Giusprivatisti Europei di Pavia, di cui è stato pubblicato nel 2001 il primo libro, dedicato alla disciplina dei contratti in generale, e di cui è in fase di elaborazione il secondo libro relativo ai contratti speciali, di cui è stata pubblicata la prima parte nel 2006.

A queste iniziative si aggiunge il *Common Core of European Private Law* dell'Università di Trento, il quale, avviato nel 1993, è principalmente concentrato sulla comparazione delle varie discipline nazionali esistenti.

E' proprio in questo contesto che si inquadra la recente proposta della Commissione europea per un Regolamento relativo ad un diritto comune europeo della vendita.

Il presente elaborato si propone di analizzare l'evolversi del progetto di uniformazione del diritto contrattuale europeo e di offrire alcune considerazioni sul futuro strumento opzionale per un diritto comune europeo della vendita.

A questo fine si analizzerà nel dettaglio la Proposta di Regolamento, con speciale riferimento ai suoi ambiti soggettivo, oggettivo e territoriale, alla base giuridica e al quadro normativo entro il quale la stessa si colloca.

Verrà analizzato dapprima il rapporto tra la Proposta e il Regolamento n. 593/2008 (Roma I) sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali e, successivamente, il rapporto intercorrente tra la Proposta stessa, la Convenzione di Vienna del 1980

¹ G. GANDOLFI, "Per l'unificazione del diritto in Europa: il codice europeo dei contratti", in Riv. Trim. Dir. Proc. Civ., 1995, p. 1073.

sulla vendita internazionale e i Principi Unidroit, che enunciano regole generali in materia di contratti commerciali internazionale.

Si passerà poi a considerare il ruolo che la Proposta può svolgere nell'importante processo di integrazione europea e si esporranno punti di forza e di debolezza presenti nell'impianto stesso della normativa.

Infine, l'indagine del presente elaborato si concentrerà sull'analisi degli obblighi di informazione, con riferimento al momento della formazione del contratto. Si procederà quindi a discutere dei rimedi previsti in caso di mancata soddisfazione da parte del professionista dell'obbligo informativo e, successivamente, a porre a comparare il disposto contenuto nella Proposta di Regolamento con l'*acquis* consumeristico e la *Consumer Rights Directive* (CRD). Particolare attenzione sarà dedicata alla discussione sull'opportunità di predisporre una regolazione della buona fede nelle trattative, alla luce delle differenze che caratterizzano i sistemi di *civil law* e quelli di *common law*. Verrà altresì considerata la tutela del consumatore così come apprestata dalla disciplina del recesso di protezione, infine si illustrerà la prospettiva che la dottrina *law and economics* assume nei confronti della Proposta.

Seguirà l'esposizione dei rilievi conclusivi, nei quali verrà riconsiderato il discorso affrontato nei capitoli precedenti e se ne darà una lettura orientata alla funzione che la Proposta di regolamento è in grado di svolgere nello scenario dell'integrazione europea, la quale trova fondamento sullo sviluppo della dimensione economica del mercato interno europeo ma anche, e soprattutto, sullo sviluppo di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia (SLSG), così come delineato dall'art. 3, paragrafo 2, TUE.

CAPITOLO I

IL PROCESSO DI UNIFORMAZIONE DEL DIRITTO EUROPEO DEI CONTRATTI

1. L'esigenza di costruire un diritto comune europeo. Regole uniformi.

Negli ultimi anni il progetto di creare un “diritto comune europeo”², nel settore del diritto contrattuale, ha varcato la soglia delle discussioni accademiche per giungere all'attenzione degli Organi comunitari, che hanno risposto intraprendendo iniziative via via più esplicite.

Il progetto per lo sviluppo di un *Common Frame of Reference* matura in un contesto segnato da manifeste difficoltà a raggiungere una uniformazione o, quantomeno,

² V. ROPPO, “Sul diritto europeo dei contratti: per un approccio costruttivamente critico”, in *Europa e diritto privato*, 2004, p. 441-442, ma anche in “Prospettive del diritto contrattuale europeo”, in *Corr. Giur.*, 2009, fasc. 1, p. 276-277, distingue tra diritto “comunitario” europeo (European Community Law) e diritto “comune” europeo (European Common Law). L'uno proviene dalle sedi istituzionali dell'Unione, trova la sua fonte prevalente nelle direttive destinate ad essere trasposte negli ordinamenti interni degli Stati membri, l'altro, invece, consiste in un corpo di regole, principi e categorie che si genera mediante un processo non istituzionalizzato in cui interagiscono i diversi attori giuridici nazionali.

una armonizzazione³ del diritto contrattuale attraverso i tradizionali strumenti d'azione comunitari⁴.

L'intervento dei giudici dei vari Stati membri ha esacerbato le difficoltà e i difetti di coordinamento generati dai modelli di regolamentazione e dalle soluzioni giuridiche proposte dalle varie direttive comunitarie. Scarsa era apparsa la loro capacità nel modificare le abituali categorie concettuali⁵.

Queste considerazioni correlate alla necessità di creare un mercato unico interno⁶, caratterizzato dall'eliminazione degli ostacoli alla libera circolazione di merci, persone, capitali e servizi, ha rappresentato una forte spinta per gli Organi comunitari verso una azione tesa alla "europeizzazione" del diritto privato degli Stati membri, valorizzando progetti inizialmente appartenenti al formante accademico.

Lo slancio di entusiasmo, che ha accompagnato questa azione, ha portato ad estenderla, nel senso di una armonizzazione, anche verso settori riguardanti la disciplina delle fonti non contrattuali delle obbligazioni.

³ Come rileva U. PERFETTI, "Introduzione", *Il Draft Common Frame of Reference del diritto privato europeo*, G. ALPA, G. IUDICA, U. PERFETTI, P. ZATTI (a cura di), Milano, 2009, "l'uniformazione, [...], presuppone che siano dettate norme sul versante multistatuale destinate ad operare nell'ordinamento interno del singolo Stato subordinatamente alla loro interpretazione" mentre "l'armonizzazione richiederebbe un processo di formazione dell'ordito normativo simile a quello garantito dalle direttive, che lasciano ogni Stato libero di recepirne i principi, nelle forme e con i mezzi ritenuti più opportuni; l'unificazione, infine, rappresenta il traguardo più ambizioso e presuppone che esista un unico centro abilitato a dettare regole che devono essere interpretate ed applicate da una struttura giurisdizionale unica." Sottolinea altresì L. MENGONI, "L'Europa dei codici o un codice per l'Europa?", in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1992, p.518, come "l'armonizzazione (sia) una forma di unificazione del diritto più debole perché preserva l'individualità delle norme armonizzate modificandole soltanto nella misura necessaria al conseguimento di un risultato sostanzialmente uguale".

⁴ G. ALPA, G. CONTE, "Riflessioni sul progetto di Common Frame of Reference e sulla revisione dell'Acquis Communautaire", in *Riv. Dir. Civ.*, 2008, fasc. 2, p. 141-142.

⁵ G. ALPA – G. CONTE, *Ibidem*, p.142.

⁶ Obiettivo fissato dall'art. 3, lett. C) del Trattato istitutivo CE, oggi corrispondente all'art. 26 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea.

Questa aspirazione ha, però, incontrato il limite intrinseco consistente nelle materie estranee alla competenza comunitaria, come i rapporti relativi alla famiglia, alle successioni o alla proprietà.

Sul piano della legittimità formale gli interventi tesi alla realizzazione di un diritto contrattuale europeo sembrerebbero trovare fondamento negli artt. 114 e 115 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, che riconoscono al Parlamento europeo e al Consiglio il potere di adottare direttive volte al “*ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri che abbiano un'incidenza diretta sull'instaurazione o sul funzionamento del mercato interno*” o comunque misure che consentano tale ravvicinamento⁷.

Non va dimenticata, ai fini dell'armonizzazione del diritto privato europeo, la specifica competenza attribuita al Parlamento e al Consiglio di adottare misure nel settore della cooperazione giudiziaria in materia civile, allo scopo di istituire progressivamente uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia⁸.

Il progetto di un “quadro comune di riferimento” è stato sollecitato dalla necessità di ottenere regole uniformi nel settore dei contratti, per una serie di motivi⁹, che vengono ampiamente discussi nei documenti delle Istituzioni comunitarie, e che verranno qui di seguito analizzati.

- Facilitazione dei traffici transfrontalieri: le differenze tra le legislazioni nazionali costituiscono un ostacolo alla circolazione di beni e servizi

⁷ La scelta di inquadrare la base giuridica della Proposta nell'art. 114 TFUE è stata criticata dalla dottrina sulla base della casistica della Corte di giustizia dell'UE, secondo cui a fondamento dello strumento opzionale dovrebbe, invece, collocarsi l'art. 352 del TFUE, il quale stabilisce che: “Se un'azione dell'Unione appare necessaria, nel quadro delle politiche definite dai trattati, per realizzare uno degli obiettivi di cui ai trattati senza che questi ultimi abbiano previsto i poteri di azione richiesti a tal fine, il Consiglio, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione e previa approvazione del Parlamento europeo, adotta le disposizioni appropriate. Allorché adotta le disposizioni in questione necessarie secondo una procedura legislativa speciale, il Consiglio delibera altresì all'unanimità su proposta della Commissione e previa approvazione del Parlamento europeo”. Di tale questione si discuterà nel dettaglio nel Capitolo II del presente elaborato, a cui si rimanda.

⁸ G. ALPA – G. CONTE, *Ibidem*, p. 144.

⁹ C. CASTRONOVO, “Introduzione”, in *Principi di diritto europeo dei contratti*, Milano, 2001, p. 11.

all'interno dell'Europa e generano notevoli costi di transazione¹⁰. Da qui la necessità di misure di armonizzazione che diano la possibilità, ai soggetti che stipulano contratti, di fare riferimento a regole che vengono applicate in maniera uniforme in tutti gli stati membri, evitando così le interpretazioni tipiche degli ordinamenti di riferimento.

- Rafforzamento del mercato unico europeo: l'uniformazione dei principi contrattuali genererebbe un corretto miglioramento del mercato unico europeo, superando la diversità delle legislazioni nazionali, da sempre ostacolo al funzionamento dei traffici.
- Creazione di un modello normativo per il diritto comunitario dei contratti: la produzione normativa comunitaria nel settore dei contratti è stata copiosa, purtuttavia ciò che manca ancora è un corpus uniforme di norme generali sui contratti che faccia da riferimento agli interventi dell'Unione. Attualmente permangono importanti divergenze tra gli ordinamenti degli stati membri soprattutto nella disciplina del contratto in generale. Manca altresì una terminologia comune senza la quale è significativamente indebolito l'effetto dei provvedimenti volti a realizzare l'integrazione giuridica europea¹¹.
- Un trait d'union tra civil law e common law: i sistemi di *civil law* e di *common law* presentano notevoli differenze che comportano un ostacolo al corretto funzionamento del mercato unico europeo. La *common law* si caratterizza per una strenua resistenza alla codificazione, mentre nella *civil law* la codificazione costituisce lo sbocco di una determinata storia,

¹⁰ I costi di transazione, in questo ambito, vengono solitamente definiti come quei costi connessi alla difficoltà di reperire le norme straniere applicabili, alla consulenza legale, al mancato rispetto delle condizioni del contratto, alla necessità di negoziare la legge applicabile nelle transazioni tra imprese e di adeguare i contratti ai requisiti della legge del consumatore, nelle transazioni tra un'impresa e un consumatore.

¹¹ C. VON BAR, H. BEALE, E. CLIVE, H. SHULTE-NÖLKE, "Principles, Definition and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference", 2009, Introduction n. 19, p. 24, reperibile su http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfr_outline_edition_en.pdf.

concezione e logica giuridica, e rappresenta il tratto caratterizzante del giurista continentale. Per questi motivi un sistema di norme generali sui contratti rappresenta un tentativo di ravvicinamento e conciliazione tra le due legislazioni

2. L'armonizzazione introdotta dagli strumenti di uniformazione del diritto contrattuale provenienti dalle istituzioni europee: l'*acquis* consumeristico

Il diritto di derivazione comunitaria, principalmente nella forma della direttiva, ha inciso in maniera importante sul diritto privato degli ordinamenti giuridici degli Stati membri, rappresentando un elemento di spinta per la creazione di nuove norme e per l'innovazione del sistema giuridico nazionale.

Nell'ordinamento italiano, in particolare, il recepimento delle direttive elaborate in sede europea ha contribuito all'introduzione della figura del consumatore e alla regolazione dei contratti a distanza e del commercio elettronico, all'introduzione di garanzie della vendita più forti a tutela del compratore consumatore e di discipline a tutela dei consumatori nei contratti aventi ad oggetto la multiproprietà e i contratti di viaggio tutto compreso.

In altri ordinamenti giuridici come il Regno Unito, prima del recepimento delle direttive europee, non era presente una regolazione delle vendite fuori dei locali commerciali e delle vendite a distanza, così come nell'ordinamento olandese non esisteva una disciplina dei contratti a distanza e dei contratti di viaggi; nell'ordinamento tedesco, invece, similmente a quanto è avvenuto nell'ordinamento italiano, il recepimento della disciplina europea ha portato all'introduzione nel BGB (§ 13) della figura del consumatore.

In particolare è stato osservato come il diritto dei consumatori di derivazione europea abbia avuto una diretta influenza sulla disciplina del contratto in generale.¹² Nell'ordinamento tedesco la portata della disciplina contenuta nella direttiva sulle garanzie nella vendita Direttiva 99/44/CE è stato esteso a vari tipi di contratto, compresi i contratti conclusi tra professionisti e consumatori. E' stato ampiamente rilevato come il concetto di conformità e i rimedi in caso di non conformità siano coerenti con la disciplina contenuta nella Convenzione di Vienna

¹² L. VALLE, "Diritto privato di derivazione europea, diritto privato europeo e regolazione dei contratti transnazionali nel mercato interno europeo", in www.comparazionedirittocivile.it, 2012, p.16

sulla vendita internazionale di beni mobili, sebbene escluda dal proprio ambito applicativo la vendita per uso personale, familiare e domestico.

L'avvicinamento tra gli ordinamenti giuridici degli Stati membri, così come favorito dalle direttive, ha condotto ad una sorta di contaminazione fra i metodi legislativi impiegati all'interno degli ordinamenti nazionali¹³, favorendo richiami alle diverse tradizioni giuridiche europee, che hanno di fatto prodotto un miglioramento e una semplificazione delle tecniche nazionali usualmente seguite.

Ma l'influenza del diritto dei consumatori di provenienza europea non si arresta al suo ambito di applicazione, aspira infatti ad andare oltre ed ad interessare, in particolar modo, il modo di pensare dei giudici.

Si può agevolmente osservare come la disciplina delle clausole vessatorie contenuta nella Direttiva 93/13/CEE, recepita nel nostro ordinamento solo nel 1996, abbia aperto un cambiamento nella mentalità degli stessi giudici. La Cassazione in una decisione del 2004 ha affermato che *“anche in relazione ai contratti assicurativi stipulati precedentemente all'entrata in vigore del nuovo regime delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori, a cui tale disciplina non si applica in ragione dell'irretroattività della stessa, è possibile e doveroso far ricorso alla interpretazione del contratto secondo buona fede, ex art. 1366 c.c., in presenza di clausola ambigua e predisposte unilateralmente dall'impresa assicuratrice nelle condizioni generali.”*¹⁴ Prima del recepimento della direttiva sarebbe stato arduo immaginare una tale interpretazione dell'art. 1366 c.c., poiché la giurisprudenza, legata al controllo di carattere più strettamente formale di cui all'art. 1341, comma 2 c.c., non vi aveva fatto ricorso. Così pure sarebbe stato difficile ipotizzare da parte della giurisprudenza una applicazione della disciplina generale della nullità per

¹³ La Germania, in particolare, ha provveduto a riformare il diritto delle obbligazioni nel 2002 procedendo ad integrare tale disciplina nel BGB, in tal modo è stata invertita la tradizione legislativa che si era soliti seguire, basata sulla emanazione di provvedimenti normativi speciali. L'ordinamento tedesco, nell'operare questa trasformazione, ha avuto riguardo all'esperienza maturata nell'ordinamento olandese, laddove la disciplina di tutela del consumatore di derivazione europea era stata integrata nel codice civile nazionale del 1992, considerato uno dei più moderni codici civili europei.

¹⁴ Cass. civ., sez. III, 21 giugno 2004, n. 11487, in *Assicurazioni*, 2005, II, 2, 58, con nota di FARSACI.

indeterminatezza e indeterminabilità per dichiarare la nullità di singole clausole ritenute non trasparenti¹⁵.

Una ulteriore decisione che pare fondarsi sui contenuti della Direttiva 93/13/CEE è quella della Suprema Corte relativa alla pronuncia della nullità della clausola contenuta in condizioni generali di contratto di *leasing*, anche se va sottolineato che il contratto in questione era stato stipulato tra sole parti professionali¹⁶ e non tra un professionista ed un consumatore. Tale decisione fonda la propria motivazione sulla considerazione che tale clausola contrasta con la buona fede nell'esecuzione del contratto di cui all'art. 1375 c.c., che prescrive l'obbligo del concedente di garantire all'utilizzatore il godimento del bene oggetto del contratto.

Il processo di estensione dell'ambito di applicazione dei principi contenuti nelle direttive europee al di là del loro oggetto specifico è stato denominato processo di "armonizzazione spontanea", in quanto, proprio in forza di questa estensione, genera una significativa spinta verso l'armonizzazione.

L'influsso esercitato dalla normativa europea all'interno degli ordinamenti degli Stati membri non è stato però lineare e privo di criticità, si sono manifestate, infatti, diverse problematiche connesse al recepimento delle discipline europee all'interno degli ordinamenti nazionali.

Spesso è stata denunciata la minaccia alla coerenza dell'intero ordinamento giuridico nazionale; le norme di matrice europea sono state sentite come dei "*legal irritants*",¹⁷ tali da provocare una marcata frammentazione tra i settori interessati

¹⁵ E' quanto ha stabilito il tribunale di Busto Arsizio, 9 dicembre 2009, in *Foro.it*, 2010, II, c. 672. Il tribunale relativamente ad una ipotesi di mancanza di trasparenza ha dichiarato la nullità, per assoluta indeterminatezza o indeterminabilità, della clausola del conto corrente bancario con cui si prevedevano commissioni non dettagliatamente specificate, senza indicazione alcuna circa valore, misura, periodicità, soglia di costo e meccanismo di calcolo, a cui avrebbe fatto seguito il diritto del correntista ad ottenere la ripetizione di quanto indebitamente corrisposto a titolo di commissione di massimo scoperto.

¹⁶ Cass. civ., sez. III, 2 novembre 1998, n. 10926, in *Foro.it*, 1998, I, 3028, con nota di LENER.

¹⁷ L'espressione "*legal irritant*" si deve al contributo di G. TEUBNER, "*Legal irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Differences*", in *Modern Law Review*, 1998, p. 11 ss.

dall'armonizzazione e settori ad essa estranei, e da contribuire, nel lungo periodo, ad allontanare ancora di più le discipline degli Stati membri.

Per quanto riguarda l'ordinamento italiano si potrebbe pensare all'impatto prodotto sul sistema dell'invalidità dalla norme a tutela del consumatore, in primo luogo si pensi alla disciplina delle clausole vessatorie.

Nello specifico la minaccia alla coerenza degli ordinamenti si rinviene non solo nell'introduzione di concetti estranei alla tradizione giuridica nazionale ma anche e soprattutto in ragione della frammentarietà che caratterizza la legislazione europea, poiché le direttive interessano limitati e specifici ambiti.

Con riferimento particolare alla compravendita mobiliare, non si rinviene, ad oggi, alcuna normativa che detti una disciplina uniforme per tutti gli Stati membri.

Esistono, da un lato, discipline applicabili alle sole compravendite di beni mobili stipulate tra i professionisti (venditori) con i consumatori (acquirenti), in particolare la disciplina contenuta nella Direttiva 93/13/CEE sulle clausole abusive, che trova applicazione a qualsiasi contratto concluso da un professionista con un consumatore, e quindi anche alle vendite mobiliari, la Direttiva 99/44/CE sulla vendita di beni di consumo e sulle garanzie ad essi relative, che trova applicazione alle sole vendite mobiliari stipulate tra professionisti e consumatori. Ed infine la recente Direttiva 2011/83/UE sui "diritti del consumatore" (*Consumer Rights Directive* - CRD)¹⁸, che trova applicazione alle vendite mobiliari e ai contratti per la prestazione di servizi non finanziari stipulati dai consumatori con i professionisti, la quale ha modificato la Direttiva 93/13/CEE e la Direttiva 99/44/CE e ha invece abrogato la disciplina contenuta nella Direttiva 85/577/CEE, sui contratti negoziati fuori dai locali commerciali dai consumatori con i professionisti, e la Direttiva 97/7/CE sui contratti stipulati a distanza dai consumatori con i professionisti¹⁹.

Dall'altro lato, esiste un gruppo più ristretto di disposizioni applicabili anche alle vendite mobiliari concluse fra imprenditori ovvero fra un imprenditore e una

¹⁸ G.U. L 304 del 22/11/2011

¹⁹ Queste ultime due Direttive sono state attuate nell'ordinamento italiano attraverso le disposizioni inserite negli artt. 45-46-47 del codice del consumo.

pubblica amministrazione, tali disposizioni sono contenute nella Direttiva 2011/7/UE sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, che ha abrogato e sostituito la direttiva 2000/35/CE.

La caratteristica precipua di ciascuna di queste discipline, come si è accennato in precedenza, è di essere parziale ed incompleta.

Parziale, perché si propone di armonizzare (secondo una intensità più o meno forte) soltanto le disposizioni nazionali riguardanti taluni ed isolati aspetti delle fattispecie contrattuali oggetto dell'intervento, affidando esplicitamente agli Stati membri il compito di regolamentare gli aspetti non direttamente presi in considerazione.

Incompleta, perché la normativa europea evita spesso di affrontare questioni di rilievo, rimettendone la soluzione all'azione degli Stati membri o limitandosi a dettare una disciplina molto generale che non aggiunge elementi di dettaglio necessari per dar vita ad un regime normativo completo.

Basti pensare che la Direttiva 99/44/CE non disciplina la questione relativa al diritto al risarcimento dei danni spettante al consumatore al quale venga consegnato un bene non conforme al contratto di vendita.

Il principale problema che si pone è rappresentato dal fatto che, procedendo secondo questa linea di azione, si incorre in un incredibile paradosso, poiché viene ad essere incrementato l'allontanamento delle legislazioni nazionali, che proprio lo strumento della direttiva intende contrastare.

Il modo per far fronte ad incongruenze di questo tipo, stante l'assenza di un codice civile europeo o, quantomeno, di una sua immediata realizzazione, parrebbe consistere nell'adattamento dell'ordinamento nazionale ai principi contenuti nelle direttive europee, anche oltre l'ambito nelle stesse definito, mediante l'opera del legislatore o della giurisprudenza, secondo il meccanismo sopra menzionato della "armonizzazione spontanea"²⁰.

²⁰ L. VALLE, *Ibidem*, p. 20.

E' stato osservato che se questo processo sarà seguito in maniera ampia ed estensiva sarà capace di generare una armonizzazione dal basso (c.d. *bottom down*)²¹ tra i diversi Stati europei, e sarà in grado di svolgere, assieme al contestuale operare delle istituzioni europee, un importante ruolo nella creazione del diritto privato europeo.

Nell'opera di elaborazione del diritto privato europeo ha svolto un ruolo di rilievo anche la Corte di giustizia dell'UE, in particolare attraverso il procedimento di interpretazione giudiziale *ex art. 267* TFUE ma anche attraverso i procedimenti di infrazione contro gli Stati membri che non abbiano o non abbiano esattamente recepito il diritto di provenienza europea *ex art. 258* TFUE.

In alcuni casi la Corte si è spinta oltre i confini del potere interpretativo ad essa conferito dai Trattati istitutivi, contribuendo ad elaborare il diritto privato europeo mediante un ampliamento del significato dei testi normativi europei.

In particolare nella decisione sul caso *Leitner*²², risalente al 2002, la Corte ha affermato che il risarcimento del danno a norma dell'art. 5 della direttiva sui contratti di viaggio tutto compreso include i danni non patrimoniali causati dalla perdita di godimento della vacanza. E' stata in questo modo data ampia interpretazione dell'ambito di applicazione della direttiva e, nello specifico, del concetto di danno come comprensivo anche del danno non patrimoniale, sottolineando che interpretazioni differenti del concetto di risarcimento genererebbero distorsioni della concorrenza e pregiudicherebbero l'armonizzazione delle discipline nazionali e l'effettività della protezione del consumatore così come delineata nelle direttive.

Un ulteriore esempio di intervento della Corte di giustizia dell'UE, diretto a sviluppare i contenuti della disciplina introdotta dalla direttiva di riferimento, specificamente la Direttiva 93/13, concerne le diverse decisioni relative alla disciplina delle clausole abusive. Con riferimento al rimedio azionabile contro le

²¹ Delle differenze tra l'approccio c.d. *bottom down* e l'opposto approccio c.d. *top down* si discuterà in maniera più dettagliata nel par. 2.2, *infra*.

²² Corte giust. CE, *Leitner*, 12 marzo 2002, C-168/00, in *Foro.it*, 2002, IV, 329, con nota di PALMIERI.

clausole abusive, la Corte di giustizia è intervenuta nel senso di specificare la portata dell'art. 6 della Direttiva, che sancisce la non vincolatività del rimedio, senza però fornire ulteriori indicazioni.

La Corte ha affermato che il ruolo del giudice, nel rilevare l'abusività della clausola, è essenziale per assicurare effettiva tutela al consumatore²³; ha precisato che il giudice ha l'obbligo, e non soltanto la possibilità, di rilevare d'ufficio l'abusività della clausola²⁴, con facoltà di procedere anche ad eseguire accertamenti di tipo istruttorio²⁵; ha poi chiarito che il consumatore può opporsi al rilievo di abusività da parte del giudice²⁶; ha affermato la natura di ordine pubblico di tale disciplina, che giustifica la possibilità di rilievo della vessatorietà anche nei gradi successivi o nel corso del procedimento per l'esecutorietà di un lodo arbitrale²⁷; ha statuito anche con riferimento ai profili di sopravvivenza del contratto colpito dall'abusività delle clausole²⁸ e dell'integrazione del contratto successivamente alla dichiarazione di abusività²⁹.

²³ Sentenza Corte giust. CE *Océano*, 27 giugno 2000, C-240/98-244/98, in *Foro.it*, 2000, IV, 413. Nel nostro ordinamento l'art. 36 del codice del consumo prevede espressamente la rilevabilità d'ufficio da parte del giudice della vessatorietà della clausola.

²⁴ La circostanza che si tratti di un dovere e non di un potere è stato chiarito nelle successive sentenze della Corte giust. CE: *Mostaza Claro*, 26 ottobre 2006, C-168/05, in *Foro.it*, 2007, IV, 373; *Pannon*, 11 novembre 2008, C-43/07, in *Raccolta*, 2008, I, 6887; *Austucorm*, 6 ottobre 2009, C-40/08, in *Corriere. Giur.*, 2010, 170, con nota di CONTI.

²⁵ Corte giust. UE, *Penzügyi*, 9 novembre 2010, C-137/08, in *Foro.it*, 2011, 113, con nota di PATTI.

²⁶ Corte giust. CE, *Pannon*, 11 novembre 2008, C-43/07, v. *supra*.

²⁷ Corte giust. CE, *Mostaza Claro* e *Asturcom*, v. *supra*.

²⁸ La Corte di giustizia UE, nel caso, *Perenicová*, 15 marzo 2012, C-453/10, in *Foro.it*, 2013, IV, 171, ha espresso il principio secondo cui "l'articolo 6, paragrafo 1, della Direttiva 93/13 (...) deve essere interpretato nel senso che, nel valutare se un contratto stipulato tra un professionista e un consumatore e contenente una o più clausole abusive possa continuare a sussistere in assenza di dette clausole, il giudice adito non può fondarsi unicamente sull'eventuale vantaggio per una delle parti, nella fattispecie il consumatore, derivante dall'annullamento del contratto in questione nel suo complesso. Ciononostante, tale direttiva non osta a che uno Stato membro preveda, nel rispetto del diritto dell'Unione, che un contratto stipulato tra un professionista e un consumatore e contenente una o più clausole abusive sia nullo nel suo complesso qualora ciò risulti garantire una migliore tutela del consumatore".

²⁹ La giurisprudenza comunitaria ha stabilito che l'art. 6, paragrafo 1, della Direttiva 93/13 deve essere interpretato nel senso che non consente al giudice nazionale, che abbia accertato la nullità di una clausola abusiva in un contratto stipulato tra un professionista e un consumatore, di integrare il

Appare altresì significativa la sentenza della Corte di giustizia dell'UE pronunciata in occasione del caso *Courage*³⁰, in cui la stessa Corte ha deciso sulla base del principio secondo cui è da reprimere l'abuso della debolezza contrattuale della controparte, anche nell'ipotesi in cui investa la parte contrattuale professionale, e ha riconosciuto la tutela giurisdizionale e il diritto ad ottenere il risarcimento del danno nei confronti di una parte di un contratto idoneo a restringere o falsare il gioco della concorrenza.

In altri casi, invece, la Corte ha mostrato un approccio più cauto e si è astenuta dal pronunciarsi, ritenendo che l'attività interpretativa l'avrebbe indotta ad entrare nei dettagli del caso concreto, e che ciò avrebbe generato una interferenza con il giudizio del giudice nazionale, tenuto a pronunciarsi sui fatti in causa³¹.

Se di notevole impatto è lo sforzo verso la creazione di un diritto contrattuale europeo da parte delle istituzioni europee, si deve però sottolineare come le iniziative e i lavori condotti dai giuristi accademici abbiano favorito la circolazione di principi e regole comuni. Ci si riferisce in particolare all'iniziativa, avviata nel 1982, dal Prof. Ole Lando che ha portato all'elaborazione dei *Principles of European Contract Law* (PECL), ai lavori dello *Study Group*, diretto dal professore tedesco Christian von Bar, che ha prodotto i *Principles of European Law* (PEL) ed infine al progetto dell'*Acquis Group*, supervisionato dall'italiano Gianmaria Ajani e del tedesco Schulte-Nölke, che ha pubblicato nel 2007 i c.d. *Acquis Principles*.³²

contratto nel senso di rivedere il contenuto della clausola abusiva, così da evitare la dichiarazione di nullità dell'intero contratto. In questo senso Corte giust. UE, *Banco Español de Crédito*, 14 giugno 2012, C-618/10, in *Foro.it*, 2013, IV, 170.

³⁰ Corte giust. CE, 12 novembre 1999, C-453/98, in *Raccolta*, 1999, I, 8037.

³¹ In questo senso si è espressa la Corte di giustizia con riferimento alla qualificazione di vessatorietà di una singola clausola contrattuale, stabilendo che l'interrogativo relativo all'abusività o meno di una clausola debba essere rimesso al giudice nazionale, mentre alla stessa Corte può essere riservata soltanto la pronuncia sui criteri generali di cui all'art. 3.1 della Direttiva 93/13.

³² Delle iniziative menzionate e di altre ancora si discuterà ampiamente nel par. 3.3, *infra*, a cui si rimanda.

3. Il progetto di *Common Frame of Reference* e il dibattito sulla codificazione europea

3.1. La *Communication* della Commissione europea del 2001

Nel luglio 2001 la Commissione europea pubblica la “*Communication on European Contract Law*” [COM (2001) 398 final]³³, avente lo scopo diffondere il dibattito sul diritto contrattuale europeo, coinvolgendo non solo le istituzioni come il Parlamento europeo e il Consiglio ma anche, e soprattutto, i c.d. *stakeholders*: imprese, operatori del diritto, accademici, associazioni di consumatori e istituzioni interessate.

All’epoca il Parlamento europeo era già intervenuto con due atti che avevano incoraggiato un’azione volta verso una armonizzazione del diritto civile: la Risoluzione del 26 maggio 1989 (A2-157/89) e la successiva Risoluzione del 6 maggio 1994 (A3-0329/94).

Con il primo documento il Parlamento aveva esortato a dare avvio ad un “codice europeo comune di diritto privato”, con il secondo, invece, aveva sollecitato la Commissione ad insediare un gruppo di studiosi affinché venissero presentate delle proposte in vista di una armonizzazione.

Queste prime risoluzioni, tuttavia, individuano gli obiettivi in modo piuttosto indefinito, compiendo scelte lessicali grossolane e ambigue³⁴.

Ad una attenta analisi, tali testi europei non specificano il contenuto e il significato dell’espressione “diritto privato”. Non essendoci, nei testi istitutivi dell’Unione europea, una chiara definizione del concetto, è stata assunta l’espressione che deriva

³³ http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/cont_law_02_en.pdf

³⁴ Come rilevano G. ALPA e G. CONTE, *Ibidem*, p. 148, “in essi si ragiona, indifferentemente, di ravvicinamento, armonizzazione e unificazione del diritto privato. Anche i settori del diritto privato su cui intervenire non risultano chiaramente indicati, poiché si fa riferimento, indifferentemente, “a numerose branche del diritto privato”, “al diritto delle obbligazioni”, a un più generico “diritto privato comune europeo”, al “diritto contrattuale europeo”, al “diritto comparato”.

dalla più diffusa accezione assegnata dalla comunità giuridica degli Stati membri, e che è idonea a riassumere tutti i rapporti giuridici su basi paritetiche, rapporti tra privati e tra privati e lo Stato³⁵.

Inoltre, poiché non tutti i Paesi accolgono la rigida ripartizione tra diritto civile e diritto commerciale, come, al contrario, avviene nel nostro Paese, si è attribuito all'espressione "diritto privato" un significato alquanto generico, idoneo a ricomprendere sia la sfera dei rapporti civili che quella dei rapporti commerciali. Ciononostante in dottrina si rileva come l'ambiguità terminologica non sia mai stata completamente superata³⁶

Le risoluzioni del Parlamento europeo, di cui *supra*, sono particolarmente interessanti ai fini della nostra discussione poiché attestano chiaramente la posizione dell'istituzione comunitaria elettiva, nel senso di percorrere il difficoltoso iter del processo di armonizzazione del diritto privato europeo, e rappresentano i supporti ufficiali verso una codificazione europea³⁷.

Con riferimento all'attività del Consiglio europeo, invece, sono sicuramente da ricordare in questa sede le conclusioni raggiunte nel vertice di Tampere (1999), nelle quali si auspicò uno studio globale, che si spingesse anche oltre l'analisi del diritto contrattuale privato, per eliminare gli ostacoli al buon funzionamento dei processi civili, stante la necessità di ravvicinare le legislazioni degli stati membri.

Tutte queste iniziative ufficiali rappresentavano delle spinte ad agire che non era più possibile trascurare.

³⁵ G. ALPA – G. CONTE, *Ibidem*, p. 149, sottolineano che la distinzione tra diritto pubblico e diritto privato non viene accolta dal giurista di *common law*, e che al giorno d'oggi sia una distinzione fortemente in crisi in quasi tutti i paesi che pure tradizionalmente la riconoscono, in particolare a causa di quelli che sono solitamente definiti come "processi di costituzionalizzazione", attuati nell'ambito dei rapporti giuridici privati. In particolare si fa riferimento all'incidenza dei diritti fondamentali nella rete delle relazioni giuridiche private.

³⁶ *Idem*, p. 150.

³⁷ La Commissione europea, contrariamente, si è dimostrata più scettica del Parlamento in relazione ad una possibilità di codificazione. Posizione manifestata espressamente nella Comunicazione dell'11 ottobre 2004 [COM (2004) 651] dove si legge che "la Commissione non intende proporre un "codice civile europeo" che armonizzi il diritto contrattuale degli stati membri". Si rinvia al par. 2.3, *ultra*.

Nel 2001 la Commissione compie un primo passo per indagare le modalità attraverso le quali raggiungere il tanto auspicato ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri.

Con la *Communication* dell'11 luglio 2001 la Commissione ha elaborato e sottoposto a valutazione pubblica quattro diversi livelli di possibile azione:

- I. Assenza di un'azione comunitaria: in molti casi il mercato elabora proprie soluzioni, senza che si renda necessario un intervento in tal senso delle pubbliche autorità. *“Gli sviluppi dell'economia e l'integrazione dei mercati incentivano a propria volta i responsabili politici e i legislatori nazionali a cercare soluzioni ai problemi riguardanti i contratti cui partecipano soggetti di altri Stati membri”*. Procedendo in questo modo si potrebbe arrivare a un certo grado di *“armonizzazione blanda”*, non indotta da norme comunitarie vincolanti, ma dalle conseguenze delle evoluzioni in campo economico.
- II. Promozione di un complesso di principi comuni: la Commissione potrebbe promuovere la ricerca comparativa di principi comuni, ad esempio tra gli accademici e gli operatori del diritto, tali da portare ad una maggiore convergenza degli ordinamenti nazionali.³⁸
L'applicazione di principi comuni può anche condurre alla

³⁸ Vengono richiamati due esempi di iniziative delle associazioni degli industriali, miranti a fornire una soluzione ai problemi transfrontalieri, attraverso la predisposizione di accordi volontari, che istituiscono contratti tipo validi in più paesi. Nel 1999 un gruppo composto da sei federazioni industriali tedesche, il cosiddetto gruppo di lavoro dei componenti dell'industria delle forniture, ha concordato un complesso di clausole minime per i contratti transfrontalieri. Un tale tipo di modello si applica solamente ai contratti transfrontalieri disciplinati dall'ordinamento tedesco (le parti devono essere d'accordo nel sottoporre il proprio contratto alle leggi della Germania) e contiene disposizioni relative a prezzi, riservatezza, modelli, attrezzature, diritti di proprietà industriale, garanzie, responsabilità, danni ai prodotti ecc. Invece ORGALIME (Organismo di collegamento delle industrie metalmeccaniche europee) ha definito un modello di “accordo di consorzio” internazionale, volto a promuovere la cooperazione transfrontaliera fra le imprese. Così, Comunicazione della Commissione europea del 2001 cui si fa riferimento, p.14.

costituzione di un diritto consuetudinario, tale da influenzare la prassi in uso negli Stati membri.

- III. Miglioramento qualitativo della legislazione già esistente: dovrà essere reso più semplice e chiaro il *drafting* della legislazione in vigore, mediante la semplificazione dei testi giuridici, con attenzione particolare all'uso di una terminologia corretta e coerente.
- IV. Adozione di una nuova ed esaustiva legislazione a livello comunitario: lo strumento con cui verrà perseguito questo obiettivo può trattarsi di un regolamento, di una direttiva o di una decisione, a seconda del grado di armonizzazione stabilito.

La Comunicazione del 2001 ha riscosso notevole successo non solo da parte dei governi degli Stati membri. Sono infatti giunti a Bruxelles, nell'arco di poco tempo, circa duecento contributi da parte di associazioni, ordini professionali, organi accademici e centri di ricerca³⁹.

Dalla lettura attenta dei contributi è emersa una diffusa insoddisfazione per la qualità dei testi normativi comunitari e per la tecnica legislativa sino a quel momento utilizzata. Sono state sottolineate diverse incoerenze nell'ambito del diritto contrattuale. Numerose segnalazioni hanno riguardato le incongruenze della disciplina provocate dall'uso di termini giuridici astratti non definiti, dalle difficoltà di recepimento delle direttive all'interno degli stati membri e dalla politica di armonizzazione minima.

A questa rilevazione di inadeguatezza degli interventi realizzati, si è accompagnato l'auspicio dell'adozione di nuovi strumenti, utili a perseguire una maggiore armonizzazione.

³⁹ G. ALPA – G. CONTE, *Ibidem*, p. 152.

Con il consenso degli autori, la Commissione ha pubblicato i contributi raccolti sul proprio sito web (Risposte alla comunicazione della Commissione sul diritto contrattuale europeo)⁴⁰.

Il 15 novembre 2001 il Parlamento europeo ha adottato una Risoluzione espressamente dedicata al “*ravvicinamento del diritto civile e commerciale degli Stati membri*” (A5-0384/2001), dove si riscontra una evidente distanza del Parlamento dalla Comunicazione della Commissione dell’11 luglio 2001.

Il Parlamento, infatti, critica l’atteggiamento tenuto dalla Commissione, che ha limitato la sua comunicazione al diritto contrattuale privato, nonostante il Consiglio di Tampere avesse manifestato una apertura verso possibilità più ampie. Ha quindi auspicato che, ai fini dell’armonizzazione del quadro normativo, siano coinvolte anche altre materie come la responsabilità extra-contrattuale e l’arricchimento senza causa.

Nel programma del Parlamento si prevede la realizzazione di una banca dati, disponibile in tutte le lingue europee, relativa alla legislazione e alla giurisprudenza nazionali nel campo del diritto contrattuale e una banca dati nel campo del diritto comparato. Ma il Parlamento si è spinto oltre auspicando l’elaborazione di “*nozioni e soluzioni giuridiche comuni nonché una terminologia giuridica comune dei quindici ordinamenti giuridici degli Stati membri applicabile su base volontaria*”.

Tutte queste iniziative appaiono finalizzate all’elaborazione, prevista per l’anno 2010, di un “*corpus di norme di diritto contrattuale dell’Unione europea che tenga conto delle nozioni e soluzioni giuridiche comuni stabilite nelle iniziative precedenti*”.

Merita di essere ricordato il Parere del Comitato economico e sociale⁴¹, risalente al 17 luglio 2002, che sottolinea l’opportunità di procedere alla creazione di un diritto comune europeo attraverso lo strumento regolamentare, articolandone l’adozione

⁴⁰

http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/comments/summaries/sum_en.pdf

⁴¹ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2002:241:0001:0007:en:PDF>

in due distinte fasi. In una prima fase come modello *opting-in* (strumento vincolante solo se liberamente scelto dalle parti), in una seconda e successiva fase mediante la soluzione più audace del modello *opting-out* (vincolante in assenza di una manifestazione contraria di volontà dei contraenti).

3.2. La *Communication* del 2003 e l'*Action Plan*

Il successivo documento istituzionale rilevante è rappresentato dalla *Communication* del 12 febbraio 2003 [COM (2003) 68]⁴², con il quale la Commissione ha presentato le conclusioni raggiunte dopo le consultazioni avviate con la *Communication* del 2001 e ha dettato l'*Action Plan*, al fine di dettare le linee di azione ritenute funzionali all'avanzamento di un efficace processo di armonizzazione europea nel diritto dei contratti.

La Commissione manifesta la consapevolezza di agire, nel perseguimento dei propri obiettivi, impiegando non solo strumenti normativi ma facendo altresì ricorso a strumenti di tipo non normativo, come codici di autoregolamentazione, accordi settoriali e campagne di informazione.

Il nucleo centrale dell'*Action Plan* è costituito dall'intento di elaborare un "quadro comune di riferimento", di cui la Commissione si occuperà dopo aver effettuato ricerche nel merito e con l'aiuto delle parti interessate.

Questo quadro comune di riferimento dovrebbe consistere nella creazione di un corpo di regole, in grado di fornire le soluzioni ottimali in termini di norme e terminologia comuni, con riferimento alla definizione di concetti fondamentali e di termini astratti come "contratto" o "danno", a cui guardare come alla tendenziale regolazione di base dei rapporti contrattuali nell'area del mercato unico.

Dal documento emerge una ulteriore linea di azione che si colloca sul terreno delle prassi contrattuali e consiste nella elaborazione di un *set* di clausole standard riferite a diverse classi di operazioni, la cui adozione generalizzata dovrebbe comportare una importante riduzione dei costi di transazione.

⁴²

http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/com_2003_68_en.pdf

Negli intendimenti della Commissione il “quadro comune di riferimento” dovrà costituire un documento facilmente accessibile a operatori economici, legislatori dei Paesi dell’Unione e, magari, legislatori di altri Paesi, e potrà costituire la base per ulteriori riflessioni sullo sviluppo di un futuro strumento opzionale.

Tale strumento dovrebbe essere adottato, nel pieno rispetto della libertà contrattuale, lasciando libere le parti di aderirvi o meno, limitando altresì il contenuto delle norme imperative a poche regole, poste a tutela dei consumatori.

Quanto al contenuto dello strumento opzionale la Commissione non pare avere le idee molto chiare. Dapprima ipotizza che esso possa estendersi sino a coprire tutta l’intera area del diritto contrattuale ma poi non esclude che possa interessare singole e specifiche tipologie contrattuali.

Nel Piano d’Azione lo strumento opzionale si delinea come un moderno complesso di regole specificamente adeguate per i contratti transfrontalieri, che possa essere di ausilio ai professionisti, alle grandi, medie e piccole imprese, e ai consumatori.

Con queste disposizioni l’Unione europea sembra allontanare l’idea di un “codice civile europeo”, vale a dire un *corpus* uniforme di regole giuridiche, vincolante per tutti gli Stati membri, che svolga la funzione di guida e di controllo dell’argomentazione giuridica.

A questo punto della trattazione merita accennare al vivace dibattito che si è avuto attorno al tema della codificazione europea e che ha coinvolto importanti esponenti dell’accademia nazionale e straniera⁴³.

⁴³ Si veda J. BASEDOW, “Codification of Private Law in the European Union: the Making of a Hybrid”, in *Eur. Rev. Priv. L.*, 2001, vol. 9, p. 35 ss.; C. VON BAR, “A European Civil Code, International Agreements and European Directives”, in *The Private Law System In The EU: Discriminations on Grounds of Nationality and the need for a European Civil Code*, 1999, disponibile su http://www.europarl.europa.eu/workingpapers/juri/pdf/103_en.pdf; O. LANDO, “Why Codify the European Law of Contract?”, in *Eur. Rev. Priv. L.*, 1997, vol. 5, p. 525 ss.; O. LANDO, “European Contract Law”, in *The American Journal of Comparative Law*, 1983, vol. 31, n. 4, p. 653 ss; M. J. BONELL, “The need and possibility of a codified European contract law”, in *Eur. Rev. Priv. L.*, 1997, vol. 5, p. 505 ss, T. KOOPMANS, “Towards a European Civil Code?”, in *Eur. Rev. Priv. L.*, 1997, vol. 5, p. 541 ss.

L'aspirazione all'unità del diritto ha un passato di lungo corso nella tradizione giuridica europea: si pensi a Voltaire, che soleva lamentarsi, durante i propri viaggi, di dover passare da un regime giuridico ad un altro ad ogni cambio di cavalli⁴⁴.

Nel 1992 Luigi Mengoni scriveva un articolo intitolato "L'Europa dei codici o un codice per l'Europa?"; l'autore rispondeva nel primo senso, argomentando variamente la sua tesi.

Secondo l'impostazione che, in maniera più accesa, ha avversato l'idea di un codice civile europeo, la causa principale che impedirebbe la codificazione sarebbe la distanza tra sistemi di *civil law* e sistemi di *common law*, e la difficoltà dei *civil lawyers* a calarsi nell'esperienza di *common law*.

Le radici profonde della difficoltà di una codificazione europea sarebbero a ben vedere culturali. Diversità delle lingue, delle tecniche e degli stili dei vari ordinamenti fanno ritenere che non siano ripetibili, a livello europeo, le grandi codificazioni del passato, che hanno coronato la formazione degli stati nazionali⁴⁵.

Gli argomenti contro la codificazione sono di matrice storico-culturale e si ergono a difesa del pluralismo giuridico, riconosciuto come valore da tutelare e difendere. Un sistema giuridico costituisce espressione della cultura e della storia di un paese, sicché il tentativo di ridurre le differenze attraverso enunciati normativi costituirebbe una semplificazione positivistica dannosa. Inoltre la codificazione sarebbe espressione di una logica autoritaria di retaggio napoleonico di imposizione dall'alto del sistema giuridico.

E' la vocazione unificatrice che soggiace ad una idea di codice ad essere combattuta: come ciascuno Stato conserva la propria lingua e le proprie tradizioni senza che venga messa in discussione l'Unione, così vale per il diritto⁴⁶.

⁴⁴ VOLTAIRE, *Dialogues, Oeuvres de Voltaire*, VII, 1838, p. 5: "et n'est-ce pas une chose absurde et affreuse que ce qui est vrai dans un village se trouve faux dans un autre? Par quelle étrange barbarie se peut-il que des compatriotes ne vivent pas sous le même loi? (...) Il ne est ainsi de poste en poste dans le royaume: vous changez de jurisprudence en changeant de chevaux."

⁴⁵ L. MENGONI, *Ibidem*, p. 526.

⁴⁶ C. CASTRONOVO, "L'utopia della codificazione europea e l'oscura realpolitik di Bruxelles dal DCFR alla proposta di regolamento di un diritto comune europeo della vendita", in *Europa e diritto*

Il dibattito, per la valenza culturale insita nel termine di codice, può richiamare la disputa tra Thibaut e Savigny sull'adozione di un codice civile per la Germania, ove si fronteggiavano due opposti modi di intendere il diritto. “*Ideale regolativo, strumento di intervento sociale, Weltanschauung per Thibaut; oggetto di indagine storica, espressione di cultura, Wissenschaft per Savigny*”⁴⁷. Da un lato quindi la matrice hegeliana che concepisce il codice come testo normativo capace di creare unità e coesione popolare, dall'altro l'orgoglio della scienza giuridica che vedeva nell'unità popolare un punto di partenza e non di arrivo.

A ben vedere quindi due differenti approcci: l'approccio c.d. “*bottom down*”, secondo il quale la codificazione è un processo che parte dal basso, da una comune coscienza condivisa, e l'altro differente approccio c.d. “*top down*”, secondo il quale la codificazione deve, al contrario, essere stimolata dall'adozione di uno strumento normativo⁴⁸.

La storia conferma che solo una realtà politica matura può stimolare la codificazione. Sarebbe illusorio pensare che sia possibile il processo inverso, coerente con la prospettiva dell'imposizione dall'alto dell'unità.⁴⁹

Gli argomenti dei codificatori, d'altra parte, sono perlopiù attinti dall'analisi economica del diritto⁵⁰, in vista di un regolare funzionamento del mercato unico.

privato, 2011, fasc. 4, p. 839, non manca di sottolineare come “diversamente dalle lingue, [...], la disciplina dei rapporti privati (sia) costituita nei vari ordinamenti da modelli comuni o simili, suscettibili di essere richiamati in una sorta di identikit [...]. Questo dovrebbe bastare a rendere plausibile un Quadro comune di riferimento.”

⁴⁷ M. C. FOI, *Heine e la vecchia Germania – Le radici della questione tedesca tra poesia e diritto*, Milano, 1990.

⁴⁸ In particolare l'approccio “*bottom down*” è considerato coerente con l'attuale scenario politico ed economico, che non pare presentare la necessaria coesione per una codificazione, ed in linea con la scelta della Commissione di introdurre un diritto comune europeo della vendita soltanto opzionale. Si veda, par. 3.3, *infra*.

⁴⁹ G. ALPA – G. CONTE, *Ibidem*, p. 174.

⁵⁰ La materia è analizzata da L. A. FRANZONI, “*Introduzione all'economia del diritto*”, Bologna, 2003. Si può osservare che il processo di codificazione getta le basi per il superamento del fenomeno conosciuto come “competizione tra ordinamenti”. Con questa locuzione si intende dare definizione non solo alla tendenza delle parti contrattuali di scegliere il diritto applicabile al contratto tra una pluralità di possibilità nell'ambito degli ordinamenti comunitari (c.d. *shopping* del diritto), bensì all'esistenza di una concorrenza tra ordinamenti giuridici, che si rileva una vera e propria competizione, che può condurre alla prevalenza di un diritto diverso da quello di competenza del

Una disciplina uniforme, infatti, ridurrebbe considerevolmente tutti quei costi che la letteratura economica definisce come “costi di transazione” e che si manifestano ogni qual volta si realizza una trattativa⁵¹.

Nel processo di armonizzazione del diritto privato, perseguito a livello comunitario, è emersa una forte tendenza a quella che suole definirsi “razionalizzazione”⁵², vale a dire un procedimento che conduce verso la progressiva perdita dell’iniziale originalità del progetto in favore di un approccio tecnico e sistematico, scevro da considerazioni politiche e sociali che, invece, dovrebbero costituirne il fondamento.

E’ stato osservato come la norma giuridica non sia solamente una regola tecnica, che si occupi esclusivamente della stretta regolazione di rapporti giuridici, ma che rifletta sostanzialmente un articolato complesso di valori e principi afferenti a una intera comunità. Il processo di codificazione pone degli interrogativi, relativi a quali valori porre a fondamento dell’attività di normazione, nell’ottica di contribuire ad una definizione identitaria della comunità con riferimento alla quale tale processo è destinato ad operare⁵³.

giudice, si verificherebbe una circostanza di “ultranazionalità” di un diritto straniero. Il fenomeno è particolarmente diffuso nell’ordinamento statunitense, con riferimento alla materia societaria. Le società costituite nello stato del Delaware, nonostante operino in altri stati, continuano a beneficiare della legislazione particolarmente favorevole dello stato in cui è avvenuta l’*incorporation*. Per un maggiore approfondimento si veda A. ZOPPINI (a cura di), *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, Bari, 2004.

⁵¹ Cfr. par. 1, *supra*.

⁵² HANS-W. MICKLITZ, “*Prospettive di un diritto privato europeo: ius commune praeter legem?*”, in *Contratto e impresa. Europa*, 1999, p. 35 ss., evidenzia come la logica di integrazione, che è alla base della dottrina *Cassis de Dijon*, abbia contribuito a dare una forte spinta alla razionalizzazione degli ordinamenti nazionali, favorendo un modello di giustizia allocativa. Ma l’autore rileva come tale spinta venga controbilanciata da un diritto privato europeo frammentario, che tende a preservare una propria logica di giustizia contro l’ingerenza regolamentare europea.

⁵³ Questa è l’opinione espressa dai redattori del documento dal titolo “*Social Justice in European Contract Law: a Manifesto*”, in *European Law Journal*, Vol. 10, N. 6, 2004, p. 653 ss., pubblicato in italiano “*Giustizia sociale nel diritto contrattuale europeo: un Manifesto*”, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, p. 99 ss. Gli autori del Manifesto sottolineano come l’inadeguatezza dell’armonizzazione sin qui realizzata debba essere superata attraverso un processo democratico, il cui ruolo decisivo spetta al Parlamento europeo e ai Parlamenti nazionali, supportati dal contributo proveniente dagli studi comparatistici, che dovranno essere utilizzati dalle istituzioni politiche nel quadro dei processi legislativi, aspirando, in questo modo, alla creazione di un vero e proprio *ius commune*.

Numerose perplessità sono state manifestate nei confronti delle capacità tecnico-giuridiche della burocrazia di Bruxelles, marcatamente regolatrici⁵⁴ e dirigiste, e del suo operare ritenuto talora troppo autoreferenziale, animato da obiettivi spiccatamente economici, come il perseguimento del regolare funzionamento del mercato unico, anziché improntato a considerazioni giuridiche più elevate. Aspetti questi che contribuiscono ad alimentare il diffuso scetticismo verso una Europa istituzionale considerata invadente e usurpatrice di prerogative.⁵⁵

Tuttavia è bene sottolineare che i progetti di codice civile europeo sono gestiti da strutture diverse e distanti dalle burocrazie bruxellesi, in particolare si tratterebbe di gruppi esterni ad esse, composti prevalentemente da giuristi, per così dire, “professionisti”. Il sostegno della Commissione e del Parlamento europeo non si è tradotto in un intervento diretto di impostazione o redazione, come avviene per l’elaborazione dei tipici testi normativi comunitari. Anzi, si può sostenere che l’idea di un codice civile europeo sia una delle risposte alla diffusa insoddisfazione nei confronti della dell’intervento disorganico delle burocrazie comunitarie⁵⁶.

Ciò che si avverte, a questo punto della trattazione, è che un quadro politico certo e un definito assetto costituzionale, basato su un catalogo di valori condivisi, appaiono elementi indispensabili per raggiungere una completa armonizzazione del processo giuridico.⁵⁷

Per un maggiore approfondimento si veda il commento di P. MENGOZZI, “*Il Manifesto sulla giustizia sociale nel diritto contrattuale europeo e la preconizzazione di un principio di interpretazione comparativa orizzontale*”, in *Contratto e impresa. Europa*, 2009, p. 67 ss.

⁵⁴ P. LEGRAND, “*Against a European Civil Code*”, in *Mod. L. Rev.*, 1997, p. 44 ss.

⁵⁵ HANS-W. MICKLITZ, *Ibidem*, p. 42.

⁵⁶ V. ZENO-ZENCOVICH, “*Il «codice civile europeo», le tradizioni giuridiche nazionali e il neo-positivismo*”, in *Foro it.*, 1998, V, C. 60, il quale critica le posizioni assunte da P. LEGRAND, “*Against a European Civil Code*”, in *Mod. L. Rev.*, 1997, p. 44 ss. L’autore condivide lo scetticismo di Legrand nei confronti dell’attività normativa comunitaria, sia per il contenuto che per la mentalità di cui è espressione, ma sottolinea che i processi redazionali di un codice civile europeo sono portati avanti da gruppi esterni agli ambienti burocratici di Bruxelles.

⁵⁷ G. ALPA – G. CONTE, *Ibidem*, p. 176.

La domanda “a che punto è la codificazione europea” può essere messa in parallelo all’interrogativo: “a che punto è l’Europa?”⁵⁸. Finché il processo di integrazione europea non sarà completato e non si formerà una identità culturale europea, che nasca dalla considerazione dell’esistenza di valori morali, culturali, legali e sociali⁵⁹ comuni, non sarà possibile compiere quel passo in avanti che molti si auspicano. Essenziale a questo scopo appare la collaborazione tra politici, giuristi, accademici e giudici. Nella costruzione di un percorso verso un’armonica coerenza e compatibilità tra il diritto nazionale e quello europeo, compito di grande responsabilità sarebbe affidato alla comparazione; un istituto centrale e permanente⁶⁰ potrebbe, a bene vedere, garantire continuità e collaborazione, sull’esempio di quella che è stata l’esperienza del *DIN Deutsches Institut für Normung* (Istituto tedesco per la normalizzazione industriale).⁶¹

Frequente, negli ultimi tempi, è stata la circolazione dei modelli normativi⁶², con una naturale tendenza verso quelli che appaiono più rispondenti ad una realtà sempre più uniforme. Ciò a dimostrazione del fatto che non esiste una estraneità originaria, che renda improponibili per ciascun ordinamento soluzioni vicine ad altri ordinamenti. Si pensi alla categoria della ragionevolezza (la c.d. *reasonableness* del diritto d’Oltremania), sconosciuta dai codici continentali, che ha fatto ingresso nel codice civile più recente⁶³, sotto l’evidente influenza della

⁵⁸ C. CASTRONOVO, *Ibidem*, p. 837.

⁵⁹ A. VEZYRTZI, “The way towards the unification of civil law in the European Union: reflections and questions raised”, in *Colum. J. Eur. L.*, 2009, vol. 15, p. 18 disponibile sul sito della rivista <http://www.cjel.net/>.

⁶⁰ *Idem*

⁶¹ HANS-W. MICKLITZ, *Ibidem*, p. 82.

⁶² C. CASTRONOVO, “Verso un codice europeo: i Principi di diritto europeo dei contratti”, in *Vita Not.*, 2004, fasc.1, p. 34.

⁶³ Sebbene la ragionevolezza abbia trovato terreno d’elezione nell’ambito del diritto pubblico, tuttavia, ad una attenta analisi, la stessa è presente in alcune disposizioni codicistiche, come parametro di valutazione delle condotte sotto il profilo della adeguatezza e dell’opportunità delle stesse. Si veda ad esempio l’art. 49, relativo alla dichiarazione di assenza, che attribuisce la legittimazione a domandare la dichiarazione di assenza a chiunque “ragionevolmente creda di avere sui beni dello scomparso diritti dipendenti dalla morte di lui”; o l’art. 1365 c.c., in materia di interpretazione, laddove si stabilisce che: “quando in un contratto si è espresso un caso al fine di spiegare un patto, non si presumono esclusi i casi non espressi, ai quali, secondo ragione, può

common law. La modifica del legislatore non ha generato difficoltà diverse da quelle che normalmente sono legate ad ogni novità legislativa. L'efficienza di un sistema normativo, infatti, si misura dalla sua capacità di rispondere ad esigenze che provengono dalla prassi⁶⁴. In un mondo sempre più globalizzato i problemi tendono a presentarsi in modo simile, a prescindere da quale sia l'ordinamento di riferimento, per questo motivo non dovrà apparire strano che si cerchi di trovare criteri di soluzione conformi: *“la tendenza ad un diritto uniforme è un'esigenza e un modo di manifestarsi della globalizzazione.”*⁶⁵

Il processo di codificazione produrrà effetti positivi nella misura in cui contribuirà ad appianare le differenze e a comporre l'unità, in un contesto giuridico frastagliato come quello europeo⁶⁶, creando una comune identità e un comune senso di appartenenza, nel rispetto delle tradizioni giuridiche degli Stati membri.

Costruire uno spazio giuridico unitario mediante processi di unificazione condotti a tappe forzate è pericoloso sul piano politico, nonché sconveniente sul piano culturale. La storia insegna come i processi di accentramento imposti in maniera forzata conducono a rivolte secessioniste e rafforzano i localismi⁶⁷. Un obiettivo del genere non sarebbe neppure giuridicamente perseguibile a livello comunitario

estendersi lo stesso patto”; o ancora, in tema di mandato, il disposto dell'art. 1711 c.c., il quale attribuisce al mandatario la possibilità di discostarsi dalle istruzioni ricevute dal mandante, *“qualora circostanze ignote al mandante, e tali che non possano essere comunicate in tempo, facciano ragionevolmente ritenere che lo stesso mandante avrebbe dato la sua approvazione”*; e infine l'art. 1783 c.c., dove la ragionevolezza viene in considerazione come criterio di determinazione dell'arco di temporale all'interno del quale l'albergatore e i suoi familiari sono responsabili per il deterioramento, la perdita o la sottrazione delle cose portate dal cliente. La ragionevolezza nel diritto civile può anche valere come metodo di giudizio nel bilanciamento tra valori ed interessi tendenzialmente pari-ordinati uno dei quali, nel caso concreto, è destinato a prevalere. In sostanza si ripropone qui la stessa tecnica utilizzata dal giudice costituzionale, volta a cercare un punto di equilibrio tra diversi valori tutti costituzionalmente rilevanti.

⁶⁴ *Idem*, p. 27

⁶⁵ *Idem*

⁶⁶ C. CASTRONOVO, *“Savigny i moderni e la codificazione europea”*, in *Europa e diritto privato*, 2001, fasc. 2, p. 244, *“la diversità (...) comincia per così dire da un certo punto in avanti, e allora si tratta di vedere se quello che la precede e che è comune non possa essere utilizzato per ricavare un modello che senza essere completamente riconoscibile nelle matrici originarie consenta tuttavia a queste ultime di riconoscersi in esso”*.

⁶⁷ G. ALPA – G. CONTE, *Ibidem*, p. 174-175.

poiché, ai sensi dell'art. 4 comma 2 del Trattato sull'Unione europea, “*l'Unione europea rispetta (...) l'identità nazionale*” dei suoi Stati membri.⁶⁸

⁶⁸ *Idem*

3.3. Dall'Action Plan al Draft Common Frame of Reference

I lavori per una sistematizzazione del patrimonio normativo europeo esistente, ispirati all'Action Plan, sono stati avviati con la Comunicazione della Commissione europea dell'11 ottobre 2004 “*Diritto contrattuale europeo e revisione dell'acquis: prospettive per il futuro*” [COM (2004) 651].

Settore elettivo di regolamentazione, idoneo a realizzare l'auspicato ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri, è stato individuato nel diritto contrattuale.

La Comunicazione specifica come sarà sviluppato il “quadro comune di riferimento” (*Common Frame of Reference – CFR*) definendo il piano di lavoro da adottare e una possibile struttura del progetto con la collaborazione di giuristi e pratici provenienti dal mondo dell'impresa e delle associazioni.

I lavori preparatori di questo progetto, avviati con la Conferenza del 15 dicembre 2004, sono stati condotti da un *panel* di esperti, tra i quali spiccano due gruppi di studio, composti da importanti giuristi internazionali: lo *Study Group on a European Civil Code*⁶⁹ e l'*Acquis Group*⁷⁰. In un secondo momento riuniti in un

⁶⁹ Per maggiori informazioni sulle ricerche condotte da questo gruppo si veda il sito www.sgecc.net

⁷⁰ Il frutto del lavoro svolto dall'*Acquis Group* è rappresentato dagli *Acquis Principles* (ACQP) licenziati nella seconda metà del 2007, redatti in lingua inglese, ma con annotazioni e spiegazioni anche in francese e tedesco. Essi consistono in una compilazione sistematica di modelli e principi derivati in via esclusiva dal diritto comunitario in materia di diritto dei contratti. Proprio questa è la fondamentale differenza che intercorre tra i Principi *Acquis* e il Codice europeo dei contratti elaborato dall'Accademia dei giusprivatisti europei di Pavia, i *Principles of European Contract Law* redatti dalla Commissione Lando e la versione aggiornata ed arricchita che di questi ultimi è stata approntata dal c.d. *Study Group on a European Civil Code*, guidato da Christian Von Bar, tutti testi che notoriamente non tengono conto del diritto di derivazione comunitaria ma solo delle tradizioni giuridiche nazionali. Si tratta di un testo privo di valore normativo che, però, si propone di fungere da punto di riferimento (“*source*”) per la creazione del diritto comunitario, per la sua trasposizione negli ordinamenti interni degli Stati membri e per la sua interpretazione. I destinatari immediati sono le istituzioni europee, i legislatori nazionali, la Corte di giustizia i giudici nazionali e, più in generale, tutti coloro che si troveranno ad applicare le disposizioni del diritto di derivazione comunitaria. Per diritto comunitario vigente in materia di contratti, coerentemente con il momento storico in cui il progetto è stato concluso, si intendono: i trattati istitutivi, i regolamenti e le direttive CE, non solo quelle concernenti i contratti dei consumatori ma anche quelle sul commercio elettronico, sugli agenti commerciali indipendenti, sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali sui contratti di assicurazione ramo vita, sulla parità di trattamento e sul divieto di discriminazione e la giurisprudenza della Corte di giustizia. Vengono altresì considerati dai commentatori la

unico *network* coordinato da Hans Schulte-Nölke, allora professore dell'Università di Bielefeld.

Il primo gruppo, procedendo con un approccio comparatistico, ha riveduto e aggiornato i *Principles of European Contract Law*, frutto del lavoro della Commissione Lando, aggiungendo, per i settori non coperti dai *PECL*, una serie di principi enucleati sulla base di una comparazione fra i sistemi nazionali. Il secondo, invece, ha provveduto a redigere le parti del progetto di *DCFR* che si fondano sui principi del vigente diritto comunitario dei contratti.

Il concetto di “diritto dei contratti” che forma l’oggetto del *Draft Common Frame of Reference* differisce da quello espresso e rappresentato nei principi di diritto europeo dei contratti. Mentre, infatti, quest’ultimi sono basati esclusivamente su uno studio di comparazione tra i diritti degli ordinamenti nazionali, il *DCFR*, al contrario, si ispira largamente anche all’*acquis communautaire*.

Tra gli altri gruppi che hanno supportato l’attività del *network*, i c.d. *evaluative group*, ma che non hanno partecipato alla redazione del *DCFR*, va menzionata

Convenzione di Vienna del 1980 sulla vendita internazionale di merci, ratificata dalla quasi totalità degli Stati membri, i Principi Unidroit e i *PECL*. G. DE CRISTOFARO, “Premessa”, in *I Principi di diritto comunitario dei contratti. Acquis Communautaire e diritto privato europeo*, G. DE CRISTOFARO (a cura di), Torino, 2009, osserva che questo insieme di provvedimenti appare eterogeneo e lacunoso, mentre, infatti, alcune assenze sono giustificate da ragioni cronologiche (si pensi che i Regolamenti “Roma I” e “Roma II” sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali ed extracontrattuali risalgono rispettivamente al 2008 al 2007), altre non sembrano trovare adeguata spiegazione (si pensi alla direttiva 2005/29/CE sulle pratiche commerciali sleali e alla direttiva c.d. Mifid 2004/39/CE sui mercati finanziari che non sono state prese in considerazione in maniera opportuna). Inoltre, i citati provvedimenti normativi si connotano per essere spiccatamente settoriali e con un ambito di applicazione soggetto a limitazioni di natura sia oggettiva che soggettiva, mancando di portata generale. Proprio per questo motivo si comprende la ragione per la quale l’art. 1:101, comma 1, afferma che i “i principi sono formulati sulla base del diritto comunitario vigente”. Da un alto, infatti, ci si è sforzati di ricavare dalle direttive soltanto i precetti e le regole fondamentali, dall’altro, si sono apportate innovazioni, colmando le numerose lacune che caratterizzano le frammentarie discipline ed estendendo l’ambito di operatività di alcune prescrizioni.

Sul tema v. R. SCHULZE, “*Principi sulla conclusione dei contratti nell’Acquis Communautaire*”, in *Contratto e impresa. Europa*, 2005, pp. 404-426; R. SCHULZE, “*The Academic Draft of the CFR and the EC Contract Law*”, in *Common Frame of Reference and existing EC Contract Law*, Munich, Sellier, 2008, p.11; R. SCHULZE, “*I Principi Acquis. Situazione attuale e prospettive future della ricerca*”, in *I Principi di diritto comunitario dei contratti. Acquis Communautaire e diritto privato europeo*, G. DE CRISTOFARO (a cura di), Torino, 2009, pp. 1-21; H. C. GRIGOLEIT, L. TOMASIC, “*Acquis Principles*”, in *Max Planck Encyclopaedia of European Private Law*, J. BASEDOW, K. J. HOPT and R. ZIMMERMANN, Oxford, 2012, pp. 1-10.

Per i lavori del gruppo si veda il sito: www.acquis-group.org.

l'Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française e la Société de législation comparée AHC/SLC⁷¹. I lavori dell'Association, basati su un metodo spiccatamente comparatistico⁷², si sono concentrati principalmente sullo studio della terminologia contrattuale comune e sull'analisi dei principi comuni del contratto.

Per la compilazione e la redazione è stato creato, all'interno del gruppo di studiosi incaricati del progetto, un apposito *team* (*Compilation and Redaction Team – CRT*), che ha provveduto a collezionare e a coordinare le singole parti del progetto per renderle coerenti. In particolare, lo stesso venne istituito, come risulta dall'Introduzione (pag. 54), “*to co-ordinate between the Study and Acquis Groups, to integrate the PECL material revised for the purposes of the DCFR*”.

La Commissione europea ha organizzato degli eventi nella forma di *workshop*, in modo da dar voce ai portatori di interessi (c. d. *stakeholders*), e di avviare un dibattito sui lavori preparatori.

Dall'esito di questi incontri è emersa la necessità di distinguere tra i contratti conclusi tra imprenditori (B2B – *business to business*) e i contratti conclusi tra questi e i consumatori (B2C – *business to consumer*), distinzione che appare indispensabile in un quadro legislativo come quello comunitario⁷³

Nella redazione finale del lavoro non è stata inclusa la disciplina dei contratti di assicurazione, affidata ad un separato progetto, elaborato da un gruppo a ciò espressamente destinato, il c.d. *Insurance Group*.

⁷¹ Per i lavori svolti dal gruppo si veda il sito: www.henricapitant.org.

⁷² B. FAUVARQUE-COSSON, “*Présentation des travaux du Groupe Association H. Capitan des Amis de la Culture Juridique Française/ Société de législation comparée: terminologie, principes directeurs et revision des principes du droit européen du contract*”, in *Il Draft Common Frame of Reference del diritto privato europeo*, Milano, 2009, pp. 60-61, scrive: “notre groupe a néanmoins adopté une approche différente de celle retenue par les deux groupes qui ont rédigée le DCFR. [...] notre groupe a quant à lui accordé une importance particulière au travail de réflexion et de comparaison, des concepts que forment le cœur du droit des contrats”.

⁷³ La distinzione tra contratti B2B e B2C si ritroverà anche nella proposta di Regolamento per un diritto comune europeo della vendita, di cui si discuterà al par. 3.3, *infra*.

Il *DCFR*, con riferimento alla struttura, è suddiviso in dieci libri e si articola in tre parti: *Principles, Definition and Model Rules*.

I *Principles* non sono frutto del lavoro del Gruppo, ma sono il risultato di una successiva elaborazione del *team* che si è occupato della redazione, e sono diventati la parte culturalmente più ambiziosa dell'intero progetto. L'uso del termine Principi si può agevolmente spiegare con riferimento al mondo anglosassone e al timore che, ove si fosse usata la parola regole, *rules* appunto, queste potessero essere interpretate come prodromiche a una codificazione, che costituisce ancora oggi, in quella cultura giuridica, l'ostacolo maggiore alla realizzazione di un diritto comune europeo⁷⁴.

Questo antefatto è utile per spiegare perché un'opera come il *DCFR, Principles, Definitions and Model Rules*, abbia spinto il comitato redazionale a giustificarne l'intitolazione. Tali Principi, nell'ottica dei redattori avrebbero dovuto rappresentare il livello di massima generalizzazione delle regole contenute nel Draft, perciò coloro che ne hanno curato il volume, che si intitola per l'appunto *Principles, Definition and Model Rules of European Private Law*, con il sottotitolo *Draft Common Frame of Reference*, si sono preoccupati di individuarli ed illustrarli⁷⁵.

Questi principi sono la libertà contrattuale, la certezza del rapporto, la giustizia, l'efficienza.

Le *Definitions* invece, consistono in catalogo dei più importanti concetti, in particolare di quelli rilevanti ai fini dell'*acquis*. Esse sono individuate nelle nozioni di contratto e di danno, che sono all'origine delle principali divergenze nella fase attuativa delle direttive all'interno degli ordinamenti nazionali.

Le *Model Rules*, infine, sono il nucleo certamente più consistente del *DCFR*; si tratta di regole specifiche in materia di formazione del contratto, forma,

⁷⁴ C. CASTRONOVO, "L'utopia della codificazione europea e l'oscura realpolitik di Bruxelles dal *DCFR* alla proposta di regolamento di un diritto comune europeo della vendita", in *Europa e diritto privato*, 2011, fasc. 4, p. 847.

⁷⁵ *Idem*.

rappresentanza, obblighi precontrattuali, interpretazione e validità, contenuto ed effetti, adempimento e rimedi per l'inadempimento, pluralità di parti, prescrizione, e ancora altre con particolare riguardo allo schema contrattuale della compravendita.

Il *Draft Common Frame of Reference*, quanto all'ambito della disciplina, non si limita al settore dei contratti ma si caratterizza per una estensione che va ben oltre lo stesso, occupandosi di istituti quali la gestione d'affari altrui, l'illecito civile extracontrattuale, l'indebito arricchimento, il trasferimento della proprietà dei beni mobili, le garanzie mobiliari e i negozi fiduciari.

Per una materia così articolata, procedere per principi ha comportato lavorare su una base complessivamente meno riducibile ad assunti comuni, tant'è che, se il catalogo dei principi poteva essere appropriato per il contratto, di certo non lo è con riferimento ad una materia così ampia ed articolata⁷⁶.

Il corpo normativo contenuto nel Libro III intitolato “*Obbligations and corresponding rights*” non reca, a ben vedere, la disciplina generale del contratto, ma la disciplina generale del rapporto obbligatorio. Di conseguenza la formulazione dei precetti ivi contenuti è di carattere generale ed astratto.⁷⁷

Proprio il Libro III del *Draft Common Frame of Reference* sembra essere basato quasi esclusivamente sui principi derivati dalla rivisitazione dei *Principles of European Contract Law*. E non sembra riferirsi al diritto comunitario esistente, neppure in materie come l'adempimento e i rimedi contro l'inadempimento, riguardo alle quali la direttiva sulla vendita al consumatore ed altre direttive comunitarie contengono ampio materiale da cui poteva trarsi spunto.

E' stato notato come, in questo settore, i *PECL* e l'*acquis communautaire* siano parzialmente conformi, poiché entrambi non si allontanano dalla Convenzione di

⁷⁶ *Idem*, p. 849.

⁷⁷ R. SCHULZE, “*I Principi Acquis. Situazione attuale e prospettive future della ricerca*”, in *I Principi di diritto comunitario dei contratti. Acquis Communautaire e diritto privato europeo*, G. DE CRISTOFARO (a cura di), Torino, 2009, p. 14.

Vienna sulla vendita internazionale, sicché il problema di una possibile incongruenza sembra essere arginato.⁷⁸

Il Libro II, contrariamente, è il frutto di una metodologia che combina i risultati raggiunti dal lavoro dell'*Acquis Group* e i principi ricavati dal confronto tra gli ordinamenti nazionali. Alcune parti di questo libro, come i doveri precontrattuali e la disciplina del recesso, poggiano sul diritto comunitario esistente.

Si può quindi parlare di una incongruenza metodologica⁷⁹. Per la redazione di alcune parti, infatti, ci si è ispirati prevalentemente agli studi comparatistici basati sui *Principles of European Contract Law*, tant'è che gli stessi sono stati inseriti nel testo del *Draft Common Frame of Reference*. Mentre per altre parti si è seguito un approccio ispirato alla combinazione tra i principi di diritto comune europeo dei contratti e i risultati raggiunti dall'*Acquis Group*, il cui metodo di lavoro è prevalentemente incentrato sulla ricostruzione del diritto comunitario vigente e sulla ricerca dei comuni principi ispiratori delle diverse discipline⁸⁰.

Il lavoro complessivo è stato reso pubblico con una versione provvisoria nel 2008 (*Interim Outline Edition*), mentre la versione definitiva risale al 2009 (*Outline Edition*).

Il *DCFR* appare senz'altro svolgere un ruolo chiave nel sistema del nuovo diritto contrattuale europeo, perché ad esso guarderanno tutte le future iniziative legislative, sia in revisione dell'*acquis*, sia in direzione dell'elaborazione di uno strumento opzionale destinato a divenire, nel futuro, un *corpus* di regole contrattuali a livello europeo.

Il *Draft* può essere considerato una sorta di “*toolbox*”, vale a dire, come è stato definito in dottrina, una cassetta degli attrezzi, un armamentario dal quale attingere

⁷⁸ R. SCHULZE, “*The Academic Draft of the CFR and the EC Contract Law*”, in *Common Frame of Reference and existing EC Contract Law*, Munich, 2008, p.11.

⁷⁹ *Idem*

⁸⁰ C. CASTRONOVO, “*Verso un codice europeo: i Principi di diritto europeo dei contratti*”, in *Vita Not.*, 2004, fasc.1, p. 5.

per procedere in maniera rapida in direzione, dell'armonizzazione del diritto contrattuale europeo.

Storicamente questa funzione è stata assolta, negli ordinamenti nazionali, che si fondano sui codici, dalla parte generale del diritto contrattuale.

Ma appare evidente che ci si trovi in un contesto storico, economico e culturale differente da quello in cui sono maturati i processi di codificazione del diritto privato portati avanti negli ultimi secoli⁸¹. E per questa ragione solo impropriamente può essere assimilato a un quadro generale di regolazione del contratto quale è solito rintracciare nei sistemi di *civil law*.

Questo diverso contesto si riflette sui contenuti del progetto. Il *DCFR* contiene non solo istituti e regole del contratto in generale, come si è esposto in precedenza, ma si estende anche a ricomprendere regole afferenti specifici schemi contrattuali e a particolari settori di disciplina che appaiono particolarmente rilevanti in una prospettiva transfrontaliera, come, appunto, la compravendita.

Tuttavia, i principi contenuti nel *Draft* non sono vincolanti. Questa specificità è da ricondurre al fatto che si tratta di uno strumento di *soft law*, che, sebbene nato sull'impulso delle istituzioni europee, rimane un testo elaborato da accademici e quindi privo, in quanto tale, di una convalida politica.

Il *Draft Common Frame of Reference*, a ben vedere, non appare adeguatamente sostenuto da una matura ispirazione politica, tale da imprimere ad esso i connotati di un processo unificante delle diverse culture e tradizioni⁸². Il progetto è più propriamente ispirato, nella prospettiva attuale, a perseguire l'obiettivo del mercato

⁸¹ G. ALPA- G. CONTE, *Ibidem*, p. 161.

⁸² In dottrina non manca chi sottolinea che la struttura del *DCFR* sia inadeguata a sostenere una futura legittimazione politica del lavoro, in vista di un'azione armonizzatrice del diritto contrattuale europeo. Le ragioni che sostengono questa opinione si fondano sulla considerazione che il *DCFR* si limiti a riprodurre l'*acquis communautaire* senza contribuire allo sviluppo dell'*acquis* stesso, che siano presenti numerose clausole generali che contribuiscono ad inficiare la certezza del diritto, principio indispensabile per trovare soluzioni coerenti nel moderno scenario contrattuale, ed infine che sia assente una chiara e decisa scelta dell'ambito materiale dell'intera opera. Si veda G. GRUNDMANN, "The structure of the *DCFR* – Which approach for today's contract law?", in *Il Draft Common Frame of Reference del diritto private europeo*, G. ALPA, G. IUDICA, U. PERFETTI, P. ZATTI (a cura di), Milano, 2009.

unico, rimuovendo le strozzature esistenti, che generano ostacoli e difficoltà nelle transazioni transfrontaliere. Anche se in dottrina non si esclude che tale strumento possa contribuire alla maturazione di una “identità comune europea”⁸³.

⁸³ Si veda in particolare H. COLLINS, “*Why Europe needs a Civil Code: European Identity and the Social Model*”, in *Eur. Rev. Priv. L.*, 2013, pp. 907-922. L’autore enfatizza un percorso basato sulla valorizzazione della società civile europea, piuttosto che sul rafforzamento dei poteri degli organi comunitari, ai fini del completamento di una comune identità giuridica europea. Mentre J. BASEDOW, “*Codification of Private Law in the European Union: the making of a Hybrid*”, in *Eur. Rev. Priv. L.*, 2001, pp. 35-49, riconosce che oggi un codice europeo sarebbe chiamato a favorire l’identità europea e dovrebbe seguire il fine della espansione dei mercati oltre i confini nazionali.

4. L'evoluzione del progetto di uniformazione del diritto contrattuale dopo il *Draft Common Frame of Reference*: verso un diritto comune europeo della vendita

4.1. L'istituzione di un gruppo di esperti e il Libro Verde della Commissione europea del 2010 sulle possibili opzioni in vista di un diritto europeo dei contratti per i consumatori e le imprese

Successivamente alla pubblicazione del *Draft Common Frame of Reference*, l'azione degli organi comunitari non si è arrestata. Il Consiglio europeo, nell'ambito dello *Stockholm Program*⁸⁴, adottato per il periodo 2010-2014, invita la Commissione ad approfondire il dibattito sul quadro comune di riferimento, sottolineando come un'azione in questo campo potrebbe risollevare l'Europa dalla profonda crisi economica che sta attraversando. Viene affermato altresì come lo spazio giudiziario europeo debba contribuire a sostenere l'attività economica all'interno del mercato unico.

In risposta a questo invito la Commissione europea ha emanato una nuova Comunicazione, *EUROPA 2020: una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva*⁸⁵, nell'ambito della quale è stata evidenziata la necessità di rendere meno onerosa la conclusione di contratti con contraenti provenienti dagli altri Stati membri, individuando quattro distinte possibili soluzioni: i) adeguare la legislazione europea e nazionale all'era digitale per favorire la circolazione dei contenuti⁸⁶; ii) agevolare e rendere meno onerosa per imprese e consumatori la

⁸⁴ Documento del Consiglio 17024/09 risalente al 2 dicembre 2009, consultabile nel sito: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:115:0001:0038:en:PDF>.

⁸⁵ COM (2010) 2020 def. del 3 marzo 2010, per un ulteriore approfondimento si veda la pagina web ad essa dedicata http://europa.eu/legislation_summaries/employment_and_social_policy/eu2020/em0028_it.htm.

⁸⁶ L'agenda digitale europea rappresenta una iniziativa, per così dire, avveniristica, che è stata adottata nell'ambito della strategia Europa 2020, ed è tesa ad ottenere vantaggi socioeconomici

conclusione di contratti con partner di altri paesi dell'UE, offrendo soluzioni armonizzate per i contratti stipulati con i consumatori, introducendo clausole contrattuali tipo a livello di UE e facendo progressi verso una legge europea facoltativa in materia di contratti; iii) agevolare e rendere meno onerosa l'applicazione dei contratti per imprese e consumatori e riconoscere le sentenze e i documenti emessi da giudici di altri paesi dell'UE, iiii) accelerare l'attuazione del programma "Regolamentazione intelligente", anche valutando la possibilità di un più ampio uso dei regolamenti anziché delle direttive, avviando una valutazione ex-post della normativa vigente, proseguendo il monitoraggio del mercato, riducendo gli oneri amministrativi, rimuovendo gli ostacoli fiscali, migliorando il clima imprenditoriale, in particolare per le PMI, e sostenendo l'imprenditoria.

La predisposizione di un adeguato strumento europeo di diritto dei contratti potrebbe rimuovere gli ostacoli, risultanti dalla frammentazione del quadro normativo, che concorrono a generare le strozzature esistenti nel mercato unico. In questo modo l'Unione europea potrebbe aspirare ad assumere un ruolo guida nella creazione di norme internazionali di diritto uniforme e conseguire un vantaggio, su scala mondiale, in termini di competitività.

La Commissione ha quindi istituito un gruppo di esperti⁸⁷, incaricato di studiare la fattibilità di uno strumento di diritto europeo dei contratti, che assicuri vantaggi alle imprese e protezione per i consumatori, ma che la contempo riduca l'incertezza normativa.

I membri del gruppo⁸⁸, provenienti dalle diverse tradizioni giuridiche, sono stati scelti tra i massimi esperti del diritto civile, in particolare del diritto dei contratti, e hanno agito in piena indipendenza e nel perseguimento dell'interesse generale. Il gruppo ha assistito la Commissione per la selezione delle parti del DCFR

sostenibili grazie a un mercato digitale unico, rimuovendo la disomogeneità normativa. Per questo specifico motivo propone di introdurre uno strumento opzionale del diritto contrattuale, che riesca a fronteggiare la frammentazione normativa, con particolare riguardo all'ambiente online.

⁸⁷ Decisione della Commissione del 26 aprile 2010.

⁸⁸ Per consultare l'elenco dei membri, si veda:
http://ec.europa.eu/justice/contract/files/expert-group_en.pdf.

direttamente o indirettamente connesse con il diritto dei contratti, ed è stato dalla stessa presieduto.

Successivamente la Commissione ha emanato il Libro Verde “*Sulle possibili opzioni in vista di diritto europeo dei contratti per i consumatori e le imprese*”⁸⁹, all’interno del quale ha lanciato una nuova consultazione pubblica, ai cui esiti si informati i lavori del gruppo di esperti.

Uno strumento di diritto europeo dei contratti dovrebbe dare una risposta ai problemi di divergenza dei diritti nazionali di cui si è discusso, senza introdurre oneri aggiuntivi o nuove complicazioni per i consumatori e le imprese. Inoltre dovrebbe assicurare un elevato livello di protezione dei consumatori. Nel suo settore dovrebbe essere completo e autonomo, nel senso che dovrebbe ridurre al minimo i riferimenti alle leggi nazionali o agli strumenti internazionali.

Sono state individuate diverse soluzioni in ordine alla natura giuridica, all’ambito di applicazione e all’ambito di applicazione materiale del futuro strumento, che è opportuno analizzare nel dettaglio.

Sono state delineate sette diverse opzioni:

- Pubblicazione del lavoro del gruppo di esperti: gli esiti dei lavori del gruppo di esperti si possono divulgare facilmente con pubblicazione immediata sul sito della Commissione, senza approvazione a livello UE. L’ampio uso di questo testo, nel lungo periodo, potrà contribuire alla convergenza volontaria delle legislazioni ma non risolve il problema degli ostacoli al mercato interno. Un testo che non abbia autorità o status ufficiale agli occhi di giudici e legislatori non riuscirà a ridurre significativamente le divergenze esistenti.
- Uno strumentario ufficiale per il legislatore: lo strumentario potrà essere concepito o come atto della Commissione ovvero come accordo interistituzionale tra Commissione, Parlamento e Consiglio. Nel primo caso

⁸⁹ COM (2010) 348 def., disponibile sul sito <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0348:FIN:it:PDF> .

uno strumento così diventerebbe efficace non appena adottato dalla Commissione e non avrebbe bisogno dell'approvazione del Parlamento e del Consiglio. Nella seconda e diversa ipotesi dell'accordo interistituzionale le tre istituzioni che dovranno tenere conto delle raccomandazioni in esso contenute per preparare e adottare i nuovi strumenti legislativi. L'inconveniente di uno strumentario è rappresentato dal fatto che non elimina le divergenze normative, perché non assicurerebbe una interpretazione convergente del diritto europeo dei contratti da parte dei giudici.

- Raccomandazione della Commissione sul diritto europeo dei contratti: una raccomandazione consentirebbe agli Stati membri di adottare lo strumento gradatamente, recependolo nel diritto interno su base volontaria. La raccomandazione potrebbe incoraggiare gli Stati membri a sostituire il diritto nazionale dei contratti con lo strumento europeo raccomandato⁹⁰ ovvero potrebbe incoraggiarli ad integrare lo strumento di diritto europeo dei contratti come regime opzionale, dando ai contraenti un'alternativa al diritto nazionale⁹¹. Implicita in questa opzione è la possibilità di una applicazione incoerente dello strumento, stante il carattere non vincolante della raccomandazione.
- Regolamento istitutivo di uno strumento facoltativo di diritto europeo dei contratti: si potrebbe istituire uno strumento facoltativo con regolamento, che sarebbe concepito come “secondo regime” in ciascuno Stato membro, offrendo così alle parti la scelta tra due regimi di diritto contrattuale interno, e che potrebbe applicarsi ai soli contratti transfrontalieri ovvero ai contratti transfrontalieri e a quelli nazionali. Affinché i contraenti acquistino fiducia nello strumento e lo scelgano subito come base giuridica del contratto

⁹⁰ Una esperienza simile è stata realizzata negli Stati Uniti, dove tutti e 50 gli Stati federati, eccetto la Louisiana, hanno adottato un codice commerciale uniforme (*Uniform Commercial Code – UCC*), elaborato da esperti di diritto commerciale.

⁹¹ Negli Stati membri che optano per questo metodo, lo strumento facoltativo europeo affiancherebbe altri strumenti alternativi che è possibile scegliere come legge applicabile ai contratti, ad esempio i principi Unidroit.

risulterà necessario che i consumatori abbiano la certezza che, concludendo un contratto su questa base, non perdano i loro diritti. Per essere operativo sul mercato interno, lo strumento facoltativo dovrà incidere sull'applicazione delle norme imperative, comprese quelle sulla protezione dei consumatori. Questo sarebbe il suo valore specifico rispetto ai regimi facoltativi esistenti, come la Convenzione di Vienna, che non possono limitare l'applicazione di norme imperative nazionali. Il riferimento costante a un *corpus* unico di norme risparmierebbe a giudici e professionisti legali di dover studiare, in alcuni casi, le leggi straniere, come attualmente accade in base alle norme di conflitto. Scegliendo questa opzione ne potrebbe derivare una riduzione non solo dei costi per le imprese, ma anche degli oneri amministrativi che gravano sul sistema giudiziario. Si può obiettare che uno strumento facoltativo rischia di complicare notevolmente il già frammentato contesto normativo. Aggiungendo un sistema parallelo, a ben vedere, il quadro normativo non diventerà meno impegnativo e si farà urgente l'esigenza di informazioni chiare, che permettano al consumatore di capire quali siano i suoi diritti, per decidere in maniera consapevole ed informata.

- Direttiva sul diritto europeo dei contratti: una direttiva sul diritto europeo dei contratti potrebbe armonizzare i diritti nazionali sulla base di norme minime comuni. Tuttavia l'armonizzazione mediante direttive secondo il principio di un'armonizzazione minima non porterebbe necessariamente a un'attuazione e un'interpretazione uniformi delle norme.
- Regolamento istitutivo di un diritto comune europeo dei contratti: un regolamento istitutivo di un diritto europeo dei contratti potrebbe sostituire le molteplici leggi nazionali con un corpus omogeneo di norme europee, comprensivo di norme imperative che prevedano un livello elevato di protezione del contraente debole. Tali norme si applicherebbero ai contratti non già per scelta delle parti, ma in quanto diritto nazionale. Questa soluzione eliminerebbe la disomogeneità normativa nel settore del diritto dei contratti e condurrebbe a un'applicazione e un'interpretazione uniforme

delle disposizioni del regolamento. Norme uniformi di diritto dei contratti potrebbero agevolare la conclusione dei contratti transfrontalieri e costituire un meccanismo efficace di risoluzione delle controversie. Tuttavia, questa soluzione rischia di sollevare questioni sensibili in ordine alla sussidiarietà e alla proporzionalità, poiché potrebbe non costituire una misura non proporzionata per realizzare il corretto funzionamento del mercato interno.

- Regolamento istitutivo di un codice civile europeo: quest'ultima opzione rappresenta certamente l'opzione più audace e si caratterizza per andare oltre il diritto dei contratti, interesserebbe infatti altri tipi di obbligazioni come la gestione d'affari e la responsabilità extra-contrattuale. Tuttavia, un tipo di strumento così vasto sarebbe difficilmente giustificabile alla luce del principio di sussidiarietà.

Il Libro Verde ha sottoposto a valutazione pubblica anche il possibile ambito di applicazione dello strumento. Nell'ambito della consultazione si chiedeva agli interessati se lo stesso dovesse applicarsi sia ai contratti *business to business (B2B)* che a quelli *business to consumer (B2C)*, e se dovesse includere i contratti transfrontalieri, oltre a quelli nazionali⁹².

Con riferimento, invece, all'ambito di applicazione materiale ci si è chiesti se lo strumento avesse dovuto riguardare la sola disciplina del contratto oppure avesse dovuto estendersi oltre, ricomprendendo anche la disciplina della responsabilità extra-contrattuale e tipi di specifici di contratti.

Le questioni sorte nell'ambito della consultazione pubblica, promossa dalla Commissione europea, sono state riprese nel successivo *Feasibility Study*, elaborato dal gruppo di esperti, che ha cercato di dare ad esse una risposta.

⁹² V. il contributo di G.ALPA, "Towards a European Contract Law", in *Contratto e Impresa. Europa*, 2012, pp. 115-124, in cui vengono analizzate le possibili vie da seguire in vista di uno *European Contract Law*.

4.2. Il *Feasibility Study* (FS)

Il *Feasibility Study*⁹³ è il prodotto del lavoro del gruppo di esperti istituito nel 2010 e consiste in uno studio diretto ad individuare la possibile struttura del futuro strumento di diritto europeo dei contratti, in modo da riuscire ad appianare i problemi pratici che derivano dalla diversità delle leggi nazionali, al fine della predisposizione di un testo più semplice e snello limitato alle norme sul contratto in generale e al contratto di vendita.

Il risultato di questo lavoro, che mette capo ad una imminente codificazione europea, è stato reso noto il 3 maggio 2011 con il titolo “*A European contract law for consumer and business: Publication of the result of the Feasibility Study carried out by Expert Group on European contract law for stakeholders’ and legal practitioners’ feedback*”, e consiste in un testo di 189 Articoli, in cui sono state selezionate le parti del *DCFR* più specificatamente riguardanti il contratto in generale, coordinandole con gli altri studi elaborati nel campo del diritto contrattuale europeo.

La parte generale relativa ai profili di conclusione del contratto, dell’interpretazione e del contenuto, con particolare riferimento alle clausole abusive, e la parte dedicata alla prescrizione, ripercorrono le linee del prodotto della Commissione Lando, i *Principles of European Contract Law*, ma da essi poi si allontanano, poiché il contenuto comprende la disciplina della vendita di beni mobili, dei servizi connessi con la vendita, delle restituzioni in caso di invalidità o scioglimento del contratto.

E’ assente la parte che regola l’invalidità. Da una lato si parla di invalidità, dall’altro, però, non se ne fornisce una disciplina.

E’ stato notato come questa impostazione riproduca il vizio di impianto del diritto dell’Unione europea che procede a sprazzi⁹⁴. La vendita di beni di consumo, a ben

⁹³ Lo studio è stato pubblicato alla fine di aprile 2010 ed è consultabile sul sito http://ec.europa.eu/justice/contract/files/feasibility_study_final.pdf.

⁹⁴ C. CASTRONOVO, “L’utopia della codificazione europea e l’oscura realpolitik di Bruxelles dal *DCFR* alla proposta di regolamento di un diritto comune europeo della vendita”, in *Europa e diritto privato*, 2011, fasc. 4, p. 856.

vedere, non presenta soltanto problemi di conformità dei beni e di pagamento del prezzo.

La giustificazione di questa lacuna può essere rintracciata nell'esigenza di snellezza e brevità che il testo dovesse presentare, anche se appare spiegazione poco convincente.⁹⁵

Nella parte introduttiva dello studio di fattibilità sono riprese le numerose opinioni dei c.d. *stakeholders*, che hanno aderito alla consultazione pubblica lanciata dopo l'emanazione del Libro Verde.

Con riferimento alle principali osservazioni riguardanti le possibili opzioni disposte nel *Green Paper*, molti dei soggetti interessati hanno manifestato interesse verso la prima opzione (pubblicazione dei lavori del gruppo di esperti) e verso la seconda (introduzione di un *toolbox*). Un riscontro inferiore ha ricevuto la terza opzione (raccomandazione della Commissione relativa al diritto comune europeo dei contratti).

Le opinioni riguardo la quarta opzione (introduzione di uno strumento opzionale) sono state varie. Alcuni Stati membri ed un largo numero dei soggetti interessati hanno mostrato il proprio favore verso uno strumento opzionale, nella misura in cui esso rispetti determinate condizioni, vale a dire un alto livello di protezione dei consumatori, l'essere comprensibile e "*user-friendly*", l'essere chiaro riguardo al suo collegamento con la nuova Direttiva sui diritti dei consumatori e con le altre norme europee. Altri fra i soggetti interessati hanno prediletto la sesta opzione (regolamento istitutivo di un diritto comune europeo della vendita).

Con riferimento all'ambito di applicazione della proposta, la maggior parte delle opinioni pervenute riguardavano l'ambito di applicazione di uno strumentario (seconda opzione) oppure di uno strumento opzionale (quarta opzione).

Nel primo caso, la maggioranza delle risposte propendeva per un testo il più ampio possibile, che non fosse limitato a certi tipi di contratti. Nel secondo caso, invece,

⁹⁵ *Idem*

la maggior parte delle opinioni erano in favore di uno strumento limitato al contratto di vendita transfrontaliera tra il professionista e il consumatore (B2C).

Sulle varie opzioni contenute nel Libro Verde, è stato poi redatto un *Impact Assessment* (IA)⁹⁶, il cui scopo precipuo consiste nel valutare l'impatto economico e sociale delle opzioni prospettate.

L'esito della valutazione di impatto ha stabilito che un regolamento volto ad istituire un diritto contrattuale uniforme rappresenta l'opzione maggiormente in linea con il raggiungimento degli obiettivi strategici dell'Unione.

⁹⁶ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=SEC:2011:1165:FIN:EN:PDF> .

4.3. La Proposta ufficiale di Regolamento per un diritto comune europeo della vendita (CESL)

Nell'ottobre del 2011, sulla base della consultazione pubblica e dell'*Impact Assessment*⁹⁷, la Commissione presenta al Parlamento europeo e al Consiglio la sua proposta ufficiale per l'adozione di un Regolamento relativo a un "diritto comune europeo della vendita" (*Common European Sales Law – CESL*⁹⁸).

L'attuale testo della proposta contiene di 186 Articoli, contenuti nell'Allegato⁹⁹, che riprendono il contenuto del *Feasibility Study*, presentato dal gruppo di esperti, che a sua volta è basato sul contenuto del *Draft Common Frame of Reference* e sulla precedente iniziativa in ambito di diritto contrattuale, i *Principles of European Contract Law*¹⁰⁰.

La Proposta contiene qualche variazione rispetto allo studio di fattibilità, specialmente per quanto riguarda la sezione prima del capitolo primo, dedicata ai "Principi generali" e costituita di tre regole, contenute negli artt 1-3, relative rispettivamente alla libertà contrattuale, alla buona fede e correttezza e alla collaborazione tra le parti. In ambito di inadempimento o nuovo adempimento sanate, nell'attuale art. 109 è scomparso il comma 8 dell'art. 110 dello studio di fattibilità, che prevedeva l'applicazione della regola soltanto alla vendita con prestazione di servizi e per la sola parte che concerneva questi ultimi.

La previsione del diritto comune europeo della vendita quale strumento opzionale, come disposto negli artt. 3-12 del testo dell'Allegato, non è basato su nessuna

⁹⁷ L'*Impact Assessment* accompagna la proposta ufficiale di Regolamento, quasi a volerne corroborare l'iniziativa. Il documento ufficiale è disponibile sul sito <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=SEC:2011:1165:FIN:EN:PDF>.

⁹⁸ COM (2011) 635 def., disponibile sul sito <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0635:FIN:it:PDF>.

⁹⁹ *Allegato I*

¹⁰⁰ M. HESSELINK, "How to Opt into the Common European Sales Law? Brief Comments on the Commissions Proposal for a Regulation", in *Eur. Rev. Priv. L.*, 2012, vol. 20, p. 198.

precedente esperienza accademica ma deriva da una scelta propria della Commissione europea¹⁰¹.

La decisione di restringere il progetto di quadro comune di riferimento alla sola disciplina della vendita è il frutto della sensibilità, che la Commissione sembra manifestare, verso tutte quelle politiche tese a favorire la crescita economica dell'intera Unione europea.

La Commissione nota come “*dal punto di vista del mercato interno, il più comune e rilevante è il contratto di vendita di merci*”¹⁰². Come è stato sottolineato in dottrina, infatti, appare condivisibile iniziare dalla disciplina uniforme della vendita; *in primis* perché si tratta del contratto di scambio più frequente e dello strumento più importante per regolare le transazioni economiche nel mercato interno, ma anche perché è il modello normativo a cui fanno solitamente riferimento i legislatori quando si accingono a dettare regole sul contratto in generale¹⁰³.

L'istituzione di un regime uniforme del diritto dei contratti è risultata la scelta più rispondente al principio di proporzionalità¹⁰⁴, a cui si deve informare l'azione dell'Unione. La proposta è proporzionata perché il diritto comune europeo della vendita, rispetto alle altre possibili opzioni, ha natura facoltativa e volontaria, e questo sta a significare che si applica solo se sussiste un accordo in tal senso delle parti. Le norme vigenti di diritto dei contratti non saranno sostituite, pertanto la misura legislativa non andrà oltre quanto necessario per creare nuove opportunità tra i professionisti e i consumatori nel mercato unico.

¹⁰¹ *Idem*

¹⁰² COM (2010) 348

¹⁰³ G. ALPA, “*Towards a European Contract Law*”, in *Contratto e Impresa. Europa*, 2012, fasc. 1, p. 123.

¹⁰⁴ L'art. 5, paragrafo 4, del TUE stabilisce che: “In virtù del principio di proporzionalità, il contenuto e la forma dell'azione dell'Unione si limitano a quanto necessario per il conseguimento degli obiettivi dei Trattati”.

La proposta è altresì coerente con il principio di sussidiarietà¹⁰⁵ poiché l'obiettivo della stessa ha una chiara dimensione transnazionale e non può essere adeguatamente conseguito dagli Stati membri nel quadro dei loro sistemi nazionali. Se gli Stati membri adottassero misure non coordinate, non riuscirebbero ad eliminare i costi di transazione aggiuntivi né la complessità giuridica derivante dalle differenze dei diritti nazionali. Per queste ragioni l'obiettivo può esser meglio conseguito a livello dell'Unione.¹⁰⁶

Con riferimento alla protezione del consumatore, secondo quanto disposto nell'art. 6 del Regolamento n. 503/2008 (Roma I), il professionista che dirige la sua attività verso consumatori residenti in un altro Stato membro deve conformarsi al diritto dei contratti di tale Stato. Se le parti hanno scelto un'altra legge, ma le norme a tutela del consumatore dello Stato in cui lo stesso è residente prevedono tutele più elevate, è fatto obbligo di rispettare tali norme.

Nella pratica, quindi, il professionista deve accertare preventivamente se la legge dello Stato membro di residenza abituale del consumatore prevede un livello di protezione più elevato, e, in seguito a tale indagine, dovrà assicurare che il contratto ne rispetti i requisiti.

Avere a che fare con leggi straniere rende le operazioni transfrontaliere ancora più complesse¹⁰⁷. Secondo i professionisti, infatti, la difficoltà di informarsi sulle disposizioni del diritto dei contratti straniero rappresenta il principale ostacolo alle transazioni tra imprese e consumatori e il terzo ostacolo alle transazioni tra imprese¹⁰⁸.

¹⁰⁵ L'art. 5, paragrafo 1, del TUE stabilisce che: "L'esercizio delle competenze dell'Unione si fonda sui principi di sussidiarietà e di proporzionalità".

¹⁰⁶ Così la Commissione nella Relazione alla proposta, *sub* 3 "elementi giuridici della proposta", p. 9.

¹⁰⁷ Così, *Considerando* n. 1, di cui alla citata proposta di Regolamento su un diritto comune europeo della vendita.

¹⁰⁸ Eurobarometro 320 sul diritto europeo dei contratti nelle transazioni tra imprese, 2011, p. 15, consultabile sul sito http://ec.europa.eu/public_opinion/flash/fl_320_en.pdf e Eurobarometro 321 sul diritto europeo dei contratti nelle transazioni tra imprese e consumatori, 2011, p. 19, sul sito http://ec.europa.eu/public_opinion/flash/fl_321_en.pdf.

Rispetto alle situazioni nazionali, infatti, le situazioni transfrontaliere comportano costi aggiuntivi, che vengono solitamente definiti come costi di transazione¹⁰⁹.

La complessità giuridica aumenta se i paesi hanno un sistema giuridico sostanzialmente differente, mentre sono più frequenti gli scambi tra paesi con sistemi giuridici affini. E' stato riscontrato come confini comuni, distanza e una sostanziale familiarità con il sistema legale e con la lingua, rappresentino fattori di rilevante impatto nel commercio¹¹⁰.

L'obiettivo della proposta è quindi quello di migliorare il funzionamento delle transazioni, facilitando l'espansione dei traffici e dei consumi transfrontalieri, rispettivamente per le imprese e i consumatori.

I professionisti avranno la possibilità di approfittare maggiormente del mercato interno, con l'evidente risultato che aumenterà la concorrenza¹¹¹, e i consumatori, nel contempo, potranno scegliere su una gamma più vasta di prodotti offerti ad un prezzo inferiore.

La proposta è coerente con gli obiettivi dell'Unione, in particolare con l'obiettivo di realizzare un elevato livello di protezione dei consumatori¹¹², poiché contiene

¹⁰⁹ Si veda nota 8, *supra*.

¹¹⁰ Così la Commissione nella Relazione alla proposta, *sub* 1 "contesto della proposta", p. 3. Sul punto si veda A. TURRINI, T. VAN YPERSELE, "Traders, courts and the border effect puzzle", in *Regional Science and Urban Economics*, 2010, vol. 40, p. 82: "Analysing international trade across OECD countries we show that controlling for countries specific factors, distance, the presence of common border and common language [...], similar legal system have a significant impact on trade [...]. If two countries share common origins for their legal system, on average, they exhibit trade flows 40% larger."

¹¹¹ Come sottolinea S. MAZZAMUTO, "Il diritto europeo e la sfida del codice civile unitario", in *Contratto e impresa. Europa*, 2012, fasc. 1, p. 106 ss, in seguito all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007 l'Europa accoglie una visione del mercato meno liberista e più vicina ai modelli dell'economia sociale di mercato, sì da "consentire all'Unione di superare la sua fisionomia attuale e la sua predominante vocazione all'economia". La libera concorrenza non viene più concepita come un fine ma come un semplice mezzo (si veda art. 3, comma 3, TUE); questa impostazione comporta un mutamento nel quadro dei valori di riferimento, perché si affacciano nuovi referenti normativi, quali l'idea di mercato regolato, la tutela della concorrenza, la protezione del consumatore e il principio di solidarietà.

¹¹² L'art. 169, comma 1, del TFUE sancisce che: "Al fine di promuovere gli interessi dei consumatori ed assicurare un livello elevato di protezione dei consumatori, l'Unione contribuisce a tutelare la salute, la sicurezza e gli interessi economici dei lavoratori nonché a promuovere il loro diritto all'informazione, all'educazione e all'organizzazione per la salvaguardia dei propri interessi."

norme imperative di salvaguardia a cui le parti non possono derogare, in danno del consumatore

La proposta è altresì coerente con la politica dell'Unione volta ad aiutare le PMI¹¹³ nell'ambito della strategia "EUROPA 2020". E' stato stabilito che il diritto comune europeo della vendita può applicarsi ai contratti tra professionisti, quando almeno una delle parti è una PMI, individuata in base a quanto statuito nella Raccomandazione 2003/361 della Commissione¹¹⁴.

In coerenza con le finalità di politica commerciale internazionale dell'Unione, i paesi terzi non verrebbero discriminati, poiché potrebbero scegliere di applicare la disciplina relativa al diritto comune europeo della vendita, a condizione che una parte del contratto appartenga ad uno Stato membro.

Passando ora a discutere brevemente del quadro normativo vigente nel settore della proposta, è stato rilevato come l'Unione abbia iniziato a disciplinare il settore del diritto dei contratti adottando direttive di armonizzazione minima in materia di protezione dei consumatori. Il principio dell'armonizzazione minima comporta che gli Stati membri possano mantenere o introdurre requisiti obbligatori più rigorosi di quelli previsti dall'*acquis*. I risvolti pratici di questo approccio hanno portato a soluzioni divergenti. La direttiva sui diritti dei consumatori di recente adozione¹¹⁵ prevede l'armonizzazione completa per quanto concerne l'informativa precontrattuale da fornire al consumatore, il diritto di recesso del consumatore nei contratti a distanza e nei contratti negoziati fuori dai locali commerciali, e alcuni aspetti della consegna dei beni e del passaggio del rischio.

¹¹³ Con riferimento alla Strategia si veda la nota 47, *supra*.

¹¹⁴ G.U.U.E. L 124 del 20 maggio 2003, p. 36. Le piccole o medie imprese vengono definite in funzione del loro organico e del loro fatturato ovvero del loro bilancio totale annuale. Una media impresa è definita come un'impresa il cui organico sia inferiore a 250 persone e il cui fatturato non superi 50 milioni di euro o il cui totale di bilancio annuale non sia superiore a 43 milioni di euro. Una piccola impresa è definita come un'impresa il cui organico sia inferiore a 50 persone e il cui fatturato o il totale del bilancio annuale non superi 10 milioni di euro.

¹¹⁵ *Consumer Right Directive (CRD)* 2011/83, G.U.U.E. L 304 del 22 novembre 2011.

A livello internazionale troviamo la Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di merci (CISG), che si applica ogniqualvolta le parti non abbiano optato per una legge specifica. Essa si occupa di alcuni aspetti del contratto di vendita, tralasciandone altri come i vizi del consenso, le clausole abusive e la prescrizione. Limitazioni all'applicazione della Convenzione discendono dal fatto che non tutti gli Stati membri l'hanno firmata¹¹⁶ e che non esiste un meccanismo che ne garantisca l'interpretazione uniforme.

A livello di diritto internazionale privato, l'Unione ha adottato strumenti sulla scelta del diritto applicabile. Il Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I) e il regolamento (CE) n. 864/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio sulla legge applicabile alle obbligazioni extra-contrattuali (Roma II), che vale anche per gli obblighi precontrattuali.

I Regolamenti Roma I e Roma II rimarranno impregiudicati¹¹⁷. Il diritto comune europeo sulla vendita si applicherà infatti come “secondo regime” di diritto dei contratti all'interno dell'ordinamento nazionale. Se le parti sceglieranno di applicare tale disciplina, con riferimento agli aspetti giuridici in essa contenuti, non si applicherà nessun'altra norma nazionale.

Gli aspetti non toccati dalla proposta di regolamento continueranno, invece, ad essere regolati dalle norme nazionali.

Con riferimento ai contratti tra imprese e consumatori (B2C) viene il rilievo il rapporto tra il diritto comune europeo della vendita e l'art. 6, comma 2, del Regolamento Roma I. Se le parti scelgono la legge di un altro Stato diversa dalla legge del consumatore, tale scelta non potrà privare il consumatore della protezione che gli sarebbe garantita dalle norme del paese in cui ha la residenza abituale.

Qualificare il diritto comune europeo della vendita come “secondo regime” porta a considerare l'eventuale scelta come una scelta tra due regimi nazionali di diritto

¹¹⁶ Regno Unito, Irlanda, Portogallo e Malta sono gli Stati che non l'hanno firmata.

¹¹⁷ Così, *Considerando* n.10, di cui alla citata proposta di Regolamento per un diritto comune europeo della vendita.

della vendita. Per definizione non può esserci un livello di protezione maggiore dato dalla legge del paese di residenza del consumatore, che è la stessa che consente di scegliere il diritto comune europeo della vendita, uguale per tutti gli Stati membri, come legge applicabile al contratto. A ben vedere, quindi, verrebbe paralizzata la funzione dell'art. 6 del Regolamento Roma I, come si deduce chiaramente dalla lettura del *Considerando* n. 12 della proposta di Regolamento¹¹⁸.

Diversamente sarebbe se si qualificasse la scelta verso il diritto comune europeo della vendita come “scelta di legge”, ai sensi dell'art. 6 del Regolamento Roma I. In questo caso, infatti, le norme nazionali che garantiscono al consumatore una maggiore protezione, rispetto alla disciplina contenuta nel CESL, dovrebbero rimanere applicabili nonostante la scelta. L'obiettivo di creare uno strumento che semplifichi le operazioni delle piccole e medie imprese, rilanciando gli scambi oltre frontiera, non sarebbe raggiunto. La dottrina esclude questa interpretazione¹¹⁹.

Con riferimento, invece, ai contratti tra professionisti (B2B) viene a crearsi un potenziale conflitto con la Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale.

L'applicabilità della Convenzione di Vienna ad un determinato contratto può essere esclusa o limitata secondo quando disposto nell'art. 6 della Convenzione stessa¹²⁰. Le parti potranno così decidere di sottoporre il contratto, in tutto o in parte, al diritto della vendita nazionale che già preesiste e che si applica ai contratti di vendita interni. Similmente le stesse potranno escludere l'applicabilità della Convenzione ed optare per il diritto comune europeo della vendita.

L'idea di una regolamentazione della vendita, dal punto di vista concettuale, potrebbe contribuire ad eliminare le differenze tra *civil law* e *common law*.

¹¹⁸ *Considerando* n. 12: “Poiché il diritto comune europeo della vendita contiene un surplus completo di norme imperative a tutela dei consumatori completamente armonizzate, se le parti scelgono di applicarlo i diritti degli Stati membri non presenteranno divergenze al riguardo. Di conseguenza, l'articolo 6, paragrafo 2, del Regolamento (CE) n. 593/2008, che si fonda sull'esistenza di livelli divergenti di protezione del consumatore negli Stati membri, non ha rilevanza pratica per gli aspetti disciplinati dal diritto comune europeo della vendita.”

¹¹⁹ Sul punto si veda M. HESSELINK, *Ibidem*, pp 198-200.

¹²⁰ L'art. 6 della CISG dispone che “Le parti possono escludere l'applicazione della presente Convenzione o (...), derogare a singole sue disposizioni o modificarne gli effetti.”

Per la *common law*, che si basa su una logica empirica, *contract* è lo scambio che si fonda sulla *consideration*, ed è assente la teorizzazione del contratto in generale, si parla di singoli tipi contrattuali come *sale*, *lease* etc.

Il diritto romano francese ha elaborato una generalizzazione del concetto di contratto comprensiva sia dell'atto di scambio, la vendita, sia dell'atto a titolo gratuito, la donazione. Il diritto romano tedesco ha proceduto in questa generalizzazione, tracciando come elemento unificante l'astratta dichiarazione di volontà, anche unilaterale¹²¹.

In tale contesto il contratto di vendita potrebbe fungere da minimo comune denominatore nella disciplina del contratto tra le diverse tradizioni giuridiche¹²².

E' stato osservato come il diritto europeo sulla vendita, contenuto nella Proposta, si presenti come uno strumento meno imponente, di quanto originariamente pensato e voluto dagli organi dell'Unione europea. Tuttavia esso potrebbe finire per avere una incidenza maggiore di quanto stabilito attualmente.¹²³

L'incidenza del Regolamento potrebbe essere estesa e le sue regole finire per valere, in via di interpretazione sistematica, come regole valide anche per altri tipi di contratti di scambio, diversi dalla vendita. Addirittura come regole valevoli per il contratto in generale. E' stato rilevato che i compilatori del codice civile, nel redigere la disciplina relativa alle "Obbligazioni in generale" e ai "Contratti in generale", avessero come modello proprio il contratto di vendita. E che la dottrina e la giurisprudenza nazionali abbiano per lungo tempo considerato applicabili le norme sul contratto in generale solamente ai contratti di scambio e non già, ad esempio, ai contratti associativi: emblematica a tal fine è ritenuta l'inapplicabilità della clausola generale di buona fede (art. 1375 c.c.) al contratto di società¹²⁴. E

¹²¹ F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, V. II, Padova, 2010, p. 129 ss.

¹²² R. ROLLI, "La proposta di regolamento europeo sulla vendita nel processo di codificazione europea", in *Contratto e impresa. Europa*, 2012, p.380.

¹²³ N. ZORZI GALGANO, "Dal codice europeo dei contratti al Regolamento sulla vendita: la logica del sistema, anche con riferimento alla protezione del consumatore", in *Contratto e impresa. Europa*, 2012, fasc. 1, pp. 307-311

¹²⁴ R. ROLLI, *Ibidem*, p. 381.

ancora, in prospettiva comparata, la disciplina dello *Uniform Commercial Code* in riferimento al contratto regola solo *The Sales* (oggi anche *The Lease*)¹²⁵.

Inoltre, principi posti in tema di “Iniquo sfruttamento” o di “Mutamento delle circostanze” possono portare a colmare le lacune presenti nell’ordinamento nazionale, ammettendo rimedi come la *Gross Disparity* o l’*Hardship* dei Principi Unidroit, che vengono applicati negli arbitrati internazionali, ma a livello domestico non hanno mai trovato adeguato riconoscimento da parte dei giudici.¹²⁶

In una dimensione europea ancora poco coesa ed integrata, che non consente di realizzare il più ambizioso progetto di un diritto privato comune europeo, la Proposta di Regolamento potrebbe rappresentare un primo timido passo per dirigersi, gradatamente, verso quella meta.

¹²⁵ *Idem*

¹²⁶ *Idem*

CAPITOLO II

LA PROPOSTA DI REGOLAMENTO DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO RELATIVO A UN DIRITTO COMUNE EUROPEO DELLA VENDITA

1. La proposta di Regolamento: commenti e questioni

L'adozione del regolamento relativo a un diritto comune europeo della vendita (*Common European Sales Law –CESL*)¹²⁷, se effettivamente avverrà¹²⁸, potrebbe segnare il passaggio da un diritto contrattuale di derivazione europea, improntato principalmente su direttive da recepirsi all'interno degli Stati membri, ad un diritto contrattuale europeo di regole uniformi, direttamente efficace negli ordinamenti degli Stati membri, proprio perché introdotto attraverso il differente strumento del regolamento.

¹²⁷ La *European Commission's Proposal for a Regulation on a Common European Sales Law (CESL)* è dell'11 ottobre 2011, COM (2011) 635 def. (d'ora in avanti sarà definita Proposta di Regolamento).

¹²⁸ Il progetto ha dato avvio ad un ampio dibattito quanto al suo ambito applicativo e ai suoi contenuti, nonché al suo raccordo con gli ordinamenti nazionali e al suo fondamento nell'ambito dell'ordinamento europeo. Nel proseguo della trattazione si cercheranno di riassumere le principali opinioni che sono state manifestate e che ne hanno sottolineato punti di forza e di debolezza.

Con riferimento allo stato d'avanzamento della Proposta di Regolamento all'interno delle istituzioni europee, il Parlamento europeo, nella seduta del 26 febbraio 2014, ha adottato in prima lettura, con 416 voti favorevoli, 159 contrari e 65 astensioni, una serie di emendamenti alla Proposta elaborata dalla Commissione. Gli interventi principali hanno riguardato l'ambito oggettivo della Proposta ristretto ai contratti a distanza, compresi i contratti stipulati on-line, la relazione intercorrente tra il CESL e il Regolamento "Roma I", la possibilità di assoggettare, a certi condizioni, alla disciplina stabilita per il diritto comune europeo della vendita i contratti collegati, il periodo di prescrizione che viene ridotto da 10 a 6 anni, ed infine la modificazione della disposizione relativa ai contenuti digitali, che ora consente anche a chi abbia acquistato contenuti digitali senza aver dovuto corrispondere un prezzo di avvalersi dei rimedi quali la conclusione del contratto o la restituzione della cosa. Per consultare il testo adottato si veda il sito:

<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2014-0159+0+DOC+XML+V0//EN>.

Il diritto comune europeo della vendita è diretto ad introdurre negli ordinamenti degli Stati membri uno strumento soltanto opzionale, vale a dire adottabile in seguito ad una scelta volontaria delle parti contraenti, ed indirizzato alla regolazione delle transazioni transfrontaliere (*cross border transactions*) ad esclusione di quelle nazionali, a meno che lo Stato membro non decida diversamente.¹²⁹ Esso non interesserà il contratto in generale ma esclusivamente il contratto di vendita e la fornitura di contenuti digitali e servizi collaterali¹³⁰, stipulato tra un professionista e un consumatore o esclusivamente tra parti professionali¹³¹.

Il motivo sul quale poggia l'intenzione di adottare un regolamento che introduca uno strumento opzionale sulla vendita risiede nella forte convinzione, espressa a livello istituzionale europeo, che un simile strumento possa essere elemento

¹²⁹ Gli operatori commerciali attivi sia sul mercato nazionale che su quello transnazionale potrebbero trovare utile fare uso di un unico schema di condizioni di contratto per tutte le loro operazioni commerciali. Il Considerando n.15 della Proposta di Regolamento stabilisce che gli Stati membri dovrebbero essere liberi di decidere se rendere il CESL disponibile alle parti per un uso esclusivamente domestico. L'adozione del diritto comune europeo della vendita non dovrebbe essere limitata alle situazioni transfrontaliere che coinvolgono i soli Stati membri, ma dovrebbe essere disponibile anche per facilitare i rapporti commerciali tra Stati membri e Paesi terzi, così come risulta dalla lettura del Considerando n.14 della Proposta di Regolamento).

¹³⁰ L'art. 1 della Proposta di Regolamento prevede che le regole comuni del CESL possono essere adottate per i contratti transnazionali di vendita di beni, per la fornitura di contenuti digitali e i servizi connessi quando le parti del contratto si siano accordate in tal senso. Si veda anche l'art. 5. Tale previsione è in linea con il contenuto del *Feasibility Study*, rilasciato dal gruppo di esperti incaricati dalla Commissione europea, che comprendeva per l'appunto le medesime operazioni contrattuali. Le regole del *Feasibility Study* si sono basate in massima parte sul *Draft Common Frame of Reference* ma sono altresì influenzate dalla Convenzione di Vienna del 1980. Si tenga infine in considerazione che il CESL è stato elaborato dagli organi interni della Commissione europea e non dagli esperti che erano stati nominati nel 2010 per redigere lo Studio di Fattibilità, seguendo molto da vicino contenuti e struttura dello stesso *Feasibility Study*.

¹³¹ L'art. 7 della Proposta di Regolamento prevede che la CESL possa essere adottata solo se il venditore di beni o il fornitore dei contenuti digitali sia un operatore commerciale (da individuare sulla base della definizione data dall'art. 2 lett. e) per la quale «professionista» è «la persona fisica o la persona giuridica che nei contratti, indipendentemente dal fatto che si tratti di un soggetto pubblico o privato, agisce per fini che possono essere attribuiti alla sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale»). E' scomparsa la restrizione per cui, quando entrambe le parti sono professionisti il CESL poteva essere applicato se sono una di esse fosse una PMI, secondo i requisiti che venivano specificamente indicati. Ora l'art. 7 risulta così modificato: «Il diritto comune europeo della vendita può applicarsi ai soli contratti in cui il venditore di beni o il fornitore di contenuto digitale sia un professionista». Il Considerando n.21 fa salva la possibilità che lo Stato membro preveda l'adozione del CESL anche per i contratti tra gli operatori commerciali, nessuno dei quali sia una PMI, aggiungendo che in ogni caso nei rapporti B2B gli operatori commerciali godono di una piena libertà contrattuale e sono incoraggiati a prendere ispirazione dal CESL nella formulazione delle clausole dei loro contratti.

propulsore del mercato europeo e delle occasioni commerciali all'interno di tale mercato¹³². Il fondamento dell'adozione dello strumento è individuato quindi in ragioni essenzialmente economiche, in particolare in motivazioni strettamente connesse al corretto funzionamento del mercato unico¹³³.

La Proposta si articola in tre distinte parti: la parte propriamente normativa del regolamento, obbligatoria in tutti i suoi elementi e direttamente applicabile nei sistemi giuridici degli Stati membri, e i due Allegati allo stesso.

¹³² L'art. 1, par. 2, della Proposta di Regolamento prevede che il Regolamento consente agli operatori economici, in particolare alle piccole e medie imprese (PMI), di fare affidamento su una serie di regole comuni e di fare uso delle medesime condizioni contrattuali per tutte le loro operazioni transfrontaliere riducendo così i costi non necessari e provvedendo allo stesso tempo un alto grado di certezza giuridica. Al paragrafo 3 inoltre si prevede che in relazione ai contratti tra operatori commerciali e consumatori, il Regolamento comprende una serie completa di regole a protezione del consumatore, per assicurarne un alto livello di tutela, accrescerne la fiducia nel mercato interno e incoraggiarne gli acquisti transfrontalieri.

¹³³ Le motivazioni poste a fondamento dell'adozione dello strumento opzionale sono esposte in modo piuttosto dettagliato nella Comunicazione sul diritto comune europeo sulla vendita COM(2011) 636 def. , dell'11 ottobre 2010, nella quale si afferma che le principali differenze tra Paesi membri costituiscono una barriera al commercio nel mercato interno europeo; comportano sostenuti costi di transazione per gli operatori commerciali, in particolare per le piccole e medie imprese e per le microimprese, e costituiscono un ostacolo per i consumatori che sembrano restii a concludere contratti al di fuori dei propri confini, generando in tal modo una perdita economica per l'intero mercato. Di qui l'ambizione della Commissione di rimuovere le barriere al commercio transfrontaliero, venendo in aiuto agli operatori nelle loro contrattazioni e rendendo il commercio transfrontaliero più facile per i consumatori. Lo strumento opzionale può consentire agli operatori di tagliare i costi di transazione contribuendo così all'aumento del commercio transfrontaliero, e ai consumatori di trarne conseguentemente beneficio non soltanto per l'affidamento fornito dall'alto livello di protezione loro riservato ma anche in termini di prezzi più bassi e di una maggiore scelta di prodotti. Altri documenti provenienti dalle istituzioni europee condividono il medesimo obiettivo, specificamente la *Europe 2020 Strategy, the Stockholm Programme* e l'Agenda Digitale per l'Europa. Per un maggiore approfondimento della Strategia Europa 2020, si veda E.BATTELLI, "Il nuovo Diritto europeo dei contratti nell'ambito della Strategia "Europa 2020", in *Contratti*, 2011, pp. 1065-1076

Queste motivazioni della Commissione non sono andate esenti da critiche. Aspre critiche sono state sollevate nella relazione della Law Society of England and Wales, *Response to UK Government Call for Evidence*, del Maggio 2012 in cui si ritiene che le contrattazioni transfrontaliere siano ostacolate da una serie di altri fattori quali le differenze linguistiche, le norme sugli imballaggi e l'etichettatura della merce, le norme sulla pubblicità, la regolazione della proprietà intellettuale, i tassi d'imposta sul valore aggiunto, i trasporti, e la possibilità di ottenere una risoluzione di una controversia nel caso in cui qualcosa non funzioni. Anche il Bundestag tedesco, nel suo parere del 30 novembre 2011, reso con riferimento alla base giuridica della proposta, riferisce che l'esperienza sulla Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di beni mobili rivela che ciò che va ad ostacolare il commercio transnazionale è rappresentato dalle barriere linguistiche e dalle distanze fisiche.

I sedici articoli che compongono la parte normativa¹³⁴ definiscono e regolano alcuni fondamentali profili della futura regolamentazione: la natura opzionale della disciplina, l'ambito di applicazione oggettivo e soggettivo, i rapporti fra la disciplina europea della vendita contenuta nell'Allegato I e le preesistenti fonti regolamentari in tema di vendita, e numerose definizioni che vengono poi impiegate nella vera e propria disciplina della vendita.

L'Allegato I contiene la vera e propria disciplina comune europea della vendita che regolerà la relazione contrattuale fra le parti, a cui si aggiungono due appendici, vale a dire dei modelli che possono essere utilizzati da parte del venditore o dell'acquirente¹³⁵.

L'Allegato II contiene invece un modulo informativo che l'operatore economico professionale ha l'obbligo di consegnare al consumatore prima della stipulazione di un contratto regolato dalla disciplina comune della vendita contenuta nell'Allegato I.

Lo *chapeau* e l'Allegato II sono stati elaborati dagli uffici della Commissione, in particolare dalla Direzione generale giustizia, Unità diritto civile e contrattuale, che, nel corso dell'elaborazione del *Feasibility Study*, si è tenuta costantemente in

¹³⁴ Questa parte viene denominata nel gergo degli operatori *chapeau*, ad indicare il carattere preliminare dello stesso e lo stretto collegamento esistente tra questa parte del regolamento e l'Allegato I, contenente la disciplina sostanziale del contratto di vendita.

¹³⁵ L'Allegato I risulta suddiviso in otto parti: *-parte I: disposizioni preliminari*, contiene l'enunciazione dei principi generali del diritto dei contratti, che vanno dal principio di autonomia privata alla previsione degli obblighi di buona fede e correttezza; *-parte II: concludere un contratto vincolante*, contiene regole in materia di informazioni precontrattuali, diritto di recesso nei contratti a distanza o negoziati fuori dai locali commerciali, conclusione del contratto, vizi del consenso e annullabilità; *-parte III: valutazione del contenuto del contratto*, contiene regole sull'interpretazione, sul contenuto e gli effetti del contratto, nonché la disciplina delle clausole abusive; *-parte IV: obbligazioni e rimedi delle parti del contratto di vendita o del contratto per la fornitura di contenuto digitale*, contiene le disposizioni in materia di inadempimento, sopravvenienze, obbligazioni del venditore e del compratore e rimedi esperibili; *-parte VI* di contenuto analogo al precedente ma riferito alle *obbligazioni e rimedi delle parti nei contratti di servizi connessi*; *-parte VII e VIII* dedicate a *risarcimento del danno, interessi, restituzioni e prescrizione*. Come si può agevolmente notare, anche se il titolo dello strumento proposto è riferito alla vendita, il corpo di regole contiene una compiuta disciplina che, nel nostro linguaggio, potremmo rubricare come parte generale dei contratti. Una delle specificità dello strumento proposto è infatti quella di voler coprire l'intero ciclo di vita del contratto. E' come se, a partire dal contratto di compravendita, si introducesse una sorta di mini-codice del diritto dei contratti che disciplina tutti i profili indicati.

contatto con il gruppo di esperti. L'Allegato I, invece, è stato elaborato dal già menzionato gruppo di esperti, istituito dalla Commissione nel 2010 con lo specifico mandato di selezionare nell'ambito dell'ampio lavoro del DCFR le parti concernenti il solo diritto contrattuale e di semplificarne ed integrarne il contenuto, tenendo in considerazione anche la Convenzione di Vienna sui contratti di vendita internazionale di beni mobili del 1980 e i Principi Unidroit sui contratti commerciali internazionali, così come altri prodotti accademici in materia come i *Principles of European Contract Law* disposti dalla Commissione sul diritto contrattuale europeo e i *Principles Contractuels Communs* elaborati dall'*Association Henri Capitant* e dalla *Société de Legislation Comparée*.

Si è diffusamente sottolineato che il CESL, così come formulato dalla Commissione, sia uno strumento incompleto e che presenti delle problematiche.

Innanzitutto lo strumento opzionale contiene regole relative al solo contratto di vendita anziché al contratto in generale¹³⁶. Sono assenti inoltre una disciplina della personalità giuridica, della capacità delle persone, della determinazione della lingua del contratto, della rappresentanza, della pluralità di debitori e creditori, della modificazione delle parti del rapporto obbligatorio, del diritto di proprietà e del suo trasferimento, della proprietà intellettuale e del fatto illecito, così come alla disciplina della concorrenza tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale. Tutte le questioni di natura contrattuale o non contrattuale non regolate dal CESL rimangono disciplinate dal diritto nazionale applicabile in base alle regole di diritto internazionale privato, secondo quanto disposto nel Regolamento (CE) n. 593/2008 (Roma I) e nel Regolamento (CE) n. 864/2007 (Roma II) o altra rilevante regola di conflitto¹³⁷.

¹³⁶ O. LANDO, "Comments and Questions relating to the European Commission's Proposal for a Regulation on a Common European Sales Law", in *Eur. Rev. Priv. Law*, 2011, p. 719, sottolinea come la predisposizione del CESL non sia poi così profittevole, considerando che la gran parte degli Stati ha aderito alla Convenzione di Vienna, e, proprio per questo motivo, sarebbe più corretto puntare alla realizzazione di un codice europeo dei contratti, in grado di superare le disarmonie esistenti nei sistemi giuridici nazionali e quindi di rilanciare gli scambi *cross-border*.

¹³⁷ Considerando n. 27 della Proposta di Regolamento.

Questo tipo di limitazione, con riferimento alle materie, è dovuta alla volontà di procedere all'elaborazione di un diritto privato comune europeo uniforme in maniera piuttosto pratica, circoscrivendo per questo motivo l'intervento in quel settore dove lo stesso è apparso di più veloce e semplice realizzazione, e a ben vedere, anche il più urgente, nell'ottica di incentivare gli scambi¹³⁸.

Il dibattito sul CESL rimane ancora aperto e potrebbe portare ad un ampliamento delle materie ricomprese nello strumento, in linea con le indicazioni provenienti dalla Commissione giuridica del Parlamento europeo nel *Working Document* dell'8 ottobre 2012¹³⁹.

Se si esamina attentamente il disposto contenuto nel CESL, è agevole notare come esso appaia caratterizzato da un uso eccessivo delle definizioni. L'art. 2, ad esempio, ne contiene una serie, da quella di consumatore a quella di professionista fino ad arrivare a quella di servizi connessi, alcune di esse sono già conosciute nell'*acquis*, altre, invece, sono nuove. Tra queste ultime spicca quella che ambisce a dare la spiegazione del termine commerciante, *trader* per l'appunto, che l'art. 2, lett. e), definisce come "la persona fisica o la persona giuridica che nei contratti, indipendentemente dal fatto che si tratti di un soggetto pubblico o privato, agisce per fini che possono essere attribuiti alla sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale".

¹³⁸ Il Considerando n. 35 del Regolamento afferma che appare appropriato rivedere il funzionamento del CESL e di qualsiasi altra previsione contenuta nel Regolamento trascorsi cinque anni dalla sua operatività, premurandosi di specificare che un tale riesame "dovrebbe prendere in considerazione, tra l'altro, la necessità di includere ulteriori norme relative alle clausole di riserva della proprietà, l'evoluzione del mercato, gli sviluppi tecnologici nel settore dei contenuti digitali e i futuri sviluppi dell'*acquis* dell'Unione. Occorre inoltre prestare particolare attenzione a constatare se la limitazione ai contratti a distanza e, in particolare, ai contratti online, continui ad essere adeguata o se possa essere maggiormente realizzabile un ambito più ampio, compresi i contratti conclusi nei locali commerciali".

Il commissario alla giustizia Viviane Reding nel suo discorso tenuto a Varsavia nel novembre 2011, pubblicato sul sito <http://ec.europa.eu/justice/contract>, sottolinea come la proposta sia volutamente indirizzata al contratto di vendita dato che il commercio di beni è il maggiore sul mercato europeo. In un mondo sempre più digitalizzato risulta necessario coprire anche i prodotti a contenuto digitale, per questo si ipotizza un particolare uso del CESL nel settore delle vendite on-line, nel quale le potenzialità di commercio transfrontaliero sono sicuramente più ampie di quanto non appaiano oggi.

¹³⁹ <http://www.europarl.europa.eu/committees/it/juri/working-documents.html#menuzone>.

Nel *Feasibility Study*, la parte che si contrappone al consumatore, fu indicata con il termine *business*, nel testo inglese della Proposta di regolamento si fa spazio un termine nuovo *trader*, che nella versione italiana è stato reso con l'espressione "professionista", categoria ormai conosciuta ampiamente nel diritto europeo. La decisione di sostituire il termine *business* con il termine *trader* può essere scaturita da due ragioni differenti: da un lato l'idea di non discostarsi da una categoria ormai penetrata nel linguaggio comune come quella che designa la controparte del consumatore; dall'altro una considerazione di tipo più strettamente linguistica. A ben vedere, infatti, la traduzione letterale di *trader* è *commerciante* oppure *mercante* e non *professionista*, ma queste sono parole che nella lingua italiana attuale non godono dello stesso favore dell'altra espressione, che è quella di *consumatore*¹⁴⁰. Al di là di questo aspetto, avere conservato la categoria del professionista si rivela una scelta appropriata ed in sintonia con la definizione che si trova nell'art. 2, lett. e), coniugandosi meglio con il termine proposto nella norma che con quello di semplice commerciante. Quest'ultimo è sicuramente più specifico al contratto di vendita di quanto non sia il termine professionista, ma il professionista si può dire da sempre noto al diritto comunitario come figura contrapposta al consumatore, e quindi la scelta appare coerente con gli obiettivi di semplificazione e di unificazione che hanno animato la Proposta di Regolamento.

Con riferimento alla serie di definizioni predisposte nell'art. 2 della Proposta di Regolamento, occorre ricordare che esse costituiscono una preoccupazione costante del diritto, prima comunitario, e, oggi, dell'Unione europea, tant'è che lo stesso *Draft Common Frame of Reference* è stato sottotitolato *Principles, Model, Rules*. Si rammenti che la Comunicazione della Commissione europea, risalente all'ottobre 2004¹⁴¹, dalla quale è scaturito lo stesso DCFR, prevedeva che il quadro comune di riferimento contenesse "definizioni chiare di termini giuridici". Si può agevolmente comprendere come un diritto di nuova costituzione, qual è il diritto

¹⁴⁰ C. CASTRONOVO, "Sulla proposta di regolamento relativo a un diritto comune europeo della vendita – [The New Proposal of Regulation on a Common European Sales Law (CESL)]", in *Europa e Diritto Privato*, 2012, p. 302.

¹⁴¹ COM (2004) 651 def.

comune europeo, voglia darsi dei punti fermi, come lo sono le definizioni, su cui far poggiare la propria disciplina. A ben vedere nei codici classici come il BGB, il *Code Napoléon* o il Codice civile italiano non si trova la definizione di *obligatio*, ritenendola sia conosciuta. Una tale definizione si trova invece nel DCFR, dato che la tradizione giuridica di *common law* presenta una scarsa dimestichezza con tale categoria.

Tuttavia l'uso delle definizioni, che deriva dall'esperienza statunitense dell'*Uniform Commercial Code*, costituisce un pesante onere per l'interprete, laico o professionale che sia. Le definizioni dovrebbero essere poche e distribuite nelle parti della disciplina alle quali di volta in volta afferiscono. L'aggravio per l'interprete finisce per crescere se poi si incontrano definizioni che appaiono superflue come quella di vendita o quella di prezzo, che la Proposta si preoccupa di fornire all'art. 2. Gli inconvenienti possono non finire qui, perché, incominciando col dare una definizione, si avvertirà successivamente un naturale bisogno di aggiungerne altre, finché, quasi per una sensazione di *horror vacui*, si arriverà a definire anche i concetti più ovvi¹⁴².

Queste considerazioni evidenziano la questione di fondo di tutto il discorso: la necessità di una disciplina unitaria dei contratti e delle obbligazioni. Appare evidente come sia opportuna, oggi più che mai, una disciplina organica che consenta di superare la frantumazione della pluralità di fonti che hanno caratterizzato finora l'Europa delle direttive e dei regolamenti.

Tra le lacune che la Proposta di Regolamento presenta, spicca senza ombra di dubbio l'assenza di una disciplina generale della responsabilità precontrattuale, che viene sostituita parzialmente dagli obblighi di informazione precontrattuale, previsti agli artt. 13-29 dell'Allegato I.

Il modello adottato è quello tipico dell'*acquis communautaire*, che si è sviluppato negli anni di contrasto con la *common law*, che ignorava la *culpa in contrahendo*. D'altra parte, i Principi elaborati dalla Commissione Lando (art. 2:301) e poi il *Draft Common Frame of Reference* (art. II 3:301) hanno previsto l'obbligo generale

¹⁴² C. CASTRONOVO, *Ibidem*, p. 304.

di comportarsi in buona fede nelle trattative, in particolare sanzionando la rottura arbitraria di queste. Il modello è circolato e può dirsi accettato, poteva quindi essere inserito nella CESL senza problemi. La mancanza sembra essere mitigata dalla previsione dell'art. 2 dell'Allegato I, che, stante la libertà contrattuale cardine dell'intera disciplina¹⁴³, conferisce massimo rilievo alla buona fede, dalla violazione del quale fa scaturire la preclusione all'esercizio di un diritto e anche la responsabilità, e nel cui ambito può ritenersi compresa anche quella derivante dalla *culpa in contrahendo*¹⁴⁴.

Il CESL contiene inoltre delle regole che nel contesto nel quale sono collocate appaiono problematiche per ragioni di vario tipo. Una norma sulle condizioni generali contrastanti (art. 39)¹⁴⁵, che richiama la norma contenuta nei Principi della Commissione Lando (art. 2:209) sembra fuori luogo in un contesto dedicato in prevalenza ai contratti con i consumatori che non predispongono proprie condizioni generali di contratto.

Appare altresì inopportuna l'adozione della distinzione tra obbligazione di risultato e obbligazioni di mezzi, la cui principale criticità risiede nel fatto che ogni obbligazione tende ad un risultato e richiede una certa misura di diligenza. Ciò spiega anche perché la Corte di Cassazione italiana, dopo un lungo dibattito dottrinale, ha superato questa distinzione. La Suprema Corte ritiene che una tale distinzione sia sostanzialmente inutile al fine di risolvere problemi di ordine pratico (ad esempio per l'individuazione del contenuto dell'obbligo gravante sul debitore).

¹⁴³ Art. 1 dell'Allegato I di cui alla Proposta di Regolamento: "Le parti sono libere di concludere contratti e di determinare il contenuto, nel rispetto delle norme imperative applicabili (...)".

¹⁴⁴ Art. 2 dell'Allegato I di cui alla Proposta di Regolamento: "Le parti sono tenute ad agire secondo buona fede e correttezza. La violazione di tale dovere può precludere alla parte l'esercizio di un diritto, di un rimedio o di un'eccezione di cui potrebbe altrimenti valersi, *ma non dà direttamente* origine a rimedi per inadempimento di un obbligo. Le parti non possono escludere l'applicazione del presente articolo, né derogarvi o modificarne gli effetti.

¹⁴⁵ Art. 39 dell'Allegato I di cui alla Proposta di Regolamento: "Se le parti hanno raggiunto un accordo, ma la proposta e l'accettazione fanno riferimento a clausole contrattuali standard confliggenti, il contratto è nondimeno concluso. Tali clausole formano parte del contratto nella misura in cui coincidono nella sostanza. In deroga al paragrafo 1, il contratto non è concluso se una parte: a) ha manifestato in anticipo, esplicitamente e non mediante clausole contrattuali standard, l'intenzione di non essere vincolata quando ricorrano gli estremi del paragrafo 1; oppure b) informa l'altra parte di tale intenzione senza ingiustificato ritardo."

Si osserva che in ogni obbligazione si richiede la compresenza sia del comportamento del debitore che del risultato, sebbene in misura variabile a seconda del diverso tipo di obbligazione. Ad esempio, il medico si obbliga a svolgere la propria attività professionale con diligenza e perizia tecnica, ma non a guarire il malato. In particolare, le Sezioni Unite della Cassazione (11 gennaio 2008, n. 577¹⁴⁶) stabiliscono per tutte le obbligazioni, comprese quelle professionali, l'unitarietà della responsabilità, disciplinata in via generale dall'art. 1218 c.c., la quale implica il riferimento a un risultato dovuto da determinare in modo appropriato in funzione degli affidamenti creati ed eventualmente del contratto. Il medico è tenuto all'adempimento e non si libera semplicemente mettendo in dubbio la propria colpa come se gli fosse richiesto un mero dovere di diligenza, al pari di quanto avviene nelle obbligazioni di mezzi, in funzione di un generico dovere di *neminem laedere*¹⁴⁷.

Nel CESL tale distinzione è riportata nell'art. 148¹⁴⁸, con riferimento ai servizi connessi alla vendita, un ambito di minore rilevanza rispetto a quello che costituisce

¹⁴⁶ Cass. civ., sez.un., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Foro.it*, 2008, I, 455, con nota di PALMIERI.

¹⁴⁷ La bibliografia in materia è amplissima, si richiama il contributo di A. NICOLUSSI, “*Sezioni sempre più unite contro la distinzione fra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. La responsabilità del medico*”, in *Danno e Resp.*, 2008, pp. 871-879. L'autore osserva che l'errore più frequente che si cela dietro la ricostruzione della obbligazione di mezzi sta proprio nel “soggettivizzare” il dovere del debitore in modo da distanziarlo dalla sfera creditoria, dal cui bisogno ha avuto origine il rapporto stesso, e che uno degli equivoci che hanno ostacolato il riconoscimento del risultato nell'obbligazione del medico è la confusione tra risultato dovuto e realizzazione dell'interesse finale del paziente. La decisione delle Sezioni Unite oggetto del commento, che rappresenta il commiato giurisprudenziale dall'obbligazione di mezzi, mostra riguardo alla prova un atteggiamento rigido. Esonerando il paziente dall'onere di provare l'inesattezza dell'adempimento si finisce col “trasformare il medico da debitore, responsabile nei limiti dell'impossibilità non imputabile, in un garante del risultato cui sono fatti assumere rischi imputabili semmai soltanto oggettivamente”.

¹⁴⁸ Art. 148 dell'Allegato I di cui alla Proposta di Regolamento: “Il prestatore di servizi deve conseguire lo specifico risultato previsto dal contratto. Qualora il contratto non contempli, espressamente o tacitamente, alcun obbligo di risultato specifico, il prestatore di servizi deve eseguire il servizio connesso con la diligenza e la perizia che un prestatore di servizi medio userebbe e in conformità con le norme applicabili al servizio connesso. Nel determinare la ragionevole diligenza e perizia richieste al prestatore di servizi si considera in particolare quanto segue: a) la natura, al rilevanza, la frequenza, la prevedibilità dei rischi che l'esecuzione del servizio connesso comporta per il cliente; b) se si è verificato un determinato danno, i costi delle misure che avrebbero potuto impedire il verificarsi di tale danno o danni simili; e c) il tempo disponibile per la prestazione del servizio connesso. Nei contratti tra professionista e consumatore, l'installazione dei beni, qualora sia ricompresa nel servizio connesso, deve garantire che i beni installati siano conformi al contratto

il nucleo del CESL. L'inopportunità della definizione emerge dal tenore testuale dell'articolo, secondo il quale "il prestatore di servizi deve conseguire lo specifico risultato previsto dal contratto", mentre laddove "il contratto non contempli alcun obbligo di risultato specifico" l'obbligazione sarebbe soltanto di diligenza e di perizia. Si pensi alla vendita di un apparato stereofonico, che i tecnici del venditore devono installare nell'abitazione del compratore, l'obbligazione sarà di risultato o di mezzi? Nel diritto civile classico la collocazione dell'obbligazione di custodia è controversa, per alcuni, infatti, sarebbe di mera diligenza per altri invece di risultato. Anche il contratto d'opera presenterebbe una simile bipartizione, di mezzo e di risultato, secondo se il contratto sia di opera intellettuale o meno. La stessa opera intellettuale presenterebbe una doppia anima: basti pensare alla distinzione che la Cassazione faceva in materia di prestazioni mediche, catalogando come obbligazioni di risultato quelle che prevedessero una prestazione abitudinaria. La verità sembra essere che ogni obbligazione presenta una duplice rilevanza, secondo che si guardi all'interesse del creditore o a quanto dovuto dal debitore perché, come ciascuna obbligazione ha sempre un risultato da far conseguire al creditore, il giudizio con riferimento a dove attingere il risultato, nelle prestazioni nelle quali rileva qualitativamente la condotta del debitore, può fare riferimento al criterio della diligenza o della perizia.

Con riferimento al diritto europeo, si può ricordare che la Proposta di direttiva sulla responsabilità del prestatore di servizi del 9 novembre 1990, prevedeva una responsabilità per colpa di quest'ultimo relativamente al danno cagionato nell'ambito della prestazione di servizio. La direttiva fu criticata perché mancava della chiarezza necessaria a distinguere tra la responsabilità riferita all'obbligo di prestazione e quella riguardante il danno da lesione dell'interesse di protezione del creditore di terzi. Quello che non appariva chiaro era se quella che si intendeva regolare fosse responsabilità contrattuale o extracontrattuale. Ma, d'altro canto, una delle più aspre critiche che fu sollevate riguardò proprio la disattenzione per la distinzione tra obbligazione di mezzi e obbligazioni di risultato. Il tentativo di

ai sensi dell'articolo 101. Nei rapporti fra professionista e consumatore le parti non possono, a danno del consumatore, escludere l'applicazione del paragrafo 2, né derogarvi o modificare gli effetti."

riportare nel diritto europeo questa distinzione fu criticato già all'epoca, si sottolineò in particolare che la disciplina della responsabilità non può considerarsi differenti secondo che l'obbligazione sia di mezzi o di risultato. In particolare l'idea di disciplinare quest'ultima come obbligazione di diligenza, la quale ove violata integrerebbe la colpa che a sua volta, quale elemento costitutivo della responsabilità, finisce con il concepire la responsabilità per inadempimento alla stregua di quella per fatto illecito. Tutto ciò è stato recepito dal legislatore italiano che ha stabilito una sola regola di responsabilità, all'art. 1218 c.c., senza distinguere tra specie di obbligazioni.

La Proposta di Regolamento sembra orientata a fornire una disciplina tendenzialmente esaustiva della vendita di beni mobili contiene un intero capitolo, il diciottesimo, dedicato al risarcimento del danno. Anche in questo caso si tratta di regole derivate dal DCFR e quindi anche dai Principi di diritto europeo dei contratti.

Di queste regole, una in particolare ha costituito oggetto di attenzione, si tratta dell'art. 163¹⁴⁹, rubricato "riduzione del danno", ripropone una norma già contenuta sia nei Principi di diritto europeo dei contratti sia nel DCFR. Tale norma prevede che "non è risarcibile il danno che il creditore avrebbe potuto evitare mediante un ragionevole sforzo". La norma corrisponde al secondo comma dell'art. 1227 c.c. e si riferisce al danno come conseguenza della condotta del debitore. Diversa da questa ipotesi è quella del concorso del fatto colposo del creditore che nel nostro codice costituisce oggetto di una norma diversa, contenuta nell'art. 1227, comma 1, e viene regolato tramite un'attribuzione del costo del danno al debitore e al creditore secondo l'entità della colpa e le conseguenze che ne sono derivate. Diversamente l'art. 1227, comma 2, prevede la sorte giuridica di quella parte di danno che, pur conseguenza della condotta del debitore, una condotta diligente del creditore avrebbe potuto evitare.

¹⁴⁹ Art. 163 dell'Allegato I di cui alla Proposta di Regolamento: "Il debitore è esonerato dalla responsabilità per il danno subito dal creditore nella misura in cui questi poteva limitarlo adottando congrui provvedimenti. Il creditore ha diritto al recupero delle spese ragionevolmente sostenute al fine di limitare il danno."

Questa struttura normativa bipartita che distingue il concorso del fatto colposo del creditore e l'aggravamento del danno dovuto a una mancanza del creditore viene ripetuta nel CESL e, già prima di essa, nel DCFR e nei Principi di diritto europeo dei contratti. In queste fonti si rinvencono rispettivamente gli artt. 162¹⁵⁰, III 3:705 e 9:505 relativi alla riduzione di danno.

Questo modello, che distingue nettamente il concorso del fatto colposo del creditore e l'aggravamento del danno dovuto all'omissione del creditore, è stato in dottrina contestato da chi lo ritiene non in linea con lo sviluppo attuale del diritto e sarebbe perciò da modificare¹⁵¹, adottando, anche per l'omessa riduzione del danno, il modello del concorso colposo, entro il quale si ridurrebbe sia l'ipotesi di concorso contemplata dal nostro art. 1227, comma 1, sia quella di cui all'art. 1227, comma 2. Poiché, a ben vedere, in Europa coesistono due orientamenti, quello fatto proprio dal diritto italiano da un lato e quello che riduce le due ipotesi al modello del concorso colposo dall'altro, ciò sta a significare che il CESL ha fatto una precisa scelta di campo in favore della distinzione tra il concorso del creditore in senso proprio e quello che in *common law* si definisce *duty to mitigate*. Soluzione adottata dal legislatore italiano ma anche dalla Commissione Lando, dal Gruppo di studio per un codice civile europeo, al quale hanno partecipato giuristi di tutta Europa. Ma

¹⁵⁰ Art. 162 dell'Allegato I di cui alla Proposta di Regolamento: "Il debitore è esonerato dalla responsabilità per il danno subito dal creditore nella misura in cui questi ha concorso all'inadempimento o alle sue conseguenze."

¹⁵¹ A. KEIRSE, "Why the Proposed Optional Common European Sales Law has not, but should have, abandoned the Principles of All or Nothing: a Guide to how to Sanction the Duty to mitigate the Loss, in *Eur. Rev. Priv. L.*, 2011, p. 965.

L'autrice è fedele alla formazione dell'*European Group on Tort Law*, che sposa la soluzione adottata nel codice civile olandese all'art. 6:101 prevedendo che "quando una circostanza dovuta al danneggiato abbia contribuito al danno, il danno è ripartito tra quest'ultimo e il danneggiante, secondo la misura in cui le circostanze imputabili a ciascuno dei due via abbiano contribuito, onde ne può risultare una responsabilità totale o una esclusione totale della responsabilità o una attribuzione in parte all'uno e in parte all'altro in relazione alla gravità delle colpe e delle altre circostanze del caso."

La regola contenuta nel codice civile olandese ha un precedente, rappresentato dal §254, 1 BGB, che fa corrispondere il danno risarcibile alla misura in cui "il danno sia stato causato in maniera prevalente dall'una o dall'altra parte". Ma il BGB contiene una seconda norma il §254, 2, che analogamente all'art. 1227, comma 2, ai Principi di diritto europeo dei contratti, al DCFR e alla CESL, disciplina espressamente anche l'ipotesi in cui il danneggiato "ha omesso di evitare il danno o di ridurlo". Tuttavia l'esperienza tedesca pare stare nel mezzo poiché, come è stato notato, il §254, 2 viene solitamente interpretato seguendo la soluzione di assimilazione delle fattispecie analoga a quella che è propria del codice civile olandese, sia seguendo la soluzione di distinzione.

anche dai Principi Unidroit, che contengono due regole all'art. 7.4.7, dedicato al *harm due in part to aggravated party*, e all'art. 7.4.8, relativo alla *mitigation of harm*. I Principi *Acquis* all'art. 8:403 prevedono che il risarcimento possa essere ridotto o escluso quando il creditore abbia contribuito alle conseguenze dell'inadempimento o avrebbe potuto ridurre il danno mediante un ragionevole sforzo, per cui, nonostante questa infelice impostazione, possiamo affermare che anche in tale disciplina ricorra il modello bipartito, che distingue nettamente il concorso del fatto colposo del creditore e la mancata riduzione del danno imputabile al creditore. E data la vocazione dei Principi *Acquis* ad essere espressione del diritto europeo attualmente vigente, la scelta effettuata nel CESL in favore dell'impostazione bipartita, è da accogliere con favore perché sta a significare che essa è stata ritenuta coerente con quello che costituisce il vero *acquis*.

Se invece si guarda alla Proposta di Regolamento ponendola a confronto con il *Draft Common Frame of Reference* a cui la Commissione, attraverso il *Feasibility Study*, ha largamente attinto nel redigere la Proposta, si può notare come il testo della stessa sia dotato di una rilevanza più ridotta e modesta rispetto al DCFR.

Il *Draft Common Frame of Reference* costituisce infatti il tentativo di dar vita ad una disciplina europea organica dell'intero diritto civile delle obbligazioni e dei contratti, e, nonostante sia composto di precetti per alcuni versi discutibili e sicuramente migliorabili sul piano tecnico e sistematico, non può non suscitare ammirazione per l'ampiezza del contenuto e l'intensità dello sforzo ricostruttivo compiuto dai suoi estensori.

La Proposta di Regolamento, rispetto al modello che l'ha influenzata, appare un progetto più dimesso.

In primo luogo il suo ambito di applicazione è stato circoscritto ai soli contratti aventi ad oggetto la fornitura di beni mobili (quindi non solamente la compravendita ma anche i contratti d'opera e di appalto aventi ad oggetto la produzione o la fabbricazione di beni), a cui sono affiancati i contratti relativi ai contenuti digitali e i contratti aventi ad oggetto servizi accessori alla vendita (art. 5

della Proposta¹⁵²). Si è in tal modo rinunciato sia a dar vita ad una parte generale delle obbligazioni e dei contratti, sia a disciplinare i tipi contrattuali diversi dalla vendita mobiliare e le fonti delle obbligazioni diverse dal contratto.

Nell'operare questa marcata restrizione è stata anche consistentemente ridotta l'estensione della parte generale, dalla quale sono state escluse, poiché ritenute scarsamente rilevanti per la prassi, le questioni riguardanti: la capacità giuridiche (degli enti collettivi) e alla capacità di agire (delle persone fisiche), alla lingua con cui può essere redatto il testo del contratto, all'invalidità del contratto per "illegalità e immoralità", alla rappresentanza, alla costruzione e alla disciplina delle obbligazioni solidali, ai modi di estinzione dell'obbligazione diversi dall'adempimento come compensazione e confusione, ai meccanismi negoziali di sostituzione nella titolarità della posizione contrattuale (cessione del contratto) o di singole posizioni giuridiche attive e passive scaturenti dal contratto, ai presupposti e al momento del trasferimento della proprietà, alla responsabilità extracontrattuale. Le questioni che vengono escluse dall'ambito della Proposta sono, senza dubbio, di scarso rilievo pratico nella prassi, poiché raro è il contenzioso che insorge riguardo le stesse, pur tuttavia appare quantomeno discutibile che questa ragione sia di per sé sufficiente a giustificare una tale esclusione da un Regolamento che si propone come efficiente alternativa ai diritti nazionali¹⁵³.

Inoltre, nell'ambito di applicazione del Regolamento, sono state ricomprese le vendite transfrontaliere, mentre sono state escluse quelle puramente interne, così facendo si sono creati i presupposti di una evidente differenziazione e concorrenzialità fra le discipline nazionali delle vendite mobiliari interne, la Convenzione di Vienna e la disciplina europea della vendita transfrontaliera.

¹⁵² Art. 5 della Proposta di Regolamento (c.d. *chapeau*): "Il diritto comune europeo della vendita può disciplinare i contratti a distanza, compresi i contratti online, che sono: a) i contratti di vendita; b) i contratti di fornitura di contenuto digitale, su supporto materiale o su qualsiasi altro supporto, che l'utente possa memorizzare, trasformare o cui possa accedere e che possa riutilizzare, a prescindere che il contenuto digitale sia fornito contro il pagamento di un prezzo o in cambio di una controprestazione diversa dal pagamento di un prezzo o non sia fornito in cambio di una controprestazione; c) i contratti di servizi connessi, indipendentemente dal fatto che per quei servizi sia stato pattuito un prezzo separato."

¹⁵³ G. DE CRISTOFARO, *Ibidem*, p. 364.

La scelta di escludere i contratti puramente interni si pone in controtendenza rispetto alle opzioni compiute dal legislatore europeo nelle direttive¹⁵⁴ che contengono le discipline applicabili ai contratti di vendita mobiliare, le quali, pur essendo state adottate per rilanciare gli scambi transfrontalieri, trovano applicazione indifferenziata sia ai negozi transfrontalieri che a quelli meramente interni.

A ciò deve comunque aggiungersi che agli Stati membri viene accordata (art. 13, lett. *a* della Proposta di Regolamento)¹⁵⁵ la facoltà di estendere il regolamento anche alle vendite puramente “interne” soggette al loro diritto nazionale.

Nella Proposta si segnala una evidente lacuna, consistente nella totale assenza di una sezione dedicata ai diritti fondamentali.

In controtendenza rispetto al DCFR, la CESL non contiene previsioni riguardanti la violazione dei diritti fondamentali, la cui disciplina avrebbe consentito di stabilire una sorta di equilibrio tra l'esigenza della migliore strutturazione del mercato e quella della tutela dei suoi operatori più deboli.

Il problema dell'assenza di specifiche disposizioni in materia di diritti fondamentali deve essere affrontato mediante l'autointegrazione delle fonti e l'individuazione del rapporto tra il testo presentato dalla Commissione europea e la Carta europea dei diritti fondamentali.

¹⁵⁴ Direttiva 93/13/CEE del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori (in G.U.C.E., L 95, del 21 aprile 1993). Direttiva 99/44/CE del 25 maggio 1999, su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo (in G.U.C.E., L 171, del 7 luglio 1999). Direttiva 2011/UE del Parlamento europeo e del Consiglio sui diritti dei consumatori, del 25 ottobre 2011 (in G.U.U.E., L 304, del 22 novembre 2011). Direttiva 85/577/CEE del 20 dicembre 1985, riguardante la tutela dei consumatori in caso di contratti negoziati fuori dei locali commerciali (in G.U.U.E., L 372, del 31 dicembre 1985). Direttiva 97/7/CE del 20 maggio 1997, riguardante la protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza (in G.U.U.E., L 144, del 4 giugno 1997). Direttiva 2011/77/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 febbraio 2011, relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali (in G.U.U.E., L 48, del 23 febbraio 2011). Direttiva 2000/35/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 giugno 2000, relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali (in G.U.U.E., L 200, dell'8 agosto 2000).

¹⁵⁵ Art. 13 della Proposta di Regolamento (c.d. *chapeau*): “Uno Stato membro può decidere che il diritto comune europeo della vendita può applicarsi: a) quando, 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 si trovino nello Stato membro, e/o b) quando tutte le parti del contratto sono professionisti ma nessuna è una PMI ai sensi dell'articolo 7, paragrafo 2.”

In questo senso la scienza giuridica avrebbe potuto svolgere un ruolo più incisivo verso la ricerca di una saldatura tra i principi ordinanti il diritto dei contratti e dei diritti fondamentali, anche operando un allontanamento dalle tradizionali categorie civilistiche di riferimento, in un' epoca in cui proprio la tematica dei diritti fondamentali richiede una riconsiderazione delle tradizionali categorie, come il diritto soggettivo, il cui riferimento, con riguardo alla persona, non può risultare meccanico.

Il superamento delle dogmatiche tradizionali, all'interno della Proposta di Regolamento, pare esser stato realizzato sotto un profilo di composizione strutturale del contratto, allineandosi in ciò ai precedenti progetti elaborati dalla dottrina.

Si pensi alla disciplina della formazione del contratto e dei suoi elementi essenziali. Il codice civile italiano ritiene che il contratto sia concluso quando viene raggiunto l'accordo su tutti i punti della discussione, diversamente il contratto di diritto europeo, così come regolato nei *Principles of European Contract Law* e nel DCFR, ritiene che il contratto sia concluso quando venga raggiunto un accordo sufficiente¹⁵⁶. E non diversamente dispone l'art. 30, comma 1, dell'Allegato I di cui alla Proposta di Regolamento, stabilendo che: "Il contratto è concluso quando: a) le parti raggiungono un accordo; b) le parti intendono far produrre all'accordo effetti giuridici; e c) l'accordo, integrato se necessario da norme del diritto comune europeo della vendita, ha contenuto e certezza sufficienti per produrre effetti giuridici."

Anche sotto il profilo delle invalidità contrattuali è evidente l'allontanamento dalle tradizionali categorie concettuali della nullità e della annullabilità. Il contratto di diritto europeo è vincolato da un'unica forma di invalidità, l'annullamento, la cui operatività è però condizionata dalla categoria dei vizi del consenso¹⁵⁷.

¹⁵⁶ I *Principles of European Contract Law* all'art. 2:101 affermano "il contratto è concluso quando: a) le parti hanno manifestato la volontà di vincolarsi giuridicamente; e b) hanno raggiunto un accordo sufficiente. Non occorre nessun altro requisito." Nello stesso senso depone l'art. II.-4:101 del DCFR stabilendo che: "A contract is concluded, without any further requirement, if the parties: a) intend to enter into a binding legal relationship or bring about some other legal effect; and b) reach a sufficient agreement."

¹⁵⁷ Si veda l'art. II.-7:101 del DCFR: "(1) This chapter deals with effects of: (a) mistake, fraud, threats, or unfair exploitation; and (b) infringement of fundamental principles or mandatory rules."

Il Capo 5 dell'Allegato I di cui alla Proposta di Regolamento è intitolato "Vizi del consenso", e all'art. 54 prevede che "1. Il contratto annullabile è valido sino a quando non sia annullato ma, una volta annullato, è invalido con efficacia retroattiva dall'inizio. 2. Se il motivo dell'annullamento riguarda soltanto singole clausole contrattuali, l'effetto dell'annullamento è limitato a tali clausole salvo che la parte restante del contratto non possa essere ragionevolmente mantenuta in vigore. 3. Il diritto della parte alle restituzioni in natura o per equivalente in denaro di quanto sia stato trasferito o corrisposto in forza del contratto annullato è regolato dalle norme sulla restituzione di cui al capo 17."

Appare quindi evidente come la fattispecie contrattuale sia stata rivisitata tanto che l'interprete dovrà necessariamente procedere con strumenti tecnici differenti, in modo da affrontare quella serie di questioni strettamente connesse al contratto e alle sue libertà.

Infine va sottolineata la superficialità manifestata dalle Istituzioni europee con riferimento al fenomeno del multilinguismo, vale a dire il problema della traduzione e della interpretazione dei testi normativi redatti in più lingue tutte egualmente autentiche.

Il CESL sarà redatto in tutte le lingue ufficiali dell'Unione europea e ognuno di questi documenti apparirà come testo ufficiale, con la conseguenza che non circolerà una sola versione del CESL, come, ad esempio, quella italiana, ma ce ne saranno molte altre. L'interprete sarà quindi chiamato a svolgere un importante compito: ricavare da tutte le versioni linguistiche disponibili, una sorta di "meta-testo", da interpretare e poi applicare¹⁵⁸.

La corrispondenza tra i concetti giuridici contenuti nel CESL e i vari ordinamenti europei è piuttosto superficiale; si consideri che le espressioni italiane "*entrare in possesso*" o "*acquire il possesso*", non hanno la stessa portata dell'espressione

(2) It does not deal with lack of capacity. (3) It applies in relation to contracts and, with any necessary adaptations, other juridical acts."

¹⁵⁸ S. ZORZETTO, "The Common European Sales Law: A Case study On Uniformity And Feasibility In European Legal System", in *Dir. Comm. Int.*, 2012, p. 574. L'autrice sottolinea come la stessa situazione si sia creata con riferimento alla Convenzione di Vienna, in cui le versioni in arabo, cinese, inglese, francese, russo e spagnolo sono tutte egualmente autentiche.

inglese “*acquire physical possession*” o “*obtain the control*”, parimenti l’espressione tedesca “*materiellen Datenträger*” o “*Kontrolle*” non corrisponde a quella spagnola “*posesión material*” o “*control*”. Nonostante il CESL non abbia manifestamente accolto nessuna teoria legale dell’interpretazione, legale o teleologica che sia, purtuttavia specifiche regole interpretative sono dettate nell’art. 4, laddove viene stabilito che il diritto comune europeo della vendita deve essere interpretato in modo autonomo e in conformità agli obiettivi e ai principi che lo ispirano. Con riferimento alle questioni non espressamente disciplinate nella normativa, il CESL stabilisce che le stesse dovranno essere risolte senza ricorrere alle leggi nazionali, ma in base ai principi ispiratori delle singole disposizioni.

Sarà quindi compito delle corti nazionali riuscire ad appianare ogni possibile diversità che possa derivare dall’utilizzo di tecniche e metodi interpretativi differenti, utilizzando un approccio che sia il più possibile vicino al contenuto del testo del contratto.

2. L'ambito della proposta

2.1. L'ambito soggettivo

L'ambito di applicazione soggettivo del diritto comune europeo della vendita contenuto nella Proposta di Regolamento è determinato dall'art. 7 del c.d. *chapeau*¹⁵⁹, ed è stato recentemente emendato dal Parlamento europeo, che ne ha ridisegnato i confini applicativi.

La scelta effettuata dalla Commissione è stata quella di consentire l'applicazione della disciplina contenuta nell'Allegato I del Regolamento ai contratti in cui il venditore di beni o il fornitore di contenuto digitale sia un professionista, il diritto comune europeo della vendita è quindi applicabile sia ai contratti tra professionisti e consumatori (B2C) sia ai contratti tra soli professionisti (B2B)¹⁶⁰.

¹⁵⁹ L'art. 7 della Proposta di Regolamento c.d. *chapeau* è stato modificato così: "Il diritto comune europeo della vendita può applicarsi ai soli contratti in cui il venditore di beni o il fornitore di contenuto digitale sia un professionista" (emendamento n. 70).

Prima che intervenisse la modifica l'articolo risultava formulato nel seguente modo: "1. Il diritto comune europeo della vendita può applicarsi ai soli contratti in cui il venditore di beni o il fornitore di contenuto digitale sia un professionista. Nei contratti in cui tutte le parti sono professionisti, il diritto comune europeo della vendita può applicarsi quando almeno una parte sia una piccola o media impresa (PMI). 2. Ai fini del presente regolamento, è una PMI il professionista che: a) occupa meno di 250 persone, e b) ha un fatturato annuo non superiore ai 50 milioni di euro oppure un totale di bilancio annuo non superiore ai 43 milioni di euro o, per una PMI che ha la residenza abituale in uno Stato membro la cui valuta non è l'euro o in un paese terzo a un importo equivalente nella valuta di quello Stato membro o quel paese terzo."

Per consultare il testo approvato dal Parlamento europeo, il 26 Febbraio 2014, si veda il sito:

<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2014-0159+0+DOC+XML+V0//EN> (ult. agg. 7 marzo 2014).

¹⁶⁰ Secondo quanto disposto nell'art. 2, rispettivamente lett. e) e lett. f), della Proposta di Regolamento il professionista è "la persona fisica o giuridica che agisce nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale", mentre il consumatore è "la persona fisica che agisce per fini che non rientrano nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale". Lo strumento legislativo proposto, quindi, non troverà applicazione per quei contratti mediante i quali un bene mobile venga alienato da un soggetto che non svolge alcuna attività imprenditoriale oppure da un imprenditore che abbia agito per ragioni estranee alla propria attività.

Non compare più nel testo della Proposta la limitazione alla circostanza per cui, affinché la disciplina del diritto europeo della vendita possa trovare applicazione, almeno una parte contrattuale debba essere una piccola o media impresa (PMI).

Le restrizioni applicative, infatti, non erano rimaste esenti da critiche. La limitazione alle sole relazioni intercorrenti tra grandi imprese da un lato e piccole/medio imprese dall'altro non si rivelava adeguatamente persuasiva. A ben vedere, infatti, la grande impresa che intendeva avvalersi della disciplina europea stabilmente anche nelle proprie relazioni con altre imprese, avrebbe dovuto preventivamente verificare il numero di dipendenti, il fatturato e il totale di bilancio dell'altra impresa, generando in tal modo importanti e non certamente trascurabili costi aggiunti, che avrebbero reso certamente meno attraente la scelta verso lo strumento proposto dal legislatore europeo.

Una limitazione simile si poneva in evidente contrasto con l'impianto stesso della Proposta, che si ispira ai principi di sussidiarietà e proporzionalità, la cui applicazione non dovrebbe consentire limitazioni che impediscano o che rendano quantomeno difficoltosa ed incerta la realizzazione delle finalità perseguite dallo strumento legislativo stesso¹⁶¹.

Inoltre a non convincere è altresì l'esclusione riguardante i contratti stipulati tra soli consumatori nell'ambito di applicazione della futura disciplina comune europea della vendita. Nonostante la disciplina europea imponga un catalogo di obblighi in capo alla parte venditrice che il consumatore occasionale rischierebbe di non riuscire a soddisfare, non essendo adeguatamente preparato sotto il profilo tecnico-professionale, va in ogni caso sottolineato che, in seguito alla diffusione di numerose piattaforme di vendita *on line* (prima fra tutte Ebay), un numero sempre crescente di consumatori acquista da altri consumatori (anche cittadini di Stati

¹⁶¹ La limitazione relativa alle PMI dovrebbe essere modificata nella stesura definitiva della CESL, riformulando l'art. 1, comma 2. Lo *Statement on the Proposal for a Regulation on a Common European Sales*, elaborato nel 2012 dall'*European Law Institute*, p. 19, reperibile su sito: https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/S-2-2012_Statement_on_the_Proposal_for_a_Regulation_on_a_Common_European_Sales_Law.pdf, sottolinea che "in particular as more than 90% of all businesses in the EU qualify as SMEs, the working party strongly recommends the formal restriction to SMEs be abandoned. It would be sufficient to state simply in the introductory Article that the instrument is designed to serve the interests of SMEs."

membri differenti da quello di appartenenza) e potrebbe vedere nella disciplina europea uno strumento utile a questo fine.

Ma questa problematica non sembra esser stata accolta nel dibattito parlamentare. La Proposta, così come modificata, predispone nell'ordinamento giuridico di ogni Stato membro un *corpus* uniforme di norme di diritto dei contratti che possono venire utilizzate nelle transazioni transfrontaliere per la vendita di beni, la fornitura di contenuto digitale e la prestazione di servizi connessi, condotte a distanza, in particolare via internet, ma sempre tra un professionista ed un consumatore ovvero tra due professionisti.

2.2. L'ambito oggettivo

L'ambito di applicazione oggettivo del Regolamento è regolato negli articoli 5 e 6 del c.d. *chapeau*, recentemente emendati dal Parlamento europeo¹⁶².

La proposta originaria elaborata dalla Commissione prevedeva che il futuro strumento potesse regolare i contratti di vendita, i contratti di fornitura di contenuto digitale, su supporto materiale o meno, che l'utente avesse potuto memorizzare, trasformare o cui avesse potuto accedere e che avesse potuto riutilizzare, a prescindere dalla circostanza che il contenuto digitale fosse fornito contro il pagamento di un prezzo, ed infine i contratti di servizi connessi, indipendentemente dal fatto che per tali servizi fosse stato pattuito un prezzo separato, con esclusione tuttavia dei servizi di trasporto, dei servizi di formazione, dei servizi di supporto alle telecomunicazioni e dei servizi finanziari.

Rimanevano esclusi dall'ambito di applicazione della disciplina i contratti misti che contenessero elementi diversi dalla vendita di beni, dalla fornitura di contenuto digitale e dalla prestazione di servizi connessi. Erano altresì esclusi i contratti di credito al consumo, vale a dire quei contratti in cui il professionista concede o si impegna a conceder al consumatore un credito sotto forma di dilazione di pagamento, prestito o altra agevolazione finanziaria¹⁶³.

L'ambito di applicazione oggettivo risulta oggi completamente ridisegnato. Anzitutto il CESL potrà essere applicato soltanto ai contratti a distanza, compresi i contratti on-line (art. 5, par. 1)¹⁶⁴, da intendersi come i contratti di vendita, i contratti

¹⁶² Per consultare il testo approvato dal Parlamento europeo in data 26 Febbraio 2014, si veda il sito: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2014-0159+0+DOC+XML+V0//EN> (ult. agg. 7 Marzo 2014). Si rimanda a questo sito per verificare tutti gli emendamenti a cui si fa riferimento nel paragrafo.

¹⁶³ Con riferimento a questa specifica esclusione è stato esplicitato che il Regolamento può invece applicarsi ai contratti tra un professionista e un consumatore in cui sono forniti in modo continuato beni, contenuto digitale o servizi connessi dello stesso tipo e il consumatore versa il corrispettivo per tali beni, contenuto digitale o servizi connessi con pagamenti rateali per la durata della fornitura.

¹⁶⁴ Emendamento n. 61. L'apertura verso le vendite on-line è in linea con il discorso del commissario alla giustizia Viviane Reding, tenuto a Varsavia nel novembre 2011, e pubblicato sul sito <http://ec.europa.eu/justice/contract>, in cui si sottolinea come, in un mondo sempre più digitalizzato, si ritiene necessario coprire anche i prodotti che presentino un contenuto digitale, per questo si

di fornitura di contenuto digitale, su supporto materiale o su qualsiasi altro supporto, che l'utente possa memorizzare, trasformare o cui possa accedere e che possa riutilizzare, a prescindere che il contenuto digitale sia fornito contro il pagamento di un prezzo o in cambio di una controprestazione diversa dal pagamento di un prezzo o non sia fornito in cambio di una controprestazione¹⁶⁵, e i contratti di servizi connessi¹⁶⁶, indipendentemente dal fatto che per quei servizi sia stato pattuito un prezzo.

E' venuta meno l'esclusione dei contratti misti e dei contratti collegati al credito al consumo. Il CESL potrà infatti venire validamente applicato ai contratti collegati e contratti misti in due specifiche ipotesi: a) nei casi in cui un contratto disciplinato dal diritto comune europeo della vendita è collegato ad un contratto diverso da un contratto di vendita, un contratto per la fornitura di contenuto digitale o un contratto di servizi connessi, o b) nei casi in cui un contratto include elementi diversi dalla vendita di beni, dalla fornitura di contenuto digitale o dalla prestazione di servizi connessi ai sensi dell'articolo 5, purché tali elementi siano divisibili e il loro prezzo possa essere ripartito¹⁶⁷. Viene altresì stabilito che nell'ipotesi *sub a)* il contratto risulta disciplinato dalla legge altrimenti applicabile (art. 6, par. 1 bis)¹⁶⁸.

avanza l'idea di uno specifico uso del CESL nel settore delle vendite on-line, nel quale le potenzialità di commercio transfrontaliero si rivelano sicuramente più ampie di quanto non appaiano.

¹⁶⁵ Art. 5, paragrafo 1, lettera b, così come risulta dalla modifica apportata dall'emendamento n. 62.

¹⁶⁶ La nozione di servizi connessi risulta delineata dall'art. 2, lett. m, nel seguente modo: "servizi connessi»: i servizi connessi che abbiano ad oggetto i beni o il contenuto digitale, come la memorizzazione o altra trasformazione, fra cui l'installazione, la manutenzione o la riparazione, prestati dal venditore di beni o dal fornitore di contenuto digitale ai sensi del contratto di vendita, del 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 o previsto, anche se unicamente come opzione, nel contratto di vendita e nel contratto di fornitura di contenuto digitale, esclusi: i) i servizi di trasporto, iii) i servizi di supporto alle telecomunicazioni, e iv) i servizi finanziari, inclusi i servizi di pagamento e l'emissione di moneta elettronica, e qualsiasi tipo di assicurazione, sia essa sui beni che sul contenuto digitale, o di altra natura" (emendamenti n. 44, n. 45 e n. 46).

¹⁶⁷ Art. 6, paragrafo 1, così come risulta modificato dall'emendamento n. 64.

¹⁶⁸ Paragrafo introdotto dall'emendamento n. 65

Ciò che genera incertezza con riferimento a tale ambito di applicazione oggettivo interessa le specifiche esclusioni effettuate.

La specifica esclusione dei servizi di trasporto e di supporto alle telecomunicazioni rende la scelta verso il Regolamento poco attraente per gli operatori professionali, questi servizi sono infatti solitamente connessi alla vendita di beni o dei contenuti digitali, e la cui disciplina tra l'altro non pare giustificare una simile esclusione¹⁶⁹. Escludendo questi settori, infatti, non si otterrebbe il beneficio di avere una sola disciplina giuridica competente a disciplinare la transazione commerciale.

Si registra con favore la soppressione dall'esclusione, fra i servizi connessi, dei servizi di formazione, solitamente offerti insieme al contratto di vendita principale, e la rimodulazione dell'esclusione dei servizi finanziari, specificando che essi comprendono i servizi di pagamento e l'emissione di moneta elettronica, e qualsiasi tipo di assicurazione, sia sui beni che sul contenuto digitale ma anche di altra natura. Si riteneva altresì ingiustificata l'esclusione dei contratti di vendita assistiti dal credito al consumo, per le stesse ragioni esposte in considerazione dei servizi di trasporto e di supporto alle telecomunicazioni, non si può quindi non dimostrare apertura nei confronti dei nuovi emendamenti approvati dal Parlamento europeo, che specificamente sopprimono questa esclusione.

¹⁶⁹ R. TORINO, “*La proposta di regolamento per un diritto comune europeo della vendita* (Common European Sales Law), in *Cittadinanza Europea (LA)*, 2012, p. 164.

2.3. L'ambito territoriale

L'applicazione della disciplina del diritto comune europeo della vendita potrà essere scelta dalle parti contraenti quale diritto applicabile al contratto solo in relazione ai contratti a distanza¹⁷⁰ che siano transfrontalieri (art. 4)¹⁷¹.

Il carattere transfrontaliero richiesto assume una configurazione diversa a seconda che si tratti di un contratto concluso da un professionista con un consumatore ovvero si tratti di un contratto concluso esclusivamente tra operatori economici professionali.

Nella prima ipotesi il carattere transfrontaliero del contratto sarà considerato presente se l'indirizzo indicato dal consumatore, l'indirizzo di consegna del bene o l'indirizzo di fatturazione si trovino in un paese diverso da quello in cui il professionista ha la residenza abituale e almeno uno di questi paesi sia uno Stato membro. Nell'altra e differente ipotesi di contratto concluso tra un professionista, per potersi dire transfrontaliero, il contratto dovrà essere concluso fra operatori economici professionali aventi la residenza abituale in Stati differenti, di cui almeno uno sia uno Stato membro¹⁷².

Agli Stati membri è accordata la possibilità di prevedere che la disciplina per un diritto comune europeo della vendita dettata dalla Proposta di Regolamento possa essere applicata anche ai contratti non transfrontalieri, vale a dire ai contratti puramente interni, che si configurano, nei contratti tra professionisti, quando la residenza abituale degli stessi si trovi nel medesimo Stato membro e, nei contratti tra professionisti e consumatori, quando la residenza abituale del professionista,

¹⁷⁰ Emendamento n. 60.

¹⁷² L'art. 4 della Proposta di Regolamento c.d. *chapeau* precisa cosa debba intendersi per "residenza abituale" e stabilisce che: "4. Ai fini del presente regolamento, per residenza abituale di società, associazioni e persone giuridiche si intende il luogo in cui si trova la loro amministrazione centrale. Per residenza abituale di un professionista che sia una persona fisica si intende la sua sede di attività principale. 5. Quando il contratto è concluso nel quadro dell'esercizio dell'attività di una filiale, di un'agenzia o di qualunque altra sede di attività del professionista, il luogo in cui è ubicata la filiale, l'agenzia o altra sede di attività è considerato residenza abituale del professionista."

l'indirizzo indicato dal consumatore, l'indirizzo di consegna del bene o l'indirizzo di fatturazione si trovano nel medesimo Stato membro.

Da quanto detto emerge come rimangano esclusi dall'ambito di applicazione della disciplina comune europea della vendita sia i contratti in cui nessuno degli indirizzi riferibili al consumatore si trovi in uno Stato membro, sia i contratti tra i professionisti in cui nessuno degli stessi abbia la propria residenza abituale in uno Stato membro.

E' agevole osservare come venga sostanzialmente a crearsi una certa disparità fra grandi imprese articolate a livello europeo mediante filiali e piccole e medie imprese prive di una tale articolazione in più paesi. Secondo quanto disposto dall'art. 4, paragrafo 5¹⁷³, le grandi imprese potranno agevolmente avvalersi dello strumento opzionale anche nelle ipotesi in cui lo stesso non sarebbe applicabile in ragione della localizzazione della società madre, sfruttando in questo modo la possibilità di far stipulare il contratto da una propria filiale situata in altro Stato membro.

¹⁷³ L'art. 4, comma 5, della Proposta di Regolamento c.d. *chapeau* stabilisce che: "Quando il contratto è concluso nel quadro dell'esercizio dell'attività di una filiale, di un'agenzia o di qualunque altra sede di attività del professionista, il luogo in cui è ubicata la filiale, l'agenzia o altra sede di attività è considerato residenza abituale del professionista."

3. La base giuridica della proposta

Nella Relazione introduttiva alla Proposta di Regolamento la Commissione europea sceglie, come base giuridica del CESL, l'art. 114 del TFUE¹⁷⁴, sostenendo che lo strumento opzionale mira ad introdurre un *corpus* uniforme di norme di diritto dei contratti completamente armonizzate, comprensivo di misure a tutela del consumatore, che debbono essere considerate come un secondo regime di diritto dei contratti nell'ambito dell'ordinamento nazionale di ciascun Stato membro.

In particolare la Commissione ritiene che in conformità all'art. 114, paragrafo 3¹⁷⁵, del TFUE il diritto comune europeo della vendita garantirà un livello di protezione elevato dei consumatori, in forza dell'introduzione di un complesso di norme imperative, idonee a mantenere ma anche a migliorare il livello di protezione dei consumatori, già previsto dalla vigente normativa dell'Unione europea.

L'art. 114 del TFUE può costituire il fondamento giuridico di un atto, deliberato, secondo quella che prima del Trattato di Lisbona veniva definita procedura di codecisione, sia dal Parlamento europeo che dal Consiglio, che aspira ad ottenere il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri, e che abbia come obiettivo il buon funzionamento e il miglioramento dello spazio economico comune finalizzato a garantire le quattro libertà: libera circolazione delle persone, delle merci, dei capitali e dei servizi. Il concetto di ravvicinamento così delineato, comporterebbe un'azione volta ad armonizzare le disposizioni legislative nazionali mediante una direttiva, ovvero a sostituirle mediante il più incisivo e differente strumento del regolamento, senza però che al legislatore europeo sia consentito introdurre un

¹⁷⁴ L'art. 114, paragrafo 1, del TFUE stabilisce che: "Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria e previa consultazione del Comitato economico e sociale, adottano le misure relative al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri che hanno per oggetto l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno."

¹⁷⁵ L'art. 114, paragrafo 3, del TFUE stabilisce che: "La Commissione, nelle sue proposte di cui al paragrafo 1 in materia di sanità, sicurezza, protezione dell'ambiente e protezione dei consumatori, si basa su un livello di protezione elevato, tenuto conto, in particolare, degli eventuali nuovi sviluppi fondati su riscontri scientifici. Anche il Parlamento europeo ed il Consiglio, nell'ambito delle rispettive competenze, cercheranno di conseguire tale obiettivo."

distinto regime giuridico, destinato esclusivamente ad affiancare il diritto interno, senza che con ciò contribuisca ad una sua armonizzazione o integrazione.

La scelta effettuata a favore dell'art. 114 del TFUE è stata però contestata da una parte della dottrina, sulla base della giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'UE, secondo la quale la base giuridica più appropriata sarebbe invece rinvenibile nell'art. 352 del TFUE¹⁷⁶, norma che autorizza l'adozione di misure necessarie per il perseguimento degli obiettivi stabiliti dai Trattati, senza che questi ultimi ne abbiano previsto i poteri di azione necessari per un tale fine.

Con riferimento all'art. 352 del TFUE, occorre però chiarire che lo stesso può essere utilizzato come base giuridica di un atto, solo quando nessun'altra disposizione del Trattato attribuisce alle Istituzioni europee la competenza necessaria ad adottarlo, ovvero quando l'obiettivo dell'azione intrapresa dalle Istituzioni risulta quello di prevenire l'insorgere di ostacoli agli scambi, provocato dallo sviluppo eterogeneo delle legislazioni nazionali, stante in ogni caso la circostanza secondo la quale gli ostacoli debbono apparire probabili e la misura di cui trattasi deve essere intesa a prevenirli.

La scelta di ricostruire la base normativa *ex art. 114* del TFUE, in particolare, richiede come prima cosa di verificare se il regolamento proposto potrà rappresentare effettivamente un adeguato strumento di ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri e costituire un ausilio per il buon funzionamento del mercato interno.

La Corte di Giustizia dell'UE, dal canto suo, ha confermato come anche lo strumento del regolamento possa essere validamente impiegato ai fini del ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in un settore specifico¹⁷⁷, ma

¹⁷⁶ L'art. 352 del TFUE stabilisce che: "Se un'azione dell'unione appare necessaria, nel quadro delle politiche definite dai trattati, per realizzare uno degli obiettivi di cui ai trattati senza che questi ultimi abbiano previsto i poteri di azione richiesti a tal fine, il Consiglio, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione e previa autorizzazione del Parlamento europeo, adotta le disposizioni appropriate. Allorché adotta le disposizioni in questione secondo una procedura legislativa speciale, il Consiglio delibera altresì all'unanimità su proposta della Commissione e previa approvazione del Parlamento europeo."

¹⁷⁷ Ciò è quanto ha statuito la Corte di Giustizia dell'UE nella causa C-217/04, Regno Unito/Parlamento e Consiglio. Nella sentenza è stato affermato che i Trattati istitutivi, in funzione

il problema principale rimane quello di verificare se la natura opzionale della vendita comune europea sia in armonia con tale obiettivo finale. La stessa Proposta di Regolamento dispone, all'art. 8 del c.d. *chapeau*, che la disciplina della vendita comune europea troverà applicazione soltanto in seguito ad una scelta in tal senso delle parti. A quanto pare il ravvicinamento delle legislazioni è soltanto meramente potenziale¹⁷⁸, rimanendo subordinato all'accordo delle parti; e ben le parti possono non optare per l'applicazione della disciplina contenuta nella Proposta, non contribuendo in tal modo al verificarsi del ravvicinamento delle legislazioni nazionali.

Il maggiore ostacolo, che pare frapporsi all'effettiva adozione dell'art. 114 del TFUE come base giuridica del Regolamento, risiede nella circostanza che il Regolamento, in realtà, non modifica le legislazioni nazionali, contribuendo al loro ravvicinamento, ma, al contrario, aggiunge una nuova e distinta disciplina alle singole legislazioni presenti negli Stati membri che rimangono invariate. Le discipline nazionali della vendita transfrontaliera, uniformate o meno a seconda dell'adesione dei singoli Stati membri alle convenzioni internazionali operanti, continueranno a trovare applicazione ove le parti non effettueranno l'opzione per la disciplina europea

Una motivazione a favore dell'art. 352 del TFUE si rinviene in particolare dall'analisi del Regolamento n. 1435/2003, relativo allo Statuto della Società cooperativa europea, che introduce negli ordinamenti nazionali una nuova forma di persona giuridica, precedentemente sconosciuta, che si sovrappone alla disciplina già presente a livello nazionale, destinata alle società cooperative aventi specifica natura comunitaria. Orientamento confermato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'UE nella sentenza del 2 maggio 2006¹⁷⁹, riguardante proprio il

delle peculiari specificità della materia oggetto dell'intervento armonizzatore, contemplano un certo grado di discrezionalità con riferimento al metodo da seguire per il ravvicinamento delle legislazioni degli ordinamenti giuridici nazionali, in special modo in quei settori che richiedono specifiche complessità tecniche.

¹⁷⁸ R. TORINO, "La proposta di regolamento per un diritto comune europeo della vendita (Common European Sales Law)", in *Cittadinanza Europea (LA)*, 2012, p. 158.

¹⁷⁹ La Corte di Giustizia dell'UE, nella causa C-436/03, *Parlamento europeo v. Consiglio*, 2 maggio 2006, nel sito: <http://curia.europa.eu/juris>, venne interpellata circa la corretta base giuridica del Regolamento istitutivo la Società cooperativa europea. In tale sentenza i giudici di Lussemburgo

fondamento normativo del regolamento relativo allo Statuto della Società cooperativa europea.

Il Regolamento istitutivo della Società cooperativa europea non può venir considerato come uno strumento di ravvicinamento delle legislazioni nazionali, poiché, da una attenta analisi della disciplina che regola questa nuova tipologia societaria, appare evidente come la stessa conviva con le discipline relative alle società cooperative di diritto nazionale e si sovrapponga ad esse, lasciando pressoché invariati i diritti nazionali dei rispettivi Stati membri e ponendosi come ventinovesimo regime ulteriore rispetto a quello dei singoli Paesi membri.

Secondo quanto statuito dalla Corte, l'art. 95 del TCE (ora art. 114 TFUE) non avrebbe potuto costituire, per le ragioni sopra esposte, idonea base giuridica per l'adozione del regolamento, che è stato quindi correttamente adottato sulla base dell'art. 308 del TCE (ora art. 352 TFUE).

Coloro che invocano l'art. 352 del TFUE¹⁸⁰ sostengono che la disciplina sostanziale contenuta nell'Allegato della Proposta non risulti esaustiva rispetto alle fattispecie contrattuali chiamata a regolare, poiché, ipotesi di lacuna, le norme di diritto civile dello Stato membro applicabili al contratto continueranno a regolare gli aspetti non presi in considerazione dal diritto comune europeo della vendita (ad esempio l'illegalità del contratto o la rappresentanza). La conseguenza di una tale previsione è quella per cui il regime di contratto di vendita transfrontaliera non sarebbe il medesimo per tutti gli Stati membri, poiché sarebbe di necessità integrato dai regimi giuridici nazionali. Non si avrebbero così ventotto regimi giuridici nazionali accomunati da una disciplina uniforme della vendita transfrontaliera, ma ventotto regimi giuridici nazionali che contemplano al loro interno ventotto regimi nazionali della vendita transfrontaliera fra loro differenti.

Tuttavia, secondo le intenzioni espresse dalla Commissione europea, il Regolamento non si presenterebbe come ventinovesimo regime ulteriore a quello

hanno precisato che il corretto fondamento normativo del Regolamento dovesse rinvenirsi proprio nell'art. 308 del CE (ora art. 352 del TFUE) e non nell'art. 95 del CE (ora art. 114 del TFUE).

¹⁸⁰ R. TORINO, *Ibidem*, p. 160.

presente nei Paesi membri ma, più correttamente, come un secondo regime di diritto contrattuale. La Commissione, nel Considerando n. 9 della Proposta, si sofferma a specificare che il futuro strumento opzionale *“armonizza il diritto dei contratti degli Stati membri, non già imponendo modifiche ai diritti nazionali in vigore ma creando nell’ordinamento giuridico di ciascuno Stato membro un secondo regime di diritto dei contratti per i contratti rientranti nel suo campo di applicazione”*. Sulla base di questa ricostruzione ben potrebbe l’art. 114 del TFUE rappresentare la base giuridica appropriata¹⁸¹.

Va altresì sottolineato come la stessa Corte di Giustizia dell’UE, nell’interpretare la nozione di ravvicinamento contenuta nell’art. 114 TFUE, concede un certo potere discrezionale al legislatore europeo, con riferimento alla tecnica da impiegare nell’operare un tale ravvicinamento. La Corte specifica che *“non si tratta (quindi) di accertare, se una misura emanata in un determinato settore sia l’unica o la migliore possibile, in quanto solo la manifesta inidoneità della misura, rispetto allo scopo che le istituzioni intendono perseguire, può inficiare la legittimità della misura medesima”*.¹⁸²

La procedura di adozione del diritto comune europeo sulla vendita dovrà essere stabilita in relazione al fondamento normativo prescelto, per questo motivo la scelta di quest’ultimo appare di gran rilievo e ha alimentato le discussioni dottrinarie. Inoltre il CESL dovrà formare l’oggetto di una costante azione di adeguamento normativo, considerati i sempre più frequenti mutamenti economici, sociali e anche tecnologici a cui la materia diritto dei consumatori è sottoposta, in modo da evitare eventuali discordanze in materia, nello specifico con riferimento alla recente

¹⁸¹ Anche la 14^a Commissione Permanente (Politiche dell’Unione europea) del Senato della Repubblica italiana condivide la scelta della Commissione europea relativa all’individuazione dell’art. 114 del TFUE quale base giuridica della proposta, evidenziandone la conformità al principio di sussidiarietà del futuro strumento, ma sottolineandone altresì l’ampio potenziale insito nella proposta per la crescita delle piccole e medie imprese e per il miglioramento della tutela del consumatore, che potrà avvalersi di un secondo regime contrattuale.

Il testo della Risoluzione è disponibile nell’Archivio Legislativo del Senato della Repubblica, consultabile sul sito:

<http://www.senato.it/leg/16/BGT/Schede/docnonleg/22616.htm>.

¹⁸² Così Corte giust. UE, *Vodafone Ltd*, 8 giugno 2010, causa C-58/08, in *Raccolta*, I, 4999.

Direttiva 83/2011 UE sui diritti dei consumatori, che trova fondamento giuridico proprio nell' art. 114 del TFUE.

A questo punto della trattazione appare opportuno chiarire le implicazioni derivanti dalla scelta della base giuridica, qualora infatti la scelta dovesse ricadere sull'art. 114 del TFUE, le norme del CESL sarebbero sottoposte alla procedura legislativa ordinaria (la stessa adottata per la direttiva unificata sui diritti dei consumatori) che prevede la maggioranza in seno al Parlamento e al Consiglio, cosicché gli Stati membri non potrebbero bloccare l'adozione della misura, non essendo richiesta l'unanimità¹⁸³.

Al contrario, invece, se dovesse essere scelta come base giuridica l'art. 352 del TFUE, poiché l'adozione dello strumento, intervenuta l'approvazione del Parlamento europeo, richiederebbe l'unanimità in seno al Consiglio.

Tra l'altro l'adozione del CESL sulla base di un fondamento legale errato potrebbe avere ricadute negative sullo strumento poiché quest'ultimo, se adottato,

¹⁸³ 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 *EUI Working Paper LAW*, 2012/04, p. 7, ritengono che l'art. 114 del TFUE costituisca la base giuridica più appropriata per il futuro Regolamento sia per la procedura di adozione prevista (la maggioranza è certamente un sistema di votazione meno arduo dell'unanimità) sia in considerazione dei futuri rapporti con la CRD (*Consumer Rights Directive*). Tuttavia gli autori individuano nell'art. 81 del TFUE, avente ad oggetto la cooperazione giudiziaria in materia civile, un idoneo fondamento giuridico alternativo. Questa ultima norma dispone (paragrafo 1) che, nell'ambito del più ampio raggiungimento della cooperazione giudiziaria in materia civile, possono essere annoverate quali misure idonee a conseguire un tale obiettivo anche le misure riguardanti il "ravvicinamento" (si noti bene che il testo della norma parla di "ravvicinamento" e non di "armonizzazione") delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri, la norma provvede poi (paragrafo 2) ad elencare settori specifici che possono formare oggetto dell'intervento e che si connotano per un accento marcatamente processualistico. Gli autori sostengono che *prima facie* possa sembrare arduo collegare il CESL con gli specifici ambiti di intervento espressamente contemplati dal legislatore europeo nel paragrafo 2, ma l'ampiezza della formula, con cui viene prevista la possibilità di porre in essere azioni idonee al "ravvicinamento" delle legislazioni nazionali, concede agli Stati membri, come tra l'altro risulta dalla storia legislativa che vede protagonista l'art. 81, un discreto margine di discrezionalità nello specificare, di volta in volta, i vari settori di intervento.

Va però considerato che il Professor M. MONTI nella relazione presentata su richiesta del Presidente della Commissione europea José Manuel Barroso, dal titolo "*Una nuova strategia per il mercato unico*", risalente al 9 maggio 2010, p. 41, sottolinea come la regola dell'unanimità richiesta per adottare le misure riguardanti la creazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, abbia finito col rallentare i cambiamenti necessari per migliorare il livello di integrazione europea utile per implementare efficacemente le politiche dell'Unione relative al rilancio del mercato unico. La relazione è reperibile sul sito:

http://ec.europa.eu/bepa/pdf/monti_report_final_10_05_2010_it.pdf.

rischierebbe di venire annullato nel caso in cui la questione fosse proposta innanzi alla Corte di Giustizia dell'UE.

Il Consiglio europeo, nella formazione “Giustizia e Affari interni”, durante l'incontro del giugno 2012¹⁸⁴, ha proceduto ad un dibattito orientativo riguardante le modalità di svolgimento dei futuri negoziati relativi alla Proposta di Regolamento, ha altresì proceduto ad esaminare le questioni connesse alla base giuridica. Dal dibattito è emerso che l'esistenza di opinioni divergenti tra gli Stati membri, circa il fondamento normativo dello futuro strumento, non possono rallentare l'analisi della disciplina sostanziale sul diritto europeo della vendita contenuta nell'Allegato della Proposta.

In linea con questo indirizzo appare il *Working Document*¹⁸⁵ della Commissione Giuridica del Parlamento europeo, risalente ad ottobre 2012, dove viene confermata l'impostazione seguita dalla Commissione europea nella redazione della Proposta di Regolamento, e viene sostenuto che il CESL, creando un secondo regime armonizzato all'interno degli Stati membri, si qualifica come una misura relativa al ravvicinamento dei diversi diritti nazionali e, per questi motivi, deve necessariamente basarsi, dal punto di vista giuridico, sull'art. 114 del TFUE.

¹⁸⁴ Il comunicato stampa della 3172^a sessione del Consiglio Giustizia e affari interni, tenutosi a Bruxelles il 7 e l'8 giugno 2012, è disponibile sul sito:
http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/jha/130761.pdf.

¹⁸⁵ Il Documento di lavoro della Commissione giuridica del Parlamento europeo, presieduta da Klaus-Heiner Lehne, risalente all'8 ottobre 2012, è disponibile sul sito:
<http://www.europarl.europa.eu/committees/it/juri/working-documents.html#menuzone>.

4. La natura opzionale del futuro strumento

L'applicazione del futuro diritto comune europeo della vendita, come risulta dall'analisi dell'art. 8 del c.d. *chapeau*¹⁸⁶, è subordinata all'accordo delle parti¹⁸⁷.

La previsione di un simile meccanismo, comunemente definito di *opt-in*, finisce col rendere la disciplina del futuro Regolamento di tipo opzionale, ciò sta a significare che essa troverà applicazione per tutte quelle vendite mobiliari transfrontaliere che le parti sceglieranno, di comune accordo ed espressamente, di assoggettare al Regolamento stesso¹⁸⁸. La validità dell'accordo con cui le parti optano per la

¹⁸⁶ L'art. 8 del c.d. *chapeau* della Proposta stabilisce che: "1. L'applicazione del diritto comune europeo della vendita è subordinata all'accordo delle parti. L'esistenza di tale accordo e la sua validità sono determinate sulla base dei paragrafi 2 e 3 del presente articolo, dell'articolo 9 e delle disposizioni pertinenti del diritto comune europeo della vendita. 2. Nei rapporti tra professionista e consumatore l'accordo di applicare il diritto comune europeo della vendita è valido solo se il consenso del consumatore è prestato con una dichiarazione esplicita distinta dalla dichiarazione che esprime l'accordo a concludere il contratto. Il professionista dà conferma dell'accordo al consumatore su un mezzo durevole. 3. Nei rapporti tra professionista e consumatore il diritto comune europeo della vendita non può essere scelto in parte, ma solo nella sua integralità."

¹⁸⁷ La subordinazione dell'applicazione della disciplina all'accordo delle parti risulta chiaramente espressa nel Considerando n. 8, laddove si legge che il diritto comune europeo della vendita "è auspicabile che diventi la base di un rapporto contrattuale solo qualora le parti decidano congiuntamente di applicarlo", e nel Considerando n. 9 in cui la Commissione sottolinea che "il diritto comune europeo della vendita si applicherà ai contratti transfrontalieri su base volontaria e per accordo espresso delle parti".

¹⁸⁸ La direzione di istituire un regime opzionale europeo del contratto di vendita era stata adeguatamente sottolineata dal Professor M. MONTI, nella relazione "*Una nuova strategia per il mercato unico*", *supra*. In particolare, nel Capitolo 4 della Relazione dal titolo "Per un mercato più forte", si afferma che: "il regolamento può essere il mezzo migliore per armonizzare quando si regolano nuovi settori da nulla ed è più facile armonizzare con regolamenti quando i settori interessati lasciano poca interazione fra le norme EU e i sistemi nazionali. In altri casi, quando armonizzare in anticipo non serve è preferibile esplorare l'idea di un 28° regime, di un quadro giuridico, cioè, di norme UE che si pone in alternativa alle norme nazionali senza sostituirle. Il vantaggio del 28° regime è che moltiplica le possibilità per imprese e cittadini attivi nel mercato unico: se questo è il loro principale orizzonte, possono optare per un quadro *standard* e unico valido in tutti gli Stati membri; se invece si muovono prevalentemente in un contesto nazionale, risponderanno alle norme nazionali. Questo modello ha l'ulteriore vantaggio di costituire un punto di riferimento e un incentivo per la convergenza di sistemi nazionali. Sino ad oggi il 28° regime ha ricevuto poca attenzione, salvo che per lo statuto della società europea. Bisognerebbe invece esaminare meglio (...) nell'ambito dei contratti commerciali, nel cui ambito un quadro di riferimento per i contratti commerciali potrebbe rimuovere gli ostacoli che impediscono le operazioni transnazionali". Si noti bene che, se si fosse optato per una ricostruzione in tal senso del diritto comune europeo della vendita, vale a dire come (ad oggi) 29° regime che affianca i regimi nazionali degli Stati membri, la ricostruzione della base giuridica non avrebbe più poggato più sull'art. 114 del TFUE ma, più correttamente, sull'art. 352 del TFUE. La questione si presenta connotata da notevole delicatezza, portando con sé numerose implicazioni connesse al successo che lo strumento

disciplina europea della vendita postula il rispetto dei presupposti e dei requisiti stabiliti dall'art. 8, commi 1 e 2, e all'art. 9 del Regolamento¹⁸⁹.

Se il carattere opzionale della disciplina potrebbe far pensare che lo stesso costituisca un punto di forza della stessa, consentendo alle parti di scegliere la legge regolatrice del contratto, dalla dottrina emergono serie perplessità con riferimento alla decisione della Commissione europea di procedere verso questa direzione¹⁹⁰.

E' stato sottolineato come, nonostante la normativa preveda un accordo delle parti, di un vero e proprio accordo potrà parlarsi soltanto in quelle ipotesi (piuttosto rare quando si tratta di una vendita mobiliare transfrontaliera) in cui le parti procedano alla stipulazione del contratto su un piano di sostanziale parità. Nelle altre ipotesi la decisione relativa alla operatività del diritto comune europeo della vendita sarà

avrà nel futuro. L'aspetto è stato affrontato in maniera analitica dallo studio presentato dal Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, AA.VV., "*Policy Options for Progress Toward a European Contract Law*", in *Rabel Journal of Comparative and International Private Law*, 2011, vol. 75, n. 2, pp. 371-348, di cui la Commissione ha tenuto conto per lo sviluppo della sua azione. Lo studio, che si propone principalmente di commentare le possibili opzioni delineate nel Libro Verde del 2010, incoraggia l'adozione di uno strumento opzionale che abbia la forma del regolamento (opzione 4 del Libro) ma che si fondi giuridicamente sull'art. 352 del TFUE. L'abstract è disponibile nel sito:

http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1752985 (ult. agg. 3 Marzo 2013)

¹⁸⁹ L'art. 9 del c.d. *chapeau* della Proposta stabilisce che: "1. Nei rapporti tra professionista e consumatore, in aggiunta agli obblighi di informativa precontrattuale prescritti dal diritto comune europeo della vendita, il professionista è tenuto a richiamare l'attenzione del consumatore sull'intenzione di applicare il diritto comune europeo della vendita prima dell'accordo, rilasciandogli in modo palese la nota informativa di cui all'allegato II. Se l'accordo di applicare il diritto comune europeo della vendita è raggiunto per telefono o con altro mezzo che non permetta di rilasciare al consumatore la nota informativa, o se il professionista ha ommesso di rilasciare la nota informativa, tale accordo non vincola il consumatore finché questi non abbia ricevuto la conferma di cui all'art. 8, paragrafo 2, unitamente alla nota informativa e abbia successivamente acconsentito ad applicare il diritto comune europeo della vendita. 2. La nota informativa di cui al paragrafo 1 contiene l'hyperlink, se rilasciata in forma elettronica, o l'indicazione, in tutti gli altri casi, di un sito web dal quale potersi procurare gratuitamente il testo del diritto comune europeo della vendita."

¹⁹⁰ O. LANDO, "*Comments and Questions Relating to the European Commission's Proposal for a Regulation on a Common European Sales Law*", in *Eur. Rev. Priv. L.*, 2011, pp.719-720, sottolinea come le precedenti iniziative applicative di strumenti c.d. *opt-in* si siano rivelate nella pratica scarsamente efficaci, l'autore riporta quindi l'esempio, relativo ai contratti B2B, dei *Principles of European Contract Law (PECL)* e dei Principi Unidroit relativi ai contratti commerciali internazionali. Affinché il CESL non subisca la stessa sorte, è auspicabile che venga predisposto lo strumento più efficace dell'*opt-out*, sul modello della Convenzione di Vienna del 1980. Nel testo dell'articolo emerge chiaramente l'opinione del Prof. Lando, laddove dice che: "My fear is that as an opt-in model the CESL will suffer the same fate as far as B2B sales is concerned [...]. An opt-out model, where CESL applies, unless both parties choose a national law, would have a better chance of being applied".

rimessa alla parte contrattuale, caratterizzata da una posizione contrattuale forte (parte professionale), che proprio per questo motivo riuscirà ad imporre alla controparte (consumatore o piccola-media impresa) l'adozione delle condizioni delle condizioni generali di contratto da lei stessa predisposte¹⁹¹, secondo lo schema della contrattazione standardizzata che implica il "prendere o lasciare". E' alquanto difficile immaginare in un simile contesto che la parte contrattuale considerata "debole", di certo interessata a concludere l'affare piuttosto che a discutere su questa o quella normativa, si rifiuti di stipulare il contratto soltanto perché preferisce che esso venga regolato da una disciplina differente, come la Convenzione di Vienna, il Regolamento sul diritto comune europeo della vendita o la legge nazionale, rispetto a quella scelta dalla controparte.

Parimenti accadrà di fronte ad offerte contrattuali rivolte al pubblico dei consumatori, senza che l'operatività delle tutele e le regole di trasparenza disposte agli artt. 8 e 9 possano impedirne il verificarne, essendo disposte a garantire che l'adesione del consumatore alla contrattazione sia consapevole ed informata ma non certo idonee ad assicurare che tale adesione sia invece libera e spontanea. Perché la vendita mobiliare transfrontaliera tra un professionista e un consumatore (B2C) venga assoggettata alla disciplina comune europea sarà sufficiente che il professionista trasmetta al consumatore la nota informativa contenuta nell'Allegato II del Regolamento, secondo le modalità previste nell'art. 9, segnalare al consumatore che il Regolamento sarà la legge applicabile alla transazione ed infine ottenere il consenso, per così dire esplicito, del consumatore, predisponendo una apposita clausola da sottoscrivere.

In particolare, la presenza di una nota informativa, seppure avente finalità di trasparenza nei confronti delle parti contraenti considerate "deboli", potrebbe in realtà suscitare l'impressione che il CESL sia uno strumento svantaggioso e che presenti uno standard di protezione elevato. Si suggerisce l'inserimento di un preciso obbligo informativo da ricondurre a quelli previsti negli artt. 13 e ss. della

¹⁹¹ G. DE CRISTOFARO, "Il (futuro) «Diritto comune europeo» della vendita mobiliare: profili problematici della Proposta di Regolamento presentata dalla Commissione UE", in *Contratto e Impresa. Europa*, 2012, p. 367.

Proposta di Regolamento, la cui non ottemperanza sarebbe sanzionata con la previsione di inefficacia della scelta del CESL¹⁹².

Diversamente, invece, se la Proposta di Regolamento avesse imposto ai professionisti, parte venditrice, di offrire ai consumatori, parte acquirente, la possibilità di scegliere discrezionalmente tra la disciplina europea della vendita e quella del proprio Stato di residenza. In questa ipotesi, a ben vedere, la scelta da parte del consumatore sarebbe stata effettiva ed esercitabile liberamente, esclusivamente sulla base di proprie considerazioni, per cui si sarebbe potuto affermare con assoluta certezza che la diffusione del CESL sarebbe stata destinata a dipendere dalle scelte proprie dei consumatori.

Ma di un obbligo simile non pare esservi traccia nella Proposta di Regolamento, sicché saranno i professionisti che decideranno unilateralmente se sottoporre o meno i rapporti contrattuali con i consumatori alla disciplina del europea della vendita, predisponendo contenuti standardizzati dell'offerta contrattuale ed inserendo nelle condizioni generali di contratto la clausola di scelta del Regolamento, ma anche omettendo di inserire una tale clausola, e con ciò assoggettando in modo implicito il contratto di vendita alla legge nazionale applicabile ai sensi del Regolamento n. 593/2008 "Roma I", che prevede l'applicazione della legge dello Stato di residenza del consumatore.

Procedendo ora ad osservare il settore dei contratti tra professionisti (B2B), si può agevolmente notare come, anche qui, a decidere saranno sempre e solo i professionisti predisponenti le cui scelte saranno subite dai professionisti aderenti¹⁹³, che tra l'altro non vedranno neppure applicarsi le garanzie di

¹⁹² Di questa ma anche di altre questioni si è occupato lo *European Law Institute (ELI)*, che ha pubblicato, nel settembre del 2012, uno *Statement on the Proposal for a Regulation on a Common European Sales Law* in cui vengono avanzate delle proposte di riforma del CESL. Il documento è liberamente accessibile consultando il sito:

https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_el/Publications/S-2-2012_Statement_on_the_Proposal_for_a_Regulation_on_a_Common_European_Sales_Law.pdf.

Gli autori suggeriscono di predisporre un collegamento ad un sito web ufficiale attraverso il quale i consumatori possano agevolmente ottenere tutte le informazioni di cui necessitano, riguardanti le maggiori differenze esistenti tra il CESL e il proprio diritto nazionale in materia di diritto dei consumatori (p. 23).

¹⁹³ Niente di nuovo per il giurista italiano che conosce bene il funzionamento degli artt. 1341 e 1342 del codice civile, rubricati rispettivamente "condizioni generali di contratto" e "contratto concluso

trasparenza previste agli artt. 8 e 9, previste per i soli consumatori. Solo nelle ipotesi in cui i contratti risultino conclusi da parti imprenditoriali dotate di forza contrattuale tendenzialmente equivalente potrà ipotizzarsi che la scelta del Regolamento, come legge regolatrice del rapporto, venga fatta seguendo una trattativa vera e propria condotta su un piano di parità.

Sulla base delle considerazioni sopra esposte, è agevole notare come l'utilizzo effettivo che si farà della normativa relativa al diritto comune europeo della vendita non dipenderà dalle istituzioni europee e nemmeno dagli Stati membri, ma solo ed esclusivamente dalla volontà delle imprese, segnatamente quelle medio-grandi, dotate di una forza contrattuale più marcata¹⁹⁴.

Resta infine da specificare come il carattere opzionale della disciplina possa essere conciliato con la natura obbligatoria dello strumento regolamentare, sancita dall'art. 288 del TFUE, e con il principio statuito all'art. 1 della Proposta, rubricato espressamente "libertà contrattuale", con cui si stabilisce che le parti sono libere di concludere accordi contrattuali e determinarne il contenuto, nel rispetto delle norme imperative applicabili, le stesse possono altresì escludere l'applicazione di qualsiasi disposizione del diritto comune europeo della vendita ed anche di derogarvi, in conformità a quanto stabilito dalla disciplina del futuro Regolamento. Ma è piuttosto chiaro che di effettiva libertà di scelta possa parlarsi solamente nel caso in cui le trattative siano gestite dalle parti contraenti su di un piano sostanzialmente paritario, che appare una ipotesi remota da riscontrare nella prassi.

mediante moduli o formulari". Si parla generalmente di "condizioni generali di contratto" per definire le clausole o le regole uniformi che un determinato soggetto economico predispone ed inserisce nei contratti che stipula con le parti contraenti. Nella prassi questa tipologia contrattuale viene solitamente definita come "contrattazione *standard*", e si caratterizza per essere redatta dalla parte proponente sulla base dell'esperienza maturata; la parte aderente non può discutere il contenuto della stessa, trovandosi di fronte alla decisione se "prendere o lasciare". Una specifica sottoscrizione, autonoma e distinta rispetto a quella genericamente apposta sul modulo, è necessaria affinché, una serie di clausole definite come vessatorie, siano valide (art. 1341, comma 2). In seguito all'introduzione del Codice del Consumo (D. Lgs. 6 settembre 2005, n. 206), in cui il legislatore ha raccolto i molteplici interventi normativi che hanno interessato la figura del consumatore, l'ambito di operatività della disciplina protettiva del contraente debole predisposta dagli artt. 1341 e 1342 cod. civ. rimane circoscritta ai rapporti tra imprenditori, nelle ipotesi in cui uno dei due imponga all'altro le proprie condizioni generali di contratto.

¹⁹⁴ G. DE CRISTOFARO, *Ibidem*, p. 369

5. Il quadro normativo di riferimento: le difficoltà applicative

5.1. La proposta e il Regolamento (CE) n. 593/2008 (Roma I)

Il CESL si presenta, secondo le intenzioni espresse dalla Commissione europea, come ulteriore sistema normativo che va d aggiungersi a quello degli Stati membri, in considerazione di questa specificità sono emerse numerose questioni connesse all'impatto che il futuro diritto comune europeo della vendita può avere riguardo alla precedente produzione normativa nel settore.

Innanzitutto, ci si domanda quali saranno i rapporti tra il futuro strumento e il Regolamento (CE) n. 593/2008 "Roma I", in particolar modo con riferimento al suo art. 6 relativo ai contratti conclusi dal consumatore.

E' il Considerando n. 12 della Proposta di Regolamento che si occupa espressamente di tale questione, disponendo lo specifico effetto preclusivo del diritto comune europeo della vendita. In esso si legge che *"poiché il diritto comune europeo della vendita contiene un corpus completo di norme a tutela dei consumatori completamente armonizzate, se le parti scelgono di applicarlo i diritti degli Stati membri non presenteranno divergenze al riguardo"*, per cui, a ben vedere, *"l'articolo 6, paragrafo 2, del regolamento (CE) n. 593/2008, che si fonda sull'esistenza di livelli divergenti di protezione del consumatore negli Stati membri, non ha rilevanza pratica per gli aspetti disciplinati dal diritto comune europeo della vendita"*. La scelta dell'organo esecutivo europeo è molto chiara: dare precedenza all'applicazione dello strumento opzionale rispetto alle norme imperative nazionali, così da realizzare una armonizzazione più completa possibile.

Il Regolamento rappresenta una forma di armonizzazione del diritto contrattuale, che mira a creare negli ordinamenti giuridici degli Stati membri un secondo regime di diritto contrattuale, ma questa qualificazione non risolve le difficoltà di coordinamento tra la Proposta di Regolamento e l'art. 6 del Regolamento "Roma I".

Il paragrafo 1 di tale articolo stabilisce che un contratto concluso da un consumatore ed un professionista è disciplinato dalla legge del paese nel quale il consumatore ha la residenza abituale a condizione che il professionista: i) svolga la sua attività commerciale o professionale nel paese in cui il consumatore ha la residenza abituale (*pursuing activities*); ii) diriga tali attività, con qualsiasi mezzo, verso tale paese o vari paesi tra cui quest'ultimo (*directing activities*); e il contratto rientri nell'ambito di dette attività.

Il paragrafo 2 del medesimo articolo, che è la norma che crea più incertezze, stabilisce che, in deroga a quanto stabilito al paragrafo 1, le parti possono scegliere una legge diversa da quella del paese di residenza abituale del consumatore, ma, in tal caso, il consumatore non potrà essere privato della protezione assicurategli dalle disposizioni alle quali non è permesso di derogare convenzionalmente ai sensi della legge che, in mancanza di una tale scelta, sarebbe stata applicata a norma del paragrafo 1.

A questo punto è evidente che, se si ritiene che scegliere il CESL, in quanto secondo regime alternativo agli ordinamenti interni, equivalga ad una scelta di legge effettuata a livello di diritto internazionale privato, il diritto comune europeo della vendita rimane soggetto all'applicazione dell'art. 6, paragrafo 2, del Regolamento "Roma I", che ne consente l'applicazione solo nella misura in cui non vengano disattesi gli standard di protezione previsti dalla legge di residenza abituale del consumatore.

Verrà quindi applicata una disciplina che si caratterizzerà per essere composta tanto dalle disposizioni della CESL quanto dalle disposizioni imperative del paese di residenza abituale del consumatore, con la conseguenza che la normativa così intesa varierà da Stato a Stato, a detrimento della certezza dei rapporti giuridici e della uniformità perseguita dalle istituzioni europee.

E' però la stessa Commissione europea, nella Relazione della Proposta, a sciogliere il dubbio qualificando espressamente la scelta di avvalersi del CESL come realizzata all'interno dell'ordinamento nazionale, e specificando altresì che tale scelta non deve essere confusa con la scelta della legge applicabile ai sensi del

diritto internazionale privato¹⁹⁵. In tal senso depone anche la posizione, relativa alla proposta formulata dalla Commissione, adottata dal Parlamento europeo in prima lettura il 26 febbraio 2014, in cui vengono introdotti specifici emendamenti allo scopo di chiarire la relazione che intercorre tra il CESL e il Regolamento “Roma I”¹⁹⁶.

¹⁹⁵ P. SIRENA, “Diritto comune europeo della vendita vs. Regolamento di Roma I: quale futuro per il diritto europeo dei contratti?”, in *Contratti*, 2012, p. 634 e ss., fa notare che il diritto comune europeo della vendita, nell’ipotesi delle vendite on-line, prevede un’immunizzazione dall’applicazione del Regolamento Roma I, in particolare del suo articolo 6. L’autore, molto efficacemente, nota come sia il commercio elettronico ad assorbire una gran parte delle vendite transfrontaliere, ma, proprio con riferimento a tale settore, sottolinea la difficoltà di stabilire quando un professionista diriga la propria attività nel paese di residenza del consumatore. Sul punto devono essere menzionati i criteri individuati dalla Corte di Giustizia UE, 7 dicembre 2010, nei procedimenti riuniti C-585/08 e C-144/09, *Peter Pammer c. Reederei Karl Schlüter GmbH*, in <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-585/08>, resi sulla base dell’art. 15, par. 1, lett. c, del Regolamento (CE) n. 44/2001 del Consiglio (Regolamento di Bruxelles), del 22 dicembre 2000, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l’esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, che predispone una tutela analoga a quella prevista dall’art. 6, par. 2, del Regolamento “Roma I”. La Corte precisa che l’esercizio di una attività commerciale mediante sito internet sarà considerato indirizzarsi verso lo Stato membro di domicilio del consumatore, se prima dell’eventuale conclusione del contratto risulti dallo stesso sito internet o dall’attività complessiva del commerciante che quest’ultimo muoveva verso questa specifica intenzione; procede quindi ad individuare una lista, peraltro non esaustiva, di possibili elementi di fatto che possono rilevare come indizi della dimensione internazionale dell’attività condotta dal professionista. Lo svantaggio per il professionista consiste quindi nel predisporre, in presenza anche di uno solo degli elementi di fatto individuati, tanti contratti quanti sono gli Stati membri in cui potrà risiedere il consumatore che effettui acquisti on-line. La Proposta di Regolamento rappresenta una valida risposta a questo problema, tant’è che essa, ai sensi dell’art. 11, stabilisce che una volta effettuata la scelta verso il futuro strumento, solo le norme in esso contenute disciplineranno le materie rientranti nel suo campo di applicazione. In questo senso l’autore parla di immunizzazione dall’art. 6 del Regolamento “Roma I”. Tale caratteristica costituisce senz’altro un motivo di spicco, perché idonea ad incrementare l’impiego del diritto comune europeo della vendita da parte dei professionisti, ma, al contempo, rappresenta un punto di debolezza, in quanto si pone in contrasto con il principio di sussidiarietà, previsto dall’art. 5 del TUE, consentendo al futuro strumento di sottrarsi a quella concorrenza fra gli ordinamenti giuridici a cui anche il diritto dell’Unione europea dovrebbe partecipare.

¹⁹⁶ Considerando n. 12: “Once there is a valid agreement to use the Common European Sales Law, only the Common European Sales Law should govern the matters falling within its scope. Since the Common European Sales Law contains a comprehensive set of uniform harmonised mandatory consumer protection rules, there will be no disparities between the laws of the Member States in this area, where the parties have chosen to use the Common European Sales Law. Consequently, Article 6(2) of Regulation (EC) n. 593/2008, which is predicated on the existence of differing levels of consumer protection in the Member States, has no practical relevance to the issues covered by the Common European Sales Law, as it would amount to a comparison between the mandatory provisions of two identical second contract-law regimes” (Emendamento n. 6).
Considerando n. 9: “This Regulation establishes a Common European Sales Law for distance contracts and in particular for online contracts. It approximates the contract laws of the Member States not by requiring amendments to the first national contract law regime, but by creating a second contract-law regime for contracts within its scope. This directly applicable second regime should be an integral part of the legal order applicable in the territory of the Member States. In so far as its

Secondo questa impostazione, quindi, la scelta del CESL si qualifica come fatta all'interno dell'ordinamento nazionale tra due regimi di diritto dei contratti, quello nazionale e quello europeo del diritto comune della vendita. Inoltre la Proposta di Regolamento stabilisce che, una volta che si sia optato per il CESL, soltanto la disciplina in esso contenuta, per le materie che rientrano nel suo ambito di applicazione, regolerà il rapporto contrattuale tra le parti (art. 11 del c.d. *chapeau*), ciò equivale a dire che la portata dell'art. 6 del Regolamento "Roma I" verrà sostanzialmente neutralizzata¹⁹⁷.

Ma problemi di coordinamento si pongono, con riguardo agli obblighi di informativa precontrattuale, anche con rispetto al regolamento n. 864/2007 "Roma II", relativo alla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali, che, pur non contenendo una disposizione simile all'art. 6 del Regolamento "Roma I", dispone

scope allows and where parties have validly agreed to use it, the Common European Sales Law should apply instead of the first national contract-law regime within that legal order. It should be identical throughout the Union and exist alongside the pre-existing rules of national contract law. The Common European Sales Law should apply on a voluntary basis, upon an express agreement of the parties, to a cross-border contract" (Emendamento n. 2); e il Considerando n. 10: "The agreement to use the Common European Sales Law should be a choice exercised within the respective national legal order which is determined as the applicable law pursuant to Regulation (EC) No 593/2008 or, in relation to pre-contractual information duties, pursuant to Regulation (EC) No 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Regulation (EC) No 864/2007), or any other relevant conflict of law rule. The agreement to use the Common European Sales Law results from a choice between two different regimes within the same national legal order. That choice, therefore, does not amount to, and should not be confused with, a choice between two national legal orders within the meaning of the conflict-of-law rules and should be without prejudice to them. This Regulation will therefore not affect any of the existing conflict of law rules such as those contained in Regulation (EC) No 593/2008 "(Emendamento n. 3).

Fonte:

<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&language=EN&reference=P7-TA-2014-0159> (ult. agg. 7 Marzo 2014).

¹⁹⁷ Il problema che si può concretamente presentare, a questo punto, è quello di capire se il CESL migliori davvero il livello di tutela dei 28 Stati membri, perché, se così fosse, *nulla quaestio*. Se, invece, le norme imperative a tutela del consumatore presenti nel CESL e uguali in ogni paese europeo non incrementano le tutele predisposte dalle leggi degli ordinamenti nazionali, allora il discorso cambia e occorre fermarsi per discuterne in maniera più approfondita, considerando che ben può verificarsi la circostanza per cui vengano approvati futuri emendamenti che possono generare un abbassamento della protezione del consumatore. Quest'ultima ipotesi genererebbe anche un potenziale conflitto con la base giuridica, individuata nell'art. 114 del TFUE, che impone allo strumento di garantire un livello di protezione adeguato dei consumatori, di modo che essi mantengano o migliorino la protezione di cui già godono secondo le vigenti normative nazionali.

che la legge nazionale trovi applicazione sulla base di criteri in esso esplicitamente previsti.

Tuttavia, escluso l'ambito delle dichiarazioni precontrattuali, la sfera riguardante le obbligazioni extracontrattuali non è ricompresa nella disciplina del CESL, e proprio per questa motivazione non opererà, rispetto alle norme nazionali, l'effetto preclusivo previsto nell'ipotesi delle obbligazioni contrattuali. In tal senso dispone il Considerando n. 27 della Proposta di Regolamento, che si premura di specificare che le materie di natura extracontrattuale, che non rientrano nell'ambito applicativo del diritto comune europeo della vendita, vengono regolate dalla legge nazionale già esistente e applicabile in forza del Regolamento "Roma II".

Il Parlamento europeo, nelle seduta del 26 Febbraio 2014, ha ricostruito i rapporti tra il CESL e i Regolamenti "Roma I" e "Roma II", delineando i rispettivi ambiti di competenza attraverso la predisposizione di una lista in cui vengono elencate le materie disciplinate dal diritto comune europeo della vendita (art. 11 bis, par. 1) e di altre che invece non rientrano nel suo campo di applicazione (art. 11 bis, par. 2).

E' stato previsto che le norme del diritto comune europeo della vendita disciplineranno gli obblighi informativi precontrattuali, la conclusione del contratto, inclusi i requisiti di forma, il diritto di recesso e i suoi effetti, l'annullamento del contratto stipulato a seguito di errore, dolo, minaccia o iniquo sfruttamento e le conseguenze di tale annullamento, l'interpretazione, il contenuto e gli effetti, compresi quelli del contratto in questione, la valutazione e le conseguenze del carattere abusivo delle clausole contrattuali, i diritti e gli obblighi delle parti, i rimedi per inadempimento, la restituzione dopo l'annullamento, la risoluzione o in caso di contratto non vincolante, la prescrizione e l'esclusione dei diritti, le sanzioni applicabili in caso di violazione degli obblighi e dei doveri che ne discendono.

Per le materie non rientranti nel campo di applicazione del diritto comune europeo della vendita, il legislatore europeo ha previsto che esse vengano disciplinate dalla legge nazionale applicabile in virtù del regolamento (CE) n. 593/2008, del regolamento (CE) n. 864/2007 o di altre norme pertinenti sui conflitti di leggi. Tali

materie comprendono la personalità giuridica, l'invalidità del contratto derivante da incapacità giuridica, illegalità o immoralità, salvo quando i motivi alla base dell'illegalità o dell'immoralità siano trattati dal diritto comune europeo della vendita, la determinazione della lingua del contratto, la non discriminazione, la rappresentanza, la pluralità di debitori e creditori, la modifica delle parti, compresa la cessione, la compensazione e la fusione, la creazione, l'acquisizione o la cessione di beni immobili o di diritti su beni immobili, il diritto della proprietà intellettuale; e, infine, la responsabilità extracontrattuale, compresa la questione se domande concorrenti attinenti alla responsabilità contrattuale ed extracontrattuale possano essere fatte valere assieme¹⁹⁸.

¹⁹⁸ Così, testualmente, emendamento n. 76, fonte:
<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&language=EN&reference=P7-TA-2014-0159> (ult. agg. 7 Marzo 2014).

5.2. Il rapporto tra lo strumento proposto e la Convenzione di Vienna del 1980

L'ambito di applicazione del CESL non riguarda esclusivamente i contratti che vengano conclusi tra operatori professionali e consumatori (B2C), ma interessa anche l'ipotesi in cui entrambi i contraenti siano parti professionali (B2B). Questa circostanza pone la questione legata al coordinamento con la Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di merci (*United Nations Convention on Contracts for International Sale of Goods – CISG*) del 1980¹⁹⁹, che si applica ai contratti di vendita di beni mobili di dimensione internazionale ma che esclude dal suo ambito di applicazione la vendita di beni mobili per uso personale, familiare o domestico (art. 2, lett. a).

La Convenzione opera in base ad un sistema di *opt-out*, vale a dire che la stessa troverà applicazione soltanto ove le parti del contratto non la escludano espressamente, prediligendo la legge di appartenenza di uno dei contraenti.

La Proposta di Regolamento si occupa della delimitazione dell'ambito applicativo fra la CISG e il CESL nel Considerando n. 25, laddove viene espressamente stabilito che “*qualora a disciplinare il contratto in questione sia la convenzione delle Nazioni Unite sui contratti di vendita internazionale di merci, è opportuno che la scelta del diritto comune europeo della vendita comporti l'accordo delle parti ad escludere tale convenzione*”. A quanto pare è lo stesso diritto comune europeo della vendita che, al fine di sostenere l'applicazione del CESL per promuoverne la sua futura utilizzabilità, scioglie il dubbio di un potenziale conflitto tra i due strumenti, suggerendo alle parti professionali di escludere l'applicabilità della Convenzione delle Nazioni Unite.

¹⁹⁹ Alla Convenzione aderiscono ben 23 Stati membri dell'Unione europea, tra cui anche l'Italia, con le uniche eccezioni del Regno Unito, del Portogallo, dell'Irlanda e di Malta.

Questa specifica previsione è però apparsa “*ultra vires*”, nel senso che la volontà delle parti di escludere l’applicazione della CISG²⁰⁰ dovrebbe trovare esclusivo fondamento nell’ambito della Convenzione, non potendo un Considerando di una proposta di regolamento stabilire un tale effetto, né tantomeno a tal fine sarebbe stata sufficiente la scelta, effettuata dalle parti, di volersi rimettere alla legge di uno degli Stati contraenti²⁰¹.

Ma specifici problemi di coordinamento tra le due discipline potrebbero nascere anche nell’ipotesi in cui gli imprenditori decidano di adottare il CESL soltanto parzialmente (*dépeçage*), lasciando in tal modo che il contratto venga regolato per alcuni aspetti anche dalla CISG. Il rischio insito in questa pratica è quello di sottoporre il negozio giuridico a due discipline differenti, con conseguenti difficoltà di coordinamento tra le stesse rispetto alla medesima fattispecie contrattuale.

La motivazione che potrebbe indurre le parti a non adottare integralmente la CISG è di ordine sostanziale e attiene alla incompletezza della disciplina contenuta nella Convenzione, come emerge in particolare dalla lettura del suo articolo 4, che ne circoscrive la disciplina alla formazione del contratto di vendita e ai diritti e agli obblighi che lo stesso fa sorgere tra venditore e compratore. Essa, pertanto, non comprende la validità del contratto o di singole clausole o degli usi, né gli effetti che dal contratto possono derivare sulla proprietà dei beni venduti.

Sono però i contenuti previsti dal CESL nel Capo 6, relativo all’interpretazione, e nel Capo 7, relativo al contenuto e agli effetti del contratto, a rendere più che

²⁰⁰ L’art. 6 della Convenzione consente alle parti di escludere l’applicazione della Convenzione o, ad esclusione dell’art. 12, di poter derogare a singole sue disposizioni o di modificarne gli effetti.

²⁰¹ Sul punto si veda M. HESSELINK, “How to Opt into the Common European Sales Law? Brief Comments on the Commission’s Proposal for a Regulation”, in *Eur. Rev. Priv. L.*, 2012, vol. 20, p. 202. La volontà delle parti contrattuali di escludere l’applicazione della CISG è determinata di volta in volta dalla CISG stessa, in particolare dal suo art. 8, che si occupa proprio dei canoni di interpretazione della volontà delle parti, per questa ragione l’affermazione contenuta nel Considerando n. 25 della Proposta di Regolamento, secondo cui la scelta del CESL implica un accordo delle parti ad escludere la Convenzione appare “*ultra vires*”. L’autore fa notare altresì come la CISG possa venire esclusa non solo esplicitamente ma anche, per l’appunto, implicitamente (non risulta troppo complicato dedurre da una scelta esplicita verso il CESL che le parti abbiano convenuto di escludere la CISG), con la precisazione, purtuttavia, che rimane preferibile una scelta chiara ed esplicita in modo da evitare sovrapposizioni o lacune, specialmente nelle ipotesi di una opzione che guardi ad una applicazione parziale (*dépeçage*) del sistema di regole prescelto.

realistica la scelta di una applicazione parziale della CISG. Quest'ultima, infatti, non contiene norme che riguardino le clausole contrattuali implicite (art. 68 CESL), né la disciplina delle dichiarazioni precontrattuali (art. 69 CESL), né la clausola di onnicomprensività (*merger clause*, art. 72 CESL) o una norma che stabilisca la determinazione del prezzo (art. 73 CESL), manca altresì la disciplina del mutamento delle circostanze (*hardship*, art. 89 CESL), espressamente rigettata nella CISG durante i negoziati²⁰².

La CISG non è però l'unico regime internazionale destinato a regolare le transazioni commerciali, potendo i professionisti decidere di avvalersi dei Principi Unidroit²⁰³, che rappresentano un importante strumento di *soft law* predisposto ai fini dell'uniformazione del diritto contrattuale internazionale. I Principi Unidroit, sono gli usi del commercio internazionale, proprio per questo vengono detti anche *nuova lex mercatoria*, oppure sono *usus fori*, vale a dire che sono principi costantemente applicati dai tribunali arbitrali per la soluzione di controversie nascenti dai contratti internazionali.

²⁰² O. LANDO, "Comments and Questions Relating to the European Commission's Proposal for a Regulation on a Common European Sales Law", in *Eur. Rev. Priv. L.*, 2011, pp. 721-722, sottolinea come, nonostante il CESL possa rappresentare un tentativo di miglioramento della CISG, ciò non basta a giustificare l'adozione di un tale strumento come principale strumento regolativo dei contratti B2B. E' auspicabile che, qualora l'Unione porti avanti la Proposta di Regolamento, si proceda ad uno sforzo armonizzatore, sensibilizzando le Nazioni Unite a procedere ad una revisione della CISG per renderla il più possibile compatibile con i nuovi contenuti del CESL.

²⁰³ Tali principi sono stati elaborati dall'istituto Unidroit (*International Institute for the Unification of Private Law*), una organizzazione internazionale indipendente, il cui primo progetto, intitolato "Progressiva Codificazione del Diritto del Commercio Internazionale" risale al 1968. I Principi Unidroit, elaborati per la prima volta nel 1994, sono giunti ora alla terza edizione (2010). L'obiettivo che ha animato l'iniziativa fu quello di individuare principi comuni alla maggior parte dei sistemi giuridici esistenti e di elaborare una normativa comune applicabile ai contratti internazionali, che potesse semplificare i rapporti giuridici che coinvolgono diversi ordinamenti, spesso molto diversi fra loro. I Principi Unidroit si prestano per la loro natura a diversi usi. In primo luogo possono essere considerati un modello di riferimento per il legislatore nazionale, nella elaborazione della normativa che regola i contratti in generale o taluni tipi di transazioni, molti Stati hanno tratto da essi ispirazione, in secondo luogo possono essere utilizzati come guida alla stesura dei contratti commerciali internazionali, consentendo alle parti di superare le difficoltà connesse alla contrattazione in diverse lingue tramite l'impiego di una lingua neutrale. Essi sono soggetti all'adozione volontaria e per questo motivo il loro impegno ne ha sofferto, ma è soprattutto nei procedimenti arbitrali che gli stessi hanno trovato successo. I giudici arbitrali, che hanno poteri più ampi rispetto ai giudici nazionali nella scelta della legge applicabile, hanno fatto uso di tali Principi tanto nei casi nei quali l'attività oggetto del contratto non risultava localizzabile in un unico ordinamento statale, quanto come strumento di interpretazione o di integrazione del diritto statale.

Il materiale normativo alla base del diritto europeo della vendita proviene proprio dagli stessi Principi Unidroit, a cui si è guardato in quanto capaci di superare le divergenze esistenti fra i diversi ordinamenti giuridici europei.

Il risalto che viene dato alle clausole generali di buona fede e correttezza, intendendo con queste locuzioni uno standard di condotta caratterizzato da onestà, lealtà e opportuna considerazione degli interessi dell'altra parte del rapporto contrattuale (art. 2, lett. f *sexies*)²⁰⁴, ne è già un significativo esempio.

Ma c'è di più. Così come avviene nei Principi Unidroit, non viene menzionata la causa del contratto, ma i medesimi risultati vengono raggiunti attraverso una diversa strada, nello specifico mediante le norme che riguardano l'*Unfair Exploitation* (art. 51) e il *Change of circumstances* (art. 89), che corrispondono rispettivamente alla *Gross disparity* (art. 3.10)²⁰⁵ e all'*Hardship* (art. 6.2.2 e 6.2.3)²⁰⁶ dei Principi Unidroit e che ne hanno rappresentato l'aspetto certamente più innovativo.

²⁰⁴ Emendamento n.37, fonte:

<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&language=EN&reference=P7-TA-2014-0159> (ult. agg. 7 Marzo 2014).

²⁰⁵ Article 3.10 - Gross Disparity

1. A party may avoid the contract or an individual term of it if, at the time of the conclusion of the contract, the contract term unjustifiably gave the other party an excessive advantage. Regard is to be had, among other factors, to a) the fact that the other party has taken unfair advantage of the first party's dependence, economic distress or urgent needs, or of its improvidence, ignorance, inexperience or lack of bargaining skill; and b) the nature and purpose of the contract. 2. Upon the request of the party entitled to avoidance, a court may adapt the contract or term in order to make it accord with reasonable commercial standards of fair dealing. 3. A court may also adapt the contract or term upon the request of the party receiving notice of avoidance, provided that that party informs the other party of its request promptly after receiving such notice and before the other party has acted in reliance on it. The provisions of Article 3.13(2) apply accordingly.

²⁰⁶ Article 6.2.2 - Definition of Hardship

There is hardship where the occurrence of events fundamentally alters the equilibrium of the contract either because the cost of a party's performance has increased or because the value of the performance a party receives has diminished, and a) the events occur or become known to the disadvantaged party after the conclusion of the contract; b) the events could not reasonably have been taken into account by the disadvantaged party at the time of the conclusion of the contract; c) the events are beyond the control of the disadvantaged party; and d) the risk of the events was not assumed by the disadvantaged party.

Article 6.2.3 – Effects of Hardship

1. In case of hardship the disadvantaged party is entitled to request renegotiations. The request shall be made without undue delay and shall indicate the grounds on which it is based. 2. The request for renegotiation does not itself entitle the disadvantaged party to withhold performance. 3. Upon failure to reach agreement within a reasonable time either party may resort to the court. 4. If the court finds

Anche con riferimento alla formazione del contratto, si segnala un avvicinamento ai Principi Unidroit, in particolare con riferimento alla norma relativa all'accordo parziale, secondo la quale il contratto non può dirsi concluso solo se una delle parti ne abbia subordinata la conclusione al raggiungimento dell'accordo su questioni specifiche (art. 30, par. 4).

Anche il diritto di annullare il contratto si esercita nel CESL (art. 52) come avviene nei Principi Unidroit (art. 3.14), mediante avviso all'altra parte, senza intervento del giudice, che sarà chiamato ad intervenire solo su sollecitazione di quest'ultima, con inversione dell'iniziativa del contraddittorio. Così pure avviene per il diritto di risolvere il contratto per inadempimento, al pari del diritto di annullarlo, si esercita mediante avviso alla parte inadempiente (art. 118 e 138 del CESL, art. 7.3.2 dei Principi Unidroit).

Tuttavia al di fuori dall'arbitrato, i Principi Unidroit sui contratti internazionali hanno trovato scarsa considerazione, e proprio per questa ragione la scelta europea di introdurre un diritto comune europeo della vendita, che da essi abbia tratto notevoli spunti, non può che salutarsi con favore²⁰⁷.

Come è stato in precedenza rilevato, anche il CESL presenta dei vuoti normativi, considerando che lascia fuori dalla propria sfera applicativa significativi istituti di diritto contrattuale come la capacità, la rappresentanza, la nullità del contratto per immoralità ed illegalità e gli aspetti proprietari dei beni mobili. Sarebbe quindi legittimo dubitare che il CESL, destinato solo parzialmente alla disciplina dei contratti commerciali, possa esercitare adeguatamente una funzione di integrazione e di innovazione della CISG.

In un contesto complesso come quello che è stato appena delineato, è ipotizzabile che, almeno in un primo momento, il CESL non verrebbe sperimentato nelle relazioni contrattuali tra contraenti professionali, che dispongono già di un

hardship it may, if reasonable, a) terminate the contract at a date and on terms to be fixed; or b) adapt the contract with a view to restoring its equilibrium.

²⁰⁷ F. GALGANO, "Dai Principi Unidroit al Regolamento europeo sulla vendita", in *Contratto e Impresa. Europa*, 2012, p. 5.

background di esperienze con altri tipi di strumenti, perlopiù nazionali, e che l'ambito di adozione più certo interesserebbe quello dei contratti che intervengono tra piccole e medie imprese e consumatori, in particolare nelle ipotesi di vendite online. Al CESL si rivolge, infatti, una critica diffusa relativa proprio alla non estesa applicazione dello strumento opzionale a tutti i rapporti tra parti professionali²⁰⁸.

La capacità del CESL di essere uno strumento adeguato per la contrattazione transnazionale è una questione che va affrontata sul piano pratico, ed è attualmente difficile da valutare in assenza di un riscontro giurisprudenziale da parte della Corte di Giustizia. Si può sottolineare la necessità di un intervento chiarificatore che individui un criterio interpretativo uniforme idoneo a definirne i confini applicativi.

²⁰⁸ L. VALLE, *“Diritto di derivazione europea, diritto privato europeo e regolazione dei contratti transnazionali nel mercato interno europeo”*, in www.comparazionedirittocivile.it, 2012, p.44.

6. La Proposta di Regolamento e il processo di integrazione europea: una risposta adeguata ai fini del funzionamento del mercato unico

L'armonizzazione del diritto dei contratti è un progetto ambizioso ed importante, un processo che si presenta ormai non solo come auspicabile ma anche e soprattutto come inevitabile. E' condivisibile l'opinione per cui la differenziazione normativa non rappresenta l'unico ostacolo alle contrattazioni transfrontaliere, ma è pur vero che a partire dal suo superamento possono ridursi le attuali complessità, a beneficio di tutti i protagonisti che animano la scena economica.

La Proposta in esame mira ad istituire un *corpus* unico ed uniforme di norme in materia di diritto dei contratti completamente armonizzate, da considerarsi alla stregua di un secondo regime di diritto dei contratti all'interno di ciascuno Stato membro, e lo strumento del regolamento è apparso alla Commissione europea come il più appropriato per la realizzazione di un tale risultato²⁰⁹.

Non sono mancate delle resistenze nei confronti del processo di armonizzazione visto come una immotivata ingerenza nei diritti dei Paesi membri. Ne è stata contestata soprattutto la sua utilità, sostenendo che il processo di coesione europea non è ancora così maturo da poter giustificare una imposizione dall'alto delle normative che interessano sfere giuridiche da sempre appannaggio della competenza statale.

In Europa, con l'obiettivo di creare uno spazio giuridico europeo, sono stati conquistati rilevanti risultati, soprattutto nel settore dei rapporti transnazionali, si pensi che il diritto internazionale privato è stato "comunitarizzato", dando vita a soluzione omogenee per la soluzione dei conflitti di legge tra gli Stati (ci si riferisce all'emanazione del Regolamento (CE) n. 593/2008 "Roma I" sulla legge applicabile

²⁰⁹ La creazione di un secondo regime di diritto dei contratti europeo, da scegliere come legge applicabile ai rapporti contrattuali, non si è sottratta a possibili obiezioni circa il suo fondamento. L'aspetto è affrontato in maniera analitica dallo studio presentato dal Max Planck Private Law Research, alla nt. 33, di cui ha massimamente tenuto conto la Commissione nel proseguo della sua azione. V. AA. VV., *Policy Options for Progress Towards a European Contract Law*, *Max Planck Private Law Research*, in *Rabel Journal of Comparative and International Private Law (RabelsZ)*, 2011, vol. 75, n. 2, pp. 371-348, abstract disponibile nel sito: <http://ssrn.com/abstract=1752985>.

alle obbligazioni contrattuali e del Regolamento (CE) n. 864/2007 “Roma II” sulla legge applicabile alle obbligazioni extra-contrattuali). Sotto tale profilo l’ambizione di andare oltre, iniziando dalla materia contrattuale che si rileva di importanza strategica ai fini del buon funzionamento del mercato unico, e di portare avanti e sostenere l’adozione di uno strumento di regolazione dei rapporti contrattuali di matrice europea, non può che essere accolta con entusiasmo.

I sistemi nazionali dei singoli Stati membri e il sistema sopranazionale, all’interno del processo di integrazione europea, dovranno necessariamente imparare a convivere. L’attenzione è rivolta al diritto *antitrust* e agli sviluppi che ha conosciuto, analoghi sviluppi potranno essere registrati anche in altri contesti che riguardano, ad esempio, il diritto privato, in special modo il diritto contrattuale, in cui un tentativo armonizzatore nascerebbe proprio con la precipua finalità di assicurare una maggior snellezza nei traffici transnazionali. La convivenza tra i due sistemi dovrebbe essere guardata con favore anziché osteggiata, soprattutto per i risvolti positivi che potranno esserci nel lungo periodo dal punto di vista comparatistico.

Nonostante sia possibile sollevare qualche obiezione, sia di natura formale che sostanziale, la Proposta di Regolamento va senz’altro salutata con favore. Anzitutto va sottolineato l’approccio innovativo utilizzato dalla Commissione nella redazione della Proposta che lascia alle parti interessate la scelta se applicare o meno la disciplina del diritto comune europeo della vendita secondo l’operare tipico del metodo opzionale, preservando in tal modo le tradizioni giuridiche degli Stati membri. E altrettanto convincente appare la scelta di affidare l’armonizzazione del diritto contrattuale allo strumento del regolamento, considerando che i tempi per l’adozione di una simile misura appaiono maturi²¹⁰.

Tra gli strumenti a disposizione del legislatore europeo lo strumento della direttiva non si presentava altrettanto adeguato. La direttiva, dovendo essere recepita dagli ordinamenti nazionali perché abbia effettiva esecuzione, ha generato numerosi problemi connessi alla mancata attuazione delle stesse, e ha creato quella

²¹⁰ M. MELI, “*Proposta di regolamento – Diritto comune europeo della vendita*”, in *Nuove leggi Civ. Comm.*, 2012, p. 204.

disarmonia tra discipline degli Stati membri che è all'origine della scelta di seguire il percorso di armonizzazione.

Diversamente il regolamento, che per sua stessa natura ha la forza normativa per imporsi nel sistema delle fonti e quindi è idoneo a contenere una misura di armonizzazione, quale è il diritto comune europeo della vendita, che si presenta come secondo regime di diritto contrattuale all'interno degli ordinamenti nazionali.

La Proposta di Regolamento, inoltre, è il frutto di un lungo processo di armonizzazione, iniziato più di un decennio fa con il progetto di *Common Frame of Reference*; in essa sono confluiti gran parte dei contenuti elaborati nei progetti precedenti, tant'è che sotto questo aspetto il futuro diritto comune europeo della vendita potrebbe rappresentare una sorta di sintesi degli interventi precedenti.

E' stato osservato che la Proposta di Regolamento introduce un sistema di regole troppo complesso, che nuoce alla chiarezza e alla definizione ai fini di una pronta individuazione dei diritti e dei rimedi che possono esser fatti valere, e tale da dissuadere gli operatori dalla sua utilizzazione²¹¹.

Ma l'aspetto forse più deludente che può sottolinearsi riguardava la scelta di limitare l'ambito di applicazione dello strumento ai rapporti in cui vi fosse almeno una piccola-media impresa (PMI)²¹². Questa limitazione è tuttavia scomparsa in seguito ad una modificazione proposta dal Parlamento europeo, con cui è stata rivista la portata dell'art. 7, sopprimendo la parte in cui si elencavano i criteri identificativi della PMI, e stabilendo semplicemente che il diritto comune europeo della vendita può applicarsi ai contratti in cui il venditore di beni o il fornitore di contenuto digitale sia un professionista.

Tuttavia uno strumento deputato al rafforzamento del mercato unico e allo sviluppo delle transazioni transfrontaliere, avrebbe dovuto, forse, affrontare complessità di altro tipo, iniziando da una precisa ricostruzione dei limiti dell'autonomia privata,

²¹¹ R. TORINO, *Ibidem*, p. 171.

²¹² M. MELI, *Ibidem*, p. 207.

in questo modo andando oltre le differenziazioni normative attualmente esistenti in Europa, come ad esempio in materia di contratti di distribuzione e subfornitura²¹³.

Se si considera che la disciplina della vendita costituisce il nucleo centrale del diritto generale del contratto, che è a sua volta il nucleo centrale di qualsiasi codice civile, si può affermare che l'introduzione di una simile disciplina può essere equiparata alla creazione di un vero e proprio codice civile europeo, nonostante gli studiosi che di essa si sono nel tempo occupati e le stesse istituzioni europee che l'hanno elaborata propendano a negarlo, un atteggiamento questo che può probabilmente essere giustificato dalla necessità di mitigare le resistenze nazionali²¹⁴ e le possibili crisi di rigetto.

²¹³ *Idem*.

Si noti che il Parlamento europeo ha approvato, il 26 Febbraio 2014, in prima lettura, l'emendamento n. 11, che introduce nel testo della Proposta il Considerando n. 19a, e che presenta una apertura in tal senso, consentendo che, a certe condizioni (contenuto divisibile e prezzo ripartito), il CESL possa venir applicato anche a contratti diversi da quelli di vendita, per la fornitura di contenuti digitali o di servizi connessi. Si riporta il testo dell'emendamento: "The Common European Sales Law may also be used for a contract that is linked to another contract between the same parties that is not a sales contract, a contract for the supply of digital content or a related services contract. The linked contract is governed by the respective national law which is applicable pursuant to the relevant conflict-of-law rule. The Common European Sales Law may also be used for a contract that includes any element other than the sale of goods, the supply of digital content or the provision of related contracts, provided those elements are divisible and their price can be apportioned".

Fonte: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2014-0159+0+DOC+XML+V0//EN> (ult. agg. 7 Marzo 2014).

²¹⁴ I Parlamenti di Regno Unito, Germania, Belgio e Austria, in conformità all'art. 6 del Protocollo n. 2 sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità, hanno inviato ai presidenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione un parere motivato in cui si espongono le ragioni per le quali ritengono che il progetto non sia conforme al principio di sussidiarietà. In particolare essi ritengono che la Proposta preveda la concorrenza tra regimi giuridici distinti piuttosto che perseguire l'obiettivo di contrastare, o quantomeno, attenuare, gli effetti pregiudizievoli derivanti da legislazioni differenti. Protagonisti di questo intervento sono, a ben vedere, alcuni degli Stati che hanno maggior peso politico e più forte influenza giuridica ma anche economica in Europa e che potrebbero, per questo motivo, rendere incerto il futuro avanzamento della Proposta.

CAPITOLO III

GLI OBBLIGHI DI INFORMAZIONE E IL LIVELLO DI PROTEZIONE DEL CONSUMATORE NELLA PROPOSTA DI REGOLAMENTO. PROFILI COMPARATIVI TRA L'ACQUIS COMMUNAUTAIRE, LA CONSUMER RIGHTS DIRECTIVE (CRD) 2011/83/UE E LA PROPOSTA DI REGOLAMENTO

1. Gli obblighi di informazione: la disciplina contenuta nella Proposta di Regolamento a confronto con la *Consumer Rights Directive* (CRD) 2011/83/UE e l'*Acquis Communautaire*

1.1. La disciplina delle informazioni precontrattuali durante la formazione del contratto

La disciplina relativa alle “informazioni precontrattuali” è contenuta nell’Allegato I ed è collocata nella Parte II “*Concludere un contratto vincolante*”, nell’apposito Capo 2 espressamente dedicato agli obblighi di informazione che il professionista deve fornire al consumatore all’atto della conclusione di un contratto. Nello specifico, la Sezione 1 contiene le informazioni precontrattuali che il professionista deve fornire al consumatore nei contratti con esso stipulati (B2C), mentre la Sezione 2 contiene le norme relative alle informazioni precontrattuali nei contratti conclusi tra soli professionisti (B2B). Nel presente elaborato si presterà attenzione alle norme disposte nella Sezione 1 e si cercherà di comprendere se il livello di tutela che il CESL dispone per il consumatore sia più o meno intenso di quello disposto nelle direttive di settore che si sono succedute nel corso degli anni, oggi superate dalla direttiva sui diritti dei consumatori (*Consumer Right Directive* – CRD)²¹⁵, e,

²¹⁵ *Consumer Right Directive* (CRD) 2011/83, G.U.U.E. L 304 del 22 novembre 2011. L’Italia ha recepito la direttiva sui diritti dei consumatori con il D. Lgs. 21/2014, modificativo del Codice del Consumo (D. Lgs. 206/2005), di cui vengono novellati gli artt. 60-65 che costituiscono attuazione

quindi, si cercherà di capire se il futuro strumento opzionale potrà esplicare anche funzioni di giustizia sociale, oltre a quelle relative allo sviluppo del mercato interno²¹⁶.

Si deve tener presente, tuttavia, che alcune disposizioni collocate nelle sezioni successive alla 1 e alla 2, come quelle di cui alla Sezione 3, sui contratti conclusi con mezzi elettronici, o alla Sezione 4, sull'obbligo di fornire la correttezza delle informazioni, o, infine, della Sezione 5, sui rimedi in caso di violazione degli obblighi di informazione, si applicano anche ai contratti B2C.

Passando ora alla trattazione più analitica della disciplina, il primo aspetto che si nota riguarda la decisione del legislatore europeo di stabilire un precetto di portata generale, l'art. 13, rubricato “*Obbligo di fornire informazioni*”, che regola esclusivamente le informazioni di carattere preventivo, le modalità e la tempistica relative alla comunicazione delle informazioni contenute nel comma 1. Si tratta di categorie di informazioni che interessano la tipologia del bene o del contenuto digitale del contratto, il prezzo e le spese aggiuntive, l'identità e l'indirizzo del professionista, l'esistenza e le condizioni dell'assistenza postvendita, la possibilità di valersi di un meccanismo di risoluzione alternativa delle controversie e, da ultimo, qualsiasi interoperabilità tra il contenuto digitale, l'hardware e il software, che il professionista conosce o sia ragionevolmente tenuto a conoscere. Anche il diritto di recesso (di protezione) viene specificamente menzionato (lettera e), ma le informazioni da fornire al riguardo sono puntualizzate con più precisione all' art. 17.

Una tale impostazione è stata seguita anche nella redazione del *Draft Common Frame of Reference* (DCFR), che prevede espressamente la disciplina degli

degli artt. 17-22 della direttiva, relativi ai c.d. “altri diritti del consumatore”, vale a dire alla consegna dei beni, al passaggio del rischio di perdita o al danneggiamento degli stessi, agli strumenti di pagamento e ai pagamenti supplementari.

²¹⁶ Per confrontare la disciplina contenuta nella CRD e nel CESL è stata utilizzata la documentazione fornita dalla Commissione europea e dalle altre istituzioni, reperibile sul sito: http://ec.europa.eu/justice/contract/cesl/survey/index_en.htm. Si altresì utilizzato, come base di partenza della trattazione, uno studio condotto dallo *European University Institute* di Firenze: 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 *EUI Working Paper LAW*, 2012/04.

obblighi informativi come espressione, in fase precontrattuale, dei principi di *good faith fair and dealing*, e dedica ad essi la Sezione 1 del Capitolo III, Libro II, sulla responsabilità precontrattuale.

A norma dell'art. II. - 3:101, prima della conclusione del contratto, il professionista ha l'obbligo di fornire all'altro contraente tutte le informazioni che questo possa ragionevolmente aspettarsi. L'art. II. - 3:101 prevede che al consumatore dovranno essere date tutte le informazioni di cui un consumatore medio dovesse necessitare nell'adozione di una decisione consapevole per la conclusione del contratto, dovendosi in questo senso comunicare le principali caratteristiche del bene, così come l'identità e l'indirizzo del professionista, il prezzo, l'eventuale diritto di recesso, e le particolarità relative al pagamento, alla consegna, all'adempimento ed agli eventuali reclami²¹⁷.

Tra la Proposta di Regolamento e il *Draft Common Frame of Reference* si riscontra uno stesso intento, vale a dire quello di predisporre tutte quelle informazioni necessarie per inquadrare le principali caratteristiche del bene o del servizio, che si rendono ancor più importanti qualora vengano impiegati mezzi tecnico informatici e si realizzi una distanza fisica tra consumatore e professionista.

Volendo ora considerare anche gli *Acquis Principles*²¹⁸, che rappresentano insieme ai PECL i principi ispiratori del *Draft Common Frame of Reference*, il modello al

²¹⁷ O. TROMBETTI, "Tentativi di uniformazione del diritto contrattuale a livello europeo. Prime riflessioni per un confronto tra il *Draft Common Frame of Reference* e il progetto preliminare del *Code européen des contrats*", in *Contatto e Impresa. Europa*, 2011, pp. 168 ss., rileva che nel progetto di *Code européen des contrats*, portato avanti dall'Accademia dei giuristi di Pavia, agli obblighi di informazione è dedicata una intera sottosezione (artt. 188-192), in cui viene puntualmente delineata la disciplina delle informazioni preliminari e contestuali che devono essere fornite nelle vendite al pubblico. In tal modo si assicura un controllo sulla trasparenza del contenuto contrattuale, tant'è che già nelle trattative precontrattuali ciascuna delle parti ha l'obbligo di informare e rendere nota all'altra parte ogni altra circostanza che le permetta di valutare la convenienza del contratto. Tali regole rispondono alla *ratio* di tutelare il compratore-consumatore che rappresenta la parte debole del contratto. L'art. 9 del *Code* ha ad oggetto gli obblighi informativi che sono a carico del venditore nell'ipotesi di contratto concluso fuori dai locali commerciali o a distanza, questi obblighi si aggiungono a quelli dettati nell'art. 189, poiché non ne rappresentano una mera ripetizione ma rispondono alla diversa *ratio*, che è appunto quella di far sì che, date le peculiari modalità stipulative con cui la negoziazione ha luogo, il consenso del consumatore si formi correttamente.

²¹⁸ Cfr. par. 3.3, cap. 1.

quale essi fanno riferimento rappresenta una sintesi delle discipline che pongono obblighi di informazione nei rapporti tra professionisti e consumatori ogni volta che si manifestano delle asimmetrie informative per il consumatore, dovute al mezzo tecnico impiegato per concludere il contratto, alla distanza fisica che separa il consumatore dal professionista o alla natura complessa della prestazione²¹⁹.

Nel progetto *Acquis*, però, non mancano delle problematiche, in particolare resta irrisolto il rapporto tra inadempimento degli obblighi informativi al momento della conclusione del contratto ed estensione del termine *a quo* per l'esercizio del recesso. Ci si chiede in particolare se una informazione data successivamente alla conclusione del contatto possa assumere qualche rilievo, come ad esempio l'estensione del diritto di recesso²²⁰. Si discuterà ampiamente di questo aspetto più avanti, per cui basti ora accennare che il CESL risponde a tale quesito conferendo rilevanza pratica anche alle informazioni successive e ammettendo l'estensione del termine per esercitare il recesso.

Ritornando ora al CESL, per quanto concerne la tempistica e le modalità di comunicazione, la prima regola che viene dettata è quella per cui le informazioni devono essere formulate in maniera chiara e comprensibile e devono essere comunicate prima che il contratto sia concluso o che il consumatore sia vincolato da una proposta. Il secondo comma dispone che le informazioni preventive formano parte integrante del contratto e come tali non possono essere successivamente modificate se non con l'accordo esplicito delle parti, il terzo comma precisa gli obblighi inerenti le modalità di comunicazione. Le informazioni devono essere fornite o rese disponibili al consumatore in un modo che risulti adeguato al mezzo di comunicazione a distanza impiegato, devono essere formulate in un linguaggio semplice e comprensibile e risultare leggibili, in quanto presentate su un supporto durevole. Il comma 5, infine, esclude gli obblighi informativi per alcune tipologie di contratti, vale a dire per i contratti di fornitura di alimenti, bevande e di altri beni

²¹⁹ Gli articoli a cui si fa riferimento sono gli artt. 2.202, 2.203, 2.204, 2.205, 2.206 ACQP.

²²⁰ U. SALANITRO, "Gli obblighi e i rimedi precontrattuali di informazione: le regole e i rimedi nel progetto *Acquis*", in *Europa e diritto privato*, 2009, pp. 59 ss.

destinati al consumo domestico corrente e forniti, nel concreto, da professionisti in passaggi frequenti e regolari al domicilio, alla residenza o al posto di lavoro del consumatore ovvero per i contratti stipulati, seguendo la legislazione degli Stati membri con l'intervento di un pubblico ufficiale, tenuto per legge all'indipendenza e all'imparzialità, il quale deve garantire, garantendo un'informazione giuridica completa, che il consumatore concluda il contratto solo e soltanto sulla base di una decisione giuridica che si riveli ponderata ed informata.

Segue poi la disciplina degli ulteriori obblighi di informazione e di altri tipi obblighi²²¹. Vengono a tal fine prese in considerazione dal legislatore europeo due distinte ipotesi, la prima riguarda la circostanza in cui il professionista conclude un contratto mediante una chiamata telefonica al consumatore, la seconda la diversa ipotesi di conclusione del contratto mediante un mezzo di comunicazione a distanza, che si connoti per offrire spazi e tempi limitati per la visualizzazione delle informazioni.

La normativa specifica che le informazioni richieste debbono riguardare le caratteristiche principali del bene, del contenuto digitale o dei servizi connessi, l'identità del professionista, il prezzo totale, il diritto di recesso e, se a tempo determinato, la durata del contratto, se, al contrario, a tempo indeterminato, le condizioni di risoluzione del contratto.

Si aggiunga che il contratto a distanza, concluso telefonicamente, risulta valido solamente se il consumatore abbia firmato la proposta o abbia inviato il proprio consenso scritto, dato che il professionista è obbligato a fornire al consumatore la conferma dell'accordo su un supporto durevole.

Due regole finali si connotano per la loro rilevanza, la prima dispone che l'onere della prova di aver fornito le informazioni dovute è sempre a carico del professionista (art. 21), mentre la seconda ribadisce il carattere imperativo dell'intera disciplina (art. 22).

²²¹ Si veda l'art. 19 dell'Allegato I di cui alla Proposta di Regolamento.

Passando a precisare più da vicino in che cosa consista la disciplina unitaria sugli obblighi informativi di carattere preventivo, è facile rendersi conto di come ampie e dettagliate siano le informazioni che il professionista è tenuto a fornire. L'obbligo è diversamente modulato a seconda che si tratti di informazioni proprie di qualsiasi contratto di vendita e che, proprio per questo motivo, sono sempre presenti ed imposte, o si tratti, invece, di informazioni relative solo ad un ambito specifico riconducibile al contratto da concludere in concreto, e, quindi, informazioni imposte solo se applicabili al caso di specie. Tra le prime vanno ricondotte le informazioni sulle caratteristiche principali dei beni o del contenuto digitale o dei servizi connessi che vengono forniti, sul prezzo totale e sulle spese aggiuntive, sull'identità ed indirizzo del professionista, sulle clausole contrattuali e, per finire, sul diritto di recesso. Appare agevole notare come il contenuto informativo sia piuttosto articolato, considerando altresì che lo stesso viene ulteriormente precisato con disposizioni separate ed aggiuntive, successive a quelle di portata più generale di cui si sta discutendo.

Così, con riferimento, ad esempio alla portata del recesso di protezione, vengono in considerazione le indicazioni puntualizzate dal precetto di cui all'art. 17²²², che importa la necessità per il professionista di comunicare al consumatore, nei casi in cui gli viene riconosciuto uno *jus poenitendi*²²³, le informazioni relative alle

²²² L'art. 17, comma 1, della Proposta di Regolamento stabilisce che: "Quando il consumatore ha diritto di recesso ai sensi del capo 4, le informazioni da fornire a norma dell'articolo 13, paragrafo 1, lettera e), devono comprendere le condizioni, i termini e le procedure per l'esercizio di tale diritto conformemente all'appendice 1 nonché al modulo di recesso tipo di cui all'appendice 2".

²²³ Il diritto di recesso consiste nella facoltà concessa ai contraenti di sciogliere unilateralmente il vincolo assunto attraverso la stipulazione di un contratto. Il potere di recesso può sorgere per previsione legislativa, e si parla allora di recesso legale: ad esempio, è concesso lo scioglimento unilaterale dei contratti di mandato e d'opera. Altre volte, è il regolamento negoziale che prevede, al verificarsi di certe condizioni, che una parte abbia il diritto di recedere dal contratto: questo è il c.d. recesso convenzionale. La facoltà di recesso è ammessa fino a che il contratto non abbia avuto un principio di esecuzione: nei contratti ad esecuzione continuata o periodica a tempo indeterminato, invece, si ammette che ciascuna parte possa sciogliere il rapporto in qualunque momento, attraverso un atto unilaterale talora denominato disdetta. Al diritto di recesso può essere collegata la previsione di un corrispettivo da pagare (multa poenitentialis) o la consegna di una caparra (arrha poenitentialis). La bibliografia in materia è amplissima, ci si limita a richiamare i contributi più significativi con riferimento alla disciplina del recesso del consumatore, sul tema v. L. MODICA, "Il contratto di credito ai consumatori nella nuova disciplina comunitaria", in *Europa e diritto privato*, 2009, pp. 785-853; G. CRISI, "Lo Ius Poenitendi tra tutela del consumatore e razionalità del mercato", in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 2001, pp. 569-606. A. DE FRANCESCHI, M. LEHMANN, "Il commercio elettronico nell'Unione europea e la nuova direttiva sui diritti dei consumatori –

caratteristiche del suo diritto. La comunicazione deve essere effettuata al termine delle modalità di esercizio del diritto stesso, in conformità alle istruzioni di cui alla corrispondente Appendice 1, nonché a quelle di cui al modulo di recesso *standard* di cui all'Appendice 2.

Al consumatore va inoltre comunicato specificamente che l'esercizio del diritto di recesso può determinare l'addossamento di alcuni costi, come quelli relativi alla restituzione delle merci (nell'ipotesi in cui il professionista non si sia impegnato a ritirare i beni in proprio o non sia risultato inadempiente al suo obbligo informativo), o quelli consistenti nel corrispettivo dei servizi connessi che gli sono stati forniti, in seguito a sua espressa richiesta.

Nei casi in cui non viene riconosciuto al consumatore un diritto di recesso, gli va in ogni caso fornita l'informazione in proposito. Questa previsione si giustifica perché, ormai di regola, il consumatore si aspetta un diritto di recesso di fronte a tecniche particolari di contrattazione o di negoziazione, come è, per l'appunto, l'ipotesi dei contratti a distanza. Per queste ragioni appare opportuno rammentare allo stesso che il caso di esclusione del diritto di recesso rappresenta un'eccezione alla regola, nella speranza che l'informazione in suo possesso lo faccia riflettere con maggiore ponderazione sulla portata del consenso che egli si sta apprestando a dichiarare.

Parimenti, al consumatore deve essere comunicato che lo *ius poenitendi* viene escluso in presenza di specifiche circostanze che gli hanno fatto perdere un tale diritto nel contratto (si pensi all'ipotesi di un contratto di fornitura di contenuto digitale, la cui esecuzione da parte del professionista sia iniziata anticipatamente su previa richiesta esplicita del consumatore e con correlativa sua rinuncia al recesso).

Oltre alla tipologia di informazioni di carattere preventivo che vengono necessariamente imposte per qualsiasi contratto di vendita a distanza e che sono

[*Electronic commerce in the european union and the new directive on consumer rights*], in *Rassegna di diritto civile*, 2012, pp. 419-458, sottolineano come la direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori detti una speciale disciplina per il commercio di contenuti digitali, con misure che impongono specifici obblighi a carico del professionista e prevedono un particolare regime per lo "ius poenitendi" del consumatore. La direttiva ha fatto propria la c.d. "Button solution", che prevede che il consumatore sia chiaramente informato su tutti i costi a cui andrà incontro una volta stipulato il contratto e che costui abbia accettato con dichiarazione separata.

sempre presenti, sono previste ulteriori informazioni, sempre di carattere preventivo, ma relative ad un ambito che è solo eventualmente presente nel contratto da concludere e sono perciò imposte solo “se del caso”. Tra questi tipi di informazioni alcune sono relative all’esistenza ed alle condizioni dell’assistenza postvendita o dei servizi postvendita e al trattamento dei reclami da parte del professionista, altre sono relative alla possibilità di avvalersi di un meccanismo di soluzione alternativa delle controversie, alla funzionalità del contenuto digitale, incluse le misure di protezione tecnica, altre ancora sono relative a qualsiasi rilevante interoperabilità tra contenuto digitale, *hardware* e *software* (che il professionista conosca o sia tenuto a conoscere).

Per quanto riguarda i tempi di adempimento dell’obbligo di informazione di carattere preventivo del consumatore, la regola di cui all’art. 13, comma 1, già precedentemente menzionata, stabilisce che la comunicazione avvenga “*prima*” che “*il contratto sia concluso o che il consumatore sia vincolato da una proposta*” e prescrive, con riferimento alle modalità di adempimento della comunicazione medesima, che ciò avvenga “*in maniera chiara e comprensibile*”. Il successivo comma 3 della stessa disposizione si preoccupa di illustrare la regola relativa al “come” adempiere: le informazioni devono essere anzitutto fornite o rese disponibili al consumatore “*in modo consono al mezzo di comunicazione impiegato*”, devono essere “*formulate in un linguaggio semplice e comprensibile*” e “*essere leggibili*”.

Ulteriori obblighi informativi sono previsti per i contratti a distanza che vengono conclusi con l’ausilio di mezzi elettronici²²⁴, i quali impongono al professionista di mettere a disposizione dell’altra parte strumenti tecnici che risultino adeguati ed accessibili e che consentano a quest’ultima di poter correggere gli errori commessi nell’inserimento dei dati, prima che la proposta venga accettata²²⁵.

²²⁴ Si veda l’art. 24 dell’Allegato I di cui alla Proposta di Regolamento.

²²⁵ Gli specifici obblighi posti in capo al professionista sono elencati nell’art. 24, comma 3, laddove si stabilisce che: “Prima che l’altra parte formuli o accetti la proposta, il professionista deve fornire informazioni su quanto segue: a) le fasi tecniche da seguire per la conclusione del contratto; b) l’eventuale archiviazione del documento contrattuale da parte del professionista e la possibilità di accedervi; c) i mezzi tecnici per individuare e correggere, prima di formulare o accettare la proposta,

Nella differente ipotesi di contratti conclusi con mezzi elettronici che, diversamente dagli altri di cui si è discusso sopra, comportano un obbligo di pagamento a carico del consumatore, il professionista ha l'onere di indicare al consumatore in modo chiaro ed evidente, sui propri siti di *e-commerce*, perlomeno non appena si dia avvio al procedimento di ordinazione, se saranno applicati restrizioni alla consegna e quali siano i mezzi di pagamento accettati²²⁶.

Un'altra norma (art. 19) precisa una serie di obblighi informativi aggiuntivi che impongono al professionista di fornire al consumatore, su di un supporto durevole, la conferma dell'avvenuta conclusione del contratto, nonché la conferma del consenso e dell'accettazione prestati.

Nelle ipotesi analizzate, le dichiarazioni rese dal consumatore, che implicano una rinuncia al suo diritto di recesso, si trasformano in un obbligo posto a carico del professionista. Quest'ultimo, infatti, deve fornire conferma del consenso prestato dal consumatore nei confronti di una esecuzione immediata della fornitura di contenuto digitale, con conseguente contestuale rinuncia del diritto di recesso, oppure deve esigere che il consumatore presenti una richiesta esplicita di servizi connessi durante il termine di recesso, poiché anche in questa ipotesi lo *jus poenitendi* non viene attribuito al consumatore.

Le dichiarazioni rese dal consumatore, a ben vedere, non solo presuppongono un consumatore che sia adeguatamente informato rispetto al contratto che si accinge a concludere, ma anche che il professionista abbia adempiuto agli obblighi informativi preventivi, limitando in tal modo il più possibile ogni eventualità di disparità cognitiva tra parte "forte" e parte "debole" del rapporto contrattuale.

Procedendo in questo senso viene a formarsi un obbligo che in dottrina viene definito c.d. formalismo di protezione²²⁷, questo perché la raccolta e il

gli errori nell'inserimento dei dati; d) le lingue proposte per la conclusione del contratto, e) le condizioni in base alle quali il professionista è pronto a concludere un contratto."

²²⁶ Si veda art. 25 comma 3 dell'Allegato I di cui alla Proposta di Regolamento.

²²⁷ N. ZORZI GALGANO, "Dal Codice europeo dei contratti al Regolamento sulla vendita: la logica del sistema, anche con riferimento alla protezione del consumatore", in *Contratto e Impresa. Europa*, 2012, p. 261.

mantenimento, su di un supporto durevole, delle informazioni o delle manifestazioni di volontà specifiche ed ulteriori proprie del consumatore vengono strutturati in modo tale da essere posti a carico del professionista; in piena corrispondenza, d'altronde, con il principio sull'onere della prova che, in generale, nell'ambito dei contratti B2C grava comunque sul professionista²²⁸.

Successivamente si puntualizzano diversi obblighi informativi, differentemente modulati a seconda del tipo di mezzo di comunicazione a distanza impiegato da professionista. Ad esempio, se viene impiegato un mezzo che offre uno spazio e un tempo limitato per la visualizzazione delle informazioni, come può essere una pagina *web*, le informazioni in esso contenute devono riportare gli elementi più significativi dell'offerta, tra i quali sono espressamente menzionati anche quelli sul recesso, oltre a quelli sui beni o servizi oggetto del contratto, sul professionista, sul prezzo totale, incluse imposte e spese aggiuntive di spedizione²²⁹.

Le informazioni di carattere preventivo nei contratti B2C consistono in indicazioni plurime e articolate, che attengono al recesso del consumatore e ne spiegano le dinamiche. Ed è per questo motivo che esse devono essere comunicate sia prima della conclusione del contratto, sia devono essere riprese in fase di conclusione del contratto stesso. Esse rappresentano parte integrante del contratto e di esse va data conferma su di un supporto durevole, che si riveli adeguato al mezzo di comunicazione a distanza impiegato nella contrattazione, dove tali informazioni devono risultare sempre leggibili.

²²⁸ Si veda l'art 21 dell'Allegato I di cui alla Proposta di Regolamento.

²²⁹ Si tenga presente che un simile principio vale anche per quelle informazioni essenziali che devono essere fornite prima della fase precontrattuale, ad esempio quelle da fornire in forme di pubblicità soggette agli stessi limiti di visualizzazione, come *spot* pubblicitari televisivi o messaggi promozionali *transit*. Quest'ultimi sono costituiti da cartelloni stradali pubblicitari destinati al pubblico degli automobilisti, essi vengono solitamente affissi nelle strade di scorrimento ovvero dove si promuovono beni o servizi. In considerazione del fatto che questa tipologia di cartelloni pubblicitari sono destinati ad un pubblico automobilistico, che si limita ad un veloce sguardo nei confronti di essi, si vuole che le informazioni rilevanti risultino immediatamente percepibili. Le informazioni rilevanti devono essere prodotte nel corpo centrale del messaggio e non ai margini, e con caratteri di uguale impatto per il lettore. La normativa europea presente nel settore non prevede imposizioni relative alla dimensione dei caratteri per cui è preferibile limitarsi a richiederne la leggibilità degli stessi messaggi *transit*.

Le informazioni e le modalità della loro comunicazione sono funzionali per l'espressione di quello che in dottrina si è soliti definire come "consenso informato", vale a dire il consenso che il consumatore presta all'accordo ovvero all'esercizio di un suo eventuale ripensamento verso l'accordo stesso. In tal modo si intende superare la situazione di marcata asimmetria informativa fra le parti del contratto al fine di raggiungere quella tendenziale parità di posizione delle stesse che si configura come la base indispensabile per un contratto valido ma che risulta altresì imprescindibile per la manifestazione di un consenso consapevole.

Ma il dettato europeo non si ferma qui e impone anche di garantire la correttezza delle informazioni fornite, dedicando a tal fine una apposita sezione²³⁰. Il legislatore europeo stabilisce che la parte che fornisce le informazioni deve assicurarsi che le stesse siano corrette e non ingannevoli e che, nei contratti in cui una parte sia il consumatore (B2C), la regola del divieto di scorrettezza nella fornitura delle informazioni imposte è di carattere imperativo e non può essere modificata nella sua portata né tantomeno esclusa.

Per concludere l'analisi della materia relativa alla disciplina delle informazioni, è opportuno discutere della Appendici 1 e 2, che contengono rispettivamente un modello di istruzioni per il recesso e un modello *standard* di comunicazione di recesso.

Va purtroppo sottolineato che le due appendici in tema di recesso non costituiscono una vera e propria novità, dacché un modello *standard* di comunicazione di recesso era già stato incluso come allegato nella direttiva di armonizzazione massima in tema di multiproprietà²³¹ e risulta altresì ripreso nella *Consumer Rights Directive* (CRD) 83/2011/UE.

Veniamo ora all'analisi. L'Appendice 1 reca le istruzioni relative all'esercizio del diritto di recesso, in essa vengono indicati i tempi e i modi per esercitarlo e le conseguenze dello stesso, vale a dire le obbligazioni che sono rispettivamente a

²³⁰ Si veda la Sezione 4 dell'Allegato I di cui alla Proposta di Regolamento.

²³¹ Direttiva 2008/122/CE "sulla tutela dei consumatori per quanto riguarda taluni aspetti dei contratti di multiproprietà, dei contratti relativi ai prodotti per le vacanze di lungo termine e dei contratti di rivendita e di scambio", pubblicata in G.U.C.E., L 33, del 3 febbraio 2009.

carico delle parti. Per esercitare il recesso può essere utilizzato il modello *standard* previsto dall'Appendice 2, ma si tratta di opzione facoltativa, pensata in funzione coadiuvante del consumatore che abbia intenzione di recedere.

Nella stessa Appendice 1 vengono poi forniti alcuni modelli di istruzione su come effettuare la dichiarazione di recesso, si tratta di istruzioni parzialmente precompilate che rimangono perciò solamente da completare, e si riferiscono alle indicazioni attinenti al professionista destinatario della comunicazione di recesso, altre e diverse informazioni, invece, riguardano le modalità prescelte per la restituzione della merce già consegnata e le possibili conseguenze derivanti dall'esercizio del recesso a carico delle parti.

Il principale vantaggio offerto nel modello *standard* di istruzioni relative al diritto di recesso può essere agevolmente identificato nello spiegare attentamente al consumatore come esercitare il proprio *ius poenitendi*, evitando così la possibilità di incorrere in errori, dovuti alla omissione di dati importanti, tali da ostacolarne l'efficacia, come, ad esempio, nell'ipotesi in cui a mancare fossero le indicazioni sul contratto da cui si intende recedere ovvero quelle necessarie per individuare il professionista destinatario.

Ma c'è di più. L'appendice si rivela strumentale a semplificare l'onere della prova che grava sul professionista relativo all'adempimento dei suoi obblighi informativi in tema di recesso, in quanto si considera che il professionista abbia adeguatamente adempiuto all'obbligo di fornire le informazioni richieste nell'art. 17, commi 1, 2 e 3, se risulta che abbia compilato e poi fornito al consumatore il modulo di cui all'Appendice 1. Il professionista, diversamente, risulterà inadempiente all'obbligo informativo impostogli, se non si impegna a consegnare tempestivamente il modulo di recesso *standard* di cui all'Appendice 2.

Complessivamente, tenute in considerazione tutte le caratteristiche elencate, si può arrivare a dire che la predisposizione di una modulistica di tal fatta risponda alle più autentiche logiche ispiratrici a livello europeo del CESL: favorire lo sviluppo di comportamenti omogenei, uniformi e convergenti da parte degli Stati membri,

evitando in tal modo la possibilità che, in assenza di un modello uniforme, possano farsi largo effetti distorsivi provocati da prassi eterogenee²³².

²³² Sul punto si confronti N. ZORZI GALGANO, *Ibidem*, p. 264.

1.2. La disciplina dei rimedi in caso di mancata soddisfazione da parte del professionista dell'obbligo informativo

La disciplina sui rimedi previsti per la violazione degli obblighi informativi costituisce senza dubbio una delle novità più significative del CESL. Le direttive che si occupano della tutela dei consumatori, in particolare quelle riguardanti i contratti negoziati fuori dai locali commerciali o conclusi a distanza, si sono dimostrate eterogenee tra di loro. Per fare un esempio, la direttiva 85/577/CEE del 1985, sui contratti negoziati fuori dai locali commerciali, si limitava a stabilire, per i casi in cui non fossero state fornite le informazioni dovute, che gli Stati membri si sarebbero dovuti impegnare a produrre una legislazione appropriata alla tutela del consumatore; la disciplina italiana aveva stabilito a tal fine un termine di 60 giorni (*rectius* fino a 60 giorni). Mentre l'altra direttiva 97/7/CE del 1997, sui contratti conclusi a distanza, prevedeva la possibilità di esercitare lo *ius poenitendi* fino ad un termine massimo di tre mesi. La *Consumer Rights Directive* (CRD) 2011/83/UE conferma la regola dell'allungamento del termine per esercitare il recesso, ma, al contempo, provvede ad un ulteriore allungamento dello stesso che, in caso di mancato adempimento dell'obbligo di informazione preventiva sulla possibilità di esercitare lo *ius poenitendi*, può essere validamente esercitato fino ad un anno dopo la fine del periodo di recesso iniziale (e quindi dopo un anno e quattordici giorni). La CRD appare quindi conforme a quanto stabilito nel CESL, laddove l'art. 42, comma 2, prevede espressamente la possibilità di esercitare il recesso "*allo spirare di un anno dalla fine del termine di recesso iniziale*", nell'ipotesi in cui il professionista non abbia fornito al consumatore le informazioni preventive al riguardo; lo stesso articolo, comma 1, stabilisce come periodo di esercizio del diritto recesso quattordici giorni.

Prima della nascita della Proposta di Regolamento mancava del tutto nel diritto europeo una disciplina armonica sui rimedi, poiché le direttive a tutela dei consumatori tendevano sovente a lasciare margine agli Stati membri in ordine alla scelta dei rimedi esperibili in caso di violazione delle norme. In tal modo, nessuna direttiva era in grado di impedire quella frammentazione legata alla eterogeneità

delle discipline nazionali, disincentivando fortemente la contrattazione transfrontaliera e la piena realizzazione del mercato unico interno per tutti gli Stati membri²³³.

In questo quadro normativo l'unitarietà della disciplina contenuta nel CESL non può che guardarsi con estremo favore. Tant'è che lo stesso legislatore a sottolinearlo quando stabilisce che, qualora le parti abbiano deciso a favore del CESL, solo questo disciplinerà le fattispecie in esso rientranti, anche con riferimento ai rimedi per i casi di mancata osservanza degli obblighi di informativa precontrattuale (art.11).

Pare opportuno sottolineare che si tratta di una disciplina di carattere imperativo (art. 47), di cui non può esserne in nessun modo esclusa l'applicazione, né vi si può derogare, né possono essere modificati gli effetti, nei contratti tra professionisti e consumatori.

Passando ora all'analisi dei singoli rimedi, il CESL prevede (art. 29) un rimedio di carattere generale consistente nell'obbligo di risarcire il danno provocato alla controparte dalla violazione degli obblighi di informazione. Anzitutto, il generico riferimento a "*qualsiasi danno*" sta a significare che, sia se inteso come danno emergente, sia se inteso come perdita di occasioni e mancato guadagno, è interesse contrattuale positivo meritevole di tutela. Ed infatti, più avanti (capo 16), il legislatore si preoccupa di specificare espressamente che "*il danno comprende la perdita subita e il mancato guadagno*", con ciò mettendo da parte qualsiasi possibile dubbio a riguardo ed eliminando la necessità di continuare ad indagare sulla differenza dei limiti tra responsabilità contrattuale e precontrattuale per rintracciarne una diversa qualificazione²³⁴.

²³³ Sul punto si confronti N. ZORZI GALGANO, *Ibidem*, p. 267.

²³⁴ Si noti che, seguendo le indicazioni contenute nel CESL, l'onere della prova, nei contratti B2C, grava sempre e comunque in capo al professionista. E per questo motivo, tutta la parte del dibattito dottrinale italiano diretta ad interrogarsi sulla diversa qualificazione della responsabilità precontrattuale, con interesse al diverso modellarsi dell'onere della prova come aspetto qualificante la differenziazione, perde rilievo.

Per la giurisprudenza la responsabilità precontrattuale è di natura aquiliana, ma c'è una parte della dottrina che non condivide tale qualificazione e ritiene che si tratti piuttosto di responsabilità per inadempimento, soggetta agli artt. 1218 ss. del codice civile. Secondo questa teoria esiste un obbligo

Si stabilisce inoltre che la violazione degli obblighi di informazione con riferimento alle prescrizioni che impongono di indicare preventivamente i costi aggiuntivi, sposta sul professionista il carico dei corrispondenti oneri di spedizione che spettano al consumatore. Parallelamente, la violazione degli obblighi di informazione preventiva, per quanto concerne invece i costi di restituzione delle merci nel caso di esercizio del diritto di pentimento, importa uno spostamento del corrispondente carico sul professionista, di regola esente dai medesimi.

Nel *Draft Common Frame of Reference* è l'art. II.-3:501, che chiude il Capitolo sui doveri precontrattuali, a stabilire che la conseguenza pratica della violazione di uno dei doveri ivi previsti, tra questi l'articolo II.-3:109 (Rimedi per la violazione degli obblighi di informazione), è che la persona che ha subito una perdita ha diritto al risarcimento del danno. Non si può non notare come il *Draft Common Frame of Reference* sia molto generico, nella sua formulazione, quanto alla tipologia di danni risarcibili. In alcuni casi, secondo quanto affermato dai compilatori del DCFR, viene riconosciuta quale voce di danno anche la perdita di chance. La parte danneggiata non può, invece, esigere di essere messa nelle condizioni in cui si sarebbe trovata se il contratto fosse stato regolarmente concluso e le obbligazioni da esso derivanti fossero state correttamente adempiute.

Il tema della responsabilità contrattuale è sicuramente una di quelle aree del diritto in cui si riscontrano le maggiori divergenze tra i sistemi di *civil law* e quelli di *common law*.

delle parti di comportarsi secondo buona fede per tutta la durata delle trattative, una condotta scorretta pertanto costituirebbe un inadempimento di un tale obbligo giuridico. Verrebbe leso l'interesse positivo all'esecuzione della prestazione dovuta. Tuttavia, come sottolinea I. RIVA, "*Nuove tendenze in tema di danno risarcibile nella responsabilità precontrattuale*", in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, p. 1013 ss., in ambito precontrattuale il risarcimento è circoscritto all'interesse negativo da intendersi come interesse a non essere coinvolti nelle trattative. L'autrice riporta la sentenza della Cassazione del 27 ottobre 2006, n. 23289, dalla quale emergono nuovi scenari in ambito di interesse negativo. Il caso di specie ha ad oggetto un esempio di recesso dalle trattative, in esso i giudici di legittimità riconoscono alla parte che ha subito il recesso un risarcimento pecuniario commisurato a quanto la stessa parte avrebbe ottenuto se il contratto fosse stato adempiuto. Questa voce di danno non viene riconosciuta a titolo di interesse positivo, ma semplicemente estendendo l'interesse negativo anche all'interesse a non sprecare in trattative inutili il proprio tempo e le proprie capacità professionali, trattandosi di prestazione d'opera intellettuale.

Generalmente, la *common law* è fedele alla dottrina del *caveat emptor* (o *let the buyer beware* secondo l'espressione inglese), formula con cui si esprime l'esigenza che il compratore si dimostri diligente nell'accertare le caratteristiche del bene al momento dell'acquisto, mantenendosi così distante da ogni forma di controllo giuridico sulle relazioni contrattuali, che limiterebbero il principio fondamentale della libertà contrattuale. Diversamente nei sistemi di *civil law*, dove la violazione del generico dovere di buona fede durante le trattative conduce ad una responsabilità, per così dire, *sui generis*, detta *culpa in contrahendo*²³⁵, la cui definizione risale al 1861, quando il tedesco Rudolph von Jhering pubblicò un articolo che riportava proprio questa teoria.

I sistemi romanistici, supportati dalla dottrina dell'errore e del dolo, riconducono solitamente la categoria della *culpa in contrahendo* alla responsabilità extracontrattuale²³⁶.

Il codice civile italiano prevede, oltre ad una generale norma in materia di buona fede (art. 1175), una specifica disposizione, l'art. 1337, nella sezione dedicata all'accordo delle parti, la quale precisa che le parti devono comportarsi in buona fede sia nello svolgimento delle trattative che nella formazione del contratto.

²³⁵ In particolare, come sottolinea efficacemente P. PARDOLESI, "*Recesso dalle trattative: un esercizio di law and economics*", in *Danno e Resp.*, 2005, pp. 1-12, la soluzione adottata dall'ordinamento italiano sembra essere la scelta più economicamente efficiente. Considerando il grado di efficienza della responsabilità precontrattuale, si segnalano due regimi distinti: da un lato, l'ipotesi dell'assenza di responsabilità e, dall'altro, quella della responsabilità incondizionata (c.d. *strict liability*). Con riferimento alla prima, è stato rilevato come l'adozione di un regime di tal sorta comporti un rilevante rischio *under investment*. La ragione risiede nella considerazione per cui, in assenza di responsabilità precontrattuale, nessuna delle due parti verrà incentivata ad investire in *reliance* poiché, non avendo le parti la possibilità di recuperare gli esborsi effettuati durante le trattative, le stesse preferiranno evitare di sostenere costi aggiuntivi che risulterebbero privi di utilità. Nel caso opposto, vale a dire in vigenza di un regime di responsabilità precontrattuale incondizionata, la situazione cambia. Il rischio a cui si va incontro è quello di un sistematico *over investment in reliance*, che porterà le parti ad investire in affidamento, avendo la concreta consapevolezza che, se il contratto non dovesse perfezionarsi, i contraenti potranno ottenere dalla controparte un pieno risarcimento. Entrambi i regimi non propiziano investimenti efficienti in *reliance*, nel primo caso perché il livello di *reliance* è ridotto, nel secondo perché è eccessivo. In questa prospettiva la soluzione c.d. *intermediate regime of precontractual liability*, che riprende i tratti della disciplina italiana, sembra garantire un ottimale grado di efficienza, per ciò che concerne gli investimenti in *reliance*.

²³⁶ In questo senso anche il Regolamento Roma II (864/2007/CE).

Nel sistema tedesco, si è fatta spazio una dottrina distintiva della *culpa in contrahendo*, che è stata sviluppata dalle corti sulla base della clausola generale di buona fede (*Treu und Glaube*) ed è stata poi successivamente inserita nel BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch*) al paragrafo 311(2), durante la riforma del diritto delle obbligazioni, intervenuta nel 2002. La norma prevede che un rapporto obbligatorio sorga anche quando, nell'aspettativa che si realizzi una relazione negoziale, una parte accorda all'altra la possibilità di incidere sui suoi diritti e interessi o gliene affida la protezione.

La situazione francese è molto simile a quella tedesca precedentemente alla riforma del 2002. Nonostante si tratti di un paese di *civil law*, nel diritto contrattuale francese ci sono pochi riferimenti al principio della buona fede e nessuno a quello della *culpa in contrahendo* o agli obblighi di comunicazione. L'unico chiaro riferimento al principio della buona fede è contenuto nell'art. 1134 del *Code Civil*, il quale statuisce che “*les conventions doivent être exécutées de bonne foi*”, che si riferisce chiaramente alla fase di esecuzione del contratto, e non a quella della sua formazione. Nonostante l'assenza di una esplicita previsione, giurisprudenza e dottrina non escludono l'applicazione del principio di buona fede nella fase precontrattuale, prevedendo in definitiva l'istituto della responsabilità precontrattuale. La base legale per un simile tipo di responsabilità è da rintracciare nell'art. 1382 del *Code Civil* che afferma “*Tout fait quelconque de l'homme, qui cause un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à la réparer*”, questo implica che, a differenza dell'ordinamento tedesco, la base della responsabilità precontrattuale è da rintracciare nella responsabilità aquiliana (*responsabilité civile délictuelle*), e che un certo grado di colpa è richiesto.

La Gran Bretagna è forse il paese più scettico riguardo l'applicazione del principio di buona fede e della responsabilità precontrattuale. Il diritto dei contratti, in particolare non prevede un generale obbligo di buona fede, ma solo alcuni specifici richiami nelle legislazioni di settore, essendo forte la distinzione tra la fase non contratto e la fase contratto. Una dottrina particolarmente diffusa in passato era quella del *caveat emptor*, mitigata, però, con l'introduzione dell'istituto della *representation*, secondo cui, se una parte di un contratto dà una falsa

rappresentazione dei fatti, tale da influenzare la condotta di un uomo normalmente ragionevole, e la controparte fa affidamento su questa rappresentazione, quest'ultima è legittimata a richiedere il risarcimento dei danni e ad esercitare il recesso dal contratto. Una più ampia apertura al concetto di responsabilità precontrattuale si è avuta con le dottrine dell'*estoppel*²³⁷ e del *promissory estoppel*

²³⁷ Conosciuto negli Stati Uniti con il nome di *action on reliance*, il termine *estoppel* viene utilizzato nella *common law* per indicare una regola che, secondo quanto statuito nel caso *Moorgate Mercantile Co. Ltd v. Twitchings*, 1976, 1 QB 225, prevede che “se un soggetto, con le sue parole o il suo comportamento, induce un altro a confidare su una situazione di apparenza, non gli è consentito successivamente di agire in contraddizione con l'affidamento ingenerato, se ciò condurrebbe ad un risultato contrario a giustizia ed equità”, v. E. COOKE, “*The Modern Law of Estoppel*”, Oxford, 2000, p. 2. Le origini della *doctrine of estoppel* rimangono piuttosto oscure. Le prime formulazioni si rinvencono nella giurisprudenza di *Equity* verso la fine del XVII. La regola trarrebbe fondamento dal divieto di *venire contra factum proprium*, ma si sarebbe evoluta oltre Manica in maniera autonoma e differente, fino ad assumere la veste di una vera e propria presunzione *iuris et de iure* sull'esistenza del diritto (v. Sir W. S. HOLDSWORTH, “*A History of English Law*”, vol. IX, London, 1936, p. 146). Agli inizi del XIV secolo si rinvencono una serie di decisioni delle Corti di *common law*, in cui il convenuto solleva un'eccezione perentoria contro l'azione dell'attore, diretta ad impugnare un proprio atto, impedendo in tal modo che il giudizio vada avanti. La casistica presenta notevoli similarità con quella riscontrata nella dottrina di *civil law*, con riferimento alle applicazioni del divieto di *venire contra factum proprium*, poiché i casi più rilevanti riguardano, così come avviene nel Continente, l'alienazione di un bene altrui, la vendita del bene dotale da parte del marito ovvero la vendita effettuata dal padre di un bene di proprietà del figlio. Difficile stabilire con certezza se la regola applicata in questi casi costituisca l'esito di uno sviluppo del tutto autonomo e parallelo del diritto inglese rispetto al diritto romano continentale o se, al contrario, sia ispirata a principi e regole proprie del diritto romano canonico. E' tuttavia rintracciabile sull'argomento una certa corrispondenza tra le fattispecie e le soluzioni adottate in Inghilterra e quanto accadeva nel Continente. Questa similarità si colloca in una cornice di comunicazione e di scambio di materiali giuridici tra i giuristi europei, che ha preso avvio nel XIV secolo, allorché sia il processo romano-canonico che la dottrina di *civil law* hanno cominciato a diffondersi oltre Manica. Nelle Corti di *common law* il termine *estoppel* viene ad assumere una rilevanza meramente processuale e indica l'impossibilità per l'attore di proseguire giudizio, essendo la sua azione “*stopped*” da una eccezione sollevata dal convenuto. Il termine compare altresì, a partire dal XVII secolo, nella casistica della *Court of Chancery* (v. *Weale v. Lower*, Jan. 3 1672, Pollexf 67), originata principalmente dalla richiesta dell'attore, che ha subito un *estoppel* nel procedimento davanti alle Corti di *common law*, di un rimedio in *equity*. Ma è nel XIX secolo che la *Court of Chancery* riconosce che l'affidamento del soggetto su una situazione di fatto, può costituire, in specifiche circostanze, il fondamento di un diritto. La Corte di *Equity* individua nella violazione della promessa una *laesio fidei*, decide pertanto di sanzionare il promittente, condannandolo ad eseguire la promessa e a realizzare l'aspettativa del promissario. Le prime applicazioni di questa regola riguardano le controversie che vengono ad instaurarsi tra il proprietario del fondo e l'affittuario. La dottrina dell'*estoppel* ha poi subito una evoluzione, a partire in particolare dalla *dissenting opinion* di Lord Kingsdown, *Ramsden v. Dyson and Thornton*, 1866 LR 1 HL 129, sarà formulata la più moderna dottrina del *proprietary estoppel*, con la quale si tende a ristabilire giustizia nell'ipotesi in cui l'azione del proprietario, volto a rientrare nel possesso del bene, si configuri come fraudolenta, perché contraria ad un accordo verbale o ad un affidamento precedentemente ingenerato nei confronti della controparte.

Sul tema si segnala di particolare interesse L. VAGNI, “*La regola dell'affidamento nel diritto comune europeo*”, in *Riv. Trim. dir. Proc. civ.*, 2013, pp. 573-591. V. anche L. ANTONIOLLI DEFLORIAN, “*I contratti del consumatore nel diritto inglese fra common law e diritto comunitario*”, in *Riv. Dir. Civ.*, 2002, pp. 779-821; E. FERRARIS, “*La buona fede negli orientamenti della giurisprudenza inglese*”, in *Riv. Dir. Com.*, 1995, pp. 759-784; P. PARDOLESI, “*Strabismo giuridico: il promissory estoppel*”, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 2008 pp. 479-502.

che, rispettivamente, proteggono la parte nel caso in cui la controparte abbia ingenerato delle aspettative o abbia promesso qualcosa. Tuttavia, nonostante queste aperture, le Corti inglesi si mostrano riluttanti ad estendere la normativa in materia di contratti anche alla fase precontrattuale, e sono altresì poco inclini a riconoscere il risarcimento dei danni precontrattuali²³⁸.

Ma torniamo ora alla disciplina contenuta nel CESL. L'attenzione del legislatore europeo è incentrata sugli specifici doveri contrattuali che le parti (*rectius* il professionista) devono rispettare durante la fase delle trattative, piuttosto che sull'introduzione di un generico dovere di agire secondo buona fede. Questo è dovuto, come si è avuto modo di vedere in precedenza, all'atteggiamento di prudenza che i paesi di *common law* mostrano circa il principio di buona fede e la responsabilità precontrattuale. In questi paesi è infatti diffusa una certa sfiducia nei confronti delle clausole generali, spesso viste come sintomo di arbitrarietà, ed è molto netta la separazione tra la fase non contrattuale e la fase più propriamente contrattuale. Tuttavia, l'ostacolo maggiore all'adozione di una disciplina prenegoziale è rappresentato dalla dominanza del principio della libertà contrattuale, sentito come fondamentale principio regolatore le trattative commerciali²³⁹.

L'art 29, in particolare, nel prevedere specifici rimedi, nel caso in cui i doveri di informativa precontrattuale non vengano adempiuti, cerca di superare l'approccio inconsistente che connota l'intero *acquis communautaire*, laddove le direttive che si sono nel tempo succedute hanno lasciato, totalmente o parzialmente, la possibilità

²³⁸ Se si vuole dare uno sguardo alla situazione oltreoceano, si può notare come l'ordinamento statunitense inizialmente non prevedeva un generico principio di buona fede né un regime di responsabilità precontrattuale. L'obbligo di comportarsi secondo buona fede è stato inserito nella sezione 1-203 dello *Uniform Commercial Code* e nella sezione 205 del *Restatement*, che però non viene esteso alla fase prenegoziale. In assenza di una specifica previsione in materia il ristoro dei danni sofferti può essere ottenuto attraverso la responsabilità extracontrattuale o contrattuale, in forza, in questo ultimo caso, della dottrina del *promissory estoppel*. Anche se il ricorso a tale dottrina non è poi così frequente, tant'è che dopo il *leading case Hoffman v. Red Owl Stores* non si sono segnalate altre pronunce.

²³⁹ A. CASTALDO, E. CONTE, G. GALEOTTI, "Buona fede e responsabilità precontrattuale. Comportamenti opportunistici e hold up nelle trattative", in *Mercato concorrenza regole*, 2012, pp. 577-605.

di regolare tale area alla competenza degli Stati membri, con i limiti di effettività che ne sono derivati.

L'impostazione adottata nel CESL appare di compromesso e per questo poco soddisfacente²⁴⁰.

Si tenga presente che nella Convenzione sulla vendita internazionale del 1980 (CISG) manca totalmente la disciplina della responsabilità precontrattuale, tant'è che questa assenza che ha fatto sorgere un acceso dibattito sul tema che non accenna a risolversi. Ciò a dimostrazione della possibilità che una simile dialettica potrebbe prender corpo anche nei confronti del CESL.

Inoltre, la convinzione che la presenza di una parte dedicata ai doveri di informazione precontrattuali possa da sola riuscire a realizzare una protezione per il contraente debole del rapporto contrattuale (consumatore o PMI che sia), non risulta supportata da parte della dottrina²⁴¹, che la ritiene uno strumento di *governance* scarsamente efficace, se non accompagnato da una disciplina compiuta della responsabilità.

Ma c'è di più. La presenza nel CESL di concetti generali come “buona fede”, “correttezza” o “ragionevolezza”²⁴², potrebbe generare una notevole incertezza

²⁴⁰ P. GILIKER, “Pre-contractual Good Faith and the Common European Sales Law: A compromise Too Far?”, in *Eur. Rev. Priv. Law*, 2013, p. 79 ss.

L'autrice si sofferma a considerare il diverso trattamento della responsabilità precontrattuale nel DCFR e nel *Feasibility Study*, rispetto a quanto non avvenga nel CESL. Scegliendo di omettere un generale dover di agire secondo buona fede, in favore dell'elaborazione di una disciplina specifica degli obblighi di informazione, forse, si rischia di far perdere di attrattività lo strumento opzionale. Si è di fronte ad una scelta che preferisce il particolare al generale ma che è foriera di diverse questioni. Prima fra tutte se il CESL rappresenta davvero uno strumento di protezione per il consumatore adeguato, oppure se, al contrario, si riveli uno strumento debole la cui disciplina non riesce ad andare oltre quanto previsto dalle legislazioni dei singoli Stati membri. Il CESL appare come uno strumento ambiguo e di poco chiara utilità, poiché, non prevedendo una norma di portata generale ma solo distinti e limitati obblighi, finisce per apprestare una tutela inferiore rispetto a quella accordata dalla maggior parte degli Stati membri. E proprio in questa prospettiva il CESL sembra tradire l'originario intento della Commissione che era appunto quello di favorire l'espansione del commercio transfrontaliero, disponendo per il consumatore un alto *standard* di protezione.

²⁴¹ *Idem*

²⁴² Si vedano gli artt. 2, 5, 23, 29, 48, 49, di cui alla Proposta di Regolamento.

interpretativa, non potendosene garantire una applicazione uniforme da parte della corti nazionali.

Ma l'aspetto che crea maggiori perplessità, e si tratta di un aspetto presente anche nella CRD, riguarda la formula restrittiva che pare addossare il carico delle spese di restituzione della merce non più sul consumatore che recede ma sul professionista, e non per violazione di un qualsiasi obbligo di informativa preventiva, bensì esclusivamente per la violazione di quelle informazioni specifiche che devono essere fornite in tema di recesso e che riguardano proprio i costi di restituzione.

Non manca in dottrina chi ritiene che il rimedio di cui si discute si sarebbe dovuto applicare in modo più esteso rispetto a quanto suggerito dal tenore della norma, poiché la mancanza o l'inesattezza della comunicazione sulle informazioni relative al recesso complessivamente inteso (e non solo con riferimento alla mancata informazione sulla spettanza dei costi di restituzione della merce) non consentirebbe al consumatore di conoscere pienamente questo *duo diritto*²⁴³. Ma una tale soluzione, a ben vedere, potrebbe comunque trovare spazio mediante una interpretazione favorevole al consumatore, in linea con la *ratio* ispiratrice dell'intera disciplina tesa proprio a contrastare le asimmetrie informative del consumatore rispetto al professionista²⁴⁴.

Sempre in tema di rimedi specifici, l'art. 29 prevede la possibilità di un allungamento del termine di recesso (un anno) in caso di violazione degli obblighi di informazione sulle procedure per l'esercizio del recesso ovvero la possibilità di annullamento del contratto per vizi del consenso.

Ma appare opportuno evidenziare alcuni aspetti. Il CESL prevede (art. 42) che in caso di mancato adempimento dell'obbligo informativo il termine di recesso scada trascorso un anno dalla fine del termine del recesso per così dire "ordinario" e, quindi, trascorso un anno e quattordici giorni, oppure, nell'ipotesi di inesatto adempimento, vale a dire nell'ipotesi in cui il professionista fornisca al

²⁴³ N. ZORZI GALGANO, *Ibidem*, p. 269.

²⁴⁴ *Idem*

consumatore, in ritardo ma comunque entro un anno, le informazioni necessarie, trascorsi quattordici giorni dalla data in cui il consumatore riceve tali informazioni. Il *dies a quo* viene diversificato a seconda delle diverse ipotesi, in correlazione, rispettivamente, con l'adempimento della consegna o con la data di conclusione del contratto.

Vale la pena ricordare che in passato l'allungamento del termine di recesso era stato realizzato secondo due differenti modelli. Un primo modello si limitava a prevedere un allungamento del termine di recesso, per mancato o inesatto adempimento dell'obbligo informativo da parte del professionista, fino ad un periodo massimo predeterminato che, nel sistema italiano, era di 60 giorni. Un secondo e più articolato modello prevedeva, invece, in aggiunta ad un allungamento del termine di recesso, anche una previsione di chiusura temporale che non consentiva l'esercizio del diritto di recesso, una volta che fosse trascorso un lasso di tempo, sufficientemente lungo rispetto alla conclusione del contratto o alla consegna dei beni, nonostante il professionista non avesse assolto gli obblighi che gli imponevano di informare preventivamente il consumatore sulla possibilità di recedere. Per fare un esempio, la legge tedesca, in attuazione della direttiva sui contratti negoziati fuori dai locali commerciali, aveva disposto che il recesso potesse essere esercitato entro un anno.

Anche la Corte di Giustizia si era espressa a riguardo (caso *Heininger*), mostrando un giudizio critico sull'allungamento del termine di recesso e sulla previsione di una norma di chiusura, sostenendo che non si trattasse di un rimedio adeguato alla tutela del consumatore²⁴⁵. In particolare, secondo la Corte la direttiva sui contratti

²⁴⁵ Sentenza della Corte di Giustizia CE, 13 dicembre 2001, causa C-481/99, *G. e H. Heininger c. Bayerische Hypo- und Vereinsbank AG*, in *Foro.it*, 2002, IV, c. 57.

Il caso ha ad oggetto le doglianze manifestate da due cittadini tedeschi, i coniugi Heininger, che affermano di essere stati indotti da un agente immobiliare ad acquistare un appartamento, dopo che costui li abbia visitati nel loro domicilio di propria sponte. Per finanziare tale acquisto i coniugi hanno acceso un mutuo, garantito da un'ipoteca (qualificabile come "contratto di credito fondiario"), con la Bayerische Hypo- und Vereinsbank. Cinque anni dopo, i coniugi Heininger hanno deciso di avviare un'azione giudiziaria per rimettere in discussione tale contratto, pretendendo dalla banca di essere rimborsati degli importi versati, lamentando di non essere stati messi a conoscenza del loro diritto di recesso. La richiesta veniva fondata sulla direttiva comunitaria per la tutela dei consumatori in caso di contratti negoziati fuori dei locali commerciali (Direttiva 85/577/CE) ma la domanda veniva respinta.

conclusi fuori dei locali commerciali si dimostrava ostativa alla possibilità che il legislatore prevedesse un termine massimo, dalla stipula del contratto, per l'esercizio del diritto di recesso, nei casi in cui il consumatore avesse beneficiato della informazione correlata al recesso. Si cercava di argomentare in proposito dicendo che, se è pur vero che la scelta sulla misura più appropriata per la tutela del consumatore in caso di mancato adempimento dell'obbligo informativo dovesse essere lasciata al legislatore nazionale, è in ogni caso evidente che la direttiva dispone che il recesso venga calcolato a partire dal momento in cui il consumatore abbia ricevuto l'informazione e che, se il consumatore non la ottiene, non ha conoscenza dell'esistenza del suo diritto e si trova nella materiale impossibilità di esercitarlo. Per queste ragioni non si riteneva possibile interpretare la direttiva nel senso di consentire al legislatore nazionale di modulare il diritto di recesso facendo in modo che lo stesso venisse meno in caso di mancato adempimento dell'obbligo informativo.

Il Bundesgerichtshof, adito in ultimo grado, ritiene che tale controversia sollevi un problema d'interpretazione del diritto comunitario e quindi decide di sospendere il giudizio ed effettuare il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, a norma dell'art. 234 del Trattato CE. Alla Corte di Giustizia viene posta la questione se la Direttiva 85/577/CEE, del 20 dicembre 1985, per la tutela dei consumatori in caso di contratti negoziati fuori dei locali commerciali, contempili anche i contratti di credito fondiario e, in considerazione del diritto di recesso previsto nell'art. 5, prevalga sulla Direttiva 87/102/CEE, del 22 dicembre 1986, relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di credito al consumo.

Anzitutto, la Corte rileva che rientrano nell'ambito di applicazione della direttiva sui contratti stipulati fuori dai contratti commerciali i soli contratti di credito fondiario stipulati nell'ambito di detti contratti.

La Corte di giustizia in seguito precisa che un contratto di credito fondiario, in quanto garantito da un'ipoteca, non consente di poter ritenere che il detto contratto riguardi un diritto concernente beni immobili tale da poter rientrare nell'esclusione prevista dalla direttiva sui contratti conclusi fuori dai locali commerciali. Il fatto che il contratto sia garantito da un'ipoteca non può rendere meno necessaria la tutela accordata al consumatore che ha stipulato un siffatto contratto fuori dei locali del commerciante.

Peraltro, la Corte viene interrogata proprio con riferimento al termine imposto dalla legislazione tedesca, che è di 1 anno dalla stipulazione del contratto, per l'esercizio del diritto di recesso qualora il consumatore non abbia ricevuto alcuna informazione su tale diritto. Il giudice tedesco chiede, inoltre, se tale termine si ponga in contrasto con la direttiva.

La Corte ricorda che il commerciante deve informare per iscritto il consumatore del suo diritto di recedere dal contratto entro un termine di almeno 7 giorni dal momento in cui ha ricevuto l'informazione. Ma, se il commerciante non adempie il suo obbligo d'informazione, esistono ancora ulteriori motivi per tutelare il consumatore. La Corte pertanto dichiara che, in tal caso, un limite del termine del diritto di recesso, mediante una norma finale di chiusura temporale, da parte di una legislazione nazionale sarebbe incompatibile con il diritto comunitario.

Nonostante questo precedente, il CESL riprende la regola del rimedio dell'allungamento del termine di recesso e la previsione di una norma di chiusura, cui si è detto in precedenza, per il caso di violazione degli obblighi informativi sul recesso da parte del professionista. E' ben noto che la ragione principale nel voler chiudere il sistema del diritto di recesso con una norma di chiusura temporale definitiva ha fatto leva sulla possibilità che, in caso contrario, il consumatore avrebbe potuto abusare del suo diritto, esercitandolo magari dopo anni dall'aver pienamente goduto dei beni o dei servizi oggetto di acquisto.

E' stato sottolineato come questa previsione non si accordi completamente con la prospettiva di voler garantire un elevato livello di tutela dei consumatori²⁴⁶. Alla base dei dubbi manifestati nei confronti del rimedio, così come delineato nel CESL, starebbe la considerazione per cui, procedendo in tal senso, si attribuirebbe un effetto sanante al mancato adempimento degli obblighi informativi sul recesso, trascorso un certo periodo di tempo, pur lungo che sia.

Il punto centrale di tutta la discussione sta nel fatto che, per scongiurare il timore che qualche scaltro consumatore possa compiere un abuso, si finisce per consentire un abuso più che sicuro da parte del professionista, che potrà così approfittare del proprio potere economico. Inoltre, lo spirare del termine di recesso, anche se in un tempo molto successivo rispetto agli altri adempimenti, fa perdere al recesso la sua connotazione di tipico strumento a protezione del consumatore contro le asimmetrie informative, poiché il consumatore non verrebbe mai informato sull'esistenza o sulla mancanza del suo diritto di recesso.

Se una scelta di questo genere possa apparire poco condivisibile sul piano del recesso, considerato singolarmente ed isolatamente, la stessa scelta diviene, invece, apprezzabile, qualora il rimedio dell'allungamento del termine di recesso venga commisurato nel suo valore significativo e valutato in maniera globale, in rapporto agli altri rimedi previsti, e in una logica di coerenza dell'intero sistema.

²⁴⁶ N. ZORZI GALGANO, *Ibidem*, p. 272.

Occorre a tal fine avere riguardo per gli ulteriori rimedi menzionati nella disciplina di cui all'art. 29 che, per espresso dettato legislativo, non sono pregiudicati dall'applicazione degli altri rimedi previsti.

Si tratta della possibilità di annullamento del contratto per vizi del consenso quali errore (art. 48) e dolo (art. 49).

In passato, il problema se i rimedi previsti dalla direttive dovessero ritenersi sostitutivi o integrativi degli ordinari rimedi predisposti dal diritto nazionale sul contratto è stato per lungo tempo al centro del dibattito dottrinale italiano. L'indirizzo che ne è prevalso ha sciolto qualsiasi dubbio in merito, ritenendo che gli strumenti di tutela riconosciuti dalle direttive dovessero ritenersi aggiuntivi e non sostitutivi rispetto agli ordinari rimedi del diritto generale sul contratto, anche perché, in caso contrario, si sarebbe finito per fornire il consumatore di una tutela vistosamente inferiore rispetto a quella accordata ad un contraente non altrimenti qualificato²⁴⁷.

Il rimedio dell'annullamento del contratto concluso per errore o dolo viene disciplinato in maniera più favorevole al consumatore nel CESL rispetto a quanto non faccia il codice civile italiano²⁴⁸. La disciplina in esso stabilita, infatti, fa indistinto riferimento al contraente di ogni sorta, senza preoccuparsi di specificare la loro condizione economica e sociale. Va da sé che il vizio del consenso viene concepito come una evenienza del singolo contratto e non come il risultato di una preesistente posizione di asimmetria informativa. Per questi motivi, solo in via di interpretazione si può cercare di ristabilire i rapporti di forza, adattando le regole poste nel codice civile in materia di vizi del consenso ai principi risultanti dalle

²⁴⁷ Con riferimento al diritto italiano, ad esempio, l'allungamento del termine per esercitare il recesso poteva essere fatto valere entro tre mesi, mentre l'annullamento del contratto per errore o dolo poteva essere richiesto entro cinque anni.

²⁴⁸ Si pensi che la formula utilizzata dal legislatore, per riferirsi alla parte non incorsa in errore, stabilisce che questa *“ii) ha determinato la conclusione del contratto viziato da errore, omettendo di adempiere all'obbligo precontrattuale di informazione ai sensi del capo 2, sezioni da 1 a 4”*, comprendendo la sezione sugli obblighi di informazione preventivi posti a carico del professionista nei contratti B2C. Parallelamente, la formula della norma sul dolo include la *“reticenza dolosa di informazioni”*, le quali ci si aspetti che la parte obbligata a fornirle comunichi all'altra parte contraente. E' evidente come il riferimento al professionista, quale parte che induce in errore o che è responsabile del dolo, è esplicitata nella fattispecie.

direttive comunitarie sui contratti B2C, in modo da completare il sistema del Codice del Consumo (D. Lgs. 206/05), in un settore che non trattato come è quello dei vizi del consenso nei contratti del consumatore.

Inoltre, l'annullamento del contratto è di più semplice esperibilità nel CESL, poiché si basa su una "comunicazione" all'altra parte (così come avviene nel recesso allungato) e non su un'azione giudiziaria. Difficile pensare che il professionista dia azione ad un giudizio di opposizione, i cui esiti potrebbero essere, molto probabilmente, negativi per lui.

La costruzione del complesso dei rimedi per la violazione degli obblighi di informazione precontrattuale predisposto dal CESL è sicuramente da apprezzare, poiché punta a realizzare una coerenza complessiva dell'intero sistema dei rimedi, una coerenza che mai era stata raggiunta nelle discipline nazionali, dove l'approccio si segnala essere stato nel corso degli anni fortemente eterogeneo. Basti fare accenno al sistema italiano, dove il recesso di protezione allungato può esser fatto valere entro 90 giorni, mentre l'annullamento del contratto per vizi del consenso si prescrive in cinque anni. Nel CESL, invece, sia l'uno che l'altro rimedio possono essere esperiti entro un arco di tempo più omogeneo tale da rendere i due rimedi, per così dire, vicini tra loro e quindi anche maggiormente confrontabili, ai fini di una scelta ponderata. Si ricordi infatti che il rimedio del recesso allungato può esser fatto valere entro un anno così come l'annullamento del contratto per dolo.

E' possibile pensare che la decisione di voler avvicinare i termini di esperibilità dei rimedi porterà, nel concreto, ad un miglioramento nella scelta su quale classe di rimedi optare (nell'ipotesi in cui il cumulo dei medesimi non sia un'ipotesi praticabile). Ma una simile coerenza interna è riscontrabile solamente quando si tratti di un sistema unico come è quello del CESL, e non, invece, quando si tratti di sistema composito, vale a dire risultante, in parte, dalla disciplina europea armonizzata in forma di direttiva e, in parte, dalla disciplina nazionale.

Nel CESL sono assenti le regole relative alla contrarietà del contratto alla legge o all'ordine pubblico o al buon costume. Ciò implica che a disciplinare la materia rimangono le discipline nazionali, con tutte le loro differenziazioni e specificità.

Neppure la disciplina contenuta nei Principi Unidroit, a cui il CESL ha guardato come base ispiratrice²⁴⁹, ha dettato disposizioni nell'ambito della nullità del contratto o della illiceità del contratto.

Non manca, tuttavia, chi rileva che il legislatore europeo sia sembrato in questo settore un po' timido, rinunciando a porre in essere una disciplina unificata ed omogenea che consentisse di superare le differenze nazionali e, magari, fungesse anche da modello ispiratore per ulteriori interventi in materia di diritto internazionale privato, come possono essere, ad esempio, una nuova edizione dei Principi Unidroit o una Convenzione internazionale di diritto uniforme²⁵⁰.

²⁴⁹ Ciò è quanto è stato segnalato da F. GALGANO, “*Dai Principi Unidroit al Regolamento europeo sulla vendita*”, in *Contratto e Impresa. Europa*, 2012. L'autore sostiene che “il materiale normativo trasfuso nel Regolamento ha un'origine inconfondibile” e che “gli elementi di originalità, idonei a dare l'impronta a questo testo normativo, e capaci di superare le divergenze fra i vari sistemi europei, provengono dai Principi Unidroit sui contratti commerciali internazionali.”

²⁵⁰ N. ZORZI GALGANO, *Ibidem*, p. 279.

2. Diritto comune europeo della vendita e tutela del consumatore

2.1. La tutela del consumatore e la disciplina del recesso di protezione

La disciplina sul recesso di protezione contenuta nel CESL con riferimento ai contratti B2C è molto ampia ed articolata e rappresenta sicuramente uno dei punti di forza del Regolamento. Anzitutto perché riconosce una tutela che assicura un elevato livello di protezione dei consumatori che non sembra riscontrarsi in nessuna altra delle discipline applicabili ai contratti internazionali come la Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale del 1980 o i Principi *Unidroit*. E' la stessa *Relazione* della Commissione europea contenuta nella Proposta di Regolamento che dichiara espressamente che, nel CESL, “il livello di protezione garantito dalle norme imperative è pari o superiore a quello riconosciuto dall’*acquis* vigente”.²⁵¹

Il recesso di protezione rappresenta senza dubbio uno degli aspetti centrali di tutta la disciplina sulla tutela dei consumatori tant’è che nel CESL sono state raccolte le evoluzioni di pensiero che si sono succedute nell’arco di un trentennio, da quando la prima direttiva sui contratti negoziati fuori dai locali commerciali (85/577/CEE) riconosceva al consumatore questo particolare diritto di rescindere il contratto al giorno d’oggi²⁵².

²⁵¹ Così *Relazione* della Commissione europea di cui alla Proposta di Regolamento, p.7.

Si noti che anche il *Considerando* n. 11 di cui alla Proposta di Regolamento riprende lo stesso principio laddove stabilisce che: “è necessario che il diritto comune europeo della vendita comprenda un *corpus* completo di norme imperative a tutela dei consumatori completamente armonizzate. In conformità all’articolo 114, paragrafo 3, del trattato, dette norme dovranno assicurare un livello elevato di protezione dei consumatori al fine di rafforzare la fiducia nel diritto comune europeo della vendita ed indurli a concludere contratti transfrontalieri in base ad esso. Dovranno poi mantenere o migliorare il livello di protezione di cui i consumatori beneficiano in virtù del diritto di consumo dell’Unione”.

²⁵² R. SCHULZE, “*Precontractual Liability and Conclusion of Contract in European Law*, in *Eur. Rev. Priv. Law*, 2005, pp. 855-863, segnala l’importanza del ruolo esercitato dal diritto di recesso nel panorama del diritto europeo dei contratti, sottolineando che l’*acquis communautaire* si fonda su un concetto comune e condiviso di recesso, nonostante le direttive presentino delle differenze. Si richiede sempre la presenza di situazioni specifiche, perché si possa esercitare il recesso, nelle quali risulta che una delle due parti necessita di protezione, perché più debole. Proprio in virtù di questa

Le regole sul recesso contenute nel CESL si segnalano per essere caratterizzate da una maggiore e più intensa armonizzazione rispetto alla *Consumer Rights Directive* (CRD) 2011/83/UE, nel senso di una maggiore unificazione di regole sul recesso²⁵³. Questa più intensa unitarietà è resa possibile perché almeno una parte delle differenze anteriori erano dovute alla distanza temporale che separava le due diverse direttive, quella relativa ai contratti negoziati fuori dai locali commerciali risaliva, infatti, al 1985 mentre l'altra relativa ai contratti a distanza al 1997. In tale prospettiva, alcuni dei tratti caratterizzanti la disciplina del 1997 in senso più favorevole al consumatore dipendevano da una più meditata riflessione da parte degli organismi comunitari sullo *ius poenitendi* quale strumento di tutela del consumatore stesso, considerato parte debole del rapporto di consumo.

Seguendo una tale impostazione, sono spiegabili alcuni tratti evolutivi della disciplina poi confluita nel CESL. Come ad esempio il fatto che se originariamente il periodo di esercizio ordinario del recesso era di soli sette giorni di calendario, oggi ci si è allineati su un periodo di esercizio più lungo di quattordici giorni.

Ma si deve aggiungere altresì che oltre all'unitarietà della disciplina, il legislatore europeo ha realizzato una semplificazione della disciplina rispetto al passato eliminando, ad esempio, le doppie prescrizioni in tema di esclusione del recesso espresse dalle precedenti direttive, e riproducendo alcune ipotesi di esclusione poste da direttive specifiche verticali come quella del 2002 sui contratti a distanza sui servizi finanziari.

Prima di considerare le singole disposizioni sul recesso occorre premettere che nei *considerando* di cui alla Proposta di Regolamento non figurano le ragioni

caratteristica si consente il recesso senza che sia necessario fornire ragioni specifiche. In termini sistemaci, quindi, appare come il diritto di recesso non debba essere necessariamente ristretto al settore della tutela del consumatore, ben potendo adattarsi anche a tutte quelle situazioni in cui una parte si trovi in una posizione strutturalmente svantaggiata rispetto all'altra, ma non potrebbe essere invocato nella contrattazione tra professionisti (B2B), dove uno svantaggio strutturale non è rinvenibile. L'autore sostiene come la portata onnicomprensiva dei principi alla base del diritto di recesso, sono così ben categorizzati da far pensare che possano essere annoverati come principi generali piuttosto che come appartenenti ad una specifica area del diritto come è quella dei consumatori.

²⁵³ In questo senso N. ZORZI GALGANO, *Ibidem*, p. 280.

giustificative relative all'argomento di cui si discute, poiché si tratta di regole già assodate e proprie della materia.

La norma di apertura (art. 40) sul tema del recesso attribuisce al consumatore il diritto di pentimento specificando le caratteristiche. Il diritto di recesso, così come delineato dalla normativa europea sulla vendita, si connota per essere gratuito e discrezionale. E' lo stesso legislatore a stabilire che *“il consumatore ha il diritto di recedere, senza dover fornire alcuna motivazione e senza dover sostenere spese diverse da quelle previste dall'articolo 45”*.

Con riferimento alla gratuità, essa era stata prevista già nelle direttive di armonizzazione del passato, anche se con formula piuttosto eterogenea, trattandosi talvolta di gratuità completa²⁵⁴, talvolta, invece, di gratuità intesa nel senso di attribuire al consumatore solo quelle spese e quei costi che risultano essere le obbligazioni specifiche che nascono dall'esercizio del suo diritto²⁵⁵.

In merito alla discrezionalità del recesso si può sottolineare che la formula impiegata non richiede un'indicazione una specifica indicazione del recesso, ma non afferma esplicitamente che in ogni caso tale motivazione è irrilevante e non possa risultare sindacabile. Questa posizione potrebbe far riemergere quanto già emerso nel nostro sistema nazionale, anteriormente alla emanazione Codice del Consumo (D. Lgs. 206/05), ove è poi confluita la disciplina italiana sul recesso di protezione, con formula equivalente a quella contenuta nel CESL. In dottrina si erano manifestate perplessità sulla convinzione dell'assoluta insindacabilità del

²⁵⁴ Ad esempio la direttiva 2008/122/CE del gennaio 2009 sulla multiproprietà dopo aver stabilito che “Gli Stati membri garantiscono che al consumatore sia concesso un periodo di quattordici giorni di calendario per recedere, senza indicarne le ragioni dal contratto di multiproprietà, dal contratto relativo a prodotti per le vacanze di lungo termine, e dal contratto di rivendita o scambio”, ha poi precisato nell'art. 8, comma 2, in tema di “effetti del recesso” quanto segue: “Se esercita il diritto di recesso, il consumatore non sostiene alcuna spesa, né è debitore del valore corrispondente all'eventuale servizio reso prima del recesso”.

²⁵⁵ La direttiva 2008/48/CE relativa ai contratti di credito ai consumatori, che ha abrogato la precedente direttiva 87/102/CEE, stabilisce che: “Il consumatore dispone di un periodo di quattordici giorni di calendario per recedere dal contratto di credito senza dare alcuna motivazione”, e successivamente, al comma 3, specifica che “il creditore non ha diritto a nessun altro indennizzo salvo essere tenuto indenne delle spese non rimborsabili pagate dal creditore stesso alla p.a”.

recesso esercitato arbitrariamente²⁵⁶. In linea di principio, un qualsiasi atto di esercizio del diritto potestativo rimane suscettibile di esame giudiziario alla stregua del c.d. abuso del diritto, purtuttavia è stato sottolineato come il diritto di recesso del consumatore non sia un vero e proprio recesso, ma sia invece espressione di libertà contrattuale, insindacabile per definizione, che necessita solamente di una valutazione dal punto di vista soggettivo del medesimo. Ciò vale a dire che una valutazione complessiva dei rapporti di scambio sottostanti la contrattazione, emergenti in considerazione degli interessi del consumatore rispetto alle esigenze del professionista, non potrebbero legittimare un controllo giudiziale che a *posteriori* conduca alla dichiarazione di responsabilità del consumatore verso il professionista per danno cagionato da un recesso arbitrario né tantomeno potrebbero portare ad una dichiarazione di invalidità del recesso stesso.

Il legislatore ha inoltre fissato delle precise regole in tema di esclusione del recesso, proprio al fine di evitare comportamenti abusivi da parte del consumatore.

Ma c'è di più. Il legislatore, nel prevedere un diritto di pentimento per il consumatore, ha voluto sottrarre al giudice il potere di ricercare un diverso

²⁵⁶ Sul punto si veda la giurisprudenza della Corte di Giustizia CE, 22 aprile 1999, causa C-423/97, *Travel Vac SL c. Manuel José Antelm Sanchis*, reperibile sul sito: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=44532&doclang=IT>.

Il procedimento ha ad oggetto la controversia sorta tra la società Travel Vac SL, con sede in Valencia, e il signor Antelm Sanchis, residente in Valencia, con riferimento al diritto di quest'ultimo di rinunciare all'impegno contrattuale assunto in forza di un contratto stipulato con la società di cui *supra*. Secondo quanto disposto nei termini del contratto il signor Antelm Sanchis diveniva acquirente di un diritto d'uso a tempo parziale ("time-share") su un bene immobile, unitamente al diritto di usufruire di un determinato numero di servizi. Il contratto prevedeva che l'acquirente poteva esercitare il diritto di pentimento entro un termine di sette giorni decorrenti dalla sua sottoscrizione, mediante una notifica al venditore e un versamento del 25% del prezzo totale a titolo di indennizzo. La Travel Vac adiva il Juzgado de Primera Instancia di Valencia con una domanda di esecuzione nei confronti del signor Antelm Sanchis, per mancato pagamento di una tratta di importo pari a 90 000 PTA, firmata da quest'ultimo al momento della sottoscrizione del contratto. Il Juzgado de Primera Instancia di Valencia si interrogava se la direttiva 85/577 fosse applicabile alla fattispecie in esame e, in tal caso, se esso potesse accogliere la domanda riconvenzionale di risoluzione contrattuale presentata dal signor Antelm Sanchis. Il giudice nazionale dispone la sospensione del procedimento in corso e adisce, in via pregiudiziale, la Corte di Giustizia. La Corte si pronuncia stabilendo che "la direttiva 85/577 osta a che un contratto contenga una clausola che imponga al consumatore il pagamento di un indennizzo forfettario per i danni cagionati al commerciante in conseguenza del semplice esercizio del proprio diritto di recesso". Infatti, un tale indennizzo equivarrebbe a sanzionare il consumatore per aver esercitato il proprio diritto di recesso, una conseguenza questa che sarebbe contraria all'obiettivo di tutela perseguito dalla direttiva, che consiste proprio nell'impedire che il consumatore assuma impegni di tipo finanziario senza esservi adeguatamente preparato.

contemperamento degli interessi in campo. A ben vedere, quindi, un controllo giudiziale sul recesso di protezione non potrebbe svolgere alcuna funzione correttiva del contratto diretta ad attuare la c.d. equità contrattuale.

Il recesso di protezione non è un vero e proprio recesso. Mentre, infatti, il recesso vero e proprio costituisce pur sempre un'eccezione al principio della immutabilità del vincolo contrattuale, e come tale è sindacabile alla stregua delle clausole generali di buona fede e correttezza²⁵⁷, poiché costituisce una deroga al principio generale per cui i patti vanno sempre rispettati, il recesso di protezione si configura diversamente. Quest'ultimo attiene sempre alla formazione stessa del *pactum*, costituendo una revoca della dichiarazione contrattuale del consumatore, ed è proprio per questo motivo espressione più viva e lucida della sua libertà contrattuale.

Con riferimento all'aspetto della gratuità va senz'altro segnalato che si tratta di una caratteristica funzionale alla discrezionalità, poiché diretta ad impedire che il consumatore possa decidere di rinunciare o possa essere soltanto scoraggiato all'esercizio del diritto di pentimento per ragioni di tipo strettamente economico, va da sé che in tale prospettiva la gratuità sia volta essenzialmente a preservare la libertà del consumatore.

Ma veniamo ora al significato più pratico della nozione. Gratuità sta a significare che, in caso di esercizio del diritto di pentimento da parte del consumatore, sono escluse multe penitenziali da pagarsi al momento dell'esercizio del recesso stesso nonché condizione della sua efficacia²⁵⁸, sia caparre di tipo penitenziale, da versarsi anticipatamente al momento di sottoscrizione del contratto per il futuro ed eventuale

²⁵⁷ Nel sistema italiano alla luce dell'art. 1337 c.c. che impone alle parti sia nello svolgimento delle trattative che nella formazione del contratto di comportarsi secondo buona fede, e dell'art. 1375 c.c. che, invece, stabilisce che il contratto deve essere eseguito secondo buona fede.

²⁵⁸ Nel codice civile italiano l'art. 1373, comma 3, stabilisce che se è previsto un corrispettivo per l'esercizio del recesso, quest'ultimo potrà considerarsi validamente esercitato soltanto quando la prestazione risulti eseguita.

esercizio del recesso, sia di qualsiasi altro genere di indennità, come, ad esempio, l'indennità dovuta nel diritto italiano per la revoca della proposta contrattuale²⁵⁹.

La stessa disposizione che prevede il diritto di recesso, dopo averne riconosciuto ed indicato le caratteristiche, elenca i contratti rispetto ai quali il diritto di recesso viene escluso. La disciplina si caratterizza per aver eliminato tutte quelle incongruenze del passato dovute alle direttive anteriori, che specificavano con formule assai differenti l'esclusione del diritto di recesso, portando ad interpretazioni differenti in cui l'eccezione all'esercizio del recesso veniva più spesso rapportata alla tecnica di contrattazione seguita (fuori dai locali commerciali o a distanza) che non alla specificità del contratto tale da non giustificare, in rapporto ad un corretto funzionamento dello specifico mercato di settore, il diritto di pentimento.

Con riferimento ai singoli casi di esclusione del recesso, si deve segnalare come nessuna rilevante novità vada registrata rispetto a quanto stabilito nelle discipline precedenti e in particolare nella CRD, ma l'aspetto di sicuro più rilevante va rintracciato nella completa unitarietà della attuale disciplina e nel miglioramento delle formule che descrivono le esclusioni, garantendo in tal modo una maggiore certezza giuridica.

Anzitutto i casi di esclusione vengono distinti a seconda che riguardino i contratti stessi e le specificità relative alla loro conclusione o la tipologia delle prestazioni dedotte, ovvero i beni che ne sono oggetto in considerazione delle loro peculiarità.

Le ipotesi contrattuali a cui non si applica il diritto di pentimento inizialmente erano nove, ma il Parlamento europeo ha aggiunto, in sede di discussione della Proposta²⁶⁰, una ulteriore ipotesi, portando in tal modo il numero dei casi di esclusione a dieci.

²⁵⁹ L'art. 1328 c.c. stabilisce che: "se l'accettante ha intrapreso in buona fede l'esecuzione prima di avere notizia della revoca, il proponente è tenuto ad indennizzarlo delle spese e delle perdite subite per l'iniziata esecuzione del contratto". Va sottolineato come il CESL preveda tutta una serie di regole imperative dirette ad impedire che l'esecuzione del contratto possa avvenire per impulso del professionista nelle more del periodo di recesso, richiedendosi a tal fine sempre una iniziativa esplicita del consumatore.

²⁶⁰ Ci si riferisce alle modifiche apportate dal Parlamento europeo in prima lettura, in data 26 febbraio 2014, al testo della proposta, a cui si è fatto riferimento in apertura del presente capitolo, a cui si rimanda, e di cui si è discusso ampiamente nel capitolo secondo del presente elaborato.

La prima esclusione riguarda i “*contratti conclusi tramite distributori automatici o locali commerciali automatizzati*”. L’ipotesi era già stata inserita nella direttiva 97/77CE sui contratti conclusi a distanza come oggetto di esclusione della intera disciplina contenuta nella direttiva. L’esclusione era stata inizialmente prevista anche per gli obblighi informativi ma, in seguito a decisione del Parlamento europeo, non figura più nel novero.

Si intendono tali i contratti conclusi con l’ausilio di un apparecchio che effettua una prestazione meccanicamente in seguito alla messa in moto di un congegno provocata dall’inserimento di una moneta da parte dell’utilizzatore. Si è di fronte ad uno strumento di erogazione istantanea del bene, tale da far ritenere che la sussistenza della distanza, quale presupposto alla base della disciplina, venga meno. L’acquirente è inoltre messo in grado di conoscere il bene che si appresta ad acquistare nella sua fisicità, è in grado di vederlo con i propri occhi, di giudicarne le natura e caratteristiche e di procedere in tal modo ad una acquisto ragionato e ponderato, tutto questo semplicemente perché il bene è esposto all’interno dell’apparecchio automatico.

La seconda esclusione riguarda i “*contratti di fornitura di alimenti, bevande o altri beni destinati al consumo corrente domestico e materialmente forniti dal professionista in passaggi frequenti e regolari al domicilio, alla residenza o al posto di lavoro del consumatore*”. L’ipotesi era già stata contemplata nella direttiva del ’97 di cui *supra*, come esclusione da tutti gli obblighi informativi, dal recesso ma anche dall’obbligo di esecuzione del contratto entro 30 giorni, obbligo peraltro derogabile. L’esclusione risulta confermata anche per gli obblighi di contenuto informativo.

Le motivazioni giustificatrici l’esclusione che si possono richiamare possono essere diverse. Esse in parte poggiano sulle caratteristiche insite nella stessa pratica commerciale, tale da ridurre il rischio di condotte ingannevoli da parte del professionista e rendere per questa ragione superfluo il diritto di pentimento, e in

parte sulle caratteristiche di deperibilità della merce oggetto di questa categoria di contratti²⁶¹.

Trattandosi di beni facilmente deperibili, non ne potrebbe essere assicurata una sostanziale integrità nelle more del recesso o della loro restituzione. Vale a dire che il consumatore, conoscendo la possibilità di poter esercitare il recesso, potrebbe non garantire adeguatamente la custodia del bene, diminuendo intenzionalmente il valore del bene ad esempio, e restituire al professionista un bene non più idoneo ad essere messo di nuovo in circolazione.

La disciplina contenuta nella direttiva 85/577/CEE sui contratti conclusi fuori dai locali commerciali considerava tale tipologia di contratti di valore bagatellare e tali da giustificare, proprio per questa peculiarità, l'esclusione del diritto di recesso, che, in diversa ipotesi, avrebbe determinato un appesantimento strutturale decisamente non conveniente alla luce del rapporto costi/benefici.

La ragione dell'esclusione poggia quindi sulla circostanza che si tratta di contratti caratterizzati dal fatto che i fornitori effettuano giri frequenti e regolari, che comportano la creazione di una clientela stabile e fedele da eliminare il rischio di pratiche scorrette da parte del professionista.

Una ulteriore esclusione (la quinta) riguarda “*i contratti di fornitura di beni che rischiano di deteriorarsi o di scadere rapidamente*”, come ad esempio, i prodotti parafarmaceutici o, ancora, cibi e bevande.

Per questi beni non si potrebbe efficacemente garantire la possibilità di mantenere la sostanziale integrità dei beni stessi nelle more del recesso, a ben vedere questa esclusione ricalca l'ipotesi di cui si è discusso *supra*, e ne indentifica nella medesima circostanza, la veloce deteriorabilità, la ragione dell'esclusione.

Non si riesce a scorgere una ragione precisa che abbia condotto a prevedere i due casi in via autonoma e separata, dato che l'uno (l'ipotesi in questione) ricomprende l'altro (l'ipotesi di cui *supra*), rappresentandone una previsione più ampia portata.

²⁶¹ N. ZORZI GALGANO, *Ibidem*, p. 287.

Nella CRD (art. 16, lett. d) risulta presente solo quest'ultima regola, poiché in sede di approvazione del testo finale della direttiva, si è deciso di ricomprenderla in essa.

La terza esclusione riguarda *“i contatti di fornitura di beni o servizi connessi il cui prezzo sia legato a fluttuazioni del mercato finanziario che il professionista non è in grado di controllare e che possono verificarsi durante il termine di recesso”*. La norma fa riferimento ai contratti relativi ai servizi finanziari il cui prezzo è suscettibile di variazioni di cui il fornitore non è in grado di controllarne adeguatamente le fluttuazioni; la norma riprende la formula utilizzata nella direttiva 2002/65/CE sui contratti a distanza in materia di servizi finanziario²⁶² (che però non concerne anche i beni).

In tale ipotesi l'esclusione del recesso è diretta ad impedire che il diritto di pentimento possa prestarsi ad esercizi speculativi. Il consumatore, infatti, in base alle oscillazioni del mercato, potrebbe decidere di esercitare il diritto di recesso eventualmente accordato se l'operazione mostrasse per lui segni negativi, al contrario se si dimostrasse positiva e a suo vantaggio.

La quarta esclusione riguarda *“i contratti di fornitura di beni di consumo o contenuto digitale confezionati su misura o chiaramente personalizzati”*. La ragione dell'esclusione riposa sul fatto che si tratta di beni o di contenuto digitale prodotto su misura o comunque personalizzato in base alle esigenze più vicine al cliente²⁶³.

La formula attuale risulta più completa di quella precedente contenuta nella direttiva del '97, che non faceva menzione della fornitura di contenuto digitale con tali caratteristiche. La ragione del recesso risiede nella considerazione per cui un prodotto personalizzato sarebbe difficile da reintrodurre nel mercato, proprio in ragione della sua personalizzazione. Ciò costituirebbe un ostacolo per il corretto funzionamento e per lo sviluppo del mercato.

²⁶² La direttiva è consultabile sul sito:
<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/ALL/?uri=CELEX:32002L0065>.

²⁶³ Per avere una idea della fattispecie si veda quanto contenuto nella CRD, *Considerando* n. 49, laddove in riferimento allo stesso caso di esclusione, si richiamano le tende confezionate su misura.

La sesta ipotesi di esclusione riguarda *“i contratti di bevande alcoliche il cui prezzo sia stato concordato al momento della conclusione del contratto di vendita, ma la cui consegna possa avvenire solo dopo che siano trascorsi trenta giorni dal momento della conclusione del contratto ed il cui valore effettivo dipenda da fluttuazioni del mercato che non possono essere controllate dal professionista”*.

L'ipotesi è ripresa integralmente dalla CRD (*Considerando* n. 49), dove si è puntualizzato che sarebbe poco opportuno prevedere il diritto di recesso per un contratto che abbia ad oggetto un vino fornito molto tempo dopo la conclusione di un contratto di natura speculativa, in cui il valore del vino che ne è oggetto dipende dalle fluttuazioni del mercato.

La settima esclusione riguarda *“i contratti di vendita di giornali, periodici e riviste ad eccezione dei contratti di abbonamento per la fornitura di tali pubblicazioni”*.

L'esclusione del recesso si giustifica in considerazione del fatto che la concessione del diritto consentirebbe al consumatore di trarre dal prodotto tutta l'utilità di cui dispone, consentendone la lettura. Ma non solo. Il professionista non sarebbe in grado di reinserire il prodotto in commercio, una volta esercitato lo *ius poenitendi* da parte del consumatore, poiché il suo valore economico è molto breve: esaurito un certo lasso di tempo, il prodotto perde utilità commerciale.

L'esclusione non interessa i contratti di abbonamento, proprio perché questo genere di pubblicazioni si caratterizzano per non perdere utilità in lassi di tempo brevi, ma conservano bensì valore commerciale durante tutta l'intera durata dell'abbonamento.

L'ottava esclusione riguarda *“i contratti conclusi in occasione di asta pubblica”*.

La CRD riprende la stessa espressione e, in proposito, dispone al *Considerando* n. 24 cosa si intenda per “asta pubblica” e le modalità di svolgimento della stessa. Vengono escluse le aste *on-line* che non contemplano la possibilità per i partecipanti di essere presenti durante le operazioni d'asta e di godere di quelle garanzie tipiche delle aste pubbliche.

Il nono caso di esclusione riguarda *“i contratti di fornitura di servizi di vettovagliamento, o servizi riguardanti le attività di tempo libero qualora*

prevedano una data od un periodo di esecuzione specifici”. In questa ipotesi, se fosse accordato un diritto di recesso, il fornitore non sarebbe più in grado di offrire ad altri consumatori quei beni con le stesse caratteristiche e pertanto la giustificazione dell’esclusione riposa sul fatto che, altrimenti, si impedirebbe un corretto funzionamento del mercato specifico.

Il decimo ed ultimo caso di esclusione riguarda *“un contratto che, secondo la legislazione degli Stati membri, è stipulato con l'intervento di un pubblico ufficiale, tenuto per legge all'indipendenza e all'imparzialità, il quale deve garantire, fornendo un'informazione giuridica completa, che il consumatore concluda il contratto soltanto sulla base di una decisione giuridica ponderata e con conoscenza della sua rilevanza giuridica*”. E’ agevole ipotizzare come in tal caso l’esclusione del diritto di recesso si giustifichi alla luce delle peculiari modalità con cui il consumatore giunge alla stipula del contratto, tali da garantire che venga espresso un consenso valido, legittimo ed informato all’accordo.

Veniamo ora ai casi di esclusione dell’esercizio del diritto di recesso correlati alle caratteristiche che, in concreto, possono riguardare i beni o i servizi che sono stati oggetto di acquisto. I casi di questo genere sono cinque.

Il primo caso riguarda *“i beni che, forniti in forma sigillata, siano stati aperti dal consumatore, e non si prestino ad essere restituiti per motivi igienici o inerenti alla tutela della salute*”. Se questi particolari tipi di beni erano stati immessi nel commercio in forma sigillata, l’apertura, una volta avvenuta la consegna, ne impedisce una loro possibilità di ricollocazione “sicura” sul mercato ed è pertanto conseguenziale che il diritto di recesso non venga esercitato.

Il secondo caso riguarda *“i beni forniti che siano stati, conformemente alla loro natura, mescolati in modo inscindibile con altri beni dopo la consegna*”. La CRD opera la stessa esclusione e riporta, a titolo esemplificativo, la fornitura di combustibile, e cioè un prodotto che dopo la consegna è un bene inseparabile da altri beni.

Il terzo caso riguarda il caso di *“beni che siano registrazioni audio o video o software informatici forniti in forma sigillata e siano stati aperti dopo la*

consegna”. In questo caso l’esclusione viene giustificata dall’esigenza di evitare che il consumatore, una volta aperta la confezione, possa disporre del prodotto ricavandone tutte le qualità che il bene gli offre, inclusa la possibile riproduzione.

Il quarto caso riguarda l’ipotesi “*di fornitura di contenuto digitale su supporto non materiale che sia iniziata con il previo consenso esplicito del consumatore e con la sua rinuncia al diritto di recesso*”. Si tratta di una prestazione che è iniziata su consapevole richiesta esplicita del consumatore ed eseguita con immediatezza da entrambe le parti contrattuali, in considerazione che la richiesta, il pagamento e la consegna del contenuto digitale avvengono *on line*. In dottrina c’è chi fa notare come non si tratti di una rinuncia preventiva al diritto di esercitare il recesso, ovverossia esercitata prima che nasca il diritto, ma si tratta piuttosto di una rinuncia successiva al sorgere dello stesso, e che, proprio per questo motivo, non si pone in contrasto con il principio di irrinunciabilità dei diritti del consumatore²⁶⁴.

Il quinto ed ultimo caso di esclusione riguarda la circostanza in cui “*il consumatore abbia specificamente richiesto al professionista di fargli visita ai fini dell’effettuazione di lavori urgenti di riparazione o di manutenzione. Se in occasione di tale visita, il professionista fornisce servizi connessi oltre a quelli specificamente richiesti dal consumatore, o beni diversi dai pezzi di ricambio necessari per la manutenzione o le riparazioni, il diritto di recesso spetta per tali servizi connessi o beni supplementari*”. La medesima ipotesi veniva richiamata nella direttiva 85/577/CE, utilizzando una formula ampia ma non sufficientemente precisa per delineare i limiti dell’esclusione o dell’inclusione del recesso, tale da generare, nel corso della sua applicazione ai casi concreti, notevoli difformità applicative²⁶⁵.

²⁶⁴ N. ZORZI GALGANO, *Ibidem*, p. 294.

²⁶⁵ La direttiva dell’85 da un lato prevedeva che essa non si sarebbe applicata “ai contratti per la costruzione, vendita e locazione di beni immobili e ai contratti relativi ad altri diritti concernenti i beni immobili”, dall’altro stabiliva che rientravano “nel campo di applicazione della direttiva i contratti relativi alla fornitura di merci e alla loro incorporazione in beni immobili o i contratti relativi alla riparazione di beni immobili”. Nello specifico i dubbi interpretativi riguardavano sia cosa rientrasse nella formula “negli altri diritti relativi a beni immobili” per i quali il recesso andava escluso, sia cosa rientrasse invece nei servizi relativi alle riparazioni e manutenzioni di beni immobili dove la direttiva, incluso il recesso, doveva trovare applicazione.

La formula ora utilizzata nel CESL è la stessa che viene impiegata nella CRD. Una tale unitarietà della disciplina in materia intende evitare le anomalie del passato che si erano caratterizzate per essere foriere di varie questioni. Ai fini di cui si discute è risultata decisiva la specificazione secondo la quale ogni servizio ulteriore reso dal professionista rispetto a quelli espressamente richiesti dal consumatore in via d'urgenza, o la fornitura di beni diversi dai pezzi di ricambio necessari ad eseguire le riparazioni o manutenzioni urgenti devono ritenersi assoggettati allo *ius poenitendi*.

Con riferimento ora al termine per esercitare il recesso va detto che il CESL, parallelamente alla CRD, mantiene ferma la distinzione del *dies a quo* per l'esercizio del diritto di recesso, fissando la decorrenza iniziale del termine di quattordici giorni di calendario, in via alternativa, o al momento della consegna al consumatore, o al momento della conclusione del contratto.

Il termine fissato per recedere è rispettato se la comunicazione del recesso è inviata al professionista entro il termine dei quattordici giorni, ben potendo quindi essere inviata via posta e giungere al destinatario anche successivamente alla scadenza del termine fissato.

Così come previsto nella CRD, nella Proposta di Regolamento si specifica che, ai fini dell'esercizio del suo diritto di ripensamento, il consumatore può impiegare il modulo di recesso *standard* di cui all'Appendice 2, o qualsiasi altra dichiarazione redatta con proprie parole. Vale la pena ricordare che nella direttiva sui diritti dei consumatori (CRD) si specifica, a titolo di esempio, che la dichiarazione può consistere in una lettera, in una telefonata ma anche nella semplice restituzione dei beni accompagnata da una chiara dichiarazione di voler recedere.

Il modulo di recesso precompilato risponde ad un'ottica di semplificazione, secondo quanto emerge dalla lettura del *Considerando* n. 44 della CRD, laddove il legislatore si preoccupa di specificare come una tale previsione dovrebbe garantire una maggior certezza giuridica e una notevole riduzione dei costi per i professionisti transfrontalieri, ponendo fine a tutte quelle differenze con cui gli Stati membri avevano nel tempo interpretato il recesso.

Viene posto a carico del consumatore l'onere di provare che il diritto di recesso è stato esercitato secondo quanto dettato dalla disciplina europea. Si tratta di una regola molto importante perché mai esplicitata nelle direttive precedenti in tema di contratti negoziati fuori dai locali commerciali o a distanza.

La Proposta di Regolamento detta regole piuttosto puntuali con riferimento alla disciplina degli effetti del recesso tant'è che le obbligazioni che derivano dal recesso sono distinte in obbligazioni a carico del professionista e obbligazioni a carico del consumatore. L'aspetto sicuramente più interessante è rappresentato proprio dalla predisposizione di una disciplina unitaria che riproduce quella armonizzazione massima rinvenibile anche nella CRD.

Nello specifico il diritto di recesso fa venir meno l'obbligo di dare esecuzione al contratto, o, nel caso in cui il consumatore si fosse limitato ad una proposta, viene meno la possibilità di concludere il contratto stesso.

Fa capo al professionista l'obbligo di rimborsare tutti gli importi ricevuti dal consumatore senza indebito ritardo, in capo al consumatore, invece, è posto l'obbligo di restituire i beni oggetto del contratto consegnandoli direttamente al professionista o ad un terzo autorizzato a riceverli. Il consumatore è sollevato dal pagamento dei costi di restituzione dei beni qualora il professionista si sia offerto di sostenerli in proprio, ovvero, qualora il professionista abbia omesso di informare il consumatore sul fatto che proprio sul consumatore gravano normalmente le spese del recesso.

Quindi a ben vedere a carico del consumatore rimane solo il costo diretto alla restituzione dei beni del professionista, che però è soltanto eventuale perché si ammette la possibilità che il professionista decida di sopportare tale spesa in proprio.

Il consumatore può essere ritenuto responsabile solo della diminuzione del valore dei beni conseguenti ad un impiego del bene che vada al di là dell'atto di ispezione, il consumatore, infatti, non è mai responsabile per la diminuzione di valore dei beni qualora il professionista abbia omesso di informarlo del suo diritto di recesso, con particolare riferimento a condizioni, termini e procedure in conformità

all'Appendice 1, o sia risultato inadempiente in riferimento alla consegna del modulo precompilato di cui all'Appendice 2.

La Proposta di Regolamento disciplina anche gli effetti del diritto di recesso rispetto agli eventuali contratti accessori²⁶⁶, così come accade nella CRD (art. 15), ad ulteriore testimonianza della armonizzazione massima che si sta raggiungendo in tale settore. Anche questo tipo di contratti sono annullati senza spese per il consumatore, che non sarà obbligato a pagare nessuna somma e le cui obbligazioni consequenziali l'esercizio del recesso saranno disciplinate dalle regole poste dal diritto comune europeo della vendita, se il contratto accessorio è ad esso assoggettato, dalla eventuale altra legge applicabile in caso contrario.

Si segnala in dottrina che i contratti di credito al consumo, normalmente definiti una classica ipotesi di “contratti connessi” ad un contratto di vendita di beni o servizi sono espressamente sottratti alla disciplina del diritto comune europeo della vendita²⁶⁷, in considerazione del fatto che il terzo non è parte dell'accordo tra i contraenti. Tale contratto rimane quindi regolato dalla legge nazionale applicabile da individuarsi ai sensi del regolamento Roma I (n. 593/08), del regolamento Roma II (n. 864/07) o di altre norme di conflitto.

²⁶⁶ Il CESL predispone, all'art. 46, comma 2, una definizione specifica di “contratto accessorio”, intendendo “il contratto mediante il quale il consumatore acquista beni, contenuto digitale o servizi connessi in combinazione con un contratto a distanza o negoziato fuori dei locali commerciali e in cui i beni, il contenuto digitale o i servizi connessi sono forniti dal professionista o da un terzo in base ad un accordo con il professionista”.

²⁶⁷ N. ZORZI GALGANO, *Ibidem*, p. 301.

2.2. Diritto comune europeo della vendita e tutela del consumatore.

Conclusioni

Il contenuto di molte delle disposizioni del diritto comune europeo della vendita, come si è rilevato, coincide con quello delle corrispondenti discipline già appartenenti all'*acquis communautaire*, in special modo per quel che riguarda i rapporti B2C in relazione al quale l'*acquis* si è prevalentemente formato.

Sarebbe per questo motivo infondato parlare di un arretramento della tutela dei consumatori rispetto a quella attualmente assicurata a questi soggetti in base alla legislazione sul contratto di derivazione europea.

Va osservato, però, che la normativa europea sul contratto è stata realizzata per lo più attraverso la “tecnica della armonizzazione minima”, che ha generato nel panorama legislativo europeo notevoli incongruenze, potendo alcuni Stati membri mantenere o prevedere nel proprio ordinamento norme che dispongono una tutela maggiore per il consumatore (il riferimento è all’ordinamento spagnolo dove, con riferimento, alle clausole relative al contenuto economico del contratto, è ammissibile il controllo di vessatorietà).

Allora è proprio sotto questo aspetto che si può profilare un abbassamento della tutela del consumatore, perché, se l’ordinamento di riferimento del consumatore prevede una tutela maggiore di quella risultante dall'*acquis* vigente, costui aderendo al diritto comune europeo della vendita si esporrebbe ad un potenziale pregiudizio²⁶⁸.

²⁶⁸ G. 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 *Contratti*, 2012, p. 620, sottolinea come le norme del diritto comune europeo della vendita migliorerebbero la protezione del consumatore, in considerazione proprio della gerarchia dei rimedi che risulta superata dall’art. 106 del CESL laddove prevede che se il compratore è un consumatore “i diritti del compratore non sono subordinati al diritto di correzione del venditore”. Ma l’autore sottolinea altresì come l’adozione dello strumento opzionale dovrebbe comportare un aumento in termini dell’offerta di beni, un aumento della concorrenza e un conseguente abbassamento del livello dei prezzi, aspetti questi che vanno a diretto vantaggio del consumatore.

Il CESL, secondo gli intendimenti della Commissione, parrebbe disporre un *corpus* unico di norme di carattere imperativo che si allineano a quanto contenuto nella direttiva sui diritti dei consumatori (83/2011/UE), realizzando in tal modo una tutela omogenea in tutti i paesi dell'Unione che finora non era mai stata riscontrata.

La stessa Commissione europea nella sua “Relazione”²⁶⁹ alla Proposta di Regolamento osserva come “*il livello di protezione garantito è pari o superiore a quello garantito nell’acquis vigente*”, e ribadisce la propria posizione nel Considerando n. 11 laddove dice che “*è necessario che il diritto comune europeo della vendita comprenda un corpus completo di norme imperative a tutela dei consumatori completamente armonizzate*”.

Tuttavia, se è pur vero che la disciplina contenuta nella Proposta di Regolamento potrà predisporre una tutela più marcata di quanto non faccia l’*acquis*, non potrebbe in ogni caso discostarsi da esso, dovendosi mantenere coerente con gli altri obiettivi e politiche dell’Unione europea e rispettare i principi di proporzionalità e sussidiarietà.

Per sciogliere il nodo occorre chiedersi se questo aspetto sia davvero un punto debole, perché si sarebbe potuto osare di più, o se, invece, questa apparente debolezza non rappresenti in realtà un punto di forza del Regolamento sul diritto comune europeo della vendita.

Il punto centrale della questione risiede nel domandarsi quali sarebbero stati gli effetti pratici di una scelta più coraggiosa, che stabilisse una disciplina più avanzata rispetto, ad esempio, a quella prevista nella direttiva sui diritti dei consumatori (CRD).

Se si fosse prevista una completa gratuità dell’esercizio del diritto di recesso, che non imponesse al consumatore di accollarsi le spese minime di spedizione necessarie per restituire i beni alla controparte, forse, gli stessi professionisti avrebbero potuto esercitare pressioni sul consumatore stesso per evitare

²⁶⁹ Così, *Relazione* di cui alla Proposta di Regolamento, p. 7.

l'applicazione della nuova disciplina, pretendendo l'applicazione della disciplina per essi più favorevole contenuta nella CRD.

Ecco che un Regolamento che non va oltre quanto disposto dalla precedente legislazione europea in materia, informandosi al principio sostanziale dell'armonizzazione massima, permette una più estesa applicazione in concreto della normativa e finisce per non incidere in maniera negativa sulla possibile efficienza dell'impatto del futuro Regolamento²⁷⁰.

Ma il vero punto di forza dell'intera disciplina è rappresentato sicuramente dal sistema dei rimedi previsti nell'ipotesi di violazione da parte del professionista delle informazioni, in special modo di quelle preventive.

La direttiva, infatti, è uno strumento debole ai fini del raggiungimento di una armonizzazione completa ed omogenea, poiché vincolando gli Stati membri solo per i risultati da raggiungere, riserva ad essi un certo margine di discrezionalità nell'intervento, generando così la nascita di normative nazionali fortemente frammentate, che esplicitano in maniera differente mezzi e forme necessari per conseguire il risultato prescritto.

Il Regolamento, al contrario, proprio in virtù della sua forza normativa (generalità, obbligatorietà in tutti i suoi elementi e diretta applicabilità), si rivela essere uno strumento più adeguato per contribuire ad estendere l'applicazione del diritto comune europeo sulla vendita.

²⁷⁰ In questo senso si è espressa N. ZORZI GALGANO, *Ibidem*, p. 306. L'autrice sottolinea come "il mancato elevato miglioramento del livello di protezione di cui i consumatori beneficiano in virtù del diritto di consumo dell'Unione, in relazione all'ambito del recesso di protezione, non rappresenta un punto di debolezza, ma tutto all'opposto, costituisce invece un punto di forza della disciplina del Regolamento".

3. Una prospettiva di *law and economics*

Diversi autori hanno manifestato una opinione negativa²⁷¹ riguardo al CESL, molti di essi sostengono che la disciplina in esso contenuta sia imperfetta, economicamente inefficiente e incapace di soddisfare lo scopo principale per cui è stata pensata: dare una spinta alla contrattazione transfrontaliera. Tra l'altro il fatto che lo strumento sia meramente opzionale non fa altro che alimentare tali critiche.

La scelta di prevedere uno strumento opzionale come mezzo per superare gli ostacoli insiti nel commercio transnazionale è stata giudicata opinabile per diverse ragioni. Non si è mancato di notare che le imprese che ritengono la presenza di regimi contrattuali diversi un freno, capace di dissuaderle ad intraprendere gli scambi, sono una parte piuttosto esigua, non bastevole a giustificare l'adozione di un regolamento del genere. Ma c'è di più. Le ragioni addotte dalla Commissione europea in favore del CESL sono basate a partire esclusivamente dai dati elaborati dall'Eurobarometro²⁷² e dalla valutazione di impatto predisposta dallo staff della Commissione²⁷³, senza tener conto di altri studi di settore, magari elaborati da istituti non proprio prossimi alle istituzioni, che, proprio in considerazione della loro posizione, avrebbero potuto garantire una visione più imparziale e quindi, forse, più aderente alla realtà.

Inoltre, introdurre un ulteriore strumento di negoziazione a disposizione delle parti comporta un sicuro incremento dei costi di transazione, rivelandosi più oneroso per l'impresa valutare un numero maggiore di opzioni contrattuali, piuttosto che limitarsi a contrattare sulla base delle alternative già presenti sul mercato. Il costo

²⁷¹ O. BEN-SHAHAR, "Introduction: a law and economics approach to European contract law", in *Common Market Law Review*, 2013, pp. 3-10.

²⁷² Eurobarometro 320 sul diritto europeo dei contratti nelle transazioni tra imprese, 2011, p. 15, consultabile nel sito: http://ec.europa.eu/public_opinion/flash/fl_320_en.pdf e Eurobarometro 321 sul diritto europeo dei contratti nelle transazioni tra imprese e consumatori, 2011, p. 19, nel sito: http://ec.europa.eu/public_opinion/flash/fl_321_en.pdf.

²⁷³ L'*Impact Assessment* (IA) è disponibile nel sito: http://ec.europa.eu/justice/contract/cesl/impact-assessment/index_en.htm.

si manifesta in termini di necessità nel rivolgersi a professionisti specializzati in grado non solo di illustrare le possibili alternative contrattuali ma anche fornire assistenza e sostegno durante tutto il corso della trattativa²⁷⁴.

In teoria uno strumento opzionale che disponga un alto livello di protezione dei consumatori, in presenza di competizione tra ordinamenti²⁷⁵, è da guardare con favore, perché gli ordinamenti tra loro in competizione finiranno coll'adeguarsi a quell'ordinamento visto come più favorevole dalle parti contrattuali, e che, proprio per questa ragione, sarà scelto più di frequente. Ma, finché nel mercato europeo non si realizzerà uno scenario simile, lo strumento opzionale altro non è che “*a creeping codification of contract law that is ultimately meant to preempt Member States' laws*”.

Secondo Eric Posner, in particolare, l'aver previsto uno strumento, la cui efficacia è subordinata alla scelta discrezionale delle parti, genera una competizione inefficiente (“*race to the bottom*”). I benefici di cui lo strumento è latore sono infatti ridotti proprio a causa della sua essere opzionale, caratteristica che non ne assicura una sicura applicazione da parte di tutti gli attori economici.

Inoltre, la presenza di previsioni di carattere generale ed astratto, come quelle di buona fede e ragionevolezza, che non hanno un significato generalmente condiviso in tutti gli ordinamenti dell'Unione, complica la situazione²⁷⁶. Clausole di questo

²⁷⁴ C'è chi non condivide questa posizione, sostenendo, al contrario, che il CESL renderebbe più semplice per le parti conoscere la legge applicabile al caso di specie e, conseguentemente, renderebbe più agevole la risoluzione dei problemi pratici che possono sorgere, proprio perché si conosce la normativa da applicare (“Issues or problems that arise are generally easier to resolve when the relevant rules are known”). In questo senso si esprime il Presidente della Corte Suprema della Finlandia P. KOSKELO, “*A national judge's perspective on the proposal for a CESL*”, in *The proposal for a Common European Sales Law: the way forward*, 2013, p. 7, nel sito: <http://www.europaparl.europa.eu/studies>.

²⁷⁵ A. ZOPPINI (a cura di), *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, Bari, 2004. L'autore sostiene che il diritto europeo sia in crisi, non solo per la resistenza degli ordinamenti nazionali alla attuazione delle direttive, ma anche per la situazione di concorrenza tra gli stessi ordinamenti. Le parti contrattuali, infatti, tendono a scegliere il diritto applicabile tra una pluralità di possibilità nell'ambito degli ordinamenti nazionali, un fenomeno conosciuto anche come c.d. *shopping del diritto*. Ci si chiede in particolare se sia preferibile l'unificazione normativa ovvero la concorrenza tra ordinamenti giuridici.

²⁷⁶ L'Emendamento n. 17, approvato dal Parlamento europeo il 26 Febbraio 2014, e modificativo del *Considerando* 31, chiarisce la definizione di buona fede. Esso prevede che: “*Il principio generale della buona fede e della correttezza deve costituire una norma di condotta che garantisca una*

genere lasciano ampio margine agli interventi delle Corti nazionali e, se da un lato sono sinonimo di flessibilità, consentendo di modulare le decisioni a seconda del contenuto, dall'altro portano ad una non uniformità interpretativa e quindi anche applicativa, generando confusione e difficoltà per i consociati e finendo per alimentare quanto si voleva dal principio eliminare.

Dunque, ad una analisi generale condotta sulla scorta della dottrina *law and economics*, le regole contenute nella Proposta di Regolamento paiono pensate in maniera non completamente corretta o, comunque, non si presentano di certo scevre di criticità.

Anche la disciplina dei doveri di informazione non si rivela così efficace secondo la prospettiva che si segue in questa analisi. Tali doveri si presentano così ripetitivi da predisporre paradossalmente una tutela per il consumatore inferiore a quella che si sarebbe avuta in regime di *caveat emptor*. Mentre una disciplina “*consumer friendly*” è sicuramente adeguata per un gruppo compatto di imprese che conoscono bene una determinata pratica commerciale, applicandola nella contrattazione giornaliera, non si rivela appropriata rispetto ad una collettività più ampia, non abituata ad avere a che fare con questo genere di normative, poiché si dovrebbero sostenere dei costi legati al reperimento delle informazioni necessarie per poter conoscere dettagli e confini applicativi della normativa.

La stessa disciplina dell'errore (art. 48) e del dolo (art. 49) sono oggetto di critiche²⁷⁷. Nel CESL, infatti, viene sminuito il valore dell'informazione privata e si ammette l'annullamento del contratto troppo frequentemente da minare l'efficienza delle transazioni. C'è chi sottolinea che la Proposta più che concentrarsi

relazione onesta, trasparente ed equa. Pur impedendo ad una parte di esercitare o di basarsi su un diritto, riparazione o difesa che, in altro modo, questa parte avrebbe, il principio in quanto tale non deve dar luogo ad un diritto generale all'indennizzo per danni”. Tuttavia, D. HERTZELL, “*Increasing the legal certainty and attractiveness of CESL: UK Law Commission's perspective*”, in *The proposal for a Common European Sales Law: the way forward*, 2013, p. 78, nel sito <http://www.europaparl.europa.eu/studies>, sottolineava già la scarsa consistenza della modifica, sostenendo che, con riferimento al settore della contrattazione a distanza, gli operatori economici “are particularly unlikely to be familiar with such legal concepts”, e che “the meaning of this phrase is uncertain and this risks dissuading adoption of the CESL”.

²⁷⁷ A. PORAT, “*The law and economics mistake in European sales law*”, in *Common Market Law Review*, 2013, pp. 127-146.

sulla disciplina dello *status* delle parti contrattuali - consumatore, PMI, grande impresa - si interessa agli aspetti patologici della contrattazione, vale a dire asimmetria delle informazioni e disparità di potere contrattuale.

Seguendo la disciplina dell'errore, finché l'errore si rivela essenziale ai fini dell'annullamento del contratto, è sufficiente che l'altra parte l'abbia causato perché il contratto possa essere sciolto. Ma da un punto di vista di efficienza economica la causazione dell'errore non è abbastanza.

Il CESL stesso prevede che *“una parte non può annullare il contratto per errore se essa ha assunto il rischio dell'errore o deve sopportarlo nelle circostanze di cui trattasi”*. Questa previsione potrebbe risolvere la questione dell'efficienza, poiché le Corti, chiamate a decidere l'eventuale controversia, potrebbero concludere statuendo che, anche se la causazione dell'errore viene considerata una condizione sufficiente per l'annullamento, nel caso specifico risulta che la parte si sia assunta il rischio dell'errore e quindi l'annullamento non è consentito. La norma, quindi, pare affidare una certa discrezionalità ai giudici che, se vorranno, avranno margine di intervento per ristabilire l'efficienza del contratto. Ma, fino a quando ciò non accadrà, vale a dire fino a quando non si avranno casi pratici che costituiranno motivo di intervento, la formulazione della norma, così come è, non è idonea a superare le criticità di cui si è discusso.

L'annullamento del contratto può esser chiesto anche quando la parte omette di rivelare informazioni rispetto alle quali vige un obbligo di *disclosure*, la cui esistenza viene valutata alla stregua di principi piuttosto ambigui perché non definiti univocamente in tutti gli Stati membri, come, ad esempio, quello di buona fede o di ragionevolezza. Tuttavia, secondo i parametri dell'efficienza, sarebbero necessari principi più chiari e specifici per poter ammettere l'annullamento. Impiegare termini così vaghi rende incerto il dettato normativo, e ciò si rivela un grave problema per una disciplina come CESL che si propone di essere applicata alle parti contrattuali di diverse nazioni e tradizioni giuridiche.

Le norme a tutela dei consumatori impongono obblighi onerosi per il venditore che molto probabilmente verranno messi a carico del consumatore per mezzo del prezzo

finale imposto al bene o servizio oggetto della vendita. Inoltre, affidando la tutela del consumatore principalmente agli istituti del recesso e degli obblighi informativi, il CESL mostra un approccio semplicistico, “naïve”, sostanzialmente inadeguato allo scopo che si propone.

Nonostante le numerose voci contrarie nei riguardi del CESL, non sono del tutto assenti voci favorevoli. Tra queste, in particolare, si segnala quella di Ganuza e di Gomez, i quali ritengono che, nonostante l’ambiziosa tutela predisposta a favore del consumatore possa creare qualche inefficienza, tuttavia l’aver predisposto una disciplina unica per la contrattazione transfrontaliera garantirà sicuramente un risparmio dei costi legati alla necessità di doversi ogni volta rivolgere agli specialisti per conoscere i diversi *standards* nazionali, un risparmio che sarà molto rilevante per le PMI che, in passato, scoraggiate dal dover intraprendere dispendiose consulenze, non accedevano o accedevano in maniera molto limitata al mercato transfrontaliero. La giustizia sociale che anima l’intera proposta, la grande rilevanza data alla tutela del consumatore e la volontà di facilitare il ricorso al mercato transnazionale²⁷⁸ sono aspetti che possono, tutti insieme, superare le criticità

²⁷⁸ E’ stato riscontrato come uno degli ostacoli maggiori al commercio transfrontaliero sia rappresentato dalla difficoltà di ricorrere a meccanismi di risoluzione delle controversie semplici e rapide. Il testo adottato in prima lettura dal Parlamento europeo, il 26 Febbraio 2014, consente di ricorrere a meccanismi di soluzione alternativa delle controversie secondo quanto previsto dalla Direttiva 2013/11/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2013, sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori, che modifica il regolamento (CE) n. 2006/2004 e la direttiva 2009/22/CE (Direttiva sull’ADR per i consumatori) (GU L 165 del 18.6.2013, pag. 63). Si veda l’Emendamento n. 20, che introduce il *Considerando* 34 ter, stabilendo che: “*Un ulteriore ostacolo al commercio transfrontaliero è la mancanza di accesso a meccanismi di ricorso efficaci ed economici. Pertanto, un consumatore e un professionista che concludano un contratto in base al diritto comune europeo della vendita devono considerare la possibilità di sottoporre le controversie risultanti da tale contratto a un organismo alternativo esistente incaricato della risoluzione delle controversie ai sensi all’articolo 4, paragrafo 1, lettera h), della direttiva 2013/11/UE del Parlamento europeo e del Consiglio. Ciò lascia assolutamente impregiudicate la possibilità delle parti di avviare azioni dinanzi ai tribunali competenti senza prima aver ricorso alla risoluzione alternativa delle controversie*”. L’*Alternative Dispute Resolution* (ADR) è un meccanismo che permette di evitare spese e procedimenti giudiziari, le autorità che se ne occupano sono organismi extragiudiziali neutrali (ad esempio un conciliatore, un mediatore, un arbitro, un ombudsman, una commissione per i reclami *et similia*) che propongono o impongono una soluzione oppure organizzano un incontro tra le parti per aiutarle a trovare una soluzione. Secondo i dati raccolti dalla Commissione europea, nel 2010 un consumatore dell’Unione su cinque ha riscontrato problemi nell’acquisto di beni o servizi nel mercato unico, ciò ha determinato perdite finanziarie stimate allo 0,4% del PIL dell’UE. Solo una esigua parte dei consumatori ha cercato e ottenuto di risolvere efficacemente questi problemi. Si stima che, se disponessero di una ADR efficiente e trasparente per le loro controversie, i consumatori dell’UE potrebbero risparmiare circa 22,5 miliardi l’anno, pari allo 0,19% del PIL dell’UE. Va sottolineato come questa cifra comprenda soltanto i

economiche che ad essi si accompagnano, ma la considerazione senza dubbio più rilevante che deve esser fatta riguarda l'aver promosso uno strumento, come è per l'appunto il CESL, che rappresenta un deciso passo in avanti verso uno “*European legal order of fair market*”²⁷⁹.

risparmi finanziari diretti, e non tenga conto di fattori meno tangibili, altrettanto importanti ai fini di un buon funzionamento del mercato, quali il miglioramento della fiducia, dei rapporti con i clienti e della reputazione delle imprese. Si veda la pagina web della DG SANCO in materia di ADR/ODR: http://ec.europa.eu/consumers/index_it.htm.

²⁷⁹ E. POILLOT, “*Increasing the legal certainty and attractiveness of CESL: a consumer law expert’s perspective*”, in *The proposal for a Common European Sales Law: the way forward*, 2013, p. 68, nel sito: <http://www.europaparl.europa.eu/studies>. La professoressa, proveniente dall’Università del Lussemburgo, suggerisce di modificare il nome del CESL, da *Common european sales law* a *Code of european sales law*. In particolare, “In countries where consumer legislation was codified [...] the reference to a “Code” could contribute to the visibility of the CESL. This would be a very formal measure but we suggest having a thought about it”.

Conclusioni

La Proposta di Regolamento nasce con il precipuo fine di migliorare il funzionamento delle transazioni e facilitare l'espansione dei traffici e dei consumi transfrontalieri. E' stato ampiamente osservato che avere a che fare con leggi straniere differenti rende le operazioni talmente complesse da scoraggiare gli operatori economici a concludere contratti oltre i confini nazionali.

Rispetto alle situazioni nazionali, infatti, le situazioni transfrontaliere comportano costi aggiuntivi, definiti solitamente come costi di transazione, che costituiscono un forte deterrente per il commercio.

La differenziazione normativa non rappresenta l'unico ostacolo per le contrattazioni di questo genere, ma è solo a partire dal suo superamento che possono ridursi le attuali complessità, a beneficio di tutti i protagonisti della scena economica.

La Proposta risponde alla necessità di realizzare un mercato comune europeo il più possibile integrato ed armonizzato, una tale esigenza deve essere senza dubbio supportata dall'utilizzo di strumenti giuridici adeguati che ne consentano il conseguimento.

Se si volge uno sguardo al percorso storico seguito dal diritto contrattuale europeo, si può notare come lo stesso, nonostante sia una materia "giovane"²⁸⁰ dal punto di vista normativo, sia stato contrassegnato da un rapido sviluppo.

²⁸⁰ La Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali 934/CEE risale al 1980 (oggi sostituita dal Regolamento n. 593/2008 "Roma I"), mentre le direttive sul diritto dei contratti vengono emanate tra la seconda metà degli anni ottanta e gli inizi degli anni novanta: Direttiva 85/577/CEE sui contratti negoziati fuori dai locali commerciali; Direttiva 87/102/CE e 90/88/CE in materia di credito al consumo; Direttiva 93/13/CE sulle clausole abusive; Direttiva 90/134/CE sui pacchetti turistici aventi ad oggetto i viaggi, le vacanze ed i circuiti "tutto compreso".

Due sono gli aspetti centrali²⁸¹. Il primo rappresentato da un forte rinnovamento della disciplina contrattuale, nucleo centrale del diritto privato, intesa come espressione di un sistema che fonda le sue radici, da una parte, sulla libertà dell'iniziativa economica privata e, dall'altra, sulla concorrenza di mercato.

Il secondo costituito, invece, dalla crescente estensione delle categorie privatistiche, prima fra tutte il contratto, anche in ambiti da sempre considerati di dominio pubblicistico, come i rapporti di pubblico impiego o i settori dei servizi postali e delle telecomunicazioni, e la conseguente assegnazione al diritto contrattuale del compito di regolare le transazioni all'interno del mercato unico europeo.

L'ambito operativo ricomprende tutte le norme che riguardano la formazione, il contenuto e la estinzione del contratto, in particolare quelle che incidono sulla tutela dei consumatori e sulla regolamentazione degli interessi pubblici attinenti al funzionamento del mercato.

Il diritto contrattuale europeo è finalizzato alla regolamentazione del fallimento del mercato, principale rischio a cui sono esposte le transazioni commerciali e causato da diversi fattori come, ad esempio, la concorrenza imperfetta o la violazione degli obblighi informativi tra le parti (le c.d. asimmetrie informative²⁸²).

Il principio cardine in materia è quello della trasparenza del contenuto contrattuale, che non riguarda semplicemente il prezzo della transazione, ma anche la regolamentazione pattizia e il trattamento giuridico del rapporto.

L'assenza di informazioni genera la progressiva segmentazione del mercato che ha come conseguenza l'isolamento delle operazioni contrattuali e la produzione di effetti negativi proprio su quel settore del mercato nel quale agiscono i consumatori, che rappresentano i soggetti che necessitano maggiormente di un sistema di

²⁸¹ O. TROMBETTI, “*Tentativi di uniformazione del diritto contrattuale a livello europeo. Prime riflessioni per un confronto tra il Draft Common Frame of Reference e il progetto preliminare del Code européen des contrats*”, in *Contratto e Impresa. Europa*, 2011, pp. 169.

²⁸² S. GRUNDMANN, “*La struttura del diritto europeo dei contratti*”, in *Riv. Dir. Civ.*, 2002, p. 395, ritiene che le asimmetrie informative siano solo in parte dannose, risultando indispensabili al funzionamento del mercato, in quanto create dalla condizione di efficienza del mercato ed intrinseche al meccanismo dello stesso.

informazioni sui prezzi e sulle clausole contrattuali, poiché solitamente non dispongono della capacità professionale adeguata per affrontare la contrattazione e, per questo, sono considerati “parte debole” del rapporto²⁸³.

Come sostiene Irti, “è necessario che (i consumatori) siano consapevoli. Difesa del consumatore è difesa del suo grado di consapevolezza e, perciò, della sua libertà di preferenza. [...] La tutela va costruita come regime dell’informazione, la quale, avendo reso consapevoli i consumatori, dirige la decisione e così determina la responsabilità (o, meglio, l’autoresponsabilità) della scelta”²⁸⁴.

Il diritto all’informazione viene protetto da un particolare rimedio, il recesso il cui esercizio viene graduato sulla base dei tempi e dei contenuti dell’informazione, consentendo in tal modo al contraente il diritto di rimettere in discussione il contratto concluso.

La Proposta di Regolamento risulta coerente con questo scenario, delineandone egregiamente i contenuti. In particolare, è stato notevolmente facilitato il ricorso al mercato transnazionale, sono stati rafforzati i circuiti informativi, è stata predisposta una elevata tutela del consumatore e, nonostante sia possibile sollevare qualche obiezione, sia di natura formale che sostanziale, essa va senz’altro accolta con entusiasmo.

Nel processo di armonizzazione che ha interessato diritto contrattuale europeo, non possono ignorarsi le finalità perseguite attraverso la competenza attribuita all’Unione europea, secondo quanto disposto dall’art. 81 TFUE, riguardo l’adozione di specifiche misure nella cooperazione giuridica in materia civile, per l’istituzione progressiva di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia²⁸⁵, in cui il

²⁸³ I doveri di informazione rendono più chiari i contenuti dei rapporti contrattuali complessi o tendono a dare certezza alle condizioni contrattuali proposte. L’ordinamento in queste ipotesi impone al contraente “forte” di fornire alla controparte quelle conoscenze in grado di eliminare i difetti di informazione legati all’oggetto o alle modalità della contrattazione.

²⁸⁴ N. IRTI, “L’ordine giuridico del mercato”, Bari, 2008, pp. 139-140.

²⁸⁵ L’art. 3, paragrafo 2, TUE stabilisce che: “L’Unione offre ai suoi cittadini uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia senza frontiere interne, in cui sia assicurata la libera circolazione delle persone insieme a misure appropriate per quanto concerne i controlli alle frontiere esterne, l’asilo, l’immigrazione, la prevenzione della criminalità e la lotta contro quest’ultima”.

rispetto dei diritti fondamentali si affianca al rispetto delle tradizioni giuridiche dei diversi Stati membri.

Il Trattato di Lisbona ha precisato che “*tale cooperazione può includere l’adozione di misure intese a ravvicinare le disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri*” (art. 81, n. 1, TFUE).

Il conferimento della suddetta competenza ha, per esempio, consentito alla Commissione europea di intraprendere studi in materia di ravvicinamento di alcuni settori specifici del diritto dei contratti di carattere transnazionale. Sono inoltre in vigore fra gli Stati membri dell’Unione due regolamenti, uno sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Regolamento CE n. 593/2008 “Roma I”), l’altro sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali (Regolamento CE n. 864/2007 “Roma II”).

Seguendo questa prospettiva l’ambizione di andare oltre, iniziando dalla materia contrattuale, si rileva di importanza strategica ai fini del buon funzionamento del mercato unico, così come appare rilevante portare avanti e sostenere l’adozione di uno strumento, come aspira ad essere il CESL, che abbia come obiettivo la regolazione dei rapporti contrattuali di matrice europea.

Tuttavia, per raggiungere una completa armonizzazione e realizzare il più ambizioso progetto rappresentato dalla codificazione europea è indispensabile costruire un quadro politico certo e un più definito assetto costituzionale, imperniato su un catalogo di valori giuridici, ma anche sociali e culturali, realmente condivisi.

L’interrogativo a cui si deve rispondere è: “a che punto è l’Europa?²⁸⁶”. Soltanto spostando la riflessione sul processo di integrazione europea e dedicando attenzione alla sua evoluzione sarà possibile elaborare una strumentazione giuridica coerente con gli scenari attuali e, quindi, efficiente anche in termini economici.

²⁸⁶ C. CASTRONOVO, “*L’utopia della codificazione europea e l’oscura Realpolitik di Bruxelles dal DCFR alla proposta di regolamento di un diritto comune europeo della vendita – The Utopia of codification and the obscure Bruxelles Realpolitik*”, in *Europa e diritto privato*, 2011, p. 837.

Di fondamentale importanza nella costruzione di un percorso di coerenza e compatibilità tra il diritto nazionale e quello europeo appare la collaborazione tra politica, diritto ed economia, dove il diritto rende effettive le scelte dell'economia e della politica controllandone la ragionevolezza²⁸⁷.

Gli scambi economici da sempre tendono a muoversi al di là dei confini e a disconoscere i vincoli della territorialità. Poiché l'economia non contempla distinzioni tra cittadini e stranieri, si assiste alla tendenza del diritto ad allargare sempre di più il suo raggio di azione, dalle tribù primitive alla odierna comunità internazionale, dando vita allo *ius gentium* e alla *lex mercatoria*²⁸⁸.

Il mutuo riconoscimento delle legislazioni è correlato alla libertà di circolazione delle merci e al mercato, e questo aspetto dimostra come l'economia abbia bisogno del diritto, nel senso che è il diritto che disegna l'economia²⁸⁹.

L'assetto dell'economia rimanda alle scelte normative e queste all'esito della lotta politica, intesa come “*volontà decidente e conformante delle due sfere*”²⁹⁰.

Non si tratta quindi di ricavare le leggi da qualsivoglia fonte ma soltanto di volerle, vale a dire di scendere nella lotta politica per prendere quelle fondamentali decisioni che aiutino il completamento del processo di integrazione.

Come sosteneva Savigny, il diritto dipende dai costumi e dallo spirito di ciascun popolo e, come tale, è in continua evoluzione e trasformazione, così come avviene per il linguaggio.

Solo una realtà politica matura può stimolare la codificazione, anzi, sarebbe piuttosto illusorio credere che sia possibile il processo inverso, caratterizzato dalla imposizione dall'alto dell'unità.²⁹¹

²⁸⁷ F. VIOLA, “*Il diritto come scelta*”, in *La competizione tra ordinamenti giuridici*, A. PLAIA (a cura di), Milano, 2007, p. 184.

²⁸⁸ *Idem*, p. 173.

²⁸⁹ N. IRTI, *Ibidem*, p. 74

²⁹⁰ *Idem*

²⁹¹ G. ALPA, G. CONTE, “*Riflessioni sul progetto di Common Frame of Reference e sulla revisione dell'Acquis Communautaire*”, in *Riv. Dir. Civ.*, 2008, p. 174.

La strada da percorrere non è, quindi, quella della uniformazione degli ordinamenti, mediante prescrizioni che provengono dall'alto, ma, al contrario, quella del loro coordinamento in vista del raggiungimento di un fine specifico di rilevanza comunitaria, assumendo una direzione che rispetti, per quanto possibile, l'identità e l'autonomia dei singoli ordinamenti²⁹².

²⁹² F. VIOLA, *Ibidem*, p. 180.

Bibliografia

- AA. VV., *Policy Options for Progress Towards a European Contract Law*, *Max Planck Private Law Research*, in *Rabel Journal of Comparative and International Private Law (RabelsZ)*, 2011, vol. 75, n. 2, pp. 371-348.
- G. ALPA, “*Towards a European Contract Law*”, in *Contratto e Impresa. Europa*, 2012, fasc. 1, p. 123.
- G. ALPA, G. CONTE, “*Riflessioni sul progetto di Common Frame of Reference e sulla revisione dell’Acquis Communautaire*”, in *Riv. Dir. Civ.*, 2008, fasc. 2, pp. 141-178.
- L. ANTONIOLLI DEFLORIAN, “*I contratti del consumatore nel diritto inglese fra common law e diritto comunitario*”, in *Riv. Dir. Civ.*, 2002, pp. 779-821.
- J. BASEDOW, “*Codification of Private Law in the European Union: the Making of a Hybrid*”, in *Eur. Rev. Priv. L.*, 2001, vol. 9, p. 35 ss.
- E. BATTELLI, “*Il nuovo Diritto europeo dei contratti nell’ambito della Strategia “Europa 2020”*”, in *Contratti*, 2011, pp. 1065-1076.
- O. BEN-SHAHAR, “*Introduction: a law and economics approach to European contract law*”, in *Common Market Law Review*, 2013, pp. 3-10.
- M. J. BONELL, “*The need and possibility of a codified European contract law*”, in *Eur. Rev. Priv. L.*, vol. 5, 1997, p. 505 ss.
- A. CASTALDO, E. CONTE, G. GALEOTTI, “*Buona fede e responsabilità precontrattuale. Comportamenti opportunistici e hold up nelle trattative*”, in *Mercato concorrenza regole*, 2012, pp. 577-605.

- C. CASTRONOVO, “Introduzione”, in *Principi di diritto europeo dei contratti*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 11 ss.
- C. CASTRONOVO, “L’utopia della codificazione europea e l’oscura Realpolitik di Bruxelles dal DCFR alla proposta di regolamento di un diritto comune europeo della vendita – The Utopia of codification and the obscure Bruxelles Realpolitik”, in *Europa e diritto privato*, 2011, fasc. 4, p. 837 ss.
- C. CASTRONOVO, “Savigny i moderni e la codificazione europea”, in *Europa e diritto privato*, 2001, fasc. 2, p. 244.
- C. CASTRONOVO, “Sulla proposta di regolamento relativo a un diritto comune europeo della vendita – [The New Proposal of Regulation on a Common European Sales Law (CESL)]”, in *Europa e Diritto Privato*, 2012, fasc. 2, p. 289 ss.
- C. CASTRONOVO, “Verso un codice europeo: i Principi di diritto europeo dei contratti”, in *Vita Not.*, 2004, fasc. 1, p. 18 ss.
- H. COLLINS, “Why Europe needs a Civil Code: European Identity and the Social Model”, in *Eur. Rev. Priv. L.*, 2013, pp. 907-922.
- E. COOKE, “The Modern Law of Estoppel”, Oxford, Oxford University Press, 2000, p. 2.
- G. CRISI, “Lo Ius Poenitendi tra tutela del consumatore e razionalità del mercato”, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 2001, pp. 569-606.
- G. D’AMICO, “Direttiva sui diritti dei consumatori e Regolamento sul Diritto comune europeo della vendita: quale strategia dell’Unione europea in materia di organizzazione?”, in *Contratti*, 2012, fasc.7, p. 611 ss.
- G. DE CRISTOFARO, “Il (futuro) «Diritto Comune Europeo» della vendita mobiliare: profili problematici della Proposta di Regolamento presentata dalla Commissione UE”, in *Contratto e Impresa. Europa*, 2012, fasc. 1, p. 358 ss.

- G. DE CRISTOFARO, “*Premessa*”, in *I Principi di diritto comunitario dei contratti. Acquis Communautaire e diritto privato europeo*, G. DE CRISTOFARO (a cura di), Torino, Giappichelli, 2009.
- A. DE FRANCESCHI, M. LEHMANN, “*Il commercio elettronico nell’Unione europea e la nuova direttiva sui diritti dei consumatori – [Electronic commerce in the european union and the new directive on consumer rights]*”, in *Rassegna di diritto civile*, 2012, pp. 419-458.
- B. FAUVARQUE-COSSON, “*Présentation des travaux du Groupe Association H. Capitan des Amis de la Culture Juridique Française/ Société de législation comparée: terminologie, principes directeurs et revision des principes du droit europeen du contract*”, in *Il Draft Common Frame of Reference del diritto privato europeo*, Milano, 2009, pp. 60-61.
- E. FERRARIS, “*La buona fede negli orientamenti della giurisprudenza inglese*”, in *Riv. Dir. Com.*, 1995, pp. 759-784.
- M. C. FOI, *Heine e la vecchia Germania – Le radici della questione tedesca tra poesia e diritto*, Milano, Garzanti, 1990.
- L. A. FRANZONI, “*Introduzione all’economia del diritto*”, Bologna, Il Mulino, 2003.
- F. GALGANO, “*Trattato di diritto civile*”, Padova, Cedam, 2010, p. 129 ss.
- F. GALGANO, “*Dai Principi Unidroit al Regolamento europeo sulla vendita*”, in *Contratto e impresa. Europa*, 2012, fasc. 1, p. 1 ss.
- G. GANDOLFI, “*Per l’unificazione del diritto in Europa: il codice europeo dei contratti*”, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1995, p. 1073.
- P. GILIKER, “*Pre-contractual Good Faith and the Common European Sales Law: A compromise Too Far?*”, in *Eur. Rev. Priv. Law*, 2013, p. 79 ss.

- C. GRIGOLEIT, L. TOMASIC, “*Acquis Principles*”, in *Max Planck Encyclopaedia of European Private Law*, J. BASEDOW, K. J. HOPT, R. ZIMMERMANN, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 1-10.
- S. GRUNDMANN, “*La struttura del diritto europeo dei contratti*”, in *Riv. Dir. Civ.*, 2002, p. 395.
- S. GRUNDMANN, “*The Structure of the DCFR – Which Approach for Today’s Contract Law?*”, in *The Draft Common Frame of Reference del diritto privato europeo*, Milano, Cedam, 2009.
- D. HERTZELL, “*Increasing the legal certainty and attractiveness of CESL: UK Law Commission’s perspective*”, in *The proposal for a Common European Sales Law: the way forward*, 2013, pp. 71-83, disponibile nel sito: <http://www.europaparl.europa.eu/studies>
- M. HESSELINK, “*How to Opt into the Common European Sales Law? Brief Comments on the Commissions Proposal for a Regulation*”, in *Eur. Rev. Priv. L.*, 2012, vol. 20, pp. 201-202.
- Sir W. S. HOLDSWORTH, “*A History of English Law*”, vol. IX, London, Methuen & Company, 1926, p. 146.
- N. IRTI, “*L’ordine giuridico del mercato*”, Bari, Laterza, IV edizione 2008.
- A. KEIRSE, “*Why the Proposed Optional Common European Sales Law has not, but should have, abandoned the Principles of All or Nothing: a Guide to how to Sanction the Duty to mitigate the Loss*”, in *Eur. Rev. Priv. L.*, 2011, p. 965.
- T. KOOPMANS, “*Towards a European Civil Code?*”, in *Eur. Rev. Priv. L.*, 1997, vol. 5, p. 541 ss.
- P. KOSKELO, “*A national judge’s perspective on the proposal for a CESL*”, in *The proposal for a Common European Sales Law: the way forward*, 2013, pp. 5-10, disponibile nel sito: <http://www.europaparl.europa.eu/studies>.

- O. LANDO, “Comments and Questions relating to the European Commission’s Proposal for a Regulation on a Common European Sales Law”, in *Eur. Rev. Priv. Law*, 2011, p. 717 ss.
- O. LANDO, “European Contract Law”, in *The American Journal of Comparative Law*, 1983, vol. 31, n. 4, p. 653 ss.
- O. LANDO, “Why Codify the European Law of Contract?”, in *Eur. Rev. Priv. L.*, 1997, vol. 5., p. 525 ss.
- P. LEGRAND, “Against a European Civil Code”, in *Mod. L. Rev.*, 1997, p. 44 ss.
- E. LUCCHINI GUASTALLA, “Marketing and Pre-Contractual Duties nel «Draft Common Frame of Reference»”, in *Il Draft Common Frame of Reference del Diritto Privato Europeo*, G. ALPA, G. IUDICA, U. PERFETTI, P. ZATTI (a cura di), Milano, Cedam, 2009.
- S. MAZZAMUTO, “Il contratto europeo”, Torino, Giappichelli, 2012.
- S. MAZZAMUTO, “Il diritto europeo e la sfida del codice civile unitario”, in *Contratto e impresa. Europa*, 2012, fasc. 1, pp. 106 ss.
- M. MELI, “Proposta di Regolamento - Diritto comune europeo della vendita”, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2012, pp. 283 ss.
- L. MENGONI, “L’Europa dei codici o un codice per l’Europa?”, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 2012, p. 515 ss.
- P. MENGOLZI, “Il Manifesto sulla giustizia sociale nel diritto contrattuale europeo e la preconizzazione di un principio di «interpretazione comparativa orizzontale»”, in *Contratto e impresa. Europa*, 2009, p. 67 ss.
- H.-W. MICKLITZ, “Prospettive di un diritto privato europeo: *ius commune praeter legem?*”, in *Contratto e impresa. Europa*, 1999, p. 35 ss.

- 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 *EUI Working Paper LAW*, 2012/04.
- L. MODICA, “*Il contratto di credito ai consumatori nella nuova disciplina comunitaria*”, in *Europa e diritto privato*, 2009, pp. 785-853.
- M. MONTI, “*Una nuova strategia per il mercato unico*”, 2010, disponibile nel sito:
http://ec.europa.eu/bepa/pdf/monti_report_final_10_05_2010_it.pdf.
- A. NICOLUSSI, “*Sezioni sempre più unite contro la distinzione fra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. La responsabilità del medico*”, in *Danno e Resp.*, 2008, pp. 871-879.
- P. PARDOLESI, “*Recesso dalle trattative: un esercizio di law and economics*”, in *Danno e Resp.*, 2005, pp. 1-12.
- P. PARDOLESI, “*Strabismo giuridico: il promissory estoppel*”, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 2008 pp. 479-502.
- U. PERFETTI, “*Introduzione*”, in *Il Draft Common Frame of Reference del diritto privato europeo*, G. ALPA, G. IUDICA, U. PERFETTI, P. ZATTI (a cura di), Milano, Cedam, 2009.
- E. POILLOT, “*Increasing the legal certainty and attractiveness of CESL: a consumer law expert’s perspective*”, in *The proposal for a Common European Sales Law: the way forward*, 2013, pp. 55-70, disponibile nel sito: <http://www.europaparl.europa.eu/studies>.
- A. PORAT, “*The law and economics mistake in European sales law*”, in *Common Market Law Review*, 2013, pp. 127-146.
- I. RIVA, “*Nuove tendenze in tema di danno risarcibile nella responsabilità precontrattuale*”, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, p. 1013 ss.
- R. ROLLI, “*La proposta di regolamento europeo sulla vendita nel processo di codificazione europea*”, in *Contratto e impresa. Europa*, 2012, p. 373 ss.

- V. ROPPO, “*Sul diritto europeo dei contratti: per un approccio costruttivamente critico*”, in *Europa e diritto privato*, 2004, fasc. 2, p. 439 ss.
- U. SALANITRO, “*Gli obblighi e i rimedi precontrattuali di informazione: le regole e i rimedi nel progetto Acquis*”, in *Europa e diritto privato*, 2009, pp. 59 ss.
- R. SCHULZE, “*I Principi Acquis. Situazione attuale e prospettive future della ricerca*”, in *I Principi di diritto comunitario dei contratti. Acquis Communautaire e diritto privato europeo*, G. DE CRISTOFARO (a cura di), Torino, Giappichelli, 2009, pp. 1-21.
- R. SCHULZE, “*Precontractual Liability and Conclusion of Contract in European Law*”, in *Eur. Rev. Priv. Law*, 2005, pp. 855-863.
- R. SCHULZE, “*Principi sulla conclusione dei contratti nell’Acquis Communautaire*”, in *Contratto e impresa. Europa*, 2005, pp. 404-426.
- R. SCHULZE, “*The Academic Draft of the CFR and the EC Contract Law*”, in *Common Frame of Reference and existing EC Contract Law*, Munich, Sellier, 2008, p.11
- P. SIRENA, “*Diritto comune europeo della vendita vs. Regolamento di Roma I: quale futuro per il diritto europeo dei contratti?*”, in *Contratti*, 2012, fasc. 7, p. 634 ss.
- P. STANZONE, “*Il regolamento di Diritto comune europeo della vendita*”, in *Contratti*, 2012, fasc. 7, p. 624 ss.
- G. TEUBNER, “*Legal irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Differences*”, in *Modern Law Review*, 1998, p. 11 ss.
- R. TORINO, “*La proposta di regolamento per un diritto comune europeo della vendita (Common European Sales Law)*”, in *Cittadinanza Europea (LA)*, 2012, p. 153 ss.

- O. TROMBETTI, “*Tentativi di uniformazione del diritto contrattuale a livello europeo. Prime riflessioni per un confronto tra il Draft Common Frame of Reference e il progetto preliminare del Code européen des contrats*”, in *Contratto e Impresa. Europa*, 2011, pp. 168 ss.
- A. TURRINI, T. VAN YPERSELE, “*Traders, courts and the border effect puzzle*”, in *Regional Science and Urban Economics*, 2010, vol. 40, p. 82.
- L. VAGNI, “*La regola dell’affidamento nel diritto comune europeo*”, in *Riv. Trim. dir. Proc. civ.*, 2013, pp. 573-591.
- L. VALLE, “*Diritto privato di derivazione europea, diritto privato europeo e regolazione dei mercati transnazionali nel mercato interno europeo*”, in www.comparazionedirittocivile.it, 2012, pp. 1-49.
- A. VEZYRTZI, “*The way towards the unification of civil law in the European Union: reflections and questions raised*”, in *Colum. J. Eur. L.*, 2009, vol. 15, pp. 13-18, disponibile nel sito della rivista <http://www.cjel.net/>.
- U. VILLANI, “*Istituzioni di Diritto dell’Unione europea*”, Bari, Cacucci, 2012.
- F. VIOLA, “*Il diritto come scelta*”, in *La competizione tra ordinamenti giuridici*, A. PLAIA (a cura di), Milano, Giuffrè, 2007, pp. 169-199.
- VOLTAIRE, *Dialogues, Oeuvres de Voltaire*, VII, 1838, p. 5.
- C. VON BAR, “*A European Civil Code, International Agreements and European Directives*”, in *Study of the Systems of Private Law in the EU with regard to Discrimination and the Creation of a European Civil Code*, 1999, disponibile nel sito: http://www.europarl.europa.eu/workingpapers/juri/pdf/103_en.pdf.
- C. VON BAR, H. BEALE, E. CLIVE, H. SHULTE-NÖLKE, “*Principles, Definition and Model Rules of European Private Law*”, Outline Edition,

2009, disponibile nel sito:
http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfv_outline_edition_en.pdf.

- V. ZENO-ZENCOVICH, “*Il «codice civile europeo», le tradizioni giuridiche nazionali e il neo-positivismo*”, in *Foro it*, 1998, V, C. 60.
- A. ZOPPINI (a cura di), *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, Bari, Laterza, 2004.
- S. ZORZETTO, “*The Common European Sales Law: A Case study On Uniformity And Feasibility In European Legal System*”, in *Dir. Comm. Int.*, 2012, p. 565 ss.
- N. ZORZI GALGANO, “*Dal codice europeo dei contratti al Regolamento della vendita: la logica del sistema anche con riferimento alla protezione del consumatore*”, in *Contratto e Impresa. Europa*, 2012, fasc. 1, p. 239 ss.

Giurisprudenza

- Cass. civ., sez. III, 2 novembre 1998, n. 10926, in *Foro.it*, 1998, I, 3028, con nota di LENER.
- Cass. civ., sez. III, 21 giugno 2004, n. 11487, in *Assicurazioni*, 2005, II, 2, 58, con nota di FARSACI.
- Cass. civ., sez.un., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Foro.it*, 2008, I, 455, con nota di PALMIERI.
- Tribunale di Busto Arsizio, 9 dicembre 2009, in *Foro.it*, 2010, II, c. 672.
- Corte giust. CE, 12 novembre 1999, C-453/98, in *Raccolta*, 1999, I, 8037.
- Corte giust. CE, *Océano*, 27 giugno 2000, C-240/98-244/98, in *Foro.it*, 2000, IV, 413.

- Corte giust. CE, *Leitner*, 12 marzo 2002, C-168/00, in *Foro.it*, 2002, IV, 329, con nota di PALMIERI.
- Corte giust. CE, *Parlamento europeo v. Consiglio*, 2 maggio 2003, C-436/03, disponibile nel sito: <http://curia.europa.eu/juris>.
- Corte giust. CE, *Mostaza Claro*, 26 ottobre 2006, C-168/05, in *Foro.it*, 2007, IV, 373.
- Corte giust. CE, *Pannon*, 11 novembre 2008, C-43/07, in *Raccolta*, 2008, I, 6887.
- Corte giust. CE *Austucorm*, 6 ottobre 2009, C-40/08, in *Corriere. Giur.*, 2010, 170, con nota di CONTI.
- Corte giust. UE, *Penzügyi*, 9 novembre 2010, C-137/08, in *Foro.it*, 2011, 113, con nota di PATTI.
- Corte giust. UE, *Vodafone Ltd*, 8 giugno 2010, C-58/08, in *Raccolta*, I, 4999.
- Corte giust. UE, *Peter Pammer c. Reederei Karl Schlüter GmbH*, 7 dicembre 2010, C-585/08 e C-144/09, disponibile nel sito: <http://curia.europa.eu/juris>.
- Corte giust. UE, nel caso, *Perenicová*, 15 marzo 2012, C-453/10, in *Foro.it*, 2013, IV, 171.
- Corte giust. UE, *Banco Español de Crédito*, 14 giugno 2012, C-618/10, in *Foro.it*, 2013, IV, 170.
- *Moorgate Mercantile Co. Ltd v. Twitchings*, 1976, 1 QB 225.
- *Ramsden v. Dyson and Thornton*, 1866 LR 1 HL 129.
- *Weale v. Lower*, Jan. 3 1672, Pollexf 67.

Sitografia

www.europarl.europa.eu/portal/it

http://ec.europa.eu/index_it.htm

<http://www.consilium.europa.eu>

<http://curia.europa.eu>

<http://www.senato.it>

<http://www.diritticomparati.it>

<http://www.comparazionedirittocivile.it>

<http://www.eui.eu>

