

GLOBALIZZAZIONE, MERCATO, CONTRATTO.

Di Ernesto Capobianco

| 133

SOMMARIO: 1. Globalizzazione e lex mercatoria. - 2. I soggetti della contrattazione nel mercato globale. - 3. L'“atipicità” del contratto globalizzato. - 4. Modalità di conclusione del contratto globale. - 5. Globalizzazione e diritto europeo dei contratti.

ABSTRACT. Nell'evoluzione del sistema economico, il contratto è sempre più protagonista. Il mercato nel quale oggi trova spazio è tendenzialmente globale, nel quale passa in secondo piano il monopolio legislativo della normativa statale.

Muovendo da questa suggestione, l'Autore descrive gli operatori di questo cambiamento, i contenuti atipici che può assumere l'accordo, i procedimenti di conclusione.

In the evolution of the economic system, the contract is becoming more and more protagonist. Now it is located in a global market, where state law has been passed.

Moving from this suggestion, the Author describes the operators of this change, the atypical content of the agreement, and the proceedings for conclusion of the contract.

1. Globalizzazione e *lex mercatoria*.

L'evoluzione del sistema economico è un processo nel quale il contratto è sempre più protagonista. Il mercato nel quale oggi trova spazio il contratto è un mercato tendenzialmente globale¹, nel quale passa in secondo piano il monopolio legislativo della normativa statale². Basta pensare

| 134

¹ G. ALPA, *Le stagioni del contratto*, Bologna, 2012; C. CASTRONOVO e S. MAZZAMUTO, *L'idea*, in *Manuale di diritto privato europeo* a cura di C. Castronovo e S. Mazzamuto, I, Milano, 2007, p. 3. Afferma M. FRANZONI, *Il contratto nel mercato globale*, in *Contr. impr.*, 2013, p. 69, che “il contratto è diventato la figura giuridica e nel contempo il valore su cui si regge uno scambio ormai su base planetaria”. Un'ampia riflessione sulla territorialità del diritto è svolta da M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, 2000; ID., *Prima lezione di diritto globale*, Roma-Bari, 2012, in part. p. 12 ss.; ID., *Il diritto comparato e le sfide della globalizzazione. Oltre la forbice differenze/somiglianza*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2013, p. 369 ss., ove l'a., mette in luce la propensione del comparatista ad attribuire centralità alle differenze come strumento di comprensione del diritto. “Oggi il mondo può essere visto come un'entità composta da varie parti, che non sono più rigidamente separate, ma che tendono, se non all'aggregazione, almeno ad una crescente e reciproca interazione, comunicazione e interdipendenza (p. 374 s.); U. BECK, *Cos'è la globalizzazione: rischi e prospettive della società planetaria*, Roma, 1999; Z. BAUMAN, *Dentro la globalizzazione. Le conseguenze sulle persone*, Bari-Roma, 2002, «Integrazione e parcellizzazione, globalizzazione e territorializzazione sono processi complementari, anzi, sono due facce dello stesso processo, che sta ridistribuendo su scala mondiale sovranità, potere e libertà d'azione» (p. 78). Per una prospettiva diversa, costruita intorno al tentativo di ricercare i fondamenti sociali dei diversi sistemi giuridici, cfr. G. TEUBNER, *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione. L'emergere delle costituzioni civili*, Roma, 2005, p. 57 ss.; P.S. BERMAN, *Globalization of Jurisdiction*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 2002, p. 311 ss.; A. BIANCHI, *Globalization of Human Rights: The Role of Non State Actors*, in TEUBNER (a cura di), *Global Law Without A State*, Alderston, 1997, p. 68 ss.; S. SASSEN, *Una sociologia della globalizzazione*, Torino, 2008.

² Così G.M. FLICK, *Globalizzazione delle regole e fondazione dei valori: l'esperienza europea*, in *Pol. dir.*, 2002, II, p. 198, sostituzione del contratto alla legge, adeguamento del diritto ai mutamenti della realtà da parte del giudice, declino degli Stati e delle sovranità, con inevitabili conseguenze sul piano delle regole giuridiche; N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 2009, descrive un mercato delineato non da un insieme di leggi, ma da regole e principi inventati dalla prassi, dagli operatori e dalla scienza giuridica; S. CASSESE, *La crisi dello Stato*, Roma-Bari, 2002; DAVID B. GOLDMAN, *Globalisation and the Western legal tradition: recurring patterns of law and authority*, Cambridge, UK, New York: Cambridge University Press, 2007; C. SCOTT, *Regolazione gerarchica, pluralismo giuridico e rule of law*, in AA.VV., *Mutamenti dei sistemi giuridici e globalizzazione*, Padova, 2006, p. 101 ss., in cui viene ridefinita la *governance* contemporanea come esempio di pluralismo giuridico caratterizzato dalla tendenza dei regimi regolativi a far leva su un'ampia tipologia di norme emanate da molteplici fonti; con riguardo all'applicazione delle tesi del pluralismo giuridico sul fenomeno della globalizzazione v. W. TWINING, *Globalisation*

non solo alle grosse transazioni internazionali, ma anche a tutte le contrattazioni che quotidianamente intercorrono *on line*, anche per operazioni di modesta rilevanza economica, tra soggetti che si trovano in luoghi lontani nel mondo. Questi contratti sfuggono alle discipline nazionali: essi ricadono sotto l'egida di norme e leggi “aliene”, di prassi invalse nel particolare segmento del mercato della rete (si pensi alla piattaforma *ebay*). Ciò rende meno agevole il compito del giurista abituato ad affrontare problemi e a proporre soluzioni con l'occhio del diritto nazionale.

In questo contesto il contratto diventa “istituto centrale della globalizzazione” che nei mercati liberi e concorrenziali trova la molla fondamentale del suo sviluppo tendendo a prendere il posto della legge in molti settori della vita sociale. Una sorta di rivincita della libertà contrattuale il cui declino era stato da molti segnalato³.

Il nuovo modello della globalizzazione descrive, quindi, scambi contrattuali regolati da una legge universale, la nuova “*lex mercatoria*”, intesa come un sistema normativo a sé stante⁴, creato dal ceto

and Legal Theory, Butterworths, London, 1999, cap. 8; V. SCALISI, *Complessità e sistema delle fonti di diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, I, p. 168 s.;

³ Le espressioni tra virgolette sono di G. ROSSI, *La sfida dei diritti in tempo di guerra*, in *Repubblica*, 16 novembre 2003, p. 34. Per una differente considerazione dell'autonomia contrattuale in relazione ai valori dell'ordinamento e alla complessità del sistema cfr. P. PERLINGIERI, «Controllo» e «conformazione» degli atti di autonomia negoziale, in *Rass. dir. civ.*, 2017, p. 205 ss. Sottolinea i pericoli insiti nel confidare nell'autosufficienza dell'atto di autonomia e delle regole imposte dal solo mercato G. VETTORI, *Il contratto europeo tra regole e principi*, Torino, 2015, p. 94 ss. Sull'irriducibilità dello strumento contrattuale alla pura logica economica e sull'includibile ruolo della giurisdizione al fine di assicurare la compatibilità dell'agire privato “con il sistema nel suo complesso, partendo appunto dai suoi principi fondativi – la libertà, la dignità, la solidarietà e l'eguaglianza” S. RODOTA', *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, p. 53. Non può in questa sede omettersi di ricordare come proprio la giurisprudenza italiana si vada, in prospettiva analoga, orientando sull'utilizzo della meritevolezza quale criterio di controllo dell'atto di autonomia che consente tra l'altro (e solo per fare qualche esempio) tanto la verifica del rispetto dell'assetto concorrenziale del mercato (ad es. Cass., 8 febbraio 2013, n. 3080, in *Rass. dir. civ.*, 2014, p. 1295, con nota di S. Tonetti), quanto quella di conformità del contratto al principio di solidarietà (Cass., 19 giugno 2009, n. 14343, *ivi*, 2011, p. 992, con nota di G. Caso). Di recente una operazione di riduzione a sistema delle applicazioni giurisprudenziali della “immeritevolezza” è stata effettuata da Cass., 28 aprile 2017, n. 10506, in *www.altalex.com*. Per una valutazione del nuovo corso giurisprudenziale di recente G. VETTORI, *Norme, dogmatica e sentenze: quid juris?*, in *Persona e mercato*, 2017, p. 81 ss.

⁴ Taluno ha parlato con riguardo alla *lex mercatoria* come di un terzo ordine giuridico: A. PELLET, *La lex mercatoria “tiers ordre juridique”*. *Remarques ingénues d'un internationaliste de droit public*, in *Souveraineté étatique et marchés internationaux*



imprenditoriale e formato da regole destinate a disciplinare in modo uniforme, al di là delle unità politiche degli stati, i rapporti che si instaurano entro l'unità economica dei medesimi Stati; un diritto che dissolve i particolarismi giuridici delle codificazioni e le differenze tra *civil law* e *common law*, con il quale si delinea una nuova vocazione dei diritti nazionali, non più chiusi dentro i confini politici degli Stati, bensì aperti alla competizione⁵. Ciò che caratterizza tale "rivoluzione giuridica" è, pertanto, la crisi del primato della legge e della stessa istituzione statale⁶, la formazione di un diritto uniforme spontaneo che risponde al nome di *lex mercatoria*⁷, la disponibilità dei diritti statuali a

porsi sul mercato del *law shopping*, la sostituzione del contratto alla legge, l'adeguamento del diritto ai mutamenti della realtà da parte del giudice⁸. Entro il mercato globalizzato il diritto trova, quindi, l'originaria universalità, assumendo i tratti di diritto di fonte consuetudinaria, mediato dalla scienza dei giuristi⁹. L'ampia diffusione degli usi nella pratica del commercio internazionale (a cui fanno da esempio i ben noti Principi *Unidroit* sui contratti commerciali internazionali)¹⁰, nonché il frequente fenomeno della sottoposizione dei

à la fin du 20eme siecle, in *Mèlanges en honneur de Philippe Kahn*, Paris, 2000, p. 53 ss. Sulla *lex mercatoria* e per l'impossibilità di considerarla quale sistema normativo autonomo, diffusamente, L. RUGGERI, *La prassi mercantile nella contrattazione internazionale*, Napoli, 1994, p. 19 ss. Sul tema altresì F. MARELLA, *La nuova lex mercatoria. Principi Unidroit e usi del commercio internazionale*, Padova, 2003; F. SBORDONE, *Contratti internazionali e lex mercatoria*, Napoli, 2008.

⁵ F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005, *passim*, con riguardo al processo di globalizzazione discorre di "rivoluzione", servendosi di questo termine anche in senso sociologico per indicare diversi tipi di mutamenti sociali che investono elementi centrali della organizzazione sociale. I caratteri di questa rivoluzione sono strutturali (rivoluzione tecnologica, rivoluzione manageriale, rivoluzione finanziaria), istituzionali (organizzazione delle imprese secondo il sistema delle holding, produttive o finanziarie o produttivo/finanziarie), economici (espansione planetaria della organizzazione produttiva). Cfr. M. HISCOCK & W. VAN CAENEGEM, (a cura di), *The internationalisation of law: legislating, decision-making, practice and education*, Cheltenham, UK; Northampton, MA: Edward Elgar, c 2010; K.M. MEESSEN, *Economic law in globalizing markets*, The Hague: Kluwer Law International, 2004.

⁶ I. ZAMPINO, *La globalizzazione e lo stallo del costituzionalismo. "Private governments", costituzionalizzazione del contratto e autonomia sociale: la proposta teubneriana*, p. 5 s., in www.teoriaestoriadeldirittoprivato, 2012, che rileva come la globalizzazione abbia "fortemente minato la fiducia nella possibilità dell'istituzione statale di fungere da punto di raccordo e ricomposizione delle diverse visioni fino a trovare una felice sintesi nell'interesse generale [...] Il diritto statale sembra essere quotidianamente scavalcato a diversi livelli (che si articolano dal piano locale a quello globale) da una molteplicità di centri di produzione normativa che si affermano indipendentemente da questo, talvolta anche contraddicendo espressamente le sue previsioni". Nel senso che l'imperversare della dimensione economica richieda il recupero della dimensione fattuale P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, Bari, 2015, p. 46 ss.

⁷ G. TEUBNER, *The King's Many Bodies: The Self-Deconstruction of Law's Hierarchy*, in *Law and Society*, XXXI, 1997, pp. 763-787, «[a] posto della volontà del legislatore nazionale, la *lex mercatoria* fa riferimento ad un terreno ricco di materiali di significato non-giuridico, ad usanze commerciali internazionali, a costumi nei rapporti commerciali e a prassi commerciali che si sono sviluppate nelle condizioni caotiche del mercato mondiale, o meglio: a prassi che sono state dettate

da interessi economici dominanti». Escludono che il fenomeno possa ricondursi alla consuetudine V. ROPPO, *Il contratto e le fonti del diritto*, in *Contr. Impresa*, 2001, p. 1085; N. LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017, p. 31.

⁸ S. ROMANO, *Lo stato moderno e la sua crisi*, in ID., *Lo stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*, Milano, 1969, p. 23, quest'ultima «caratterizzata dalla convergenza di questi due fenomeni (...): il progressivo organizzarsi sulla base di particolari interessi della società che va sempre più perdendo il suo carattere atomistico, e la deficienza dei mezzi giuridici e istituzionali, che la società medesima possiede per fare rispecchiare e valere la sua struttura in seno a quella dello Stato».

⁹ Sull'incidenza della globalizzazione sulle categorie giuridiche in generale v. N. IRTI, *Le categorie giuridiche della globalizzazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 626, secondo cui "il diritto ha, e non può non avere una forma spaziale. La quale si manifesta in duplice profilo: da un lato, perché la norma ha sempre bisogno di un ambito applicativo, è norma di questo o quello spazio; dall'altro, perché la norma prescrive al destinatario di tenere una certa condotta in un dato luogo. C'è, per così dire, un dove applicativo della norma e un dove esecutivo dell'obbligo derivante dalla norma". Afferma, altresì, come "i fenomeni globali determinano una diversa concezione di spazio e tempo" N. LIPARI, *Per una revisione della disciplina sull'interpretazione ed integrazione del contratto?*, in *Riv. trim.*, 2006, p. 711 ss., il quale si interroga sulla possibilità di attuare un processo di codificazione, almeno inteso "nella sua accezione classica, cioè di individuazione di un corpo coerente e unitario di regole affidate ad un procedimento applicativo tendenzialmente uniforme, pur nella inevitabile oscillazione delle soluzioni interpretative" e come "La mutata funzione della legge, divenuta da un lato strumento di governo, dall'altro meccanismo per l'amministrazione, impone il recupero del ruolo del diritto su di un terreno diverso che non sia il riferimento all'enunciato e a quella sua sublimazione che è appunto il processo di codificazione". Cfr. altresì G. ALPA, *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, Roma-Bari, 2009, p. 403 ss.

¹⁰ Quanto a questi ultimi non è certa la loro qualificazione come usi normativi o usi negoziali (Cass., 14 ottobre 2009, n. 21833, in *Dir. comm. internaz.*, 2010, p. 397, con nota di n. F. DIALTI), così come non è chiaro il meccanismo del loro inserimento nel contratto ponendosi spesso la questione se ad essi le parti debbano far rinvio o se, viceversa, a costoro sia imposto un onere di escludere espressamente la loro applicazione. Sul punto sia consentito il rinvio a E. CAPOBIANCO, *Lezioni sul contratto*, 2014, p. 21 s. Cfr. K. LOKEN, *A new global initiative on contract law in UNCITRAL: Right Project, Right Forum?*, in *Villanova Law Review*, August, 2013, Vol. 58(4), pp. 509-520; G.H. DEEB, *UNIDROIT Principles as a source for global sales law*, ivi, pp. 661-680.

contratti alla giurisdizione arbitrale¹¹, costituiscono un'immagine di questa nuova *lex mercatoria*, che si inserisce nel panorama contrattuale e ne diventa una delle principali fonti regolatrici. E ciò sebbene appaia difficile pensare che per tal via il contratto possa essere sottratto al controllo di legalità e di meritevolezza da parte dell'ordinamento in cui l'atto di autonomia è destinato ad essere efficace.

2. I soggetti della contrattazione nel mercato globale.

L'incidenza della globalizzazione economica sul contratto¹² coinvolge, in primo luogo, i soggetti della contrattazione.

Gli attori che operano nel mercato globale non sono solamente gli operatori professionalmente organizzati, le imprese; l'attività di produzione e scambio di beni e di servizi si rivolge, infatti, anche ai consumatori, ovvero ad altri clienti che, per qualche ragione, come i primi, possono essere considerati contraenti deboli¹³.

Parimenti, con riguardo alla disciplina applicabile al contratto, il legislatore pensa a disciplinare piuttosto i soggetti che non i contratti, ovvero abbandona come livello di intervento quello sul tipo contrattuale, avvicinandosi a quello del "raggruppamento dei contratti".

Alla forza e alla invadenza delle leggi economiche del mercato si contrappone l'atteggiamento dei legislatori che cominciano a

farsi carico di controllare le situazioni di asimmetria che in esso si producono. A partire dai primi anni novanta, nell'ambito della Comunità europea dapprima e nelle legislazioni nazionali poi, comincia a conarsi la figura del contratto del consumatore tanto da consentire alla dottrina italiana di configurare a livello teorico e sistematico una categoria ordinante, quella del "secondo contratto" (altrimenti definita B2C: *Business to Consumer*), da contrapporre a quella del contratto che trova la sua base nel codice civile. Ma ben presto ci si accorge della necessità che nel mercato possano prodursi ulteriori forme di asimmetria indipendentemente dalla qualità di consumatore del contraente. La tutela si estende all'impresa debole e si comincia a delineare, sulla base di indicazioni normative non organicamente inserite nel sistema, la figura del "terzo contratto" (B2b: *Business to business*).

Più in generale riceve una particolare protezione il contratto "asimmetrico"¹⁴ nel quale emergono nuove regole e principi come quelli della trasparenza, dell'informazione, della correttezza e dell'equilibrio contrattuale, che si combinano e si rapportano alla particolare qualificazione soggettiva dei contraenti (consumatori, imprenditori deboli, risparmiatori, clienti), sebbene queste classificazioni non debbano essere enfatizzate¹⁵ dovendosi privilegiare l'analisi del caso concreto¹⁶.

La conseguenza è il superamento di quell'idea di mercato da intendersi quale luogo destinato alla realizzazione di profitto, divenendo il mercato lo spazio normativo nel quale assumono rilevanza principi, regole e valori personalistici e solidaristici. In tal senso, la funzione del contratto finisce per spogliarsi progressivamente della sua matrice individualistica per arricchirsi di un plusvalore di carattere pubblicistico in grado di condizionare, con sempre maggiore intensità e pregnanza, il piano dell'attività dei privati, conformandone i contenuti, le patologie e i rimedi¹⁷.

¹¹ Così Cass., 8 febbraio 1982, n. 722, in *Foro it.*, 1982, I, c. 2285, ove la Corte non ha esitato a riconoscere nella *lex mercatoria* un ordinamento giuridico originario, proprio della *business community* e indipendente dagli ordinamenti giuridici degli Stati. Secondo la Cassazione, gli organi dello Stato intervengono solo per dare esecuzione ai lodi arbitrali, ed a prescindere dalla loro conformità all'ordine pubblico dello Stato chiamato a dare loro esecuzione. Sul tema F. GALGANO, *Lex mercatoria e globalizzazione*, in *Vita not.*, 2005, 3, p. 1253, in cui l'autore rileva che della *lex mercatoria* è stata fatta un'organica compilazione che va sotto il nome di "Principi dei contratti commerciali internazionali" divulgati nelle principali lingue del nostro tempo, soffermandosi poi su alcuni dei principali istituti in essa sviluppati. L'a., infine, dà atto della prevalenza, nell'ambito dell'attuale *lex mercatoria* dei principi di matrice occidentale rispetto a quelli di provenienza orientale, ciò dovuto all'attuale predominio delle imprese occidentali e dei valori che esse portano con sé.

¹² Cfr. Al riguardo J. KOVEN LEVIT, *Global Issues in Contract Law*, in 56 *Am. J. Comp. L.* 499, 2008; A. SPANOGLE e al., *Global issues in contract law*, St. Paul, MN, Thomson/West, 2007.

¹³ Per una considerazione in termini di contraente debole anche dell'ente pubblico che stipuli con l'intermediario contratti relativi a prodotti finanziari derivati, cfr. Corte cost., 18 febbraio 2010, n. 52, in *Contratti*, 2010, p. 1109, con nota di A.M. Benedetti.

¹⁴ Elabora questa nozione V. ROPPO, *Regolazione del mercato e interessi di riferimento: dalla protezione del consumatore alla protezione del cliente?*, in *Riv. dir. priv.*, 2011, p. 5 ss.

¹⁵ P. PERLINGIERI, *La contrattazione tra imprese*, in *Riv. dir. impr.*, 2006, p. 323 ss. Nel senso che «non occorrono nuove categorie costruite sulla qualità del contraente» G. VETTORI, *Il contratto senza numeri e aggettivi*, in *Persona e mercato*, 2013, p. 18. Sia consentito il rinvio altresì a E. CAPOBIANCO, *Lezioni sul contratto*, cit., p. 27.

¹⁶ In questa prospettiva la giurisprudenza italiana ha potuto considerare contraente debole anche l'ente pubblico che abbia stipulato con un intermediario contratti relativi a prodotti finanziari derivati, cfr. Corte cost., 18 febbraio 2010, n. 52.

¹⁷ Una recente ordinanza della Corte Costituzionale, 24 ottobre 2013, n. 248, ha potenziato il ruolo dei principi costituzionali nella disciplina del contratto, riconoscendo al giudice a fronte di una clausola negoziale che rifletta un regolamento non equo



Ne deriva una visione della globalizzazione non basata esclusivamente sui principi del mercato ma che ravvisa nella centralità della persona e nel riconoscimento dei diritti dell'uomo i presupposti per la realizzazione di una globalizzazione giuridica dal volto umano¹⁸. Gli effetti della globalizzazione, non si limitano, quindi, all'espansione dei mercati ovvero alla nascita di un "ordine contrattuale" privato¹⁹, ma determinano il sorgere di nuove e diversificate situazioni giuridiche soggettive degne di attenzione: dai diritti economico-sociali come la libertà di impresa, il diritto dei lavoratori a condizioni di lavoro giuste ed eque, il diritto all'accesso ai servizi d'interesse economico-generale, ai nuovi diritti in tema di bioetica e di ambiente, il diritto alla privacy, anche inteso come diritto di mantenere il controllo sulle proprie informazioni²⁰, il diritto alla dignità, il diritto all'unicità e all'identità, il diritto a non essere discriminati. Una molteplicità di diritti che si aggiungono ai precedenti nel succedersi delle Carte che li proclamano o, indipendentemente da queste, negli sviluppi della giurisprudenza²¹.

e gravemente sbilanciato, il potere di intervenire d'ufficio dichiarando la nullità (totale o parziale) ex art. 1418 c.c. della clausola per contrasto con il precetto della solidarietà costituzionale (art. 2 cost.) che entra direttamente nel contratto». Nello stesso senso Corte Cost., 22 aprile 2014, n. 77.

¹⁸ Si solleva la questione di una globalizzazione «sostenibile», ossia compatibile con il rispetto dei diritti umani, in P. BENEDEK, K. DE FEYTER e F. MARRELLA, *Economic Globalization and Human Right*, Cambridge, 2007. Di grande interesse, anche sotto il profilo metodologico, lo scritto di P. PERLINGIERI, *Mercato, solidarietà e diritti umani*, in ID., *Il diritto dei contratti tra persona e mercato*, Napoli, 2003, cit., p. 239 ss. Nel senso che «esistono, dunque, principi fondamentali, rispetto ai quali non è possibile nessun compromesso» G. ROSSI, *La sfida dei diritti in tempo di guerra*, cit. Sia consentito il rinvio altresì a E. CAPOBIANCO, *Globalizzazione, rapporti civili e diritti della persona*, in *Vita not.*, 2006, p. 6 ss.

¹⁹ Sul punto, G.M. FLICK, *Globalizzazione dei mercati e globalizzazione della giustizia*, cit., p. 596 ss., afferma che si «è infranto il tabù del rapporto fra stato e legge, a favore di "un'ordine contrattuale privato" il quale si sottrae ai controlli e alle giurisdizioni statali e incrina la sovranità degli Stati, proponendo una nuova *common law* della globalizzazione come sostituto della tradizionale *rule of law*...».

²⁰ S. RODOTÀ, *Repertorio di fine secolo*, Roma-Bari, 1992, p. 190.

²¹ G. VETTORI, *Il tempo dei diritti*, in *Riv. trim.*, 2014, p. 881 ss.; F. GALGANO, *Globalizzazione dell'economia e universalità del diritto*, in *Pol. dir.*, 2009, p. 177 ss., il quale richiama la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 2000. Non vi figurano solo diritti in continuità con quelli già in precedenza acquisiti, come il diritto alla non discriminazione fondata sul «colore della pelle» (art. 21) o come il già citato diritto ad un giudice imparziale (art. 47); vi figurano anche diritti affatto nuovi, che sono il portato di innovazioni nell'organizzazione economica, come «il diritto dei lavoratori all'informazione e alla consultazione nell'ambito dell'impresa» (art. 27), che è il diritto dell'uomo di conoscere il proprio

L'attenzione progressivamente mostrata da parte dell'ordinamento interno e comunitario alla tutela della persona ed al rispetto della sua dignità, consente di chiarire come il diritto non debba considerarsi servente rispetto al mercato, ma è il mercato che deve essere ordinato dal diritto, in una prospettiva rispettosa dei valori preminenti dell'ordinamento²².

L'esigenza di regolamentare il contratto e il mercato, apparentemente ostativa della libertà degli operatori, serve, in tal modo, a favorire una libertà di contratto nella quale non vi siano abusi e prevaricazioni²³. Per questo, nel momento in cui il mercato racchiude ambiti qualitativamente diversi, assumono altresì rilievo ai fini dell'equilibrio contrattuale le clausole generali di equità, correttezza, buona fede che finiscono inevitabilmente per recuperare all'interno del

destino e di concorrere a determinarlo. Al riguardo N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, 1990, afferma che i diritti appartengono alla storia e non ha senso la ricerca di un loro fondamento assoluto. Nascono all'inizio dell'età moderna e «diventano uno dei principali indicatori del progresso storico»; hanno una continua espansione, ma sono sempre il frutto di una lotta per la difesa di «nuove libertà contro vecchi poteri». I diritti, insomma, non nascono tutti in una volta, ma via via che aumenta il potere dell'uomo sull'uomo e il potere di dominare la natura».

²² P. PERLINGIERI, *Mercato, solidarietà e diritti umani*, cit., p. 239 ss.

²³ Imponente è il riferimento in letteratura alla tematica del contratto giusto, sulla quale, tra i tanti, senza alcuna pretesa di esaustività, in vario senso G. VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.*, 2000; ID, *Contratto giusto e rimedi effettivi*, in *Riv. trim.*, 2015, p. 787 ss.; U. PERFETTI, *L'ingiustizia del contratto e le tutele*, Milano, 2000; D. RUSSO, *Sull'equità dei contratti*, Esi, 2001; AA.VV., *Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata*, a cura di Ferroni, Esi, 2002; AA.VV., *Squilibrio e usura nei contratti* a cura di Vettori, Cedam, 2002; P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Il diritto dei contratti tra persona e mercato*, cit., 441 ss.; ID., *Equilibrio delle posizioni contrattuali e autonomia privata*, ivi, 465 ss.; ID., «Controllo» e «conformazione» degli atti di autonomia negoziale, cit., p. 216 (che richiama il principio di proporzionalità); V. SCALISI, *Equilibrio e giustizia del regolamento contrattuale*, in *Mandato fiducia e trust. Esperienze a confronto*, a cura di Alcaro e Tommasini, Giuffrè, 2003, 211 ss.; A. GENTILI, De iure belli: *l'equilibrio del contratto nelle impugnazioni*, in *Il nuovo diritto dei contratti*, a cura di Di Marzio, Giuffrè, 2004, 153 ss.; E. CAPOBIANCO, *Diritto comunitario e trasformazioni del contratto*, cit., 29 ss.; F. VOLPE, *La giustizia contrattuale tra autonomia e mercato*, Esi, 2004; ID, *Contratto giusto*, *Digesto civ. [aggiornamento-2007]*, I, Torino, 2007 p. 384 ss.; V. ROPPO, *Giustizia contrattuale e libertà economiche: verso una revisione della teoria del contratto?*, in *Pol. dir.*, 2007, p. 451; A. CATAUDELLA, *La giustizia del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 2008, p. 625 ss.; R. SACCO, *Giustizia contrattuale*, in *Digesto civ. [aggiornamento-2012]*, Torino, 2012, p. 534; F. PIRAINO, *Il diritto europeo e la «giustizia contrattuale»*, in *Europa dir. priv.*, 2015, p. 233; N. LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, cit., p. 235 ss.

contratto quella funzione di “riequilibrio” non solo delle posizioni dei contraenti fra di loro, ma anche di queste, unitariamente intese, rispetto alle modalità di funzionamento del settore economico entro il quale il contratto si colloca²⁴. Così, nella società globale, il rispetto e la tutela dei diritti umani non appare più come pertinenza di uno stato-nazione, ma piuttosto, in senso “universalistico” quale parte di un patrimonio giuridico dell’intera comunità, e si pone il problema di garantire uno spazio comune di libertà, sicurezza e giustizia che è coesistente ad uno spazio economico e di mercato unico ove i diritti della persona divengono il “denominatore comune²⁵” per realizzare la nascita di un *corpus iuris* di norme, di istituzioni, meccanismi e strutture giudiziarie comuni nel rispetto della pluralità e dei particolarismi (culturali, linguistici, religiosi) dei singoli Stati.

3. L’“atipicità” del contratto globalizzato.

Una ulteriore modalità di percezione dell’influenza della globalizzazione sulla materia contrattuale è l’affermarsi di nuove tipologie di contratti, alcune ignote ai codici, nonché alla stessa elaborazione dottrinale e giurisprudenziale²⁶. Tale fenomeno scaturisce sia dalla circolazione di modelli contrattuali stranieri, sia dalle “rigidità” dei sistemi giuridici interni.

I contratti del mondo globale si caratterizzano spesso per la loro “atipicità”; esempio di questo processo di arricchimento è stato quello che ha portato, ormai da tempo, all’affacciarsi in alcuni sistemi di contratti un tempo sconosciuti come il *leasing*; ma lo stesso fenomeno di *import*, o di ricezione, si è avuto, per il contratto di *factoring*, di *joint ventures*, di *catering*, di

²⁴ In questi termini, N. LIPARI, *Per una revisione della disciplina sull’interpretazione ed integrazione del contratto?* in *Riv. trim.*, 2006, 3, p. 715, che ravvisa tale funzione integratrice sia nei principi Unidroit che nei principi di diritto europeo dei contratti; nello stesso senso ID., *Fonti del diritto e autonomia dei privati (Spunti di riflessione)*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, p. 732.

²⁵ G.M. FLICK, *Globalizzazione dei mercati e globalizzazione della giustizia*, cit., p. 180, per il quale i diritti umani costituiscono l’unico modo per superare in nome dell’uomo le particolarità nazionali e realizzare la prospettiva “globale”.

²⁶ G. IUDICA, *L’influenza della globalizzazione sul diritto italiano dei contratti*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, 3, p. 143 ss., in part., p. 146 sostiene come la globalizzazione abbia determinato un “fenomeno che si potrebbe dire di *import-export*, o piuttosto prevalentemente di *import*”, con riguardo all’affermarsi di nuove tipologie contrattuali; M. BERGOMI, D. COVUCCI, C. LANZANI e C. MAZZARELLA, *Global law v. Local Law*, in *Contr. impr.*, 2006, p. 243 ss.; I. SCHWENZER, P. HACHEM e C. KEE, *Global sales and contract law*, Oxford, 2012.

Garantievertrag, e così via, fino alle più recenti e discusse figure dei contratti cosiddetti derivati, quali i contratti di *swap*, di *futures*, ecc. Molti di questi contratti nascono in contesti internazionali e sono di frequente il prodotto dell’attività delle *law firms*, che giungono ad imporre modelli contrattuali nei diversi Paesi in cui si trovano ad operare. Ciò comporta la presenza nel contratto di elementi di “estraneità”, tanto che la legge applicabile «non è più un dato scontato ma la soluzione di un problema²⁷». L’atipicità delle nuove figure ed il loro ambito di operatività, legato alla dimensione globale dei mercati hanno, altresì, favorito la standardizzazione dei modelli contrattuali e, con essa, l’uniformità delle regole giuridiche applicabili, tanto da poter individuare nel contratto uno strumento di creazione e di trasmissione della regola giuridica²⁸. Il testo contrattuale perde la sua tradizionale fisionomia, il suo legame con i codici, per diventare, nella prassi delle negoziazioni di un’economia globalizzata, sempre più uniformato agli standard internazionali e a modelli più vicini a quelli di *common law*²⁹.

Accade così che contratti destinati a regolare rapporti interni ad uno Stato siano pensati ed elaborati sfruttando modelli del tutto estranei a quell’ordinamento. Il riferimento è spesso fatto ai modelli statunitensi, dotati di una capacità di “circolazione globale”. È quanto avviene ad esempio in Italia per i contratti aventi come oggetto la vendita di partecipazioni sociali di controllo di società di capitali, che sebbene stipulati tra parti contraenti di nazionalità italiana, risultano sempre più spesso modellati sul *share and purchase agreement* statunitense. Parimenti, l’utilizzo frequente della *letter of intent* (non assimilabile alla scansione trattativa/contratto) o di *indemnity clauses*, distanti dalle garanzie contrattuali note ai paesi di *civil law*.

L’adozione di modelli stranieri ha dunque inciso sulle prassi nazionali, introducendo modalità di conclusione del contratto e nuovi contenuti inediti e

²⁷ L’espressione riportata è di G. DE NOVA, *Il contratto alieno*, Torino, 2010, p. 2. L’autore utilizza il termine “alieno” (che ha come calco “alius” e quindi “altro”, “straniero”, ma anche “alien”, e quindi “extraterrestre”)(p. 44).

²⁸ S. PATTI, *La globalizzazione del diritto e il contratto*, in *Obbl. contr.*, 2009, 6, p. 495 ss.

²⁹ In questo senso, G. IUDICA, *o.u.c.*, p. 145, il contratto appare sempre più autosufficiente, sempre più autoreferenziale, sempre più esaustivo. Il testo adottato tende, di necessità, alla completezza. Aspira cioè, moltiplicando il numero delle clausole e delle pagine, a offrire ai contraenti la risposta a qualsiasi problema possa sorgere in relazione al momento genetico del contratto o al suo momento funzionale, alla sua interpretazione o alla esecuzione delle obbligazioni da esso nascenti.



non facilmente rapportabili al diritto contrattuale statale³⁰.

La validità “transnazionale” del contratto risulta, inoltre, affidata al giudizio delle Corti che individuano le regole del diritto straniero eventualmente applicabili alle fattispecie e rinviano ai principi generali non solo interni ma appartenenti a civiltà giuridiche affini. In questo modo è la giurisprudenza che apre le frontiere nazionali alla circolazione internazionale delle figure giuridiche e il giudice diventa organo della società civile globale, tanto che non manca chi adduca come dalla atipicità di certi contratti e dalla loro tipizzazione sociale, l’interprete debba orientare il modo di intendere i principi generali di ogni ordinamento.

4. Modalità di conclusione del contratto globale.

La dimensione globale che hanno assunto gli scambi e le questioni di diritto applicabile - sempre meno legate al concetto di “territorio”³¹, quanto alla qualità dell’operazione compiuta³² - hanno inciso in modo determinante anche sulle modalità di contrattazione. Alle forme tradizionali si sostituiscono procedure «spersonalizzate³³», «automatiche³⁴», ed «oggettive³⁵», che attribuiscono

validità ad attività di scambio di beni e servizi realizzate attraverso le piattaforme di commercio elettronico, c.d. *e-marketplaces*. Ciò rispecchia lo stato di mercati non più fissi nei loro confini nazionali, ma caratterizzati da una configurazione globale che porta a diffondere in tutto il mondo prodotti e servizi una volta localizzati in ristrette aree geografiche, ramificando la stessa organizzazione produttiva e distributiva³⁶. Proprio con riferimento alla difficoltà di regolamentare tale materia è diffusa la tesi secondo cui la rete rappresenta un mondo autonomo (c.d. «cyberspazio»), destinato ad essere disciplinato da regole proprie³⁷, che arrivano a costituire “una sovranità concorrente a quello dello stato”³⁸. Il concetto di “globalizzazione” raggiunge così nella rete telematica il suo significato più pregnante, ed il contratto si apre agli strumenti informatici,³⁹ entrando nel nuovo spazio “cibernetico” offerto da Internet, in modo da apparire sempre più “spersonalizzato” e “decontestualizzato” rispetto al tempo ed allo spazio⁴⁰.

Si assiste all’incontro tra una realtà, quella astratta (c.d. virtuale), realizzata attraverso Internet, e

³⁰ G. DE NOVA, *Il contratto alieno*, cit., p. 3.

³¹ Con il conseguente problema posto dalla de-territorializzazione economica di quale sia la razionalità delle scelte ipotizzate per la “localizzazione convenzionale dell’atto giuridico considerato”: A. BALDASSARRE, *Globalizzazione contro democrazia*, Roma-Bari, 2002, p. 59 ss.

³² G. DE NOVA, *o.u.c.*, p. 40.

³³ N. IRTI, *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim.*, 1998, p. 353 ss., sostiene che ci si trova dinanzi al c.d. *homo videns* ossia ad un soggetto che non va più verso le cose, ma dove sono le immagini delle cose che vanno verso di lui, attraverso una lingua designativa e informativa. In questo nuovo contesto, i soggetti della scambio non parlano più, viene meno ogni impulso psicologico e volontaristico e lo scambio stesso si svolge senza accordo. Si contrappone l’opinione di G. OPPO, *Disumanizzazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, p. 525 s. che ravvisa la presenza dell’accordo anche dinanzi a tecniche, come quelle di formazione del contratto telematico, che non richiedono la presenza fisica delle parti contraenti e dove lo scambio non ricerca più il dialogo.

³⁴ A.M. GAMBINO, *L’accordo telematico*, Milano, 1997, p. 162 ss. Allo stesso modo C. CAMARDI, *Contratto e rapporto nelle reti telematiche. Un nuovo modello di scambio*, in V. RICCIUTO e N. ZORZI, (a cura di), *Il contratto telematico*, in *Tratt. di dir. comm.*, Galgano, Padova, 2002, p. 11, discorre di un processo di «scarnificazione» nelle reti telematiche della coppia accordo/contenuto, un processo che conduce verso una inevitabile riduzione della capacità regolativa della disciplina del contratto.

³⁵ Secondo E. BOCCHINI, *Introduzione al diritto commerciale nella new economy*, Padova, 2001, p. 26 ss., l’avvento di Internet sottolinea una sorta di «oggettivazione» nella storia del diritto commerciale dell’atto di commercio.

³⁶ Con lo sviluppo dell’*Information Technology* si è venuto a creare un nuovo spazio, o, se si preferisce, una *nuova dimensione spaziale* nell’ambito della quale viene ad esplicarsi l’attività umana in tutte le sue manifestazioni e rispetto al quale il medium informatico costituisce un *organon*, vale a dire uno strumento di *percezione* e, al tempo stesso, di *creazione* dello spazio medesimo, costituito dalle interazioni che vengono a stabilirsi tra le intelligenze artificiali create per effetto dei sistemi informatici (il cui studio forma oggetto specifico della cibernetica. V. DE ROSA, *La formazione di regole giuridiche per il “cyberspazio”*, in *Dir. inform.*, 2003, p. 361 ss. Navigando in Internet – sostiene N. IRTI, *Scambi senza accordo*, cit. – non si tocca alcun approdo spaziale, ma soltanto risultati visivi o uditivi: parole e suoni che non sono né qui né lì, ma nel puro spazio telematico, che si distende sopra la terra come un sopra-mondo. Il navigante non si sposta da un luogo all’altro, non lascia una terra per un’altra, ma si muove in un indefinito campo di energia (il c.d. *cyberspazio*).

³⁷ D. DI BENEDETTO, *Il caso e-Bay: un esempio di regole dettate dalla prassi che integrano la legge*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, p. 25 ss.

³⁸ G. ROSSI, *La sfida dei diritti in tempo di guerra*, cit., che evidenzia come la sovranità dello Stato sia minacciata dal “codice e dall’architettura della rete”. La rete (Internet) sta inoltre minando i principi base dello stesso sistema capitalistico che pur ne ha permesso la nascita e favorito lo sviluppo: si pensi fra tutti al diritto di proprietà (come il copyright) che viene dissipato e non trova alcuna tutela nella rete.

³⁹ Letteralmente G. FINOCCHIARO, *Lex mercatoria e commercio elettronico. Il diritto applicabile ai contratti conclusi su Internet*, in V. RICCIUTO e N. ZORZI, (a cura di) *Il contratto telematico*, in *Tratt. di dir. comm.*, Galgano, Padova, 2002, p. 16.

⁴⁰ M. PENNASILICO, *La conclusione dei contratti on-line tra continuità e innovazione*, in *Dir. inf.*, 2004, p. 805; V. C. CAMARDI, *Contratto e rapporto nelle reti telematiche. Un nuovo modello di scambio*, in V. RICCIUTO e N. ZORZI, (a cura di), cit., p. 4.

l'altra, quella concreta, che racchiude gli interessi dei soggetti che si avvalgono dell'uso della rete per soddisfare i propri bisogni individuali⁴¹. Un binomio "virtuale"- "reale" che tuttavia appare facilmente superabile se si considera come l'intero fenomeno telematico sia basato su infrastrutture fisicamente esistenti, e come qualsiasi situazione in rete (basti pensare ad un acquisto) è comunque destinata a materializzarsi.

Numerosi sono gli argomenti che si prestano ad osservazioni: dal problema relativo al momento di conclusione del contratto, che si compie nell'istante di una "cliccata", all'incertezza sulla connotazione del sito Internet, quale *offerta al pubblico* in quanto caratterizzato da tutti i requisiti della proposta contrattuale, ovvero puro e semplice *invito ad offrire*, al diritto da applicare in caso di conflitti. Non mancano naturalmente le perplessità da parte di chi ritiene che con la contrattazione telematica si avrebbe "la dissolvenza dell'accordo" soppiantato da un contratto, inteso come risultato della combinazione di due atti unilaterali che escluderebbero ogni sorta di "dialogo" tra le parti⁴².

Dal punto di vista contenutistico, la maggior parte delle transazioni che coinvolgono i consumatori si sostanziano nell'acquisto di un bene o di un servizio piuttosto elementari, rendendo semplici (e quindi standardizzati) i relativi contratti; tuttavia, la predisposizione unilaterale dei contratti stipulati tra imprese e consumatori, per quanto rientranti nella categoria dei contratti standard, non esclude a priori qualsiasi trattativa individuale⁴³. Si cerca quindi di favorire il dialogo tra consumatore e professionista offerente sul contenuto dell'accordo, anche attraverso strumenti alternativi come l'inserimento dei c.d. *forms*, che costituirebbero, secondo parte della dottrina, comportamenti riconducibili ad una trattativa contrattuale⁴⁴.

⁴¹ A. FALZEA, *Il civilista e le sfide d'inizio millennio (Ricerca giuridica ed etica dei valori)*, in V. SCALISI, (a cura di) *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia*, Milano, 2004, p. 9 s., afferma che "Immateriale ma reale è il sito informatico e reali, anche se immateriali, sono le comunicazioni che ad esso pervengono o da esso provengono".

⁴² Cfr. N. IRTI, *Scambi senza accordo*, cit., p. 364 ss.; E. LECCESE, *Il contratto e i contratti: alcune riflessioni*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, p. 86 ss.

⁴³ In argomento v. F. BRAVO, *Le trattative nei contratti telematici*, in *Contratti*, 2003, p. 739 ss.; G. PERLINGIERI, *Le nuove tecnologie e il contratto*, in AA.VV., *Manuale di diritto dell'informatica*, a cura di D. Valentino, Napoli, 2004, p. 15 ss.

⁴⁴ M. PENNASILICO, *La conclusione dei contratti on-line tra continuità e innovazione*, cit. p. 812, evidenzia come alcuni siti commerciali presentano i c.d. "forms", ossia moduli o formulari usati per indicare i propri dati personali, oppure per effettuare scelte tra diverse opzioni più o meno modificabili, o per introdurre nuove stringhe testuali. L'inserimento di detti forms «può permettere al consumatore di interagire attivamente con il

Nella dimensione globale il contratto non esaurisce il quadro delle dichiarazioni impegnative potendo un vincolo giuridico farsi discendere anche da un atto unilaterale come testimonia l'art. 3.20 dei Principi Unidroit che riguarda le "Dichiarazioni unilaterali", il quale prevede che le disposizioni contenute nel capitolo 3 concernente la validità del contratto del commercio internazionale, si applicano anche a "qualsiasi comunicazione di intento indirizzata da un parte all'altra"⁴⁵. Il paradigma unilaterale diventa quindi strumento idoneo ad assicurare le esigenze di speditezza delle operazioni intercorrenti tra soggetti appartenenti a paesi diversi⁴⁶.

5. Globalizzazione e diritto europeo dei contratti

Il carattere globale del mercato non esclude che si debba tener conto degli interessi e delle particolarità dei singoli diritti nazionali⁴⁷: sicchè il fenomeno di trasformazione dei singoli ordinamenti nazionali pare adeguarsi ai contenuti della nuova realtà economica attraverso l'arretramento di istituzioni di democrazia rappresentativa in favore di autorità tecnocratiche vocate alla transnazionalità e alla centralità del contratto.

Se fino ad ieri, il legame, tra diritto e volontà politica aveva quasi i caratteri della necessità, ora la capacità di imperio delle forze economiche impone altre fonti di produzione; per cui si assiste ad un "affollamento giuridico"⁴⁸: la coesistenza di vecchie e nuove fonti del diritto, di vecchi e nuovi soggetti giuridici, di vecchi e nuovi istituti e nuovi modi di funzionamento degli stessi. Il quadro normativo di riferimento che tocca non solo la disciplina del contratto in generale, ma anche quella

professionista, intervenendo direttamente sui contenuti normativi ed economici del contratto, e procedendo, in tal modo, a comportamenti riconducibili ad una effettiva trattativa contrattuale».

⁴⁵ In argomento A. ASTONE, *Contratto negozio regolamento: contributo allo studio del negozio unilaterale*, Milano, 2008, p. 78 e ivi ulteriori riferimenti. Si vedano anche i *Principles of European Contract law redatti dalla Commissione Lando* (art. 1.107, 2.107).

⁴⁶ Si pensi alle lettere di *patronage*, alle lettere di credito o alle garanzie autonome piuttosto diffuse nella contrattazione internazionale.

⁴⁷ Si dà conto della transnazionalità dei diritti nazionali, evocando in particolare quello statunitense, analizzando gli effetti dello Sarbanes- Oxley Act del 30 luglio 2002 e dei suoi regolamenti attuativi, che afferma la applicabilità alle imprese americane anche quando si dislocano fuori dei confini nazionali, delle sue regole di trasparenza.

⁴⁸ M.R. FERRARESE, *Il diritto al presente, Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, cit., p. 66.



dei singoli contratti è, dunque, un quadro normativo complesso.

Tentativi di esprimere forme limitate di globalizzazione politica, commerciale e giuridica, si registrano in Europa dapprima con la Comunità e ora con l'Unione europea. Si tratta pur sempre di tentativi non in grado di esprimere una vera e propria globalizzazione ma una più limitata dimensione, che potrebbe definirsi "regionale" del fenomeno globalizzante, ma che tuttavia sono di grande interesse per le trasformazioni che comportano nelle istituzioni nazionali e per i meccanismi di adeguamento al mutato scenario normativo sovranazionale.

Assumono rilievo in questo contesto non solo le norme europee, poi trasfuse in norme interne attraverso il recepimento delle direttive ma, altresì, tutte le norme europee rilevanti, come le norme dei trattati, dei regolamenti, delle direttive, le norme interne di derivazione europea e, soprattutto, i principi di diritto elaborati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea⁴⁹. In tal senso il richiamo al diritto comunitario rappresenta un tentativo di superamento dei diritti nazionali e quindi un tentativo di "dominio" (sebbene parziale) della globalizzazione.

Quanto alle ragioni dell'incidenza del diritto comunitario sull'istituto del contratto esse vanno rinvenute in talune delle stesse ragioni di sussistenza dell'Unione Europea, e cioè nella finalità (indicata nell'art. 2 del Trattato dell'Unione) di promuovere "l'instaurazione di una unione economica e monetaria", "un progresso economico e sociale" e di "pervenire ad uno sviluppo equilibrato e sostenibile". Il fine è quello di pervenire ad una regolamentazione uniforme dei mercati nazionali e "di correggere o prevenire distorsioni, squilibri ed inefficienze del mercato", creando così un "nuovo ordine giuridico" entro il quale, ed in diversa misura rispetto al passato, deve ritenersi riconosciuta la libertà di contrarre⁵⁰.

Il nuovo quadro normativo impegna i giuristi europei ad uno sforzo non solo di conoscenza del sistema comunitario ma anche alla necessità di prendere atto della complessità dell'ordinamento globalmente considerato, nel quale norme interne e sovranazionali devono comporsi in un rapporto di integrazione reciproca e

di armonica coesistenza⁵¹. Non si tratta solo di applicare nuove norme e di attingerle da un diverso contesto, ma di acquisire la consapevolezza che il diritto comunitario e i suoi principi incidano a tal punto sui diritti interni⁵² da determinarne, in un'ottica di coerenza sistematica, nuove modalità di interpretazione⁵³.

Ma a parte l'incidenza sui diritti nazionali, in Europa si pone il problema di un futuro diritto europeo dei contratti. Difatti, se è pur vero che tra gli obiettivi immediati dell'Unione vi è quello dell'armonizzazione normativa, nel contempo gli organi dell'UE volgono la loro attenzione alle nuove opportunità di intervento.

Programmazioni mirate e studi settoriali preparano il terreno a possibili interventi normativi⁵⁴. E così nel marzo 2003 fu adottato l'Action Plan (Piano d'azione) per la maggiore coerenza del diritto contrattuale europeo. Con questo documento la Comunità Europea si impegnò ad ipotizzare quali potessero essere le scelte possibili per un quadro comune del diritto europeo dei contratti (un "coherent European contract law"); a seguito dell'Action Plan furono avviate

⁵¹ L'armonizzazione del diritto contrattuale europeo costituisce una vera e propria sfida nell'epoca della globalizzazione. Sul punto J.M. SMITS, *Law Making in European Union: On Globalization and Contract Law in Divergent Legal Cultures*, in *Louisiana Law Review*, 67, (2007), p. 1189, secondo cui «The legal diversity of the European Union is paradigmatic for the challenge that we face in an age of globalization. In the European debate about harmonization of contract law, two key questions have to be answered. The first is whether there is any real need for harmonization. The second is whether harmonization of law is at all possible in view of the sometimes widely divergent national views of how to regulate society. Both questions are also important at a global level. Without a firm view of the need for and the feasibility of uniform law, lawmakers cannot function properly». Si veda altresì E. CAPOBIANCO, *Diritto comunitario e trasformazioni del contratto*, cit., p. 9 ss.

⁵² G. BERTI, *Diffusione della normatività e nuovo disordine delle fonti del diritto*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, 3, p. 462, il quale afferma che «L'antico sistema delle fonti "si nebulizza" e l'interprete deve confrontarsi con una normatività diffusa che ha bisogno della integrazione dei fatti e dei principi che hanno il segno della normatività e si debbono confrontare con l'esperienza, la prassi, il gioco degli interessi». Sono i soli che "mettono a nudo il fondamento sociale del diritto positivo" e sotto "un certo profilo contribuiscono a legare validità ed effettività".

⁵³ Per l'esigenza di una interpretazione comunitariamente orientata, cfr., di recente, Cass., 3 aprile 2014, n. 7776, in *Società*, 2, 2015, p. 197 ss., con nota di I. RIVERA, *Quando la norma è di interpretazione autentica: alcuni problemi di metodologia ermeneutica*. Sul tema cfr. E. CAPOBIANCO, *Il contratto dal testo alla regola*, Milano, 2006; M. PENNASILICO, *Metodo e valori nell'interpretazione dei contratti. Per un'ermeneutica contrattuale rinnovata*, Napoli, 2011, p. 353 ss.

⁵⁴ In argomento diffusamente e anche per ulteriori riferimenti, G. ALPA, *Il contratto in generale*, I, *Fonti, teorie, metodi*, in *Tratt. dir. civ. e comm.* Cicu, Messineo. Mengoni, Milano, 2014, p. 755 ss.

⁴⁹ P. PERLINGIERI, *Diritto comunitario e legalità costituzionale. Per un sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 1992, p. 41 ss.; V. ROPPO, *Il contratto e le fonti del diritto*, in *Pol. dir.*, 2001, 4, p. 529 ss.; M. FRANZONI, *Il contratto nel mercato globale*, cit. p. 69.

⁵⁰ In questo senso, anche per ulteriori riferimenti, cfr. E. CAPOBIANCO, *Diritto comunitario e trasformazioni del contratto*, Napoli, 2003, p. 9 ss.



iniziative e costituiti gruppi di studio ad iniziativa comunitaria, col compito di studiare quali potessero essere le prospettive del diritto contrattuale Europeo. Nel 2007, il gruppo di ricerca sul diritto privato comunitario esistente (*Research Group on the Existing EC Private Law*), coordinato dal Prof. Hugh Beale, ha redatto i princípi del vigente diritto comunitario dei contratti (“*Principles of the Existing EC Contract Law*”) individuando, in una raccolta, i princípi del diritto dei contratti sulla base di una ricognizione del diritto comunitario vigente. Nel 2009, il gruppo di studi (*Study Group on a European Civil Code*), coordinato dal Prof. Christian von Bar, ha redatto il testo “Princípi, definizioni e regole modello del diritto privato europeo” (“*Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*”, conosciuto quale “*Draft Common Frame of Reference*”, c.d. DCFR): detto studio contiene princípi, definizioni e regole modello del diritto privato europeo dei contratti (non è una fonte del diritto ma un semplice testo di riferimento). Il testo si ispira al lavoro del prof. Ole Lando (“*Principles of European Contract Law*” – “Princípi del Diritto Europeo dei Contratti”, citati anche con l’acronimo PECL), cui si deve l’elaborazione dei cc.dd. “Princípi Lando”, princípi del diritto europeo dei contratti, formulati all’esito del lavoro di raccolta e compilazione dell’equipe di studiosi da lui guidata, oggi confluiti nel testo del “DCFR” del 2009.

Nel 2010, è stato emanato il cosiddetto Libro verde sulle opzioni possibili in vista di un diritto europeo dei contratti per i consumatori e le imprese, a mezzo del quale la Commissione Europea ha presentato le sue soluzioni volte a migliorare la coerenza del diritto europeo dei contratti. Tale documento non costituisce fonte del diritto, ma trattasi di un atto attraverso il quale si svolge una sorta di interpello rivolto a tutti gli ambienti interessati sull’opportunità di intervenire con nuove norme in talune materie, per poi procedere alla valutazione dei risultati della consultazione in vista della formulazione di una nuova proposta di legislazione europea. Nello specifico, il programma di lavoro del Libro verde per il 2011 prevedeva la presentazione, nell’ultimo trimestre del 2011, di uno strumento di diritto europeo dei contratti. In funzione di questo obiettivo, nell’aprile 2010, la Commissione ha istituito un gruppo di esperti incaricato di elaborare uno studio di fattibilità sul progetto di un nuovo strumento giuridico europeo nel presupposto che “una nuova legislazione europea potrebbe agevolare e accrescere le attività delle imprese e la fiducia dei consumatori, allorché essi concludono contratti di vendita in un altro paese europeo. Un nuovo strumento

giuridico europeo rappresenta un modo per aumentare la certezza del diritto e per ridurre i costi elevati delle transazioni di questo tipo di scambio commerciale”. Nell’aprile 2011 è stato così portato a termine il c.d. Studio di fattibilità (*Feasibility Study*), commissionato dalla Commissione Europea per l’elaborazione di un quadro comune di riferimento nel campo del diritto europeo dei contratti; detto studio è partito dal *Draft of Common Frame of Reference*, del 2009, confrontandone i contenuti con quelli degli altri progetti precedenti (come i Princípi Lando e il *Code Européen des Contrats*, progetto di codice civile europeo, formulato nel 2000 dal Gruppo dei Giusprivatisti dell’Università di Pavia, coordinato dal Prof. Gandolfi).

Le diverse potenzialità insite nei risultati dello studio di fattibilità del 2011 hanno però subito una battuta d’arresto: lo studio in questione, difatti, si è concretamente tramutato nella Proposta di regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio relativo a un diritto comune europeo della vendita n. 635 dell’11 ottobre del 2011; le istanze volte alla creazione di un più ampio “Diritto Europeo dei contratti” sono sfociate in una proposta di regolamento europeo avente ad oggetto un esperimento legislativo limitatamente, però alla compravendita. Peraltro più recenti affinamenti della proposta indicano come possibile la limitazione alle sole vendite *on line* (v. la risol. Parlamento Europeo del 26 febbraio 2014).

Ciononostante, sebbene la proposta di regolamento veda ristretto il suo ambito di applicazione, trattasi di un esperimento che consente il collaudo di princípi e regole che potrebbero essere, *in progress*, riferiti al paradigma del contratto in generale. Il meccanismo d’intervento scelto da questa proposta è comunque uno strumento *soft*: il regolamento istituirebbe un regime comune facoltativo che i contraenti eventualmente potrebbero adottare in alternativa al diritto nazionale; detta normativa *in fieri*, quindi, non eliminerebbe il vigore delle leggi nazionali esistenti sulla vendita, ma consentirebbe ai contraenti, qualora dovesse entrare in vigore, di optare, in luogo del diritto nazionale, per il nuovo regime europeo. Il regime comune proposto quindi non interverrebbe drasticamente, contrapponendosi ai diritti nazionali degli Stati membri, ma sarebbe una normativa alternativa che, pur essendo introdotta con uno strumento forte come quello del regolamento, rimarrebbe al contempo uno strumento di *soft law*, dipendente dalla scelta dei contraenti.

Parimenti, resta aperta l'idea della realizzazione di un "codice civile globale" destinato a raccogliere ed ampliare interventi legislativi parziali⁵⁵.

⁵⁵ Offre riflessioni in tal senso, N. LIPARI, *La codificazione nella stagione della globalizzazione*, in *Riv. trim.*, 2015, p. 876 ss.