

STEFAN GRUNDMANN

Prof. ord. nella Martin-Luther-Universität di Halle-Wittenberg
Visiting Professor al King's College, London

LA STRUTTURA DEL DIRITTO EUROPEO DEI CONTRATTI (*)

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Il diritto europeo dei contratti: recente, indispensabile e già affermato. — 3. Gli elementi costitutivi e i limiti del diritto europeo dei contratti: l'ambito operativo. — 4. *Segue*: i principi generali e il *ius commune*. — 5. La distinzione strutturale di base: norme inderogabilmente applicabili ai rapporti internazionali e altre norme. — 6. La marginalità del diritto europeo dei contratti rispetto alle norme non inderogabilmente applicabili ai rapporti internazionali. — 7. L'armonizzazione delle norme inderogabilmente applicabili ai rapporti internazionali: ricognizione d'insieme. — 8. *Segue*: la commercializzazione di beni e di servizi. — 9. *Segue*: le condizioni generali di contratto e i pagamenti tardivi. — 10. *Segue*: il contratto di compravendita. — 11. *Segue*: la prestazione di servizi. — 12. *Segue*: la prestazione di servizi finanziari. — 13. *Segue*: i contratti turistici. — 14. *Segue*: il contratto di lavoro. — 15. *Segue*: la proprietà intellettuale. — 16. Le fonti e la finalità del diritto comunitario secondario. — 17. La regolamentazione del fallimento del mercato: restrizioni della concorrenza. — 18. *Segue*: asimmetrie informative. — 19. Questioni di politica del diritto: fallimento del mercato *versus* fallimento dello Stato. — 20. *Segue*: regole di informazione *versus* imposizione di soluzioni sostanziali imperative. — 21. Conclusioni.

1. — Il diritto europeo dei contratti è una disciplina nuova: sono ancora recenti, infatti, non soltanto i provvedimenti normativi che ne costituiscono la base, ma anche la sua stessa elaborazione concettuale.

Come si vedrà meglio nel prosieguo, tuttavia, si tratta di una disciplina importante, anzitutto per quanto riguarda la sua applicazione pratica, poiché costituisce la base delle transazioni nel mercato unico europeo e regola altresì più della metà delle transazioni nei singoli mercati nazionali; in base ai dati empirici, si può dimostrare che essa è in grado di svolgere tale compito in maniera efficiente. Dal punto di vista teorico e dottrinale, inoltre, il diritto dei contratti costituisce il nucleo essenziale di una società basata sul diritto privato (« *Privatrechtsgesellschaft* ») (1).

L'ambito operativo del diritto europeo dei contratti ricomprende tutte le regole comunitarie che disciplinano la formazione, il contenuto e l'estinzione dei contratti. Esso è più ampio e, allo stesso tempo, più ristretto di quello del

(*) Per la traduzione in lingua italiana l'autore desidera ringraziare il dott. Pietro Sirena, professore supplente di Istituzioni di Diritto privato presso l'Università degli Studi di Siena.

(1) V. *infra*, n. 2.

diritto nazionale dei contratti ⁽²⁾: più ampio, perché si estende anche alla regolamentazione degli interessi pubblici relativi alle transazioni professionali, più ristretto perché ne sono escluse tutte le discipline rispetto alle quali le parti sono libere di scegliere la legge applicabile. Le fonti del diritto europeo dei contratti sono costituite tanto dal Trattato C.E., quanto dalla legislazione comunitaria secondaria, nonché, ma soltanto in limiti molto angusti, dai principi generali ricavati dagli ordinamenti giuridici degli Stati membri ⁽³⁾.

La struttura del diritto comunitario dei contratti si fonda su una distinzione basilare: le norme di diritto nazionale dei contratti che, in base agli artt. 5, 6 e 7 della Convenzione di Roma, si applicano inderogabilmente ai rapporti internazionali sono trattate in modo differente dalle altre regole di diritto nazionale dei contratti ⁽⁴⁾. In base alla giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee, infatti, soltanto le norme inderogabilmente applicabili ai rapporti internazionali sono assoggettate al controllo basato sulle libertà fondamentali del diritto comunitario.

Si individuano così due corpi distinti di norme giuridiche, che devono essere considerati separatamente. Le norme di diritto nazionale dei contratti rispetto alle quali le parti sono libere di scegliere la legge applicabile non soltanto sono escluse dal controllo basato sulle libertà fondamentali, ma, tranne qualche caso isolato, non sono state neppure armonizzate ⁽⁵⁾. Anche in quest'ambito le libertà fondamentali sono importanti, ma esclusivamente in quanto esse, alle condizioni che devono essere discusse, garantiscono alle parti la libertà di scegliere la disciplina applicabile al contratto, sia che quest'ultima sia costituita da una legge dello Stato, sia che essa sia costituita invece da una « legge » creata da privati (mediante la predisposizione di clausole contrattuali standardizzate).

Uno sguardo d'insieme alle norme giuridiche adottate a livello comunitario mostrerà che praticamente tutte le norme inderogabilmente applicabili ai rapporti internazionali sono state armonizzate ⁽⁶⁾: la loro distinzione dalle altre norme nazionali, che si è appena individuata, si riflette precisamente nel grado di armonizzazione degli ordinamenti giuridici degli Stati membri. Tali norme sono tutte riconducibili allo stesso scopo: sono essenzialmente finalizzate a rimediare al fallimento del mercato, soprattutto qualora esso si verifichi mediante restrizioni della concorrenza ovvero mediante (alcune) asimmetrie informative ⁽⁷⁾.

La maggior parte del diritto europeo dei contratti concerne esclusiva-

⁽²⁾ V. *infra*, n. 3.

⁽³⁾ V. *infra*, n. 4.

⁽⁴⁾ V. *infra*, n. 5.

⁽⁵⁾ V. *infra*, n. 6.

⁽⁶⁾ V. *infra*, nn. 7-15.

⁽⁷⁾ V. *infra*, nn. 16-18.

mente il fallimento del mercato. In molti casi, le asimmetrie informative possono essere rimosse mediante regole di informazione; soltanto dove ciò non sia possibile il legislatore dovrebbe prendere in considerazione l'eventualità di dettare soluzioni sostanziali imperative. Questa seconda tecnica si ritrova anche nel diritto nazionale dei contratti, così come esso è stato tradizionalmente inteso, e riflette una cultura più ampia o un insieme di principi del diritto privato, in particolare del diritto commerciale, della maggior parte dei paesi europei.

Si devono infine esaminare due questioni di politica del diritto riguardanti la struttura del diritto europeo dei contratti ⁽⁸⁾: la prima riguarda il principio di sussidiarietà e il concetto di competizione degli ordinamenti giuridici, la seconda riguarda invece la preferibilità di regole di informazione rispetto all'imposizione di soluzioni sostanziali imperative. Si tratta di scelte fondamentali al fine di accostare il più possibile l'intensità dell'intervento normativo al livello ottimale.

2. — Il diritto europeo dei contratti ha tre importanti caratteristiche: è recente, è indispensabile ed è già affermato.

Esso costituisce una disciplina recente sia per quanto riguarda l'emana-zione dei provvedimenti normativi che ne costituiscono la base, sia per quanto riguarda la sua stessa elaborazione concettuale.

In materia di contratti di lavoro, alcuni provvedimenti erano stati emanati prima del 1985: si tratta delle direttive e dei regolamenti sulla discriminazione per ragioni di sesso e di nazionalità ⁽⁹⁾, sui licenziamenti collettivi ⁽¹⁰⁾ e sul trasferimento di imprese ⁽¹¹⁾, nonché delle esenzioni per categoria, le

⁽⁸⁾ V. *infra*, nn. 19-20.

⁽⁹⁾ Reg. 1612/68/CEE del Consiglio, del 15 ottobre 1968, relativo alla libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità, in *G.U.C.E.*, 1968 L 257, p. 2 ss., modificata in *G.U.C.E.*, 1976 L 39, p. 2 e *G.U.C.E.*, 1992 L 245, p. 1 s.; dir. 75/117/CEE del Consiglio, del 10 febbraio 1975, per il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati Membri relative all'applicazione del principio della parità della retribuzione tra i lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile, in *G.U.C.E.*, 1975 L 45, p. 19 s.; dir. 76/207/CEE del Consiglio, del 9 febbraio 1976, relativa all'attuazione del principio della parità di trattamento tra gli uomini e le donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionali e le condizioni di lavoro, in *G.U.C.E.*, 1976 L 39, p. 40 ss. Per gli atti normativi complementari, v. BEKUSSON, *European Labour Law*, London, 1996, pp. 169-191; GRUNDMANN, *Europäisches Schuldvertragsrecht — das Europäische Recht der Unternehmensgeschäfte (nebst Texten und Materialien zur Rechtsangleichung)*, München, 1999, paragrafi 3.10 e 11, nn. 10-14.

⁽¹⁰⁾ Dir. 75/129/CEE del 17 febbraio 1975, recante norme per il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati Membri in materia di licenziamenti collettivi, in *G.U.C.E.*, 1975 L 48, p. 29 ss., modificata in *G.U.C.E.*, 1992 L 245, p. 3 e *G.U.C.E.*, 1998 L 225, p. 16.

⁽¹¹⁾ Dir. 77/187/CEE del Consiglio del 14 febbraio 1977, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati Membri relative al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimenti di imprese, di stabilimenti o di parti di stabilimenti, in *G.U.C.E.*, 1977 L 61, p. 26 ss.

quali sono formulate come elenchi di clausole standardizzate escluse dal divieto posto dall'art. 81, comma 1°, Tratt. C.E. Negli altri settori, però, le direttive sull'armonizzazione del diritto dei contratti sono state emanate soltanto a partire dal 1985⁽¹²⁾.

Già nel 1980, era stata conclusa la Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali⁽¹³⁾, la quale, anche in considerazione dei suoi contenuti, può essere considerata il punto di partenza del diritto europeo dei contratti: essa, infatti, è il solo provvedimento applicabile a tutti i tipi contrattuali e soprattutto, in combinazione con le libertà fondamentali, individua la distinzione che sta alla base del diritto europeo dei contratti, e perciò la maggior parte della sua struttura essenziale.

L'elaborazione concettuale del diritto europeo dei contratti è ancora più recente. I problemi inerenti alla disciplina del contratto di lavoro e a quella dei contratti stipulati dai consumatori sono stati discussi in dottrina già da qualche tempo⁽¹⁴⁾; il concetto generale di un diritto europeo dei contratti, già

⁽¹²⁾ Dir. 85/577/CEE del Consiglio, del 20 dicembre 1985, per la tutela dei consumatori in caso di contratti negoziati fuori dei locali commerciali, in *G.U.C.E.*, 1985 L 372, p. 31 ss.; dir. 86/653/CEE del Consiglio, del 18 dicembre 1986, relativa al coordinamento dei diritti degli Stati membri concernenti gli agenti commerciali indipendenti, in *G.U.C.E.*, 1986 L 382, p. 17 ss.; dir. 87/102/CEE del Consiglio, del 22 dicembre 1986, relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati Membri in materia di credito al consumo, in *G.U.C.E.*, 1987 L 42, p. 48 ss., modificata in *G.U.C.E.*, 1990 L 61, p. 14 e *G.U.C.E.*, 1998 L 101, p. 17. Tutte le altre direttive sono state emanate a partire dal 1989/1990.

⁽¹³⁾ Convenzione del 19 giugno 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, in *G.U.C.E.*, 1980 L 266, p. 1 ss.; la Convenzione è entrata in vigore il 1° aprile 1991 (in *G.U.C.E.*, 1991 C 52, p. 1). Per i materiali legislativi e i successivi atti di adesione, v. GRUNDMANN, *op. cit.*, paragrafo 1.01 (« Fundstellenverzeichnis ») e successivamente, in *IPRRat*, 1999, p. 132 ss.; per il controverso problema se la Convenzione possa considerarsi come un vero e proprio atto comunitario, v. altresì Id., *Europäisches Schuldvertragsrecht*, cit., paragrafo 1.01, nn. 6 e 8.

⁽¹⁴⁾ Riguardo al contratto di lavoro, v., fra gli altri, BARNARD, *EC Employment Law*, Chichester, 1996; BERCUSSON, *European Labour Law*, cit.; BURK, *Europäisches Arbeitsrecht*, München, 1990; BLANPAIN, ENGELS, *European Labour Law*⁴, Den Haag, 1997; BUTTERWORTH'S *Compendium of EC Employment and Social Security Law*, London, 1990; DAUBLER, KITTNER, LÖRCHER, *Internationale Arbeits- und Sozialordnung — ausgewählte und eingeleitete Dokumente*², Köln, 1994; KRÄMHOVE, *Europäisches Arbeitsrecht*, München, 1996; OETIKER, PRAIS, *Europäische Rechtsvorschriften zum Arbeitsrecht — Kurzausgabe aus Europäischem Arbeits- und Sozialrecht (EAS)*, Heidelberg, 1995; SCHIEK, *Europäisches Arbeitsrecht*, Baden-Baden, 1997. Riguardo ai contratti stipulati dai consumatori, v. HOMMELHOFF, *Verbraucherschutz im System des deutschen und europäischen Privatrechts*, Heidelberg, 1996; HOWELLS, WILHELMSSON, *EC Consumer Law*, Aldershot, 1997; KENDALL, *EC Consumer Law*, London, 1995-1996; REICH, *Europäisches Verbraucherrecht — eine problemorientierte Einführung in das europäische Wirtschaftsrecht*⁶, Baden-Baden, 1996; SCHWYDER, HEISS, RUDISCH (a cura di), *Internationales Verbraucherschutzrecht — Erfahrungen und Entwicklungen in Deutschland, Liechtenstein, Österreich und der Schweiz*, Tübingen, 1995; un contributo pionieristico si deve a KRÄMER, *EWG-Verbraucherrecht*, Baden-Baden, 1985. L'importanza delle direttive riguardanti i contratti stipulati dai consumatori

delineatosi nella letteratura più sensibile all'evoluzione della realtà giuridica e istituzionale⁽¹⁵⁾, è stato infine compiutamente elaborato in due lavori monografici del 1997 e del 1998-1999⁽¹⁶⁾.

Nonostante la sua giovane età, il diritto europeo dei contratti è una disciplina indispensabile per il mercato unico europeo e anzi, da un punto di vista teorico e sistematico, ne costituisce addirittura la componente essenziale. Tre aspetti sono particolarmente importanti.

In primo luogo, la maggior parte degli autori vorrebbe ravvisare nelle libertà fondamentali le regole di integrazione sostanziale più importanti del Trattato C.E. — anche rispetto al diritto della concorrenza e degli aiuti di Stato, e sicuramente rispetto alle politiche settoriali. In un sistema economico essenzialmente basato sull'iniziativa economica privata e sulla concorrenza di mercato, le libertà sono state convincentemente interpretate come un'estensione dell'autonomia privata al di là delle frontiere nazionali⁽¹⁷⁾ (soggetta a limiti fondati su ragioni inderogabili di interesse pubblico). Il contratto è appunto lo strumento dell'autonomia privata.

Dal punto di vista delle leggi nazionali, inoltre, il nucleo fondamentale del diritto privato, in tutte le economie di mercato, è la disciplina dei contratti. Per un'economia fondata sul mercato unico europeo, è particolarmente importante delimitare e concettualizzare quest'area, soprattutto se si considera che il diritto europeo dei contratti riguarda già più della metà di tutte le transazioni di mercato che si svolgono non soltanto fra gli Stati dell'Unione⁽¹⁸⁾,

per la creazione del diritto privato europeo è rilevata da HONDIUS, *Kaufen ohne Risiko — der europäische Richtlinienentwurf zum Verbraucherkauf und zur Verbrauchergarantie*, in *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 1997, p. 131. È significativo che dal 1986 si pubblichi addirittura una rivista specialistica, l'*Europäische Zeitschrift für Verbraucherrecht* (« Rivista europea del diritto dei consumatori »).

⁽¹⁵⁾ BASEDOW, *A Common Contract Law for the Common Market*, in *Common Market Law Review*, vol. 33, 1996, p. 1169 ss.; HEISS, *Europäisches Vertragsrecht* in statu nascenti², in *Zeitschrift für Rechtsvergleichung*, Bd. 36, 1995, p. 54 ss.; KNICHNER, *Europäisches Vertragsrecht*, in WEYERS (a cura di), *Europäisches Vertragsrecht*, Baden-Baden, 1997, p. 103 ss.

⁽¹⁶⁾ L'antesignano è stato QUIGLEY, *European Community Contract Law*, London, 1997 (in cui, fra l'altro, si trovano brevi ma utilissimi commenti ai precedenti più significativi della Corte europea di Giustizia, mentre minore attenzione è dedicata all'elaborazione di una parte sistematica). Successivamente è stato pubblicato GRUNDMANN, *Europäisches Schuldvertragsrecht*, cit., con i commentari completi a circa quaranta fra gli atti normativi più importanti e introduzioni sistematiche alla materia nel suo complesso e a ciascun settore tematico; un'edizione inglese, redatta insieme al Prof. Andenas del King's College di Londra, sarà pubblicata dalla casa editrice de Gruyter alla fine del 2001.

⁽¹⁷⁾ V. più ampiamente MÜLLER-GRAFF, *Europäisches Gemeinschaftsrecht und Privatrecht — das Privatrecht in der europäischen Integration*, in *Neue Juristische Hochschulschrift*, 1993, p. 14, già in MÜLLER-GRAFF (a cura di), *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, Baden-Baden, 1993, p. 205; in senso analogo, v. BASEDOW, *op. cit.*, p. 1179 ss., pp. 1181-1184.

⁽¹⁸⁾ V. *infra*, n. 3.

ma anche all'interno di ciascuno di essi. Il diritto europeo dei contratti, grazie al suo livello gerarchico sovraordinato e all' idoneità di quasi tutte le direttive a essere applicate, di fatto, anche ai rapporti tra soggetti privati⁽¹⁹⁾, è logicamente il punto di partenza anche nelle controversie nazionali.

Il terzo aspetto attiene prevalentemente a una valutazione di politica del diritto. La trasformazione probabilmente più imponente di ciò che era la costituzione politica dell'Europa prima del 1958 è stata convincentemente interpretata come il rafforzamento di una società basata sul diritto privato [*«Privatrechtsgesellschaft»*]⁽²⁰⁾. Può considerarsi rivoluzionario, soprattutto in una prospettiva storica, che lo Stato nazionale sia ora vincolato e disciplinato non soltanto nella sua attività legislativa (libertà fondamentali), ma anche nella maggior parte delle azioni economicamente rilevanti del potere esecutivo. Ciò vale tanto per il suo comportamento nell'ambito della concorrenza e degli aiuti pubblici, quanto per l'accesso a rapporti di pubblico impiego o di fornitura pubblica.

Se persino gli Stati devono confrontarsi con modelli assolutamente simili a quelli applicabili a tutti i soggetti privati, significa che il dominio dei concetti del diritto privato si amplia. In particolare, il concetto di base del diritto privato — il contratto — si estende largamente nelle aree tradizionalmente pubblicistiche: si deve ricordare che fino a circa vent'anni fa, nella maggior parte degli Stati, i servizi postali e le telecomunicazioni — ossia, la maggior parte dell'area vitale della comunicazione — apparivano ancora come monopoli pubblici destinati a durare per sempre.

Per queste ragioni, è difficile individuare altri cambiamenti del diritto privato che siano tanto importanti quanto la creazione del diritto europeo dei contratti: vi si possono accostare solamente il diritto europeo delle società (o il diritto dell'organizzazione professionale)⁽²¹⁾ e, almeno storicamente, il diritto

⁽¹⁹⁾ V. *infra*, n. 16.

⁽²⁰⁾ Il termine fu coniato da Franz Böhm; la scuola ordoliberal, di cui egli fu uno dei fondatori, ha largamente influenzato il diritto tedesco (e poi europeo) della concorrenza, il quale ha costituito il punto di riferimento per individuare il concetto europeo di fallimento del mercato, o mercato imperfetto. Per il concetto di società basata sul diritto privato, v. MAYER, SCHEINPLUG, *Privatrechtsgesellschaft und die Europäische Union*, Tübingen, 1996 e, con minor attenzione al diritto comunitario, ZÖLLNER, *Die Privatrechtsgesellschaft in Gesetzes- und Richterstaat*, Köln, 1996.

⁽²¹⁾ Il primo contributo in materia si deve a LUTTER, *Europäisches Unternehmensrecht — Grundlagen, Stand und Entwicklung nebst Texten und Materialien zur Rechtsangewandung*, Berlin-New York, 1996 (la 1^a ed. è del 1979); altri scritti importanti sono BEHRENS, *E.III: Gesellschaftsrecht*, in DAUSES (a cura di), *Handbuch des EG-Wirtschaftsrechts*², München, 1998; DINE, *EC Company Law*³, London, 1998 (a scheda mobili); DORRESTEIN, KUTNER, MORSE, *European Corporate Law*, Deventer, 1995; EDWARDS, *EC Company Law*, Oxford, 1999; HAWERSACK, *Europäisches Gesellschaftsrecht — Einführung für Studium und Praxis*, München, 1999; HOHLOCH (a cura di), *EU-Handbuch Gesellschaftsrecht*, Herne, 1997; HOPT, WYMEERSCH, *European Company and Financial Law*², Berlin-New York, 1994; P-FISTER, *Europäisches Gesellschaftsrecht*, Frankfurt a.M., 1993; WERLAUFF, *EC Company*

europeo della concorrenza (artt. 81-86 Tratt. C.E.), il quale comunque riguarda anche la disciplina dei contratti e delle società.

Infine, il diritto europeo dei contratti è una disciplina affermata, specialmente se lo si definisce ampiamente come il diritto che regola le transazioni all'interno del mercato unico europeo⁽²²⁾. Alcuni dati sono significativi al riguardo.

La quota di investimenti mondiali diretti assorbita dall'Unione era del 28% nella metà degli anni ottanta ed è aumentata fino al 44% nella metà degli anni novanta⁽²³⁾; su sette euro, dollari, yen o sterline precedentemente investiti nel resto del mondo, uno è stato quindi ritirato e investito nell'Unione. Evidentemente, non si tratta di uno sviluppo normale, ma di un enorme progresso della quota di mercato, il quale esprime il grado di attrattività agli occhi degli investitori. Nei medesimi dieci anni il rapporto tra il volume delle esportazioni aggregate all'interno dell'Unione e quello degli scambi con paesi terzi è cambiato da poco più di 1 a 1 (53,7% a 46,3%) a poco più di 2 a 1 (67,8% a 32,3%)⁽²⁴⁾: ciò significa che, nonostante la liberalizzazione anche a livello globale, l'apertura dell'Est e il rafforzamento dell'Asia orientale, il volume del commercio all'interno dell'Unione si è raddoppiato rispetto allo scambio con i paesi terzi.

3. — L'ambito operativo del diritto europeo dei contratti è più ampio, e allo stesso tempo più ristretto di quello della maggior parte delle discipline nazionali dei contratti; esso comprende tutte le norme che concernono la formazione, il contenuto e l'estinzione dei contratti.

È più ampio in quanto include anche la regolamentazione degli interessi pubblici relativi alle transazioni commerciali: si considerino ad esempio le norme del diritto monetario che rendono nulle certe clausole contrattuali, i divieti di cartelli o le esenzioni per categoria, in base alle quali i cartelli redatti conformemente a un certo tipo di clausole sono sottratti alla sanzione della nullità. Queste regole, che nel diritto nazionale spesso sono considerate estranee al diritto dei contratti, rientrano invece nel diritto europeo dei contratti, non soltanto perché, dal punto di vista funzionale si tratta di discipline relati-

Law — the common denominator for business undertakings in 12 states, Copenhagen, 1993.

⁽²²⁾ V. *infra*, n. 3.

⁽²³⁾ V., anche per ulteriore materiale statistico, *The impact and effectiveness of the Single Market*, COM(96) 520.

⁽²⁴⁾ I dati sulle esportazioni di beni si possono rinvenire in EUROPEAN COMMISSION, *EUROSTAT, Panorama of EU Industry 97, An extensive survey on the situation and the perspectives for the sectors of industry and services in the European Union*, Luxembourg, 1997, pp. 29-45; MONTI, *The single market and tomorrow's Europe — A progress report from the European Commission*, Luxembourg, 1997, pp. 92-95. Nel settore dei servizi, si registra un incremento analogo: la quota di trasferimenti all'interno della Comunità è cresciuta dal 42,6% al 50,2%.

ve ai contratti, ma anche perché esse sono ricomprese nell'art. 7 della Convenzione di Roma. Il diritto europeo dei contratti copre quindi un'area più ampia di quella tradizionalmente riconosciuta al diritto nazionale dei contratti, soprattutto se si considera che in alcuni paesi i nuovi sviluppi della tutela dei consumatori sono esaminati non come un aspetto della disciplina contrattuale, ma come una problematica a sé stante, significativamente assente nella principali trattazioni del contratto in generale⁽²⁵⁾.

Il diritto europeo dei contratti è la cornice legale delle transazioni (commerciali) prevista dalla legislazione comunitaria primaria e secondaria: esso ricomprende la tutela dei consumatori, i contratti di lavoro e la regolamentazione degli interessi pubblici (soprattutto attinenti al funzionamento del mercato) che influiscono sulla formazione del contratto (art. 5-7 della Convenzione di Roma).

D'altro canto, il diritto europeo dei contratti, così come si presenta attualmente, è anche più ristretto del diritto nazionale dei contratti, sotto due aspetti. In primo luogo, sono escluse tutte quelle norme per le quali, in base all'art. 3 della Convenzione di Roma, le parti sono libere di scegliere la legge applicabile al contratto; esse infatti (e si tratta della maggior parte del diritto nazionale dei contratti) non ricadono nell'ambito applicativo dei due principali gruppi di regole sostanziali del Trattato C.E. (non sono assoggettate agli art. 81-86 del Trattato e non sono controllabili sulla base delle libertà fondamentali) e non sono state finora armonizzate — con qualche eccezione, costituita dalla direttiva sugli agenti di commercio⁽²⁶⁾ e da quella sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali⁽²⁷⁾.

⁽²⁵⁾ LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, München, vol. I⁴, 1987 e vol. II¹³, 1986 (i contratti negoziati fuori dei locali commerciali non sono esaminati affatto, le condizioni generali di contratto solo incidentalmente); MERICUS, *Schuldrecht*, München, vol. I⁹, 1996 e vol. II⁹, 1997 (i contratti negoziati fuori dei locali commerciali sono esaminati in poche pagine, le condizioni generali di contratto solo incidentalmente in poco più di una pagina); tende a distinguersi riguardo alle condizioni generali di contratto FIKENTISCHER, *Schuldrecht*⁹, Berlin, 1997, pp. 111-126 (ma i contratti negoziati fuori dei locali commerciali non sono stati esaminati). Anche nella letteratura inglese, indubbiamente più pragmatica, i contratti negoziati fuori dei locali commerciali sono trattati solo da COLLINS, *The Law of Contracts*³, London, 1997 (e anche qui solo succintamente).

⁽²⁶⁾ La maggior parte degli autori sostiene, in effetti, che le parti hanno (piena) libertà di scegliere la legge applicabile a questi contratti (BASEDOW, *Neues Handelsvertreterrecht in den Niederlanden*, in *Recht der internationalen Wirtschaft*, 1977, p. 756 ss.; BAUMBACH, *Horr, Handelsgesetzbuch — mit GmbH & Co., Handelsklauseln, Bank- und Börsenrecht, Transportrecht (ohne Seerecht)*²⁹, München, 1995, § 92c HGB, n. 1; REITHMANN, MARTINY, *Internationales Vertragsrecht — das internationale Privatrecht der Schuldverträge*², Köln, 1996, n. 1415 ss.). Un eventuale codice civile europeo disciplinerebbe anche i settori in cui vi è libertà di scelta della legge e alcuni autori sono favorevoli ad applicare già oggi i principi generali del diritto anche in questi settori (v. *infra*, n. 4).

⁽²⁷⁾ Dir. 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.C.E.*, 2000 L 200, p. 35 ss.

Nessuna distinzione sembra quindi essere altrettanto importante di quella fra regole inderogabilmente applicabili ai rapporti internazionali e regole rispetto alle quali le parti sono libere di scegliere la legge applicabile⁽²⁸⁾.

Il diritto europeo dei contratti, inoltre, è più ristretto del diritto nazionale dei contratti poiché concerne soltanto le transazioni in cui almeno una delle parti agisce nello svolgimento della propria attività professionale: tutte le norme del diritto comunitario dei contratti, infatti, sono applicabili soltanto se entrambe le parti agiscono professionalmente (transazione commerciale bilaterale o « pura »), o almeno una di esse (transazione commerciale unilaterale). In quest'ultimo caso, le norme sono applicabili, talvolta, indipendentemente dal fatto che l'altra parte abbia agito nell'ambito della propria attività professionale ovvero come consumatore; spesso, tuttavia, esse sono applicabili soltanto se l'altra parte è un consumatore: si può allora parlare di contratti dei consumatori o di transazioni commerciali unilaterali qualificate (distinte da quelle semplici).

Il contratto puramente civilistico (non commerciale) tra due non-professionisti ha un rilievo pratico marginale nel commercio transfrontaliero e pone solo marginalmente il problema di un considerevole fallimento del mercato, tanto che il legislatore europeo non se ne occupa affatto.

In effetti, il volume delle transazioni, soprattutto di quelle transfrontaliere, è il criterio di scelta più importante per le misure di armonizzazione. Il diritto armonizzato disciplina, nel suo complesso, più della metà del volume di tutte le transazioni all'interno dell'Unione ed esso, com'è già stato rilevato, si applica anche alle controversie domestiche⁽²⁹⁾: all'interno del mercato unico, quindi, il diritto transfrontaliero non è applicato eccezionalmente, ma coincide con il diritto quotidiano, e può così dare vita a un'ampia fenomenologia casistica.

⁽²⁸⁾ V. *infra*, nn. 5-6.

⁽²⁹⁾ I settori più profondamente armonizzati (v. *infra*, n. 7) riguardano l'attività bancaria e assicurativa (che corrispondono a circa il 25% del prodotto interno lordo dell'Europa), le forniture pubbliche (11-15%), il turismo (5,5%), l'industria automobilistica e informatica (circa il 4,5% ciascuna). Per un'analisi dettagliata, v. GRUNDMANN, *Europäisches Handelsrecht — von Handelsrecht des laissez faire im Kodex des 19. Jahrhunderts zum Handelsrecht der sozialen Verantwortung*, in *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht*, Bd. 163, 1999, p. 641, p. 666 e, come strumento di consultazione, soprattutto EUROSTAT, *Eurostatistik — Daten zur Konjunkturanalyse — eurostatistics — data for short-term economic analysis — eurostatistiques — données pour l'analyse de la conjoncture*, Köln-Luxemburg, 1998, n. 4, p. 31 (per il prodotto interno lordo); EUROPEAN COMMISSION, *Eurostat*, op. cit., pp. 24-11 ss., pp. 24-20 (servizi finanziari), p. 38 (forniture pubbliche), p. 22-1 ss. (turismo), p. 17-9, p. 17-21 (industria automobilistica). Questi dati non tengono ancora conto della direttiva sulla vendita di beni e dell'armonizzazione della disciplina applicabile alle clausole unilateralmente predisposte dal professionista, le quali individuano il fenotipo normale del contratto d'impresa. Inoltre, l'intervento legislativo riguarda i casi in cui più significativamente si devia dal procedimento « normale » di conclusione del contratto, riducendo così le possibilità del consumatore di confrontare prezzi e clausole regolamentari, e di valutare adeguatamente la convenienza dell'affare.

Questa centralità delle transazioni commerciali è stata a lungo oscurata dall'enfatizzazione degli aspetti di protezione del consumatore, la quale non soltanto ignorava ben due dei tre gruppi dei provvedimenti di armonizzazione che sono già stati menzionati (transazioni commerciali bilaterali ed unilaterali semplici), ma si concentrava anche su un operatore la cui iniziativa è certamente meno importante per la creazione di un mercato unico. In effetti, tutte le previsioni legislative, tranne due eccezioni⁽³⁰⁾, sono basate principalmente sul modello della normalità, in base al quale sono le parti professionali, e non il consumatore, a intraprendere e realizzare transazioni transfrontaliere.

4. — Nell'ampia impostazione funzionale basata sulla Convenzione di Roma, il diritto europeo dei contratti è sicuramente costituito dalle disposizioni del Trattato istitutivo, dalle direttive e dai regolamenti che disciplinano questioni attinenti ai contratti ovvero che, estendendo la sfera dell'autonomia negoziale, limitano la libertà dei legislatori nazionali di disciplinare tali questioni. Ciò è soltanto parzialmente vero per le norme derivate da ordinamenti giuridici nazionali, in particolare per i principi generali o il *ius commune*.

Entrambi i concetti sono basati sull'indagine comparatistica degli ordinamenti giuridici degli Stati membri.

I principi generali non necessariamente devono essere « generali » nel loro contenuto, ma possono spesso cristallizzarsi in regole fortemente specifiche. È sufficiente che essi siano (parzialmente) comuni ai rispettivi ordinamenti giuridici.

Nella discussione sul *ius commune modernum*, si rileva che tutti gli ordinamenti giuridici europei hanno radici (comuni) che affondano nel diritto romano antico e medievale. Ciò può essere illuminante per individuare somiglianze attuali, eventualmente occulte.

Al fine di chiarire i presupposti e i limiti entro cui i principi generali possono considerarsi come diritto comunitario, si può considerare paradigmatica la giurisprudenza della Corte di Giustizia sui principi generali nell'ambito dei diritti umani. Nella fissazione di tali principi generali la Corte di Giustizia ha optato per una prospettiva comparatistica critica⁽³¹⁾: anziché limitarsi a indi-

⁽³⁰⁾ Dir. 97/77/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 1997, riguardante la protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza (v. spec. i considerando nn. 2-4); dir. 1999/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 maggio 1999, su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo, in *Racc.*, 1999 L 171, p. 12 ss. (v. spec. il considerando n. 4); e COM(95) 520 def., p. 9.

⁽³¹⁾ V., in senso assai esplicito, le conclusioni dell'Avvocato Generale Tesauro, seguite dalla Corte Giust. C.E., 3 febbraio 1994, causa C-308/87, *Gifoni II*, in *Racc.*, 1994, p. I-345, p. I-351 ss.; per ulteriori affermazioni in tal senso da parte degli Avvocati Generali, v. le indicazioni di BLECKMANN, *Europarecht — Das Recht der Europäischen Gemeinschaft*, München, 1997, n. 605. In dottrina, pionieristico è stato il contributo di ZWIEGER, *Der Einfluss des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten*, in *RabelsZ*, Bd. 28, 1964, p. 610 ss.; attualmente, l'opinione può considerarsi pacifica (v., ad es., PERNICE, *sub art. 164 EGV*, n. 58, in GRABITZ, HUF, *Das Recht der Europäischen*

viduare i minimi comuni denominatori degli ordinamenti di tutti e quindici gli Stati membri, infatti, essa si è sforzata di elaborare soluzioni più progressive, meglio adatte alla struttura dell'Unione. Il livello di protezione così individuato può essere differente da quello offerto da alcuni degli Stati membri, e anche dalla maggior parte di essi: da un lato può andare oltre il livello che si rinviene nella maggior parte degli Stati membri⁽³²⁾, dall'altro, purché l'esenzia del diritto resta ferma, può anche essere inferiore⁽³³⁾.

Questo dovrebbe essere il punto di partenza di qualsiasi discussione sui principi generali, poiché la Corte di Giustizia tipicamente predilige un'impostazione teleologica anche nelle questioni interpretative (*effet utile, useful effect*)⁽³⁴⁾.

Union, EUF-EGV, München, 1999; OPPERMANN, *Europarecht*, München, 1991, n. 405; RENGELING, *Grundrechtsschutz in der Europäischen Gemeinschaft — Bestandaufnahme und Analyse der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zum Schutz der Grundrechte als allgemeine Rechtsgrundsätze*, München, 1993, p. 224 ss.; R. STADLER, *Die Berufsfreiheit in der Europäischen Gemeinschaft*, München, 1980, pp. 196-211).

⁽³²⁾ Così l'Avvocato Generale Lagrange in Corte Giust. C.E., 12 luglio 1962, causa 14/61, *Hoogovens v. High Authority*, in *Racc.*, 1962, p. 283 ss. e, in dottrina, BLECKMANN, *op. cit.*, n. 604 ss. (con ulteriori riferimenti alle costanti dichiarazioni in tal senso contenute negli atti degli Avvocati Generali); PERNICE, *sub art. 164 EGV*, n. 44, in GRABITZ, HUF, *op. cit.*; HARTLEY, *The Foundations of European Community Law — an Introduction to the Constitutional and Administrative Law of the European Community*, Oxford, 1998, p. 131; LAGRANGE, *The non-contractual liability of the Community in the E.C.S.C. and in the E.E.C.*, in *Common Market Law Review*, vol. 3, 1965-1966, p. 32 ss.; STADLER, *op. cit.*, pp. 181-184; USHER, *General Principles of EC Law*, London, 1998, p. 10. Un'ampia disamina delle controversie degli anni sessanta e settanta si può trovare in AKEHURST, *The Application of General Principles of Law by the Court of Justice of the European Communities*, in *British Yearbook of International Law*, vol. 52, 1981, pp. 32-40.

⁽³³⁾ Già Corte Giust. C.E., 17 dicembre 1970, causa 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, in *Racc.*, 1970, p. 1134; Corte Giust. C.E., 14 maggio 1974, causa 4/73, *Nold*, in *Racc.*, 1974, p. 508; Corte Giust. C.E., 13 dicembre 1979, causa 44/79, *Hauer*, in *Racc.*, 1979, p. 3729, p. 3744 e pp. 3747-3749; Corte Giust. C.E., 13 luglio 1989, causa 5/88, *Wachauf*, in *Racc.*, 1989, p. 2639. In dottrina, v. PERNICE, *sub art. 164 EGV*, n. 44, in GRABITZ, HUF, *op. cit.*, nonché STADLER, *op. cit.*, pp. 190-195.

⁽³⁴⁾ Sulla prevalenza di tale metodo rispetto all'interpretazione letterale, v. chiaramente Corte Giust. C.E., 11 luglio 1985, causa 107/84, *Commissione v. Germania*, in *Racc.*, 1985, p. 2667, nonché, riguardo all'« effet utile », Corte Giust. C.E., 10 aprile 1984, causa 14/83, *non Colson and Kamann*, in *Racc.*, 1984, p. 456; MEYER, *Die Grundsätze der Auslegung im Europäischen Gemeinschaftsrecht*, in *Jura*, 1994, p. 456. Per l'importanza delle considerazioni basate sull'effetto utile, v. Corte Giust. C.E., 4 dicembre 1974, causa 41/74, *van Duyn*, in *Racc.*, 1974, p. 1348 e, in dottrina, BUCK, *Über die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaft*, Frankfurt a.M., 1998, pp. 207-217; OPPERMANN, *op. cit.*, par. 583, nonché BREDIMAS, *Methods of Interpretation and Community Law*, Amsterdam, 1978, pp. 73-81; con particolare riguardo all'efficienza economica come criterio di interpretazione, v. GRUNDMANN, *Methodenpluralismus als Aufgabe — zur Legalität von ökonomischen und rechtsetzlichen Argumenten in Auslegung und Rechtsanwendung*, in *RabelsZ*, Bd. 66, 1997, pp. 434-440, nonché, più in generale, ER-ACNA, *The Economics of the European Community*, New York, 1990; MOLLÉ, *The Economics of European Integration — Theory, Practice, Policy*, Aldershot, 1994.

Le conclusioni che si possono trarre dalla giurisprudenza in materia di diritti umani sono triplici ⁽³⁵⁾.

In primo luogo, i principi generali, individuati mediante un'indagine comparatistica, sono sicuramente accettabili e necessari al fine di interpretare qualsiasi regola del diritto comunitario, e anche qualsiasi regola del diritto nazionale basata sul diritto comunitario.

In secondo luogo, i principi generali devono essere applicati quando l'ordinamento comunitario non prevede espressamente i limiti intrinseci dei diritti tutelati. In caso contrario, infatti, tali diritti risulterebbero probabilmente illimitati, poiché qualsiasi norma nazionale è subordinata a quella comunitaria; ciò sarebbe contrario ai principi fondamentali dell'ordinamento giuridico di qualsiasi Stato membro (è appunto questo il fondamento giustificativo della giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di diritti umani). L'esigenza di colmare lacune di questo tipo si verifica anche in altre contesti (elementare efficienza delle sanzioni, eccetera).

Un'impostazione basata sui principi generali, infine, è necessaria ogni qual volta la Comunità Europea non eserciti il potere legislativo nelle materie in cui essa è competente in via esclusiva.

Si può quindi concludere che, al di là dell'interpretazione delle norme comunitarie già esistenti, la rilevanza dei principi generali come fonte del diritto comunitario (*lex lata*) è assai limitata; ciò non esclude, tuttavia, che i principi generali e il *ius commune* siano una componente essenziale dell'elaborazione del diritto europeo dei contratti. Sebbene costituiscono *lex lata* soltanto in un ambito molto ristretto, essi hanno una rilevanza significativa da almeno tre punti di vista: per sviluppare uno spirito e una cultura comuni, per la scelta delle parti e, potenzialmente, per l'evoluzione del diritto. Occorre infatti considerare che sia i *restatements*, sia le raccolte dei principi generali del diritto contrattuale hanno assunto un'importanza crescente negli ultimi anni ⁽³⁶⁾.

⁽³⁵⁾ Per un'analisi più dettagliata, v. GRUNDMANN, *General Principles of Private Law and Ius Commune Modernum as Applicable Law?*, in *Festschrift für Burbaum*, Den Haag, 2000, p. 213. I principi generali sono spesso considerati, sebbene più o meno implicitamente, come fonte generale del diritto comunitario (v. ad es., KNTREL, *Ius commune und Römisches Recht vor Gerichten der Europäischen Union*, in *Juristische Schulung*, 1996, p. 768, p. 770 e *passim*, nonché, almeno apparentemente, USHER, *Principles derived from Private Law and the European Court of Justice*, in *European Review of Private Law*, 1993, p. 135; SCHULZE, *Allgemeine Rechtsgrundsätze und europäisches Privatrecht*, in *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 1993, pp. 456-458 (per quanto riguarda le competenze legislative); in senso analogo, v. anche KAPTEYN, VERLOREN VAN THEMAMT, *Introduction to the Law of the European Communities*, London ecc., 1998, p. 275); questa tesi non soltanto non tiene conto del sistema di competenze legislative all'interno della Comunità, ma è anche insostenibile di qualsiasi applicazione pratica (cfr. KÖRZ, *Europäisches Vertragsrecht*, I, *Abschluss, Gültigkeit und Inhalt des Vertrages — die Beteiligung Dritter am Vertrag*, Tübingen, 1996, pp. VIII-IX e *passim*, nonché, in senso più simile a quanto qui sostenuto, anche USHER, *op. cit.*, p. 132).

⁽³⁶⁾ Per i *restatements* v. UNDRIFT (a cura di), *Principles of International Commercial Contracts*, Rome, 1994 e LANDO, BEALE (a cura di), *Principles of European Contract Law*, I

Queste opere, anzitutto, aiutano a creare un'atmosfera di reciproca comprensione giuridica ⁽³⁷⁾: il diritto comparato può essere insegnato molto più proficuamente, e può più facilmente influenzare le argomentazioni giuridiche, se si dispone di casi pratici e delle loro possibili soluzioni. Ancora più significativa da questo punto di vista, tuttavia, potrebbe essere una tendenza inerente alla *lex lata* del diritto europeo dei contratti, in base alla quale, quando si tratta di interpretare il diritto di origine comunitaria ovvero di colmare le sue lacune, si deve ricorrere al metodo comparatistico. È già così in molte ipotesi e, una volta che tale impostazione sia effettivamente utilizzata là dove è legalmente richiesta, è inevitabile che essa si affermi progressivamente come tecnica generale.

In secondo luogo, i *restatements* si prestano a essere richiamati come legge applicabile là dove le parti non vogliono scegliere uno specifico diritto nazionale; tale soluzione potrebbe giustificarsi in base all'esigenza di garantire un accesso paritario alle informazioni giuridiche ⁽³⁸⁾.

In terzo luogo, *restatements* e raccolte possono rappresentare il primo passo verso un futuro codice civile europeo, che sicuramente e anzitutto comprenderebbe il diritto dei contratti ⁽³⁹⁾. Va rilevato che i sostenitori di tale codice vorrebbero includervi materie che finora non sono state praticamente

e II, Dordrecht, 1999 (che non comprende soltanto i contratti commerciali); entrambe le opere non sono basate su fonti di diritto internazionale pubblico, sebbene la seconda sia stata patrocinata per un certo periodo di tempo dalla Commissione Europea. Per le raccolte di principi generali v. KÖRZ, *Europäisches Vertragsrechts*, cit. (l'opera sarà completata da un volume di Flessner) e la serie *Ius commune casebooks for the common law of Europe — Cases, Materials and Texts on ...*, edited by van Gerven et alii, Oxford, nonché già prima, con un'impostazione simile, ZAMMERMANN, *The Law of Obligations — Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town, 1990.

⁽³⁷⁾ Già nei primi anni cinquanta l'esigenza di internazionalizzare almeno il metodo della dottrina giuridica fu sostenuta da KOSCHACKER, *Europa und das römische Recht*, München, 1953, p. 346 e *passim*; in seguito, riguardo alla Comunità Europea, v. CONC, *Ius Commune, nationale Kodifikation und internationale Abkommen: drei historische Formen der Rechtsvereinheitlichung*, in *Le nuove frontiere del diritto e il problema dell'unificazione*, Atti del Congresso internazionale organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Bari (Bari, 2-6 aprile 1975), I, Milano, 1979, p. 198 ss. e ancora *ib.*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1990, p. 937.

⁽³⁸⁾ V. *infra*, n. 6.

⁽³⁹⁾ In tal senso v., fra i proponenti di tale codice, GANDOLEI, *Pour un code européen des contrats*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 1992, spec. p. 713; LANDO, *Making a European Private Law*, in KREUZER, SCHEUING, SIEBER (a cura di), *Die Europäisierung der mittelstaatlichen Rechtsordnungen in der Europäischen Union*, Baden-Baden, 1997, spec. p. 52; ROLLAND, *Problems relating to European Union Legislation in the Field of Private Law*, as illustrated by the Commission's Proposal for a Service Directive, in RABELLO (a cura di), *Essays on European Law and Israel*, Jerusalem, 1996, p. 596 ss.; TILMANN, *Zur Entwicklung eines europäischen Zivilrechts*, in *Festschrift für Oppenhoff*, München, 1985, spec. pp. 500-507. In senso analogo, v. anche HONDIUS, *Towards a European Civil Code — General Introduction*, in HARTKAMP, HESSELINK, HONDIUS, DU PERRON, VRANKEN (a cura di), *Towards a European Civil Code*, Dordrecht, 1994, spec. pp. 11-13.

toccate dall'armonizzazione (40). E la discussione dei vantaggi e degli svantaggi di tale codice deve ancora essere intrapresa (41).

5. — Le norme del diritto nazionale dei contratti inderogabilmente applicabili ai rapporti internazionali sono assoggettate al controllo basato sulle libertà fondamentali; il principio, stabilito dalla Corte di Giustizia riguardo alle norme attinenti alla formazione dei contratti e a quelle che proibiscono sconti e prezzi sotto costo, è praticamente pacifico (42).

Secondo la Corte, non sono invece assoggettate a tale controllo le norme del diritto nazionale dei contratti rispetto alle quali le parti sono libere di scegliere la legge applicabile al contratto (43). In effetti, l'applicazione di queste norme, così come l'addossamento dei conseguenti costi informativi a carico della parte il cui ordinamento non è stato scelto, costituiscono la conseguenza di una decisione delle parti: se davvero le libertà fondamentali sono finalizzate a estendere l'autonomia negoziale al di là delle frontiere nazionali, esse non possono essere invocate per correggerne l'esercizio (44).

(40) V. *infra*, nn. 5, 6.

(41) V. *infra*, n. 6.

(42) Corte Giust. C.E., 7 marzo 1990, causa C-362/88, *GB-Inno-BM*, in *Racc.*, 1990, p. I-689; Corte Giust. C.E., 18 maggio 1993, causa C-126/91, *Ires Rocher*, in *Racc.*, 1993, p. I-2386-2391. In altre sentenze, è stata soltanto ridotta l'estensione del controllo, senza tuttavia mutare il principio: Corte Giust. C.E., 24 novembre 1993, cause riunite C-267/91 e C-268/91, *Keck & Mithouard*, in *Racc.*, 1993, pp. I-6130-6132; Corte Giust. C.E., 15 dicembre 1993, causa C-292/92, *Hünemund*, in *Racc.*, 1993, p. I-6822 ss. In dottrina v. Basesow, *Der kollisionsrechtliche Gehalt der Produktfreiheiten im europäischen Binnenmarkt*: favor offerentis, in *RabelsZ.*, Bd. 59, 1995, pp. 28-30; BRÖDERMANN, *Europäisches Gemeinschaftsrecht versus IPR — Einfüsse und Konformitätsgebot*, in *Monatsschrift für Deutsches Recht*, 1992, p. 90, p. 95; FALLON, *Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré — l'expérience de la Communauté Européenne*, in *Recueil des cours*, (Haagse Academie voor Internationaal Recht, Den Haag), n. 253, 1995-I, pp. 70-85, pp. 119-149, pp. 231-266; GRUNDMANN, *Das Europäische Bankaufsichtsrecht wächst zum System — Wie weit reicht fortan die nationale Rechtssetzungsmacht?*, Heidelberg, 1990, pp. 36-46; RADICATI DI BROZOLÒ, *L'influenza sur les conflits de lois des principes de droit communautaire en matière de circulation*, in *Rev. crit. dr. int. priv.*, an. 82, 1993, pp. 406-410; ROTH, *Der Einfluß des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf das Internationale Privatrecht*, in *RabelsZ.*, Bd. 55, 1991, pp. 654-656; a livello (quasi) monografico, v. DRÄSCH, *Das Herkunftslandprinzip im internationalen Privatrecht — Auswirkungen des europäischen Binnenmarktes auf Vertrags- und Wettbewerbsstatut*, Baden-Baden, 1997; STRUYCKEN, *Les conséquences de l'intégration européenne sur le développement du droit international privé*, in *Recueil des Cours*, (Haagse Academie voor Internationaal Recht, Den Haag), n. 232, 1993-I, p. 257 ss.

(43) Corte Giust. C.E., 24 gennaio 1991, causa C-359/89, *Alsthom Atlantique*, in *Racc.*, 1991, p. I-124. La sentenza concerne un caso di restrizione alle esportazioni: se le restrizioni alle esportazioni dovessero essere controllate soltanto se più rigide (discriminanti) rispetto alle restrizioni alle importazioni, la ratio decidendi dovrebbe applicarsi, a maggior ragione, a queste ultime.

(44) La sentenza è stata criticata da alcuni autori, secondo cui essa comporterebbe ul-

L'imposizione di limiti all'autonomia negoziale delle parti è sicuramente necessaria nei casi di fallimento del mercato, ma è compito della legislazione nazionale o comunitaria (secondaria) definire questi casi. Al di fuori dei casi di fallimento del mercato, correggere l'autonomia delle parti in base alle libertà fondamentali sarebbe contraddittorio con lo scopo stesso di queste libertà, che è appunto quello di rafforzare l'autonomia delle parti.

La decisione del caso *Alsthom Atlantique*, se la si ritiene condivisibile, costituisce il fondamento della distinzione che costituisce la base del diritto europeo dei contratti. La maggior parte del diritto nazionale dei contratti è esclusa dal controllo basato sulle libertà fondamentali; ciò vale anche per le norme che sono inderogabilmente applicabili soltanto in casi esclusivamente nazionali, ma non ai rapporti internazionali. Il controllo riguarda le sole norme inderogabilmente applicabili ai rapporti internazionali, poiché soltanto esse costituiscono potenziali ostacoli all'esercizio delle libertà fondamentali ed è quindi evidente l'esigenza che siano armonizzate.

Il problema di individuare quali norme debbano o possano essere internazionalmente applicate è risolto dagli artt. 5, 6 e 7 della Convenzione di Roma, la quale è applicabile in tutti gli Stati membri a qualsiasi caso, anche qualora coinvolga paesi terzi.

La prima categoria di norme inderogabilmente applicabili ai rapporti internazionali è costituita da quelle dettate per proteggere in determinate situazioni i consumatori in quanto tali (art. 5 Conv. Roma) (45).

La seconda categoria comprende tutte le norme applicabili al contratto di lavoro (art. 6 Conv. Roma), la cui armonizzazione non è così estesa come quella che interessa le altre due categorie; in questo caso, quindi, non sempre valgono le considerazioni che saranno esposte.

La terza categoria è costituita dalle norme prese in considerazione dall'art. 7 della Convenzione di Roma, le quali sono finalizzate alla tutela di un interesse pubblico; nel diritto dei contratti, si tratta di un interesse pubblico di natura economica, che si rinviene tipicamente nella regolamentazione dell'attività professionale. Questa categoria è la più problematica (e comunque

riori costi d'informazione a carico di una parte (v. BASEDOW, *A Common Contract Law for the Common Market*, cit., pp. 1174-1178; v. WIDMOWSKY, *EG-Freiheiten und Vertragsrecht*, in *Juristenzeitung*, 1996, p. 595 ss.; STEINDORFF, *EG-Vertrag und Privatrecht*, Baden-Baden, 1996, p. 78 ss., il quale tuttavia non fa alcuna menzione della sentenza).

(45) KROEGER, *Der Schutz der « marktschwächeren » Partei im Internationalen Vertragsrecht*, Frankfurt a.M., 1984, p. 83 ss.; MOISE, *The EEC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations*, in *Tear-book of European Law*, 1982, p. 136; HEIDRICH, *sub Art. 29 EGBGB*, n. 6, in PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*⁵⁹, München, 2000; MÜSCH, *Rechtswahlfreiheit und Verbraucherschutz — eine Untersuchung zu den Art. 29 I, 27 III und 34 EGBGB*, Berlin, 1993, pp. 43-52 sostiene che l'art. 5 della Convenzione di Roma sia applicabile nei confronti di qualsiasi norma che, nel caso di specie, favorisca il consumatore, anche qualora essa non sia stata specificamente prevista per tutelare i consumatori in quanto tali.

la meno definita)⁽⁴⁶⁾, poiché non individua il tipo di norma nazionale inderogabilmente applicabile ai rapporti internazionali, ma si riferisce soltanto al suo scopo: si tratta di norme che, al fine di realizzare la loro funzione sostanziale, devono essere applicate anche ai casi transfrontalieri. In tal modo, il legislatore nazionale può decidere con un'ampia discrezionalità quali norme siano inderogabilmente applicabili ai rapporti internazionali; ciò è parzialmente contrario ai principi fondamentali della Convenzione di Roma, la quale è finalizzata appunto a garantire, ad eccezione dei casi previsti dagli artt. 5, 6 e 7, la libertà delle parti di scegliere la legge applicabile (art. 3).

La distinzione fra norme inderogabilmente applicabili ai rapporti internazionali e altre norme fa sì che nel diritto europeo dei contratti siano comprese tutte le norme, anche di natura pubblicistica, che attengono alla formazione, al contenuto e all'estinzione del contratto, sebbene alcune di esse siano state considerate tradizionalmente estranee alla disciplina contrattuale. Tale impostazione trova fondamento nell'art. 7 della Convenzione di Roma⁽⁴⁷⁾.

Inoltre, le norme inderogabilmente applicabili ai rapporti internazionali sono state largamente influenzate dal diritto comunitario primario e secondario, laddove quest'ultimo non ha riguardato le altre norme, che non sono state, in sostanza, armonizzate. Ciò significa anche che i due corpi di norme si diversificano rispetto ai meccanismi di produzione del diritto: le regole che non sono inderogabilmente applicabili ai rapporti internazionali sono poste esclusivamente dal legislatore nazionale, con un'ampia libertà delle parti di scegliere la legge applicabile, o addirittura di scegliere assetti di regole create dai privati⁽⁴⁸⁾; le regole inderogabilmente applicabili ai rapporti internazionali, invece, sono poste dal legislatore comunitario, e soltanto entro limiti assai ristretti da quello nazionale⁽⁴⁹⁾.

La distinzione può spiegarsi in quanto solo le norme inderogabilmente applicabili ai rapporti internazionali limitano la libertà delle parti di scegliere la legge applicabile. Dal punto di vista teorico occorre fare riferimento alla distinzione fondamentale tra libertà del mercato e fallimento del mercato elaborata dalla scuola ordoliberale, la quale costituisce tuttora la base teorica del concetto di regolamentazione delle transazioni commerciali nell'Unione: ricadono nell'art. 3 della Convenzione di Roma, il quale riconosce la libertà di scelta della legge applicabile, le regole (di incentivazione) che aiutano le parti a esercitare la loro autonomia negoziale e la loro libertà di iniziativa economica (si tratta della maggior parte del diritto classico dei contratti).

⁽⁴⁶⁾ In senso analogo, v. JUNKER, *Die « zwingenden Bestimmungen » im neuen internationalen Arbeitsrecht*, in *Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts (IPPrax)*, 1989, p. 75; LORENZ, *Die Rechtswahlfreiheit im internationalen Schuldvertragsrecht — Grundsatz und Grenzen*, in *Recht der internationalen Wirtschaft*, 1987, p. 578 ss.

⁽⁴⁷⁾ V. *infra*, n. 6.

⁽⁴⁸⁾ V. *infra*, n. 6.

⁽⁴⁹⁾ V. *infra*, n. 19.

Il fallimento del mercato è ravvisato principalmente in tre casi: (i) la concorrenza è imperfetta; (ii) sussistono (certe) asimmetrie informative; (iii) si verificano delle esternalità, ossia determinati costi non sono sostenuti da chi prende una decisione e se ne avvantaggia (grazie al principio di relatività del contratto, quest'ultimo caso è meno significativo rispetto alla disciplina contrattuale)⁽⁵⁰⁾. Soltanto in questi tre casi si applicano le norme dettate dagli artt. 5 e 7 della Convenzione di Roma e, di conseguenza, le norme nazionali che disciplinano i casi più significativi di fallimento del mercato sono inderogabilmente applicabili ai rapporti internazionali.

Si può quindi rilevare che il diritto europeo dei contratti è costituito essenzialmente dalle norme che disciplinano il fallimento del mercato: è in quest'area che il diritto comunitario e i diritti nazionali interagiscono. Ne consegue logicamente che il diritto europeo dei contratti non può non essere settoriale, poiché disciplina soltanto uno dei due problemi della teoria ordoliberale dell'ordine giuridico del mercato, ossia il fallimento del mercato, senza prevedere le regole che individuano gli strumenti per esercitare la libertà di iniziativa economica. Per altro verso, il fallimento del mercato è disciplinato quasi completamente, ma soltanto a un livello « minimo »⁽⁵¹⁾.

Queste due delimitazioni essenziali del diritto europeo dei contratti sono complementari: da un lato, infatti, esso è finalizzato a disciplinare il solo fallimento del mercato, ossia il principale pericolo che le transazioni commerciali determinano (effetto ri-regolativo del diritto europeo sostanziale dei contratti), dall'altro, non lo disciplina nel senso più rigido possibile e sottrae le transazioni transfrontaliere da qualsiasi ulteriore regolamentazione nazionale (effetto liberalistico del diritto europeo sostanziale dei contratti).

Si avverte certamente l'esigenza di collocare l'attuale diritto europeo dei contratti all'interno di un sistema e anche, almeno in parte, di consolidarlo. Si potrebbe così giungere a una sua parziale collazione; una vera e propria codificazione, tuttavia, così come la propongono i sostenitori di un codice europeo, eliminerebbe del tutto la distinzione fondamentale che si è individuata e introdurrebbe piuttosto un diritto uniforme come modello di riferimento dei contratti.

La creazione di un codice civile è opportuna qualora ricorrano due condizioni: la mancanza di uniformità della legge applicabile diminuisca la vantaggiosità delle transazioni transfrontaliere e i soggetti interessati non siano in grado di elaborare assetti autonomi di regole potenzialmente più adatti a risolvere tale problema. Anche nel caso in cui entrambe le condizioni siano soddisfatte, tuttavia, si deve tener conto di un significativo vantaggio della diver-

⁽⁵⁰⁾ FRITSCH, WEIN, EWERS, *Marktersagen und Wirtschaftspolitik*², München, 1996, pp. 73-240 (assai meno importanti, finora, i problemi di adattamento e le irrazionalità nella scelta, pp. 241-283); per le asimmetrie informative, trattate nel prosieguo, v. lo scritto piú recente di COFFEY, *Market failure and the economic case for a mandatory disclosure system*, in *Virginia Law Review*, vol. 70, 1984, p. 717 ss.

⁽⁵¹⁾ V. *infra*, n. 20.

sità rispetto ai vantaggi di un codice: la diversità ha empiricamente funzionato meglio nel diritto contrattuale degli Stati Uniti d'America, i quali rappresentano il sistema economico che, per dimensioni, può essere meglio confrontato con l'Unione europea. Negli Stati Uniti, la diversità è stata progressivamente apprezzata in base alla constatazione che la pluralità degli ordinamenti giuridici favorisce l'evoluzione del diritto⁽³²⁾.

6. — Le norme del diritto nazionale dei contratti rispetto alle quali le parti sono libere di scegliere la legge applicabile non sono influenzate dalle libertà fondamentali e dal diritto della concorrenza del Trattato istitutivo; esse, inoltre, non sono state armonizzate, tranne in alcuni casi isolati, costituiti dalla direttiva sugli agenti di commercio e da quella sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali. Si tratta quindi di norme che il legislatore comunitario ha rimesso alla libertà di scelta delle parti nei casi transfrontalieri e alla discrezione del legislatore nei casi puramente nazionali. In tale ambito, tuttavia, si instaura una concorrenza dall'esterno, in quanto i criteri nazionali di valutazione non possono essere inderogabilmente applicati alle proposte contrattuali transfrontaliere; queste ultime, quindi, possono risultare più vantaggiose, inducendo i produttori nazionali a premere sui rispettivi legislatori affinché eliminino l'inefficienza dell'ordinamento. È in quest'area che i mutamenti provocati da un codice civile europeo risulterebbero più significativi.

In realtà, le norme nazionali in questione, mentre non sono attualmente toccate dal diritto comunitario nel caso ordinario in cui costituiscono la legislazione statale, lo sono invece sostanzialmente quando si tratti di regole create dai privati nell'esercizio della loro autonomia. Si può pensare anzitutto ai già citati *restatements* dei principi generali, ma anche ai sistemi standardizzati di regole che hanno caratteristiche comparabili a quelle del diritto statale, in quanto sono pubblicate secondo modalità affini alla legge, sono pre-stabilite e insuscettibili di modificazione nelle transazioni individuali e sono redatte come disposizioni legislative, anche per quanto riguarda la rappresentatività dei diversi soggetti interessati.

Sulla base delle libertà fondamentali sembra che, a certe condizioni, le parti possano scegliere di applicare al contratto tali *restatements* e sistemi standardizzati di regole, anziché uno specifico diritto nazionale: il divieto di tale scelta, infatti, potrebbe ostacolare la transazione e costituire così un im-

pedimento secondo la dottrina sviluppata dalla Corte di Giustizia nei casi *Dassonville* e *Cassis de Dijon*. La scelta di una « legge » non statale, con cui si esclude l'applicabilità del diritto nazionale, è parzialmente possibile nell'Unione: non ci sono ragioni inderogabili di ordine pubblico che giustificano un eventuale divieto in tal senso, purché si tratti di transazioni puramente commerciali (senza partecipazione di un consumatore) e il *restatement* o il sistema di regole richiamato abbia le caratteristiche menzionate (particolarmente di rappresentatività dei suoi autori)⁽³³⁾.

7. — La Convenzione di Roma armonizza il conflitto di leggi relativo al diritto contrattuale in senso ampio e funzionale, occupandosi di quasi tutti i suoi aspetti, ad eccezione della rappresentanza e dei titoli di credito; secondo l'art. 20, tuttavia, essa non si applica nel caso in cui vi siano provvedimenti comunitari che detino norme più specifiche sul conflitto di leggi (particolarmente riguardo alla disciplina delle assicurazioni), né risulta decisiva quando gli ordinamenti nazionali divergano in ambiti armonizzati: in quest'ultimo caso occorre ricorrere alla Corte europea di Giustizia (art. 234 Tratt. C.E.), affinché sia applicato, anche in casi esclusivamente nazionali, il principio interpretativo della conformità alle direttive⁽³⁴⁾.

Si esamineranno ora i provvedimenti più importanti del diritto europeo dei contratti. Non sarà considerato il settore dei trasporti, in cui l'armonizzazione è stata principalmente realizzata mediante convenzioni internazionali e soltanto marginalmente (in alcune norme di conflitto di leggi) mediante il diritto comunitario⁽³⁵⁾. Non sarà inoltre considerata l'area molto tecnica, e tuttavia assai importante, delle telecomunicazioni⁽³⁶⁾, né quella delle forniture pubbliche che ammontano a più del 10% del prodotto interno lordo e perciò sono integralmente regolamentate [essa è comunque ben documentata, particolarmente nella letteratura di lingua inglese⁽³⁷⁾]. A seguito dell'emanazione di quattro di-

(33) Per un'analisi più dettagliata, v. GRUNDMANN, *Law merchant als lex lata Communis* — *insbesondere die Unidroit-Principles*, in *Festschrift für Rottland*, Köln, 1999, p. 145 ss.

(34) V. *infra*, n. 16.

(35) Su questioni molto specifiche, tuttavia, come ad es. sul sistema delle prenotazioni, non mancano discipline sostanziali sotto forma di esenzioni per categoria. V. per tutti GREAVES, *Transport Law of the European Community*; London, 1991; LEIGHTON, *EC Transport Law*, London, 1996; MUNARI, *Il diritto comunitario dei trasporti*, Milano, 1996 e, per le convenzioni internazionali, SCHAEFER, CLARINGBOULD, VAN DER VALK (a cura di), *International Transport Treaties*, Deventer, 1997, 9° aggiornamento (a schede mobili).

(36) V. al riguardo HIGHAM, GORDON, WHITE, *EC Telecommunications Law*, London, dal 1993 (a schede mobili); SCHEURLE, LEHR, MAYEN (a cura di), *Telekommunikationsrecht*, München, 2000 (a schede mobili); WIECHERT, SCHMIDT, KÖNIGSHOFEN, *Europäisches Telekommunikationsrecht — EuTKR — Rechtsvorschriften und Dokumente der EU — Einführungen und Erläuterungen*, Heidelberg, 1997, 7° aggiornamento (a schede mobili).

(37) V. per tutti ARROWSMITH, *Public Procurement*, London, 1998; EAD., *The Law of Public and Utilities Procurement*, London, 1996; BOVIS, *EC Public Procurement Law*, London, 1997; BRUCHT, *Public Procurement Handbook*, London, 1994; DRINGES, BENNETT, EC

(32) La prima indicazione in tal senso può essere ravvisata nella celebre affermazione di Brandeis, secondo cui i sistemi federali costituirebbero laboratori di riforme legislative [in *New State Ice Corp. v. Liebmann*, 285 U.S. 262, 311 (1932)]; in seguito, v. fra gli altri, BUCHBAUM, HOFT, *Legal Harmonization and the Business Enterprise — Corporate and Capital Market Law Harmonization Policy in Europe and the U.S.A.*, Berlin, 1983, p. 13 ss. L'esistenza dell'*Uniform Commercial Code* non può essere addotta come dimostrazione del fatto contrario, poiché esso, anzitutto, è stato redatto da istituzioni private e, in secondo luogo, ciascuno Stato può distaccarsene in qualsiasi momento e in qualsiasi modo lo desidera.

retive, relative ad altrettanti sottosettori⁽⁵⁸⁾, i mercati delle forniture pubbliche dovrebbero risultare maggiormente accessibili a tutti gli offerenti, mediante l'introduzione di norme che promuovono la circolazione delle informazioni e vietano pratiche discriminatorie; in considerazione del loro rilievo (e anche delle resistenze da parte delle amministrazioni nazionali), esse sono integrate dalla previsione di specifiche sanzioni e procedure di ricorso⁽⁵⁹⁾.

I restanti provvedimenti normativi possono essere suddivisi in due gruppi. Nel primo, relativo a tutte le attività professionali, sono disciplinati i contratti dei consumatori (« transazioni commerciali unilaterali qualificate »)⁽⁶⁰⁾, rispetto ai quali la disciplina del trasferimento di beni è più gravosa, poiché prevede una regola legale generale (per le garanzie e la responsabilità) che non ha equivalenti nell'area dei servizi e un esonero di categoria per l'industria più importante (di autoveicoli).

Il secondo gruppo è costituito dai provvedimenti che si applicano a una specifica attività professionale⁽⁶¹⁾; essi disciplinano spesso transazioni commerciali bilaterali o unilaterali semplici (con due eccezioni: le direttive sul credito al consumo e sulla multiproprietà) e perciò l'unico operatore economico che prendono in considerazione è l'imprenditore. Si tratta della disciplina

Public Procurement — Law and Practice, London, 1996 (a schede mobili); FERNÁNDEZ MARTÍN, *The EC Public Procurement Rules — a Critical Analysis*, Oxford, 1996; GENDES, *Public and Utility Procurement — a Practical Guide to the U.K. Regulations and Associated Community Rules*, London, 1997; MACCADDEN, *Public Procurement and Compliance, and social policy in the European Union*, Oxford, 1996; MEDHURST, *EU Public Procurement Law*, London, 1997; WEISS, *Public Procurement in European Community Law*, London, 1993; e i cinque volumi *Public Procurement in the European Community*, by Arrowsmith, Cox et alii, Winterringham, 1993.

⁽⁵⁸⁾ Dir. 93/36/CEE del Consiglio, del 14 giugno 1993, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture, in *G.U.C.E.*, 1993 L 199, p. 1 ss.; dir. 93/37/CEE del Consiglio, del 14 giugno 1993, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, in *G.U.C.E.*, 1993 L 199, p. 54 ss.; dir. 92/50/CEE del Consiglio, del 18 giugno 1992, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, in *G.U.C.E.*, 1992 L 209, p. 1 ss.; dir. 93/38/CEE del Consiglio, del 14 giugno 1993, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni, in *G.U.C.E.*, 1993 L 199, p. 84 ss. Per le modificazioni successive, v. GRUNDMANN, *Europäisches Schuldvertragsrecht*, cit., paragrafi 5.22-5.25 « *Fundstellenerzeichnis* ».

⁽⁵⁹⁾ Dir. 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, in *G.U.C.E.*, 1989 L 395, p. 33 ss.; dir. 92/13/CEE del Consiglio, del 25 febbraio 1992, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative relative all'applicazione delle norme comunitarie in materia di procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia e degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni, in *G.U.C.E.*, 1992 L 76, p. 14 ss., modificata in *G.U.C.E.*, 1994 C 241, p. 233 e 1995 L 1, p. 175.

⁽⁶⁰⁾ V. *infra*, nn. 8-10.

⁽⁶¹⁾ V. *infra*, nn. 11-14.

legale di specifici tipi di servizi e, in alcuni ordinamenti nazionali sistematicamente orientati ai servizi, del diritto del lavoro; si può inoltre inserire in questo contesto, per ragioni di semplicità, la disciplina del contratto che riguarda questioni inerenti alla proprietà intellettuale⁽⁶²⁾.

8. — Il diritto europeo disciplina le tecniche e, almeno in parte, gli aspetti organizzativi della commercializzazione di beni e di servizi.

Sono principalmente prese in considerazione le tecniche che differiscono dalla normalità, specialmente quando non sia il cliente ad accostarsi al fornitore: in tal caso, infatti, l'acquirente non ha l'opportunità di effettuare una comparazione tra offerte diverse e potenzialmente neppure di riflettere sulla convenienza dell'affare. Queste tecniche « eccezionali » si rinvengono principalmente nei contratti negoziati fuori dei locali commerciali e nei contratti a distanza⁽⁶³⁾, cui si è ora aggiunto il commercio elettronico⁽⁶⁴⁾.

Il rimedio per ristabilire il normale funzionamento del mercato, basato specialmente sulla comparazione delle clausole negoziali e dei prezzi, si riviene nel diritto di recedere dal contratto (*ius se poenitendi*) entro un breve periodo di tempo dalla sua conclusione (o dalla consegna del bene). Tale regola non sostituisce le forze del mercato (non proibisce, ad esempio, alcuna tecnica di commercializzazione).

Oltre alle direttive citate, il legislatore comunitario ha previsto frequenti regole di informazione precontrattuale e, al di fuori della materia contrattuale in senso stretto, ha disciplinato la pubblicità ingannevole⁽⁶⁵⁾.

L'organizzazione, invece, è regolata principalmente in quattro esenzioni per categoria, ora parzialmente riesaminate: distribuzione in esclusiva, acqui-

⁽⁶²⁾ V. *infra*, n. 15.

⁽⁶³⁾ Per quanto riguarda la contrattazione a distanza, sarà emanata una specifica direttiva per l'area dei servizi finanziari, finora esclusi dalla regolamentazione [v. la Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio concernente la vendita a distanza di servizi finanziari ai consumatori che modifica la direttiva 90/619/CEE del Consiglio e le direttive 97/7/CE e 98/27/CE, in *G.U.C.E.*, 1998 L 385, p. 10 ss., COM (1998) 468 def.]. Per quanto riguarda i contratti negoziati fuori dei locali commerciali, è esclusa dall'ambito applicativo della direttiva l'assicurazione sulla vita; da ciò, tuttavia, non deriva alcuna conseguenza pratica, poiché la direttiva che concerne specificamente tale tipo contrattuale garantisce il diritto di recesso entro un settimana, indipendentemente dal procedimento di formazione dell'accordo.

⁽⁶⁴⁾ Dir. 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'8 giugno 2000, relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno (« Direttiva sul commercio elettronico »), in *G.U.C.E.*, 2000 L 178, p. 1 ss.

⁽⁶⁵⁾ Dir. 84/450/CEE del Consiglio, del 10 settembre 1984, relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati Membri in materia di pubblicità ingannevole, in *G.U.C.E.*, 1984 L 250, p. 17 ss., modificata in *G.U.C.E.*, 1997 L 290, p. 18 (ora comprensiva anche della pubblicità comparativa). Per un'analisi comparativa (riguardante anche le leggi nazionali di attuazione) v. SCHOTTROËR (a cura di), *Handbuch des Werberrechts in den EU-Staaten einschließlich Norwegen, Schweiz, Liechtenstein und USA*, Köln, 1997.

sto in esclusiva, industrie di autoveicoli e *franchising* ⁽⁶⁶⁾. Queste limitazioni verticali della concorrenza sono sottratte (ma soltanto entro un certo limite) alla nullità, in quanto possono favorire la concorrenza (c.d. *interbrand*) tra marche diverse mediante la riduzione della concorrenza (c.d. *intra-brand*) fra venditori della stessa marca.

La direttiva sugli agenti di commercio, invece, non concerne la tutela del mercato, ma quella del distributore: di regola, infatti, si ritiene che l'agente di commercio sia così dipendente dall'impresa che, ai fini del diritto della concorrenza, lo si considera come parte di essa.

9. — La direttiva sulle clausole abusive disciplina l'ipotesi più frequente di contratto d'impresa, quello redatto mediante condizioni generali ⁽⁶⁷⁾. La direttiva disciplina principalmente il contenuto del contratto, ma prevede anche regole relative al suo perfezionamento, in particolare riguardo alle clausole a sorpresa, all'interpretazione a favore dell'aderente e, soprattutto, alla trasparenza. In base alla direttiva le clausole abusive sono inefficaci.

Il controllo non riguarda la determinazione dell'oggetto del contratto (segnatamente, la delimitazione del rischio nei contratti assicurativi), purché sia individuato in modo chiaro e comprensibile.

Non è previsto un elenco tassativo di clausole abusive, ma soltanto un elenco esemplificativo, che comunque costituirà il punto di riferimento della giurisprudenza.

L'effetto fondamentale della direttiva è che l'eventuale abusività di una clausola costituisce ora un problema di diritto comunitario, su cui la giurisprudenza della Corte di Giustizia sarà decisiva; soltanto in casi puramente domestici, i giudici nazionali possono andare oltre quel livello minimo di protezione, ossia dichiarare l'inefficacia di clausole che la Corte europea ha ritenuto non abusive. Ciò non vale, invece, per i contratti commerciali puri, i quali non sono disciplinati dalla direttiva.

Di carattere altrettanto generale è la più recente direttiva sui pagamenti tardivi, che, tuttavia, non è applicabile soltanto ai consumatori.

⁽⁶⁶⁾ Reg. 1983/83/CEE della Commissione, del 22 giugno 1983, relativo all'applicazione dell'art. 85, paragrafo 3 del trattato a categorie di accordi di distribuzione in esclusiva, in *G.U.C.E.*, 1983 L 173, p. 1 ss.; reg. 1984/83/CEE della Commissione, del 22 giugno 1983, relativo all'applicazione dell'art. 85, paragrafo 3 del trattato a categorie di accordi di acquisto in esclusiva, in *G.U.C.E.*, 1983 L 173, p. 5 ss. (entrambi prorogati fino al 31 maggio 2000, v. in *G.U.C.E.*, 1999 L 336, p. 21 ss.); reg. 1475/95/CE della Commissione, del 28 giugno 1995, relativo all'applicazione dell'art. 85, paragrafo 3 del trattato a categorie di accordi per la distribuzione di autoveicoli e il relativo servizio di assistenza alla clientela, in *G.U.C.E.*, 1995 L 145, p. 25 ss.; reg. 4087/88/CEE della Commissione, del 30 novembre 1988, relativo all'applicazione dell'art. 85, paragrafo 3 del trattato a categorie di accordi di *franchising*, in *G.U.C.E.*, 1988 L 359, p. 46. Per le modificazioni successive, v. GRUNDMANN, *Europäisches Schuldvertragsrecht*, cit., 5.01-5.04 « *Fundstellenverzeichnis* ».

⁽⁶⁷⁾ Dir. 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, in *G.U.C.E.*, 1993 L 95, p. 29 ss.

10. — La compravendita, la quale costituisce il tipo contrattuale più significativo, è stata sostanzialmente disciplinata nel 1999 per quanto riguarda la responsabilità del venditore e le garanzie. La direttiva armonizza la tutela dell'acquirente in caso di difettosità dei beni, escludendo, tuttavia, i danni collegati alla sua persona e al suo patrimonio: questo *careat* può spiegarsi in base all'esistenza della direttiva sulla responsabilità del produttore ⁽⁶⁸⁾, la quale regola appunto questi casi, anche riguardo ai diritti di terzi.

La difettosità dei beni deve essere valutata in base alle ragionevoli aspettative inerenti all'uso normale del bene e, soprattutto, alle dichiarazioni anteriori al perfezionamento del contratto. Nei paesi di *civil law* questa direttiva inciderà sul nucleo centrale della disciplina contrattuale; in Germania, in particolare, il concetto di diritto dei consumatori non era stato ancora introdotto nel codice civile. La questione sostanziale più importante sarà prevalentemente se applicare le norme come disciplina generale della vendita ovvero se restringerne l'ambito applicativo, almeno in parte, ai contratti dei consumatori; in Germania la prima opzione sembra prevalente.

11. — Mentre nell'ambito del trasferimento di beni il legislatore comunitario ha disciplinato il contratto di compravendita e la responsabilità del produttore, non si rinvengono analoghi provvedimenti generali per quanto riguarda i servizi. Una delle iniziative in tal senso ⁽⁶⁹⁾, particolarmente, non ha avuto seguito, soprattutto perché, a differenza di quanto era stato fatto per il trasferimento di beni, non distingueva adeguatamente i problemi di disciplina del contratto da quelli di disciplina dell'illecito, e non considerava sufficientemente le differenze tra i vari tipi di servizi.

La situazione è tuttavia diversa per quanto riguarda specifiche attività professionali. La maggior parte dei tipi di servizi con larghi volumi di transazione e importanti dimensioni transfrontaliere è stata armonizzata intensivamente: si tratta dei servizi finanziari e di quelli turistici.

12. — Per quanto riguarda la prestazione di servizi finanziari, il diritto dei contratti si suddivide in tre gruppi.

Nell'ambito della prestazione di servizi creditizi e di pagamento (*commercial banking*), è stata armonizzata la disciplina di ciascuno dei due strumenti principali: il credito (al consumo) ⁽⁷⁰⁾ (eccettuato, tuttavia, l'importante setto-

⁽⁶⁸⁾ Dir. 85/374/CEE del Consiglio, del 25 luglio 1985, relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati Membri in materia di responsabilità per danno da prodotti difettosi, in *G.U.C.E.*, 1985 L 210, p. 29 ss.

⁽⁶⁹⁾ Proposta di una direttiva del Consiglio sulla responsabilità dei fornitori di servizi, in *G.U.C.E.*, 1991 C 12, p. 8 ss., ritirata il 23 giugno 1994 (v. « *On new directions on the liability of suppliers of services* », COM(94) 260 final).

⁽⁷⁰⁾ Dir. 87/102/CEE, cit.

re delle garanzie reali) e i bonifici bancari⁽⁷¹⁾, che ammontano a più dell'80% del volume delle transazioni nell'attività di trasferimento del credito.

Nell'ambito della prestazione di servizi di investimento (*investment banking*), la disciplina del rapporto contrattuale con la clientela è stata armonizzata ampiamente, anche per quanto riguarda l'*insider trading*, nonché lo strumento (contrattuale) fondamentale dell'investimento collettivo diversificato⁽⁷²⁾.

Nel diritto assicurativo, invece, sono state armonizzate soltanto le norme di conflitto di leggi, mentre le norme di informazione sono state uniformate riguardo alla sola assicurazione sulla vita⁽⁷³⁾. Una disciplina sostanziale più estesa del rapporto contrattuale si rinviene soltanto in un'esonazione per categoria⁽⁷⁴⁾, nel caso in cui le società assicuratrici collaborino nella predisposizione delle loro condizioni generali di contratto; può inoltre considerarsi l'inidoneità della direttiva sulle clausole abusive⁽⁷⁵⁾.

In seno a tale produzione normativa, soltanto le direttive sul credito al bonifico transfrontaliero, in *G.U.C.E.*, 1997 L 43, p. 25 s.

⁽⁷²⁾ Dir. 93/22/CEE del Consiglio, del 10 maggio 1993, relativa ai servizi di investimento nel settore dei valori mobiliari, in *G.U.C.E.*, 1993 L 141, p. 27 ss., modificata in *G.U.C.E.*, 1995 L 168, p. 7; dir. 89/592/CEE del Consiglio, del 13 novembre 1989, sul coordinamento delle normative concernenti le operazioni effettuate da persone in possesso di informazioni privilegiate (*insider trading*), in *G.U.C.E.*, 1989 L 334, p. 30 ss.; dir. 85/611/CEE del Consiglio, del 20 dicembre 1985, concernente il coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative in materia di taluni organismi d'investimento collettivo in valori mobiliari (o.i.c.v.m.), in *G.U.C.E.*, 1985 L 375, p. 3 ss., modificata in *G.U.C.E.*, 1988 L 100, p. 31 e 1995 L 168, p. 7.

⁽⁷³⁾ Dir. 88/357/CEE del Consiglio, del 22 giugno 1988, recante coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative riguardanti l'assicurazione diretta diversa dall'assicurazione sulla vita, e alla (sic) fissazione delle disposizioni volte ad agevolare l'esercizio diretto della libera prestazione di servizi e che modifica la direttiva 73/239/CEE, in *G.U.C.E.*, 1988 L 172, p. 1 ss (seconda direttiva assicurazione non vita); dir. 92/49/CEE del Consiglio, del 18 giugno 1992, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative riguardanti l'assicurazione non vita); dir. 92/49/CEE, che modifica le direttive 73/239/CEE e 88/357/CEE (terza direttiva assicurazione sulla vita e in *G.U.C.E.*, 1992 L 228, p. 1 ss; dir. 90/619/CEE del Consiglio, del 8 novembre 1990, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative riguardanti l'assicurazione diretta sulla vita, fissa le disposizioni destinate a facilitare l'esercizio effettivo della libera prestazione di servizi e modifica la direttiva 79/267/CEE, in *G.U.C.E.*, 1990 L 330, p. 50 ss; dir. 92/96/CEE del Consiglio, del 10 novembre 1992, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative riguardanti l'assicurazione diretta sulla vita, e che modifica le direttive 79/267/CEE e 90/619/CEE (terza direttiva assicurazione vita), in *G.U.C.E.*, 1992 L 360, p. 1 ss. Per le successive modificazioni, v. GRUNDMANN, *Europäisches Schuldvertragsrecht*, cit., paragrafi 4.30-1/2/3 e 4.31-1/2/3 « *Fundstellenerzeichnisse* ».

⁽⁷⁴⁾ Reg. 3932/92/CEE della Commissione, del 21 dicembre 1992, relativo all'applicazione dell'art. 85, paragrafo 3 del trattato a talune categorie di accordi, decisioni e pratiche concordate nel settore delle assicurazioni, in *G.U.C.E.*, 1992 L 398, p. 7 ss., modificato in *G.U.C.E.*, 1994 C 241, p. 60 e 1995 L 1, p. 21.

⁽⁷⁵⁾ V. *supra*, n. 9.

consumo e sulle clausole abusive sono applicabili esclusivamente nei confronti dei consumatori.

I provvedimenti normativi della Comunità Europea sulla prestazione di servizi finanziari, riguardando il capitale, attengono al settore economico essenziale di qualsiasi economia di mercato, e di gran lunga il più consistente, in quanto assorbe circa il 25% del prodotto interno lordo (seguito dall'industria di autoveicoli e di *computer* con meno del 5%); essi, redatti tutti dalla Direzione generale del Mercato interno della Commissione Europea, si informano evidentemente al criterio della priorità delle regole di informazione rispetto all'imposizione di soluzioni sostanziali imperative: si tratta di un concetto di importanza più generale, che dovrà essere esaminato separatamente⁽⁷⁶⁾.

Già in questa sede, comunque, conviene porre in evidenza un problema: mentre l'armonizzazione del diritto bancario ha effettivamente creato un mercato integrato, ciò non è accaduto nel caso del diritto assicurativo. Nel primo settore, le regole di informazione, combinate con regole di vigilanza prudenziale e alcune regole contrattuali imperative, sono state sufficienti a optare per il principio del paese d'origine anche per quanto riguarda la disciplina contrattuale; nel diritto assicurativo, invece, sebbene la vigilanza prudenziale sia stata armonizzata e siano previste, almeno nelle direttive relative all'assicurazione sulla vita, ampie regole di informazione, il principio del controllo del paese d'origine non governa la disciplina contrattuale: l'informazione sembra essere troppo complessa perché le regole di informazione possano sostituire efficientemente la regolamentazione imperativa.

Al di fuori dell'assicurazione di larghi rischi, il potere di dettare la disciplina contrattuale compete tuttora ai legislatori nazionali del territorio in cui il rischio è situato (si tratta tipicamente del domicilio del cliente). Tuttavia, anche nel diritto del contratto di assicurazione alcuni degli ostacoli più gravi alla realizzazione di un mercato integrato sono stati rimossi, segnatamente il prerequisito dell'approvazione preventiva o della notificazione sistematica delle condizioni generali della polizza (art. 6 della terza direttiva sull'assicurazione non vita e art. 5 della terza direttiva sull'assicurazione vita). Si può inoltre ritenere che, qualora siano i clienti stessi a prendere l'iniziativa di contattare una società assicurativa estera (senza che quest'ultima o un suo rappresentante agiscano nello Stato in cui si trova il domicilio del cliente), essi possano scegliere di assoggettare il contratto all'ordinamento giuridico cui appartiene la società assicurativa stessa⁽⁷⁷⁾.

⁽⁷⁶⁾ V. *infra*, n. 20.

⁽⁷⁷⁾ Su tale controversa questione, v. GRUNDMANN, *Europäisches Vertragsrecht*, cit., 4.30 nn. 27-30 e 4.31, nn. 18-22. A questo proposito, è di fondamentale importanza lo sviluppo di una disciplina giuridica che favorisca i *brokers* assicurativi indipendenti, i quali aiutino poi i clienti a scegliere all'interno dell'ampia varietà di polizze attualmente proposte (v. GRUNDMANN, KERBER, *Information Intermediaries and Party Autonomy in Security and Insurance Markets*, in GRUNDMANN, ANDENAS, KERBER (a cura di), *Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market* (in corso di pubblicazione presso la casa editrice de Gruyter, Berlino)).

13. — Nell'ambito dei contratti turistici, l'armonizzazione ha riguardato la vendita di pacchetti turistici e di diritti di godimento a tempo parziale di beni immobili (multiproprietà) ⁽⁷⁹⁾.

La direttiva sui pacchetti turistici disciplina intensivamente soltanto alcuni aspetti del contratto, inerenti alla sua modificazione unilaterale, alla sua violazione e alle garanzie per assicurare, in caso di insolvenza o di fallimento, il rimborso dei fondi depositati e il rimpatrio del consumatore (la regolamentazione di quest'ultimo aspetto, fra l'altro, appare palesemente eccessiva). Sono inoltre previsti ampi doveri di informazione da parte del professionista.

Sono stati disciplinati soltanto i pacchetti turistici in quanto si è ritenuto che la trasparenza dei contratti relativi a sistemazioni alberghiere e a viaggi isolati fosse sufficiente anche in mancanza di specifici doveri di informazione. La direttiva tutela anche i clienti che siano professionisti, in quanto le questioni attinenti al viaggio non rientrano comunque nelle loro specifiche competenze.

14. — Un'esposizione, per quanto sintetica, del diritto europeo del lavoro esulerebbe dagli scopi di questo scritto. Conviene tuttavia porre in evidenza un punto: in questo settore, se si eccettua la direttiva relativa alle condizioni di trasferta dei lavoratori ⁽⁷⁹⁾, l'armonizzazione non è occasionale: le norme che vietano le discriminazioni basate sulla nazionalità ⁽⁸⁰⁾ sono quelle più direttamente collegate alla teoria generale dell'integrazione, e anche alle libertà fondamentali. In questo ambito, in particolare, le norme sull'uguaglianza dei sessi hanno un ulteriore effetto, poiché la rimozione delle forme più tradizionali di discriminazione non può che radicare ulteriormente, in generale, l'ideale dell'uguaglianza. La nuova norma dettata dall'art. 13 Tratt. C.E. si spinge ancora oltre, facendo sì che il rifiuto di qualsiasi forma di discriminazione si trasformi in un valore positivamente recepito dal diritto di un'Unione fondamentalmente pluralistica.

Si possono individuare altre tre aree in cui il legislatore comunitario è intervenuto in questo settore. In primo luogo, una direttiva ha esteso il paradigma generale dell'informazione ai contratti di lavoro ⁽⁸¹⁾, al fine precipuo di

⁽⁷⁹⁾ Dir. 90/314/CEE del Consiglio, del 13 giugno 1990, concernente i viaggi, le vacanze ed i circuiti « tutto compreso », in *G.U.C.E.*, 1990 L 158, p. 59 ss.; dir. 94/47/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 26 ottobre 1994, concernente la tutela dell'acquirente per taluni aspetti dei contratti relativi all'acquisizione di un diritto di godimento a tempo parziale di beni immobili, in *G.U.C.E.*, 1994 L 280, p. 83 ss.

⁽⁸⁰⁾ Dir. 96/71/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 1996, relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi, in *G.U.C.E.*, 1997 L 18, p. 1 ss.

⁽⁸¹⁾ *V. supra*, n. 2.

⁽⁸²⁾ Dir. 91/533/CEE del Consiglio, del 14 ottobre 1991, relativa all'obbligo del datore di lavoro di informare il lavoratore delle condizioni applicabili al contratto o al rapporto di lavoro, in *G.U.C.E.*, 1991 L 288, p. 32 ss.

aumentare la certezza del diritto applicabile ai rapporti giuridici in questione; inoltre sono stati disciplinati i licenziamenti collettivi e la rilocalizzazione di attività produttive ⁽⁸²⁾, perché hanno un impatto più forte sulla situazione generale dell'occupazione di quello che può avere la notizia di un licenziamento individuale, ma anche perché i datori di lavoro avrebbe potuto avvantaggiarsi sistematicamente delle diversità tra gli ordinamenti giuridici; infine, è stato emanato un numero ingente di norme relative alla salute e al benessere sul lavoro ⁽⁸³⁾, perché, in linea di principio, questi valori sono di grado più elevato degli interessi economici della forza lavoro (art. 3, lett. p), Tratt. C.E.). In effetti, tale protezione sembra essere indispensabile in un'Unione che è finalizzata ad accrescere il benessere collettivo (artt. 2-3 Tratt. C.E.).

15. — Le discipline contrattuali non svolgono un ruolo preminente nell'armonizzazione del diritto relativo alla proprietà intellettuale; riguardo a quest'ultimo sono state emanate la direttiva sui programmi dei *computer*, la direttiva sui *chip* e la direttiva sulle banche dati (che praticamente non detta alcuna disciplina contrattuale) ⁽⁸⁴⁾. Il cinema, la musica e la televisione sono toccate dalla direttiva sui diritti di noleggio, dalla direttiva sulle trasmissioni via cavo e via satellite, dalla direttiva sulla televisione (la quale non prevede alcuna disciplina contrattuale) ⁽⁸⁵⁾. Nell'area del *know-how* e dei brevetti (licenze d'uso), si rinviengono alcune esenzioni per categorie di accordi di cooperazione costituiti da clausole standardizzate: per il trasferimento di tecnologia, per la ricerca e lo sviluppo in comune e, come ultimo anello della catena, per gli accordi di specializzazione (nel processo produttivo) ⁽⁸⁶⁾.

⁽⁸²⁾ *V. supra*, n. 2.

⁽⁸³⁾ Per i provvedimenti normativi in quest'area v. GRUNDMANN, *Europäisches Schuldvertragsrecht*, 3.40-3.47; QUIGLEY, *op. cit.*, pp. 581-635.

⁽⁸⁴⁾ Dir. 91/250/CEE del Consiglio, del 14 maggio 1991, relativa alla tutela giuridica dei programmi per elaboratore, in *G.U.C.E.*, 1991 L 122, p. 42 ss.; dir. 87/54/CEE del Consiglio, del 16 dicembre 1986, sulla tutela giuridica delle topografie di prodotti a semiconduttori, in *G.U.C.E.*, 1987 L 24, p. 36 ss.; dir. 96/9/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 11 marzo 1996, relativa alla tutela giuridica delle banche di dati, in *G.U.C.E.*, 1996 L 77, p. 20 ss.

⁽⁸⁵⁾ Dir. 92/100/CEE del Consiglio, del 19 novembre 1992, concernente il diritto di noleggio, il diritto di prestito e taluni diritti connessi al diritto di autore in materia di proprietà intellettuale, in *G.U.C.E.*, 1992 L 346, p. 61 ss.; dir. 93/83/CEE del Consiglio, del 27 settembre 1993, per il coordinamento di alcune norme in materia di diritto d'autore e diritti connessi applicabili alla radiodiffusione via satellite e alla ritrasmissione via cavo, in *G.U.C.E.*, 1993 L 248, p. 15 ss.; dir. 89/552/CEE del Consiglio, del 3 ottobre 1989, relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati Membri concernenti l'esercizio delle attività televisive, in *G.U.C.E.*, 1989 L 298, p. 23 ss.

⁽⁸⁶⁾ Reg. 240/96/CEE della Commissione, del 31 gennaio 1996, relativo all'applicazione dell'art. 85, paragrafo 3, del trattato CE a categorie di accordi di trasferimento di tecnologia, in *G.U.C.E.*, 1996 L 31, p. 2 ss.; reg. 417/85/CEE della Commissione, del 19 dicembre 1984, relativo all'applicazione dell'art. 85, paragrafo 3, del trattato CEE a categorie di ac-

16. — Le due tendenze fin qui delineate mostrano che, nell'ambito del diritto comunitario, i problemi si trasferiscono dal diritto primario a quello secondario. Il diritto primario, infatti, non svolge alcun ruolo rispetto alle norme che non sono inderogabilmente applicabili ai rapporti internazionali, in quanto esse non possono essere controllate sulla base delle libertà fondamentali; d'altro canto le norme inderogabilmente applicabili ai rapporti internazionali sono per lo più armonizzate e nei loro confronti, di conseguenza, il diritto primario può rilevare esclusivamente come presupposto per l'applicazione del diritto secondario.

Tale fenomeno diminuisce altresì la rilevanza del diritto nazionale sotto due aspetti principali — e questo è importante soprattutto riguardo alle direttive, che costituiscono la fonte più significativa del diritto secondario⁽⁸⁷⁾. Teoricamente le direttive vincolano soltanto gli Stati, in quanto la Corte di Giustizia nega che esse siano direttamente applicabili ai rapporti fra soggetti privati, i quali costituiscono il nucleo centrale del diritto privato, segnatamente contrattuale; di fatto, però, praticamente in tutte le situazioni, il risultato specifico dell'interpretazione delle direttive è stato imposto anche nell'ambito delle relazioni intercorrenti fra soggetti privati. Tranne il caso in cui uno Stato membro abbia espressamente rifiutato di attuare una direttiva, la Corte ha interpretato il diritto nazionale precisamente in conformità delle direttive, senza rispettare alcuno dei criteri ermeneutici nazionali⁽⁸⁸⁾: in mancanza di

cordi di specializzazione, in *G.U.C.E.*, 1985 L 53, p. 1 ss.; reg. 418/85/CEE della Commissione, del 19 dicembre 1984, relativo all'applicazione dell'art. 85, paragrafo 3, del trattato CEE a categorie di accordi in materia di ricerca e sviluppo, in *G.U.C.E.*, 1985 L 53, p. 5 ss. (le modificazioni più importanti ai due ultimi provvedimenti si trovano in *G.U.C.E.*, 1993 L 21, p. 8; prorogate fino al 31 dicembre 1999, v. *G.U.C.E.*, 1997 L 306, p. 12). Per un commento di questi provvedimenti di minor importanza per il diritto europeo dei contratti, v. GRUNDMANN, *Europäisches Schuldvertragsrecht*, cit., 5.05-5.07; 5.30-5.38; KORAH, *An introductory guide to EC Competition Law and practice*, Oxford, 1997, pp. 238-261, pp. 279-300.

(87) Il legislatore europeo deve ricorrere alle direttive ogni qual volta un provvedimento normativo debba essere cambiato in almeno uno degli Stati membri. I regolamenti e le norme del Trattato C.E. che dettano una disciplina sostanziale del contratto (particolarmente nel diritto della concorrenza) sono senz'altro direttamente efficaci. Il problema se il diritto nazionale possa essere più restrittivo dei parametri comunitari è discusso separatamente per il caso specifico del diritto della concorrenza. Per quanto riguarda le esenzioni per categoria basate sull'art. 81, comma 3°, Tratt. C.E., l'opinione prevalente ritiene che le clausole e i cartelli esentati generalmente non possano essere dichiarati nulli in base alla legge nazionale (Corte Giust. C.E., 13 febbraio 1969, causa 14/68, *Walt Wilhelm*, in *Racc.*, 1969, p. 14; EMERICH, in DAUSES, *op. cit.*, H.I, n. 35; COYDER, *EC Competition Law*³, Oxford, 1998, pp. 502-510; LANGEN, BUNTE (a cura di), *Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht*, Neuwied, 1998, *Einfl. EG-Kartellrecht*, para. 50; per un'ampia discussione degli interessi in conflitto, v. REHINDER, *Der Vorrang des EG-Kartellrechts vor nationalem Kartellrecht bei Freistellungen — dogmatische Konstruktion, Sachargumente und politische Interessen*, in *Festschrift für Mestmäcker*, Baden-Baden, 1996, p. 711).

(88) Corte Giust. C.E., 10 aprile 1984, causa 14/83, *non Colson und Kamann*, in *Racc.*, 1984, p. 1909 ss.; Corte Giust. C.E., 10 aprile 1984, causa 79/83, *Harz*, in *Racc.*, 1984, p. 1942 ss.; Corte Giust. C.E., 8 ottobre 1987, causa 80/86, *Kolpinghuis Nijmegen*, in *Racc.*,

tale esplicito rifiuto, quindi, il risultato dell'interpretazione delle direttive è il diritto che deve essere applicato dai giudici nazionali. In pratica perciò, in mancanza dell'esplicito rifiuto di uno Stato membro di attuare una direttiva, quest'ultima determina un livello minimo di disciplina che non può essere disatteso⁽⁸⁹⁾.

D'altro canto, l'importanza del diritto nazionale è considerevolmente diminuita anche nel caso in cui un legislatore nazionale voglia andare oltre il livello minimo di disciplina previsto dalle direttive. Nei settori armonizzati, infatti, le norme nazionali che comportano effetti restrittivi del commercio transfrontaliero possono essere ancora giustificate da esigenze imperative di interesse pubblico, ma soltanto nelle ipotesi previste dall'art. 95, commi 4°, 5° e 6°, Tratt. C.E.: al di fuori di questo limite, tali norme sono applicabili esclusivamente a casi nazionali, ma non a offerte transfrontaliere⁽⁹⁰⁾.

Il contenuto del diritto europeo dei contratti, concentrato al livello secondario, può essere ricondotto a un'unica finalità: regolamentare il fallimento del mercato, il quale si verifica in due casi fondamentali, ossia le restrizioni della concorrenza e le asimmetrie informative.

17. — Quando si parla di diritto (europeo) dei contratti, non si pensa immediatamente a norme che disciplinino contratti « puramente » commerciali, ossia transazioni commerciali con la partecipazione di soli professionisti. D'altro canto, le restrizioni della concorrenza costituiscono il tipo di fallimento 1987, p. 3986; Corte Giust. C.E., 13 novembre 1990, causa C-106/89, *Marleasing*, in *Racc.*, 1990, p. 1-4159. In dottrina, v. GRUNDMANN, *Richtlinienkonforme Auslegung im Bereich des Privatrechts — insbesondere: der Kanon der nationalen Auslegungsmethoden als Grenze?*, in *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 1996, p. 399 ss., spec. pp. 413-423; BRECHMANN, *Die richtlinienkonforme Auslegung — zugleich ein Beitrag zur Dogmatik der EG-Richtlinie*, München, 1994. Quanto detto nel testo vale anche nel caso in cui la direttiva non sia stata affatto attuata dal legislatore nazionale, ma tutto il diritto nazionale preesistente possa potenzialmente considerarsi come attuazione degli obiettivi della direttiva (Corte Giust. C.E., 13 novembre 1990, causa C-106/89, *Marleasing*, cit.; Corte Giust. C.E., 16 dicembre 1993, causa C-334/92, *Wagner Miret*, in *Racc.*, 1993, p. 1-6932; Corte Giust. C.E., 14 luglio 1994, causa C-91/92, *Faccini Dori*, in *Racc.*, 1994, p. 1-3357; Corte Giust. C.E., 17 settembre 1997, causa C-54/96, *Dorsch*, in *Racc.*, 1997, p. 1-4997).

(89) V. *supra*, n. 5.

(90) Corte Giust. C.E., 4 dicembre 1986, causa 220/83, *Freedom to provide services — co-insurance*, in *Racc.*, 1986, p. 3710; per il trasferimento di beni, v. già Corte Giust. C.E., 20 febbraio 1979, causa 120/78, *Cassis de Dijon*, in *Racc.*, 1979, p. 662 e Corte Giust. C.E., 11 maggio 1989, causa 25/88, *Bouchara, Würmer and Norlaire*, in *Racc.*, 1989, p. 1127 ss. e ancora (ma implicitamente) Corte Giust. C.E., 13 novembre 1997, causa C-233/94, *Germany v. Parliament and Council*, in *Racc.*, 1997, p. 1-2458 ss., nonché la posizione della Direzione generale del Mercato interno, competente in materia nell'ambito della Commissione (v. THONEAC, *Europäisches Bankaufsichtsrecht: System oder Wildtauchs?*, in *Wertpapier-Mitteilungen*, 1991, p. 1748). Per un esame dettagliato, v. GRUNDMANN, *Binnenmarktkollisionsrecht — vom klassischen IPR zur Integrationsordnung*, in *RabelsZ.*, Bd. 69, 2000, pp. 471-476 (con ulteriori riferimenti bibliografici, anche relativamente all'opinione contraria). Per le implicazioni di questo concetto, v. anche *infra*, n. 19.

to del mercato che la concessione ordoliberal del mercato ha indotto a prendere principalmente e più attentamente in considerazione: è significativo in tal senso che il diritto della concorrenza costituisca l'unica materia sostanziale che il Trattato istitutivo della Comunità Europea non abbia lasciato alla legislazione secondaria posteriore, ma abbia disciplinato direttamente. Inoltre, il compito amministrativo è stato del tutto eccezionalmente rimesso nelle mani di un'istituzione comunitaria (indipendente).

Le norme contro le restrizioni della concorrenza appartengono senz'altro a quelle inderogabilmente applicabili ai rapporti internazionali, in quanto ricadono nell'art. 7 della Convenzione di Roma⁽⁹¹⁾. Tutte le norme giuridiche che disciplinano transazioni professionali bilaterali concernono un tipo di restrizione della concorrenza⁽⁹²⁾, come risulta evidente per le esenzioni per categoria basate sull'art. 81, comma 3°, Tratt. C.E., le quali consentono restrizioni della concorrenza realizzate mediante accordi, decisioni o pratiche concordate che includano certe clausole e ne escludano altre. Specialmente nei mercati altamente competitivi, il ricorso a tali esenzioni è praticamente generale⁽⁹³⁾, in quanto esse consentono, entro certi limiti, la massimizzazione del profitto, cui nessun concorrente può facilmente rinunciare.

La caratteristica fondamentale della restrizione della concorrenza è che le decisioni sono (parzialmente) sottratte alla pressione del mercato⁽⁹⁴⁾; è esattamente questa la situazione prevista dalle norme sulle forniture pubbliche⁽⁹⁵⁾, e anche le norme contrattuali dettate nei provvedimenti sulla proprietà intellettuale concernono o aspetti di diritto del lavoro o ancora il pericolo di abuso delle situazioni di monopolio. Per esempio, si consente la decompilazione dei programmi del computer con lo scopo di renderli compatibili, affinché i concorrenti con una posizione strategica nel software di base non siano in grado di creare un'analoga posizione di esclusiva per il software applicativo⁽⁹⁶⁾.

⁽⁹¹⁾ V. *supra*, n. 5.

⁽⁹²⁾ V. *supra*, n. 3.

⁽⁹³⁾ L'esenzione per categoria relativa all'industria automobilistica è utilizzata da circa l'85% delle organizzazioni di marketing (v. ENGMANN, *Ausgesuchte Probleme der Gruppenfreistellungsverordnung 129/55 für Kraftfahrzeugverkehr und Kraftfahrzeugservice*, München, 1991, p. 82, nonché KORAß, *Group Exemption for Exclusive Distribution and Purchasing in the EEC*, in *Common Market Law Review*, vol. 21, 1984, p. 61).

⁽⁹⁴⁾ In tal senso v. già chiaramente EUCKEN, *Grundsätze der Wirtschaftspolitik*, Tübingen, 1990, pp. 245-250 (la 1ª ed. è del 1952).

⁽⁹⁵⁾ La situazione è aggravata dal fatto che gli Stati si ritengono spesso competenti a correggere le evoluzioni del mercato (politiche regionali, settoriali e cicliche): ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement*, cit., pp. 45-50; MATTEA, *La liberalisation des marchés publics et semi-publics dans la Communauté*, in *Revue du Marché Commun*, 1973, p. 205 ss.; RITNER, *Öffentliches Auftragswesen und marktwirtschaftliche Ordnung*, in *Festschrift für Benisch*, München, 1989, pp. 105-108; STOLZ, *Das öffentliche Auftragswesen in der EG — Möglichkeiten und Grenzen einer Liberalisierung*, Baden-Baden, 1991, pp. 65-67.

⁽⁹⁶⁾ CZARNOŃA, HART, *Legal Protection of Computer Programs in Europe — a Guide to*

18. — Tutti gli altri provvedimenti normativi in materia di diritto europeo dei contratti che sono appena stati brevemente descritti disciplinano transazioni professionali unilaterali e non concernono quindi le restrizioni della concorrenza; alcuni di essi si applicano solamente se c'è la partecipazione di un consumatore nell'altra parte del contratto (transazioni commerciali unilaterali qualificate), ma in non pochi casi la qualità soggettiva dell'altro contraente è irrilevante (transazioni commerciali unilaterali semplici).

La seconda ipotesi essenziale di fallimento del mercato nell'ambito del diritto dei contratti è costituita, com'è già stato rilevato, dalle asimmetrie informative; si tratta tuttavia di un caso diverso da quello delle restrizioni della concorrenza, perché, molto più di quanto non accada con queste ultime, è comunemente accettato che, nelle economie dell'informazione, le asimmetrie informative siano dannose solo in parte, e in parte invece indispensabili al funzionamento del mercato. Con una certa generalizzazione, si può dire che l'apportamento delle asimmetrie informative costituisce il principale incentivo alla creazione di informazioni economicamente valutabili.

D'altro canto, se la controparte non può costitutivamente creare l'informazione o la può creare soltanto a costi irragionevolmente alti, la sua decisione è inevitabilmente disinformata; essa non è quindi in grado di allocare le risorse in modo efficiente e di incentivare così l'altra parte del mercato dal punto di vista qualitativo⁽⁹⁷⁾. Supponendo che le condizioni generali di contratto siano predisposte da una parte per 100.000 casi, è ragionevole che essa sostenga un costo di 10.000 euro per ottenere l'informazione legale, poiché ogni applicazione verrà a costare 10 centesimi; la controparte, viceversa, la quale normalmente ha a che fare con quell'insieme di regole una sola volta, soprattutto se è un consumatore, non agirebbe razionalmente se investisse altrettanto (o quasi) per ottenere tale informazione: essa agisce razionalmente scegliendo di restare « ignorante ».

La seconda norma fondamentale che, riguardo al conflitto di leggi, individua il diritto inderogabilmente applicabile ai rapporti internazionali è costituita dall'art. 5 della Convenzione di Roma: se sono soddisfatti certi requisiti di collegamento alla legge del paese in cui il consumatore risiede abitualmente, le norme specificamente dettate per tutelare i consumatori in quanto tali sono sottratte alla libertà delle parti di scegliere la legge applicabile (art. 5, comma 2°, Conv. Roma). Apparentemente, tuttavia, non sembra che la protezione della EC Directive, London, 1991, pp. 74-78; i contributi di Verstruyse e Sucker in LEHMANN, TAPPER (a cura di), *A Handbook of European Software Law*, Oxford, 1993, p. 1 ss. e p. 11 ss.; DREIER, *Rechtsschutz von Computerprogrammen — die Richtlinie des Rates der EG vom 14.5.1991, in Computer und Recht*, 1991, p. 577 ss.; SCHULTE, *Der Referentenentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes*, in *Computer und Recht*, 1992, p. 653 ss. Considerazioni analoghe possono farsi riguardo alle trasmissioni via cavo e via satellite.

⁽⁹⁷⁾ Riguardo al fenomeno originariamente definito come « market for lemons », v. AKERLOF, *The Market for « Lemons »: Quality Uncertainty and the Market Mechanism*, in *Quarterly Journal of Economics*, vol. 84, 1970, p. 488 ss.

zione del consumatore nel diritto dei contratti sia limitata al caso delle asimmetrie informative. Un'ulteriore considerazione al riguardo può risultare chiarificatrice.

In base alle libertà fondamentali, la Corte di Giustizia delle Comunità Europee obbliga gli Stati membri a dettare soltanto norme di informazione e, nei limiti in cui i consumatori possano comprendere l'informazione e tenerne conto nelle loro decisioni, a non imporre soluzioni imperative⁽⁹⁸⁾. Anche la Comunità Europea è vincolata a questo principio nell'esercizio del potere legislativo e, nella maggior parte dei casi, lo rispetta⁽⁹⁹⁾.

Il diritto applicabile ai contratti dei consumatori, quindi, sia esso nazionale (assoggettato al controllo basato sulle libertà fondamentali), sia esso comunitario, deve essere progettato anzitutto al fine di rimuovere le asimmetrie informative il cui superamento è impossibile per i consumatori, o richiede costi irragionevolmente elevati; soltanto nel caso in cui tali asimmetrie permangano, le norme che tutelano i consumatori nel loro insieme — come parte del mercato — devono dettare soluzioni sostanziali imperative. Oltre a questa ipotesi, indubbiamente, sussiste anche la necessità di tutelare i consumatori (e altri soggetti) come singoli, ma nelle situazioni eccezionali in cui essi siano individualmente incapaci di prendere decisioni ragionate: poiché quindi non si tratta di un'inefficienza del mercato in quanto tale, il diritto europeo dei contratti lascia interamente tale questione ai legislatori nazionali.

Se le norme inderogabilmente applicabili ai rapporti internazionali ai sensi dell'art. 5 della Convenzione di Roma concernono principalmente le asimmetrie informative il cui superamento è impossibile, o è possibile soltanto a costi irragionevolmente elevati, allora l'ambito di tutela del consumatore previsto da tale norma sembra coincidere con il fallimento del mercato a causa delle asimmetrie informative. Nella generalità dei casi è effettivamente così, ma è importante rilevare che le asimmetrie informative non si verificano soltanto nei confronti dei consumatori: è possibile che anche i professionisti non siano in grado di superarle se non a costi irragionevolmente elevati, e la vessatorietà delle condizioni generali di contratto ne costituisce un esempio pratico significativo. Occorre considerare due aspetti.

In primo luogo, queste ipotesi, tanto rispetto ai consumatori, quanto rispetto ai professionisti, non pongono soltanto un problema di tutela individuale: la rimozione delle asimmetrie informative è vantaggiosa per un'allocatione efficiente delle risorse, e dunque per il mercato. Le norme in questione, dunque, non sono soltanto regole di diritto contrattuale, ma anche di funzionamento del mercato. Le asimmetrie informative, d'altro canto, sono create proprio dalla condizione di efficienza del mercato che fu individuata già nel magistrale lavoro di Adam Smith: la divisione del lavoro, infatti, significa anche divisione della professionalità e dell'informazione. Secondo questo modello, è

conveniente che non tutti siano professionisti in tutto, anche per quanto riguarda l'informazione. Le asimmetrie informative sono quindi intrinseche al meccanismo del mercato, così come esso viene concepito: è perciò una questione di interesse generale, ai sensi dell'art. 7 Conv. Roma, che esse siano disciplinate, eventualmente anche per quanto riguarda i professionisti, e siano permesse al fine di un'ottimale allocazione delle risorse. È dunque accettabile, anche in un'ottica di restrizione della concorrenza, che la Comunità europea disciplini anche i rapporti contrattuali intercorrenti fra professionisti.

Il secondo aspetto è collegato al primo. Sebbene le asimmetrie informative, in linea di principio, debbano essere prese in considerazione anche nei contratti « puramente » commerciali, esse hanno un'importanza maggiore nei contratti con i consumatori, poiché si suppone che questi ultimi non sviluppino alcuna specifica competenza al riguardo. È dunque comprensibile che la Comunità europea possa scegliere di limitare la regolamentazione delle asimmetrie informative solamente per quanto riguarda i consumatori, a maggior ragione in quanto essa dovrebbe prendere in considerazione soltanto quei casi di fallimento del mercato che sono tendenzialmente evidenti e che si sono dimostrati tali anche nel confronto tra i quindici Stati membri, lasciando gli altri casi all'intervento dei legislatori nazionali.

Sulla base di tali considerazioni, si possono così chiaramente individuare i due aspetti centrali di politica del diritto relativi alla struttura della maggior parte del diritto europeo dei contratti. Riguardo alle asimmetrie informative, in primo luogo, occorre stabilire la priorità dell'informazione rispetto all'imposizione di soluzioni sostanziali imperative; in secondo luogo, è opportuno che questo caso, e potenzialmente tutti i casi di fallimento del mercato siano disciplinati a livello comunitario soltanto qualora il fallimento del mercato sia indubbio e si possano individuare con sicurezza gli strumenti per porvi rimedio.

19. — Le due questioni di politica del diritto appena menzionate relativamente alla struttura del diritto europeo dei contratti hanno a che fare con il principio di sussidiarietà, con quello di proporzionalità o con entrambi (art. 5 Tratt. C.E.). Tali principi sono finalizzati a guidare il potere legislativo al livello ottimale (ossia, effettivamente indispensabile), in quanto incorporano meccanismi che prevengono da sistematici eccessi di regolamentazione, ma, allo stesso tempo, garantiscono la regolamentazione necessaria. La sussidiarietà è spesso considerata come un meccanismo che difende le competenze nazionali dalle ingerenze della Commissione; così, tuttavia, si individua soltanto un mezzo, non la finalità ultima di tale principio, che è costituita dalla scelta di un livello ottimale di regolamentazione.

20. — Il primo meccanismo è costituito dall'allocatione appropriata dei poteri legislativi. La conseguenza fondamentale della sussidiarietà è che ci sono due livelli di regolamentazione, comunitario e nazionale; essi differiscono per il tipo di pressione cui sono sottoposti.

⁽⁹⁸⁾ V. *infra*, n. 20.

⁽⁹⁹⁾ V. *infra*, n. 20.

La regolamentazione a livello comunitario del fallimento del mercato, sia per quanto riguarda il suo ambito operativo, che la sua intensità, può essere più o meno ampia: si tratta di una questione di politica del diritto che potenzialmente influenza anche il suo contenuto. Tale regolamentazione deve affermarsi nella dialettica fra i quindici Stati membri, ma è esposta a una pressione minore: la facilità di circolazione di capitali, prodotti o altri fattori, certamente più elevata all'interno del mercato unico che non a livello globale, determina infatti una maggiore concorrenza.

La regolamentazione a livello nazionale del fallimento del mercato sottostà a una pressione maggiore. Nei settori armonizzati, la pressione del mercato sussiste già all'interno dell'Unione, in quanto le regole nazionali che siano più restrittive delle direttive comunitarie non possono essere imposte ai fornitori di altri Stati membri⁽¹⁰⁰⁾; i settori non armonizzati, che sono eccezionali nel diritto dei contratti, sono invece sottratti alla pressione del mercato, ma quest'ultima è sostituita dal controllo della Corte europea di Giustizia sulla ragione sostanziale delle norme applicabili, le quali devono giustificarsi in base a esigenze di interesse pubblico.

Si può fondatamente ritenere che l'allocatione del potere legislativo al più basso livello possibile, con una maggiore pressione del mercato, incrementi tendenzialmente il benessere generale⁽¹⁰¹⁾. Se si trattasse di risolvere

⁽¹⁰⁰⁾ V. *supra*, n. 5.

⁽¹⁰¹⁾ V., in generale, BRATTON, McCAHERY, PICCIOTTO, SCOTT (a cura di), *International Regulatory Competition and Coordination — perspectives on economic regulation in Europe and the United States*, Oxford, 1996; Ocus, *Competition between national legal systems — a contribution of economic analysis to comparative law*, in *International and Comparative Law Quarterly*, Bd. 48, 1999, p. 405 ss.; H. SCHMIDT, *Economic Analysis of the Allocation of Regulatory Competence in the European Communities*, in BUXBAUM, HERTIG, HIRSCH, HORN (a cura di), *European Business Law — Legal and Economic Analyses on Integration and Harmonization*, Berlin, 1991, pp. 51-60; STREIT, *Systemwettbewerb in europäischen Integrationsprozessen*, in *Festschrift für Westmäcker*, cit., p. 521 ss.; per un'indagine più pragmatica, basata sulla struttura attuale della Comunità Europea, v. EHLERMANN, *Ökonomische Aspekte des Subsidiaritätsprinzips — Harmonisierung versus Wettbewerb der Systeme*, in *Integration*, 1995, pp. 17-21. Per quanto riguarda il diritto privato in particolare, v. VAN DEN BERGH, *Subsidiarity as an Economic Demarcation Principle and the Emergence of European Private Law*, in *Maastricht Journal of Comparative Law*, vol. 5, 1998, p. 129 ss.; per il diritto societario, v. CHARNY, *Competition among jurisdictions in formulating corporate law rules — an American perspective on the « race to the bottom » in the European Communities*, in *Harvard international law journal*, vol. 32, 1991, p. 423 ss.; MERKT, *Das Europäische Gesellschaftsrecht und die Idee des « Wettbewerbs der Gesetzgeber »*, in *RabelsZ*, Bd. 59, 1995, p. 545 ss.; per il diritto della concorrenza, v. VAN DEN BERGH, *Economic criteria for applying the subsidiarity principle in the European Community — the case of competition policy*, in *International Review of Law and Economics*, vol. 16, 1996, p. 363 ss.; *The subsidiarity principle and the EC Competition Rules — the costs and benefits of decentralisation*, in SCHMIDTCHEN, COOTER (a cura di), *Constitutional Law and Economics of the European Union*, Cheltenham, 1998, p. 149. Il nesso tra armonizzazione e competizione degli ordinamenti giuridici è posto in rilievo da BALDWIN, CAVE, *Understanding regulation — theory, strategy, and practice*, Oxford, 1999, p. 185.

esclusivamente il problema del fallimento del mercato, la regolamentazione a livello comunitario sarebbe preferibile in tutte le forme e in qualsiasi ambito, perché essa riduce il rischio di esternalità⁽¹⁰²⁾. Tuttavia, si deve considerare anche il rischio che gli Stati (e le Comunità sovranazionali) non rilevano correttamente i rischi di fallimento del mercato e/o che li regolino insufficientemente (fallimento dello Stato); ciò può avvenire perché non è possibile di sporte di una conoscenza sufficiente del grado ottimale della regolamentazione, ma soprattutto perché gli Stati sono immuni dalla pressione del mercato: i *decision makers*, anziché trovare le soluzioni più efficienti, sono allora liberi di perseguire altri scopi (vantaggi personali, ad es. nelle elezioni)⁽¹⁰³⁾. Perciò occorre bilanciare il rischio di fallimento del mercato con quello di fallimento dello Stato.

Al fine di arginare il fallimento dello Stato, conviene ricorrere alla regolamentazione comunitaria soltanto qualora negli Stati membri vi sia un consenso pressoché unanime sulla necessità di un intervento normativo e sull'individuazione degli strumenti con cui attuarlo; la Commissione, quindi, dovrebbe adottare un provvedimento normativo soltanto quando esso sia sostenuto da un ampio consenso da parte delle comunità degli esperti (imparziali) della materia. Quando il rischio di errore è elevato, conviene intervenire (non già a livello comunitario, bensì) a livello nazionale, perché ciò consente di ridurre considerevolmente il rischio di fallimento dello Stato.

L'intensità della pressione del mercato e della giustificazione cui è assoggettata la regolamentazione a livello nazionale dovrebbe impedire efficientemente che nel lungo periodo si verifichi un eccesso di regolamentazione. Resta il rischio di un'insufficienza sistematica di regolamentazione (c.d. *race to the bottom*), il quale giustifica la regolamentazione a livello comunitario.

A livello statale, dunque, il rischio di un eccesso di regolamentazione è assoggettato alla pressione del mercato e della giustificazione, mentre il rischio di un'insufficienza di regolamentazione è ridotto dalla progressiva armonizzazione: quanto più la concorrenza è distorta dall'insufficienza di regolamentazione a livello nazionale, tanto più cresce la pressione per l'armonizzazione.

A livello comunitario, il meccanismo contro l'eccesso di regolamentazione è più debole, in quanto la pressione del mercato e della giustificazione è ridot-

⁽¹⁰²⁾ HAUSER, HÖSLI, *Harmonization or regulatory competition in the EC (and the EEA)?*, in *Aussenwirtschaft*, 1991, p. 507 ss.; KERBER, *Rechtseinheitlichkeit und Rechtsfeld aus ökonomischer Sicht*, in GRUNDMANN (a cura di), *Systembildung und Systemrecht. Kerngebiete der Harmonisierung — Gesellschaftsrecht, Arbeitsrecht, Schuldvertragsrecht*, Tübingen, 2000, p. 67 ss.; SIEBERT, KOOP, *Institutional competition — a concept for Europe?*, in *Aussenwirtschaft*, 1990, p. 450 ss.

⁽¹⁰³⁾ Per tale rischio, esaminato dal punto di vista delle scelte pubbliche, v. soprattutto BUCHANAN, TULLOCK, *The Calculus of Consent — Logical Foundations of Constitutional Democracy*, Ann Arbor, 1962; BUCHANAN, *The Limits of Liberty — between Anarchy and Leviathan*, Chicago, 1975; BUCHANAN, *Liberty: Market and the State*, New York, 1985.

ta; il rischio di un'effettiva insufficienza di regolamentazione è minore, poiché gli Stati possono dettare una regolamentazione più stringente e, se lo fanno efficientemente, diventa probabile che si verifichi una competizione per raggiungere il livello ottimale di regolamentazione (c.d. *rise to the top*). Poiché a livello comunitario il rischio di un eccesso di regolamentazione è quello più sovrattanto ai correttivi della pressione del mercato e della giustificazione, esso può essere neutralizzato soltanto se i *decision makers* ne tengono conto.

La regolamentazione a livello comunitario, quindi, determina inevitabilmente il rischio di un eccesso di regolamentazione senza un meccanismo correttivo intrinseco, a meno che si preferiscano deliberatamente soluzioni deboli.

21. — La preferibilità delle regole di informazione rispetto all'imposizione di soluzioni sostanziali imperative si basa sulle libertà fondamentali e riguarda tanto la legislazione nazionale⁽¹⁰⁴⁾, quanto il diritto comunitario⁽¹⁰⁵⁾.

Anche le regole di informazione possono essere inderogabili, ma, anche in questo caso, esse sono radicalmente diverse da quelle che impongono imperativamente una soluzione sostanziale, poiché lasciano intatta la libertà decisionale delle parti. Il vantaggio delle regole (inderogabili o meno) di informazione è che non fanno venir meno la varietà dei beni e dei servizi offerti ovvero delle clause contrattuali, cosicché le preferenze dei consumatori possono essere più ampiamente soddisfatte.

La preferibilità delle regole di informazione si è chiaramente affermata nel diritto comunitario, soprattutto per quanto riguarda la disciplina dei servizi finanziari. Il diritto europeo, perciò, è assai meno imperativo di quanto si sostiene frequentemente, poiché, anche quando prevede norme inderogabili (a livello primario), non comprime l'autonomia negoziale dei privati.

22. — Il diritto europeo dei contratti, inteso come cornice legale comunitaria della formazione dei contratti nel mercato unico europeo, non è frammentario e ha dimostrato empiricamente la sua elevata efficienza.

Non è frammentario se si considera che le norme inderogabilmente applicabili ai rapporti internazionali, le quali costituiscono l'unica effettiva restrizione al commercio transfrontaliero, sono state quasi completamente armonizzate. L'intervento regolamentare della Comunità europea si è limitato così

⁽¹⁰⁴⁾ Corte Giust. C.E., 20 febbraio 1979, causa 120/78, *Cassis de Dijon*, in *Racc.*, 1979, p. 664; Corte Giust. C.E., 22 giugno 1982, causa 220/81, *Robertson*, in *Racc.*, 1982, p. 2361 ss.; Corte Giust. C.E., 11 luglio 1984, causa 51/83, *Commissione v. Italia*, in *Racc.*, 1984, p. 2805 ss.

⁽¹⁰⁵⁾ GRUNDMANN, S. TROIANO, *L'autonomia privata nel mercato interno — le regole d'informazione come strumento*, in corso di pubblicazione su *Europa e dir. priv.* Sull'argomento, v. più ampiamente GRUNDMANN, ANDENAS, KERBER (a cura di), *Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market* (in corso di pubblicazione presso la casa editrice de Gruyter, Berlin).

al fallimento del mercato, laddove il diritto applicabile in base alla libertà di scelta dei privati è lasciato agli Stati nazionali e alle parti.

La disciplina del fallimento del mercato è individuata mediante un'interazione teoricamente assai convincente tra il diritto comunitario e quello nazionale; i suoi strumenti essenziali, e in particolare la preferibilità delle regole di informazione rispetto all'imposizione di soluzioni sostanziali imperative, sono altresì condivisibili.

Nel futuro si porranno due problemi.

Anzitutto occorre verificare quanto la regolamentazione esistente nell'area che è stata qui individuata come il nucleo centrale del diritto europeo dei contratti si dimostrerà adeguata. A tal fine il compito della dottrina giuridica è decisivo: essa deve cominciare a elaborare strumenti concettuali, a discutere le possibili soluzioni operative, a richiamare l'attenzione sull'esigenza di un'efficiente allocazione dei poteri legislativi. Finora la dottrina ha offerto un contributo piuttosto esiguo alla Commissione e alla Corte di Giustizia, ma ciò può creare problemi nel nucleo centrale del diritto privato, specialmente perché si tratta delle evoluzioni più dinamiche degli ultimi dieci anni.

Il secondo problema riguarda l'area della legge applicabile. Nella discussione sull'opportunità di un eventuale codice civile europeo, occorre prendere molto più seriamente in considerazione la struttura del diritto europeo dei contratti già esistente e gli insegnamenti che se ne possono trarre.