

Università Commerciale Luigi Bocconi – Milano

**Dottorato di ricerca in
Diritto internazionale dell'economia**

XVI CICLO

**IL DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO
COMUNITARIO IN MATERIA DI CONTRATTI DI
CONSUMO: L'INCIDENZA DEI PRINCIPI DEL
MERCATO INTERNO**

Tesi di: Gaetano VITELLINO

Tutor: Chiarissimo Prof. Alberto MALATESTA

SOMMARIO

CAPITOLO PRIMO.

LE LIBERTÀ FONDAMENTALI DI CIRCOLAZIONE NEL MERCATO INTERNO.

1. La centralità del mercato interno nel sistema giuridico comunitario.	1
2. I destinatari delle norme sul mercato interno.	8
3. (segue): i soggetti privati come titolari di un diritto alla libera circolazione.	11
4. L'ambito di applicazione delle libertà di circolazione	16
5. I criteri distintivi delle diverse libertà di circolazione dal punto di vista materiale.	19
6. I criteri di delimitazione dell'ambito territoriale delle libertà di circolazione.	23
7. Il fondamentale divieto di restrizioni agli scambi intracomunitari.	33
8. Il divieto di discriminazioni (le misure restrittive c.d. distintamente applicabili): in particolare, la tutela del consumatore «attivo».	36
9. Le restrizioni indistintamente applicabili: il principio del mutuo riconoscimento.	40
10. Verso un «single approach»? Il problema della giurisprudenza sulle «modalità di vendita».	45
11. Le condizioni per la compatibilità di una misura restrittiva con il diritto comunitario: in particolare, la tutela dei consumatori.	50
12. L'armonizzazione delle legislazioni nazionali e le libertà di circolazione.	55

CAPITOLO SECONDO.

LA POLITICA COMUNITARIA DI PROTEZIONE DEL CONSUMATORE.

1. Le esigenze di protezione del consumatore nel mercato interno.	61
2. La dottrina delle «legitimate expectations» come principio informatore del diritto comunitario dei consumatori.	69
3. L'evoluzione della politica comunitaria di protezione del consumatore dal trattato di Roma del 1957 al recente progetto di Costituzione per l'Europa.	72
4. Il rango dell'obiettivo di tutela del consumatore nel sistema giuridico comunitario.	77
5. Le direttive comunitarie in materia di contratti conclusi dai consumatori: caratteristiche generali comuni.	84
6. (segue): quadro di sintesi delle norme materiali contenute nelle direttive.	90
7. Le restrizioni agli scambi intracomunitari risultanti dalle norme nazionali di diritto privato.	95
8. La disparità delle discipline nazionali sui contratti di consumo come ostacolo alle libertà di circolazione: in particolare, l'esigenza delle imprese comunitarie di adottare strategie commerciali uniformi.	103

CAPITOLO TERZO.

LA DISCIPLINA DEI CONTRATTI CONCLUSI DAI CONSUMATORI NELLA CONVENZIONE DI ROMA DEL 1980.

1. La tutela del consumatore nel quadro del sistema generale della convenzione di Roma.	109
2. La norma speciale di conflitto relativa ai contratti con i consumatori: ambito materiale e condizioni di applicazione.	115
3. Il ruolo dell'autonomia della volontà nei contratti con i consumatori (art. 5 par. 2): la nozione di «disposizioni imperative».	123
4. (segue): la scelta della legge applicabile come esercizio dell'autonomia negoziale delle parti.	127
5. (segue): La tesi della bilateralizzazione del criterio spaziale di applicazione necessaria delle lois de police protettive del consumatore.	133
6. (segue): norme di applicazione necessaria e contratti con i consumatori.	139
7. (segue): l'interpretazione dell'art. 5 par. 2 come norma di conflitto materiale (c.d. règle de rattachement à caractère substantiel).	143
8. L'applicazione della legge del paese di residenza abituale del consumatore in mancanza di scelta della legge applicabile (art. 5 par. 3).	147
9. Considerazioni conclusive.	154

CAPITOLO QUARTO.

GLI EFFETTI DEI PRINCIPI DEL MERCATO INTERNO SULLA TRASFORMAZIONE DELLA CONVENZIONE DI ROMA IN STRUMENTO DI DIRITTO COMUNITARIO

1. Premessa	159
2. L'incidenza dei principi del mercato interno sulle norme di diritto internazionale privato.	166
3. (segue): il divieto di discriminazioni e i contratti conclusi dai consumatori.	170
4. (segue): il principio del mutuo riconoscimento e l'art. 5 della convenzione di Roma.	172
5. La cooperazione giudiziaria in materia civile nel quadro del titolo IV del trattato CE.	184
6. Il Libro verde sulla «comunitarizzazione» della convenzione di Roma.	187
7. L'esigenza di soluzioni compatibili con gli obiettivi del mercato interno.	188
8. La revisione dell'art. 5 della convenzione di Roma.	193

BIBLIOGRAFIA.

CAPITOLO PRIMO

LE LIBERTÀ FONDAMENTALI DI CIRCOLAZIONE

NEL MERCATO INTERNO

SOMMARIO: 1. La centralità del mercato interno nel sistema giuridico comunitario. - 2. I destinatari delle norme sul mercato interno. - 3. (*segue*): i soggetti privati come titolari di un diritto alla libera circolazione. - 4. L'ambito di applicazione delle libertà di circolazione. - 5. I criteri distintivi delle diverse libertà di circolazione dal punto di vista materiale. - 6. I criteri di delimitazione dell'ambito territoriale delle libertà di circolazione. - 7. Il fondamentale divieto di restrizioni agli scambi intracomunitari. - 8. Il divieto di discriminazioni (le misure restrittive c.d. distintamente applicabili): in particolare, la tutela del consumatore «attivo». - 9. Le restrizioni indistintamente applicabili: il principio del mutuo riconoscimento. - 10. Verso un «*single approach*»? Il problema della giurisprudenza sulle «modalità di vendita». - 11. Le condizioni per la compatibilità di una misura restrittiva con il diritto comunitario: in particolare, la tutela dei consumatori. - 12. L'armonizzazione delle legislazioni nazionali e le libertà di circolazione.

1. La centralità del mercato interno nel sistema giuridico comunitario.

Tra gli strumenti volti a perseguire i «compiti» della Comunità europea, l'art. 2 tr. CE annovera l'instaurazione di un mercato comune, accanto all'unione economica e monetaria e alle politiche e azioni comuni di cui agli articoli 3 e 4.¹ Da

¹ Un riferimento al mercato comune, ancorché vago e dal tenore più politico che giuridico, si trova anche nel trattato UE, e segnatamente: nel preambolo, dove gli Stati membri si affermano «determinati a promuovere il progresso economico e sociale dei loro popoli, tenendo conto del principio dello sviluppo sostenibile e nel contesto della realizzazione del mercato interno e del rafforzamento della coesione e della protezione dell'ambiente», e all'art. 2, dove la «creazione di uno spazio senza frontiere interne» è indicato come uno dei mezzi per «promuovere un progresso economico e sociale e un elevato livello di occupazione e pervenire a uno sviluppo equilibrato e sostenibile», i quali rappresentano a loro volta alcuni degli obiettivi che l'Unione europea si prefigge.

un punto di vista sistematico, pare dubbio che detti strumenti si pongano tutti sullo stesso piano. Al contrario, l'unione economica e monetaria e l'instaurazione del mercato comune sembrano rivestire una posizione basilare per la realizzazione degli scopi del progetto comunitario tale da poter essere a loro volta definiti come obiettivi della Comunità, sia pure «secondari e strumentali» rispetto agli scopi generalissimi indicati al citato articolo 2.² L'attuazione delle politiche e azioni comuni, infatti, si rivela necessaria non soltanto per realizzare tali scopi, «ma anche e prima di tutto per consentire l'instaurazione stessa del mercato comune e dell'unione economica e monetaria».³ In questo senso, dunque, all'obiettivo del mercato comune deve riconoscersi un rango centrale e prioritario.⁴

Alla luce di ciò, può sorprendere che il trattato non contenga, nella sua versione originaria del 1957 ma neppure a seguito delle successive integrazioni, alcuna definizione di «mercato comune». A tal fine, infatti, ha provveduto, come è noto, la Corte di giustizia, nella sentenza *Schul* del 5 maggio 1982, ove afferma innanzitutto che «la nozione di mercato comune... mira ad *eliminare ogni intralcio per gli scambi intracomunitari al fine di fondere i mercati nazionali in un mercato unico il più possibile simile ad un vero e proprio mercato interno*», per poi aggiungere che «è importante che i vantaggi di tale mercato siano garantiti, oltre che ai commercianti di professione, anche ai privati che si trovino a intraprendere

² In questi termini, DANIELE, *Il diritto materiale della Comunità europea*, Milano, 3^a ed., 2000, p. 11. Cfr. PEDRAZZI, *Art. 2 CE*, in POCAR (diretto da), *Commentario breve ai trattati della Comunità e dell'Unione europea*, Padova, 2001 (d'ora in avanti: POCAR, *Commentario*), p. 91, il quale definisce l'instaurazione del mercato comune «primo e principale strumento messo in atto dal trattato per perseguire gli obiettivi esaminati, ma obiettivo primario esso stesso dell'azione comunitaria». V. inoltre TESAURO, *Diritto comunitario*, 3^a ed., Padova, 2003, p. 367 ss. Sul carattere strumentale dell'obiettivo del mercato interno, cfr. Corte di giustizia, parere 1/91 del 14 dicembre 1991, sul progetto di accordo sullo Spazio economico europeo, in *Raccolta*, p. I-6079 ss., punti 16 ss. e 50, laddove afferma che la libera circolazione - così come la libera concorrenza - non sia fine a sé stessa, ma semplicemente strumento rivolto a realizzare gli obiettivi generali dell'ordinamento comunitario. Sull'unione economica e monetaria, v. per tutti, MALATESTA, *La Banca centrale europea. Gli aspetti istituzionali della Banca centrale della Comunità europea*, Milano, 2003, spec. p. 4 ss.

³ DANIELE, *op. cit.*, p. 11.

⁴ L'interpretazione qui difesa sembra ora trovare ulteriore sostegno nell'art. 3 del progetto di Costituzione europea, laddove si indicano tra gli «obiettivi» dell'Unione, da perseguire «con i mezzi appropriati, in ragione delle competenze attribuite all'Unione nella Costituzione» (par. 5), «uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia e un mercato unico nel quale la concorrenza è libera e non distorta» (par. 2). Sul rapporto tra questi due obiettivi, v. *infra* capitolo quarto.

operazioni economiche oltre le frontiere nazionali». ⁵ Nel 1986, poi, l'Atto unico europeo introduce il nuovo concetto di «mercato interno» e lo definisce, sulla scorta della citata giurisprudenza, come «uno spazio senza frontiere interne, nel quale è assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali secondo le disposizioni del presente trattato» (art. 14 par. 2 tr. CE).⁶

La simultanea presenza di questi due concetti nel corpo del trattato non ha mancato di attirare l'attenzione della dottrina, suscitando una *querelle* abbastanza animata. In questa sede, senza volere sottovalutare l'importanza di tale dibattito, né tantomeno sminuire il peso di quella dottrina che, pur schierandosi su posizioni opposte, è accomunata dallo sforzo di ricercare un fattore che distingua le due nozioni,⁷ sembra più congruo aderire all'opinione, peraltro ampiamente diffusa, secondo la quale le espressioni «mercato comune» e «mercato interno», così come

⁵ Sentenza 5 maggio 1982, in causa 15/81, *Schul*, in *Raccolta* p. 1409 ss., punto 33. (Il corsivo è mio). In termini non dissimili, anche se più generali, la Corte si era pronunciata in una sentenza di poco precedente (9 febbraio 1982, in causa 270/80, *Polydor*, in *Raccolta* p. 329 ss., punto 16), dichiarando che «il trattato mira, attraverso l'instaurazione di un mercato comune e il ravvicinamento graduale delle politiche economiche degli Stati membri, alla fusione dei mercati nazionali in un mercato unico avente le caratteristiche di un mercato interno». V. anche, più di recente, la sentenza 17 maggio 1994, causa C-41/93, *Francia c. Comm.*, in *Raccolta*, p. I-1829 ss. Cfr. in dottrina DANIELE, *Il diritto materiale* cit., p. 17.

⁶ Ai sensi dell'art. 3 lett. c tr. CE, il mercato interno è «caratterizzato dall'eliminazione, degli ostacoli alla libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali». Si osservi inoltre che la formula dell'art. 14 par. 2 tr. CE è ripresa pedissequamente dall'art. III-14 par. 2 del progetto di Costituzione europea.

⁷ In un tentativo di schematizzazione necessariamente riduttivo, si possono distinguere due correnti di pensiero. Alla prima si possono ricondurre tutti quegli autori che concordano nell'affermare che la nozione di mercato interno è più specifica e limitata rispetto a quella di mercato comune, sebbene poi discordino sul significato e la portata da attribuire a tali nozioni: così ROSSI, *Il "buon funzionamento del mercato comune"*, Milano, 1990, p. 26 ss., spec. p. 30 s.; TIZZANO, *L'Atto unico europeo e la realizzazione del mercato interno*, in *Foro it.*, 1989, IV, 80; DURAND, in *Commentaire Mégret. Le droit de la CEE*, 2ème éd., 1992, (d'ora in avanti: *Commentaire Mégret*), vol. 1, p. 20 s.; VANDERSANDEN, *Ibidem*, p. 68; POCAR, *Mercato interno ed Atto unico europeo*, in VALENTI (a cura di), *Integrazione europea e promozione dei diritti umani*, Perugia, 1997, vol. I, p. 59 ss.; BEUTLER, BIEBER, PIPKORN, STREIL, WEILER, *L'Unione europea. Istituzioni, ordinamento e politiche*, 2ª ed. italiana a cura di BIAGIOTTI, WEILER, Bologna, 2001, p. 58; PESCATORE, *Some Critical Remarks on the «Single European Act»*, in *Common Market Law Rev.*, 1987, p. 9 ss.; SBOLCI, *La libera circolazione delle merci*, in STROZZI (a cura di), *Diritto dell'Unione europea. Parte speciale*, Torino, 2000, p. 3. Alla seconda corrente appartengono, invece, coloro per i quali il concetto di mercato interno sarebbe più ampio e completo di quello di mercato comune: in questo senso, v. *inter alia* BOSCO, *Il mercato interno della Comunità economica europea*, Milano, 1990, p. 50; EHLERMANN, *The Internal market Following the Single European Act*, in *Common Market Law Review*, 1987, p. 369; MATTERA RICIGLIANO, *Il mercato unico europeo: norme e funzionamento*, Torino, 1990, p. 15. Sul tema v. anche CHALMERS, SZYSZCZAK, *European Union Law*, vol. 2, *Towards a European Polity*, Dartmouth, 1998, p. 3 ss; BARATTA, *L'equivalenza delle norme nazionali ai sensi dell'art. 100 B del trattato CE*, in *Riv. Dir. Eur.*, 1993, nota 3 a p. 728.

quella di «mercato unico»,⁸ possono ritenersi sostanzialmente equipollenti.⁹ Come tali, pertanto, esse saranno di seguito utilizzate. D'altronde, a conferma di questa interpretazione sembra adesso intervenire il progetto di Costituzione europea recentemente presentato dalla Convenzione europea a chiusura dei suoi lavori. Qui, infatti, l'espressione «mercato comune» è scomparsa, sostituita da quella di «mercato unico» (*Single Market, marché unique, binnenmarkt, mercado único*),¹⁰ e soprattutto da quella di «mercato interno» (*Internal Market, marché intérieur, binnenmarkt, mercado interior*).¹¹

La liberalizzazione degli scambi economici transnazionali non può realizzarsi in maniera effettiva senza che sia assicurata la libera circolazione tra gli Stati, simultanea e parallela, di tutti i fattori che compongono la vita economica: le merci, le persone, i servizi e i capitali. In mancanza di una simile visione unitaria, infatti, risulta difficile liberalizzare anche le sole transazioni commerciali.¹² Di conseguenza, la costruzione di un mercato unico nel quale siano pienamente

⁸ Alla nozione di «mercato unico» fa in particolare ricorso la Commissione nella sua comunicazione al Consiglio europeo del 4 giugno 1997, CSE (97) 1 def., contenente un «Piano d'azione per il mercato unico».

⁹ In questo senso si esprimono TESAURO, *Diritto comunitario* cit., p. 368; OLIVER, *Free Movement of Goods in the European Community*, London, 1996, p. 393 s.; MORTELMANS, *The Common Market, the Internal Market and the Single Market, what's in a Market*, in *Common Market Law Rev.*, 1998, p. 107 (che sottolinea fra l'altro come in certe lingue, ad esempio il tedesco, non esista neppure questa pluralità di espressioni); BARENTS, *The Internal Market Unlimited: Some Observations on the Legal Basis of Community Legislation*, in *Common Market Law Rev.*, 1993, p. 102 ss.; MOAVERO MILANESI, *Commercio intracomunitario*, in CHITI, GRECO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, parte speciale, tomo I, p. 466 s.; MARINI, *La libera circolazione delle merci*, in TIZZANO (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione europea*, Torino, 2000, tomo I, p. 170 nota 3.

¹⁰ L'espressione figura solo nel già citato art. 3 par. 2 (v. *supra* nota 4).

¹¹ L'espressione è la sola utilizzata in tutta la parte III («Le politiche e il funzionamento dell'Unione»). Si deve al riguardo osservare che il progetto presentato dalla Convenzione europea, pur senza apportare significative modifiche nella sostanza delle norme comunitarie, provvede certamente a riordinarle in modo chiaro e coerente, grazie soprattutto alla soppressione della suddivisione in tre pilastri. Così, è inserito nel titolo III («Politiche e azioni interne») un capo I dedicato al mercato interno nel quale sono ricondotte, con encomiabile sforzo sistematico, tutte le disposizioni del trattato CE pertinenti al mercato comune o interno. È appunto in tale sede che l'espressione «mercato comune» è rimpiazzata da quella «mercato interno» (v. in particolare le regole di concorrenza e l'art. III-64, che riproduce esattamente il contenuto dell'art. 94 tr. CE).

¹² Secondo la terminologia tradizionale, il commercio internazionale, ovvero il complesso delle transazioni commerciali internazionali, si suddivide in transazioni che hanno per oggetto dei beni (c.d. commercio visibile) e transazioni in servizi (c.d. commercio invisibile). L'insieme di queste transazioni compone la bilancia dei pagamenti correnti di uno Stato. Sul punto, v. CARREAU, JUILLARD, *Droit international économique*, 4ème éd., Paris, 1998, p. 313, ai quali si rinvia anche per considerazioni più generali su quanto esposto nel testo.

integrate le economie degli Stati membri poggia, secondo quanto disposto dal già menzionato art. 14 par. 2 tr. CE, sulla libera circolazione all'interno della Comunità di questi quattro fattori.¹³

Nell'ambito di questo lavoro, che ha per oggetto la disciplina dei contratti transfrontalieri di consumo, non saranno prese in esame tutte quattro le libertà di circolazione. Tra queste, infatti, solo quelle relative alle merci e ai servizi sembrano essere rilevanti per disciplina di questo genere di contratti,¹⁴ allorché la libera circolazione dei lavoratori subordinati - oggetto degli articoli 39-42 tr. CE - e la libera circolazione dei capitali e dei pagamenti (artt. 56-60 tr. CE) presentano invece poco o nessun interesse.¹⁵ D'altra parte, per la stessa ragione, la disamina di seguito condotta della libera circolazione delle merci e dei servizi non pretende affatto di essere esaustiva, bensì limitata ai soli aspetti di possibile interesse per i contratti di consumo transfrontaliero.

Per altro verso, dato il carattere generale delle considerazioni svolte in questo capitolo, l'analisi sarà giocoforza condotta con riguardo ai principi generali fissati dal Trattato, mentre non si terrà conto, se non marginalmente, del pur importante apparato normativo adottato dalle istituzioni comunitarie per dare piena attuazione a quei principi.

Un punto che merita attenzione particolare, e che si rivelerà d'altronde nodale per i successivi sviluppi di questo studio, concerne il ruolo centrale del mercato unico rispetto all'intero sistema giuridico-economico comunitario, che si può sintetizzare nell'efficace affermazione di autorevole dottrina italiana secondo la quale, «unitamente alle politiche c.d. di accompagnamento, cui è inscindibilmente connesso, il mercato interno è *il quadro giuridico complessivo, su scala europea,*

¹³ Ciò vale in particolar modo per il commercio transnazionale di servizi, strettamente connesso alla libertà di movimento delle persone e dei capitali. V. CARREAU, JUILLARD, *op. cit.*, p. 316 ss.

¹⁴ Le prime sono contenute negli artt. da 23 a 31 del trattato CE. Il commercio dei servizi, invece, costituisce nel diritto comunitario l'oggetto di due distinte libertà fondamentali: quella di stabilimento (artt. da 43 a 48 tr. CE), e quella di prestazione transfrontaliera di servizi (artt. da 49 a 55 tr. CE). Sui criteri distintivi tra queste due libertà, v. *infra* par. 5 e 6.

¹⁵ Sulla libera circolazione dei capitali e dei pagamenti, si veda in particolare MALATESTA, *Articoli 56-60*, in POCAR, *Commentario*, p. 287 ss.; BARAVITA, *Circolazione dei capitali e dei pagamenti*, in STROZZI (a cura di), *Diritto dell'Unione europea cit.*, p. 235 ss.; DANIELE, *Il diritto materiale cit.*, p. 131 ss.; TESAURO, *Diritto comunitario cit.*, p. 549 ss.

dello svolgimento dei rapporti economici».¹⁶ Fin dagli albori del processo di integrazione europea, infatti, la fusione dei mercati nazionali in un unico mercato comprensivo del territorio di tutti gli Stati membri ha rappresentato il principale obiettivo dell'azione comunitaria, in ciò peraltro rispecchiando chiaramente la piena adesione degli Stati membri al modello dell'economia di mercato fondata sul libero gioco della concorrenza. Così, in primo luogo, la Corte di giustizia ha affermato a più riprese che le disposizioni del trattato relative alle libertà di circolazione, le quali costituiscono il perno centrale della disciplina del mercato interno, sono norme fondamentali della Comunità, con la conseguenza che qualsiasi restrizione agli scambi commerciali intracomunitari è incompatibile con esse e, come tale, deve essere in linea di massima vietata.¹⁷ Per converso, se è vero che tanto il trattato quanto la giurisprudenza comunitaria riconoscono che esigenze di interesse generale - e di natura non puramente economica - possano prevalere, in ipotesi di conflitto, sull'obiettivo di liberalizzazione degli scambi, è altresì vero che ciò avviene solo a determinate condizioni e, in particolare, nei limiti dello stretto necessario.¹⁸

In secondo luogo, la centralità dell'obiettivo del mercato comune non è venuta meno in seguito alle varie modifiche al trattato di Roma, ma si è semmai consolidata. Da un lato, infatti, per quanto concerne il trattato comunitario, l'ampliamento della sfera di azione della Comunità, attraverso l'inclusione delle

¹⁶ TESAURO, *Diritto comunitario* cit., p. 372 (corsivo aggiunto). In senso concorde: CONDINANZI, NASCIMBENE, *La libera prestazione dei servizi e delle professioni in generale*, in TIZZANO (a cura di), *Il diritto privato* cit., p. 283; BEUTLER, BIEBER, PIPKORN, STREIL, WEILER, *L'Unione europea* cit., p. 57; COSTANTINESCO, *La constitution économique de la CEE*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 1977, p.246; PEDRAZZI, *Art. 2 CE*, in POCAR (diretto da), *Commentario breve ai trattati della Comunità e dell'Unione europea*, Padova, 2001 (d'ora in avanti: POCAR, *Commentario*), p. 91; MARINI, *La libera circolazione delle merci* cit., p. 170.

¹⁷ V. sentenze 13 dicembre 1989, in causa C-49/89, *Corsica Ferries France*, in *Raccolta* p. 4441 ss., punto 8; 15 febbraio 2000, in causa C-169/98, *Commissione c. Francia*, in *Raccolta*, p. I- ss. , punto 46. V. anche le recenti sentenze 12 giugno 2003, in causa C-112/00, *Schmidberger*, punto 51 ss., e 19 giugno 2003, in causa C-420/01, *Commissione c. Italia*, punto 24, non ancora pubblicate in *Raccolta*, che definiscono la libera circolazione delle merci come principio fondamentale della Comunità. La stessa formula ricorre spesso, inoltre, nella giurisprudenza in tema di libera prestazione dei servizi e ragioni imperative d'interesse generale: v. per tutte la sentenza 25 luglio 1991, in causa C-76/90, *Säger*, in *Raccolta* p. I-4221 ss., punto 15. Cfr. in dottrina, TESAURO, *Diritto comunitario* cit., p. 367 s.; DEFALQUE, in *Commentaire Mégret*, vol. 1, p. 202; WAELBROEK, *Le rôle de la Cour de justice*, in *Cahiers dr. eur.*, 1982, p. 347.

¹⁸ Sul punto, v. *infra* par. 11.

politiche c.d. di accompagnamento (tra le quali, appunto, quella di tutela del consumatore), lungi dal porsi in contrasto con il fine della liberalizzazione degli scambi, mira invece a rafforzarlo, consentendo alla Comunità di intervenire in relazione a quelle esigenze di interesse generale il cui soddisfacimento, nella misura in cui restava di esclusiva competenza degli Stati membri, rischiava di pregiudicarlo.¹⁹ Dall'altro lato, neppure la istituzione dell'Unione europea ha sminuito la rilevanza del mercato unico, sebbene vi abbia affiancato altri obiettivi – tra i quali la creazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia – tesi a far assumere all'integrazione europea caratteri più marcatamente politici.

Da ultimo deve considerarsi il progetto di Costituzione europea. In generale, invero, esso non sembra introdurre innovazioni sostanziali, ma limitarsi piuttosto a riordinare in modo più chiaro e sistematico il diritto vigente. Ciò facendo, tuttavia, il progetto sottolinea vivamente l'importanza del mercato unico – in misura financo maggiore rispetto al testo dei trattati vigenti – sia all'art. 3 («Obiettivi dell'Unione»), ove statuisce che «l'Unione offre ai suoi cittadini uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia senza frontiere interne e un mercato unico nel quale la concorrenza è libera e non distorta»,²⁰ sia anche all'art. 4, che definisce «fondamentali» la libera circolazione delle persone, delle merci, dei servizi e dei capitali e la libertà di stabilimento.

¹⁹ In questo senso, cfr. DANIELE, *Il diritto materiale* cit., p. 11, per il quale l'attuazione delle politiche e azioni comuni previste dall'art. 3 tr. CE mira a raggiungere l'obiettivo, certo secondario e strumentale rispetto ai fini di cui all'art. 2 tr. CE, dell'instaurazione del mercato comune. Sul rapporto tra la realizzazione del mercato interno e la politica di protezione del consumatore, si veda oltre al capitolo secondo.

²⁰ Dalla lettera della norma sembrerebbe evidente che i due obiettivi sono di pari rango. Ciò non significa però che essi debbano essere perseguiti autonomamente l'uno dall'altro, soprattutto con riguardo alle zone di intersezione tra le due materie, di cui è esempio per eccellenza la disciplina dei rapporti commerciali transfrontalieri. Opportunamente, pertanto, l'art. III-1 – il quale apre il titolo I («Clause di applicazione generale») della parte III del progetto – statuisce che «l'Unione assicura la coerenza tra le varie politiche e azioni di cui alla presente parte, tenendo conto dell'insieme degli obiettivi dell'Unione e in conformità del principio di attribuzione delle competenze», così codificando, a mio avviso, un generale principio di logica giuridica. Per più ampi sviluppi di questo punto, si rinvia al capitolo quarto.

2. I destinatari delle norme sul mercato interno.

Non vi è dubbio alcuno, innanzitutto, che le norme del trattato relative al mercato comune siano in generale dirette agli Stati membri, ai quali impongono il fondamentale divieto di causare restrizioni ingiustificate agli scambi transfrontalieri.

Deve ritenersi altrettanto certo, secondo una giurisprudenza costante della Corte di giustizia che trova il consenso della dottrina,²¹ che anche le istituzioni comunitarie siano tenute ad osservare i medesimi obblighi. Infatti, anche a non voler scorgere nel sistema giuridico comunitario un implicito principio gerarchico in forza del quale tutti gli atti adottati dalle istituzioni comunitarie (c.d. diritto comunitario derivato o secondario) in nessun caso potrebbero derogare al diritto c.d. primario complessivamente inteso - e segnatamente ai trattati istitutivi - poiché ciò si tradurrebbe in una violazione della fonte gerarchicamente sovraordinata, alla quale il ricorso in annullamento previsto dall'art. 230 tr. CE permetterebbe di porre rimedio sul piano giurisdizionale,²² sembra ad ogni modo pienamente assodato che i

²¹ Per la giurisprudenza comunitaria, v. per tutte le sentenze 9 agosto 1994, in causa C-51/93, *Meyhui*, in *Raccolta*, p. 3879 ss., punto 11; 11 luglio 1996, nelle cause riunite C-427/93, C-429/93, e C-436/93, *Bristol-Myers Squibb e altri*, in *Raccolta*, p. I-3457, punto 36; 25 giugno 1997, in causa C-114/96, *Kieffer e Thill*, in *Raccolta*, p. I-3629, punto 27; 13 settembre 2001, in causa C-169/99, *Schwarzkopf*, in *Raccolta*, p. I-5901, punto 37, nonché le due recenti sentenze rese il 20 maggio 2003, rispettivamente nelle cause C-469/00, *Grana Padano*, punto 86, e C-108/01, *Consorzio prosciutto di Parma*, punto 53, non ancora pubblicate in *Raccolta*. Osserva tuttavia BERNARD, *La libre circulation des marchandises, des personnes et des services dans le traité CE sous l'angle de la compétence*, in *Cahiers dr. eur.*, 1998, p. 29 ss., che la Corte di giustizia adotta un atteggiamento più cauto quando è in gioco la validità di atti comunitari che non quando si tratta di una misura nazionale, presupponendo evidentemente che siano le seconde, ben più che le prime, suscettibili di frazionare il mercato comune. Sebbene un simile ragionamento non convinca appieno, esso dimostra una volta di più, secondo l'A., che «la question-clef pour le droit de la libre circulation est celle du compartimentage du marché et non celle de la liberté commerciale». Cfr. TESAURO, *Diritto comunitario cit.*, pp. 135 e 377 s.; SNELL, ANDENAS, *Exploring the Outer Limits: Restrictions on the Free Movement of Goods and Services*, in ANDENAS, ROTH (eds.), *Services and Free Movement in EU*, Oxford, 2002, p. 101; DEFALQUE, in *Commentaire Mégret*, vol. 1, p. 220; GIMENO VERDEJO, *Art. 28*, in LÉGER, *Commentaire article par article des traités UE et CE*, Bruxelles, 2000 (d'ora in avanti: *Commentaire Léger*), p. 273. In senso contrario, sembrerebbe invece esprimersi MARINI, *La libera circolazione cit.*, p. 174.

²² Sul ricorso per annullamento, v. per tutti POCAR, *Diritto dell'Unione e delle Comunità europee*, 6^a ed., 2000, p. 192 ss., spec. p. 205; CONDINANZI, *Art. 230*, in POCAR, *Commentario*, p. 776 ss. Per l'opinione dottrinale riportata nel testo, v. GAJA, *Introduzione al diritto comunitario*, Bari, 1999, p. 96; CONDINANZI, *op. cit.*, p. 781; SIMON, *Le système juridique communautaire*, 2^{ème} éd., Paris, 1998, p. 211; MANIN, *Les Communautés européennes*, 5^{ème} éd., Paris, 1999, p. 306 ss.; BEUTLER, BIEBER, PIPKORN, STREIL, WEILER, *L'Unione europea cit.*, p. 279 s.; RIDEAU, *Droit institutionnel cit.*, p. 108. Ancora più espliciti VON BOGDANDY, BAST, *I poteri dell'Unione: una questione di*

principi fondamentali posti dai trattati, quali quelli della libera circolazione, non tollerino deroghe ingiustificate, neppure, se non soprattutto, da parte delle istituzioni comunitarie.²³

Ne consegue, dunque, che gli atti di diritto secondario non possono restringere o modificare la portata delle norme primarie sulle libertà di circolazione ovvero della giurisprudenza relativa a quelle stesse norme. Qualora si dovesse verificare una simile ipotesi, e sempreché ad essa non possa porsi rimedio sul piano della corretta interpretazione della norma derivata,²⁴ sussisterebbe innanzitutto un motivo per intentare il menzionato ricorso di legittimità; inoltre, soprattutto per quanto concerne i singoli il cui diritto alla libera circolazione fosse in concreto pregiudicato, vi sarebbe la possibilità di richiedere un pronunciamento in via pregiudiziale alla Corte di giustizia in base all'art. 234 tr. CE perché dichiari l'invalidità dell'atto comunitario in questione.²⁵

competenza. L'ordine verticale delle competenze e proposte per la sua riforma, in *Riv. It. Dir. Pubbl. comunitario*, 2002, p. 306 s., secondo i quali la sottoposizione degli atti delle istituzioni al rispetto dei trattati sarebbe l'espressione di un principio di legalità costituzionale negativa (definito come «principio fondamentale del diritto costituzionale europeo»), il quale si manifesta anche in senso positivo nell'obbligo per qualsiasi atto comunitario secondario di avere una base giuridica riconducibile ai trattati istitutivi. Per TESAURO, *Eguaglianza e legalità nel diritto comunitario*, in *Dir. Un. Eur.*, 1999, p. 9, invece, «se c'è sicuramente una semplice distinzione o geometria di principio tra le norme del Trattato da una parte e ... tutte le altre di livello inferiore dall'altro, è altresì vero che, al di là di questo generico spartiacque, è almeno formalmente assente una chiara gerarchia delle fonti, quale invece si ritrova negli ordinamenti nazionali». sull'assenza allo stato attuale di un ordine gerarchico nell'ambito soprattutto delle fonti di diritto secondario, oltre che per una chiara definizione del concetto di gerarchia, v. TIZZANO, *La hiérarchie des normes communautaires*, in *Rev. marché unique eur.*, 1995, p. 219 ss.

²³ E' questo un punto fondamentale ai fini di questo lavoro, in quanto avrebbe poco senso parlare di compatibilità delle norme di diritto internazionale privato adottate dalle istituzioni comunitarie con i principi del mercato interno, se non si partisse dall'assunto che il rispetto di questi s'impone anche al legislatore comunitario. Sull'argomento cfr. BARIATTI, *Restrictions resulting from the EC Treaty's Free Movement Provisions for Brussels I and Rome I*, rapporto presentato al seminario tenutosi ad Anversa il 26-27 settembre 2003 sul tema «Enforcement of International Contracts in the European Union. Convergence and divergence between "Brussels I" and "Rome I"».

²⁴ E' noto, infatti, che la Corte di giustizia ha accolto il criterio ermeneutico dell'interpretazione delle norme secondarie in senso quanto più conforme al trattato: «allorché una norma di diritto derivato comunitario ammetta più di una interpretazione, si deve dare la preferenza a quella che renda la norma stessa conforme al trattato rispetto a quella che porti a constatare la sua incompatibilità col trattato stesso». Così, ad esempio le norme di una direttiva non devono essere interpretate isolatamente, dovendosi invece esaminare se i requisiti da esse posti siano o meno in contrasto con le disposizioni del trattato e far riferimento all'esito di tale esame ai fini dell'interpretazione della direttiva. V. sentenza 4 dicembre 1986, in causa 205/84, *Comm. c. Germania*, in *Raccolta*, p.3755 ss., punto 62

²⁵ Per POCAR, *Diritto dell'Unione* cit., p. 363 s., il meccanismo del rinvio pregiudiziale viene in tali casi «a concedere, di fatto, un rimedio giurisdizionale contro gli atti comunitari, ulteriore rispetto a

Il comportamento dei soggetti privati esula invece dall'ambito di applicazione delle norme sulla libera circolazione. Secondo l'orientamento largamente prevalente, infatti, tali norme non pongono nessun obbligo in capo agli individui.²⁶ Con ciò non si vuole sostenere che l'azione dei privati non possa essere idonea a creare ostacoli al commercio intracomunitario; anzi, a volte, essa può rivelarsi anche più efficace di misure protezioniste adottate dagli Stati. Ad esempio, le imprese di uno Stato membro potrebbero accordarsi per non ricevere forniture da imprese di uno o più altri Stati membri; oppure un'impresa stabilita in uno Stato membro che offra beni o servizi tramite Internet potrebbe non voler contrarre con i consumatori residenti in un altro Stato membro, a motivo in particolare del carattere fortemente protettivo della legislazione di tale Stato; o ancora, un'associazione rappresentativa degli interessi dei consumatori potrebbe lanciare una campagna denigratoria nei confronti dei prodotti stranieri. Ciononostante, tali comportamenti non sono vietati dai principi di libera di circolazione.

La *ratio* di questa scelta compiuta dal trattato CE risiede nel fatto che la fattispecie in esame trova una più congrua disciplina in altre disposizioni, quali i divieti di intese restrittive della libera concorrenza o dell'abuso di posizione dominante posti dagli articoli 81 e 82 tr. CE. Neppure queste, tuttavia, coprono ogni comportamento posto in essere dai privati. In particolare, esse non sanzionano il comportamento individuale di un'impresa se non nel caso in cui essa occupi una

quello previsto dall'art. 230, che costituisce una tutela indiretta che si aggiunge a quella contemplata da tale articolo».

²⁶ V. *inter alia* le sentenze 1984, nelle cause riunite 177 e 178/82, *Van de Haar*, in *Raccolta*, p. 1797; 1° ottobre 1987, in causa 311/85, *ASBL Vereniging van Vlaamse Reisbureaus*, in *Raccolta*, p. 3801. In dottrina, v. per tutti WEATHERILL, BEAUMONT, *EC Law*, 2nd ed., London, 1995, p. 449 s.; FALLON, *Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré. L'expérience de la Communauté européenne*, in *Recueil des cours*, t. 253, 1995, p. 51 s.; TESAURO, *Diritto comunitario cit.*, p. 377 s.; OLIVER, *Free Movement of Goods cit.*, p. 56 ss. e 87 s.; DEFALQUE, in *Commentaire Mégret*, p. 223. ciò non esclude che uno Stato membro possa eventualmente essere ritenuto responsabile per omissione, quando non abbia adottato «i provvedimenti sufficienti a impedire ostacoli alla libera circolazione delle merci, creati in particolare da atti di privati sul suo territorio contro prodotti originari di altri Stati membri»: sentenze 9 dicembre 1997, in causa C-265/95, *Commissione c. Francia*, in *Raccolta*, p. I- 6959, punto 31; 12 giugno 2003, in causa C-112/00, *Schmidberger cit.*, punto 58. Per la dottrina che si interroga sulla possibilità di fare rientrare anche l'attività dei privati nel quadro delle libertà di circolazione, v. BAQUERO CRUZ, *Free Movement and Private Autonomy*, in *Eur. Law Rev.*, 1999, p. 603 ss.; MILNER-MOORE, *The Accountability of Private Parties under the Free Movement of Goods Principle*, Harvard Jean Monnet Working Paper, 1995.

posizione dominante nel mercato considerato; sicché, nell'esempio poc'anzi fatto, la scelta di un'impresa di non commercializzare i suoi prodotti in alcuni Stati membri appare in linea di massima legittima, a meno che essa non concretizzi una violazione del fondamentale principio di non discriminazione in base alla cittadinanza posto dall'art. 12 tr. CE.²⁷ Sfugge inoltre a tali norme, a più forte ragione, la condotta di soggetti non imprenditoriali, quali appunto le associazioni dei consumatori.

3. (segue): *i soggetti privati come titolari di un diritto alla libera circolazione.*

Da quanto detto sopra, non si deve inferire che le norme comunitarie relative alle libertà di circolazione non siano suscettibili di produrre effetto alcuno nella sfera giuridica soggettiva dei singoli. Al contrario, dalla diretta applicabilità che accompagna queste norme del trattato deriva, in primo luogo, il riconoscimento ai singoli della titolarità di posizioni giuridiche soggettive che le giurisdizioni nazionali sono chiamate a fare rispettare, nell'assolvimento del loro compito di garantire l'applicazione del diritto comunitario.²⁸ È questo uno dei più significativi tra i caratteri dell'ordinamento comunitario, ma soprattutto una delle ripercussioni di maggiore rilievo concreto della teoria dell'effetto diretto, almeno per quanto concerne la sfera giuridica dei privati. Sotto questo profilo, quindi, non sarebbe esagerato affermare che le libertà di circolazione, oltre che principi fondanti

²⁷ In questo senso, WEATHERILL, BEAUMONT, *EC Law* cit., p. 450. Si noti, infatti, che tale norma di principio ha un ambito di applicazione residuale rispetto alle altre disposizioni del trattato che ne costituiscono un'applicazione particolare, come appunto le libertà di circolazione. Tuttavia, pur ammettendo che tale principio obblighi anche i singoli, appare quantomeno dubbio che esso possa valere in funzione di limite all'autonomia contrattuale delle parti. Cfr. BEUTLER, BIEBER, PIPKORN, STREIL, WEILER, *L'Unione europea* cit., p. 284 s.

²⁸ La diretta applicabilità delle libertà di circolazione è ormai un dato positivo assodato. V. segnatamente le sentenze 22 marzo 1977, in causa 74/76, *Iannelli e Volpi*, in *Raccolta*, p. 557, punto 13 (riguardo l'art. 28 tr. CE); 9 giugno 1992, in causa C-47/90, *Delhaize*, in *Raccolta*, p. I-3669 (art. 29 tr. CE); 1° giugno 1974, in causa 2/74, *Reyners*, in *Raccolta*, p. 631 (art. 43 tr. CE); 3 dicembre 1974, in causa 33/74, *Van Binsbergen*, in *Raccolta*, p. 1299 (art. 49). Sul punto, v. LUZZATTO, *La diretta applicabilità nel diritto comunitario*, 3° ed., Milano, 1983, p. 75 ss. Cfr. inoltre ROSSI, *I cittadini*, in TIZZANO (a cura di), *Il diritto privato* cit., p. 100 ss., che qualifica esplicitamente le libertà fondamentali come «diritti fondamentali» dell'individuo, «per così dire originari, cioè direttamente tutelati» dall'ordinamento comunitario, distinguendoli così dai diritti fondamentali che «derivano dagli ordinamenti degli Stati membri o da fonti internazionali che l'ordinamento comunitario riconosce e protegge nell'ambito delle proprie competenze».

dell'ordinamento comunitario, rappresentino dei diritti soggettivi degli individui che in tale ordinamento trovano direttamente fondamento.

In secondo luogo, si pone il problema della portata della diretta efficacia delle norme comunitarie in oggetto. Si è visto che da tali norme non discende nessun obbligo in capo ai soggetti privati: la loro condotta, pur se materialmente idonea a ostacolare il libero commercio intracomunitario, non può essere sanzionata in base ai divieti comunitari di restrizione poiché non ne costituisce l'oggetto, la fattispecie disciplinata. Oggetto di questi divieti è, infatti, solo ed esclusivamente il comportamento degli Stati, o delle istituzioni comunitarie. Per converso, i singoli traggono da queste norme una posizione giuridica di vantaggio, quale «contropartita» degli obblighi imposti agli Stati membri, nel senso che al divieto chiaro e incondizionato di porre restrizioni agli scambi transfrontalieri corrisponde un diritto del singolo alla sua osservanza.²⁹ Oggetto della pretesa del singolo è dunque il rispetto della norma comunitaria, ossia la disapplicazione di ogni misura nazionale incompatibile.

Con riguardo all'aspetto squisitamente processuale della vicenda, ci si deve perciò chiedere se il singolo sia legittimato a far valere detta pretesa dinanzi ai giudici nazionali solo nelle controversie che lo contrappongono allo Stato, oppure anche in controversie tra privati. La questione non è priva di rilevanza pratica, soprattutto se si considera che anche le norme che disciplinano i rapporti privatistici, e che quindi trovano applicazione essenzialmente in cause civili, rientrano nella nozione comunitaria di restrizione alle libertà fondamentali.³⁰ Si faccia l'esempio di un'azione intentata in Belgio da un mediatore francese verso un consumatore belga; il primo chiede il pagamento delle provvigioni dovute in base a un contratto, mentre il secondo eccepisce la nullità del contratto stesso per contrarietà alle norme imperative belghe che esigono l'iscrizione a un albo professionale per l'esercizio della professione di mediatore in Belgio. Ebbene, si deve ritenere che in simili circostanze il giudice belga non possa sottoporre le

²⁹ Cfr. TESAURO, *Diritto comunitario* cit., p. 165 s.

³⁰ Sulla nozione di «restrizione» v. *infra*, par. 7 ss. per quanto riguarda più specificamente le norme di diritto privato come causa di ostacolo agli scambi intracomunitari, v. capitolo secondo, par. 7.

norme interne al vaglio di compatibilità con i principi di libera circolazione, allorché vi sarebbe tenuto se il mediatore francese avesse agito direttamente contro l'amministrazione belga?

Parte della dottrina sembrerebbe affrontare la questione utilizzando gli strumenti concettuali elaborati dalla giurisprudenza comunitaria per riconoscere la diretta efficacia delle direttive non attuate, ma limitatamente ai rapporti «verticali» tra individuo e Stato membro. Viceversa, poiché dalle disposizioni di una direttiva non può discendere, immediatamente, nessun obbligo in capo a un singolo, dette disposizioni non possono essere invocate nei rapporti tra individui. La direttiva, in altri termini, non produce «effetti orizzontali». Alla stessa stregua, pertanto, all'opinione difesa da alcuni, secondo cui le libertà di circolazione sarebbero produttive di effetti diretti tanto in senso verticale che orizzontale,³¹ altri hanno opposto che l'efficacia orizzontale non potrebbe essere ammessa, a meno di non volere includere i singoli tra i destinatari dei divieti di restrizioni.³²

Ora, fermo restando che le libertà fondamentali non pongono obblighi relativi alla condotta dei privati, la seconda tesi non appare convincente nella misura in cui sembra escludere la possibilità per il singolo di far valere le libertà comunitarie anche nell'ambito di una causa civile. In particolare, non convince l'asserito nesso logico tra, da un canto, il fatto che solo gli Stati siano tenuti a rispettare le norme sulle libertà di circolazione e, d'altro canto, il fatto che solo nelle cause verso

³¹ In questo senso DANIELE, *Il diritto materiale* cit., p. 35 s.; HAGNER, *Les particuliers et l'ordre juridique communautaire: l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes*, Genève, 2003, p. 61 s.; MANIN, *Les Communautés européennes* cit., p. 315 s.; MARINI, *Libera circolazione* cit., p. 174 s.; VOINOT, *Le droit communautaire et l'inopposabilité aux particuliers des règles techniques nationales*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 2003, p. 104. V. inoltre ADAM, *Le fonti comunitarie*, in TIZZANO (a cura di), *Il diritto privato* cit., p. 50; GAJA, *Introduzione al diritto comunitario* cit., p. 100.

³² Così SIMON, *Le système juridique communautaire* cit., p. 271, il quale, pur distinguendo tra le disposizioni a effetto diretto orizzontale contenute nel trattato, da un lato quelle «visant explicitement les personnes privées comme destinataires des obligations qu'elles énoncent», e dall'altro quelle che «sans avoir les particuliers pour destinataires, mettent à leur charge des obligations qui leur sont opposables de la part des bénéficiaires des droits créés directement par le droit communautaire», esclude espressamente che gli artt. 28, 29, 43 e 49 tr. CE rientrino nell'uno o nell'altro gruppo. Conforme DEFALQUE, in *Commentaire Mégret*, vol. 1, p. 204. Contraddittoria invece la posizione della LANQ, che nega la diretta applicabilità dell'art. 28 tr. CE, ma la riconosce, senza motivazione alcuna, all'art. 29 (in POCAR, *Commentario*, rispettivamente *Art. 28 CE*, p. 153 e *Art. 29 CE*, p. 161). Cfr. infine OLIVER, *Free Movement of Goods* cit., p. 56 s.

l'amministrazione pubblica tali norme possano essere fatte valere. Sussistono al contrario almeno due ordini di motivi per negare un tale nesso.³³

In primo luogo, il ragionamento seguito dalla Corte di giustizia per affermare l'effetto diretto delle direttive, negandolo a un tempo nei rapporti orizzontali, non sembra trasponibile *de plano* alle norme sulla libera circolazione. Tale ragionamento, come è noto, si fonda su due argomenti. Secondo il primo, l'art. 249 tr. CE attribuisce natura cogente alle direttive, obbligando gli Stati membri ad attuare, nei termini prescritti, le misure di esecuzione imposte dalle direttive stesse. È su questo effetto obbligatorio della direttiva verso lo Stato dunque che, in caso di non tempestiva attuazione, si fonda il diritto del singolo d'invocarne le disposizioni, incondizionate e sufficientemente precise, nei confronti dello Stato stesso (effetto c.d. «verticale»)³⁴. Oggetto di tale pretesa è, infatti, la mancata attuazione della direttiva. Al contrario, il singolo non potrebbe far valere nessuna pretesa verso altri singoli, poiché la direttiva non può creare obblighi in capo ad essi, se non «mediatamente», ossia per il tramite delle norme nazionali di trasposizione (effetto c.d. «orizzontale»)³⁵.

Il secondo argomento rivela l'intento evidentemente sanzionatorio della posizione assunta dalla Corte. Questa invero sottolinea a più riprese che lo Stato inadempiente non può opporre ai privati la sua inottemperanza agli obblighi imposti dalla direttiva; o, in termini ancora più espliciti, che occorre «evitare che uno Stato possa trarre vantaggio dalla sua trasgressione del diritto comunitario».³⁶

Ora, non sembra che questi argomenti possano valere per le norme sulla libera circolazione. A differenza delle direttive, infatti, queste impongono agli Stati membri non tanto l'obbligo di porre in essere misure di esecuzione, quanto piuttosto il dovere di astenersi dal mantenere o introdurre misure suscettibili di ostacolare il

³³ Assume una posizione vicina a quella sostenuta nel testo, BAQUERO CRUZ, *Free Movement and Private Autonomy* cit., p. 604 s.

³⁴ Per quest'argomentazione, v. per tutte le sentenze 26 febbraio 1986, in causa 152/84, *Marshall*, in *Raccolta*, p. 723 ss.; 8 ottobre 1987, in causa 80/86, *Nijmegen BV*, in *Raccolta*, p. 3969 ss.; 14 luglio 1994, in causa C-91/92, *Faccini Dori*, in *Raccolta*, p. I-3325 ss.

³⁵ Sentenza *Marshall* cit., punto 48.

³⁶ Ancora la sentenza *Marshall* cit., punti 47 e 49. In dottrina, cfr. TESAURO, *Diritto comunitario* cit., p. 171, il quale non manca di rilevare che «l'effetto diretto è stato concepito ed in fatto è una vera e propria sanzione per gli Stati inadempienti». In termini simili, GAJA, *Introduzione al diritto comunitario* cit., p. 111; ADAM, *Le fonti comunitarie* cit., p. 62.

commercio intracomunitario. In particolare, poi, con riguardo al compito dei giudici nazionali di dare attuazione al diritto comunitario, con prevalenza sulle norme nazionali incompatibili con quello, l'effetto diretto delle libertà di circolazione importa il dovere dell'organo giudicante, cui corrisponde un diritto del singolo, di disapplicare tutte le norme nazionali che possano, nel caso di specie, avere un effetto restrittivo.³⁷ In tale contesto, dunque, è del tutto irrilevante che la controversia di cui il giudice sia investito abbia ad oggetto un rapporto di diritto privato, giacché il singolo che invoca la libertà di circolazione non fa valere nessun obbligo della controparte, ma sempre e comunque un obbligo dello Stato, come «ente gestore del proprio sistema giuridico».³⁸ In caso contrario, d'altronde, verrebbe seriamente pregiudicata l'esigenza, più volte ribadita dalla Corte di giustizia, di assicurare l'effetto utile e l'applicazione uniforme del diritto comunitario.

In secondo luogo, a favore della tesi qui difesa sembra deporre la prassi giurisprudenziale. Infatti, non mi consta che la Corte di giustizia abbia mai rigettato il ricorso in via pregiudiziale ex art. 234 tr. CE nei pur numerosi casi nei quali esso sia stato sollevato nell'ambito di controversie civilistiche. Analogo atteggiamento è stato inoltre adottato dalle giurisdizioni nazionali.³⁹

³⁷ Particolarmente illuminanti mi sembrano al riguardo le osservazioni di LUZZATTO, *La diretta applicabilità* cit., p. 91 ss., in ordine alla diretta applicabilità degli artt. 81 e 82 tr. CE. L'A. distingue innanzitutto l'applicazione delle norme comunitarie aventi effetti diretti nel settore delle libertà economiche fondamentali da quella delle regole di concorrenza applicabili alle imprese. In relazione a queste ultime, in particolare, si afferma che il diritto del singolo verso lo Stato non riguarda l'oggetto del rapporto concorrenziale, ossia i diritti ed obblighi ad esso correlati, e facenti capo esclusivamente alle imprese. «Tale diritto si esercita nei confronti dello Stato *come ente gestore del proprio sistema giuridico, ed ha per contenuto l'applicazione delle norme del Trattato e la disapplicazione di qualsiasi principio contrastante con queste*». In altri termini, il ricorso alla nozione di applicabilità diretta a proposito di queste norme «configura un'ipotesi di *diritto che trae origine nel sistema comunitario, a favore di un privato verso lo Stato, che si concreta nella pretesa che quest'ultimo garantisca l'attuazione di un rapporto giuridico fra i privati nell'osservanza di determinati principi comunitari*». (corsivo aggiunto).

³⁸ Così, parafrasando LUZZATTO, *op. cit.* è appena il caso di ricordare, al riguardo, che l'obbligo affermato nel testo investe il giudice non solo con riguardo al diritto interno, ma altresì nelle ipotesi in cui egli debba risolvere la controversia in base alla legge straniera richiamata dalle sue norme di conflitto.

³⁹ Per alcuni esempi, v. *infra* par. 6.

4. L'ambito di applicazione delle libertà di circolazione.

Come si è già accennato, l'esame qui di seguito condotto della disciplina comunitaria delle libertà di circolazione all'interno della Comunità riguarda essenzialmente i fondamentali divieti di restrizioni allo svolgimento transfrontaliero dell'attività economica imposti dal trattato comunitario agli Stati membri – oltre che, come si è visto, alle stesse istituzioni comunitarie – e si propone di accertare se e in che misura essi possano assumere rilievo per la regolamentazione internazionalprivatistica dei contratti transnazionali di consumo. Vengono così in rilievo, alcune cruciali disposizioni del trattato, e segnatamente: gli articoli 28 e 29, che vietano le restrizioni quantitative, rispettivamente, all'importazione e all'esportazione di merci, nonché tutte le misure di effetto equivalente; l'art. 43, che vieta le restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro; l'art. 49, infine, che vieta le restrizioni alla libera prestazione dei servizi all'interno della Comunità nei confronti dei cittadini degli Stati membri stabiliti in un paese della Comunità che non sia quello del destinatario della prestazione.

Preliminare all'analisi del contenuto materiale di queste norme, alla luce soprattutto dell'interpretazione evolutiva datane dalla Corte di giustizia, è la definizione del loro rispettivo ambito di applicazione. A tal uopo, le summenzionate disposizioni comunitarie devono essere analizzate separatamente. Infatti, come testimonia il fatto stesso che sono previste «diverse» libertà di circolazione, il trattato non pone una disciplina unica e omogenea dello svolgimento dell'attività economica all'interno della Comunità. Certo, è ben vero che le diverse libertà fondamentali si compongono tra loro in maniera complementare, in modo tale da coprire complessivamente ogni aspetto dell'esercizio transfrontaliero delle attività economicamente rilevanti. È inoltre vero che, allo stato attuale, la Corte di giustizia sembra avere esteso a tutte le libertà fondamentali l'approccio interpretativo teso a superare la dimensione puramente discriminatoria della nozione di ostacolo al commercio transfrontaliero, inizialmente affermato solo con riguardo alla libera

circolazione delle merci.⁴⁰ Ciononostante, la giurisprudenza comunitaria applica tuttora ciascuna libertà in maniera autonoma e alternativa rispetto alle altre.⁴¹ Inoltre, l'adozione di un approccio interpretativo tendenzialmente unitario non esclude affatto la permanenza di differenze, anche rilevanti, nella valutazione dell'effetto restrittivo di una normativa nazionale rispetto all'una o all'altra libertà di circolazione.

In realtà, occorre tener conto del fatto che l'espressa previsione di diversi regimi di circolazione, ciascuno con una propria natura e funzione, riflette le diverse sfaccettature, e la relativa diversità di problemi, cui l'integrazione delle economie nazionali deve fare fronte. La circolazione transfrontaliera dei prodotti, per esempio, incontra ostacoli di natura diversa - e mette altresì in gioco interessi diversi - che non la circolazione dei lavoratori, delle società o dei capitali; ancora, l'ipotesi di una società che crei una presenza permanente in un altro Stato membro è ben diversa da quella di avvocato tedesco che si rechi in Italia per la difesa in giudizio di un cliente tedesco (o anche di altro Stato membro); e infine, la fornitura di un servizio - ma anche di un bene - a distanza, ad esempio grazie alle tecnologie elettroniche, è a sua volta fattispecie diversa non solo dalle ipotesi di prestazione di servizi appena menzionate, ma anche e a maggior ragione da quella di un

⁴⁰ Come si vedrà al paragrafo 9, infatti, la giurisprudenza comunitaria si è evoluta da una *purely discrimination-based reading* a una *restriction-based reading* delle disposizioni che sanciscono i divieti di restrizioni alle libertà di circolazione. Le summenzionate espressioni, di particolare incisività espressiva, sono di WOUTERS, *Conflict of Laws and the Single Market for Financial Services*, in *Maastricht Journal Eur. Comp. Law*, 1997, pp. 161 ss. e 284 ss., a p. 191.

⁴¹ L'applicazione di una libertà, pertanto, dovrebbe escludere la rilevanza delle altre per la medesima situazione. A tal riguardo, può osservarsi un certo criterio di preferenza nell'applicazione delle diverse libertà di circolazione. Ad esempio, l'applicazione della libertà di stabilimento, come di quella di prestazione dei servizi, ha precedenza sul libero movimento dei capitali (sentenza 21 novembre 2002, in causa C-436/00, *Riksskatteverket*, non ancora pubblicata in *Raccolta*). Quanto al confine tra libera prestazione dei servizi, a fronte del carattere subordinato di questa rispetto alle altre libertà, sancito dal Trattato stesso, la Corte di giustizia sembra accogliere una posizione diversa in particolare, non sono pochi i casi in cui la Corte applica le disposizioni in tema di libera prestazione dei servizi a ipotesi già valutate sotto il profilo della compatibilità con la libera circolazione delle merci. Questo indirizzo potrebbe in parte trovare una spiegazione nella diversa portata interpretativa data dalla Corte alla nozione di restrizione, soprattutto a seguito della giurisprudenza *Keck*. Si vedano in particolare le sentenze 9 luglio 1997, nelle cause riunite da C-34/95 a C-36/95, *De Agostini e TV-Shop*, in *Raccolta*, p. I-3843 ss.; 28 novembre 1999, in causa C-6/98, in *Raccolta*, p. I-7599 ss. Sul tema dell'applicazione cumulativa o reciprocamente esclusiva delle quattro libertà, v. HATZOPOULOS, *Recent Developments of the Case Law of the ECJ in the Field of Services*, in *Common Market Law Rev.*, 2000 p. 52 ss.

commerciante nazionale che venda a consumatori dello stesso Stato beni importati dall'estero.

Insomma, l'idea di un mercato unico europeo al cui interno l'attività economica possa liberamente espletarsi in tutte le sue possibili forme, senza che a ciò debba ostare l'esistenza dei diversi ordinamenti giuridici nazionali (e quindi di diverse discipline del commercio e delle attività produttive), abbraccia una gamma di situazioni differenti, ciascuna delle quali pone conseguentemente problemi diversi. Da qui, la necessità di affrontarli separatamente attraverso la previsione di diversi regimi di libertà, ciascuno con la «funzione» di superare determinate categorie di ostacoli. Questo approccio differenziato - che dovrebbe d'altronde caratterizzare anche l'applicazione delle norme comunitarie, rifuggendo da eccessivi formalismi - trova affermazione in primo luogo nella messa in atto di più libertà di circolazione.⁴² Ciascuna, dunque, ha un proprio ambito di applicazione che riflette, in una certa misura, la diversità di situazioni e di problemi cui si è accennato.

Al fine di definire l'ambito di ciascuna libertà soccorrono due ordini di criteri. Il primo attiene alla sfera materiale o sostanziale di ciascuna libertà. Esso assolve, dunque, al compito di determinare l'applicazione, in linea di massima esclusiva, dell'uno o dell'altro regime di libertà. Il secondo criterio, logicamente successivo, è invece di ordine spaziale o territoriale. Esso conferisce al commercio intracomunitario una doppia dimensione. La prima, che possiamo definire «esterna», permette di individuare quali operazioni economiche transnazionali possano essere al contempo definite «intracomunitarie», in opposizione alle operazioni che, pur se transnazionali, siano tuttavia esterne al mercato unico; la seconda, quella «interna», mira invece a qualificare il commercio tra Stati membri come complesso di operazioni che presentano collegamenti con più Stati membri, escludendo così tutte le fattispecie puramente interne ad uno degli Stati membri.⁴³

⁴² Cfr. WOUTERS, *Conflict of Laws and the Single Market* cit., p. 196.

⁴³ FALLON, *Les conflits de lois et de juridictions* cit., p. 38 ss., riconduce ai criteri di delimitazione della sfera delle libertà di circolazione anche quello attinente alla natura del comportamento in causa, ossia all'esistenza o meno di «un'entrave aux échanges». Spiega l'A. che «Ce concept relève bien de la définition de l'hypothèse de la règle de droit plutôt que du dispositif de celui-ci, car sa vérification

5. I criteri distintivi delle diverse libertà di circolazione dal punto di vista materiale.

Nel disegno del trattato CE, l'insieme degli scambi economici tra gli Stati membri, così come i flussi transfrontalieri dei fattori di produzione quali i lavoratori e i capitali, deve trovare disciplina nelle norme sulla libera circolazione. La definizione del rispettivo ambito di applicazione *ratione materiae* di ciascuna libertà, soprattutto in riferimento alla categoria delle transazioni concluse con i consumatori, non è operazione agevole. Infatti, il trattato non distingue né a seconda del tipo economico di transazione, né tantomeno in base alle classiche categorie giuridiche del diritto contrattuale. Ciononostante, si può ragionevolmente ritenere, soprattutto in base alle indicazioni fornite dalla Corte di giustizia, che i contratti di consumo siano principalmente interessati dalle libertà di circolazione delle merci e dei servizi.

Come si è già anticipato, ciascun regime tende ad applicarsi ad esclusione degli altri e pertanto conosce una propria, definita, sfera materiale di applicazione. È il caso però di osservare che i criteri che soccorrono al riguardo non possono e non devono operare in modo rigido, ma devono essere invece utilizzati con l'elasticità necessaria a far fronte alla diversità di situazioni e di problemi ai quali l'interprete deve confrontarsi. In questo senso, d'altra parte, pur con le incertezze connaturate all'approccio casistico, sembra potersi leggere la giurisprudenza della Corte di giustizia.

In primo luogo, il complesso degli scambi di merci tra Stati membri, tradizionalmente definito come «commercio visibile», forma l'oggetto del titolo I della parte terza del trattato istitutivo della Comunità europea. Vi rientrano, in linea di principio, tutte le transazioni che abbiano per oggetto il trasferimento della

dans une espèce déterminée n'implique pas nécessairement une déclaration d'incompatibilité avec le Traité: il est entraves admissibles au regard de l'état actuel du droit communautaire». Se è vero, infatti, che la negazione di effetti restrittivi comporta l'inapplicabilità delle norme comunitarie, ciò tuttavia non avviene che in un secondo momento, allorché si è positivamente risolta la questione dell'applicabilità delle norme comunitarie *ratione materiae et personae*. Inoltre, per poter negare l'effetto restrittivo sugli scambi di una misura, l'interprete deve necessariamente valutarla alla luce del diritto comunitario, il che si concreta, in definitiva, nell'applicazione di quest'ultimo.

proprietà di (o l'obbligazione di dare) un bene materiale avente valore economico.⁴⁴ La portata estensiva di questa definizione è stata parzialmente attenuata dalla giurisprudenza della Corte di giustizia. Così, in primo luogo, devono ritenersi esclusi i beni immobili, la cui alienazione è considerata dal diritto comunitario come movimento di capitali.⁴⁵ Sono inoltre escluse le transazioni relative a titoli rappresentativi di una prestazione diversa da quella di consegna di una merce.⁴⁶

È infine il caso di precisare che la qualifica, professionale o non, dello scambio transfrontaliero di beni non incide sull'ambito di applicazione del diritto comunitario. Esso comprende dunque anche le ipotesi in cui un consumatore si rechi in un altro Stato membro per acquistarsi dei beni, presso un altro privato o presso un operatore commerciale.⁴⁷

Il commercio c.d. «invisibile», ossia le transazioni che hanno per oggetto la prestazione di servizi, può a sua volta rientrare nell'ambito del capo 2 («il diritto di stabilimento»), o del capo 3 («i servizi») del titolo III della parte terza del trattato. La differenza tra i due regimi consiste nell'intensità del legame che sussiste tra il prestatore del servizio e lo Stato membro in cui questo è erogato. Un operatore economico esercita, infatti, la libertà di stabilimento allorché lo svolgimento di un'attività, autonoma ed economicamente rilevante, in uno Stato membro diverso da quello di origine si concreti nella creazione (o nel trasferimento) di una presenza

⁴⁴ Per la Corte di giustizia, infatti, per «merce» s'intende qualsiasi prodotto valutabile in denaro e per ciò stesso idoneo a essere l'oggetto di una transazione commerciale. Così la sentenza 10 dicembre 1968, causa 7/68, *Comm. c. Italia*, in *Raccolta*, p. 561 ss., punto 1. Quanto all'oggetto del contratto, nella recente sentenza 21 marzo 2002, in causa C-451/99, *Cura Anlagen*, punto 18, la Corte ha affermato che un contratto di *leasing* di autoveicoli non costituisce una fornitura di beni, ma una prestazione di servizi, poiché esso «consiste in una prestazione economica fornita dietro corrispettivo. Il fatto che tale attività implichi la consegna di merci da parte del concedente all'utilizzatore, nella fattispecie un veicolo, non può inficiare tale qualificazione, in quanto la fornitura non riguarda tanto le merci in sé stesse, quanto il loro uso da parte dell'utilizzatore, poiché tali merci restano di proprietà del concedente» (corsivo aggiunto).

⁴⁵ Sentenza 5 marzo 2002, nelle cause riunite C-515/99 e altri, *Reisch e altri*, punti 28 s.

⁴⁶ Le azioni di una società, infatti, o altri titoli di credito, ricadono nella libera circolazione dei capitali. Invece, laddove il documento sia rappresentativo del diritto alla prestazione di un servizio, come ad esempio il biglietto di una lotteria, l'operazione rientrerà nell'ambito della libera circolazione dei servizi. Cfr. sentenze 21 ottobre 1999, in causa C-97/98, *Jägerskiöld*, in *Raccolta*, p. I-7319 ss., punto 33 ss. Ovviamente, l'espressione «titoli rappresentativi» non è qui utilizzata in stretto senso giuridico.

⁴⁷ V. da ultimo sentenza 2 ottobre 2003, in causa C-12/02, *Grilli*, non ancora pubblicata in *Raccolta*. Cfr. DEFALQUE, in *Commentaire Mégret*, p. 220; OLIVER, *Free Movement of Goods* cit., p. 24 s.

stabile e permanente.⁴⁸ Si distingue perciò, sotto tal profilo, uno stabilimento a titolo principale, o a titolo secondario.⁴⁹ Viceversa, ogniqualvolta che un operatore presti la sua attività verso un altro Stato membro senza creare con questo alcun legame di stabilità e permanenza, sarà applicabile il regime della libertà di prestazione di servizi. Il criterio di distinzione tra i due regimi riguarda, dunque, la dimensione territoriale, e non si fonda invece sulla natura materiale dell'attività economica svolta. In altri termini, un'operazione di prestazione di servizi potrà realizzarsi sotto l'uno o l'altro regime, a seconda delle modalità in cui si svolge e dell'intensità del legame che viene a crearsi con lo Stato di destinazione del servizio.⁵⁰

Sotto il profilo strettamente sostanziale, invece, la nozione di «servizio» dettata dal trattato non può certo dirsi esauriente.⁵¹ L'art. 50, infatti, da un lato statuisce che «sono considerate come servizi le prestazioni fornite normalmente dietro retribuzione, in quanto non siano regolate dalle disposizioni relative alla libera circolazione delle merci, dei capitali e delle persone»; dall'altro, elenca a mero titolo esemplificativo una serie di attività, commerciali e professionali, che rientrano

⁴⁸ Si legge nella sentenza 30 novembre 1995, in causa C-55/94, *Gebhard*, in *Raccolta*, p. I-4165 ss., punto 25, che «la nozione di stabilimento ai sensi del Trattato è quindi molto ampia e implica la possibilità, per un cittadino comunitario, di partecipare, in maniera stabile e continuativa, alla vita economica di uno Stato membro diverso dal proprio Stato di origine e di trarne vantaggio, favorendo così l'interpenetrazione economica e sociale nell'ambito della Comunità nel settore delle attività indipendenti».

⁴⁹ Come vedremo al par. 6, beneficiari di queste libertà sono tanto le persone fisiche che quelle giuridiche. Rispetto a queste ultime, va tuttavia segnalato che l'esercizio della libertà di stabilimento, di fatto, non è possibile che a titolo secondario, almeno per quegli Stati che adottano il criterio del *siège réel*. Cfr. TESAURO, *Diritto comunitario* cit., p. 500 s.; CONDINANZI, *La libertà di stabilimento*, in STROZZI (a cura di), *Diritto dell'Unione europea* cit., p. 166 s.; MALATESTA, *Prime osservazioni sul regolamento CE n. 2157/2001 sulla società europea*, in *Riv. Dir. Int. Priv. Proc.*, 2002, p. 613; SCHAPIRA, LE TALLEC, BLAISE, IDOT, *Droit européen des affaires*, 5ème éd. mise à jour, Paris, 1999, p. 571; MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, Paris Cedex, 2001, p. 332; LOUSSOUARN, *Le droit d'établissement des sociétés*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 1990, p. 229.

⁵⁰ Si deve tuttavia precisare che in regime di libertà di stabilimento potrebbe essere svolta anche un'attività diversa da quella consistente nella prestazione di servizi. Ad esempio, si potrebbe prospettare il caso di un'impresa stabilita in uno Stato membro che crei una rete di centri di distribuzione in altri Stati membri per commercializzare i beni da essa prodotti nello Stato d'origine. In questo caso, i contratti conclusi dalle sedi locali con i consumatori potrebbero essere considerati nella prospettiva dell'esercizio della libertà di stabilimento o di quella di circolazione dei beni a seconda del tipo di effetti restrittivi che le norme dello Stato di accoglienza potrebbero causare.

⁵¹ Per più ampie considerazioni sul concetto di servizio contemplato dal Trattato, anche in confronto alla differente accezione economica del termine, v. segnatamente HATZOPOULOS, *Le principe communautaire d'équivalence et de reconnaissance mutuelle dans la libre prestation de services*, Athènes-Bruxelles, 1999, p. 37 ss.; TRUCHOT, *Articles 49-50*, in *Commentaire Léger* cit., p. 441 s.

nella nozione. Se ne deduce, in positivo, che il servizio prestato deve essere economicamente rilevante. Inoltre, l'attività lavorativa deve essere esercitata in maniera autonoma, cioè senza vincoli di subordinazione, distinguendosi così dalla prestazione di lavoro subordinato.

Dall'art. 50 traspare, però, soprattutto una definizione in negativo dell'ambito di applicazione sostanziale della libera prestazione dei servizi: Essa dovrebbe identificarsi in via «residuale» o «subordinata» rispetto alle altre libertà; ciò implica, anche sotto un profilo metodologico, che essa dovrebbe operare solo per le situazioni alle quali queste ultime non possano essere applicate.⁵² In linea di principio, la Corte di giustizia sembra attenersi a questo criterio; tuttavia, in presenza di situazioni strettamente connesse a più regimi di libertà, essa ha per un verso apportato opportuni correttivi al criterio della residualità dei servizi, facendoli prevalere sulle altre libertà, per altro, ha applicato insieme, cumulativamente, più regimi di libertà.⁵³

Così, in primo luogo, in riferimento alla prestazione di servizi finanziari, la Corte sembra dare precedenza all'applicazione della libera prestazione di servizi rispetto alla libera circolazione dei capitali.⁵⁴

⁵² V. CONDINANZI, NASCIBENE, *La libera prestazione dei servizi* cit., p. 290. La natura residuale della libera prestazione di servizi si può forse spiegare anche in considerazione del grado di elasticità che questa libertà presenta in misura ben maggiore delle altre. Infatti, essa è suscettibile di abbracciare non soltanto la mobilità del prestatore, o del destinatario, del servizio, ma anche, la circolazione del servizio soltanto, quando esso è prestato a distanza. Per queste ragioni, essa si presenta un po' a mezzo tra la circolazione delle persone (prestatore e/o consumatore), da un lato, e quella dei prodotti, dall'altro. La stessa Corte di giustizia ha del resto dato atto di quest'ultimo profilo, sottolineandone l'analogia con lo scambio di merci: parere 1/94 del 15 novembre 1994, sulla conclusione degli accordi allegati all'Accordo istitutivo dell'Organizzazione mondiale del commercio, in *Raccolta*, p. I-5267 ss., punto 44.

⁵³ Secondo HATZOPOULOS, *Recent Developments of the Case Law* cit., p. 44, la Corte ha ripetutamente affermato il carattere subordinato della libera circolazione dei servizi, «while at the same time, materially, giving to services a broad and comprehensive interpretation, considerably extending the scope of application of the relevant rules».

⁵⁴ Si veda ad esempio la sentenza 1° dicembre 1998, in causa C-410/96, *Ambry*, in *Raccolta*, p. I-7875 ss. Era qui in discussione, alla luce di entrambe le libertà, la normativa francese che subordinava il rilascio della licenza di agente di viaggi alla prestazione di una garanzia finanziaria a copertura, in particolare, del rimpatrio dei viaggiatori in caso di insolvenza dell'agente di viaggi. Tale normativa condizionava la prestazione di tale garanzia da parte di istituti finanziari non aventi sede in Francia alla stipula di un accordo supplementare con un ente finanziario francese. La Corte, accertata la violazione della libera prestazione di servizi, dichiara non necessario valutare la compatibilità anche con la libera circolazione dei capitali (punto 40). Cfr. sentenze 14 novembre 1995, in causa C-484/93, *Svensonn & Gustavsonn*, in *Raccolta*, p. I-3955 ss.; 28 aprile 1998, in

In secondo luogo, con riguardo a quelle attività che comportano la prestazione di un servizio unitamente alla fornitura di bene, invece di assicurare comunque l'applicazione della libera circolazione delle merci, la Corte ha preferito seguire il principio secondo cui l'accessorio segue il principale, applicando in via esclusiva ora l'una ora l'altra libertà a seconda di quale delle due componenti fosse ritenuta prevalente. Così, talune attività di fabbricazione e diffusione di documenti pubblicitari, o di biglietti, non essendo fini a sé stesse, ma costituendo invece modalità concrete di organizzazione o funzionamento di una lotteria, sono state fatte rientrare nel quadro della libera prestazione dei servizi.⁵⁵ Altre volte, invece, essa ha valutato la compatibilità di una misura nazionale contestualmente rispetto sia alla libera prestazione dei servizi che alla libera circolazione delle merci.⁵⁶

6. I criteri di delimitazione dell'ambito territoriale delle libertà di circolazione.

A differenza dei criteri di definizione dell'ambito materiale di ciascuna libertà, che servono a distinguere tra discipline entrambe comunitarie, l'accertamento del *rattachement communautaire* di un'operazione economica transnazionale assolve la funzione essenziale di delimitare l'ambito nel quale i principi comunitari di libera circolazione esercitano un'*emprise* sugli ordinamenti nazionali.

Il mercato unico si fonda invero, sull'eliminazione di tutti gli ostacoli agli scambi commerciali transfrontalieri. Questi ostacoli sono essenzialmente di due tipi.

causa C-118/97, *Safir*, in *Raccolta*, p. I- 1897 ss. V. HATZOPOULOS, *Recent Developments* cit., p. 47 ss.

⁵⁵ Sentenza 24 marzo 1994, in causa C-275/92, *Schindler*, in *Raccolta*, p. I-1039 ss., punto 19. Cfr. però la recentissima sentenza 11 settembre 2003, in causa C-6/01, *Anomar*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, punti 55 s., ove la Corte afferma che, «senza che vi sia bisogno, applicando con approssimativa logica tale ragionamento, di esaminare l'attività di importazione degli apparecchi automatici d'azzardo considerandola accessoria rispetto all'attività di esercizio commerciale di questi ultimi, è sufficiente rilevare [...] che, anche qualora l'attività di gestione degli apparecchi automatici d'azzardo fosse connessa all'attività di importazione dei medesimi, la prima di tali attività rientra nell'ambito di applicazione delle disposizioni del trattato relative alla libera prestazione dei servizi e la seconda nell'ambito di quelle relative alla circolazione delle merci». Conclude quindi che «l'attività di esercizio commerciale di macchine per giochi di sorte o d'azzardo, sia essa separabile o meno dalle attività relative alla produzione, all'importazione e alla distribuzione di tali macchine, deve ricevere la qualificazione di attività di servizi». Cfr. sentenza 21 settembre 1999, in causa C-124/97, *Läärä*, in *Raccolta*, p. I-6067 ss.

⁵⁶ V. sentenza 22 gennaio 2002, in causa C-390/99, *Canal Satélite Digital*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, punto 29.

Il primo tipo, il più evidente, è dato da quelle normative nazionali che, in maniera più o meno palese, colpiscono solo o prevalentemente gli agenti economici esteri, ponendoli in una posizione di svantaggio competitivo rispetto ai concorrenti nazionali. L'altro tipo di ostacoli è meno percettibile, ma per ciò stesso più difficile da eliminare. Il mercato comunitario differisce fundamentalmente dal suo modello ideale, quello di un mercato nazionale, per il fatto che esso ingloba più Stati e quindi più sistemi giuridici. L'esercizio transfrontaliero di un'attività economica sarà pertanto sottoposto a una pluralità di ordinamenti, le cui norme potrebbero essere divergenti se non incompatibili.

Per rimediare a queste difficoltà, il diritto comunitario persegue due strade, tra loro complementari. La prima è quella dell'integrazione c.d. «positiva»: il pluralismo giuridico viene superato trasferendo al livello sopranazionale la competenza legislativa. A fronte dell'armonizzazione normativa, la distinzione tra operazioni commerciali transnazionali e interne a un singolo Stato membro perde evidentemente la sua stessa ragion d'essere. Perciò, un problema di delimitazione dell'ambito di applicazione delle norme comunitarie non si pone neppure.

La via dell'integrazione c.d. «negativa»,⁵⁷ viceversa, lascia coesistere gli ordinamenti nazionali, pone però un limite alla loro applicazione quando questa si risolva in un ostacolo ingiustificato agli scambi transfrontalieri. Questo limite, tuttavia, può giocoforza operare solo per le situazioni transfrontaliere, poiché solo rispetto ad esse la coesistenza di una pluralità di ordinamenti giuridici può avere effetti restrittivi.⁵⁸

La definizione dei criteri spaziali di applicazione del diritto comunitario appare dunque decisiva per discernere le ipotesi in cui, sussistendo un collegamento con l'ordinamento comunitario, si pone l'obbligo per le normative nazionali di essere conformi alle libertà di circolazione, dalle ipotesi in cui, mancando un simile collegamento, tale obbligo non si pone, così che i diritti nazionali ritrovano spazio

⁵⁷ Per questa lettura della dimensione negativa e positiva del processo di integrazione dei mercati, v. BERNARD, *La libre circulation* cit., p. 11 ss.

⁵⁸ Non si può dunque accogliere la tesi, sostenuta *inter alia* da MORTELMANS, *The Common Market* cit., p. 132 ss., secondo cui non avrebbe senso escludere le situazioni interne a uno Stato membro dall'ambito di un mercato interno che l'art. 14 tr. CE definisce come «spazio senza frontiere interne».

per la loro piena applicazione.⁵⁹ Allo stesso tempo, se si ha riguardo ai soggetti privati, l'esistenza di un *rattachement communautaire* consente di definire chi siano titolari della libertà di circolazione, da un lato, e per quali situazioni essi possano invocare tali libertà.⁶⁰

In secondo luogo, come si vedrà subito, le libertà di circolazione hanno normalmente ad oggetto soltanto operazioni caratterizzate da un elemento di interstatualità, escludendo, almeno di massima, tutte quelle fattispecie che si realizzano esclusivamente all'interno dei confini di uno Stato membro e non comportano, perciò, alcun movimento transfrontaliero di beni, servizi o persone. Per converso, l'ordinamento comunitario incontra altresì un limite «esterno», giacché sono esclusi dal suo ambito gli scambi che, pur essendo internazionali, non avvengono «tra Stati membri». Si delinea così una duplice dimensione del commercio intracomunitario che, se per un verso, dal punto di vista degli ordinamenti nazionali, riveste i caratteri tradizionali dell'interstatualità, per altro verso, dal punto di vista dei rapporti verso l'esterno, presenta caratteristiche assimilabili, pur con le dovute differenze, a quelle tipiche dei rapporti interni a un singolo ordinamento.⁶¹

⁵⁹ Questa funzione di delimitazione dell'ambito delle libertà di circolazione rispetto agli ordinamenti nazionali è solitamente invocata con specifico riguardo alle c.d. «situazioni puramente interne», cioè che non mettono in causa la circolazione intracomunitaria (di beni, servizi o persone). Si veda al riguardo, in particolare, PAPADOPOULOU, *Situations purement interne set droit communautaire: un instrument jurisprudentiel à double fonction ou une arme à double tranchant?*, in *Cahiers dr. eur.*, 2002, p. 95 ss.; OLIVER, *Some further reflections on the scope of Articles 28-30 (ex 30-36) EC*, in *Common Market Law Rev.*, 1999, p. 784. Cfr. CANNIZZARO, *Esercizio di competenze comunitarie e discriminazioni «a rovescio»*, in *Dir. Un. Eur.*, 1996, p. 351 ss. Non mi sembra sussistano dubbi, tuttavia, che essa valga anche in riferimento alle situazioni con elementi di estraneità rispetto all'ordinamento di uno Stato membro, ma prive di qualsiasi collegamento con un altro Stato membro tale da chiamare in causa le libertà comunitarie di circolazione.

⁶⁰ Cfr. PAPADOPOULOU, *Situations purement interne* cit., p. 98 ss.

⁶¹ Dal punto di vista del diritto internazionale privato, si può perciò affermare, per un verso, che le libertà di circolazione hanno normalmente ad oggetto «fattispecie con elementi di estraneità»; per altro verso, però, non tutte le fattispecie con elementi di estraneità rispetto all'ordinamento di uno Stato membro sono necessariamente fattispecie intracomunitarie, per la cui disciplina s'impone il rispetto delle libertà fondamentali. Da un punto di vista dogmatico, si può così enucleare, all'interno del *genus* delle fattispecie con elementi di estraneità per le quali sorge un conflitto di leggi, la *species* delle fattispecie intracomunitarie. Non si tratta di distinzione meramente nominalistica. Al contrario, essa può rivelarsi utile a diversi fini. Ad esempio, essa consente di definire i contorni della questione relativa all'incidenza dei principi di libera circolazione sulle norme di diritto internazionale privato. Inoltre, essa deve essere tenuta in considerazione nell'elaborazione di atti comunitari di diritto internazionale privato. Su questi temi, v. *infra*, capitolo quarto.

Varie sono, dunque, le funzioni assolve dalla nozione di «commercio intracomunitario», rappresentato dall'insieme delle transazioni commerciali coinvolte nel processo comunitario di integrazione dei mercati nazionali. I fattori che concorrono a definire tale nozione, ossia che indicano un *rattachement communautaire*, sono inoltre diversi e, soprattutto, devono essere ancora una volta determinati in relazione a ciascuna libertà di circolazione. Alla luce delle diverse funzioni sopra evidenziate, e in particolare della distinzione tra un limite «esterno» e un limite «interno» del commercio intracomunitario, appare utile distinguere i criteri che determinano l'applicabilità delle libertà di circolazione in due categorie: gli «elementi di collegamento all'ordinamento di uno o più Stati membri», da un lato (a); i «fattori di estraneità» che denotano un movimento transfrontaliero, dall'altro (b).⁶²

a) *Gli «elementi di collegamento» a uno Stato membro.*

Per quanto concerne, in primo luogo, gli elementi di collegamento a uno Stato membro, si potrebbe supporre che essi siano dati essenzialmente da legami di tipo soggettivo. La ricostruzione compiuta dalla Corte di giustizia delle libertà fondamentali come posizioni giuridiche soggettive degli individui,⁶³ da un lato, l'istituzione della cittadinanza europea quale «complemento della cittadinanza nazionale»,⁶⁴ cui è collegato il godimento dei diritti previsti dal Trattato CE, e segnatamente «il diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri»,⁶⁵ dall'altro, potrebbero lasciar supporre che il beneficio della libertà

⁶² Negli stessi termini, HATZOPOULOS, *Le principe communautaire d'équivalence* cit., p. 49 ss. In termini non molto dissimili anche FALLON, *Les conflits de lois et de juridictions* cit., p. 42 ss., il quale attribuisce a quelli che nel testo sono definiti «elementi di collegamento con l'ordinamento di uno Stato membro» la funzione di delimitare la sfera di operatività del diritto comunitario rispetto a quella di ordinamenti giuridici concorrenti, e cioè «l'applicabilité du droit communautaire dans l'ordre international», mentre l'altro tipo di criteri serve a la sfera spaziale d'applicazione del diritto comunitario rispetto all'ordinamento giuridico degli Stati membri, funzione definita «comparable – mais point identique – au contexte fédéral».

⁶³ V. *supra* par. 3.

⁶⁴ Art. 17 par. 1 tr. CE.

⁶⁵ Artt. 17 par. 2 e 18 par. 1 tr. CE. La Corte di giustizia ha più volte rilevato che «lo status di cittadino dell'Unione è destinato ad essere lo status fondamentale dei cittadini degli Stati membri»; v. da ultimo, sentenza 2 ottobre 2003, in causa C-148/02, *Garcia Avello*, non ancora pubblicata in *Raccolta*. Essa ha però precisato, allo stesso tempo, che la cittadinanza dell'Unione «non ha tuttavia

di commercio nello spazio comunitario sia appannaggio esclusivo dei cittadini comunitari.

Questa supposizione non trova però fondamento, nel trattato come nella elaborazione giurisdizionale, che per la libera prestazione dei servizi e la libertà di stabilimento. Titolari di queste libertà sono, ai sensi degli articoli 43 e 49 tr. CE, solo i cittadini degli Stati membri.⁶⁶ A questi sono equiparate, dall'art. 48 tr. CE, le società (o altre persone giuridiche, di diritto pubblico o privato, purché si prefiggano uno scopo di lucro) «costituite conformemente alla legislazione di uno Stato membro e aventi la sede sociale, l'amministrazione centrale o il centro di attività principale all'interno della Comunità».⁶⁷ A questo requisito formale deve cumularsi un legame soggettivo effettivo consistente, per le persone fisiche, nel

lo scopo di ampliare la sfera di applicazione *ratione materiae* del trattato a situazioni nazionali che non abbiano alcun collegamento con il diritto comunitario»: sentenze *Garcia Avello* cit., punto 26; 5 giugno 1997, nelle cause riunite C-64/96 e C-65/96, *Uecker e Jacquet*, in *Raccolta*, p. I-3171 ss., punto 23.

⁶⁶ La determinazione della cittadinanza rientra tra le competenze dei singoli Stati membri: sentenza 7 luglio 1992, in causa C-369/90, *Micheletti*, in *Raccolta*, p. I-4239 ss., punto 10. Ne consegue che per stranieri devono intendersi i soggetti titolari esclusivamente della cittadinanza di uno Stato terzo. Secondo l'art. 49 par. 2, il beneficio della libera prestazione di servizi può essere esteso con atto del Consiglio ai cittadini di paesi terzi, purché stabiliti all'interno della Comunità. Al momento esiste solo una proposta di direttiva della Commissione (in *Gazz. Uff. Com. eur.*, n. C 67 del 10 marzo 1999). Sul punto v. MASTROIANNI, *La libera prestazione dei servizi*, in STROZZI (a cura di), *Diritto dell'Unione europea* cit., p. 198 s. Per CONDINANZI, *La libertà di stabilimento* cit., p. 160, tale estensione ai cittadini dei paesi terzi non sarebbe possibile per la libertà di stabilimento, poiché ciò «implicherebbe il venir meno della fondamentale, per quanto criticata, differenziazione tra area comunitaria e area extracomunitaria nella fruizione di una libertà fondamentale garantita dal trattato in vista di una maggiore integrazione europea».

⁶⁷ La norma dell'art. 48, in materia di stabilimento, si applica anche alla libera prestazione dei servizi in forza del rinvio operato dall'art. 55 tr. CE. Sull'art. 48 si rinvia per tutti a SANTA MARIA, *Diritto commerciale comunitario*, 2° ed., 1995, p. 18 ss. Sul fatto che questa norma non detti una regola di conflitto in ordine alla legge applicabile alle società, ma si limiti invece a individuare le società beneficiarie del diritto di stabilimento e della libera prestazione di servizi v., anche per ulteriori riferimenti dottrinali BENEDETTELLI, *Libertà comunitarie di circolazione e diritto internazionale privato delle società*, in *Riv. Dir. Int. Pr. Proc.*, 2001, p. 576 ss. v. inoltre la sentenza 5 novembre 2002, in causa C-208/00, *Überseering*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, oggetto di numerosi commenti tra i quali si cita per tutti quello di LAGARDE, in *Revue critique*, 2003, p. 524 ss. la Corte deriva infatti direttamente dagli articoli 43 e 48 tr. CE il divieto per lo Stato di destinazione di negare riconoscimento (e in particolare la capacità giuridica) a una società validamente costituita secondo la legge di un altro Stato membro nel quale ha la sede sociale, per il motivo che, avendo trasferito la sede reale in questo secondo Stato, la società è considerata sottoposta alla legge di questo secondo Stato (punto 52 ss.). V. da ultimo la sentenza 30 settembre 2003, in causa C-167/01, *Inspire Art*, spec. punto 101 ss.

fatto di essere stabilite, cioè residenti, all'interno della Comunità.⁶⁸ Per le persone giuridiche, invece, non basta avere la sede sociale in uno Stato membro, ma occorre altresì che il centro principale di attività si localizzi in uno Stato membro, che potrebbe anche essere diverso da quello di costituzione, qualora ovviamente il diritto nazionale consenta una simile scissione.⁶⁹

Per quanto riguarda invece il destinatario del servizio, e in particolare il consumatore, secondo l'opinione dominante deve ritenersi sufficiente che egli sia stabilito in uno Stato membro.⁷⁰ Potrebbe tuttavia distinguersi tra la situazione del «consumatore attivo», da un lato, e quella del consumatore «passivo», dall'altro.⁷¹ Se per la seconda, infatti, l'unica espressamente considerata dal Trattato, il requisito della residenza basterebbe, per la prima - frutto dell'elaborazione giurisprudenziale, che ha riconosciuto anche al consumatore il diritto di muoversi liberamente nello spazio comunitario - il cumulo dei due criteri potrebbe forse ritenersi necessario, alla stessa stregua del prestatore del servizio.⁷²

Diversamente, per la libera circolazione delle merci, l'unico elemento di collegamento rilevante è quello - oggettivo - dell'origine della merce. In base all'art. 23, infatti, i divieti posti dagli articoli 28 e 29 si applicano all'importazione e all'esportazione «fra gli Stati membri» di prodotti «originari degli Stati membri» oppure «provenienti da paesi terzi che si trovano in libera pratica negli Stati

⁶⁸ Cfr. i due programmi generali del 18 dicembre 1961, per la soppressione delle restrizioni, rispettivamente, alla libera prestazione dei servizi e alla libertà di stabilimento, in *Gazz. Uff. Com. eur.*, n. 2 del 15 gennaio 1962. Non è necessario che lo Stato membro di residenza coincida con quello della cittadinanza.

⁶⁹ Cfr. i due programmi generali citati alla nota precedente. V. in dottrina, MENJUCQ, *Droit international cit.*, p. 334; FALLON, *Les conflits de lois et de juridictions cit.*, p. 50; TESAURO, *Diritto comunitario*, p. 496 s.

⁷⁰ In questo senso, già TIZZANO, *La libera circolazione dei servizi nella CEE. Profili generali*, in TIZZANO (a cura di), *Professioni e servizi nella CEE*, Padova, 1985, p. 42. Tale conclusione sembra ora implicitamente confermata dalla sentenza *Svensonn* del 1995 (citata a nota 54). Nello stesso senso, v. inoltre CONDINANZI, NASCIBENE, *La libera prestazione dei servizi cit.*, p. 292; MASTROIANNI, *La libera prestazione dei servizi cit.*, p. 197; HATZOPOULOS, *Le principe communautaire d'équivalence cit.*, p. 49.

⁷¹ Su queste nozioni v. *infra sub b*).

⁷² L'elemento della cittadinanza sembra invece irrilevante per HATZOPOULOS, *Recent Developments of the Case Law cit.*, p. 58 s., che trae indicazioni in questo senso, «although in an unclear manner», dalla sentenza *Svensonn* (citata in nota 54), riferendosi al fatto che i destinatari della prestazione, attori nella causa principale, fossero cittadini di uno Stato terzo anche se residenti in uno Stato membro (v. anche le conclusioni contrarie dell'avv. gen. Elmer).

membri».⁷³ Per le operazioni che rientrano nell'ambito di applicazione materiale di queste norme, dunque, non sembra necessario nessun tipo di collegamento soggettivo tra le parti al contratto di scambio della merce e uno Stato membro.⁷⁴

b) I «fattori di estraneità»: l'esclusione delle fattispecie c.d. «puramente interne».

Anche per i «fattori di estraneità», emergono differenze tra la libera prestazione dei servizi e quella delle merci. In linea generale, la giurisprudenza costante della Corte di giustizia esclude dalla sfera di operatività di tutte le libertà di circolazione le situazioni c.d. «puramente interne» a uno Stato membro, ovvero quelle che non comportano alcun movimento transfrontaliero. In altri termini, è necessario che la fattispecie presenti dei collegamenti con almeno due Stati membri. La definizione dell'elemento di transnazionalità rilevante - la cui assenza rende una situazione «puramente interna» e perciò di esclusiva competenza statale - assume però connotati diversi a seconda della libertà di circolazione chiamata in causa. Non solo. La Corte sembra quasi seguire percorsi logici differenti.

La presenza di un collegamento con più Stati membri è condizione insita nella stessa nozione di libera prestazione dei servizi. In primo luogo, il trattato considera l'ipotesi che l'operatore economico di uno Stato membro preli un servizio a destinatari stabiliti in un altro Stato membro, eventualmente anche spostandosi «a titolo temporaneo» in questo secondo Stato per dare esecuzione alla prestazione.⁷⁵ Inoltre, la giurisprudenza ha progressivamente esteso la sfera di operatività del trattato ad altre ipotesi di prestazione transfrontaliera di servizi. Come vedremo subito, ne deriva che il regime di libera prestazione di servizi copre tutte le transazioni che presentino elementi di collegamento con almeno due Stati membri, senza tuttavia escludere le ipotesi nelle quali sussista un collegamento anche con uno Stato terzo.

⁷³ Per la definizione di queste nozioni si rinvia a VANDERSANDEN, in *Commentaire Mégret*, vol. 1, p. 74 ss.; OLIVER, *Free Movement of Goods* cit., p. 15 ss.; TESAURO, *Diritto comunitario* cit., p. 381 s.

⁷⁴ Cfr. sentenza 1969, nelle cause riunite 2-3/69, *Sociaalfondos*, in *Raccolta*, p. 211 ss., punti 24 ss. Nel senso dell'irrelevanza della cittadinanza delle parti si pronuncia esplicitamente OLIVER, *Free Movement of Goods* cit., p. 22 s.

⁷⁵ Combinato disposto degli articoli 49 par. 1 e 50 tr. CE.

La prima ipotesi che viene in rilievo è quella espressamente contemplata dal trattato in cui il prestatore del servizio si sposti in uno Stato membro diverso da quello in cui è stabilito, ed in particolare nello Stato del destinatario.⁷⁶ La linea di confine tra questa fattispecie e quella dello stabilimento a titolo secondario riposa sul carattere temporaneo o permanente dello spostamento del prestatore, e quindi sull'intensità del legame che viene a crearsi con lo Stato di destinazione. Importanti indicazioni al riguardo sono fornite dalla sentenza *Gebhard*, ove la Corte ha innanzitutto statuito che «il carattere temporaneo delle attività considerate dev'essere valutato non soltanto in rapporto alla *durata* della prestazione, ma anche tenendo conto della *frequenza*, *periodicità* o *continuità* di questa», per quindi soggiungere che «il carattere temporaneo della prestazione non esclude la possibilità per il prestatore di servizi, ai sensi del Trattato, di dotarsi nello Stato membro ospitante di una determinata infrastruttura (ivi compreso un ufficio o uno studio), se questa infrastruttura è necessaria al compimento della prestazione di cui trattasi».⁷⁷

Una seconda ipotesi, complementare alla precedente e di particolare interesse ai fini di questo studio, è quella del destinatario del servizio (il consumatore) che si sposta dallo Stato membro in cui risiede in un altro Stato membro per fruire ivi di un servizio.⁷⁸ Anche il consumatore, dunque, esercita la libera prestazione di

⁷⁶ Questa ipotesi è comunemente qualificata «libera prestazione di servizi attiva», identificando la corrispettiva posizione del consumatore, che riceve la prestazione nello Stato in cui risiede, sollecitato a ciò dal professionista estero, come «consumatore passivo». V. per tutti FALLON, *Les conflits de lois et de juridictions* cit., p. 46.

⁷⁷ Sentenza *Gebhard* citata a nota 49, punto 27 (corsivo aggiunto). Per un interessante commento, v. HATZOPOULOS, *Recent Developments of the Case Law* cit., p. 45 s., il quale mette tra l'altro in rilievo un apparente contrasto con la sentenza 4 dicembre 1986, in causa 205/84, *Comm. c. Germania*, in *Raccolta*, p. 3755 ss., ove la presenza di «un semplice ufficio, gestito da personale dipendente dall'impresa, o tramite una persona indipendente, ma incaricata di agire in permanenza per conto dell'impresa alla stessa stregua di un'agenzia» fu considerata una presenza permanente in un altro Stato membro da parte di un'impresa assicuratrice, tale da rendere applicabile la disciplina della libertà di stabilimento (punto 21 della sentenza). V. inoltre le due comunicazioni interpretative della Commissione relative, rispettivamente, alla «Libera prestazione dei servizi e interesse generale nella seconda direttiva bancaria» del 20 giugno 1997 (in *Gazz. Uff. com. eur.*, n. C209 del 10 luglio 1997), e alla «Libera prestazione dei servizi e interesse generale nel settore delle assicurazioni» del 2 febbraio 2000 (in *Gazz. Uff. com. eur.*, n. C43 del 16 febbraio 2000).

⁷⁸ Sentenza 19 gennaio 1999, in causa C-348/96, *Donatella Calfa*, in *Raccolta*, p. I-II ss., punto 16: «il principio della libera prestazione dei servizi istituito dall'art. 59 del trattato, che è uno dei suoi principi fondamentali, comprende la libertà per i destinatari dei servizi di recarsi in un altro Stato membro per fruire ivi di un servizio, senza essere ostacolati da restrizioni». Nello stesso senso le

servizi, in questo caso «passiva», svolgendo così un ruolo attivo e propulsivo per la realizzazione del mercato unico.⁷⁹ Tuttavia, si rientra nell'ambito della libertà di stabilimento allorché il consumatore si trasferisca in un altro Stato membro per fruire del servizio «permanentemente o per una durata indeterminata» ivi fornito.⁸⁰

Le due ultime ipotesi concernono, l'una, la fornitura di servizi a distanza, ossia quando nessuno dei contraenti si sposti dallo Stato membro in cui è stabilito, ma si muova solo il servizio;⁸¹ l'altra, il caso in cui le parti siano entrambe stabilite nel medesimo Stato membro e si spostino insieme, ma non solo, in un diverso Stato per l'esecuzione del servizio. A conclusione, occorre precisare che la pluralità di collegamenti, anche eterogenei, con almeno due Stati membri ritenuti sufficienti a conferire alla prestazione di servizi carattere intracomunitario non esclude la presenza di un legame anche con uno Stato terzo. Così, rientra nell'ambito della libertà comunitaria il contratto turistico concluso da un consumatore italiano con un agente di viaggio tedesco, anche se il soggiorno turistico ha luogo in Marocco;

sentenze 31 gennaio 1984, nelle cause riunite 286/82 e 26/83, *Luisi e Carbone*, in *raccolta*, p. 377 ss., punto 10; 2 febbraio 1989, in causa 186/87, *Cowan*, in *Raccolta*, p. 195 ss., punto 15; 15 marzo 1994, in causa C-45/93, *Comm. c. Spagna*, in *Raccolta*, p. I-911 ss., punto 5; 28 aprile 1998, in causa C-158/96, *Kohll*, in *Raccolta*, p. I-1931 ss., punto 35; 28 ottobre 1999, in causa C-55/98, *Vestergaard*, in *Raccolta*, p. I-7641 ss., punto 20.

⁷⁹ Specularmente alla prima ipotesi, la prestazione di servizi è definita «passiva», poiché il professionista è sollecitato dal consumatore (c.d. «attivo»); FALLON, *Les conflits de lois et de juridictions* cit., p. 47.

⁸⁰ Sentenza 17 giugno 1997, in causa C-70/95, *Sodemare*, in *Raccolta*, p. I-3395 ss., punto 38 ss.: le disposizioni relative alla libera prestazione di servizi «non riguardano la situazione di un cittadino di uno Stato membro che si rechi nel territorio di un altro Stato membro e vi stabilisca la propria residenza per fornire e ricevere in questo Stato prestazioni di servizi a tempo indeterminato. [...] infatti, tali disposizioni non possono applicarsi ad attività di cui tutti gli elementi sono ristretti all'interno di un solo Stato membro».

⁸¹ Vari gli esempi nella giurisprudenza, e in particolare: l'offerta telefonica di servizi finanziari a potenziali clienti stabiliti in altri Stati membri (sentenza 10 maggio 1995, causa C-384/93, *Alpine Investments*, in *Raccolta*, p. I-1141 ss.); raccolta via Internet di scommesse su eventi sportivi (sentenza 6 novembre 2003, in causa C-243/01, *Gambelli*, non ancora pubblicata in *Raccolta*). In quest'ultimo caso, la Corte è stata chiamata a pronunciarsi sulle sanzioni penali previste dal diritto italiano sia a carico degli organizzatori non autorizzati di scommesse, sia a carico dei partecipanti. La Corte ha così considerato le restrizioni derivanti non solo per il prestatore del servizio, ma anche per il destinatario dello stesso.

È infine appena il caso di sottolineare il potenziale espansivo di questa modalità di prestazione dei servizi (in particolare, quelli bancari, assicurativi, finanziari o delle professioni liberali) alla luce dello sviluppo del commercio elettronico transfrontaliero. Il commercio elettronico, d'altra parte, può mettere in discussione la tradizionale dicotomia tra commercio visibile e invisibile, nella misura in cui permette la circolazione telematica di beni che finora hanno necessitato di un supporto materiale (ex. libri, videocassette o musicassette).

viceversa, non può rientrarvi l'ipotesi in cui lo stesso contratto sia stipulato tra parti entrambe stabilite nel medesimo Stato membro.⁸²

Per quanto riguarda le merci, invece, dalla lettera del già citato art. 23, in combinato disposto con gli articoli 28 e 29, risulta che l'unico fattore di estraneità rilevante consista nel fatto che la merce provenga da un altro Stato membro (art. 28), oppure sia destinata ad un altro Stato membro (art. 29). Sarebbero di conseguenza escluse tutte le transazioni che si esauriscano all'interno di un solo Stato membro e abbiano ad oggetto prodotti nazionali (o importati da uno Stato terzo). È invece inclusa la commercializzazione all'interno di uno Stato membro di beni importati da un altro Stato membro.

L'ambito di applicazione della libera circolazione delle merci è dunque definito in modo abbastanza ampio dal trattato. Alcune pronunce della Corte sembrerebbero averlo ulteriormente ampliato. Così, da un lato, con la sentenza *GB-Inno*, si è opportunamente ricompresa nella sfera di queste norme la situazione del consumatore che si rechi in uno Stato membro diverso da quella della sua residenza per farvi acquisti.⁸³ Dall'altro, la Corte ha progressivamente attenuato il peso dell'origine straniera dei prodotti in relazione alla fattispecie concreta, spostando invece il baricentro del suo giudizio verso l'idoneità, anche solo indiretta o potenziale, della misura nazionale a incidere negativamente sulle importazioni.⁸⁴ Emblematico esempio di tale discutibile atteggiamento è, in particolare, la sentenza *Pistre* del 1997,⁸⁵ nella quale la Corte sembra riferire il carattere «puramente

⁸² Per una chiara e schematica classificazione delle diverse ipotesi illustrate nel testo, v. HATZOPOULOS, *Le principe communautaire d'équivalence* cit., p. 52 ss.

⁸³ Sentenza 7 marzo 1990, in causa C-362/88, *GB-Inno-BM*, in *Raccolta*, p. I-667 ss., punto 8: «Orbene, la libera circolazione delle merci riguarda non solo il commercio professionale, ma anche i privati. Essa implica, in particolare, nelle zone di confine, che i consumatori residenti in uno Stato membro possano recarsi liberamente sul territorio di un altro Stato membro al fine di farvi acquisti nelle stesse condizioni della popolazione locale. Questa libertà dei consumatori è compromessa qualora l'accesso alla pubblicità disponibile nel paese di acquisto sia loro rifiutata». Cfr. *supra* nota.

⁸⁴ Un simile atteggiamento è da ricollegarsi all'ampia definizione della nozione di «misure di effetto equivalente a una restrizione quantitativa» contenuta nella c.d. formula *Dassonville* (v. *infra* nota), essa è infatti comprensiva delle normative commerciali che possano ostacolare anche in potenza il commercio intracomunitario. Tale formula non è stata mai messa in discussione dalla Corte di giustizia, neppure dalla sentenza *Keck* del 1993 (v. *infra* nota 121), che verteva del resto su una fattispecie in cui gli elementi di contatto con un altro Stato membro erano quantomeno dubbi.

⁸⁵ Sentenze 7 maggio 1997, nelle cause riunite C-321/94, C-322/94, C-323/94 e C-324/94, in *Raccolta*, p. I-2343 ss. (concl. contrarie dell'Avv. gen. Jacobs). V. in dottrina, le osservazioni

interno» non tanto alla situazione fattuale, quanto piuttosto alla normativa in causa.⁸⁶ Infatti, malgrado che nella fattispecie concreta oggetto del giudizio *a quo* tutti gli elementi si collocavano all'interno di un solo Stato, essa si è ugualmente pronunciata, reputando sufficiente la mera possibilità, in astratto, che la normativa nazionale in discussione potesse trovare applicazione anche ai prodotti importati da altri Stati membri.⁸⁷ La portata di tale giurisprudenza sembra ora correttamente ridimensionata dalla sentenza *Guimont* del 2000, in cui la Corte ha chiarito che una normativa nazionale indistintamente applicabile ai prodotti nazionali ed ai prodotti importati «rientra nell'art. 30 del Trattato solo nella misura in cui essa risulti applicabile a situazioni che possano ricollegarsi all'importazione di merci negli scambi intracomunitari».⁸⁸ Quindi, essa si è ugualmente pronunciata, ma mettendo bene in evidenza il limite dell'incidenza delle norme comunitarie sulla competenza nazionale: l'interpretazione del diritto comunitario potrebbe invero essere utile al giudice *a quo* - afferma la Corte - «nell'ipotesi in cui il proprio diritto nazionale imporrebbe, in un procedimento come quello del caso di specie, di agire in modo che un produttore nazionale fruisca degli stessi diritti di cui godrebbe in base al diritto comunitario, nella medesima situazione, un produttore di un altro Stato membro».⁸⁹

7. Il fondamentale divieto di restrizioni agli scambi intracomunitari.

Il regime delle libertà di circolazione ruota intorno ai fondamentali divieti di ostacoli agli scambi transfrontalieri, posti dal trattato a carico degli Stati membri

critiche di OLIVER, *Some further reflections* cit., p. 786 ss; PAPADOPOULOU, *Situations purement interne* cit., p. 108 ss. di segno opposto MORTELMANS, *The Common Market* cit., p. 134.

⁸⁶ Così PAPADOPOULOU, *Situations purement interne* cit., p. 106 ss.

⁸⁷ Sentenza *Pistre* cit., punti 44 ss.

⁸⁸ Sentenza 5 dicembre 2000, in causa C-448/98, *Guimont*, in *Raccolta*, p. I-10663 ss., punto 21.

⁸⁹ Sentenza *Guimont* cit., punto 23. La formula riportata è d'altronde ripresa in diverse sentenze successive: v. da ultimo sentenze 13 marzo 2001, in causa C-379/98, *PreussenElektra*, in *Raccolta*, p. I-2099 ss.; 5 marzo 2002, nelle cause riunite C-515/99, da C-519/99 a C-524/99 e da C-526/99 a C-540/99, *Reisch*, in *Raccolta*, p. I-2157 ss.; 11 settembre 2003, in causa C-6/01, *Anomar*, non ancora pubblicata in *Raccolta*. Sembra chiaro pertanto che la Corte tiene ben distinta la questione della sua competenza interpretativa, intesa in modo esteso, da quella dell'ambito di applicazione delle libertà di circolazione (cfr. in part., concl. avv. gen. Tizzano, nella causa *Anomar*, presentate l'11 febbraio 2003, punto 21 ss.).

così come delle istituzioni comunitarie, a beneficio di quei soggetti privati che rientrino nella sfera personale di applicazione di questo regime.⁹⁰ Così, gli articoli 28 e 29 tr. CE vietano qualsiasi restrizione quantitativa, rispettivamente, all'importazione e all'esportazione di merci, nonché qualsiasi misura di effetto equivalente; l'art. 49 tr. CE vieta le restrizioni alla libera prestazione dei servizi all'interno della Comunità; l'art. 43 tr. CE, infine, vieta le restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro.⁹¹

Il carattere fondamentale delle libertà di circolazione, costantemente affermato dalla Corte di giustizia, emerge innanzitutto dall'interpretazione estensiva che essa ha dato alle norme primarie che sanciscono tali libertà. È ben noto, infatti, che la Corte ha progressivamente esteso la portata di tali norme, interpretandole in maniera funzionale al fine di assicurarne l'effetto utile. Così, in un primo momento sono state vietate soltanto le misure nazionali palesemente discriminatorie verso i beni, i servizi o le persone provenienti da un altro Stato membro. Si tratta delle normative che si applicano distintamente ai prodotti o agli operatori stranieri, vuoi perché impongono a questi delle condizioni più onerose rispetto ai concorrenti nazionali, vuoi perché riservano ai soli prodotti o operatori nazionali un particolare regime di favore. In seguito, passando per una fase intermedia caratterizzata da una lettura sostanziale della nozione di discriminazione, tale da comprendervi anche le c.d. discriminazioni indirette o dissimulate, la Corte è giunta ad un approccio che prescinde del tutto dall'esistenza di una discriminazione, più o meno aperta, per

⁹⁰ Il fatto che i divieti comunitari siano rivolti agli Stati membri (e alle istituzioni comunitarie) non significa che solo le norme nazionali (o comunitarie) siano atte a costituire un ostacolo agli scambi. Tali divieti, invero, coprono qualsiasi tipo di misura, ed in particolare le norme giuridiche, che le autorità nazionali applichino a fattispecie rientranti nell'ambito di applicazione delle libertà di circolazione. Ne consegue pertanto che anche le norme di uno Stato terzo, nella misura in cui debbano essere applicate a queste fattispecie in forza del richiamo operato dal diritto internazionale privato di uno Stato membro – o dalle norme di conflitto comunitarie – possono essere sottoposte al controllo di conformità alle libertà di circolazione. Come afferma FALLON, *Les conflits de lois et de juridictions* cit., p. 52, infatti, «il est indifférent que l'entrave résulte d'une mesure émanant d'un Etat tiers, dès lors que cette mesure est rendu applicable en vertu du droit d'un Etat membre».

⁹¹ Si osservi che la norma sulla libertà di stabilimento contenuta nel progetto di Costituzione europea (art. III-22) è formulata in modo da mettere in maggior rilievo la natura di diritto soggettivo fondamentale di tale libertà: «i cittadini di uno Stato membro hanno diritto di...». Analogamente, l'art. III-18 relativo alla libera circolazione dei lavoratori.

basarsi invece sulla nozione di «restrizione». In assenza di armonizzazione delle legislazioni nazionali, infatti, la loro disparità può essere fonte di ostacolo agli scambi tra Stati membri, nella misura in cui l'operazione economica transfrontaliera si deve confrontare a una pluralità di discipline, differenti o addirittura incompatibili. È dunque il pluralismo giuridico che caratterizza tuttora il mercato unico ad essere suscettibile di impedire, rendere più difficile o anche soltanto meno conveniente, il compimento di transazioni commerciali al di fuori dei confini nazionali.⁹²

L'evoluzione della giurisprudenza della Corte di giustizia che si è appena esposta, in modo semplicistico e schematico, è stata in un certo senso resa necessitata dall'esigenza di far avanzare il processo di fusione dei mercati nazionali, nonostante la lentezza, se non *l'impasse*, dell'azione di armonizzazione a livello comunitario. Allo stesso tempo, tuttavia, essa ha permesso di trovare un accettabile punto di compromesso tra le opposte esigenze dell'instaurazione del mercato unico, da un lato, e della salvaguardia delle politiche legislative nazionali, dall'altro.

Inoltre, questa tendenza nella giurisprudenza comunitaria a guardare più l'effetto restrittivo derivante dall'applicazione delle normative nazionali che non il loro carattere discriminatorio, affermatasi originariamente nel settore delle merci, caratterizza oramai l'interpretazione di tutte le libertà di circolazione. La dottrina si è perciò chiesta se la distinzione formale compiuta dal trattato tra quattro diversi regimi di libertà non sia stata di fatto superata dall'approccio unitario accolto dalla Corte di giustizia. La questione concerne specificamente il metodo interpretativo da seguire rispetto alle misure c.d. indistintamente applicabili. Appare perciò opportuno procedere ad una disamina separata delle misure distintamente applicabili e di quelle indistintamente applicabili.

⁹² Di particolare efficacia per descrivere quest'evoluzione nella giurisprudenza comunitaria è la già ricordata espressione di WOUTERS, *Conflict of Laws and the Single Market* cit., p. 191: «the transition from a purely discrimination-based reading to a restriction-based reading of the Treaty provisions on free movement».

8. *Il divieto di discriminazioni (le misure restrittive c.d. distintamente applicabili): in particolare, la tutela del consumatore «attivo».*

Il primo e più evidente fattore suscettibile di ostacolare il libero scambio intracomunitario è rappresentato da tutte quelle normative nazionali che incidono direttamente, in senso negativo, sugli agenti economici (o sui prodotti) a motivo della loro origine estera. Si tratta in primo luogo delle misure che si applicano secondo il criterio della nazionalità o dell'origine, non solo per quanto riguarda l'imposizione di obblighi, ma anche per la concessione di vantaggi o di protezione. Le libertà di circolazione vietano innanzitutto questo tipo di misure, che possiamo definire distintamente applicabili o discriminatorie.⁹³ Questi divieti specifici non sono in realtà che applicazioni particolari del generale divieto di discriminazioni in base alla nazionalità posto dall'art. 12 tr. CE.⁹⁴ A sua volta, secondo l'opinione dominante in dottrina, il divieto di discriminazione non è che un'espressione specifica del principio generale di eguaglianza, il quale costituisce uno dei principi fondamentali sui quali poggia l'ordinamento giuridico comunitario.⁹⁵

⁹³ Per quanto riguarda la libera circolazione delle merci, l'art. 28 tr. CE non sancisce esplicitamente il principio di non discriminazione. Resta tuttavia il fatto che sono considerate misure di effetto equivalente a una restrizione quantitativa all'importazione di una merce tutte quelle che si applicano al momento dell'importazione, investendo solo i prodotti esteri e non quelli nazionali, e discriminando quindi i primi rispetto ai secondi. Tipici esempi sono quelli dei controlli all'importazione o dell'obbligo di licenza. Per quanto concerne invece la libera prestazione di servizi e il diritto di stabilimento, esse prevedono innanzitutto l'obbligo del trattamento nazionale, ossia la completa assimilazione del prestatore straniero al nazionale e quindi il divieto di tutte le discriminazioni in base alla nazionalità (v. articoli 43 e 54 tr. CE).

⁹⁴ «Nel campo di applicazione del presente trattato, e senza pregiudizio delle disposizioni particolari dallo stesso previste, è vietata ogni discriminazione effettuata in base alla nazionalità» (corsivo aggiunto). Si ricorderà che la giurisprudenza consolidata della Corte attribuisce alla norma una portata residuale, a condizione ovviamente che la situazione rilevi del diritto comunitario. Essa infatti «tende ad applicarsi autonomamente solo nelle situazioni disciplinate dal diritto comunitario per le quali il Trattato non stabilisce norme specifiche di non discriminazione». Così, *inter alia*, le sentenze 14 luglio 1994, in causa C-379/92, *Peralta*, in *Raccolta*, p. I-3453 ss., punto 18; 28 ottobre 1999, *Vestergaard* (citata in nota 29), punto 16. Sentenza 11 dicembre 2003, in causa C-298/02 *AMOR*, punto 25 s. Cfr. in dottrina TESAURO, *Eguaglianza e legalità cit.*, p. 2 ss.; MARTIN, «Discriminations», «entraves» et «raisons impérieuses» dans le traité CE: trois concepts en quête d'identité, in *Cahiers dr. eur.*, 1998, p. 261 ss.; GARRONE, *L'interdiction des discriminations entre situations interne et transfrontalières: un principe général de droit communautaire*, in *Revue suisse dr. int. eur.*, 2003, p. 211 ss. con specifico riguardo all'art. 12 (ex art. 7), v. SCHOCKWEILER, *La porte du principe de non-discrimination de l'article 7 du traité CEE*, in *Riv. Dir. Eur.*, 1991, p. 3 ss.

⁹⁵ E' poi pacifico che il concetto di eguaglianza debba intendersi, sulla scia di una giurisprudenza ormai consolidata, in senso sostanziale e non solo formale. V. al riguardo, oltre agli Autori citati nella nota precedente: LENAERTS, *L'égalité de traitement en droit communautaire – Un principe unique aux apparences multiples*, in *Cahiers dr. eur.*, 1991, p. 3 ss.

Come è noto, la Corte di giustizia ha conferito una portata sostanziale e non puramente formale al concetto di restrizioni discriminatorie, in modo tale da ricondurvi tutte le ipotesi in cui sussista un trattamento differenziato che, pur se fondato su parametri diversi dalla nazionalità, si traduce in una discriminazione di fatto nei confronti dello straniero. Il ricorso a parametri apparentemente neutri, quali *in primis* il criterio della residenza, per l'applicazione di una normativa nazionale può invero condurre a un risultato discriminatorio nei confronti dello straniero comunitario (discriminazione c.d. dissimulata) allorché la differenza di trattamento non sia giustificata da considerazioni oggettive e adeguatamente commisurate allo scopo legittimamente perseguito.⁹⁶

Un'applicazione interessante del divieto di discriminazioni si è avuta nella prassi con riguardo a normative nazionali che escludevano i consumatori provenienti da altri Stati membri da certi vantaggi riservati ai soli cittadini o ai residenti. Nel primo caso,⁹⁷ veniva in rilievo la normativa francese che subordinava la concessione di un indennizzo statale, volto alla riparazione del danno subito sul territorio francese dalle vittime di un'aggressione, al requisito della cittadinanza francese o della titolarità di una tessera di residente. Nel caso di specie, l'indennizzo era stato rifiutato a un cittadino britannico, non residente in Francia, che aveva subito un'aggressione all'uscita di una stazione della metropolitana durante un breve soggiorno a Parigi.

Chiamata a vagliare la compatibilità di detta normativa con gli articoli 12 e 49 tr. CE, la Corte si è in primo luogo pronunciata sul principio di non discriminazione, dichiarando che esso, imponendo «la completa parità di trattamento per soggetti che si trovino in una situazione disciplinata dal diritto comunitario, rispetto ai cittadini dello Stato membro», «osta a che uno Stato membro subordini la concessione di un diritto, ad uno dei soggetti menzionati, al

⁹⁶ Per giurisprudenza consolidata, infatti, sussiste una discriminazione vietata quando situazioni simili sono trattate in modo diverso, oppure situazioni diverse sono trattate in modo identico, a meno che la differenza (o l'identità) di trattamento non sia giustificabile in base a criteri oggettivi. V. per tutte, di recente, la sentenza *Garcia Avello*, punto 30 (citata in nota 66). In dottrina, v. per tutti TESAURO, *Diritto comunitario* cit., p. 117.

⁹⁷ Sentenza *Cowan* del 1989 (citata *supra* in nota 79).

requisito della residenza sul territorio, *mentre detto requisito non vige per i suoi cittadini*».⁹⁸

In secondo luogo, rispetto alla libera prestazione dei servizi, la Corte ha prima affermato che essa comprende «la libertà per i destinatari dei servizi - quali in particolare i turisti - di recarsi in un altro Stato membro per fruire ivi di un servizio»,⁹⁹ per quindi concludere che l'esclusione dei non residenti dal diritto alla riparazione pecuniaria previsto dalla legge nazionale in caso di aggressione costituiva una restrizione a tale libertà. La motivazione addotta dalla Corte merita di essere evidenziata. Infatti, il governo francese sosteneva che la concessione del diritto all'indennità, essendo espressione del principio di solidarietà nazionale, presupponesse un vincolo più stretto con lo Stato di quanto non potesse essere quello di un destinatario di servizi. Per rigettare tale tesi, la Corte ha affermato che «allorché il diritto comunitario garantisce la libertà per le persone fisiche di recarsi in un altro Stato membro, *la tutela dell'integrità personale in detto Stato membro costituisce, alla stessa stregua dei cittadini e dei soggetti che vi risiedono, il corollario della libertà di circolazione*».¹⁰⁰

Nella causa *Commissione contro Spagna* del 15 marzo 1994,¹⁰¹ era invece in esame la normativa spagnola che riservava l'ingresso gratuito nei musei nazionali ai soli cittadini spagnoli, nonché agli stranieri residenti in Spagna oppure di età inferiore ai 21 anni. La Commissione contestava al governo spagnolo che l'esclusione da tale beneficio degli stranieri comunitari maggiori di 21 anni che si recassero in Spagna per fruire di servizi turistici, quali appunto l'ingresso ai musei, fosse contraria alla libera prestazione dei servizi. Infatti, il diritto alla parità di

⁹⁸ Punto 10 della sentenza (corsivo aggiunto). Nelle sue conclusioni, pur argomentando - giustamente - con stretto riferimento alle disposizioni sulla libera prestazione dei servizi, che dovrebbero nel caso di specie escludere il richiamo al principio generale dell'art. 12, l'avv. gen. Lenz aveva messo in rilievo questo aspetto (punto 47 delle conclusioni). Infatti, i cittadini francesi residenti all'estero, pur versando nella stessa situazione dei cittadini comunitari non residenti in Francia, potevano tuttavia fruire dell'indennizzo. La norma, dunque, era palesemente discriminatoria in base alla cittadinanza.

⁹⁹ Punto 15 della sentenza. Sulla libera prestazione dei servizi c.d. «passiva», v. *supra* par. 6.

¹⁰⁰ Punto 17 della sentenza (corsivo aggiunto). L'avv. gen. Lenz non si è pronunciato sul punto, limitandosi a evidenziare che la misura *de qua* era suscettibile di restringere l'esercizio del diritto alla prestazione di servizi, più che l'accesso alla stessa, e inoltre che ne risultava affievolita «la tutela giuridica dei beni più attinenti alla persona» (punto 43 delle conclusioni).

¹⁰¹ Citata *supra* in nota 79.

trattamento che tale libertà riconosce anche ai destinatari di servizi turistici comprenderebbe non solo l'accesso alle prestazioni di questi servizi, ma altresì tutte le agevolazioni connesse che incidono sulle condizioni di prestazione o di fruizione degli stessi.¹⁰² Accogliendo pienamente la tesi della Commissione, la Corte ha riconosciuto che la normativa spagnola era contraria agli articoli 12 e 49 tr. CE, in quanto comportava una discriminazione a svantaggio unicamente dei turisti stranieri comunitari di età superiore ai 21 anni.¹⁰³

La posizione espressa dalla Corte in queste due sentenze potrebbe essere foriera di sviluppi interessanti nel campo del diritto internazionale privato comunitario. Come vedremo meglio in seguito,¹⁰⁴ diverse legislazioni nazionali degli Stati membri protettive dei consumatori vogliono applicarsi anche a fattispecie con elementi di estraneità, a titolo di norme di applicazioni necessaria, allorché il consumatore risieda nel territorio dello Stato. Ora, nell'ipotesi in cui i consumatori residenti in altri Stati membri si rechino in tale Stato per acquistarvi beni o servizi, l'esclusione dal beneficio della legislazione protettiva ivi vigente potrebbe considerarsi contraria al divieto di discriminazioni.¹⁰⁵

¹⁰² Punto 5 della sentenza. Osserva peraltro la corte «che, siccome la visita nei musei costituisce uno dei motivi determinanti per cui i turisti, in quanto destinatari di servizi, decidono di recarsi in un altro Stato membro, vi è uno stretto vincolo fra la libertà di circolazione che essi ricavano dal trattato e le condizioni di accesso ai musei» (punto 6). Aggiunge poi «che una discriminazione nel settore dell'accesso ai musei possa avere conseguenze sulle condizioni di prestazione dei servizi, nonché sui loro prezzi, e possa pertanto influenzare la decisione di talune persone di visitare il paese» (punto 7).

¹⁰³ La sentenza sembrerebbe implicitamente fare un passo avanti rispetto alla sentenza *Cowan*, poiché per affermare la natura discriminatoria della normativa *de qua* non fa più riferimento al fatto che il requisito della residenza sia richiesto solo per gli stranieri.

¹⁰⁴ V. *infra* capitolo terzo, par. 6.

¹⁰⁵ Come fa giustamente notare FALLON, *Les conflits de lois et de juridictions* cit., p. 85, riguardo alla sentenza *Cowan* (ma il rilievo è pienamente estensibile anche all'altra causa esaminata), la normativa francese prevedeva invero una *règle d'applicabilité*, che ne limitava la sfera di operatività ai cittadini francesi e agli stranieri residenti. Ebbene, non sembrano sussistere seri dubbi sul fatto che l'ostacolo alla libertà comunitaria accertato dalla Corte «*découlait moins du contenu matériel de la loi française, destiné à protéger la personne, que de la règle d'applicabilité*».

9. *Le restrizioni indistintamente applicabili: il principio del mutuo riconoscimento.*

Il passaggio alla *restriction-based reading* delle libertà di circolazione si realizza con la giurisprudenza sulle c.d. misure indistintamente applicabili. Essa si afferma inizialmente nel settore delle merci. Mettendo in chiaro le potenzialità già implicite, in realtà, nell'ampia e funzionale definizione di «misure di effetto equivalente a una restrizione quantitativa» data dalla nota formula *Dassonville*,¹⁰⁶ la Corte ha infatti riconosciuto contrastanti con l'art. 28 tr. CE anche gli ostacoli provocati dalla persistente diversità delle normative nazionali.

Questo decisivo momento è segnato dalla sentenza *Cassis de Dijon* del 1979, concernente, come è ben noto, un liquore francese la cui importazione in Germania era impedita dalla sua non conformità alla legislazione tedesca sul contenuto alcolico minimo delle bevande.¹⁰⁷ Dopo aver riconosciuto che in mancanza di una normativa comune in materia di produzione e di commercio dell'alcool spetta agli Stati membri disciplinare, ciascuno nel suo territorio, tutto ciò che riguarda la produzione e il commercio dell'alcool e delle bevande alcoliche, la Corte ha affermato che «*gli ostacoli per la circolazione intracomunitaria derivanti da disparità delle legislazioni nazionali relative al commercio dei prodotti di cui trattasi vanno accettati qualora tali prescrizioni possano ammettersi come necessarie per rispondere ad esigenze imperative* attinenti, in particolare, all'efficacia dei controlli fiscali, alla protezione della salute pubblica, alla lealtà dei negozi commerciali e alla difesa dei consumatori».¹⁰⁸ Così, come emerge ancora più chiaramente dalla giurisprudenza successiva che ha consolidato questa posizione, è

¹⁰⁶ Sentenza 11 luglio 1984, in causa 8/74, *Dassonville*, in *Raccolta*, p. 837 ss., punto 5: «Ogni normativa commerciale degli Stati membri che possa ostacolare direttamente o indirettamente, in atto o in potenza, gli scambi intracomunitari va considerata come una misura d'effetto equivalente a restrizioni quantitative».

¹⁰⁷ Sentenza 20 febbraio 1979, in causa 120/78, *Rewe-Zentral*, in *Raccolta*, p. 649 ss. Cfr. la comunicazione interpretativa della sentenza *Cassis de Dijon*, adottata dalla Commissione il 3 ottobre 1980 (in *Gazz. Uff. Com. eur.*, n. C 256 del 3 ottobre 1980).

¹⁰⁸ Punto 8 della sentenza citata (corsivo aggiunto). Occorre osservare che l'applicazione a beni importati di norme indistintamente applicabili giustificate da un'esigenza imperativa d'interesse generale non è vietata dall'art. 28 tr. CE. Le esigenze imperative, dunque, si collocano all'interno della struttura dell'art. 28 stesso, distinguendosi così dalle cause previste dall'art. 30 (v. *infra* par. 11). Ciò non significa, però, che tali norme non creino ostacoli al libero scambio, ma soltanto che questi ostacoli non sono vietati dal trattato.

stabilito che, anche in mancanza di armonizzazione delle legislazioni, le normative relative alla qualità, composizione e presentazione dei prodotti vigenti in ciascuno Stato membro non possono essere applicate alle merci provenienti da altri Stati membri, in cui siano legalmente fabbricate e messe in commercio.¹⁰⁹

Un approccio analogo è stato in seguito adottato per la libera prestazione dei servizi. Se il principio del trattamento nazionale rappresenta per una prestazione transfrontaliera di servizi solo il parametro minimo della legittimità delle restrizioni, una sua applicazione puramente meccanica potrebbe comportare la negazione stessa di questa libertà, equiparandola in modo arbitrario alla libertà di stabilimento.¹¹⁰ Sulla base di questa considerazione, la Corte è pertanto giunta ad affermare, in due sentenze del 25 luglio 1991,¹¹¹ che l'art. 49 tr. CE esige «non solo l'eliminazione di

¹⁰⁹ Tra le numerose sentenze che hanno ribadito questa regola pretoria, v. in particolare la sentenza 5 aprile 2001, in causa C-123/00, *Bellamy*, in *Raccolta*, p. I-2795 ss., punto 18, che ne dà una formulazione più generale e completa: «costituiscono misure di effetto equivalente, vietate dall'art. 28 CE, gli ostacoli alla libera circolazione delle merci derivanti, in mancanza di armonizzazione delle legislazioni, dall'assoggettamento di merci provenienti da altri Stati membri, in cui siano legalmente fabbricate e messe in commercio, a norme che dettino requisiti ai quali le merci stesse devono rispondere ..., anche qualora tali norme siano indistintamente applicabili a tutti i prodotti, laddove tale assoggettamento non risulti giustificato da finalità di interesse generale tali da prevalere sulle esigenze della libera circolazione delle merci» (corsivo aggiunto). Per una disamina puntuale della giurisprudenza in materia si rinvia a MASCIET, *Mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives*, in *Juris-Classeur Europe*, fascicule 550, nov. 1997.

¹¹⁰ È formula ormai ricorrente nella giurisprudenza della Corte che «uno Stato membro non può subordinare l'esecuzione della prestazione di servizi sul suo territorio all'osservanza di tutte le condizioni prescritte per lo stabilimento, perché altrimenti priverebbe di qualsiasi effetto utile le norme del Trattato dirette a garantire appunto la libera prestazione dei servizi» (corsivo aggiunto). V. per tutte le sentenze 25 ottobre 2001, cause riunite C-49/98, C-50/98, da C-52/98 a C-54/98 e da C-68/98 a C-71/98, *Finalarte*, in *Raccolta*, p. I-7831 ss., punto 29; 24 gennaio 2002, causa C-164/99, *Portugaia Construções*, in *Raccolta*, p. I-787 ss., punto 17. In particolare, l'imposizione alle imprese straniere del requisito della residenza, della sede legale o di una dipendenza nel territorio nazionale è considerato «di fatto la negazione stessa della libertà fondamentale di prestazione dei servizi», richiedendosi di conseguenza per la sua ammissibilità che esso costituisca «una condizione indispensabile per raggiungere lo scopo perseguito»: v. *inter alia* sentenze 9 luglio 1997, in causa C-222/95, *Parodi*, in *Raccolta*, p. I-3899 ss., punto 31; 29 maggio 2001, in causa C-263/99, *Comm. c. Italia*, in *Raccolta*, p. I-4195 ss., punto 20; 25 ottobre 2001, in causa C-493/99, *Comm. c. Germania*, in *Raccolta*, p. I-8163 ss., punto 19; 7 luglio 2002, in causa C-279/00, *Comm. c. Italia*, in *Raccolta*, p. I-1425 ss., punto 18.

¹¹¹ Sentenza 25 luglio 1991, in causa C-76/90, *Säger*, in *Raccolta*, p. I-4221 ss., punto 12. Cfr. la comunicazione interpretativa della Commissione concernente la libera circolazione dei servizi, in *Gazz. Uff. Com. eur.*, n. C 334 del 9 dicembre 1993. Delle tante sentenze che hanno confermato la giurisprudenza *Säger*, v. le sentenze 23 novembre 1999, cause riunite C-369/96 e C-376/96, *Arblade e Leloup*, in *Raccolta*, I-8453 ss., punto 33; 20 febbraio 2001, in causa C-205/99, *Anafir*, in *Raccolta*, p. I-1271 ss., punto 21; 15 marzo 2001, causa C-165/98, *Mazzoleni e ISA*, in *Raccolta*, p. I-2189 ss., punto 22; le già citate *Finalarte* e *Portugaia Construções*, rispettivamente, punti 28 e 16;

qualsiasi discriminazione nei confronti del prestatore di servizi stabilito in un altro Stato membro in base alla cittadinanza, ma anche la soppressione di qualsiasi restrizione, anche qualora essa si applichi indistintamente ai prestatori nazionali e a quelli degli altri Stati membri, allorché sia tale da vietare, ostacolare [o comunque rendere meno attraenti] le attività del prestatore stabilito in un altro Stato membro ove fornisce legittimamente servizi analoghi». ¹¹²

Si consolida, dunque, per il commercio intracomunitario in beni e in servizi, quello che è stato definito «principio del mutuo riconoscimento» o «principio di equivalenza». ¹¹³ La disparità dei regimi giuridici nazionali è invero riconosciuta come causa di ostacolo alla libertà degli scambi. I beni sono prodotti e commercializzati nel rispetto delle prescrizioni di uno Stato membro; analogamente, le attività di prestazione di servizi si conformano alle condizioni di accesso e di esercizio vigenti in uno Stato membro, di norma quello in cui il prestatore è stabilito. Nel momento in cui attraversano una frontiera, però, beni e servizi devono confrontarsi con le legislazioni degli altri Stati membri. Ne deriva che la loro circolazione è impossibile *tout court*, ovvero più difficile, o meno facile che nello Stato d'origine, vuoi perché le legislazioni degli altri Stati impongono prescrizioni aggiuntive, vuoi anche, e soprattutto, perché ogni Stato esige il rispetto sul suo

da ultimo 13 febbraio 2003, in causa C- 131/01, *Comm. c. Italia*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, punto 26.

¹¹² Nella sentenza *Gouda* (in causa C-288/89, in *Raccolta*, p. I-4007 ss.), resa lo stesso giorno della *Säger*, la Corte spiega bene come l'effetto restrittivo dell'applicazione delle norme dello Stato di destinazione del servizio sia conseguenza della disparità delle legislazioni nazionali. Al punto 12, statuisce infatti che «in mancanza di armonizzazione delle norme applicabili ai servizi, o di un regime di equivalenza», degli ostacoli alla libertà *de qua* possono provenire «dall'applicazione delle normative nazionali, che riguardano ogni persona stabilita sul territorio nazionale, a dei prestatori stabiliti sul territorio di un altro Stato membro, i quali devono già soddisfare le prescrizioni della legge di questo Stato» (traduzione libera dal francese) (corsivo aggiunto).

¹¹³ Nella sentenza 11 maggio 1989, in causa 25/88, *Bouchara*, in *Raccolta*, p. I-1105 ss., la Corte richiama esplicitamente un principio di «reciproca fiducia» fra Stati membri. Per la dottrina, v. HATZOPOULOS, *Le principe communautaire d'équivalence* cit., in particolare p. 104 ss., con riguardo all'affermazione giurisprudenziale del principio; ROSSOLILLO, *Mutuo riconoscimento e tecniche conflittuali*, Padova, 2002; MENGOZZI, *Il diritto della Comunità europea*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* (diretto da Galgano), vol. XV, Padova, 1990, p. 319 ss.; LUZZATTO, *La libera prestazione dei servizi bancari nella Cee ed il principio del mutuo riconoscimento degli enti creditizi*, in *Foro it.*, 1990, c. 443 ss.; ROSSI, *Il "buon funzionamento del mercato comune"* cit., p. 53 ss.; DANIELE, *Il diritto materiale* cit., p. 53 ss.; TESAURO, *Diritto comunitario* cit., p. 413 s. V. inoltre, anche se con riferimento specifico all'art. 100 B tr. CE, ora abrogato dal trattato di Amsterdam: BARATTA, *L'equivalenza delle norme nazionali* cit.

territorio della propria legge, senza tenere in conto alcuno che il bene o il servizio ottemperano già alle prescrizioni dettate dalla legislazione di un altro Stato.¹¹⁴ In altri termini, in mancanza di armonizzazione delle legislazioni, il mercato unico è frammentato in una pluralità di ordinamenti non coordinati tra loro.

Il mutuo riconoscimento è appunto il criterio cui ricorre la Corte per assicurare, in una certa misura, questo coordinamento. Esso presenta senz'altro una valenza negativa, allorché comporta per lo Stato di importazione di un bene – o di prestazione di un servizio – il divieto di applicare in modo automatico e assoluto la propria normativa allorché il bene o il servizio sia conforme alla legge di un altro Stato, e in particolare quello di origine. Si prende atto, infatti, che la situazione transfrontaliera è già retta dalla normativa di un altro Stato membro, la quale si presume equivalente.¹¹⁵

¹¹⁴ Per un'analisi degli ostacoli agli scambi derivanti da misure non discriminatorie in termini di conflitto di leggi, v. FALLON, *Les conflits de lois et de juridictions* cit., p. 53 s., il quale distingue l'ipotesi della «confrontation entre des volontés concurrentes d'application de lois différentes» da quella «où des lois différentes veulent régir un bien ou une personne déterminés, mais de manière distributive en fonction de la localisation de la situation» (corsivo aggiunto). In termini analoghi BERNARD, *La libre circulation sous l'angle de la compétence* cit., p. 32 s. l'A. parte dalla constatazione che la differenza tra il mercato comunitario e un mercato nazionale risiede nel fatto che «un marché englobant plusieurs Etats implique un environnement législatif consistant d'une pluralité d'ordres juridiques», il che comporta che «les agents économiques opérant à travers les frontières verront donc leurs activités régies par plusieurs ordres juridiques, dont les prescriptions peuvent être divergentes ou incompatibles». Proponendo una lettura in termini di conflitto di leggi dei problemi posti da questo genere di ostacoli, l'A. individua giocoforza due soluzioni possibili, se si vuole classiche: quella della normazione uniforme per tutto il mercato unico; quella di «établir une règle de conflit, qui attribuera à un seul ordre juridique le soin de régler une question donnée». Conseguentemente, viene proposta una lettura della libertà di circolazione come ayant pour but de réaliser un tel système de répartition des compétences».

¹¹⁵ In questo senso, MENGOZZI, *Il diritto della Comunità europea* cit., p. 324: «Si può ragionevolmente ritenere che il ruolo del principio del mutuo riconoscimento sia quello di dar luogo a quella sorta di onere della prova che in detta giurisprudenza la Corte viene a porre a carico di chi intende invocare esigenze imperative tutelate dal diritto nazionale del paese in cui la libera circolazione di merci comunitarie vuole essere esercitata assumendo che esse non siano sufficientemente tutelate dalle norme che hanno presieduto alla loro produzione, commercializzazione o messa in libera pratica in un altro paese della Comunità. Onere della prova che si traduce, in termini obbiettivi, in una "presunzione di equivalenza" delle legislazioni degli Stati membri della Comunità» (cfr. *infra* nota 136). In senso conforme, BARATTA, *L'equivalenza delle norme nazionali* cit., p. 734 s. (anche per ulteriori richiami bibliografici); HATZOPOULOS, *Le principe communautaire d'équivalence* cit., p. 128; ROSSOLILLO, *Mutuo riconoscimento* cit., p. 206 ss.. Si deve però osservare che, secondo quanto sembra sostenere HATZOPOULOS, *op. cit.*, p. 189 e 197, il principio di equivalenza avrebbe conosciuto un'evoluzione, nel senso che da sorta di «règle procédurale de preuve... traçant les limites d'application du principe de traitement national», sarebbe divenuto «une règle substantielle, qui sert à définir, de manière positive, les conditions dans

Il principio conosce tuttavia un'eccezione importante. Nel momento stesso in cui estende il divieto di restrizioni anche alle misure indistintamente applicabili, la Corte riconosce la prevalenza sulle libertà economiche di circolazione di obiettivi di interesse generale, di carattere non economico.¹¹⁶ Laddove, infatti, le legislazioni nazionali perseguano concretamente uno di questi obiettivi, la loro applicazione, non discriminatoria, anche alle fattispecie transfrontaliere non è vietata dal trattato, purché ciò sia proporzionale al conseguimento dell'obiettivo.¹¹⁷

Ad un'analogia evoluzione verso un criterio funzionale fondato sull'effetto restrittivo derivante dall'applicazione delle norme dello Stato di destinazione, volto a superare il principio del trattamento nazionale, si assiste anche nel campo della libertà di stabilimento. Pur sottolineando a più riprese la differenza «ontologica» con la libera prestazione dei servizi, data dalla diversa intensità del legame socio-economico con lo Stato di destinazione,¹¹⁸ la Corte ha in primo luogo interpretato in senso sempre più sostanziale e quindi estensivo la nozione di discriminazione. Inoltre, almeno in pronunce più recenti, essa sembrerebbe prescindere dall'analisi degli effetti discriminatori della misura nazionale per fondarsi invece sull'idea di ostacolo alla libertà di stabilimento. Sarebbe così vietata dall'art. 43 tr. CE ogni misura nazionale che possa ostacolare o scoraggiare l'accesso o l'esercizio di

lesquelles se réalise la libre prestation de services ainsi que les compétences résiduelles laissées à l'Etat membre d'accueil».

¹¹⁶ La terminologia utilizzata dalla Corte è varia: «esigenze imperative» (sentenza *Cassis de Dijon*) o «finalità di interesse generale» (sentenza *Bellamy*), per quanto concerne le merci; «ragioni imperative (o imperiose) di interesse generale», nel campo dei servizi; «motivi imperiosi di interesse pubblico», per la libertà di stabilimento. Non sembra però dubbio che le diverse nozioni esprimano il medesimo concetto. Sulle cause di deroga alle libertà di circolazione, v. *infra* par. 11.

¹¹⁷ Anche in questa fase, tuttavia, si riaffaccia il principio di equivalenza sotto forma di uno dei criteri di valutazione della causa di giustificazione. Perché l'applicazione di una norma dello Stato di destinazione volta alla tutela di un motivo d'interesse possa considerarsi proporzionata al raggiungimento di detto obiettivo occorre infatti che esso non sia già soddisfatto in modo equivalente dalla legislazione dello Stato di origine. V. *infra* par. 11.

¹¹⁸ L'espressione è di CONDINANZI, NASCIBENE, *Libera prestazione dei servizi* cit., p. 298, che spiegano appunto la differente estensione del principio di parità di trattamento in materia di servizi transfrontalieri rispetto allo stabilimento, proprio in ragione del minore «attacco» sociale dell'operatore economico con lo Stato membro sul cui territorio è svolta l'attività. In termini analoghi, tra gli altri, TESAURO, *Diritto comunitario* cit., p. 540 s.; HATZOPOULOS, *Le principe communautaire d'équivalence* cit., p. 183 ss. Cfr. sentenze citate *supra* in nota 111.

un'attività economica da parte di soggetti stranieri, pur se indistintamente applicabile ad essi come ai nazionali.¹¹⁹

10. Verso un «single approach»? Il problema della giurisprudenza sulle «modalità di vendita».

Questa convergenza nell'interpretazione delle diverse libertà di circolazione lascerebbe presupporre che la Corte segua un approccio unitario a prescindere dalla libertà in rilievo nel caso concreto. La dottrina ha così analizzato il copioso materiale giurisprudenziale, per verificare, da un lato, se effettivamente la Corte di giustizia segua un «single approach» e se sia opportuno, dall'altro, affrontare con metodo uniforme per tutte le libertà gli ostacoli derivanti dalla persistente disparità tra le legislazioni nazionali. Più in concreto, la questione si pone in materia di merci e servizi, a fronte degli sviluppi di senso opposto che sembrano caratterizzare la giurisprudenza comunitaria più recente.¹²⁰

Nel settore delle merci, infatti, la Corte sembrerebbe essere tornata sui suoi passi rispetto agli avanzamenti della giurisprudenza *Dassonville* e soprattutto *Cassis de Dijon*. Nella sentenza *Keck et Mithouard* del 24 novembre 1993, adita sul punto se una normativa francese che vieta in termini generali la rivendita sottocosto debba essere qualificata quale misura di effetto equivalente ai sensi dell'art. 28 tr. CE, la Corte risponde che «contrariamente a quanto sino ad ora statuito, non può

¹¹⁹ V. sentenze 31 marzo 1993, in causa C-19/92, *Kraus*, in *Raccolta*, p. I-1663 ss., punto 32; *Gebhard* (citata in nota 49), punto 37; 1 gennaio 2001, in causa C-108/96, *Mac Quen*, in *Raccolta*, p. I-837 ss., punto 26. Quest'evoluzione della giurisprudenza è colta in dottrina, tra gli altri, da CONDINANZI, *La libertà di stabilimento* cit., p. 171 ss.; HANSEN, *Full Circe: Is there a Difference between the Freedom of Establishment and the Freedom to Provide Services*, in in ANDENAS, ROTH (eds.), *Services and Free Movement in EU* cit., p. 197 ss.; MARTIN, «Discriminations», «entraves» cit., p. 584 ss.; TESAURO, *Diritto comunitario* cit., p. 508 ss.; TRUCHOT, *Article 43*, in *Commentaire Léger*, p. 388 ss.; ROSSOLILLO, *Mutuo riconoscimento* cit., p. 49 ss.; WEISS, WOOLDRIDGE, *Free Movement of Persons Within the European Community*, The Hague-London-New York, 2002, p. 81 ss. per un'opinione, sostenuta da validi argomenti, nel senso che la libera prestazione dei servizi si vede riconosciuto dalla giurisprudenza un trattamento più liberale rispetto alle altre libertà di circolazione delle persone (lavoratori, stabilimento), v. HATZOPOULOS, *Le principe communautaire d'équivalence* cit., p. 173 ss.

¹²⁰ Per maggiori approfondimenti sul tema si rinvia, in particolare, ai vari contributi raccolti nel volume ANDENAS, ROTH (eds.), *Services and Free Movement in EU Law* cit. V. anche SNELL, *Goods and Services in EC Law. A Study of the Relationship between the Freedoms*, Oxford, 2002.

costituire ostacolo diretto o indiretto, in atto o in potenza, agli scambi commerciali tra gli Stati membri ai sensi della giurisprudenza *Dassonville* ... l'assoggettamento di prodotti provenienti da altri Stati membri a disposizioni nazionali che limitino o vietino talune modalità di vendita», sempreché due requisiti siano cumulativamente soddisfatti: che «tali disposizioni valgano nei confronti di tutti gli operatori interessati che svolgano la propria attività sul territorio nazionale» e che «incidano in egual misura, tanto sotto il profilo giuridico quanto sotto quello sostanziale, sullo smercio dei prodotti sia nazionali sia provenienti da altri Stati membri». ¹²¹

Infatti, come spiega subito la Corte, «ove tali requisiti siano soddisfatti, l'applicazione di normative di tal genere alla vendita di prodotti provenienti da un altro Stato membro e rispondenti alle norme stabilite da tale Stato *non costituisce elemento atto ad impedire l'accesso di tali prodotti al mercato o ad ostacolarlo in misura maggiore rispetto all'ostacolo rappresentato per i prodotti nazionali*». ¹²²

La sentenza è stata fatta segno di forti critiche in dottrina. ¹²³ In particolare, queste si fondano sul fatto che la Corte avrebbe introdotto una surrettizia distinzione tra le norme che concernono la produzione e la commercializzazione dei beni (i c.d. *product requirements*), da un lato, e quelle concernenti i metodi di vendita o di promozione delle vendite (c.d. *selling arrangements*), dall'altro. Alle prime continuerebbe ad applicarsi il metodo funzionale della giurisprudenza *Cassis de Dijon*, mentre per le seconde sarebbe reintrodotta il criterio del carattere discriminatorio. Un simile approccio, rigido e formale, sarebbe in contraddizione con l'elasticità propria della regola posta dalla sentenza *Dassonville*, che guarda agli

¹²¹ Sentenza 24 novembre 1993, nelle cause riunite C-267/91 e C-268/91, *Keck et Mithouard*, in *Raccolta*, p. I-6097 ss., punto 16 (corsivo aggiunto). In termini identici, la Corte si pronuncia pochissimo dopo, nella sentenza 15 dicembre 1993, in causa C-292/92, *Hünernmund*, in *Raccolta*, p. I-6787 ss., punto 21 (conclusioni avv. gen. Tesauero). Per un quadro della giurisprudenza antecedente, si rinvia alle citate conclusioni di Tesauero, punto 12 ss., il quale la definisce peraltro «di non facile lettura sistematica». Per la dottrina precedente che s'interrogava sull'opportunità di una rivisitazione della giurisprudenza comunitaria, v. per tutti STEINER, *Drawing the Line: Uses and Abuses of Artiche 30 EEC*, in *Common Market Law Rev.*, 1992, p. 749 ss.

¹²² Sentenza *Keck* cit., punto 17; sentenza *Hünernmund* punto 21.

¹²³ Dei numerosissimi commenti alla sentenza, si ricordano per tutti: BARUFFI, *Il divieto di rivendita sottocosto e la nuova giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Dir. Comm. int.*, 1995, p. 91 ss.; REICH, *The «November Revolution» of the European Court of Justice: Keck, Meng and Audi Revisited*, in *Common Market Law Rev.*, p. 459 ss.; PICOD, *La nouvelle approche de la Cour de justice en matière d'entraves aux échanges*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 1998, p. 169 ss., anche per ulteriori riferimenti bibliografici.

effetti che l'applicazione di una data normativa, quale ne sia l'oggetto, potrebbe produrre, anche solo potenzialmente, sugli scambi transfrontalieri di merci. Di fatto, quindi, la giurisprudenza *Keck* avrebbe ridotto la portata espansiva propria della formula *Dassonville*.¹²⁴

Le norme relative alle modalità di esercizio dell'attività commerciale non sembrano invece essere escluse dalla nozione di restrizione alla libera prestazione di servizi. Invero, la Corte, allorché le è stata esplicitamente posta la questione se le soluzioni della giurisprudenza *Keck* valgano anche in questa materia, non ha espresso una posizione in principio contraria. Si discuteva, nel caso di specie, della compatibilità con l'art. 49 tr. CE del divieto imposto dall'amministrazione olandese ai prestatori di servizi finanziari stabiliti nei Paesi Bassi di contattare telefonicamente i potenziali clienti senza il loro preventivo consenso (c.d. *cold calling*).¹²⁵ La Corte riconosce innanzitutto che tale divieto è atto a costituire una restrizione alla libera prestazione di servizi, poiché priva gli operatori interessati «di una tecnica rapida e diretta per farsi pubblicità e contattare potenziali clienti che si trovano in altri Stati membri».¹²⁶ Quindi, rigetta la tesi di un'analogia tra la disciplina in oggetto e le misure non discriminatorie relative a modalità di vendita ai sensi della sentenza *Keck*. Occorre osservare che la Corte non nega in principio la possibilità di applicare i criteri elaborati da quella giurisprudenza; anzi, essa li applica per giungere a un esito negativo. Ritiene, infatti, che il divieto *de quo*, riguardando non solo le offerte fatte a destinatari stabiliti nel medesimo Stato del prestatore di servizi o che vi si recano per riceverli, ma anche le offerte rivolte a destinatari che si trovano sul territorio di un altro Stato membro, «condiziona

¹²⁴ V. in particolare PICOD, *La nouvelle approche de la Cour* cit., spec. p. 172 ss.; REICH, *The «Novembre Revolution»* cit., p. 465 ss. Oggetto di critica è in particolare una parte dell'argomentazione della Corte. Essa constata invero che le normative che disciplinano l'esercizio dell'attività commerciale nello Stato di smercio di un prodotto non mirano a disciplinare gli scambi di merci tra gli Stati membri. Tali normative possono dunque restringere il volume delle vendite di beni, indipendentemente dalla loro origine. La restrizione dei flussi di importazione sarebbe dunque solo una conseguenza, eventuale e indiretta, della riduzione del volume del commercio interno allo Stato (v. sentenza *Keck* citata, punti 12 s.).

¹²⁵ Sentenza *Alpine Investments* citata in nota 32, punto 33 ss. La situazione, benché insolita dal momento che la restrizione era posta dallo Stato d'origine, rileva per il regime di libera prestazione dei servizi in quanto il divieto valeva anche per i servizi offerti a potenziali clienti residenti in altri Stati membri.

¹²⁶ Punto 28 della sentenza citata.

*direttamente l'accesso al mercato dei servizi negli altri Stati membri. Esso è quindi atto ad ostacolare il commercio intracomunitario dei servizi».*¹²⁷

La soluzione della Corte sembra fondarsi più su una valutazione delle circostanze del caso specifico, che non su una posizione di principio. La questione rimane dunque aperta se l'atteggiamento della Corte sia o no diverso. In dottrina sono state proposte varie letture, alcune volte a cercare un criterio unitario, altre invece che hanno sottolineato le differenze.¹²⁸

A mio avviso, l'unitarietà di metodo e soprattutto il principio del mutuo riconoscimento non sono posti seriamente in discussione dalla Corte. Anzi, la giurisprudenza *Keck* sembra riportare la nozione di «ostacolo» derivante da misure c.d. indistintamente applicabili alle sue giuste proporzioni. Una restrizione agli scambi tra Stati membri, vietata dal diritto comunitario, si verifica quando le normative dei singoli Stati creino un impedimento all'accesso al mercato nazionale. Quest'impedimento è *in re ipsa* laddove tali normative siano discriminatorie, *de jure* come *de facto*; può essere altresì causato da misure non discriminatorie, ma solo quando si pone un problema di disparità delle legislazioni nazionali. Ora, riguardo alle modalità di vendita (e di pubblicità) di un bene o di un servizio, la diversità delle discipline nazionali non viene necessariamente in rilievo allo stesso modo per la libera circolazione delle merci, da un lato, e per quella dei servizi, dall'altro.¹²⁹

Tra il commercio di beni e quello di servizi possono individuarsi almeno due, importanti differenze. In primo luogo, nella vita economica dei beni tra la produzione e la vendita al consumatore finale possono avvenire diversi passaggi. Non altrettanto può invece dirsi per i servizi, rispetto ai quali sarebbe impossibile

¹²⁷ Punto 38 della sentenza citata (corsivo aggiunto).

¹²⁸ V. in argomento BERNARD, *La libre circulation* cit., p.14 ss. (anche per ulteriori riferimenti bibliografici); HATZOPOULOS, *Le principe communautaire d'équivalence* cit., p. 233 ss.; ID, *Recent developments* cit., p.66 ss.; FALLON, *Les conflits de lois et de juridictions* cit., p. 55 ss.; ROSSOLILLO, *Mutuo riconoscimento* cit. p.187 ss.; DANIELE, *Il diritto materiale* cit., p. 111.; MASTROIANNI, *La libera prestazione dei servizi* cit. nota 110 a p. 224. V. inoltre la dottrina citata in nota 121.

¹²⁹ Si osserva infatti che, sebbene le sentenze sulle modalità di vendita nella libera circolazione di merci non vi facciano espressa menzione, il problema della diversità delle legislazioni nazionali costituisce il *leit motiv* delle conclusioni dell'avv. gen. TESAURO nella causa *Hünernund*. Cfr. in dottrina TESAURO, *Diritto comunitario* p. 422; MARINI, *La libera circolazione delle merci* cit. p. 194.

distinguere tra «produzione» e «distribuzione», così come tra oggetto e modo della prestazione.

In secondo luogo, alla luce di queste differenze di carattere sostanziale, nel commercio internazionale dei beni è possibile distinguere almeno tre diversi momenti: la produzione, l'importazione e, infine, la vendita finale. Quest'ultima fase di distribuzione nel paese d'importazione è, di norma, affidata a operatori commerciali ivi stabiliti.¹³⁰ Nel commercio transnazionale di servizi, invece, una analoga distinzione non sarebbe configurabile.

Un riflesso di questo diverso modo di essere delle due branche del commercio internazionale si trova anche nel trattato. come si è già visto, infatti, lo stabilimento delle parti in Stati membri diversi è condizione necessaria per l'applicazione della libera prestazione dei servizi, ma non per quella delle merci.

Ne consegue che le ipotesi rilevanti per il regime di libera prestazione dei servizi vedono necessariamente la concorrenza tra almeno due discipline nazionali relative alle «modalità di vendita» dei servizi: quella dello Stato in cui il prestatore è stabilito, e quella dello Stato (o degli Stati) in cui il servizio è reso. Dalla diversità di tali discipline deriva l'ostacolo al commercio intracomunitario.

Al contrario, l'ipotesi di concorrenza tra norme di diversi Stati relative alle modalità di vendita di un bene non si pone che raramente per la libera circolazione delle merci.¹³¹ Nella maggioranza dei casi, nella misura in cui la relativa disciplina dello Stato di importazione di un bene si applica agli operatori ivi stabiliti, senza distinguere se vendano beni nazionali o importati, un problema di disparità di legislazioni nazionali non si pone affatto. Da qui si spiega, dunque, l'irrelevanza della disciplina delle «modalità di vendita» per la circolazione transfrontaliera dei beni, e la conseguente inapplicabilità dell'art. 28 tr. CE. Tale disciplina, poiché riguarda direttamente l'esercizio dell'attività commerciale, e solo indirettamente lo

¹³⁰ Nella maggioranza dei casi che hanno dato origine alla giurisprudenza comunitaria in materia, in particolare nelle cause *Keck e Hünermund*, erano del tutto assenti elementi di internazionalità.

¹³¹ Si pensi, ad esempio, a un divieto di pubblicità per prodotti parafarmaceutici. Se esso è imposto ai soli distributori, e non ai produttori, esso può creare un ostacolo agli scambi di merci solo quando il distributore è straniero, e quindi sottoposto a un diverso regime. Diversamente, se il divieto riguarda anche i produttori, esso diviene allora un possibile ostacolo alla circolazione dei beni nella misura in cui essi non possono utilizzare un medesimo metodo di promozione per tutti gli Stati membri.

scambio di beni: nella misura in cui, dunque, essa si applica solo agli operatori economici nazionali, senza per ciò creare una barriera all'accesso dei prodotti esteri, essa non può rilevare per il diritto comunitario.

È appena il caso di dire, in chiusura, che una diversa lettura della nozione di ostacolo di cui alla sentenza *Dassonville* avrebbe come conseguenza un eccessivo, e illegittimo, ampliamento della sfera d'incidenza del diritto comunitario sul diritto nazionale. Tale eccesso non è conforme all'obiettivo dell'instaurazione del mercato comune. Questo mira, infatti, solo a liberalizzare gli scambi intracomunitari, ossia all'integrazione dei mercati nazionali, e non a promuovere in senso generale e assoluto un principio di libertà economica.¹³² A conferma di ciò, soccorre soprattutto la consolidata esclusione delle situazioni c.d. interne dalla sfera di operatività delle libertà di circolazione, volta a preservare il libero esercizio dei poteri legislativi nazionali in tutti i casi in cui non possa incidere negativamente sul commercio intracomunitario.

11. Le condizioni per la compatibilità di una misura restrittiva con il diritto comunitario: in particolare, la tutela dei consumatori.

L'accertamento dell'effetto restrittivo sul commercio intracomunitario derivante dall'applicazione di una misura nazionale non comporta *ipso facto* la sua contrarietà ai principi di libera circolazione. L'esigenza della liberalizzazione degli scambi transfrontalieri, oggetto delle libertà fondamentali, non prevale in senso assoluto su interessi di natura diversa che, in mancanza di una regolamentazione uniforme a livello sopranazionale, continuano ad essere autonomamente perseguiti dagli Stati membri.¹³³ Al contrario, lo stesso diritto comunitario si fa carico di

¹³² Così in dottrina TESAURO, *Diritto materiale* cit. p. 418; BERNARD, *La libre circulation* cit. p. 25 ss.; MARINI, *Libera circolazione delle merci* cit. p. 195. Questo argomento rappresenta la ragione sostanziale della soluzione suggerita dall'avv.gen. TESAURO, nella causa *Hünernmund*, accolta dalla Corte nella sentenza omonima e nella *Keck*.

¹³³ Che si tratti di interessi diversi risulta in modo inequivocabile dalla costante giurisprudenza della Corte che esclude dal novero sia delle ipotesi tassativamente previste nel trattato, sia delle esigenze imperative, motivi di natura puramente economica: *inter alia* sentenze *Kohll* (citata a nota 79), punto 41; *Finalarte*, punto 39, e *Portugaia Construções*, punto 26 (citato in nota 111). Così, ad esempio, nell'ipotesi di distacco di lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi transfrontaliera, se la tutela dei lavoratori distaccati costituisce senz'altro un legittimo motivo di restrizione, non altrettanto deve dirsi non solo per la protezione delle imprese nazionali dello Stato del distacco, ma neppure per la protezione del mercato del lavoro di questo Stato. Per utili indicazioni sul metodo interpretativo

cercare un equilibrato contemperamento tra le due esigenze, secondo un duplice parametro: l'identificazione dei motivi d'interesse generale che siano riconosciuti dall'ordinamento comunitario come legittima causa di ostacoli agli scambi, da un lato; la previsione di un metodo applicativo volto ad assicurare che la tutela dell'interesse generale non causi un pregiudizio eccessivo alla libertà degli scambi, dall'altro lato.¹³⁴

Lo stesso trattato prefigura innanzitutto una serie di cause di giustificazione; inoltre, nel momento stesso in cui ha esteso il divieto di restrizioni anche alle misure indistintamente applicabili, la Corte di giustizia si è premurata di riconoscere ulteriori motivi di interesse generale, atti a rendere quelle misure legittime per il diritto comunitario. Pur con le dovute differenze, emergono dalla prassi giurisprudenziale alcuni caratteri generali, validi per entrambe le categorie di cause di giustificazione, accomunate dal fatto di comportare una deroga alle libertà fondamentali di circolazione. Così, in primo luogo, esse devono essere oggetto di una interpretazione restrittiva.¹³⁵ Inoltre, la loro ammissione non costituisce affatto una riserva di competenza esclusiva degli Stati in determinate materie, ma piuttosto un limite che questi incontrano nell'esercizio dei loro poteri sovrani ove esso contrasti con il diritto comunitario.¹³⁶ Infine, la sola esistenza di un interesse

che il giudice nazionale deve seguire per l'accertamento della finalità oggettiva della norma restrittiva, v. le sentenze *Finalarte e Portugaia Construções* da ultimo citate, rispettivamente, punti 40 ss. e 27 ss.

¹³⁴ Da più parti si sottolinea che la Corte di giustizia, e gli organi giurisdizionali in genere, non siano le istituzioni più adatte a comporre il conflitto immanente tra l'imperativo di libera circolazione (ossia, l'obbligo di non dare applicazione ad una normativa nazionale che abbia un effetto restrittivo sul commercio intracomunitario) e la salvaguardia dell'interesse generale il quale, in linea di massima, dovrebbe prevalere sull'obiettivo dell'abolizione degli ostacoli alla libera circolazione. In questo senso, CHALMERS, SZYSZCZAK, *European Union Law* cit., p. 291.

¹³⁵ Tale criterio ermeneutica si spiega per il fatto che nel sistema comunitario, pur trovando spazio entrambe le opposte esigenze, le libertà di circolazione rappresentano comunque la regola, in virtù del loro carattere di principi fondamentali, e le giustificazioni alle restrizioni l'eccezione. Una manifestazione di ciò si ha sul piano dell'onere della prova. La giurisprudenza afferma ripetutamente che esso incombe sulle autorità nazionali, che devono dimostrare non solo che la misura nazionale, pur restrittiva, è necessaria per conseguire un obiettivo di interesse generale, ma altresì che essa è conforme al principio di proporzionalità: v. da ultimo le sentenze 8 maggio 2003, in causa C-14/02, *ATRAL*, punti 67 s.; 19 giugno 2003, in causa C420/01, *Comm. c. Italia*, punto 30; 23 settembre 2003, in causa C-192/01, *Comm. c. Danimarca*, punto 46, non ancora pubblicate in *Raccolta*. Cfr. in dottrina, per esempio, MASTROIANNI, *La libera prestazione dei servizi* cit., p. 217; DEFALQUE, in *Commentaire Mégret*, p. 233.

¹³⁶ Ciò risulta in particolare dal fatto che nelle materie oggetto di armonizzazione comunitaria non è più ammesso il ricorso da parte di uno Stato alle cause di giustificazione. In questo senso, TESAURO,

generale non è sufficiente a rendere l'applicazione di una misura restrittiva conforme al diritto comunitario, essendo altresì richiesto che siano soddisfatte altre condizioni, espressione in buona sostanza del principio di proporzionalità.¹³⁷

Per quanto riguarda segnatamente i motivi direttamente contemplati nel trattato, rispettivamente, all'art. 30 per il settore delle merci e all'art. 46 per le libertà di stabilimento e di prestazione transfrontaliera di servizi, essi non presentano stretto rilievo per questo studio. Infatti, si tratta di ipotesi tassative, nelle quali non è compresa la tutela dei consumatori.¹³⁸

L'esigenza di tutela dei consumatori rientra invece senz'altro tra le ragioni imperative di interesse generale idonee, secondo la costante giurisprudenza della Corte di giustizia, a rendere legittima per il diritto comunitario, in mancanza di armonizzazione, l'applicazione di misure nazionali indistintamente applicabili.¹³⁹ Tuttavia, deve sussistere un rapporto di proporzionalità tra il soddisfacimento dell'interesse generale, da un lato, e il pregiudizio causato al commercio intracomunitario, dall'altro. Il principio di proporzionalità è, infatti, sotteso ai criteri indicati dalla giurisprudenza per l'ammissibilità di misure restrittive indistintamente applicabili: che esse siano idonee a garantire il conseguimento dello scopo perseguito e non vadano oltre quanto necessario per il suo conseguimento.

Nel giudizio sulla proporzionalità della misura restrittiva ricompare il principio di equivalenza. A volte, infatti, la giurisprudenza indica espressamente che le

Diritto comunitario cit., p. 426 s.; DANIELE, *Il diritto materiale* cit., p. 60 s. *Contra* DEFALQUE, in *Commentaire Mégret*, p. 233. Sulla possibilità per lo Stato di destinazione di invocare un interesse generale già oggetto di armonizzazione minima, v. *infra* par. 12.

¹³⁷ Per considerazioni generali sul punto, si rinvia a CANNIZZARO, *Il principio della proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, Milano, 2000, p. 6 ss. L'A. evidenzia due diverse funzioni assolute dal principio di proporzionalità nel sistema giuridico comunitario: come meccanismo di valutazione del corretto utilizzo delle competenze comunitarie, da un lato; come strumento di controllo dell'esercizio dei poteri discrezionali degli Stati membri ove essi siano suscettibili di interferire con il rispetto degli obblighi derivanti dal trattato, dall'altro lato. E' in questa seconda connotazione che vengono in rilievo le cause di giustificazione degli ostacoli agli scambi. Nello stesso senso, TESAURO, *Diritto comunitario* cit., p. 107 ss.

¹³⁸ V. per tutti DANIELE, *Il diritto materiale* cit., p. 61. Tra le ipotesi previste dall'art. 30 tr. CE figura in particolare la tutela della salute e della vita delle persone; l'art. 46, applicabile anche in materia di servizi in forza dell'espresso rinvio ad esso fatto dall'art. 55, contempla a sua volta la sanità pubblica. Si tratta senz'altro di interessi prossimi a quello di tutela dei consumatori, ma certo di scarso interesse per la materia dei contratti oggetto di questo studio.

¹³⁹ Così già la sentenza *Cassis de Dijon* punto 8. In materia di servizi v. per tutte la sentenza *Gouda* punto 14.

misure restrittive sono giustificate solo se l'interesse generale a cui rispondono non è già tutelato dalle norme dello Stato d'origine del bene o del prestatore del servizio.¹⁴⁰ Più in generale, l'applicazione di una misura dello Stato di destinazione non può dirsi necessaria al perseguimento dell'interesse generale se questo è già soddisfatto dalle norme di un altro Stato membro.¹⁴¹

Il sindacato di proporzionalità della misura restrittiva comporta dunque, da un lato, una valutazione della congruità *in se* della normativa in esame, dall'altro, un confronto tra i diversi modi in cui l'interesse generale trova tutela negli ordinamenti giuridici degli Stati membri.¹⁴² Occorre riconoscere che questa separazione tra i due elementi del giudizio di proporzionalità ha carattere prevalentemente dogmatico, giacché non è sempre possibile coglierla in modo netto e preciso nell'applicazione giurisprudenziale. Resta, tuttavia, il fatto che essa è immanente nella logica del meccanismo delle esigenze imperative.

Quanto al primo aspetto, si tratta innanzitutto di verificare se, attraverso l'imposizione di determinate misure, lo Stato membro persegue effettivamente e adeguatamente un interesse meritevole di tutela per il diritto comunitario. Ciò comporta una valutazione obiettiva della misura senza tenere in conto l'intenzione eventualmente espressa dal legislatore.¹⁴³ Si può inoltre ricavare dalla giurisprudenza comunitaria anche un'indicazione in termini di competenza a tutelare l'interesse generale invocato. Così, con specifico riguardo alla tutela dei consumatori, questa spetta in principio allo Stato in cui essi risiedono. Fatto salvo l'obbligo di assicurare pari tutela ai propri consumatori e a quelli di altri Stati

¹⁴⁰ Così per tutte la più volte citata sentenza *Gouda* punto 13.

¹⁴¹ V. HATZOPOULOS, *Le principe communautaire d'équivalence* cit. p. 117 s.; FALLON, *Le conflits de lois et de juridictions* cit. p. 136 ss.

¹⁴² Si tenga conto che le considerazioni seguenti, per il loro carattere generale, sono condotte con la necessaria dose di semplificazione. Infatti, il controllo di proporzionalità non è certo opera agevole, anche perché spesso rimesso in concreto ai giudici nazionali, pur secondo le indicazioni generali fornite dalla Corte. D'altronde, esso può avere intensità variabile a seconda della materia considerata. Ad esempio, come riconosce l'avv. gen. TIZZANO nelle conclusioni presentate l'11 febbraio 2003 nella causa *Anomar* (punto 71 ss.), riconoscendo un ampio potere discrezionale agli Stati membri nella regolamentazione dei giochi di lotterie e azzardo, la Corte ha di conseguenza «fortemente attenuato» il sindacato di proporzionalità normalmente operato nell'ambito di applicazione delle norme sulla libera prestazione dei servizi. Cfr. STUYCK, *European Consumer Law after the Treaty of Amsterdam: Consumer Policy in or beyond the Internal Market*, in *Common Market Law Rev.*, 2000, p. 391.

¹⁴³ V. a riguardo le sentenze citate *supra* in nota 134.

membri che si rechino sul suo territorio per acquistare beni o servizi,¹⁴⁴ uno Stato membro non potrebbe, infatti, giustificare l'applicazione di norme restrittive nei confronti di operatori stranieri invocando l'esigenza di tutelare i consumatori stranieri.¹⁴⁵ Infine, il giudizio di congruità oggettiva, o di adeguatezza, impone di verificare se altri strumenti meno restrittivi non possano assicurare in modo altrettanto soddisfacente lo scopo perseguito.¹⁴⁶ Così ad esempio, obblighi d'informazione del consumatore devono essere, in linea di massima, preferiti a divieti o altre misure cogenti.¹⁴⁷ D'altra parte, è giurisprudenza costante che il «consumatore di riferimento» per la valutazione della proporzionalità di norme volte alla sua tutela, è un «consumatore medio, normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto».¹⁴⁸

¹⁴⁴ V. *supra* paragrafo 8.

¹⁴⁵ Questa conclusione si ricava dalla già citata sentenza *Alpine Investments*. Nel caso di specie erano invocate dal governo dei Paesi Bassi, a sostegno dell'estensione della portata del divieto di *cold calling* alle offerte di servizi finanziari rivolte ai consumatori residenti in altri Stati membri, due ragioni strettamente connesse: la protezione dei mercati finanziari olandesi, da un lato; la tutela del pubblico degli investitori, dall'altro. Sebbene la Corte non distingua nettamente i due profili nel sindacato di proporzionalità della restrizione, molto probabilmente per la loro stretta connessione nel settore dei servizi finanziari, essa parte tuttavia da una considerazione che può acquistare il valore di criterio generale. Afferma infatti che «anche se la tutela dei consumatori sul territorio degli altri Stati membri non compete in quanto tale alle autorità dei Paesi Bassi, tuttavia la natura e la portata di tale tutela incide direttamente sulla buona reputazione dei servizi finanziari olandesi» (punto 43, corsivo aggiunto). Aggiunge pertanto che «la salvaguardia della buona reputazione del settore finanziario nazionale può quindi costituire un motivo imperativo di interesse pubblico idoneo a giustificare restrizioni alla libera prestazione dei servizi finanziari» (punto 44).

¹⁴⁶ V. ad esempio la sentenza 10 novembre 1982, in causa 261/81, *Rau*, in *Raccolta*, p. 3961 ss., punto 12: «uno Stato membro, se può scegliere fra vari provvedimenti idonei a raggiungere lo stesso scopo, è tenuto ad optare per il mezzo che implica meno ostacoli per la libertà degli scambi». Cfr. MENGOSZI, *European Community Law. From the Treaty of Rome to the Treaty of Amsterdam*, 2nd ed., The Hague-London-Boston, 1999, p. 251 s.

¹⁴⁷ Ad esempio, nella sentenza *Cassis de Dijon*, la fissazione imperativa del contenuto minimo di alcool per i liquori fu ritenuta misura sproporzionata rispetto alla protezione del consumatore da pratiche sleali di produttori o distributori, anche perché «è facile garantire l'adeguata informazione dell'acquirente rendendo obbligatoria l'indicazione della provenienza e della gradazione alcolica sull'imballo dei prodotti» (punto 13) WEATHERILL, BEALMONT, *EC Law*, 2nd ed., London, 1995, p. 510 ss., cfr. PORCARELLI, *La correttezza delle operazioni commerciali: spunti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia delle comunità europee* in *Dir.com.int.*, 1998 p. 225 ss., spec. p. 236 s. Per considerazioni di più ampio respiro v. GRUNDMAN, *Information, Party Autonomy and Economic Agents in European Contract Law*, in *Common Market Law Rev.* 2002 p. 269 ss., spec. 281 s.

¹⁴⁸ V. *inter alia* sentenze 7 marzo 1990, in causa C-362/88, *GB-INNO-BM*, in *Raccolta*, p. I-667 ss.; 13 dicembre 1990, in causa C-238/89, *Pall*, in *Raccolta*, p. I-4827 ss.; 18 maggio 1993, in causa C-126/91, *Yves Rocher*, in *Raccolta*, p. I-2361 ss.; 2 febbraio 1994, in causa C-315/92, *Verband Sozialer Wettbewerb*, in *Raccolta*, p. I-317 ss.; 29 giugno 1995, in causa C-456/93, *Langguth*, in *Raccolta*, p. I-1737 ss.; 6 luglio 1995, in causa C-470/93, *Mars*, in *Raccolta*, p. I-1923 ss.; 16 luglio 1998, in causa C-210/96, *Tuski*, in *Raccolta*, p. I-4657 ss., punto 30 s.; 13 gennaio 2000, in causa C-

Quanto al secondo aspetto, esso è la logica conseguenza del principio di equivalenza, quale criterio fondamentale per superare gli ostacoli frapposti alla realizzazione del mercato unico dalla diversità delle legislazioni nazionali. Il principio del mutuo riconoscimento opera, dunque, a due stadi del sistema di controllo della compatibilità delle norme nazionali con le libertà di circolazione. Al primo stadio, precedentemente esaminato, esso interviene a escludere *tout court* la loro applicazione ove non siano sorrette dall'esigenze di soddisfare obiettivi di interesse generale. Laddove queste esigenze sussistano in concreto, poi, il principio di equivalenza opera nuovamente quale criterio di valutazione della misura in cui esse possono trovare applicazione. Infatti, la loro applicazione trova un nuovo limite qualora l'interesse generale che esse perseguono trova già adeguata protezione da parte della legislazione di un altro Stato membro alla quale l'attività di servizi prestata da un operatore straniero - oppure il bene - è già conforme.

12. L'armonizzazione delle legislazioni nazionali e le libertà di circolazione.

L'affermazione del principio del mutuo riconoscimento nella prassi giurisprudenziale comporta due aspetti che è bene mettere in rilievo. Il primo è stato esaminato nei paragrafi precedenti. Si è visto che il principio di equivalenza si traduce in un limite all'esercizio della sovranità nazionale. Gli Stati membri non possono più pretendere l'applicazione della propria normativa ai beni o ai servizi provenienti da un altro Stato e conformi alla legislazione di quest'ultimo, a meno che il rispetto di detta normativa non sia necessario per realizzare un obiettivo di interesse generale, che non è soddisfatto in maniera equivalente dalla legislazione estera. Solo in questa ipotesi, infatti, l'intralcio agli scambi trova una giustificazione per il diritto comunitario. Il meccanismo dell'equivalenza permette, dunque, un

220/98, *Estée Lauder*, in *Raccolta*, p. I-117 ss., punto ; 4 aprile 2000, in causa C-465/98, *Darbo*, in *Raccolta* p. 2297 ss., punto 20 ss.; 24 ottobre 2002, in causa C-99/01, *Linhart*, punto 31; 6 novembre 2003, in causa C-358/01, *Comm. c. Spagna*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, punto 53. Cfr. in dottrina STUYCK, *European Consumer Law* cit., p. 389 ss. Sul punto v. *amplius* capitolo secondo, par. 1.

armonico coordinamento delle legislazioni nazionali in vista di un migliore soddisfacimento degli obiettivi comunitari di integrazione.

In altri termini, l'apertura ai valori giuridici stranieri è imposta agli Stati membri dall'obbligo di rispettare il diritto comunitario. Per questa medesima ragione, d'altra parte, tale obbligo vale soltanto in relazione a quelle situazioni che comportino un collegamento con più Stati membri e rilevino perciò del mercato unico. Viceversa, per le situazioni c.d. puramente interne, gli Stati non incontrano limiti di sorta e quindi non sono neppure tenuti a dare riconoscimento alle discipline più liberali degli altri Stati.

La seconda conseguenza consiste nel fatto che solo in assenza di una normazione sovranazionale gli Stati restano competenti a disciplinare le attività economiche e, di conseguenza, ad applicare la propria normativa anche alle situazioni intracomunitarie, pur se nei limiti anzidetti. Laddove invece sia intervenuta un'armonizzazione, essendo venuta meno la disparità tra le legislazioni nazionali, le norme dello Stato di destinazione del servizio o di importazione del bene non trovano più ragione per la loro applicazione.

Più correttamente, più che la ragione sostanziale dell'eliminazione della disparità tra le legislazioni nazionali come motivo di ostacolo alle libertà di circolazione, vale un argomento di carattere formale. In effetti, dalla lettura della giurisprudenza comunitaria emerge che, laddove un determinato settore sia stato oggetto di misure comunitarie di armonizzazione, gli Stati membri sarebbero privati del potere di adottare proprie norme nel settore. Di conseguenza, non si pone più un problema di esercizio dei propri poteri sovrani nel rispetto dei principi posti dal trattato, ma soltanto un problema di corretto adempimento dell'obbligo di dare attuazione al diritto derivato. In questo senso, infatti, deve intendersi l'affermazione ricorrente nella giurisprudenza della Corte per cui «quando un problema è disciplinato in modo armonizzato a livello comunitario, qualunque provvedimento nazionale in materia deve essere valutato in rapporto alle disposizioni di tale misura

di armonizzazione» e non agli articoli del trattato sulle libertà di circolazione e le relative eccezioni consentite.¹⁴⁹

Il rapporto tra misure di armonizzazione e libertà di circolazione deve essere meglio precisato, sotto un duplice profilo. In primo luogo, bisogna distinguere l'ipotesi in cui si sia fatto ricorso al regolamento come strumento di armonizzazione da quella in cui sia stata adottata una direttiva.¹⁵⁰ Invero, se nel primo caso, data la diretta applicabilità dei regolamenti, un unico strumento normativo sarà applicabile da tutti gli operatori giuridici in tutto il territorio comunitario, nel caso delle direttive, ad essere in concreto applicate sono pur sempre le norme degli ordinamenti nazionali, nei quali la direttiva deve essere integrata attraverso il procedimento di attuazione. Rimane dunque aperta la questione, in relazione alle fattispecie transfrontaliere, di sapere quale legislazione nazionale di attuazione della direttiva sia in concreto applicabile. Una lettura conforme ai principi di libera circolazione imporrebbe che ciascun operatore economico sia tenuto a ottemperare esclusivamente alle norme nazionali di attuazione dello Stato in cui è stabilito, purché queste, ovviamente, siano conformi al dettato delle direttive.¹⁵¹

In secondo luogo, occorre precisare che l'effetto di «esclusione» della disciplina comunitaria derivata è stato affermato dalla Corte in termini assoluti

¹⁴⁹ Così una giurisprudenza costante: v. *inter alia* sentenze 11 dicembre 2003, in causa C-322/01, *Deutscher Apothekerverband*, punto 64 (cfr. le conclusioni dell'avv. gen. Stix-Hackl, presentate l'11 marzo 2003, punto 48, che parla di «principio generale secondo cui disposizioni di diritto derivato possono prevalere su disposizioni di diritto primario»); 24 ottobre 2002, in causa C-99/01, *Linhart*, punto 18; 13 dicembre 2001, in causa C-324/99, *DaimlerChrysler*, in *Raccolta*, p. I-9897 ss., punto 32; 12 ottobre 1993, in causa C-37/92, *Vanacker e Lesage*, in *Raccolta*, p. I-4947 ss., punto 9; 23 novembre 1989, in causa 150/88, *Parfimerie-Fabrik 4711*, in *Raccolta*, p. 3891 ss., punto 28. Si tratta invero di un'applicazione del generale principio della *pre-emption* comunitaria, in forza del quale, nei settori in cui la Comunità ha una competenza concorrente con quella degli Stati membri, quale appunto la realizzazione del mercato unico, l'azione unilaterale degli Stati non è ammessa che nella misura in cui manchi una disciplina comunitaria e soltanto fino a quando la Comunità non sia intervenuta. V. HATZOPOULOS, *Le principe communautaire d'équivalence* cit., p. 272 ss.; DOUGAN, *Minimum Harmonization and the Internal Market*, in *Common Market Law Rev.*, 2000, p. 866 ss.; Conseguentemente, una volta che sia stato adottato un atto di diritto comunitario, venendo meno la competenza nazionale, si deve soltanto valutare la compatibilità del diritto nazionale con l'atto comunitario, da un lato, e il rispetto di quest'ultimo dei principi posti dal diritto comunitario primario. V. a quest'ultimo riguardo, soprattutto le sentenze *Deutscher Apothekerverband* citata, punto 64 *in fine*, e *DaimlerChrysler* citata, punto 30.

¹⁵⁰ Come è noto, il problema si può porre soltanto per gli atti adottati in base all'art. 95 tr. CE, giacché l'art. 94 prevede le direttive come solo strumento cui fare ricorso.

¹⁵¹ V. TESAURO, *Diritto comunitario* cit., p. 426 s.

soltanto laddove l'armonizzazione sia stata «esaustiva».¹⁵² In effetti, laddove l'armonizzazione normativa sia completa, ossia copra ogni aspetto di una determinata fattispecie, non vi sarebbe più spazio per il diritto nazionale. Al contrario, laddove l'armonizzazione sia soltanto «minima», rimane agli Stati una competenza residua, che non può essere esercitata in modo incompatibile con il trattato.

Questo punto merita maggiore attenzione, poiché la nozione di armonizzazione minima presenta una doppia connotazione, che non manca di suscitare qualche ambiguità. Da un lato, infatti, essa è utilizzata con riguardo alla c.d. «nuova strategia» comunitaria per l'azione di armonizzazione normativa enunciata nel Libro bianco del 1985.¹⁵³ Secondo questa nuova strategia, non è necessaria un'armonizzazione completa e dettagliata, ma è invece sufficiente investire solo quei requisiti essenziali che, essendo volti a perseguire un obiettivo di interesse generale, possono causare ostacoli legittimi alle libertà di circolazione.¹⁵⁴ In relazione a questi requisiti, tuttavia, il grado di armonizzazione è «massimo», in quanto è escluso che gli Stati membri possano adottare o mantenere disposizioni diverse.

Rispetto ai settori non coperti dall'armonizzazione, invece, gli Stati rimangono competenti. L'obiettivo del mercato interno è nondimeno realizzato poiché, non sussistendo in principio ragioni di interesse generale, l'applicazione delle norme dello Stato di destinazione a una situazione già conforme alle prescrizioni della legge di un altro Stato membro dovrà ritenersi tendenzialmente incompatibile con le libertà di circolazione. In altri termini, all'armonizzazione per via legislativa si sostituisce un'armonizzazione di fatto e dal basso, attraverso il coordinamento degli

¹⁵² V. le già citate sentenze *Deutscher Apothekerverband*, punto 64; *Linhart*, punto 17; *Parfimerie-Fabrik 4711*, punto 28.

¹⁵³ Il riferimento è al notissimo documento presentato dalla Commissione il 14 giugno 1985, dal titolo «Il completamento del mercato interno. Libro bianco della Commissione per il Consiglio europeo», COM (85) 310 def.

¹⁵⁴ Sarebbe perciò più corretto parlare di armonizzazione «selettiva», in quanto la scelta degli aspetti degli ordinamenti nazionali da armonizzare esprime già un giudizio di valore delle istituzioni comunitarie in ordine alla loro rispondenza a un interesse generale riconosciuto dall'ordinamento comunitario. Tra coloro che in dottrina parlano di armonizzazione «minima» o «selettiva», v. per tutti TIZZANO, *La seconda direttiva banche e il mercato unico dei servizi finanziari*, in *Foro it.*, 1990, IV, 423 ss.

ordinamenti nazionali assicurato dal fondamentale principio del riconoscimento reciproco.¹⁵⁵

La nozione di armonizzazione minima ha un secondo significato più specifico. Con essa ci si riferisce anche alle ipotesi in cui l'azione comunitaria non esclude *tout court* la facoltà degli Stati di adottare o mantenere disposizioni diverse, giustificate dall'esigenze di assicurare una maggiore protezione dell'interesse tutelato. In questo senso, dunque, anche nella materia oggetto di armonizzazione «selettiva» in quanto relativa a ragioni d'interesse generale, il livello di ravvicinamento delle legislazioni nazionali è soltanto «minimo».

Si pone perciò la questione se gli Stati membri possano opporre le proprie norme più protettive anche agli operatori di altri Stati membri, nonostante che essi si siano conformati alla propria legge d'origine, conforme a sua volta allo *standard* minimo comunitario. In altri termini, il problema è se la competenza degli Stati a elevare il livello minimo di tutela comunitario operi solo per le situazioni «puramente interne», e quindi escluse dall'ambito delle libertà di circolazione, oppure anche riguardo a queste ultime, nel rispetto dei principi fissati dal trattato.

Nel primo caso, infatti, il principio del mutuo riconoscimento non incontrerebbe limiti, poiché il grado di armonizzazione raggiunto a livello comunitario, per quanto minimale, varrebbe a rendere equivalenti le legislazioni nazionali. Nel secondo, invece, l'applicazione della normativa nazionale più protettiva dovrebbe essere sottoposta al test di compatibilità elaborato dalla Corte di giustizia, con l'unico accorgimento che il giudizio di proporzionalità sarebbe in questo caso più rigido.

Dalle rapide osservazioni appena formulate appare con sufficiente chiarezza che la concreta portata dei principi di libera circolazione può essere pienamente apprezzata solo se si pongono nella giusta correlazione con l'azione di armonizzazione normativa. In materia di contratti con i consumatori essa ha invero conosciuto un notevole sviluppo, soprattutto nell'arco degli ultimi dieci anni. Tuttavia, essa ha quasi sempre percorso la strada dell'armonizzazione non solo selettiva, conformemente alla nuova strategia del Libro bianco, ma soprattutto

¹⁵⁵ V. TIZZANO, *La «seconda direttiva banche»* cit., 429 s.

minima. La questione del rapporto tra ravvicinamento delle legislazioni nazionali e principi di libera circolazione è perciò di fondamentale importanza. Il problema sostanziale, di natura quasi più di politica legislativa che di stretta interpretazione del diritto positivo, che essa mette in rilievo è se le normative degli Stati membri protettive dei consumatori possa considerarsi sufficientemente equivalenti da permettere il pieno dispiegarsi del principio del mutuo riconoscimento. In questa prospettiva, non può non cogliersi l'interesse del problema per le prospettive di riforma delle norme di conflitto uniformi sulla legge applicabile a questi contratti, almeno per quelle ipotesi che rientrano nell'ambito di applicazione dei principi del mercato interno.

CAPITOLO SECONDO

LA POLITICA COMUNITARIA DI PROTEZIONE DEL CONSUMATORE

SOMMARIO: 1. Le esigenze di protezione del consumatore nel mercato interno. - 2. La dottrina delle «*legitimate expectations*» come principio informatore del diritto comunitario dei consumatori. - 3. L'evoluzione della politica comunitaria di protezione del consumatore dal trattato di Roma del 1957 al recente progetto di Costituzione per l'Europa. - 4. Il rango dell'obiettivo di tutela del consumatore nel sistema giuridico comunitario. - 5. Le direttive comunitarie in materia di contratti conclusi dai consumatori: caratteristiche generali comuni. - 6. (*segue*): quadro di sintesi delle norme materiali contenute nelle direttive. - 7. Le restrizioni agli scambi intracomunitari risultanti dalle norme nazionali di diritto privato. - 8. La disparità delle discipline nazionali sui contratti di consumo come ostacolo alle libertà di circolazione: in particolare, l'esigenza delle imprese comunitarie di adottare strategie commerciali uniformi.

1. Le esigenze di protezione del consumatore nel mercato interno.

Nell'obiettivo dell'instaurazione di un mercato comune comunitario è possibile scorgere due prospettive d'interesse per i consumatori, alle quali corrispondono le due diverse esigenze di tutela che l'opera interpretativa della Corte di giustizia ha messo bene in evidenza. In primo luogo, il consumatore appare come il beneficiario, ancorché «passivo» della progressiva integrazione dei mercati nazionali.¹⁵⁶ Come si è visto nel precedente capitolo, all'estensione della portata dei divieti di restrizioni alla libera circolazione, in maniera tale da ricomprendere anche gli ostacoli derivanti dalla diversità delle legislazioni nazionali, si è logicamente accompagnato il riconoscimento di interessi nazionali - quale appunto la difesa dei consumatori - che, pur se non espressamente previsti dal trattato, meritano

¹⁵⁶ V. WEATHERILL, *Consumer Policy*, in CRAIG, de Búrca (eds.), *The evolution of EU Law*, Oxford 1999, p. 696 ss. Cfr. CHILLON, *Le droit communautaire de la consommation après les traités de Maastricht et d'Amsterdam*, Louvain-la-neuve, 1999, p. 33 ss.

egualmente di essere salvaguardati anche a discapito dell'interesse comunitario all'integrazione dei mercati.¹⁵⁷

In effetti, per poter funzionare correttamente, un mercato ha bisogno di regole, volte da un lato ad assicurare il libero gioco della concorrenza, tutelando così gli interessi degli stessi operatori economici («*the supply side of the market*»), dall'altro, a proteggere interessi diversi, tra i quali quello dei destinatari finali dell'attività economica («*the demand side of the market*»). Per quanto concerne il mercato comunitario, alla prima categoria di regole possono anzitutto ascrivere le stesse libertà fondamentali di circolazione, nella misura in cui esse liberano l'attività economica transfrontaliera delle imprese dai vincoli posti dai legislatori nazionali. Vi si deve poi ricondurre il corpo di regole - del quale il diritto comunitario si è dotato sin da subito (e ancor prima di buona parte degli ordinamenti nazionali) - dirette ad evitare comportamenti delle imprese, così come interventi statali, distorsivi della libera concorrenza nel mercato unico.¹⁵⁸

Quanto alla seconda categoria di regole, invece, che corrisponde a un concetto di giustizia sociale conosciuto da tutti gli ordinamenti giuridici degli Stati membri,¹⁵⁹ il mercato comunitario presenta una peculiarità importante rispetto a un mercato nazionale. La realizzazione degli obiettivi di distribuzione del benessere economico, ed in particolare di tutela dei destinatari finali dell'attività d'impresa, avviene infatti a un doppio livello di intervento normativo: quello decentrato,

¹⁵⁷ V. capitolo primo, par. 11.

¹⁵⁸ Il riferimento è ovviamente alle regole di concorrenza contenute nel capo I del titolo VI del trattato CE. Questa disciplina del mercato esprime un'idea di «giustizia allocativa» (*allocative justice*), giacché mira a garantire il libero svolgimento dell'attività economica per assicurare il corretto funzionamento del mercato. Essa opera perciò in maniera «neutra», a prescindere cioè da considerazioni di equa distribuzione del benessere economico, proprie invece dell'idea di giustizia sociale o distributiva, della quale è espressione il diritto dei consumatori. Per un approfondimento sull'argomento, v. MICKLITZ, *Principles of Social Justice in European Private Law, Yearbook Eur. Law*, 1999-2000, p. 167 ss.

¹⁵⁹ Come afferma MICKLITZ, *Principle of Social Justice* cit., p. 168 s., con riferimento al diritto dei consumatori: «Consumer law aims to compensate for market failures and to balance bargaining power. [...] Consumer law is concerned with *justice*, more specifically with *social justice*. It derives its legitimacy from the moral obligation of States to intervene in private law relationships in order to achieve a fair division of wealth among the members of society. Therefore consumer law is strongly related to the idea of a Welfare State where the citizens/consumers are protected from being disadvantaged by market transactions. In the private law sphere mandatory rules are introduced to protect citizens/consumers. [...] The aim of these rules is social justice. Inherent in consumer law is the idea that private law may be used by the legislatures and the courts to redistribute wealth in society».

attraverso l'azione degli Stati membri; quello centralizzato, attraverso l'adozione di norme comunitarie.

Il metodo dell'integrazione c.d. negativa permette di realizzare l'obiettivo comunitario del mercato unico senza che sia necessario un intervento normativo a livello sovranazionale. I principi della libera circolazione possono, infatti, almeno entro una certa misura, realizzare tale obiettivo grazie a quel fondamentale meccanismo di coordinamento delle legislazioni nazionali rappresentato dal principio del mutuo riconoscimento. Allo stesso tempo, tali principi garantiscono il soddisfacimento di esigenze di giustizia sociale, quali la tutela degli interessi della parte debole del mercato, in particolare quelli dei consumatori, la cui difesa è fondamentale prerogativa dello Stato.¹⁶⁰

Con l'affermazione della dottrina delle «esigenze imperative», infatti, la Corte di giustizia riconosce quest'interesse nazionale come prevalente, in linea di principio, sull'interesse comunitario alla liberalizzazione degli scambi. Essa pone però, come condizione per la conformità al diritto comunitario delle norme protettive dello Stato di importazione di un bene o di prestazione di un servizio, il rispetto di certi requisiti, espressione specifica del principio di proporzionalità. In altri termini, tali norme non possono essere applicate se causano un pregiudizio eccessivo alle libertà di circolazione.

A questo riguardo, non mi sembra corretto interpretare i principi di libera circolazione come un fenomeno di *deregulation*.¹⁶¹ Invero, la disapplicazione della

¹⁶⁰ Più esattamente, ciascuno Stato ha un legittimo interesse a proteggere i consumatori residenti sul suo territorio. Cfr. le osservazioni già formulate al capitolo primo, par. 11, alla luce della sentenza *Alpine Investments*. Da un punto di vista più generale, a sostegno della competenza di uno Stato a tutelare i consumatori residenti sul suo territorio si possono avanzare essenzialmente due ordini di ragioni. *In primis*, tale competenza è espressione del principio di prossimità. In secondo luogo, si deve tenere conto non solo che ciascun modello di normazione protettiva nasce e si sviluppa in funzione delle tradizioni e delle abitudini del mercato nazionale; ma anche che il consumatore ha normalmente maggiore familiarità con il diritto del suo ambiente economico e sociale. Queste ragioni (e in particolar modo la seconda) stanno d'altronde alla base della scelta compiuta dai redattori della convenzione di Roma del 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali. Sul punto, v. POCAR, *La protection de la partie faible en droit international privé*, in *Recueil des cours*, tomo 188, 1984, V, p. 393.

¹⁶¹ In questo senso, v. *inter alia* WEATHERILL, *Consumer Policy* cit., p. 696 ss. Deve però precisarsi, con riguardo al pensiero di questo A., che esso sembra intendere il termine *deregulation* nel senso di perdita della potestà regolamentare di un singolo Stato. Così, anche l'armonizzazione rientra nel fenomeno, in quanto sottrae allo Stato in favore della Comunità il potere di disciplinare una

legge dello Stato membro di residenza abituale del consumatore non comporta di massima l'assenza di regole. Al contrario, in forza del principio del reciproco riconoscimento, essa trova ragion d'essere nell'equivalenza della tutela fornita al consumatore dalla legge di un altro Stato membro, alla quale la fattispecie transfrontaliera deve essere conforme. In questo modo, dunque, per mezzo del mutuo riconoscimento dei modelli normativi nazionali associati ai beni o ai servizi, la Corte di giustizia attua un sistema di coordinamento dei diritti nazionali al fine di realizzare non solo l'obiettivo di integrazione, ma anche la tutela dei consumatori.

Questo meccanismo di coordinamento delle legislazioni nazionali creato dalla giurisprudenza comunitaria consente, d'altronde, di limitare la necessità di un intervento a livello comunitario, fungendo così da mezzo di salvaguardia delle competenze nazionali. Infatti, nella misura in cui, nonostante la loro disparità, i modelli normativi degli Stati membri siano in concreto giudicati equivalenti, i beni e servizi possono circolare liberamente, nel rispetto della normativa di un unico Stato membro. Di conseguenza, l'obiettivo comunitario di integrazione dei mercati è assicurato in modo soddisfacente attraverso una loro regolamentazione al livello decentrato e, quindi, non appare necessario l'intervento a livello comunitario.¹⁶²

Nell'applicazione concreta della dottrina delle «esigenze imperative» è possibile scorgere un secondo aspetto di rilievo dell'esigenza di tutela del consumatore nel mercato comune. Dall'impostazione seguita fin qui, si potrebbe dedurre che l'obiettivo del mercato unico corrisponda esclusivamente alle esigenze delle imprese. Così, in una sommaria ricostruzione degli interessi in gioco, l'eliminazione degli ostacoli al commercio transfrontaliero profitterebbe alle

determinata materia. Alla *deregulation* dal punto di vista dello Stato si accompagna dunque una *re-regulation* da parte comunitaria: «deregulation through harmonization of laws is also a process of re-regulation at Community level» (p. 702).

¹⁶² In linea di principio, infatti, un intervento normativo a livello sovranazionale o centralizzato, consistente nell'armonizzazione delle legislazioni nazionali, non si giustifica che nel caso di *défaillance* degli Stati membri. Diverso, per quanto connesso, è il problema dell'opportunità politica di affidare alle istituzioni giudiziarie il compito di sindacare le scelte di politica legislativa degli Stati membri, al fine di assicurarne un contemperamento con l'obiettivo di integrazione dei mercati. Si pensi, ad esempio, al delicato giudizio sull'esistenza di misure meno restrittive ma egualmente protettive dell'interesse generale. Si prospetta dunque un problema di legittimità democratica del potere giurisdizionale. Cfr. BERNARD, *La libre circulation des marchandises, des personnes et des services dans le traité CE sous l'angle de la compétence*, in *Cahiers dr. eur.*, 1998, p. 11 ss.

imprese desiderose di espandere il proprio mercato; al lato opposto, si porrebbe invece l'interesse dei consumatori ad essere protetti dai rischi dell'apertura dei mercati.

Ad uno sguardo più attento, tuttavia, il quadro appare più complesso. In effetti, non si può negare che la creazione di un mercato allargato procuri benefici anche al consumatore, il quale vede aumentare le sue possibilità di scelta tra beni e servizi, tanto in termini di quantità che di prezzo.¹⁶³ Ne consegue quindi che, nel contesto del mercato unico, si prospettano due tipi di interesse del consumatore, che sono in potenziale conflitto tra loro. Da un lato, il consumatore può massimizzare la sua scelta, grazie alla possibilità di fruire dei beni e dei servizi offerti da imprese di altri Stati membri; dall'altro, però, egli ha bisogno di essere protetto a fronte dei rischi connessi al commercio transfrontaliero.¹⁶⁴

Questo conflitto di interessi emerge chiaramente dalla giurisprudenza comunitaria, chiamata ad apprezzare la legittimità comunitaria delle numerose normative che, al fine di proteggere il consumatore, causano delle restrizioni agli scambi. Come si è già visto, nel sindacare la proporzionalità di tali normative, la Corte di giustizia deve soprattutto verificare se il loro effetto restrittivo sugli scambi transfrontalieri non sia eccessivo rispetto al grado di tutela assicurato al consumatore. Si tratta perciò di contemperare l'esigenza di liberalizzazione, perseguita dal diritto comunitario, con l'esigenza di difesa dell'interesse generale, perseguita da ogni singolo Stato, in assenza di misure di armonizzazione. Ma si tratta anche di trovare un equilibrio tra i due opposti interessi del consumatore. Per valutare, infatti, se l'applicazione di una certa normativa garantisca una protezione effettiva del consumatore, non si deve tralasciare che norme eccessivamente protettive, comportando la chiusura dei mercati nazionali, operano in definitiva anche a svantaggio dello stesso consumatore che vogliono proteggere. L'idea di

¹⁶³ WEATHERILL, *Consumer Policy* cit., p. 696.

¹⁶⁴ Osserva ancora WEATHERILL, *op. cit.*, p. 697: «Before the European Court, the perception that the law of market integration is designed to serve the consumer interest has met its sharpest test in case law which has pitted the consumer interest in market integration and deregulation against the consumer interest in market regulation, albeit at national level». Il primo si realizza con la disapplicazione delle norme nazionali incompatibili con le libertà di circolazione; il secondo, invece, facendo salve le norme restrittive compatibili con i principi di libera circolazione.

fondo che traspare dalla giurisprudenza comunitaria è, perciò, che in linea di massima si deve mettere il consumatore nella condizione di trarre vantaggio dal mercato unico, scegliendo liberamente e consapevolmente tra i prodotti nazionali e quelli esteri. A tal fine, la corretta e completa informazione è uno strumento essenziale, in quanto non solo consente al consumatore di prendere coscienza della dell'ampia e diversificata gamma di prodotti che il mercato interno gli prospetta, ma lo mette inoltre nella condizione di poter operare scelte razionali e consapevoli. In altri termini, se il mercato interno comporta maggiore scelta e diversificazione rispetto a quanto consenta il mercato nazionale, il consumatore deve essere in grado di profittare di questo vantaggio per massimizzare il suo benessere.¹⁶⁵

Il giudizio di proporzionalità assume pertanto come parametro l'esigenza di protezione «effettiva» del consumatore. L'effettività della tutela è commisurata, da un lato, ai vantaggi che il consumatore trae dal mercato allargato e, dall'altro, ai maggiori rischi che egli corre. Si pone a questo punto la questione dell'identificazione del tipo di consumatore da assumere come riferimento per operare questo bilanciamento di interessi.

In realtà, come ha rilevato attenta dottrina, «there is no homogenous consumer who is the subject of regulatory protection at national level. There are different groups of consumers, with varying levels of vulnerability».¹⁶⁶ Più esattamente, aldilà di intenti protezionistici del mercato nazionale, le politiche di tutela dei consumatori condotte a livello nazionale rispondono alle esigenze di tutela prevalenti nel mercato nazionale, tenendo quindi conto dei gusti, delle abitudini, delle tradizioni culturali proprie di ciascun Stato membro. Così, tanto per fare un esempio, la legislazione italiana sulla pasta di grano duro corrisponde alla concezione tutta italiana di pasta. Un divieto di commercializzazione di paste non avente certi requisiti può ben spiegarsi come volto alla tutela del consumatore medio italiano, il quale non concepisce neppure l'esistenza di una pasta che non sia

¹⁶⁵ Così, ad esempio, l'imposizione incondizionata ai prodotti esteri dei requisiti richiesti per la commercializzazione nello Stato di importazione non può reputarsi proporzionata allo scopo di non trarre in inganno i consumatori, poiché strumento effettivo di protezione del consumatore, oltre che meno restrittivo, è un'informazione adeguata che metta il consumatore in condizione di fare una scelta matura e razionale.

¹⁶⁶ WEATHERILL, *op. cit.*, p. 699.

di grano duro. Inoltre, gli stessi modelli di tutela del consumatore possono differire, anche sensibilmente, da uno Stato membro all'altro, a motivo non solo delle differenti concezioni, più o meno liberali, del ruolo dello Stato nella disciplina del mercato, ma anche in funzione delle diverse abitudini e tradizioni nazionali.¹⁶⁷

Nella creazione di un mercato unico, tuttavia, è insita un'idea di innovazione anche culturale, che si riflette necessariamente sul modello di consumatore meritevole di protezione. Il consumatore europeo che assume un ruolo, più o meno attivo, nel mercato comunitario non può trincerarsi dietro alle proprie abitudini nazionali, ma deve aprirsi alle differenze, al pluralismo che caratterizza necessariamente uno spazio d'integrazione. Da qui, fondamentale, l'esigenza di informazione. Ma in questo senso si comprende altresì la scelta compiuta dalla Corte di giustizia, allorché assume come «parametro di riferimento» un consumatore «ragionevolmente attento e avveduto».¹⁶⁸ Dietro questa nozione sta,

¹⁶⁷ Per maggiori approfondimenti sulle diverse concezioni di tutela del consumatore, v. STUYCK, *European Consumer Law after the Treaty of Amsterdam: Consumer Policy in or beyond the Internal Market*, in *Common Market Law Rev.*, 2000, p. 368 ss.

¹⁶⁸ V. capitolo primo, par. 11, e la giurisprudenza ivi citata. A testimonianza dell'«approccio culturale» della Corte, si può ripercorrere il ragionamento seguito nella recente sentenza 6 novembre 2003, in causa C-358/01, *Commissione c. Spagna*, non ancora pubblicata in *Raccolta*. Esso è perfettamente in linea con la giurisprudenza consolidata della Corte. Nel caso di specie, si tratta del divieto posto dalle autorità spagnole alla commercializzazione in Spagna con la denominazione «detergente con candeggina» di prodotti per la pulizia, legalmente fabbricati e commercializzati in altri Stati membri, quando la loro percentuale di cloro attivo è inferiore a 35 grammi per litro. Escluso che tali prodotti possano comportare un rischio per la salute, si pone il problema se il divieto di commercializzarli con la menzionata denominazione possa trovare una legittima giustificazione nell'obiettivo di protezione dei consumatori. La Corte ritiene la misura sproporzionata rispetto a tale obiettivo. In primo luogo, infatti, un'adeguata etichettatura «sembra del tutto sufficiente per informare i consumatori circa le qualità e la composizione» di questi prodotti (punto 50 della sentenza). È però soprattutto il secondo argomento della Corte che maggiormente interessa in questa sede. Il governo spagnolo fa riferimento alle aspettative dei consumatori spagnoli, per i quali il prodotto «candeggina» ha una percentuale di cloro attivo non inferiore a 35 g/l. Afferma perciò che sussiste il rischio che la commercializzazione in Spagna come candeggine di prodotti non corrispondenti a tali aspettative potrebbe indurre in errore i consumatori spagnoli. La Corte respinge fermamente questa posizione, statuendo che «il fatto che i consumatori di uno Stato membro abbiano un'idea ben precisa quanto alla composizione e alle caratteristiche di un dato prodotto non può, in linea di principio, legittimare ostacoli alla libera circolazione delle merci» (punto 52, corsivo aggiunto). A tal uopo, ricorda che il principio di proporzionalità impone di assumere come «consumatore di riferimento» un «consumatore medio, normalmente informato e ragionevolmente attento e avveduto» (punto 53). Dal collegamento tra i due passaggi della sentenza risulta chiaramente, seppure in maniera implicita, che la figura di consumatore assunta a riferimento dalla Corte non corrisponde a quella «normale» di ogni Stato membro, che costituisce invece il parametro della legislazione nazionale. Si tratta invece di un consumatore necessariamente più attento, il quale è consapevole della varietà che caratterizza un mercato integrato come quello europeo e quindi,

infatti, la composizione di un conflitto tra gli interessi di due categorie ideali di consumatori: quelli desiderosi di trarre profitto dall'integrazione dei mercati, necessariamente più attenti e aperti al diverso, da un lato; quelli ancorati alla dimensione nazionale del mercato, legati perciò alle proprie abitudini, dall'altro lato. In questa prospettiva, pertanto, le scelte protettive formulate legittimamente dai diritti nazionali in relazione alle condizioni peculiari di ciascun Stato membro possono rivelarsi non adeguate per la dimensione intracomunitaria del commercio.¹⁶⁹

L'importanza del ruolo svolto dal consumatore nella costruzione del mercato unico ha la sua massima espressione nella figura del c.d. «consumatore attivo», che si sposta in altri Stati membri per acquistare beni o servizi.¹⁷⁰ La sua partecipazione al progetto di integrazione dei mercati è dunque massima. Per converso, è minima la sua aspettativa di trovare tutela nelle norme del suo Stato di residenza abituale (o «di origine»). L'esigenza di tutela si pone quindi in termini ben diversi rispetto al

opportunitamente informato, è in grado di scegliere razionalmente tra prodotti diversi, in base alle proprie personali esigenze.

¹⁶⁹ Cfr. ancora WEATHERILL, *Consumer Policy* cit., p. 699: «The European Court, in adjudicating on the validity of the measure, must balance the interests of the consumers who are thought (by national authorities) to need protection and the wider group of consumers who stand benefit from deregulation. Yet the problem goes beyond the absence of any homogeneous "Euro-consumer" and the practical reality that markets are populated by both prudent consumers able to take advantage of market integration and gullible consumers likely to be misled by the sudden availability of new products and services» (corsivo aggiunto).

¹⁷⁰ Per la distinzione tra consumatore «attivo» e «passivo», v. capitolo primo par. 6. Alla luce delle osservazioni qui svolte, questa distinzione può apparire troppo rigida per cogliere la reale posizione del consumatore di fronte alle prospettive che gli offre il mercato comunitario. In effetti, la partecipazione del consumatore può assumere diverse sfumature. Ai due estremi opposti si collocano il consumatore che preferisce comunque il prodotto nazionale, da un lato, e il consumatore «mobile» o «attivo», dall'altro. In mezzo, si possono distinguere varie situazioni che, pur rientrando tutte nell'ambito di applicazione del mercato interno, presentano diversi livelli di contatto con Stati membri diversi da quello di residenza abituale del consumatore. Così, ad esempio, la posizione del consumatore italiano che acquista un'automobile tedesca da un concessionario italiano è ben diversa da quella dello stesso consumatore che acquista *on line* un computer da un distributore olandese. O ancora, diversa è l'ipotesi di un credito concesso al consumatore italiano da una filiale italiana di una banca francese (libertà di stabilimento) rispetto al servizio finanziario prestato a distanza da un ente francese (libera prestazione dei servizi). La constatazione della differenza tra queste situazioni porta poi a un'ulteriore osservazione. Senza voler entrare in indagini che esulano dalla sfera giuridica, è tuttavia plausibile ritenere che, a parità di condizioni, sia di prezzo che di qualità, tra l'offerta interna e quella estera, un consumatore preferisca la prima. Ne consegue pertanto che valutazioni di ordine giuridico, in particolare l'eventuale perdita del livello di protezione nazionale in caso di transazione transfrontaliera, non sembrano incidere in modo consistente nella scelta di consumo. La completa uniformazione del diritto dei contratti di consumo, quindi, non sembra un fattore decisivo per stimolare lo sviluppo di un vero mercato interno del consumo finale privato.

consumatore c.d. «passivo». Sul piano dell'integrazione negativa, deve essergli assicurato lo stesso grado di protezione previsto dallo Stato in cui egli si sposta per i consumatori ivi residenti. Sul piano dell'integrazione positiva, invece, egli deve poter fare affidamento su uno *standard* protettivo comune, condizione essenziale per creare quel clima di sicurezza necessario a promuovere la conclusione di transazioni in altri Stati membri.

2. *La dottrina delle «legitimate expectations» come principio informatore del diritto comunitario dei consumatori.*

La lunga dissertazione appena condotta sulle diverse esigenze di tutela dei consumatori nel quadro del mercato unico comunitario costituisce l'utile premessa per osservazioni di portata generale. Si è visto, infatti, come il sindacato di proporzionalità insito nella dottrina delle «esigenze imperative» di elaborazione giurisprudenziale debba tenere in massima considerazione la contrapposizione non soltanto dell'interesse di libertà economica delle imprese rispetto a quello di protezione dei consumatori, ma anche degli interessi dei medesimi consumatori in rapporto alla loro più o meno intensa partecipazione al commercio intracomunitario.

La consapevolezza di questo conflitto di interessi si rispecchia nella nozione di *legitimate expectations*, cui è ricorsa la dottrina straniera per spiegare la necessità di contemperare adeguatamente l'esigenza di un mercato unico, da un lato, e la protezione degli interessi, in particolare economici, del consumatore, dall'altro.¹⁷¹

Essa definisce bene l'idea di equilibrio che caratterizza il mercato comune come espressione del confronto tra le esigenze degli operatori economici e quelle dei destinatari finali dell'attività economica. «The overall idea of the principle of legitimate expectations is to strike a balance between traders and consumers. It combines subjective and objective criteria. Expectations are subjective and differ according to the role of those who formulate them, producer or consumer.

¹⁷¹ V. in particolare MICKLITZ, *Principle of Social Justice* cit.; STUYCK, *European Consumer Law after the Treaty of Amsterdam* cit., p. 393 ss. (anche per ulteriori riferimenti bibliografici). Cfr., European Parliament-Working Paper, *The Impact of Private International Law on e-commerce on the Internal Market and the Risk of Creating Barriers to Trade*, Legal Affairs Series, JURI 105 EN.

Subjective expectations go along with the social rights rhetoric. The concept of legitimate expectations is ground on a consumer right to claim protection as well as on the trader's right to claim freedom to trade. Conflicting rights need to be balanced. Here, an objective element, "legitimacy", is required. Legitimacy refers to standards which must be found and defined outside the individual sphere of claiming rights». ¹⁷²

Questa prospettiva, che contrappone i *traders* ai *consumers*, non sembra affatto in contraddizione con quella seguita nel paragrafo precedente, che coglie la pluralità di interessi, anche contrastanti, presenti all'interno della disomogenea categoria dei consumatori. Anzi, questo secondo aspetto contribuisce a mio avviso ad arricchire e rafforzare la teoria delle *legitimate expectations*. Il consumatore ha sì bisogno di protezione, senza tuttavia pregiudicare le occasioni offertegli dall'integrazione dei mercati. Una protezione eccessiva, infatti, potrebbe tradursi in un danno non solo per le imprese, ma per lo stesso consumatore. Il giudizio sulla «legittimità» delle aspettative di protezione dei consumatori deve perciò essere commisurato al loro stesso interesse alla diversificazione e moltiplicazione dell'offerta in beni e servizi, caratteristica del mercato comunitario. ¹⁷³

Il concetto di *legitimate expectations* non serve solo alla Corte di giustizia come parametro per valutare l'adequatezza delle misure nazionali che, in mancanza di armonizzazione, causano restrizioni al commercio intracomunitario in nome della protezione del consumatore. Esso vale altresì a guidare l'azione delle istituzioni comunitarie in materia di consumatori ed esprime in questo senso un «*genuine European principle of justice*». ¹⁷⁴ Come afferma ancora quest'autorevole dottrina straniera «the interplay between market freedoms and justifiable restrictions is said

¹⁷² MICKLITZ, *Principle of Social Justice* cit., p. 193 s.

¹⁷³ cfr. European Parliament-Working Paper, *The Impact of Private International Law* cit., p. 19: «On the one hand, there is a need to ensure that consumers receive a fair deal in a marketplace where they are often unable to control the terms on which they contract. On the other is the fact that laws which are too consumer-friendly can be too onerous for traders and may in the long run cause consumer detriment. Thus the law must support consumer expectations, but not all consumer expectations only those that are in this sense legitimate».

¹⁷⁴ Così MICKLITZ, *Principle of Social Justice* cit., p. 172. Si osservi che l'ipotesi di partenza di questo A. è che «European consumer law yields a *genuine concept of justice* which is different from the national standards of social justice where the state is denied the right forcibly to redistribute wealth from one individual or group to another. Libertarian justice is *allocative justice*».

to govern European law-making at the Member State level and at the EC level. [...] Consumer law rules at the national level can be maintained only as long as Member States are able to prove that the intended measures are needed to guarantee protection. The rationalization test applies, however, to secondary Community law rules, *in concreto* to consumer law directives as well. Directives in consumer law may only be adopted if they pass the test». ¹⁷⁵

Questa interpretazione mette dunque in rilievo, in primo luogo, lo stretto legame esistente tra la politica comunitaria di protezione e il buon funzionamento del mercato interno. In secondo luogo, se ne possono trarre anche indicazioni di contenuto. L'azione comunitaria deve mirare ad assicurare al consumatore quelle condizioni necessarie per svolgere un ruolo attivo nel mercato comunitario: l'informazione, da un lato, strumento indispensabile per operare scelte consapevoli e responsabili; la *confidence*, dall'altro, ossia la possibilità di fare affidamento su un sufficiente livello di protezione dei suoi interessi, in particolare economici, al fine di operare con sicurezza nel mercato comune. ¹⁷⁶

Se ne può trarre, infine, un'ultima osservazione. Sebbene, come vedremo in prosieguo, l'azione di armonizzazione del diritto dei contratti con i consumatori ha portata più ampia dell'ambito di applicazione delle libertà fondamentali di circolazione, dal momento che include sia le fattispecie transfrontaliere che quelle puramente interne a uno Stato membro, è ovvio che essa si giustifica soprattutto con riguardo alle situazioni che presentano elementi di contatto con più Stati membri. Da un lato, infatti, è solo per tali situazioni che la disparità tra le legislazioni nazionali protettive comporta il rischio di ostacoli al mercato comune. Dall'altro, sono proprio queste situazioni che richiedono quel contemperamento di interessi di cui si è parlato. Anzi, maggiore è il «grado di estraneità» rispetto al proprio ordinamento nazionale, minore è la (legittima) aspettativa di trovare in esso protezione.

¹⁷⁵ MICKLITZ, *op. cit.*, p. 176. Continua l'illustre A., affermando che «the rationalization test presupposes that a compromise needs to be found between market integration and the regulatory concern of the Member States. Such a regulatory concern may be the protection of consumers. The bargaining process of secondary Community law-making may therefore reach beyond formal allocative justice and include aspects of social justice» (p. 177).

¹⁷⁶ Cfr. ancora MICKLITZ, *Principle of Social Justice cit.*, p. 189 s.

Per converso, l'impatto del diritto comunitario deve essere limitato in proporzione al coinvolgimento del consumatore nel mercato interno. In questo senso, la teoria delle *legitimate expectations* rafforza l'idea dell'armonizzazione minima. Gli Stati membri, cioè, devono vedere salvaguardata la loro prerogativa di determinare il livello di protezione del consumatore nel proprio territorio, in funzione delle abitudini e tradizioni nazionali, per quelle situazioni che non coinvolgono il commercio intracomunitario. In questi casi, infatti, è pienamente legittimo per lo Stato far prevalere l'esigenza di quei consumatori che, mostrando minore interesse ai vantaggi derivanti dall'integrazione dei mercati, fanno legittimo affidamento sull'applicazione degli *standard* protettivi nazionali, eventualmente più elevati rispetto a quelli comunitari.¹⁷⁷

3. *L'evoluzione della politica comunitaria di protezione del consumatore dal trattato di Roma del 1957 al recente progetto di Costituzione per l'Europa.*

Ad eccezione di qualche riferimento contenuto in alcuni isolati articoli,¹⁷⁸ il trattato di Roma del 1957 istitutivo della Comunità economica europea non soltanto non contemplava in maniera organica la protezione dei consumatori tra i propri scopi istituzionali, ma neppure attribuiva alcun tipo di competenza in materia alle istituzioni comunitarie.¹⁷⁹

¹⁷⁷ per MICKLITZ, *op. cit.*, p. 172, «legitimate expectations may succeed only if they can be made compatible with the *cultural diversification* of the Member States' private legal orders. *The key notion of compatibility is minimum harmonization.* Member States maintain their power and their responsibility to provide for protection for beyond the level of legitimate expectations and *take care of interests of those consumers who are not active and responsible players in the Internal Market*».

¹⁷⁸ Come l'art. 39, par. 1 (ora art. 33 par. 1), lett. e, in tema di politica agricola comune, e gli artt. 85, par. 3 (ora 81 par. 3), e 86 (ora art.82), in tema di concorrenza. V. per tutti FUMAGALLI, *Art 153 CE*, in POCAR (diretto da), *Commentario breve ai trattati della Comunità e dell'Unione europea*, Padova, 2001 (d'ora in avanti: POCAR, *Commentario*), p. 616; DE BROCA, *Art. 153*, in LÉGER, *Commentaire article par article des traités UE et CE*, Bruxelles, 2000 (d'ora in avanti: *Commentaire Léger*), p. 1247. Cfr. POCAR, *La legge applicabile ai contratti conclusi con i consumatori*, in VACCÀ (a cura di), *Consumatori, contratti, conflittualità. Diritti individuali, interessi diffusi, mezzi di tutela*, Milano 2000, p. 157 s., il quale sottolinea la stretta dipendenza di una valida tutela del consumatore dalla disciplina corretta del mercato e dalle regole della concorrenza.

¹⁷⁹ Per maggiori approfondimenti sulla politica comunitaria di difesa del consumatore, v. in particolare: ALPA, *Il diritto dei consumatori*, Roma-Bari, 2002, spec. p. 35 ss.; CHILLON, *Le droit communautaire de la consommation* cit.; DE SOLA e JEUNIAUX, *La politique communautaire en faveur des consommateurs*, in *Rev. Marché unique eur.*, 1992, p. 65 ss.; DEHOUSSE, *Le marché*

Furono nondimeno assunte alcune iniziative di *soft law*, quali l'adozione di programmi della Comunità per una politica di protezione e di informazione del consumatore,¹⁸⁰ nei quali erano indicati gli obiettivi della politica comunitaria nei confronti dei consumatori. Tra questi obiettivi, enfaticamente qualificati come «diritti fondamentali», figurava anche la protezione degli interessi economici dei consumatori.¹⁸¹ Essi ebbero poi un sicuro riflesso sulle prime direttive adottate in tema di consumatori, intorno alla metà degli anni ottanta del secolo scorso, sulla base dell'art. 100 tr. CEE (ora art. 94 tr. CE).¹⁸²

Nel frattempo, giungevano dalla Corte di giustizia quei segnali di cambiamento nella visione degli ostacoli al mercato interno, dei quali si è parlato in precedenza.¹⁸³ Questi sviluppi giurisprudenziali si sono ripercossi sulla prima importante revisione del trattato istitutivo, ad opera dell'Atto unico europeo del 1986. Allo scopo di rilanciare l'obiettivo di integrazione dei mercati attraverso la nuova idea di mercato interno, infatti, è introdotta nel trattato - con l'art. 100 A tr. CEE (ora art. 95 tr. CE) - una nuova base giuridica per l'adozione di «misure relative al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed

unique et la protection des consommateurs, in *Journal des tribunaux*, 1993, p. 701 ss; WEATHERILL, *Consumer Policy*, in CRAIG, de Búrca (eds.), *The evolution of EU Law*, Oxford 1999.

¹⁸⁰ Il programma preliminare della Comunità per una politica di protezione e di informazione del consumatore fu approvato dal Consiglio, su proposta della Commissione, con risoluzione del 14 aprile 1975, pubblicata in *Gazz. Uff. Com. Eur.*, n. C 92 del 25 aprile 1975. Esso, adottato su impulso del vertice di Parigi del 20/21 ottobre 1972, individuava cinque diritti fondamentali dei consumatori alla cui realizzazione doveva essere volta l'azione comunitaria: diritto alla protezione in materia di sanità e di sicurezza; diritto alla protezione degli interessi economici; diritto alla riparazione dei danni; diritto all'informazione e all'educazione; diritto ad essere rappresentati. Gli obiettivi così delineati furono poi ribaditi, con l'indicazione dei relativi mezzi di attuazione, nei successivi programmi di azione. Cfr. WILDERSPIN, *Consumer Policy* cit., p. 694 s.; DEHOUSSE, *Le marché unique* cit., p. 701 ss. Per un riferimento diretto nella giurisprudenza al programma preliminare del 1975, v. sentenza 7 marzo 1990, in causa C-362/88, *GB-INNO-BM*, in *Raccolta*, p. I-667 ss., punto 14 ss.

¹⁸¹ Tra gli interessi economici si menzionava, in particolare, la tutela dagli «abusi di potere del venditore, in particolare dai contratti-tipo unilaterali, dall'esclusione abusiva dai contratti di diritti essenziali, dalle condizioni abusive di credito, dalla richiesta di pagamento di merci non ordinate e dai metodi di vendita non ortodossi».

¹⁸² La norma fornisce la base giuridica alle direttive del Consiglio «volte al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri che abbiano un'incidenza diretta sull'instaurazione o sul funzionamento del mercato comune». V. per tutti KOVAR, *Art. 100*, in COSTANTINESCO, KOVAR, SIMON (sous la direction de), *Traité instituant la CEE. Commentaire article par article*, Paris, 1992, p. 549 ss.

¹⁸³ V. capitolo primo par. 9, ma anche il par. 1 di questo capitolo, per le problematiche più strettamente attinenti al consumatore.

amministrative degli Stati membri che hanno per oggetto l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno». ¹⁸⁴

In questo contesto, compare per la prima volta nel corpo del trattato un riferimento specifico alla tutela del consumatore. Il par. 3 del citato art. 100 A dispone infatti che la Commissione nelle sue proposte in materia di sanità, sicurezza, protezione dell'ambiente e protezione dei consumatori si basi «su un livello di protezione elevato». Non è difficile scorgere in questa disposizione il riflesso della dottrina delle «esigenze imperative» elaborata dalla Corte di giustizia. Dal momento che è stata affermata la prevalenza dell'interesse generale sull'obiettivo di libera circolazione, e quindi la possibilità di mantenere degli ostacoli al mercato interno in nome di quell'interesse, occorre che l'attività di armonizzazione, finalizzata all'eliminazione di quegli ostacoli, si informi a un parametro qualitativo. In questa maniera, la realizzazione del mercato interno è perseguita evitando, al contempo, il rischio che essa possa risolversi in un livellamento verso il basso («*race to the bottom*») dei diritti nazionali. ¹⁸⁵

Un decisivo passo in avanti verso una politica comunitaria dei consumatori è segnato dal trattato di Maastricht. Il nuovo trattato, infatti, aggiunge al trattato CE un nuovo titolo XI, (ora titolo XIV), costituito da un solo articolo, l'art. 129 A, dedicato alla «Protezione dei consumatori». ¹⁸⁶ Secondo il primo comma di tale

¹⁸⁴ Sull'argomento v. per tutti ROSSI, *Il "buon funzionamento del mercato comune"*, Milano 1990. Il par. 3 dell'art. 95 è stato opportunamente modificato dal trattato di Amsterdam. La nuova versione della disposizione precisa, in primo luogo, che la Commissione, nel basare le sue proposte su un livello di protezione elevato, tiene conto, in particolare, «degli eventuali nuovi sviluppi fondati su riscontri scientifici». In secondo luogo, è opportunamente disposto che «anche il Parlamento europeo ed il Consiglio, nell'ambito delle rispettive competenze, cercheranno di conseguire tale obiettivo». Sulla portata di questo parametro qualitativo v. *amplius* al paragrafo seguente.

¹⁸⁵ Sul punto v. ROSSI, *op cit.*, p. 180 ss. Cfr. DELLIS, *Art. 94-95*, in LÉGER, *Commentaire article par article des traités UE et CE*, Bruxelles, 2000 (d'ora in avanti: *Commentaire Léger*), p. 927, che sottolinea peraltro come la condizione di un parametro di qualità s'impone *a fortiori* per la nuova procedura istituita con l'art. 95 tr. CE, la quale, a differenza dell'art. 94, prevede il voto a maggioranza qualificata. Sulla portata di questo parametro qualitativo, v. *amplius* al paragrafo successivo.

¹⁸⁶ La norma è volta a dare attuazione all'art. 3, lett. s (ora art. 3 lett. t) tr. CE, anch'esso introdotto dal trattato di Maastricht, secondo il quale per raggiungere gli obiettivi definiti all'art. 2 l'azione della Comunità europea comporta «un contributo al rafforzamento della protezione dei consumatori». Osserva SIMON, *Art. 129 A*, in COSTANTINESCO, KOVAR, SIMON (sous la direction de), *Traité instituant la CEE. Commentaire cit.*, p. 384, che si tratta in questo caso di una «azione comune» e non di una «politica comune»: «il ne s'agit pas, par conséquent de l'attribution à la

disposizione, «la Comunità contribuisce al conseguimento di un livello elevato di protezione dei consumatori mediante: a) misure adottate in applicazione dell'art. 100 A nel quadro della realizzazione del mercato interno; b) azioni specifiche di sostegno e di integrazione della politica svolta dagli Stati membri al fine di tutelare la salute, la sicurezza e gli interessi economici dei consumatori e di garantire loro un'informazione adeguata». Se prima la tutela dei consumatori era considerata quale mera «politica di accompagnamento» rispetto all'obiettivo primario dell'integrazione dei mercati, non sussiste più dubbio che essa rappresenta adesso un fine in sé dell'azione comunitaria.¹⁸⁷

Questo processo verso una maggiore attenzione del diritto comunitario al tema dei consumatori si consolida con il trattato di Amsterdam, firmato il 2 ottobre 1997 ed entrato in vigore il 1° maggio 1999.¹⁸⁸ A parte la rinumerazione degli articoli dei trattati istitutivi, la disposizione relativa alla protezione dei consumatori è oggetto di revisione sistematica, oltre che di alcuni ritocchi sostanziali.¹⁸⁹

Il nuovo articolo 153 del trattato CE recita infatti al paragrafo 1: «Al fine di promuovere gli interessi dei consumatori ed assicurare un livello elevato di protezione dei consumatori, la Comunità contribuisce a tutelare la salute, la sicurezza e gli interessi economici dei consumatori nonché a promuovere il loro diritto all'informazione, all'educazione e all'organizzazione per la salvaguardia dei propri interessi».¹⁹⁰

Communauté de compétences normatives autonomes, l'habilitant à se substituer aux législations nationales».

¹⁸⁷ V. FUMAGALLI, *Art 153 CE cit.*, p. 617.

¹⁸⁸ Pubblicato in *Gazz. Uff. Com. eur.*, n. C 340 del 10 novembre 1997, p. 1 ss. Per un commento generale, v. TIZZANO, *Il trattato di Amsterdam*, Padova, 1998.

¹⁸⁹ Sulla nuova competenza comunitaria in materia di consumatori, soprattutto a seguito delle modifiche apportate dal trattato di Amsterdam, v. BOURGOIGNIE, *Droit et politique communautaire de la consommation: de Rome à Amsterdam*, in *Rev. Eur. Dr. Consom.*, 1997, p. 194 ss.; CHILLON, *La politique communautaire de la consommation et la Conférence intergouvernementale*, in *Rev. eur. dr. consom.*, 1997, p. 49 ss.; ID., *Le droit communautaire de la consommation cit.*, spec. p. 93 ss.; SEATZU, *Le nuove basi giuridiche della politica dei consumatori nel trattato di Amsterdam*, in *Dir. com. scambi int.*, 2000, p. 809 ss.; STUYCK, *European Consumer Law after the Treaty of Amsterdam: Consumer Policy in or beyond the Internal Market*, in *Common Market Law Rev.*, 2000, p. 367 ss.

¹⁹⁰ La lettera della norma («la Comunità contribuisce»), che in questo senso è rimasta invariata rispetto alla stesura dettata dal trattato di Maastricht, non lascia dubbio alcuno sulla natura di competenza concorrente. V. già DE SOLA e JEUNIAUX, *La politique communautaire cit.*, p. 85. Più di recente, DE BROCA *Art. 153*, p.1248; STUYCK, *European Consumer Law after the Treaty of*

Completamente nuovo è il paragrafo 2 che, alla stregua di quanto già previsto in materia ambientale, dispone che «nella definizione e nell'attuazione di altre politiche e attività comunitarie sono prese in considerazione le esigenze inerenti alla protezione dei consumatori».¹⁹¹

Il successivo paragrafo 3 indica gli strumenti mediante i quali «la Comunità contribuisce al conseguimento degli obiettivi di cui al paragrafo 1». Si tratta di «misure adottate a norma dell'art. 95 nel quadro della realizzazione del mercato interno», da un lato, e di «misure di sostegno, di integrazione e di controllo della politica svolta dagli Stati membri», dall'altro.

Con stretto riguardo a quest'ultimo tipo di misure, infine, i paragrafi 4 e 5 disciplinano la procedura legislativa,¹⁹² ma soprattutto ne sanciscono il carattere minimale. Così, ai sensi del par. 5, tali misure «non impediscono ai singoli Stati membri di adottare o di introdurre misure di protezione più rigorose. Tali misure devono essere compatibili con il presente trattato. Esse sono notificate alla Commissione».

Non sembrano apportare modifiche di sostanza i recenti sviluppi del processo di integrazione europea. In primo luogo, il testo dell'art. 153 tr. CE non è stato affatto toccato dal trattato di Nizza, firmato il 26 febbraio 2001 ed entrato in vigore il 1° febbraio 2003.¹⁹³ E' bensì vero che la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 dal Parlamento europeo, dal Consiglio e dalla Commissione, contempla al capo IV («Solidarietà»),

Amsterdam cit., p. 382. Cfr. nello stesso senso l'art. 13 par. 2 del progetto di trattato istitutivo di una Costituzione per l'Europa, sul quale *infra* nel testo.

¹⁹¹ E' dunque sancito il principio dell'integrazione della politica dei consumatori nelle altre politiche comunitarie. Si deve però rilevare con SEATZU, *Le nuove basi giuridiche* cit., p. 812 ss., non solo che il principio era già previsto in relazione alla politica ambientale, ma soprattutto che in questo caso esso è formulato in maniera più incisiva. A differenza dell'art. 153 par. 2 tr. CE, che prescrive soltanto di «prendere in considerazione» le esigenze inerenti alla protezione dei consumatori, l'art. 6 tr. CE dispone invero che «le esigenze connesse con la tutela dell'ambiente *devono essere integrate* nella definizione e nell'attuazione delle politiche e azioni comunitarie di cui all'articolo 3, in particolare nella prospettiva di promuovere lo sviluppo sostenibile» (corsivo aggiunto).

Dal tenore letterale della disposizione di cui all'art. 153 par. 2 sembra, infine, potersi inferire che essa riguardi l'intera sfera di applicazione dell'attività delle istituzioni comunitarie, compresa quella in materia di cooperazione giudiziaria in materia civile ai sensi del titolo IV del trattato CE, per il quale si rinvia al capitolo quarto.

¹⁹² Tali misure sono adottate dal Consiglio, secondo la procedura di cui all'art. 251 tr. CE e previa consultazione del Comitato economico e sociale.

¹⁹³ Pubblicato in *Gazz. Uff. Com. eur.*, n. C 80 del 10 marzo 2001.

anche la protezione dei consumatori (art. 38).¹⁹⁴ Tuttavia, a parte il valore strettamente giuridico del documento, esso conferma in buona sostanza quanto già prescritto dal trattato comunitario in materia di consumatori, disponendo che «nelle politiche dell'Unione è garantito un livello elevato di protezione dei consumatori».

In secondo luogo, neppure il testo di progetto di trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa, trasmesso al presidente del Consiglio europeo a Roma il 18 luglio 2003, comporta sostanziali innovazioni. Da un lato, infatti, esso riprende nella parte II il testo della Carta dei diritti fondamentali proclamata a Nizza. Dall'altro, nella parte III relativa a «Le politiche e il funzionamento dell'Unione», prevede una disposizione sulla protezione dei consumatori, che riproduce esattamente l'attuale art. 153 tr. CE.¹⁹⁵

4. Il rango dell'obiettivo di tutela del consumatore nel sistema giuridico comunitario.

Alla luce dell'evoluzione descritta nel paragrafo precedente, non vi è dubbio che la tutela del consumatore riveste ormai una dimensione notevole nell'ambito del sistema giuridico comunitario. In ciò si può senz'altro vedere una manifestazione particolare di quel più generale processo evolutivo dell'ordinamento giuridico comunitario che, superata l'iniziale impostazione mercantilistica del trattato di Roma, presta sempre maggiore attenzione alla persona in quanto tale, e non come soggetto economico.¹⁹⁶ Tuttavia, aldilà del valore politico, appare meno chiara la portata concreta della previsione di una specifica e autonoma competenza comunitaria in materia di difesa dei consumatori. Più esattamente, per quanto riguarda il tema della disciplina dei contratti di consumo, si pongono tre

¹⁹⁴ La Carta è pubblicata in *Gazz. Uff. Com. eur.*, n. C 364 del 18 dicembre 2000. Per un commento, v. POCAR, in POCAR, *Commentario*, p. 1178 ss.

¹⁹⁵ Si tratta dell'art. III-132, che costituisce la sezione 6 del capo III («Politiche in altri settori specifici»). L'unica novità degna di qualche rilievo, se non altro dal punto di vista di un migliore ordine sistematico, è l'art. III-5, inserito nel titolo I («Clausole di applicazione generale») della parte III. Questa disposizione, se nella sostanza riprende esattamente il disposto dell'attuale art. 153 tr. CE, colloca opportunamente il principio di integrazione delle esigenze di tutela del consumatore nella sua giusta sede, ossia tra i criteri generali direttivi dell'azione comunitaria.

¹⁹⁶ Cfr. FUMAGALLI, *Art 153 CE cit.*, p. 617; TIZZANO, *Il trattato di Amsterdam cit.*, p. 98.

fondamentali interrogativi. In primo luogo, se dall'art. 153 tr. CE si possa ricavare il riconoscimento in capo ai singoli consumatori, o anche alle associazioni che ne rappresentano l'interesse collettivo, di una posizione giuridica soggettiva di favore nei confronti degli Stati membri, della Comunità, o delle controparti contrattuali. In secondo luogo, quale sia adesso il fondamento giuridico dell'azione comunitaria in materia di protezione degli interessi economici dei consumatori. Infine, quale sia il rapporto tra l'obiettivo di tutela dei consumatori e gli altri scopi previsti dal trattato.

Con riguardo al primo aspetto, a seguito delle modifiche apportate dal trattato di Amsterdam, la nuova formulazione dell'art. 153 par. 1 tr. CE indica in maniera chiara gli obiettivi della politica comunitaria dei consumatori. Questa contribuisce a tutelare la salute, la sicurezza e gli interessi economici dei consumatori e a promuovere il loro diritto all'informazione, all'educazione e all'organizzazione per la salvaguardia dei propri interessi.

Parte della dottrina ne ha perciò ricavato che la norma non sia meramente programmatica, ma di natura precettiva.¹⁹⁷ Essa conterrebbe, infatti, un catalogo di diritti fondamentali del consumatore, pienamente riconosciuti e garantiti nell'ordinamento comunitario. Ciò non solo per quanto attiene al diritto alla salute e alla sicurezza, relativi alla persona in quanto tale, ma anche rispetto ai diritti dei consumatori inerenti ai rapporti economici. Questi ultimi, in particolare, sarebbero definiti come «interessi» solo per sottolinearne la minore «durezza» rispetto ai diritti della persona in quanto tale, che non sono «negoziabili».¹⁹⁸ Logica conseguenza dell'impostazione così seguita è l'affermazione per cui questi diritti sono «azionabili direttamente in senso verticale e orizzontale».¹⁹⁹

Per quanto suggestiva, quest'opinione non sembra affatto trovare il conforto della giurisprudenza comunitaria. Prima dell'adozione del trattato di Amsterdam, la

¹⁹⁷ ALPA, *Il diritto dei consumatori* cit., p. 48.

¹⁹⁸ ALPA, *op. cit.*, p. 49. *Contra* STUYCK, *European Consumer Law after the Treaty of Amsterdam* cit., p. 384, per il quale «health, safety and economic interests of consumers still have the status of interests and objectives of consumer policy, without being recognized as "rights" under Article 153(1) EC». Opinione diversa sembra invece esprimere l'A. per il diritto all'informazione, all'educazione e all'organizzazione.

¹⁹⁹ ALPA, *op. cit.*, p. 50. nel senso che l'art. 153 tr. CE affermerebbe dei diritti soggettivi dei consumatori, v. anche DE MATOS, *Les contrats transfrontières conclus par les consommateurs au sein de l'Union européenne*, Aix-en-Provence Cedex, 2001, p. 302.

Corte è stata chiamata a esprimersi sulla portata dell'art. 153, allo scopo in particolare di sapere se il principio di un livello elevato di protezione dei consumatori stabilito da tale norma possa portare a una modifica della sua giurisprudenza che nega alle direttive non attuate diretta efficacia tra i privati.²⁰⁰ La Corte, per rigettare una simile ipotesi, anche solo limitatamente alle direttive riguardanti la protezione dei consumatori, definisce in termini restrittivi la portata dell'art. 153. Afferma così che la norma «si limita ad assegnare alla Comunità un obiettivo e a conferirle determinate competenze a tale scopo senza stabilire, in aggiunta, obblighi a carico degli Stati membri o dei singoli».²⁰¹

Quest'interpretazione restrittiva dell'art. 153 sembra inoltre confermata da tre sentenze del 25 aprile 2002 relative al grado di armonizzazione realizzato dalla direttiva 85/374/CEE sulla responsabilità per danno da prodotti difettosi.²⁰² La Corte, negando che l'art. 153 possa essere invocato per giustificare un'interpretazione della direttiva secondo la quale quest'ultima mirerebbe ad un'armonizzazione minima delle legislazioni degli Stati membri, lo definisce infatti «come una norma di istruzione che vale per tutta la Comunità, rivolta alla politica futura».²⁰³ Sembra così fugato ogni dubbio sulla natura programmatica della norma *de qua*. A maggior ragione deve escludersi che essa attribuisca ai consumatori posizioni giuridiche soggettive direttamente azionabili, né nei confronti degli Stati membri, né verso altri soggetti privati.

In relazione al secondo interrogativo, ossia quale sia il fondamento giuridico dell'azione comunitaria per la protezione degli interessi economici dei consumatori, si deve ritenere che il trattato di Amsterdam non abbia modificato la situazione precedente. L'armonizzazione del diritto dei contratti di consumo rimane nell'ambito dell'art. 95 tr. CE, e quindi strettamente connessa all'obiettivo della realizzazione del mercato interno. A tale norma fa innanzitutto espresso rinvio l'art.

²⁰⁰ Sentenza 7 marzo 1996, in causa C-192/94, *El Corte Inglés*, in *Raccolta*, p. I-1281 ss. con nota di STUYCK, in *Common Market Law Rev.*, 1996, p. 1261 ss.

²⁰¹ Punto 20 della sentenza citata.

²⁰² Sentenze 25 aprile 2002, rispettivamente, in causa C-154/00, *Comm. c. Grecia*, in causa C-52/00, *Comm. c. Francia*, in causa C-183/00, *González Sánchez*, non ancora pubblicati in *Raccolta*.

²⁰³ Sentenze *Comm. c. Grecia* punto 11; *Comm. c. Francia* punto 15; *González Sánchez* punto 24. La Corte ha così accolto *in toto* l'opinione espressa dall'avv. gen. Geelhoed, nelle conclusioni presentate il 20 settembre 2001 per la causa da ultimo citata, punto 43.

153 par. 3 lett. a. In questo senso depone inoltre la prassi successiva all'entrata in vigore del trattato di Maastricht. Le numerose direttive adottate in questo settore dopo quella data, infatti, individuano per la maggior parte la loro base giuridica nell'art. 95, e solo raramente anche nell'art. 153.²⁰⁴ La dottrina maggioritaria afferma, infine, che il conseguimento dell'obiettivo di tutela dei consumatori nei contratti è strettamente legato al consolidamento del mercato unico.²⁰⁵

In effetti, nonostante l'attribuzione di una specifica competenza per la protezione dei consumatori, la Comunità non è chiamata a realizzare esigenze di giustizia sostanziale, alla stessa stregua degli Stati nazionali. L'intervento comunitario per la tutela degli interessi economici dei consumatori trova invece principale fondamento nell'esigenza di rendere effettive le libertà di circolazione intracomunitarie, a beneficio certamente dei consumatori, ma anche delle imprese.²⁰⁶

²⁰⁴ La direttiva 1999/44/CE del 25 maggio 1999, su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo, contiene ad esempio un richiamo all'art. 153 (considerando n. 1). Per converso si deve osservare che le proposte più recenti si basano tutte sull'art. 95. In questo senso v. la proposta di direttiva del 18 giugno 2003 relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno, COM (2003) 356 def.; la proposta di regolamento del 18 luglio 2003 sulla cooperazione fra le autorità nazionali responsabile dell'esecuzione della normativa che tutela i consumatori, COM (2003) 443 def.

²⁰⁵ V. per esempio PIZZIO, *L'application du droit primaire*, in OSMAN (sous la direction de), *Vers un code européen de la consommation*, Bruxelles, 1998, p. 90, secondo cui «il existe depuis Maastricht, non pas une, mai deux politiques en matière de protection des consommateurs, l'une ancienne toujours rattachée à la réalisation du marché intérieur, l'autre nouvelle détachée de la réalisation de ce même marché intérieur». Cfr. WEATHERILL, *Consumer Policy* cit., spec. p. 718 ss.; STUYCK, *European Consumer Law after the Treaty of Amsterdam* cit., p. 389 ss.; PICOD, *les fondements juridiques de la politique communautaire de protection des consommateurs*, in OSMAN (sous la direction de), *Vers un code européen* cit., p. 82 s. Esclude esplicitamente che l'armonizzazione del diritto contrattuale possa realizzarsi mediante misure ex art. 153 par. 3 lett. b, WEATHERILL, *The Commission's Options for Developing EC Consumer Protection and Contract Law: Assessing the Constitutional Basis*, in *Eur. Bus. Law Rev.*, 2002, p. 506. V. infine, in senso critico, DE MATOS, *Les contrats transfrontières conclus par les consommateurs* cit., p. 304 ss.

²⁰⁶ Cfr. la comunicazione della Commissione del 7 maggio 2002, «Strategia per la politica dei consumatori 2002-2006», COM (2002) 208 def., che definisce la *ratio* della «nuova strategia» per la politica dei consumatori nei seguenti termini: «L'evoluzione della politica dei consumatori al livello comunitario è il corollario indispensabile della progressiva instaurazione del mercato interno. La libera circolazione dei beni e dei servizi esige l'adozione di regole comuni o, almeno, convergenti, allo scopo di garantire al contempo una protezione sufficiente degli interessi dei consumatori e l'eliminazione degli ostacoli normativi e delle distorsioni della concorrenza. Le misure prese mirano spesso a dare ai consumatori gli strumenti per proteggere i loro propri interessi operando delle scelte in modo indipendente e con conoscenza di causa. Grazie a queste misure, i consumatori possono generalmente delle informazioni sufficienti ed esatte prima di compiere una transazione e dei diritti legali nel caso in cui la transazione non conduca al risultato voluto. Queste misure sono volte a correggere gli squilibri strutturali tra le imprese e i consumatori privati, dovute all'accesso limitato di

La disparità tra le normative nazionali protettive dei consumatori costituisce allo stesso tempo un disincentivo alla libera circolazione dei consumatori e un impedimento per le imprese. I primi, infatti, affinché il loro diritto di spostarsi liberamente nel mercato comune possa essere esercitato concretamente, hanno anche bisogno di fare affidamento su uno *standard* minimo di tutela comune a tutti gli Stati membri.²⁰⁷ Le imprese, a loro volta, per svolgere effettivamente la loro attività su scala comunitaria devono essere in grado di adottare strategie commerciali globali per tutto il mercato comune, sfruttando così le economie di scala. Nella misura in cui la protezione del consumatore sia perseguita dai singoli Stati membri, indipendentemente l'uno dall'altro, le diversità tra le discipline nazionali producono inevitabilmente un effetto di frammentazione del mercato comune, con la conseguenza che le imprese, soprattutto le piccole e medie, saranno disincentivate.

D'altronde, in due recenti pronunce, la Corte di giustizia ha certo specificato in senso restrittivo la portata dell'art. 95 tr. CE, statuendo che esso non attribuisce al legislatore comunitario «una competenza generale a disciplinare il mercato

questi ultimi all'informazione e alle conoscenze giuridiche, nonché al carattere limitato delle loro risorse economiche. Tuttavia, in alcune situazioni, l'attuazione delle condizioni necessarie per compiere scelte in conoscenza di causa e per avere rimedio giudiziario sono considerate insufficienti, segnatamente in rapporto alla tutela della salute e della sicurezza fisica. In tali casi, delle norme armonizzate sono considerate necessarie per assicurare un livello di protezione adeguato per l'insieme dei consumatori, indipendentemente dalla loro capacità di proteggersi da soli operando delle scelte consapevoli. La decisione di adottare una tale misura dipende da una valutazione politica sull'importanza dell'interesse meritevole di protezione e della questione se i consumatori sono in grado di proteggersi da soli, in pratica, mediante scelte consapevoli».

²⁰⁷ Si parla a tal proposito di «*consumer confidence*», in riferimento specifico al consumatore «mobile», al quale sarebbe assicurata non solo la parità di trattamento con i consumatori residenti nello Stato in cui si sposta, ma anche la protezione minima di matrice comunitaria. Cfr. WEATHERILL, *The Evolution of European Consumer Law and Policy: From Well Informed Consumer to Confident Consumer?*, in MICKLITZ (ed.), *Rechtseinheit oder Rechtsvielfalt in Europa*, Baden-Baden, 1996, p. 423 ss., a p. 462 ss.; ID., *Consumer Policy* cit., p. 716 ss.; STUYCK, *European Consumer Law after the Treaty of Amsterdam* cit., p. 392 ss.; HONDIUS, *Consumer Guarantees: Towards a European Sale of Goods Act*, conferenza tenuta all'Università di Roma nel 1996. Per una diversa interpretazione del concetto di «*confident consumer*», v. SEATZU, *Le nuove basi giuridiche* cit., p. 812, il quale sembra però confonderlo con la nozione di «*reasonably circumspect consumer*», cioè con il parametro assunto dalla giurisprudenza comunitaria per la verifica della proporzionalità delle misure restrittive di protezione del consumatore.

Deve inoltre osservarsi che in dottrina si esprimono dubbi sull'affermazione ricorrente nei documenti di lavoro della Commissione, secondo la quale l'esistenza di uno standard di tutela comune sarebbe un fattore determinante per la scelta del consumatore di recarsi all'estero per scopi di consumo. In questo senso, soprattutto WEATHERILL, *Consumer Policy* cit., p. 717; ID., *The Commission's Options for Developing EC Consumer Protection* cit., p. 511 s.

interno», ma soltanto il potere di adottare atti che abbiano «effettivamente» per oggetto di migliorare le condizioni di instaurazione e di funzionamento del mercato interno.²⁰⁸ Al contempo, tuttavia, essa ha affermato che, qualora le condizioni per il ricorso all'art. 95 siano soddisfatte, tale fondamento giuridico non può venir meno per il fatto che nelle scelte da operare sono determinanti ragioni di interesse generale.²⁰⁹

Da questa presa di posizione della Corte si possono trarre due insegnamenti. In primo luogo, appare quantomeno dubbio che si possa realizzare un'armonizzazione totale del diritto dei contratti, in generale o anche solo dei consumatori, sulla base dell'art. 95 tr. CE. In secondo luogo, non sussistono più dubbi sul fatto che la base giuridica corretta per il ravvicinamento delle norme protettive degli interessi economici dei consumatori sia l'art. 95 e non il 153.

Ciò pone tuttavia il problema – oggetto del terzo interrogativo sopra sollevato – di quale attenzione meriti l'esigenza di tutela del consumatore nel contesto dell'azione volta al miglioramento del mercato interno. A tal proposito, soccorrono innanzitutto due dati normativi. L'art. 95 par. 3 impone che tale azione si deve basare su «un livello di protezione elevato». Questa disposizione si coordina con quelle, di portata più generale, dell'art. 153 paragrafi 1 e 2, in base alle quali, da un lato, la Comunità si propone di «assicurare un livello elevato di protezione dei consumatori» e, dall'altro, le esigenze inerenti alla protezione dei consumatori

²⁰⁸ Sentenza 5 ottobre 2000, in causa C-376/98, *Germania c. Parl. Eur. e Consiglio*, in *Raccolta*, p. I-8419 ss., punti 83 e 84. Secondo l'argomentazione della Corte, un'interpretazione nel senso di riconoscere una competenza generale a disciplinare il mercato interno non solo sarebbe contraria al tenore degli articoli 3 n. 1 lett. c e 14 tr. CE, «ma sarebbe altresì incompatibile con il principio sancito all'art. 5 del trattato CE, secondo cui le competenze della Comunità sono competenze di attribuzione. Inoltre, un atto adottato sul fondamento dell'art. 95 del trattato deve avere effettivamente per oggetto il miglioramento delle condizioni di instaurazione e di funzionamento del mercato interno. *Se la semplice constatazione di disparità tra le normative nazionali e del rischio di ostacoli alle libertà fondamentali o di distorsioni della concorrenza che ne potrebbero derivare fosse sufficiente a giustificare la scelta dell'art. 95 come fondamento giuridico, il controllo giurisdizionale del rispetto del fondamento giuridico potrebbe essere privato di ogni efficacia*» (corsivo aggiunto). Cfr. sentenza 10 dicembre 2002, in causa C-491/01, *British American Tobacco*, punto 60 ss.

²⁰⁹ Sentenze *Germania c. Parl. Eur. e Consiglio* citata, punto 88; *British American Tobacco*, punto 62. Nei casi di specie, si poneva un conflitto di basi giuridiche tra l'art. 95 e l'art. 152, in materia di tutela della salute. Le argomentazioni della Corte hanno però valore più generale, e sono in particolare valide per la tutela dei consumatori.

«sono prese in considerazione» nella definizione e nell'attuazione «di altre politiche o attività comunitarie».

Ne consegue, pertanto, che l'integrazione «positiva» del mercato unico mediante il ravvicinamento delle discipline nazionali in materia di contratti di consumo non può essere perseguito in maniera «neutra», ma deve informarsi a un parametro di qualità. Ciò detto, però, deve escludersi che il legislatore comunitario debba realizzare il massimo livello possibile di protezione, adottando in particolare lo standard di protezione più elevato tra quelli esistenti negli ordinamenti degli Stati membri.²¹⁰ La posizione assunta dalla Corte di giustizia sul punto non sembra d'altronde lasciare adito a dubbi di sorta. Nella sentenza *Germania c. Parlamento europeo e Consiglio* del 1997, chiamata tra l'altro a pronunciarsi sulla questione se la direttiva 94/19/CE del 30 maggio 1994, relativa ai sistemi di garanzia dei depositi, fosse incompatibile con l'obiettivo, enunciato all'art. 153 tr. CE, di conseguire un livello elevato di protezione del consumatore, ha infatti statuito che: «*La protezione dei consumatori, pur costituendo uno degli obiettivi della Comunità, non è certamente l'unico. Si è già rilevato, al riguardo, che la direttiva mira a promuovere la libertà di stabilimento e la libera prestazione di servizi nel settore bancario. S'intende che queste libertà devono essere accompagnate da un elevato livello di protezione dei consumatori nella Comunità; nessuna disposizione del Trattato obbliga tuttavia il legislatore comunitario ad adeguarsi al livello di protezione più elevato riscontrabile in un dato Stato membro. Pertanto la riduzione del livello di protezione che può prodursi in determinati casi per effetto dell'art. 4, n. 1, secondo comma, della direttiva non rimette in discussione il risultato generale cui tende la direttiva stessa, vale a dire il miglioramento sensibile della tutela dei risparmiatori all'interno della Comunità*».²¹¹

²¹⁰ Che un livello elevato di protezione non significhi necessariamente il livello «più» elevato possibile sembra pacifico in dottrina. V. *inter alia* DELLIS, *Art. 94-95 cit.*, p. 928; DE BROCA *Art. 153*, p. 1248; WEATHERILL, *Consumer Policy cit.*, p. 703 s.; STUYCK, *European Consumer Law after the Treaty of Amsterdam cit.*, p. 392 ss. Cfr. la risoluzione del Consiglio del 28 giugno 1999, sulla politica dei consumatori 1999-2001, in *Gazz. Uff. Com. eur.*, n. C 206 del 1999, considerando n. 7.

²¹¹ Sentenza 13 maggio 1997, in causa C-233/94, *Germania c. Parlamento e Consiglio*, in *Raccolta*, p. I-2405 ss., punto 48 (corsivo aggiunto).

La Corte sembra così confermare l'idea sostenuta in questo lavoro che la protezione del consumatore non sia un valore assoluto dell'ordinamento giuridico comunitario, bensì relativo e funzionale al buon funzionamento del mercato comune. Ad esclusione del diritto alla salute e alla sicurezza della persona, che non possono assolutamente essere messi in discussione, in materia di interessi economici, ed in particolare riguardo alla posizione contrattuale del consumatore, si deve trovare un equo compromesso tra le rispettive aspettative delle imprese e dei consumatori, per tutelare solo quelle che sia legittime, tenuto peraltro conto dell'interesse dei consumatori stessi alla realizzazione del mercato unico.²¹²

5. Le direttive comunitarie in materia di contratti conclusi dai consumatori: caratteristiche generali comuni.

Nel contesto generale sopra descritto deve inquadrarsi l'azione comunitaria per l'armonizzazione della disciplina dei contratti conclusi dai consumatori, vigorosamente promossa dalla Commissione allo scopo di evitare che il progressivo sviluppo conosciuto, soprattutto a partire dagli anni settanta del secolo scorso, dal diritto dei consumatori in alcuni ordinamenti statali, possa costituire un ostacolo rilevante allo sviluppo dei rapporti intracomunitari di consumo. Vede così la luce una serie sempre più ricca di direttive volte a creare, per quegli aspetti in cui più impellente si prospetti l'esigenza di protezione, uno *standard* minimo di tutela contrattuale del consumatore comune a tutti gli Stati membri.

²¹² Si tratta dunque di quel bilanciamento proprio della teoria delle *legitimate expectations*, esposta *supra* al par. 2. I concetti chiave sono l'informazione, necessaria per compiere scelte consapevoli, e la necessaria fiducia. Si deve in particolare osservare con STUYCK, *European Consumer Law after the Treaty of Amsterdam* cit., p. 393, che «every protection has its price. ... In particular every measure of protection contains a potential risk of irresponsible behaviour which may create new problems and the need for further protective measures». Cfr. ALPA, *Il diritto dei consumatori* cit., ove distingue i diritti economici dei consumatori dal diritto alla salute e alla sicurezza, per il fatto che i primi, a differenza dei secondi, sono «negoziabili», nel senso che «possono essere oggetto di mediazione con le esigenze di protezione degli interessi economici delle imprese». Si deve infine anticipare che questo contemperamento di interessi, fondamentale per garantire il funzionamento del mercato comune, dovrebbe presiedere altresì alla composizione dei conflitti di leggi in materia di contratti di consumo. Sul punto, v. capitolo quarto.

Le prime in ordine cronologico, adottate sulla base dell'art. 100 del trattato CEE (ora art. 94 tr. CE), sono la direttiva del Consiglio n. 85/577/CEE del 20 dicembre 1985, relativa alla tutela dei consumatori in caso di contratti negoziati fuori dei locali commerciali,²¹³ e la direttiva del Consiglio n. 87/102/CEE del 22 dicembre 1986, relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di credito al consumo.²¹⁴

Sulla base dell'art. 100 A tr. CEE (ora art. 95 tr. CE), è stata poi adottata la direttiva del Consiglio n. 90/314/CEE del 13 giugno 1990 concernente i viaggi, le vacanze ed i circuiti «tutto compreso»²¹⁵. Il nuovo impulso dato dal trattato di Maastricht alla politica comunitaria di protezione del consumatore ha avuto un notevole riflesso sull'azione di armonizzazione, portando all'adozione di un importante numero di direttive in materia. Hanno così visto la luce le direttive: n. 93/13/CEE del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori;²¹⁶ n. 94/47/CE 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 (multiproprietà o *timeshare*);²¹⁷ n. 97/7/CE del 20 maggio 1997, riguardante la protezione dei consumatori in materia

²¹³ In *Gazz. Uff. Com. eur.*, n. L 372 del 31 dicembre 1985. La direttiva è stata recepita in Italia con D. Lgs. 15 gennaio 1992 n. 50.

²¹⁴ In *Gazz. Uff. Com. eur.*, n. L 42 del 12 febbraio 1987. La prima direttiva è stata successivamente integrata da alcune direttive sul calcolo del TAEG: la n. 90/88/CEE del 22 febbraio 1990 e la n. 93/7/CE del 16 febbraio 1998. La disciplina italiana di attuazione è contenuta negli artt. 18-24 della legge (comunitaria per il 1991) 19 febbraio 1992 n. 142, ora artt. 121-128 del T.U. delle leggi in materia bancaria e creditizia (D. Lgs. 1° settembre 1993, n. 385). L'11 settembre 2002 la Commissione ha presentato una proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, fondata sull'art. 95 tr. CE, relativa all'armonizzazione delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di credito ai consumatori, COM (2002) 443 def., destinata a sostituire la direttiva in vigore. V. al riguardo NEMETH, ORTNER, *The Proposal for a new Directive concerning Credit for Consumers*, in *German Law Journal*, 2003, p. 801 ss.; GOURIO, *Le nouveau cadre juridique du crédit aux particuliers en Europe*, in *Rev. dr. bancaire financier*, n. 2/2003, p. 128 ss.

²¹⁵ In *Gazz. Uff. Com. eur.*, n. L 158 del 23 giugno 1990. La direttiva è stata recepita nell'ordinamento italiano con il D. Lgs. 17 marzo 1995 n. 111.

²¹⁶ In *Gazz. Uff. Com. eur.*, n. L 95 del 21 aprile 1993. La direttiva è stata recepita in Italia con l'art. 25 della legge 6 febbraio 1996 n. 52 (comunitaria 1994), che ha introdotto nel codice civile, titolo II del libro quarto, un nuovo Capo XIV-bis (Dei contratti del consumatore), articoli 1469-bis ss.

²¹⁷ In *Gazz. Uff. Com. eur.*, n. L 280 del 29 ottobre 1994. In Italia si è provveduto all'attuazione con D. Lgs. 9 novembre 1998, n. 427.

di contratti a distanza,²¹⁸ n. 1999/44/CE del 25 maggio 1999, su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo;²¹⁹ n. 2002/65/CE del 23 settembre 2002, concernente la commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori.²²⁰

Le direttive in materia di contratti conclusi dai consumatori non costituiscono un *corpus* di regole sistematico e coerente. Esse presentano inoltre alcuni aspetti contraddittori. Ciò nondimeno, esse presentano talune caratteristiche generali comuni. In primo luogo, l'oggetto della loro disciplina è definito in modo sostanzialmente omogeneo, facendo riferimento alle rispettive posizioni soggettive delle parti contrattuali: il «consumatore», da un lato, e il «professionista», dall'altro.²²¹ La seconda nozione, tratta dal concetto francese di «professionnel», non crea particolari problemi. Il riferimento è infatti all'operatore economico, sia esso persona fisica o giuridica, che agisce nell'ambito della sua attività professionale o commerciale.

La nozione centrale è invece quella di «consumatore». Pur se con qualche lieve differenza nel testo delle diverse direttive, il riferimento è a qualsiasi persona fisica che agisce per fini estranei all'attività professionale o imprenditoriale eventualmente svolta.²²² Si valorizza in tal modo la dimensione funzionale dei contratti conclusi dai consumatori. Ricadono in questa categoria, infatti, quei

²¹⁸ In *Gazz. Uff. Com. eur.*, n. L 144 del 4 giugno 1997. Per l'attuazione in Italia, v. D.Lgs. 22 maggio 1999 n. 185.

²¹⁹ In *Gazz. Uff. Com. eur.*, n. L 171 del 7 luglio 1999. Il D.Lgs. 2 febbraio 2002 n. 24 ha dato attuazione alla direttiva nell'ordinamento italiano, introducendo nel codice civile, libro quarto, titolo III, capo I, sezione II, di un nuovo paragrafo 1-bis (Della vendita dei beni di consumo), articoli 1519-bis ss.

²²⁰ In *Gazz. Uff. Com. eur.*, n. L 271 del 9 ottobre 2002.

²²¹ La previsione di un corpo di regole speciali relative ai contratti tra professionisti e consumatori pone la questione, ampiamente dibattuta in dottrina, se si sia di fronte a una disciplina *ad hoc* per una particolare categoria di soggetti (quelli riconducibili allo *status* di consumatore), oppure, in termini più oggettivi, a una disciplina dell'atto di consumo finale, come aspetto della regolamentazione dei mercati finali. In questo secondo senso, v. GABRIELLI, ORESTANO, *Contratti del consumatore*, in *Digesto discipline privatistiche. Sezione civile*, IV ed., Aggiornamento, p. 225 ss., cui si rinvia anche per ulteriori riferimenti bibliografici.

²²² Nella sentenza 22 novembre 2001, nelle cause riunite C-541/99 e C-542/99, *Cape c. Idealservice*, in *Raccolta*, p. I-9049 ss., con nota di LUBY, *Notion de consommateur: ne vous arrêtez pas à l'apparence!*, in *Contrats-Concurrence-Consommation*, juillet 2002, p. 4 ss., la Corte di giustizia ha affermato che la nozione di consumatore deve essere interpretata nel senso che si riferisce esclusivamente alle persone fisiche. Pur se riferita alla direttiva sulle clausole abusive, non sembra dubbio che essa abbia portata più estesa (cfr. conclusioni avv. gen. Mischo).

contratti conclusi dalla persona fisica-consumatore per procurarsi i beni e i servizi destinati a soddisfare esigenze familiari o personali, ovvero che abbiano come scopo o funzione il "consumo finale privato".²²³ La scelta politica del legislatore comunitario è dunque chiaramente nel senso di approntare, nel segno della tutela dei consumatori, una disciplina dell'atto contrattuale di consumo, ossia del momento giuridico di raccordo tra le attività imprenditoriali e professionali, da un lato, e i referenti ad esse esterni, dall'altro. Questa disciplina costituisce a sua volta un aspetto della regolamentazione dei c.d. «mercati finali», caratterizzati da una situazione di evidente inferiorità dei destinatari rispetto all'operatore commerciale o professionale, per quanto riguarda sia il potere nelle trattative sia il grado di informazione.²²⁴

La netta scelta compiuta dal diritto comunitario non esclude la possibilità per i legislatori nazionali di prendere in conto anche situazioni diverse. Come la Corte di giustizia ha avuto modo di chiarire, nulla impedisce agli Stati membri di proteggere altri soggetti che, pur agendo per uno scopo connesso alla loro attività professionale o commerciale, siano reputati trovarsi in una condizione di debolezza analoga a quella del consumatore.²²⁵ In questo caso, però, la compatibilità con il diritto comunitario della scelta eventualmente operata dal legislatore nazionale non

²²³ V. sentenza 14 marzo 1991, in causa C-361/89, *Di Pinto*, in *Raccolta*, p. I-118 ss. Nel caso di specie, la Corte di giustizia ha escluso che un commerciante che riceve visite a domicilio finalizzate alla stipulazione di un contratto di pubblicità relativo alla vendita della propria azienda possa essere considerato come un consumatore, in quanto l'operazione è connessa all'attività professionale del commerciante e non mira a soddisfare esigenze familiari o personali (punto 16). Cfr. conclusioni dell'avv. gen. Mischo nella sentenza *Cape e Idealservice* citata in nota precedente. Sulla nozione di consumatore, v. in dottrina CIINÈ, *Il consumatore*, in LIPARI (a cura di), *Trattato di diritto privato europeo*, Padova, 2003, vol. I, p. 435 ss.; GABRIELLI, *Sulla nozione di consumatore*, in www.judicium.it.

²²⁴ cfr. GABRIELLI, ORESTANO, *Contratti del consumatore* cit, p. 225 s.

²²⁵ V. sentenza *De Pinto* citata, secondo punto del dispositivo. Il diritto francese, ad esempio, già prima dell'elaborazione del diritto comunitario dei contratti di consumo, ha elaborato la doppia nozione di «consommateur» o «non-professionnel». Questa è stata interpretata dalla giurisprudenza francese dapprima con riferimento al fatto che «le professionnel agit en dehors de sa spécialité» o «de sa sphère habituelle de compétence» e che pertanto «se trouve dans le même état d'ignorance de n'importe quel consommateur», ma più recentemente, con approccio più restrittivo, sulla scorta del criterio dell'«absence de "rapport direct" entre le contrat et l'activité professionnelle exercée». V. da ultimo Cour de Cassation, 5 mars 2002, in *Rev. eur. dr. consom.*, 2002, p. 61 ss., con nota di DE MATOS, *La législation française sur les clauses abusives est-elle applicable à un contrat entre une personne publique et une société commerciale?*. Cfr. CALAIS-AULOY, STEINMETZ, *Droit de la consommation*, Paris Ccdex, 2003, p. 11 ss.

dipende dal fatto che le direttive comunitarie abbiano realizzato solo un'armonizzazione minimale delle normative nazionali, consentendo quindi agli Stati membri di mantenere o adottare norme più favorevoli al consumatore.²²⁶ In altri termini, la questione deve correttamente porsi sul piano dell'obbligo di adattamento del diritto nazionale alle direttive comunitarie e quindi, innanzitutto, in rapporto alla portata di queste ultime. Nella misura in cui esse definiscono l'ambito soggettivo dell'armonizzazione mediante una definizione uniforme della nozione di «consumatore», la regolamentazione nazionale di situazioni estranee a tale nozione esorbita, molto semplicemente, dall'obbligo di adattamento. Di conseguenza, non si pone un problema di conformità con la direttiva, ma semmai con il diritto comunitario primario.²²⁷

Il secondo aspetto comune a tutte le direttive è diretta conseguenza della summenzionata scelta di dettare una disciplina dell'atto di consumo finale privato. Questa invero non può non accompagnarsi a una presa di coscienza della realtà dei mercati finali. I contratti conclusi tra commercianti o professionisti, da un lato, e consumatori finali, dall'altro, sono di norma dei contratti il cui contenuto giuridico è unilateralmente predisposto dalla parte forte. L'autonomia della volontà del consumatore si concreta, perciò, nella mera adesione a un regolamento contrattuale dettato dalla controparte, che egli non solo non ha il potere di modificare o di trattare, ma che spesso non è neppure in grado di comprendere appieno.²²⁸

Questo stato di fatto del mercato non è di per sé valutato negativamente dal legislatore, ma anzi, in certa misura, è visto con favore. Esso risponde a precise

²²⁶ Sul significato del carattere «minimo» proprio della maggior parte delle direttive in materia di protezione degli interessi economici dei consumatori, v. capitolo primo par. 12, nonché *infra* par. 7.

²²⁷ Indicazioni in questo senso possono trarsi dalla sentenza *De Pinto* citata, punto 22. In senso contrario, LANDY, *Le consommateur européen: une notion éclatée*, in OSMAN (sous la direction de), *Vers un code européen* cit., p. 69 s.

²²⁸ Il fenomeno, tipico della società dei consumi di massa, è come noto definito con le espressioni, grossomodo equivalenti, di «contratti di massa», «contratti in serie», «contratti imposti», «contratti standard» o «contratti per adesione». Per la dottrina italiana, v. GALGANO, *Diritto privato*, 11^o ed., Padova, 2001, p. 236 s.; SACCO, DE NOVA, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato* (diretto da Rescigno), *Obbligazioni e contratti*, tomo secondo, 2^o ed., Torino, 1995, p. 111 ss.; e soprattutto, anche per un completo quadro dell'evoluzione storica e per riferimenti comparatistici, ALPA, *Contratti di massa. A) Profili generali*, in *Enciclopedia del diritto. Aggiornamento*, I, Milano, 1997, p. 403 ss. per la dottrina straniera, v. in particolare TESTU, *Le juge et le contrat d'adhésion*, in *Sém. Jur., éd. gén.*, I, 3673, p. 197 ss.

esigenze dell'economia capitalistica, caratterizzata dalla produzione e dalla distribuzione in serie su larga scala di beni e servizi. Il ricorso a modelli contrattuali uniformi per la massa dei contratti stipulati con i consumatori, infatti, comporta per le imprese una serie di vantaggi, tra i quali: una maggiore semplificazione e celerità dell'attività negoziale; una più precisa determinazione dell'alea; la possibilità di concludere il contratto per il tramite di intermediari privi di legittimazione a modificare le condizioni contrattuali predisposte.²²⁹ La contrattazione standardizzata può essere, del resto, d'interesse per gli stessi consumatori, nella misura in cui comporta una riduzione dei costi e dunque dei prezzi, da una parte, e assicura la *par condicio contrahentium*, dall'altra.

Il potere della parte forte di determinare unilateralmente e uniformemente il contenuto del contratto, dunque, corrisponde a precise esigenze del mercato. Il legislatore, nazionale come comunitario, non può che prendere atto di questa realtà. Di fatto, l'autonomia negoziale è, nei contratti con i consumatori, libertà della parte forte di determinare il contenuto contrattuale. Compito del legislatore è, di conseguenza, quello di porre dei limiti a tale libertà, affinché il professionista non tragga eccessivo vantaggio dalla posizione di debolezza negoziale, economica e informativa del consumatore.²³⁰

Da qui, il terzo e ultimo aspetto comune alle direttive comunitarie in esame. Le norme da esse poste in essere sono, infatti, norme imperative, che non possono essere derogate dalla volontà delle parti – cioè, di fatto, da quella della parte forte – se non *in melius*, in senso più favorevole al consumatore. Per converso, i diritti attribuiti ai consumatori sono diritti irrinunciabili.²³¹

²²⁹ cfr. già la relazione al Re (n. 78) della Commissione reale deputata alla redazione del libro delle obbligazioni del codice civile del 1942, richiamata da ALPA, *Contratti di massa cit.*, p. 403 s.

²³⁰ Come scrive TESTU, *Le juge et le contrat d'adhésion cit.*, p. 198: «le contrat n'a pas à être forcément négocié mais, même admis en bloc par le destinataire de l'offre, il doit *convenir* à celui-ci dans une mesure suffisante. Il ne s'agit pas d'assurer une stricte égalité, mais simplement de dire qu'une clause qui confère un avantage sans contrepartie et qui n'a d'autre justification qu'un rapport de force inégalitaire, est en droit inadmissible». Cfr. CALAIS-AULOY, *L'influence du droit de la consommation sur le droit civil*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1994, p. 245 s. Cfr. considerando n. 9 della direttiva n. 93/13 sulle clausole abusive.

²³¹ V. art. 6 direttiva n. 85/577; art. 14 direttiva n. 87/102; art. 8 direttiva 94/47; art. 12 par. 1 direttiva n. 97/7; art. 12 par. 1 direttiva n. 2002/65. Per un'affermazione recente nella giurisprudenza italiana, v. Cass., sez. 3^a civ., 3 ottobre 2003, che definisce l'art. 5 d.lgs. n. 50 del 1992 (di attuazione dell'art. 4 della direttiva n. 85/577), ove dispone l'obbligo del commerciante di informare per iscritto

6. (segue): *quadro di sintesi delle norme materiali contenute nelle direttive.*

All'approccio unitario sopra descritto per quanto concerne l'impostazione di fondo comune al complesso delle direttive, non corrisponde però una visione globale della disciplina dei contratti con i consumatori. L'unico atto a portata generale è, infatti, la direttiva del 1993 sulle clausole abusive. Le altre direttive, invece, seguono un approccio settoriale, avendo ad oggetto o singole figure contrattuali (meglio, singoli tipi di operazioni economiche, che non devono necessariamente corrispondere a un «tipo» contrattuale), oppure alcune tecniche di commercializzazione di beni e servizi.²³²

La direttiva 93/13 sulle clausole abusive detta una disciplina a carattere trasversale, poiché si applica a qualsiasi contratto stipulato tra un consumatore e un professionista.²³³ Scopo principale della direttiva è l'eliminazione dai contratti conclusi dai consumatori di tutte le clausole abusive,²³⁴ ovvero di quelle clausole contrattuali che, contrariamente all'esigenza di buona fede c.d. oggettiva,²³⁵ ossia di

il consumatore del suo diritto al recesso, «norma inderogabile e imperativa perché attiene all'ordine pubblico dei rapporti economici nelle negoziazioni tra una parte debole (il consumatore) e la parte commercialmente forte (il commerciante o l'imprenditore)».

²³² ROPPO, *Contratti turistici e clausole vessatorie*, in SILINGARDI, ZENO ZENCOVICH (a cura di), *La tutela del turista*, Napoli, 1993, p. 98 s., distingue tra direttive «verticali» o di settore, che riguardano una particolare operazione economica (ex. direttive su multiproprietà, pacchetti turistici, credito al consumo), e direttive «orizzontali», che attengono a un insieme generalizzato di contratti, anche se non necessariamente a tutti i contratti (ex. direttiva sui contratti a distanza).

²³³ V. *consideranda* n. 10 e n. 11. Emblematico al riguardo il caso italiano. Nella sua primitiva versione, infatti, l'art. 1469-bis, primo comma, cod. civ. limitava l'ambito della disciplina ai contratti aventi «per oggetto la cessione di beni o la prestazione di servizi». L'inciso è stato successivamente soppresso dall'art. 25, primo comma, della legge 21 dicembre 1999 n. 526 (legge comunitaria 1999), a seguito di una procedura di infrazione (n. 98/2026) avviata dalla Commissione. V. il parere motivato della Commissione del 18 dicembre 1998, in VACCÀ, (a cura di), *Consumatori, contratti, conflittualità* cit., p. 935 ss. Si rammenta che, a seguito dell'intervenuta modifica legislativa, la Commissione ha rinunciato parzialmente al ricorso, che ha comunque dato luogo alla condanna dell'Italia, per non aver recepito integralmente l'art. 7 n. 3 della direttiva: sentenza 24 gennaio 2002, in causa C-372/99, *Comm. c. Italia*, in *Raccolta*, p. 1-819 ss.

²³⁴ La nozione di «clausola abusiva» (*clause abusive*) è ripresa dal diritto francese, dove era in origine collegata al concetto dell'*abus de droit*: l'art. 35 della *loi Scrivener* del 1978 (poi art. L. 132-1 *code consom.*, ora modificato in senso conforme alla direttiva) definiva infatti abusive le clausole «lorsque ... apparaissent imposées aux non-professionnels ou consommateurs par un abus de la puissance économique de l'autre partie et confèrent à cette dernière un avantage excessif».

²³⁵ Il testo italiano della direttiva recita: «malgrado il requisito della buona fede» (quello dell'art. 1469-bis cod. civ.: «malgrado la buona fede»). La dottrina maggioritaria si pronuncia nel senso che il requisito della buona fede debba essere inteso in senso oggettivo, argomentando peraltro con riferimento alle versioni inglese («*contrary to the requirement of the good faith*») e francese («*en dépit de l'exigence de bonne foi*») della direttiva.

correttezza contrattuale, determinano, «a danno del consumatore, un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi delle parti derivanti dal contratto».²³⁶

A tal fine, essa prevede un meccanismo di controllo generale e preventivo, a tutela dell'interesse collettivo dei consumatori (art. 7), e un controllo *a posteriori*, di carattere sostanziale e non meramente formale, sul contenuto del contratto da parte del giudice. Ai sensi dell'art. 6 par. 1 della direttiva, infatti, gli Stati membri devono far sì che le clausole abusive non vincolino il consumatore, alle condizioni stabilite dalle loro legislazioni nazionali, «e che il contratto resti vincolante per le parti secondo i medesimi termini, sempre che esso possa sussistere senza le clausole abusive».²³⁷

La direttiva sancisce infine, in rapporto ai soli contratti scritti, il principio di trasparenza (le clausole devono essere redatte «in modo chiaro e comprensibile») e dell'interpretazione più favorevole al consumatore, in caso di dubbio sul senso di una clausola.²³⁸

Portata assai ampia ha anche la direttiva n. 1999/44, che disciplina taluni aspetti delle vendite di beni mobili materiali ai consumatori.²³⁹ Essa stabilisce una disciplina minima comune della garanzia c.d. «legale», che costituisce cioè un

²³⁶ Art. 3 par. 1 della direttiva. Sono escluse dalla definizione di clausole abusive le clausole «oggetto di negoziato individuale», sul cui contenuto il consumatore ha potuto esercitare una qualche influenza. V. in particolare PARDOLISI, *Clausole abusive (nei contratti dei consumatori): una direttiva abusata?*, in *Foro it.*, 1994, V, c. 137 ss.

Sono invece *a priori* escluse dall'ambito di applicazione della direttiva «le clausole contrattuali che riproducono disposizioni legislative o regolamentari imperative - ma il termine comprende anche le norme suppletive, cioè quelle che "per legge si applicano tra le parti contraenti allorché non è stato convenuto nessun altro accordo» (considerando n. 13) - e disposizioni o principi di convenzioni internazionali, in particolare nel settore dei trasporti, delle quali gli Stati membri o la Comunità sono parte» (art. 1 par. 2). Cfr. conclusioni avv. gen. Tizzano nella causa C-473/00, *Cofidis*, punto 42, e la sentenza resa il 22 novembre 2002, punto 22.

²³⁷ Il legislatore italiano ha così stabilito che le clausole considerate abusive sono inefficaci, mentre il contratto rimane efficace per il resto (art. 1469-*quinquies*, primo comma, cod. civ.). Sulla natura di questa sanzione civilistica, v. per tutti DI MARZIO, *Illiceità delle clausole abusive*, in *Giust. Civ.*, 1999, II, p. 479 ss. Cfr. sentenza 27 giugno 2000, nelle cause riunite da C-240/98 a C-244/98, *Océano Grupo Editorial*, in *Raccolta*, p. I-1491 ss., punto 29: «la tutela assicurata dai consumatori alla direttiva comporta che il giudice nazionale, esaminando la ricevibilità dell'istanza presentatagli, possa valutare d'ufficio l'illiceità di una clausola del contratto».

²³⁸ Art. 5 della direttiva.

²³⁹ La nozione di vendita ai sensi della direttiva è da intendersi in senso lato, più ampio certo di quello della nozione risultante dall'art. 1470 cod. civ. Così, il nuovo art. 1519-*bis* cod. civ. equipara ai contratti di vendita «i contratti di permuta e di somministrazione nonché quelli di appalto, di opera e tutti gli altri contratti comunque finalizzati alla fornitura di beni di consumo da fabbricare o produrre».

effetto giuridico derivante per legge dal contratto. L'art. 2 della direttiva sancisce infatti, con clausola generale, il principio di conformità del bene venduto al contratto,²⁴⁰ mentre l'art. 3 prescrive i diritti – e le condizioni per il loro esercizio – che il consumatore può esercitare nel caso il venditore non ottemperi ai suoi obblighi: diritto al ripristino senza spese, mediante riparazione o sostituzione, oppure alla riduzione adeguata del prezzo o alla risoluzione del contratto. Per quanto concerne invece le garanzie c.d. «commerciali», cioè quelle offerte liberamente, e senza costi supplementari per il consumatore, dal venditore, dal produttore o da qualsiasi altro soggetto facente parte della catena di distribuzione del prodotto, la direttiva si limita a prescrivere disposizioni minime volte, da un lato, a coordinarle con il principio di conformità e, dall'altro, ad assicurare la corretta informazione del consumatore.²⁴¹

Tra le discipline a portata settoriale, alcune concernono determinate operazioni economiche, le quali prospettano da un lato in termini particolarmente sensibili l'esigenza di protezione e, dall'altro, hanno o dovrebbero avere naturale vocazione transfrontaliera. Così, la direttiva n. 87/102 riguarda il contratto di credito, in base al quale il creditore concede o promette di concedere al consumatore un credito sotto forma di dilazione di pagamento, di prestito o di altra analoga facilitazione finanziaria.²⁴² La direttiva n. 90/314 detta disposizioni relative ai c.d. «pacchetti

²⁴⁰ La disposizione offre indicazioni più precise per concretare il concetto di «conformità of the goods to the contract», per il quale il legislatore comunitario ha preso ampio spunto, come è noto, dalla convenzione di Vienna del 1980 sulle vendite internazionali di beni mobili. Così, l'art. 2 par. 2 pone delle presunzioni di conformità del bene al contratto, che ricorrono in particolare quando il bene presenta le qualità e le prestazioni abituali di un bene dello stesso tipo, che il consumatore può ragionevolmente aspettarsi, tenuto conto della natura del bene e, se del caso, delle dichiarazioni pubbliche sulle caratteristiche specifiche dei beni fatte al riguardo dal venditore, dal produttore o dal suo rappresentante, in particolare nella pubblicità o sull'etichettatura». Non è difficile scorgere in tale previsione l'espressione, da un lato, del concetto di *legitimate expectations* più volte richiamato in questo lavoro e, dall'altro, di un più generale dovere di verità e di correttezza imposto alla controparte commerciale.

²⁴¹ V. art. 6 della direttiva. Deve osservarsi in senso critico che nulla è disposto riguardo alla c.d. «garanzia europea», ossia all'obbligo per gli operatori economici di offrire la garanzia a condizioni uniformi per tutti gli Stati membri. È stato così disattesa una delle principali indicazioni del *Libro verde sulle garanzie dei beni di consumo e dei servizi post-vendita*, presentato dalla Commissione il 15 novembre 1993, COM (93) 509 def., spec. p. 83 ss. Sul punto mi sia permesso di rinviare a VITELLINO, *Primi appunti sulla direttiva 99/44/CE in tema di vendita e garanzie dei beni di consumo*, in *Consumatori, diritti e mercato*, 2000, p. 106 s.

²⁴² Art. 1 lett. c della direttiva. Non si può certo dire che le operazioni di credito al consumo abbiano naturale vocazione internazionale, per quanto conoscano un certo sviluppo nelle zone

turistici» (*package travel, voyages à forfait*), ovvero contratti di prestazione di servizi turistici che presentano almeno due tra i seguenti oggetti: trasporto, alloggio, altri servizi turistici non accessori al trasporto e all'alloggio.²⁴³ La direttiva n. 94/47 riguarda infine i contratti che abbiano per oggetto l'acquisizione di un diritto di godimento a tempo parziale di uno o più immobili, per uso di abitazione, normalmente per scopo di vacanza (c.d. multiproprietà o *timeshare*).²⁴⁴

Altre direttive settoriali, si definiscono invece non in base all'oggetto dell'operazione economica, bensì in relazione alla tecnica di commercializzazione. Così, in primo luogo, la direttiva n. 85/577 ha riguardo alla prassi commerciale dei contratti conclusi fuori dei locali commerciali, ritenuta particolarmente «aggressiva» nei confronti del consumatore per il fatto che lo coglie di sorpresa e impreparato. Le direttive n. 97/7 e n. 2002/65, in secondo luogo, i contratti conclusi *inter absentes*, ossia «nell'ambito di un sistema di vendita o di prestazione di servizi a distanza organizzato dal fornitore che, per tale contratto, impieghi esclusivamente una o più tecniche di comunicazione a distanza fino alla conclusione del contratto, compresa la conclusione del contratto stesso».²⁴⁵ La prima ha portata più ampia, coprendo qualsiasi contratto avente per oggetto beni o servizi (salve le ipotesi espressamente escluse); la seconda ha come oggetto più specifico i contratti di fornitura di servizi finanziari.²⁴⁶ Uno dei principali metodi di contrattazione a distanza dell'età contemporanea è certamente il c.d. commercio elettronico, caratterizzato dalla conclusione delle transazioni per via elettronica. Questo è adesso l'oggetto della direttiva del Parlamento e del Consiglio n. 2000/31/CE dell'8

transfrontaliere. In questo caso, la scelta del legislatore comunitario è evidentemente volta a promuovere lo sviluppo di un «mercato comune del credito al consumo»: v. considerando n. 5 della direttiva.

²⁴³ La direttiva li definisce «servizi tutto compreso» (art. 2 n. 1).

²⁴⁴ V. art. 2 della direttiva.

²⁴⁵ Art. 2 n. 1 della direttiva n. 97/7. Negli stessi termini, l'art. 2 lett. a della direttiva n. 2002/65, per «tecnica di comunicazione a distanza» deve intendersi, ai sensi di entrambe le direttive, «qualunque mezzo che, senza la presenza fisica e simultanea del fornitore e del consumatore, possa impiegarsi per la conclusione del contratto tra dette parti» (art. 2 n. 4 direttiva n. 97/7; cfr. l'«elenco indicativo» contenuto nell'allegato I alla direttiva stessa).

²⁴⁶ Ossia, secondo l'art. 2 lett. b della direttiva, qualsiasi servizio di natura bancaria, creditizia, assicurativa, servizi pensionistici individuali, di investimento o di pagamento. Cfr. art. 3 par. 1 (e allegato II) della direttiva n. 97/7, che espressamente li esclude dal suo campo di applicazione.

giugno 2000.²⁴⁷ La direttiva, pur non disciplinando direttamente i contratti con i consumatori e facendo salvo il livello di tutela garantito dagli strumenti comunitari,²⁴⁸ detta alcune norme rilevanti anche per tali contratti, destinate a integrarsi con quanto disposto dalle direttive n. 97/7 e 2002/65. Così soprattutto per quanto concerne l'obbligo degli Stati membri di far sì che i loro ordinamenti giuridici rendano possibili i contratti per via elettronica.²⁴⁹

Per quanto riguarda il contenuto sostanziale delle direttive elencate, si può sommariamente osservare, innanzitutto, che esse determinano in termini particolarmente dettagliati e restrittivi il loro campo di applicazione. Ad esempio, la direttiva sulla multiproprietà non copre che i contratti conclusi per un periodo di almeno tre anni e soltanto quando il periodo di godimento turistico non sia inferiore a una settimana.²⁵⁰ Inoltre, pur con le dovute differenze e a volte in modo incoerente, le direttive prescrivono obblighi di trasparenza, di informazione quanto più possibile dettagliata e corretta, di forma (scritta) del contratto, che deve avere un contenuto minimo obbligatorio, e di cui una copia deve essere consegnata al consumatore.²⁵¹ Altro elemento spesso ricorrente nelle direttive settoriali è la

²⁴⁷ Direttiva «relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno («Direttiva sul commercio elettronico»), pubblicata in *Gazz. Uff. Com. eur.*, n. L 178 del 17 luglio 2000. La direttiva è stata di recente attuata in Italia con D.Lgs. 9 aprile 2003 n. 70, in *Gazz. Uff.* n. 87 del 14 aprile 2003. Per «servizio della società dell'informazione» deve intendersi, ai sensi dell'art. 1 punto 2 della direttiva n. 98/34/CE del 22 giugno 1998 (come modificata dalla direttiva n. 98/84/CE del 20 novembre 1998), qualsiasi servizio prestato normalmente dietro retribuzione, a distanza, per via elettronica, mediante apparecchiature elettroniche di elaborazione (compresa la compressione digitale) e di memorizzazione dei dati, a richiesta individuale di uno dei destinatari dei servizi. Come precisa il considerando n. 18 della direttiva n. 2000/31, tali servizi abbracciano una vasta gamma di attività economiche svolte in linea, che possono consistere anche nella vendita in linea di merci. Non sono invece contemplate la consegna delle merci in quanto tale o la prestazione di servizi *off line* (art. 2 lett. ii della direttiva).

²⁴⁸ In particolare, il fulcro della disciplina dettata dalla direttiva, ossia la c.d. «clausola del mercato interno» di cui all'art. 3, non si applica alle obbligazioni contrattuali riguardanti i contratti conclusi dai consumatori. In termini generali, poi, il considerando n. 11 fa salva la tutela del consumatore accordata, in particolare, dagli atti comunitari qui in esame.

²⁴⁹ Art. 9 della direttiva. V. inoltre l'art. 10, relativo alle informazioni che il prestatore deve imperativamente fornire al consumatore, prima dell'inoltro da parte di questi dell'ordine di acquisto (mentre è possibile un diverso accordo tra le parti, nei contratti diversi da quelli di consumo).

²⁵⁰ Analoga osservazione può essere fatta per le numerose, e soprattutto dettagliate, ipotesi escluse dall'ambito della direttiva sul credito al consumo (art. 2).

²⁵¹ Art. 4 direttiva n. 87/102; art. 4 direttiva n. 90/314; art. 4 direttiva n. 94/47. Per i contratti a distanza, la direttiva n. 97/7 pone l'obbligo di fornire al consumatore – per iscritto o «su altro supporto duraturo a sua disposizione e a lui accessibile» - determinate informazioni prima della

concessione al consumatore di un periodo di riflessione («*cooling-off period*»), entro il quale egli può esercitare un vero e proprio diritto di ripensamento sul contratto già stipulato.²⁵²

7. Le restrizioni agli scambi intracomunitari risultanti dalle norme nazionali di diritto privato.

L'azione comunitaria di armonizzazione delle discipline nazionali sui contratti con i consumatori è strettamente connessa con l'obiettivo del consolidamento e del buon funzionamento del mercato unico. Nei preamboli delle direttive è sottolineato che la difformità nel livello di tutela assicurato agli interessi economici dei consumatori dalle norme di diritto privato nazionali è suscettibile di creare ostacoli alla libera circolazione oltre che distorsioni di concorrenza.²⁵³ L'armonizzazione di queste discipline dovrebbe porre rimedio a questi ostacoli, sia sul versante dei consumatori che su quello delle imprese. Per i primi, infatti, la previsione di uno *standard* di tutela comparabile in tutto il mercato comunitario dovrebbe agevolare l'acquisto dei beni e servizi offerti da operatori di altri Stati membri, in particolare incentivando la dimensione «attiva» del commercio intracomunitario. Per le seconde, invece, l'armonizzazione dovrebbe far venir meno le ragioni delle restrizioni alle libertà di circolazione poste dallo Stato di residenza del consumatore.²⁵⁴ Questo secondo aspetto è forse quello di portata più concreta,

conclusione del contratto (art. 4), da confermarsi in tempo utile all'atto dell'esecuzione del contratto stesso (art. 5).

²⁵² V. per esempio l'art. 5 della direttiva n. 85/577; l'art. 5 della direttiva n. 94/47; l'art. 6 della direttiva n. 2002/65.

²⁵³ V. per esempio i *consideranda* n. 2 della direttiva 90/314; n. 2 della direttiva 93/13; n. 1 della direttiva 94/47.

²⁵⁴ Ad esempio, il *considerando* n. 7 della direttiva n. 93/13 fa riferimento all'obiettivo di facilitare i venditori di beni e i prestatori di servizi nelle loro attività commerciali «sia nel proprio Stato che in tutto il mercato unico». Ancora più chiaro il preambolo della direttiva n. 87/102 che, come riconosciuto dalla Corte nella sentenza 23 marzo 2000, in causa C-208/98, *Brauerei*, in *Raccolta*, p. I- ss., punto 20, indica il duplice scopo di assicurare la realizzazione di un mercato comune del credito al consumo (*consideranda* n. 3 e 5) e proteggere i consumatori che ottengono tali crediti. Cfr. *considerando* n. 7 della proposta di direttiva sul credito ai consumatori dell'11 settembre 2002: «è opportuno favorire la creazione di un mercato interno del credito più trasparente e più efficace. È opportuno che tale mercato offra un livello di tutela dei consumatori tale da rendere possibile la

anche sotto il profilo dei benefici che ne può ricavare il consumatore in termini di massimizzazione delle sue scelte.

Se, dunque, lo scopo principale è di creare le condizioni per conferire ai mercati finali una dimensione tendenzialmente comunitaria, facilitando i contratti transfrontalieri tra imprese e consumatori, ne dovrebbe logicamente derivare un campo di applicazione corrispondente a quello delle libertà di circolazione.²⁵⁵

Ora, non sembra dubbio che l'azione di armonizzazione possa riguardare, a differenza delle norme primarie sulle libertà di circolazione, anche ipotesi di contratti puramente interni a un singolo Stato membro, estranee perciò agli scambi transfrontalieri. La scelta dello strumento della direttiva per il ravvicinamento delle discipline nazionali sui contratti con i consumatori è del resto significativa in tal senso. Attraverso il procedimento di attuazione delle direttive, infatti, le norme materiali in esse contenute sono integrate negli ordinamenti degli Stati membri. In assenza di espressa indicazione in senso contrario da parte del legislatore comunitario, perciò, deve ritenersi che le norme imperative prescritte dalle direttive in esame trovano senz'altro applicazione, in quanto parte del diritto nazionale, alle fattispecie puramente interne.²⁵⁶

libera circolazione delle offerte di credito nelle migliori condizioni sia per gli operatori dell'offerta sia per i soggetti che rappresentano la domanda».

²⁵⁵ In questo senso FALLON, *Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré. L'expérience de la Communauté européenne*, in *Recueil des cours*, t. 253, 1995, p. 183, che osserva: «en effet, la politique communautaire de rapprochement des législations nationales vise en premier lieu à réduire les disparités afin de faciliter la circulation: en cela, l'objectif ne diffère pas de celui du régime même des entraves. Dans cette perspective, les règles harmonisées devraient se limiter aux situations intracomunitaires, à l'exclusion de situations internes n'affectant pas le commerce communautaire».

²⁵⁶ Cfr. sentenza 13 luglio 2000, in causa C-456/98, *Centrosteel*, in *Raccolta*, p. I- ss., punto 13, nella quale si afferma esplicitamente, con riguardo alla direttiva del 18 dicembre 1986 n. 86/653/CEE, relativa al coordinamento dei diritti degli Stati membri concernenti gli agenti commerciali indipendenti, che essa «mira ad armonizzare le normative degli Stati membri riguardanti i rapporti giuridici tra le parti di un contratto di agente commerciale, indipendentemente da qualsiasi elemento transfrontaliero. la sfera di applicazione della direttiva si estende quindi al di là di quella delle libertà fondamentali sancite dal trattato» (corsivo aggiunto). Secondo FALLON, *op. cit.*, due fattori permetterebbero di spiegare l'estensione del campo di applicazione delle norme armonizzate alle situazioni puramente interne: da un lato, la necessità di tenere conto «des impératifs matériels, telle la protection du consommateur»; dall'altro, l'adozione di regole uniche tanto per le fattispecie interne che per quelle intracomunitarie «apparati comme un facteur d'identification d'un marché unique, assimilable à un marché interne».

Resta nondimeno che, visto lo stretto nesso funzionale tra le direttive in esame e il corretto funzionamento del mercato interno, la loro sfera di applicazione dovrebbe innanzitutto coprire le fattispecie transfrontaliere intracomunitarie che ricadono nell'ambito di applicazione delle libertà di circolazione sancite dal trattato CE.²⁵⁷ Tale risultato, però, non può essere utilmente conseguito esclusivamente per mezzo del ravvicinamento delle norme di diritto privato materiale degli Stati membri. Infatti, poiché le operazioni intracomunitarie costituiscono, in linea di massima, delle fattispecie con elementi di estraneità, l'applicazione alle stesse delle discipline privatistiche degli Stati membri dipende necessariamente dai meccanismi di diritto internazionale privato, e segnatamente – per quanto concerne i contratti con i consumatori qui in esame – dalle disposizioni della convenzione di Roma del 19 giugno 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali.²⁵⁸

È pertanto evidente che la piena realizzazione degli obiettivi primari perseguiti dall'opera di ravvicinamento dei diritti nazionali sui contratti di consumo è strettamente dipendente dal modo di operare delle norme di conflitto uniformi dettate dalla convenzione di Roma. A tal proposito, è opportuno considerare separatamente la prospettiva dei consumatori da quella delle imprese. Rispetto agli uni, le direttive mirano a creare un grado adeguato di fiducia nel commercio intracomunitario (la c.d. *consumer confidence*), garantendo loro uno *standard* di tutela comune. Ciò significa che, in relazione a tutti i rapporti contrattuali rilevanti per il commercio intracomunitario in beni e servizi, le norme di diritto internazionale privato devono far sì che sia designata la legge di uno Stato membro, o almeno che non possa trovare applicazione la legge di uno Stato terzo allorché, di fatto, privi il consumatore del livello di protezione di derivazione comunitaria.²⁵⁹

²⁵⁷ V. capitolo primo, par. 6.

²⁵⁸ Si possono esprimere dubbi sulla perfetta coincidenza tra la categoria delle fattispecie oggetto delle libertà di circolazione e quella delle fattispecie con elementi di estraneità o, secondo la lettera dell'art. 1 par. 1 della convenzione di Roma, delle «situazioni implicanti un conflitto di leggi». In particolare, se la provenienza estera della merce venduta è elemento necessario e sufficiente per ricondurre un contratto di vendita nell'ambito della libera circolazione delle merci, è assai dubbio che essa possa da sola comportare un conflitto di leggi, in mancanza di altri elementi di contatto con più ordinamenti nazionali.

²⁵⁹ Come vedremo, la previsione nelle direttive comunitarie, a partire da quella sulle clausole abusive del 1993, di norme volte a limitare l'applicazione della legge meno protettiva di uno Stato terzo può essere letta come intesa a garantire il risultato di cui nel testo, a fronte dell'inadeguatezza al

Dalla prospettiva della parte professionale, la situazione è invece più complessa. L'opera di armonizzazione si giustificerebbe, invero, in quanto volta a ridurre le disparità tra i diritti nazionali fonti di ostacolo alle libertà di circolazione delle imprese. Così, nei settori coperti dall'armonizzazione, le discipline nazionali devono ritenersi equivalenti, sicché lo Stato membro di destinazione di un bene o un servizio non potrebbe più legittimamente imporre le proprie norme di protezione dei consumatori in relazione a un contratto soggetto alla legge di un altro Stato membro. Si deve però osservare che l'armonizzazione non copre tutti i possibili profili della disciplina privatistica dei contratti di consumo, ma solo taluni aspetti; d'altra parte, l'intervento comunitario in questa materia presenta per lo più un carattere «minimo»: le direttive contengono sovente una clausola c.d. «minima», che consente agli Stati di mantenere o adottare un grado di protezione maggiore dei consumatori rispetto a quello previsto dalla normativa comunitaria. Di conseguenza, non sarebbe infondato ritenere che per gli aspetti non coperti dalle direttive di armonizzazione, da un lato, ovvero nel caso di norme più protettive dello *standard* minimo comunitario, gli Stati membri – e segnatamente quello di destinazione, o di residenza abituale del consumatore – potrebbero continuare a invocare l'esigenza di tutela del consumatore a fondamento dell'applicazione della propria normativa nazionale. Prima di valutare il rapporto tra l'azione armonizzatrice del diritto dei contratti di consumo e le libertà di circolazione è tuttavia opportuno considerare quale rilievo assumono per queste ultime le norme nazionali di diritto privato in generale, e quelle di diritto contrattuale in particolare.

Sebbene la maggior parte del contenzioso comunitario relativo al controllo sulla compatibilità delle norme nazionali con i principi di libera circolazione verta su norme di diritto pubblico, che regolano i rapporti tra Stato e individuo, non sono mancati i casi nei quali la Corte ha dovuto pronunciarsi sugli effetti restrittivi

proposito delle norme della convenzione di Roma. Ad ogni modo, pare evidente che il nesso funzionale tra le direttive e il mercato interno sia il principale criterio di interpretazione delle norme aventi un'incidenza sulla questione della legge applicabile contenute nelle direttive.

scaturenti da norme di diritto privato, ossia relative alle relazioni interindividuali tra soggetti privati.²⁶⁰

In dottrina sembra abbastanza pacifico che anche norme privatistiche – soprattutto laddove non tollerino deroghe da parte dell'autonomia negoziale – possano costituire un ostacolo per gli scambi transfrontalieri.²⁶¹ In tal senso vale innanzitutto la fondamentale constatazione che la natura delle norme giuridiche nazionali è del tutto irrilevante ai fini della sua idoneità a ostacolare il commercio intracomunitario. In secondo luogo, con riguardo in particolare ai servizi, si è osservato che i caratteri e il contenuto stesso del servizio prestato dipendono dalla disciplina privatistica applicabile, forse anche più di quella pubblicistica. Pertanto, la libertà per un operatore stabilito in uno Stato membro di offrire negli altri Stati lo «stesso» servizio legittimamente prestato nel proprio Stato esigerebbe l'applicazione delle norme di diritto privato di un solo Stato, ossia in principio quello nel quale ha la sede l'operatore stesso.²⁶² Per converso, maggiori perplessità

²⁶⁰ V. *inter alia* le sentenze 24 ottobre 1978, in causa 15/78, *Koestler*, in *Raccolta*, p. 1971 ss., e 24 gennaio 1991, in causa C-339/89, *Alsthom Atlantique*, in *Raccolta*, p. 1-107 ss. Cfr. più di recente la sentenza 21 marzo 2002, in causa C-451/99, *Cura Anlagen*. In altri casi, la Corte si è pronunciata sulla conformità ai principi di libera circolazione di disposizioni nazionali di diritto processuale civile. Per una disamina di questa giurisprudenza v. per tutti FALLON, *Les conflits de lois et de juridictions* cit., p. 59 ss.

²⁶¹ V. ad esempio la comunicazione interpretativa della Commissione del 20 giugno 1997, «Libera prestazione dei servizi e interesse generale nella seconda direttiva bancaria», in *Gazz. Uff. com. eur.*, n. C 209 del 10 luglio 1997, che recita testualmente: «è senz'altro vero che la maggior parte delle regole contrattuali di diritto civile o di diritto procedurale (modalità di estinzione delle obbligazioni, prescrizioni, decadenza, nullità, ecc.) difficilmente costituiscono ostacoli al commercio dei servizi bancari. Tuttavia, si trovano nei contratti bancari disposizioni, generalmente imperative, che pur essendo norme di diritto delle obbligazioni, influenzano in realtà gli scambi economici. Consideriamo ad esempio una clausola che vieti la variazione di un tasso o imponga una clausola di rimborso anticipato. Tali disposizioni possono, quanto ai loro effetti, costituire una restrizione se obbligano una banca a modificare un servizio modulandolo in funzione delle legislazioni dei paesi nei quali è commercializzato». Per un'opinione contraria, che sembra minoritaria, v. WILDERSPIN, LEWIS, *Les relations entre le droit communautaire et les règles de conflits de lois des Etats membres*, in *Revue critique dr. int. priv.*, 2002, p. 24 ss.

²⁶² RADICATI DI BROZOLO, *Libre circulation dan la CE et règles de conflit*, in LAGARDE, VON HOFFMANN (ed.), *L'europeanisation du droit international privé*, Publications de l'Académie de droit européen de Trèves, vol. 8, Bundesanzeiger, 1996, p. 89; ID., *L'ambito di applicazione della legge del paese di origine nella libera prestazione dei servizi bancari nella CEE*, in *Foro it.*, 1990, IV, 463; FALLON, *Les conflits de lois et de juridictions* cit., p. 80 s. e p. 140 s.; LUZZATTO, *La libera prestazione dei servizi bancari nella CEE ed il principio del mutuo riconoscimento degli enti creditizi*, in *Foro it.*, 1990, IV, 451 (con riferimento ai prodotti finanziari). Cfr. inoltre CARREAU, JUILLARD, *Droit international économique*, Paris Cedex, 4ème éd., 1998, p. 333; DUINTJER, TEBBENS, *Les conflits de lois en matière de publicité déloyale à l'épreuve du droit communautaire*,

sono state più o meno implicitamente espresse per quanto riguarda le norme applicabili alla vendita di merci, soprattutto alla luce della sentenza *Keck*.

D'altronde, se si ha riguardo alla disciplina delle condizioni relative all'accesso e all'esercizio di un'attività economica, non sempre è agevole distinguere in modo netto i profili privatistici da quelli pubblicistici. Si pensi, ad esempio, agli obblighi di autorizzazione, o di iscrizione a un albo professionale ovvero al registro nazionale delle imprese imposto come condizione per l'esercizio di un'attività d'impresa o professionale in uno Stato membro. Ebbene, se questo genere di obblighi rappresenta un'ipotesi tipica di restrizione alla libera circolazione, non può negarsi che l'ostacolo risiede tanto nelle sanzioni di carattere pubblicistico conseguenti alla violazione di simili obblighi (amministrative o anche penali), quanto se non *a fortiori* nelle sanzioni di diritto privato, ossia nella invalidità dei contratti stipulati dall'operatore privo dei requisiti richiesti dal diritto nazionale.²⁶³

Numerosi sono gli esempi di questo tipo che emergono dalla prassi giurisprudenziale. Con riguardo all'ordinamento italiano, si consideri l'obbligo di iscrizione dell'agente al ruolo nazionale per gli agenti e i rappresentanti di commercio dettato dall'art. 2 della legge 3 maggio 1985 n. 204, la cui inosservanza dà luogo, secondo la giurisprudenza italiana, alla nullità dei contratti per violazione di norme imperative.²⁶⁴ Ancora, la Corte di giustizia ha dichiarato incompatibile con l'art. 49 tr. CE la normativa italiana sulle imprese di pulizia che impone l'obbligo dell'iscrizione nel registro delle imprese, sanzionandolo sia sul piano penale sia su quello civile, con l'espressa previsione della nullità dei contratti

in *Revue critique*, 1994, p. 466; PIZZIO, LAMBERT, BAUDOUIN DE LA VILLÉON, *Droit du marché. Commerce des produits et des services. France et C.E.E.*, Paris, 1993, p. 83 s.

²⁶³ Per FALLON, *Les conflits de lois et de juridictions* cit., p. 73 s., «la plupart des entraves de droit privé susceptibles d'un contrôle communautaire sont de ces réglementations relatives à l'exercice d'une profession qui garantissent par une sanction de droit privé le respect d'une règle de comportement édictée pour la sauvegarde de l'intérêt général, dispositions qui recevraient sans doute la qualification de règles d'ordre public dans la terminologie du droit interne, et de lois de police dans la terminologie du droit international privé» (corsivo aggiunto).

²⁶⁴ Con la sentenza 30 aprile 1998, in causa C-215/97, *Bellone*, in *Raccolta*, p. I- ss., la sanzione della nullità dei contratti è stata dichiarata in contrasto con la citata direttiva n. 86/653, la quale ha realizzato un'armonizzazione esauriente della materia. Così, come attesta la sentenza 13 luglio 2000, *Centrosteeel* cit., punto 17, la Cassazione italiana ha provveduto a modificare la propria giurisprudenza in senso conforme alle indicazioni date dalla Corte comunitaria nella sentenza *Bellone*. È comunque fortemente probabile che una simile previsione sarebbe stata incompatibile con il diritto comunitario, anche in assenza di armonizzazione.

stipulati con imprese di pulizia non iscritte (art. 4 comma 5 della legge 25 febbraio 1994 n. 82).²⁶⁵

In materia di attività bancaria, in epoca antecedente alla direttiva n. 89/646/CEE del 15 dicembre 1989 (c.d. «seconda direttiva bancaria»),²⁶⁶ un'ulteriore, interessante esempio di rilevanza privatistica delle norme di diritto pubblico è fornito dall'ordinamento francese. In base all'art. 15 della legge 24 gennaio 1984 n. 84-46, relativa all'attività e al controllo degli enti creditizi, gli istituti di credito con sede in altri Stati membri non potevano, infatti, prestare attività nel territorio francese, ossia a clienti ivi residenti, se non avevano previamente ottenuto l'autorizzazione (*agrément*) dalle competenti autorità francesi.²⁶⁷ L'inosservanza di questo divieto da parte di enti creditizi stranieri che prestino servizi bancari transfrontalieri a soggetti residenti in Francia è stata considerata dalla *Cour de cassation* come motivo di nullità dei contratti così conclusi, affermandosi espressamente che il divieto «protège non seulement l'intérêt général et celui de la profession, mais aussi celui des cocontractants privés qui sont dès lors recevables à poursuivre la nullité».²⁶⁸

²⁶⁵ Sentenza 9 marzo 2000, in causa C-358/98, *Comm. c. Italia*, in *Raccolta*, p. I- ss.

²⁶⁶ La direttiva ha come noto introdotto il principio dell'*home country control* in forza del quale gli enti creditizi stabiliti in uno Stato membro nel quale siano stati autorizzati all'esercizio dell'attività di credito possono svolgerla in tutto il territorio comunitario senza che gli altri Stati membri possano pretendere di imporre ulteriori obblighi di autorizzazione.

²⁶⁷ La disposizione, divenuta ora l'art. L. 511-10 *code monétaire et financier*, è ancora vigente nel diritto francese, anche se non trova più applicazione - a seguito dell'entrata in vigore, il 1° gennaio 1993, della legge n. 92-655 di attuazione della seconda direttiva bancaria - agli enti creditizi comunitari. Già in epoca anteriore alla seconda direttiva, la Corte di giustizia, con sentenza 9 luglio 1997, in causa C-222/95, *Parodi*, in *Raccolta*, p. 3899 ss., ha affermato che il requisito dell'autorizzazione costituisce una restrizione alla libera prestazione dei servizi, conforme al diritto comunitario soltanto in presenza delle ben note condizioni esaminate al capitolo precedente, rinviando alle giurisdizioni nazionali per l'accertamento in concreto. La Corte ha inoltre ritenuto che il requisito di una sede stabile nel territorio francese, imposto come condizione per il rilascio dell'autorizzazione, giacché è di fatto la negazione stessa della libera prestazione di servizi, possa essere ammesso «soltanto qualora sia provato che esso costituisce una condizione indispensabile per raggiungere lo scopo perseguito» (punto 31).

²⁶⁸ In questi termini, *Cour de Cassation*, ch. comm., 13 marzo 2001, n. 96-20840; 2 luglio 2002, n. 00-21404Cfr. le sentenze 26 marzo 2002, n. 98-23378; 9 luglio 2002, n. 00-21284. Merita di essere osservato che - in maniera alquanto discutibile e sconfessando diverse soluzioni accolte dai giudici di merito - questa giurisprudenza ritiene soddisfatte le condizioni indicate dalla sentenza *Parodi* per la conformità al diritto comunitario non solo dell'obbligo di autorizzazione, ma anche di quello di una sede secondaria in Francia. Inoltre, essa considera la sanzione della nullità dei contratti stipulati con enti creditizi esteri proporzionata allo scopo perseguito di tutela dei destinatari dell'attività bancaria.

È evidente che, sebbene diretti innanzitutto a reggere i rapporti verticali tra Stato e imprese, tali obblighi concernono anche le relazioni interindividuali. E' soprattutto in questa prospettiva che essi incidono negativamente sugli scambi transfrontalieri, ove beninteso essi si impongano anche ad operatori stabiliti in altri Stati membri, a prescindere dal fatto che essi ottemperino già a norme equivalenti dello Stato d'origine. Sembra altresì chiaro che la sanzione civilistica della nullità sia di ostacolo alla libera circolazione, soltanto laddove si applichi a contratti stipulati tra parti stabilite in Stati membri diversi.²⁶⁹ Ora, per quanto la Corte di giustizia si disinteressi completamente dell'aspetto conflittuale delle fattispecie considerate, si potrebbe ragionevolmente supporre che l'effetto restrittivo non risieda nel contenuto delle norme imperative in oggetto, ma attenga piuttosto all'effetto combinato della norma materiale e del criterio di collegamento che la rende applicabile a fattispecie con elementi di estraneità.

Infatti, poiché le norme sostanziali non disciplinano direttamente i rapporti privatistici transfrontalieri, ma solo in quanto esse siano designate da una norma strumentale di diritto internazionale privato, si dovrebbe logicamente inferire che le disposizioni sostanziali dello Stato di destinazione, ancorché cogenti, non siano suscettibili di incidere negativamente sugli scambi intracomunitari, laddove le norme di conflitto non designino come applicabile la legge dello Stato membro di destinazione. Sarebbe più corretto, invero, distinguere a tal proposito le norme c.d. semplicemente imperative da quelle internazionalmente imperative o di applicazione necessaria.²⁷⁰ Le prime, infatti, si applicano a fattispecie con elementi di estraneità soltanto quando la pertinente norma di conflitto bilaterale richiami l'ordinamento cui esse appartengono. Le seconde, invece, prevedono un autonomo ambito di applicazione materiale e territoriale, all'interno del quale esigono di essere rispettate qualunque sia la legge applicabile.²⁷¹

²⁶⁹ V. in tal senso, sentenze *Bellone*, punto 17, e *Comm. c. Italia*, punto 13.

²⁷⁰ Sul significato di queste nozioni, v. capitolo terzo, par. 3 e 6.

²⁷¹ Sembra possedere il carattere di norma di applicazione necessaria la disposizione di diritto francese che sancisce la nullità dei contratti bancari con enti non autorizzati in Francia. Così si deduce in particolare dalla citata sentenza della Cour de cassation del 13 marzo 2001, per la quale «les dispositions impératives de la loi du 24 janvier 1984 s'appliquaient à une opération de crédit

Da queste osservazioni si possono trarre in prima battuta due conclusioni, che saranno meglio approfondite in seguito. In primo luogo, solo le norme di applicazione necessaria dello Stato membro di destinazione, e non anche le norme imperative semplici, possono costituire misure restrittive della libera circolazione. In effetti, nella misura in cui le norme di conflitto consentono di designare la legge di uno Stato membro diverso, si impedirebbe l'applicazione delle norme del secondo tipo vigenti nello Stato di destinazione. Le norme di applicazione necessaria, invece, potrebbero egualmente avere titolo per essere applicate, e quindi in ipotesi causare un intralcio agli scambi.

In secondo luogo, contrariamente all'opinione sostenuta dalla dottrina dominante, non sembra corretto affermare che i meccanismi di designazione del diritto applicabile siano di per sé neutri rispetto alle libertà di circolazione. Come si è visto, infatti, le norme privatistiche materiali nazionali sono suscettibili di creare ostacoli soltanto nella misura in cui abbiano vocazione ad applicarsi a fattispecie intracomunitarie. In altri termini, l'effetto restrittivo deriva dal cumulo di due fattori: l'imposizione dettata dalla norma sostanziale e il criterio di collegamento accolto dalla norma conflittuale, che non consente, o limita, il richiamo di una legge diversa da quella dello Stato di destinazione.²⁷²

8. La disparità delle discipline nazionali sui contratti di consumo come ostacolo alle libertà di circolazione: in particolare, l'esigenza delle imprese comunitarie di adottare strategie commerciali uniformi.

L'armonizzazione del diritto dei contratti di consumo assume un significato importante nel quadro del contesto così delineato. *In primis*, non sembra lasciare adito ad alcun dubbio sulla rilevanza delle norme di diritto privato per il mercato interno. In effetti, le notevoli disparità tra le legislazioni nazionali relative alle «clausole contrattuali» in generale, o a certe categorie particolari di contratti, o di

réalisée en France ... indépendamment de la loi de fond ou de forme régissant le contrat par application des dispositions de la convention de Rome du 19 juin 1980» (corsivo aggiunto).

²⁷² Sull'argomento, v. *amplius* capitolo quarto, par.4.

tecniche di contrattazione, sono assunte a presupposto dell'intervento comunitario, in quanto causa di ostacoli al commercio intracomunitario tanto di servizi, quanto di beni.²⁷³

In secondo luogo, traspare dai preamboli delle direttive in esame la presa d'atto che il commercio transfrontaliero al consumo esige che le imprese europee possano adottare strategie commerciali uniformi su larga scala, tendenzialmente rivolte a tutto il mercato comunitario. A tal fine, è essenziale che le transazioni intracomunitarie possano essere effettuate in base a condizioni generali di contratto uniformi: come se non più che a livello di mercato nazionale, la contrattazione standardizzata è una priorità per le imprese, soprattutto per le piccole e medie, che vogliono utilmente operare in ambito comunitario.²⁷⁴

Questo aspetto è recentemente emerso con maggior vigore nel corso del dibattito lanciato dalla Commissione con la comunicazione del 2 luglio 2001 sul diritto contrattuale europeo.²⁷⁵ In particolare, la *Joint Response of the Commission on European Contract Law and the Study Group on a European Civil Code* mette in rilievo che «a business enterprise which contemplates making its products or services available within the European Union will have a substantial interest in being able to trade on the basis of standardised business models regardless of trade location».²⁷⁶

La prospettiva di una più incisiva armonizzazione a livello europeo del diritto privato materiale, fino alla soluzione estrema comportante una vera e propria

²⁷³ Cfr. BASEDOW, *Un comune diritto dei contratti per il mercato comune*, in *Contr. e Impresa/Europa*, 1997, p. 86 ss.

²⁷⁴ Questa presa di coscienza dell'importanza di fare ricorso a condizioni generali di contratto uniche per tutto il territorio comunitario riecheggia le posizioni dottrinali ricordate al paragrafo precedente, secondo le quali affinché la prestazione transfrontaliera di servizi sia identica a quella fornita nello Stato di origine occorre che essa sia retta dalle medesime norme di diritto privato.

²⁷⁵ Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo sul diritto contrattuale europeo, in *Gazz. Uff. Com. eur.*, n. C 255 del 13 settembre 2001.

²⁷⁶ Se ne può leggere il testo in CONSIGLIO NAZIONALE FORENSE, *Diritto contrattuale europeo e diritto dei consumatori. L'integrazione europea e il processo civile*, materiali del seminario del 12 luglio 2002 raccolti da ALPA e DANOVI, Milano, 2003, p. 301 ss. Spiega tra l'altro la *Joint Response* che «enabling businesses to use the same procedures for marketing, contract formation and purchase of insurance cover opens the way to more efficient administration and reduced transactions costs, crating the prospect in a competitive market of lower prices for consumers» (p. 312 s.). Per interessanti osservazioni sul tema dell'armonizzazione del diritto contrattuale dal punto di vista dell'analisi economica del diritto, v. di recente WAGNER, *The Economics of Harmonization: the Case of Contract Law*, in *Common Market Law Review*, 2002, p. 995 ss.

codificazione europea del diritto dei contratti, esula dall'oggetto di questo studio. D'altronde, il piano d'azione fissato dalla Commissione nella sua comunicazione del febbraio 2003 lascia intendere abbastanza chiaramente non solo che l'approccio settoriale che ha finora caratterizzato l'intervento comunitario in materia non deve necessariamente essere abbandonato, ma soprattutto che il progetto di un diritto contrattuale europeo non sembra rientrare tra le priorità immediate dell'azione comunitaria.²⁷⁷ Al contrario, la stessa Commissione si preoccupa di ribadire che le misure proposte nel piano d'azione e le iniziative intraprese nel campo del diritto internazionale privato comunitario in materia di contratti si integrano reciprocamente, nel perseguimento del comune obiettivo di sviluppare uno spazio di libertà, di sicurezza e giustizia.²⁷⁸

Al di là delle prospettive di unificazione del diritto materiale degli Stati membri, resta comunque ferma l'esigenza di standardizzazione dei contratti, indispensabile per sviluppare «distribution strategies that can be applied throughout the internal market».²⁷⁹ Ora, in mancanza di un diritto uniforme, questa esigenza non può significare che la libertà per le imprese stabilite in uno Stato membro di sottoporre i contratti stipulati con i consumatori ovunque residenti nella Comunità ad un'unica legge, alla luce della quale sono redatte le condizioni

²⁷⁷ Comunicazione della Commissione del 12 febbraio 2003, *Maggiore coerenza nel diritto contrattuale europeo. Un piano d'azione*, in *Gazz. Uff. Com. eur.*, n. C 63 del 15 marzo 2003, che contiene in allegato un riepilogo dei contributi ricevuti dalla Commissione in reazione alla sua comunicazione del luglio 2001. Nel senso di cui nel testo, CALLIESS, *Coherence and Consistency in European Consumer Contract Law: a Progress Report*, in *German Law Journal*, 2003, p. 342.

La conclusione principale che la Commissione trae dalla consultazione avviata nel 2001 sembra in primo luogo riguardare la necessità di accrescere la coerenza e la qualità dell'*acquis* comunitario, presente e futuro, in materia di diritto materiale dei contratti. La medesima esigenza di coerenza sistematica è avvertita anche dal legislatore italiano, in particolare per quanto concerne il diritto dei consumatori. V. la legge 29 luglio 2003 n. 229, *Interventi in materia di qualità della regolazione, riassetto normativo e codificazione. - Legge di semplificazione 2001* (in *Gazz. Uff.* n. 196 del 25 agosto 2003), che delega il Governo ad adottare, segnatamente, «uno o più decreti legislativi per il riassetto delle disposizioni vigenti in materia di tutela dei consumatori» (art. 7).

²⁷⁸ Comunicazione del 12 febbraio 2003 cit., punto 12 s. Ancora più esplicito il Libro verde «sulla trasformazione della convenzione di Roma del 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali in strumento comunitario e sul rinnovamento della medesima», COM (2002) 654 def., nel chiarire che «in questa fase l'obiettivo del progetto "diritto europeo dei contratti" non è né l'uniformizzazione del diritto degli Stati membri in materia di contratti né la creazione di un codice civile europeo». Le questioni poste dal Libro verde c.d. «Roma I» relativamente alla legge regolatrice dei contratti di consumo saranno affrontate al capitolo 4.

²⁷⁹ CALLIESS, *Coherence and Consistency* cit., p. 337 s.

generali di contratto.²⁸⁰ Questa legge tende ad identificarsi, anche se non necessariamente, con quella dello Stato membro in cui l'impresa ha la sede, sia perché essa è la legge da quest'ultima meglio conosciuta, ma soprattutto perché è quella cui sono normalmente sottoposti i contratti interni stipulati dall'impresa stessa. In altri termini, poiché l'impresa opera nello Stato in cui ha sede in base a modelli uniformi di contratto costruiti sulla scorta della legge nazionale, è presumibile un suo interesse a utilizzare i medesimi modelli di contratto, e quindi a vedere applicata la legge rispetto alla quale essi sono stati elaborati, anche per l'attività contrattuale transfrontaliera.²⁸¹

Questa soluzione permetterebbe indubbiamente alle imprese il pieno ed effettivo esercizio della libertà di attività economica transfrontaliera riconosciuta loro dal trattato comunitario. Allo stesso tempo, essa soddisferebbe anche l'interesse dei consumatori europei, nella misura in cui massimizza le loro scelte, offrendo un ventaglio di servizi e di prodotti più ampio di quello che possa offrire un singolo mercato nazionale.²⁸²

Ciò nonostante, non può certo affermarsi che essa si imponga in virtù dell'emanazione delle direttive sui contratti con i consumatori.²⁸³ Esse, infatti, non contengono nessuna indicazione in ordine alla legge applicabile al contratto.²⁸⁴ La

²⁸⁰ In questo senso, CALLIESS, *loc. ult. cit.* In precedenza, con riferimento al settore assicurativo, FRIGESSI DI RATTALMA, *Il contratto internazionale di assicurazione*, Padova, 1990, p. 191 ss., il quale già sosteneva che «l'obiettivo della creazione del mercato unico non potrebbe certo essere raggiunto imponendo alle imprese di adeguare le condizioni contrattuali alle legislazioni nazionali dei dodici Stati membri, con la conseguenza che l'attività d'impresa si vedrebbe frantumata, con evidenti negative conseguenze sulla concorrenza». Cfr. FALLON, *Les conflits de lois et de juridictions cit.*, p. 83.

²⁸¹ Con riguardo al caso emblematico delle operazioni bancarie, v. RADICATI DI BROZOLO, *Operazioni bancarie internazionali e conflitti di leggi*, Milano, 1984, per il quale la legge scelta dalle parti di contratti bancari transnazionali (*rectius*, imposta dalla banca al cliente) è pressoché invariabilmente quella del paese in cui la banca ha sede. Va da sé che la conformità di tali modelli contrattuali alla legge di uno Stato membro implica il rispetto delle norme imperative di protezione del consumatore, ivi comprese soprattutto quelle emanate in attuazione delle direttive comunitarie.

²⁸² Cfr. le riflessioni di CARBONE S.M., MUNARI, *Enforcement of the European Regime for Investment Services in the Member States and its Impact on National Conflict of Laws*, in *Dir. Un. Eur.*, 1997, p. 73 ss.

²⁸³ Non è dato sapere se il problema fosse presente al legislatore comunitario. Tuttavia, sembra emergere dai preamboli delle direttive, in particolare quella sulle clausole abusive, che sia data quasi per presupposta l'applicazione al contratto concluso dal consumatore della legge di uno Stato diverso da quello della sua residenza.

²⁸⁴ È vero che le direttive più recenti prevedono delle norme di conflitto o, più esattamente, che possono incidere sui meccanismi di conflitto. Tuttavia esse operano soltanto come limite

possibilità di assicurare in concreto la possibilità di sottoporre il complesso delle transazioni di consumo ad un'unica legge nazionale dipende, dunque, dal *modus operandi* delle norme di conflitto della convenzione di Roma del 1980.

Questa sarà l'oggetto del successivo capitolo. Nondimeno, sono opportune due osservazioni anticipatorie di quanto sarà meglio detto in prosieguo. Innanzitutto, nel sistema convenzionale la legge dello Stato di residenza abituale è assunta come la legge «cui fare soprattutto riferimento»,²⁸⁵ così adottando una soluzione che favorisce di fatto il *cloisonnement* dei mercati nazionali. In secondo luogo, e soprattutto, è la stessa impostazione della convenzione che appare poco adatta a uno spazio regionale a forte integrazione economica e giuridica come quello comunitario, nel senso che per il suo carattere allo stesso tempo universale e nazionale non tiene in nessun conto le esigenze peculiari delle situazioni intracomunitarie, che presentano elementi di estraneità rispetto a un singolo ordinamento nazionale, da un lato, ma sono «interne» rispetto al mercato unico.

all'applicazione della legge di uno Stato terzo, senza nulla indicare invece in ordine al conflitto tra le leggi degli Stati membri. D'altra parte, come vedremo subito, è da escludere che l'armonizzazione del diritto contrattuale degli Stati membri conduca a un *faux conflit de lois*. A ciò osta, da un lato, il carattere parziale dell'armonizzazione, che riguarda solo taluni aspetti della vicenda contrattuale e deve perciò necessariamente integrarsi nel sistema privatistico di uno Stato membro; dall'altro, il carattere minimo dell'armonizzazione stessa.

²⁸⁵ L'espressione è di POCAR, *La legge applicabile ai contratti conclusi con i consumatori* cit., p. 160.

CAPITOLO TERZO

LA DISCIPLINA DEI CONTRATTI CONCLUSI DAI CONSUMATORI NELLA CONVENZIONE DI ROMA DEL 1980

SOMMARIO: 1. La tutela del consumatore nel quadro del sistema generale della convenzione di Roma. - 2. La norma speciale di conflitto relativa ai contratti con i consumatori: ambito materiale e condizioni di applicazione. - 3. Il ruolo dell'autonomia della volontà nei contratti con i consumatori (art. 5 par. 2): la nozione di «disposizioni imperative». - 4. (*segue*): la scelta della legge applicabile come esercizio dell'autonomia negoziale delle parti. - 5. (*segue*): La tesi della bilateralizzazione del criterio spaziale di applicazione necessaria delle *lois de police* protettive del consumatore. - 6. (*segue*): norme di applicazione necessaria e contratti con i consumatori. - 7. (*segue*): l'interpretazione dell'art. 5 par. 2 come norma di conflitto materiale (c.d. *règle de rattachement à caractère substantiel*). - 8. L'applicazione della legge del paese di residenza abituale del consumatore in mancanza di scelta della legge applicabile (art. 5 par. 3). - 9. Considerazioni conclusive.

1. La tutela del consumatore nel quadro del sistema generale della convenzione di Roma.

La convenzione sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, aperta alla firma degli Stati membri della Comunità europea a Roma il 19 giugno 1980 ed entrata in vigore dal 1° aprile 1991,²⁸⁶ ha introdotto un corpo sistematico di norme

²⁸⁶ La convenzione è pubblicata in *Gazz. Uff. Com. eur.*, n. L 266 del 9 ottobre 1980. Ad essa si accompagna una *Relazione* dei professori Giuliano e Lagarde, pubblicata in *Gazz. Uff. Com. eur.*, n. C 282 del 31 ottobre 1980 (di seguito: *Relazione Giuliano-Lagarde*). L'autorizzazione italiana alla ratifica e il relativo ordine di esecuzione interna sono stati dati con la legge 18 dicembre 1984 n. 975 (in *Gazz. Uff.*, 30 gennaio 1985 n. 25, suppl. ord. n. 6). A seguito dell'ingresso nelle Comunità europee di nuovi Stati, sono state stipulate tra le Parti originarie e questi Stati delle convenzioni di adesione alla convenzione di Roma del 1980, sul punto si rinvia a VILLANI, *La convenzione di Roma sulla legge applicabile ai contratti*, Bari, 2000, p. 6 s. Va ricordato che il 19 dicembre 1988 sono stati aperti alla firma a Bruxelles due protocolli, diretti ad attribuire alla Corte di giustizia delle Comunità

di conflitto uniformi a livello europeo.²⁸⁷ Per le fattispecie che ricadono nel suo ambito materiale di applicazione, essa comporta una completa sostituzione delle norme interne di conflitto degli Stati contraenti. Ai sensi dell'art. 2, infatti, la convenzione ha carattere universale o *erga omnes*. Ciò significa che il regime di diritto internazionale privato da essa dettato trova applicazione anche allorquando la legge designata sia quella di uno Stato non contraente, e a prescindere da qualsiasi condizione di reciprocità fra tale Stato e quello del giudice. Inoltre, ai fini dell'applicazione della convenzione, non assume rilievo alcuno l'assenza di

europee la competenza ad interpretare la convenzione. Essi peraltro non sono ancora entrati in vigore, a motivo del mancato deposito dello strumento di ratifica del Belgio.

²⁸⁷ La produzione dottrinale sulla convenzione di Roma è oramai vastissima. Ci si limiterà a citare, per la dottrina italiana: BARATTA, *La convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, in TIZZANO (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione europea*, Torino, 2000, p. 1373 ss.; BIANCA C.M., GIARDINA (a cura di), *Convenzione sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma, 19 giugno 1980)*, in *Nuove leggi civ. comment.*, 1995, p. 901 ss.; BOSCHIERO, *Obbligazioni contrattuali (diritto internazionale privato)*, in *Enciclopedia del diritto*, IV aggiornamento, Milano, 2000, p. 801 ss.; LUZZATTO, *L'entrata in vigore della convenzione di Roma del 1980 e il nuovo diritto internazionale privato dei contratti*, in *Dir. comm. int.*, 1991, p. 259 ss.; POCAR, *L'entrata in vigore della Convenzione di Roma del 1980 sulla legge applicabile ai contratti*, in *Riv. dir. int. pr. proc.*, 1991, p. 249 ss.; SACERDOTI, FRIGO (a cura di), *La convenzione di Roma sul diritto applicabile ai contratti internazionali*, 2^a ed., Milano, 1994; TREVES (a cura di), *Verso una disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti*, Padova, 1983; VILLANI, *La convenzione di Roma cit.*. Nella dottrina straniera, DIAMOND, *Harmonization of Private International Law relating to Contractual Obligations*, in *Recueil des Cours*, 1986, IV, p. 233 ss.; FOYER, *Entrée en vigueur de la convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles*, in *Journal dr. int.*, 1991, p. 601 ss.; KASSIS, *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, Paris, 1993; KAYE, *The New Private International Law of Contract of the European Community. Implementation of the EEC Contractual Obligations Convention in England and Wales under the contracts (applicable law) Act 1990*, Aldershot-Brookfield-Hong Kong-Singapore-Sidney, 1993; LAGARDE, *Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la convention de Rome du 19 juin 1980*, in *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1991, p. 287 ss.; LANDO, *The EEC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations*, in *Comm. Market Law Rev.*, 1987, p. 159 ss.; NORTH (ed.), *Contract Conflicts. The EEC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations: A Comparative Study*, Amsterdam-New York-Oxford, 1982; PLENDER, WILDERSPIN, *The European Contracts Convention. The Rome Convention and the Choice of Law for Contracts*, 2nd ed., London, 2001.

elementi di collegamento con uno degli Stati contraenti. È sufficiente, in pratica, che i giudici di uno Stato contraente siano investiti della controversia.²⁸⁸

La convenzione ha carattere «cedevole», sia rispetto ad altre convenzioni internazionali in materia contrattuale, sia agli strumenti di diritto comunitario derivato. Quanto alle prime, l'art. 21 della convenzione contiene una clausola di compatibilità, in base alla quale è fatta salva l'applicazione di convenzioni internazionali, presenti o future, delle quali sia parte uno Stato contraente.²⁸⁹ L'art. 20 fa invece salva «l'applicazione delle disposizioni che, in materie particolari, regolano i conflitti di leggi nel campo delle obbligazioni contrattuali e che sono contenute in atti emanati o da emanarsi dalle istituzioni delle Comunità europee o nelle legislazioni nazionali armonizzate in esecuzione di tali atti». Tralasciando per il momento le questioni del carattere c.d. «comunitario» della convenzione di Roma e del coordinamento tra quest'ultima e le norme di conflitto contenute in diverse direttive comunitarie sui contratti di consumo,²⁹⁰ vale nondimeno la pena di osservare che, secondo l'interpretazione preferibile, sono destinate a prevalere sulle norme convenzionali non solo le regole di conflitto contenute in regolamenti comunitari ovvero nelle legislazioni nazionali attuative di direttive comunitarie, bensì ogni norma di diritto comunitario, ivi comprese le norme materiali contenute nei trattati o nel diritto derivato.²⁹¹

Tra le convenzioni che dovrebbero così avere precedenza merita particolare attenzione la convenzione dell'Aja del 15 giugno 1955 sulla legge applicabile alle

²⁸⁸ V. per tutti BOSCHIERO, *Obbligazioni contrattuali* cit., p. 810 s.; VILLANI, *La convenzione di Roma* cit., p. 19.

²⁸⁹ L'art. 21 è stato oggetto di critiche in dottrina per l'«estrema debolezza» della convenzione di Roma che esso comporta, tale da mettere a repentaglio il suo carattere di *lex generalis* in materia contrattuale a livello regionale europeo, soprattutto nella misura in cui vengono fatte salve convenzioni future, anche non relative a materie particolari, ma addirittura concluse in via bilaterale tra uno Stato contraente e uno Stato terzo: SACERDOTI, *I rapporti con le altre convenzioni e con le norme di diritto comunitario*, in TREVES (a cura di), *Verso una disciplina comunitaria* cit., p. 67 ss.; BOSCHIERO, *Obbligazioni contrattuali* cit., p. 826.

²⁹⁰ V. *infra*, par. e capitolo quarto

²⁹¹ v. BARATTA, *La convenzione di Roma* cit., nota 28 a p. 1381; BOSCHIERO, *Obbligazioni contrattuali* cit., p. 834; RADICATI DI BROZOLO, *Libre circulation dans la CE et règles de conflit*, in LAGARDE, VON HOFFMANN (ed.), *L'europeanisation du droit international privé*. Publications de l'Académie de droit européen de Trèves, vol. 3, Bundesanzeiger, 1996, p. 87 ss., nota 35 a p. 94.

vendite internazionali di beni mobili corporali.²⁹² Questa convenzione, infatti, a differenza della convenzione di Roma, non contiene alcuna norma speciale sui contratti dei consumatori; d'altro canto, essa non esclude tali contratti dal proprio ambito di applicazione.²⁹³ Ne dovrebbe pertanto conseguire che, per questa importante categoria di contratti, il consumatore non potrebbe fare affidamento sulla norma protettiva dell'art. 5 della convenzione di Roma. La dottrina ritiene però, facendo perno su una dichiarazione adottata il 25 ottobre 1980 dagli Stati presenti alla XIV sessione della Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato,²⁹⁴ e comprendenti gli Stati ratificanti la convenzione del 1955, che la convenzione di Roma si applichi alle vendite internazionali ai consumatori.²⁹⁵

Per quanto riguarda gli aspetti sostanziali della disciplina contrattuale, l'art. 3 della convenzione di Roma accoglie il principio fondamentale della «libertà di scelta», ponendo come criterio principale di collegamento quello della volontà delle parti. Il contratto è dunque regolato dalla legge scelta dai contraenti, espressamente ovvero in modo tacito o implicito (c.d. autonomia della volontà in senso internazionalprivatistico, *loi d'autonomie* o *lex voluntatis*).²⁹⁶ Soltanto qualora non

²⁹² In POCAR e altri, *Codice delle convenzioni di diritto internazionale privato e processuale*, Milano, 3° ed., 1999, p. 516 ss.

²⁹³ Le vendite relative a merci acquistate per uso personale, familiare o domestico, ossia le vendite al consumo, sono invece escluse dalla sfera di applicazione della convenzione dell'Aja del 30 ottobre 1985 sulla legge applicabile alle vendite internazionali di merci, destinata a sostituire quella del 1955, ma non ancora entrata in vigore.

²⁹⁴ Se ne può leggere il testo in *Riv. Dir. Int. Priv. Proc.*, 1981, p. 250 s.

²⁹⁵ Nella dichiarazione, adottata su iniziativa dei paesi scandinavi, si afferma invero che la convenzione del 1955 «non ostacola l'applicazione ad opera degli Stati parte di regole particolari sulla legge applicabile alle vendite ai consumatori». Essa avrebbe perciò l'effetto di impegnare reciprocamente gli Stati parte a non considerare quale violazione della convenzione dell'Aja l'applicazione di regole di conflitto diverse da quelle in essa contenute. V. BOSCHIERO, *Obbligazioni contrattuali* cit., p. 829 s.; POCAR, *La legge applicabile ai contratti con i consumatori*, in TREVES (a cura di), *Verso una disciplina comunitaria*, cit., p. 310 ss.; TREVES, *Un nuovo labirinto normativo in tema di legge applicabile alla vendita: le vendite ai consumatori*, in *Collisio legum. Studi di diritto internazionale privato per Gerardo Broggin*, Milano, 1997, p. 564 ss.; VILLANI, *La convenzione di Roma* cit., p. 143 s.

²⁹⁶ Secondo la *Relazione* Giuliano-Lagarde, l'accertamento di una scelta della legge applicabile risultante implicitamente dal comportamento concludente delle parti si traduce nella ricerca di una volontà presunta o ipotetica, teoria accolta in passato dalla giurisprudenza straniera, secondo la quale l'esistenza di un'*electio juris* andrebbe astrattamente ricollegata a una valutazione dell'ordinamento giuridico indipendentemente dallo stesso comportamento reale delle parti. Così anche l'opinione maggioritaria in dottrina: GIULIANO, *La loi applicable aux contrats: problèmes choisis*, in *Recueil des cours*, t. 158, 1977, V, p. 215 ss.; POCAR, *Brevi appunti sull'incidenza della convenzione di Roma relativa alla legge applicabile ai contratti sul diritto italiano*, in *Studi Panzera*, II vol., Bari, 1995, p. 691 ss., a p. 694; BONOMI, *Il nuovo diritto internazionale privato*, cit., p. 53; LEVEL,

sia possibile riscontrare nessuna manifestazione della volontà delle parti, troverà applicazione la norma di conflitto dell'art. 4 della convenzione, che rimette all'interprete il compito di individuare la legge del paese con il quale il contratto presenta il collegamento più stretto, sulla scorta delle regole presuntive fissate al riguardo dallo stesso art. 4. Il criterio oggettivo di collegamento opera pertanto, nel sistema generale della convenzione di Roma, solo in via sussidiaria rispetto al criterio soggettivo dell'autonomia della volontà, nel senso che la legge con la quale il contratto presenta oggettivamente il collegamento più stretto non trova applicazione che in caso di mancato esercizio della facoltà di scelta. I requisiti di validità formale del contratto sono invece oggetto dell'art. 9 della convenzione, il quale impiega criteri di collegamento alternativi, ispirati dal principio del *favor validitatis*.²⁹⁷

Al sistema conflittuale così definito per i contratti comuni fanno eccezione, in ragione della posizione di disparità tra i contraenti, l'art. 6 per i contratti individuali di lavoro subordinato e l'art. 5, relativo ad alcuni contratti conclusi dai consumatori. Quest'ultima disposizione, assente nel progetto preliminare del 1972,²⁹⁸ si spiega storicamente per lo sviluppo conosciuto dalla *consumer policy* nella seconda metà degli anni settanta del secolo scorso in alcuni Stati europei come nel diritto comunitario.²⁹⁹ Si osservi d'altronde che, parallelamente, la convenzione di

NORMAND, *Quelle loi pour vos contrats dans l'Europe de 1993?*, in *JCP, Sem. jur., Cahiers de droit de l'entreprise*, suppl., 1993, n. 5, p. 15 ss., a p. 21; VILLANI, *La convenzione di Roma cit.*, p. 67 ss. cfr. le osservazioni critiche di RADICATI DI BROZOLO, *Operazioni bancarie internazionali e conflitti di leggi*, Milano, 1984, p. 125 ss.

²⁹⁷ La disposizione distingue l'ipotesi del contratto *de praesenti*, ossia concluso tra persone che si trovano nello stesso paese, da quella del contratto *inter absentes*, ovvero concluso tra persone che si trovano in paesi diversi. Nel primo caso, si applica la legge regolatrice della sostanza oppure quella del paese in cui il contratto è concluso, a seconda di quale delle due sia più favorevole alla validità formale del negozio (par. 1); nel secondo caso, sono invece alternativamente designate la *lex substantiae* e la legge di uno dei paesi in cui si trovano i contraenti (par. 2).

²⁹⁸ Lo si veda in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1973, p. 189 ss., unitamente alla relazione dei professori Giuliano, Lagarde e van Sasse van Ysselt. Come testimonia POCAR, *La legge applicabile ai contratti con i consumatori cit.*, p. 304, la scelta di prevedere una norma sui consumatori è maturata nel corso dei lavori del comitato di esperti governativi allargato ai rappresentanti degli Stati divenuti membri della Comunità nel 1973.

²⁹⁹ Si ricordi il programma di protezione dei consumatori avviato dalle Comunità europee, sul quale v. *supra* capitolo secondo, par. 3. Secondo ALPA, *La disciplina dei «contratti conclusi dai consumatori» nella convenzione europea sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, in *Giur. it.*, 1983, IV, 7, l'art. 5 della convenzione «fu inserito successivamente, in linea con (e per gli effetti del) programma comunitario di tutela del consumatore». Nello stesso senso, BONOMI, *Il nuovo diritto internazionale privato dei contratti*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1992, I, p. 36 ss., a p. 81.

Bruxelles del 27 settembre 1968 sulla competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale subiva una modifica analoga ad opera della convenzione di adesione del 1978.³⁰⁰ La sezione 4 del titolo II, infatti, originariamente relativa alle vendite a rate e ai prestiti con rimborso rateizzato ad esse direttamente connessi, senza alcun riferimento alla condizione soggettiva di «debolezza» della controparte dell'operatore commerciale, veniva ampliata e dedicata espressamente alla competenza in materia di contratti conclusi dai consumatori.³⁰¹

L'art. 5 della convenzione mira a dare spazio sul piano della disciplina dei conflitti di leggi all'esigenza di protezione della parte debole nel rapporto contrattuale. In questo senso, la disposizione rappresenta un chiaro esempio di norma di conflitto ispirata da considerazioni di giustizia sostanziale.³⁰² Il risultato protettivo è perseguito per mezzo di una doppia norma di conflitto. Per un verso, in forza dell'art. 5 par. 2, la facoltà di scelta della legge applicabile ai sensi dell'art. 3

³⁰⁰ La convenzione del 1968 e successive modifiche è ora sostituita, come noto, salvo che per la Danimarca, dal regolamento (CE) n. 44/2001 del 22 dicembre 2000 (di seguito: regolamento «Bruxelles I»), in *Gazz. Uff. Com. eur.*, n. L 12 del 16 gennaio 2001. Per i primi commenti, v. BERAUDO, *Le Règlement (CE) du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, in *Journal dr. int.*, 2001, p. 1033 ss.; BERTOLI, *La disciplina della giurisdizione civile nel regolamento comunitario n. 44/2001*, in *Riv. Dir. Int. pr. Proc.*, 2002, p. 625 ss.; DROZ, GAUDEMET-TALLON, *La transformation de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 en Règlement du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, in *Rev. crit. Dr. int. priv.*, 2001, p. 601 ss. HAUSMANN, *La revisione della Convenzione di Bruxelles del 1968*, in *Eur. Legal Forum*, 2000/01, p. 40 ss. Con specifico riguardo alle norme sui consumatori, WILDERSPIN, *Le règlement (CE) 44/2001 du Conseil: conséquences pour les contrats conclus par les consommateurs*, in *Rev. eur. dr. consommation*, 2002, p. 5 ss.

³⁰¹ V. *Relazione Schlosser* sulla convenzione di adesione del 1978, in *Gazz. Uff. Com. Eur.*, n. C 59 del 5 marzo 1979 e in POCAR, *La convenzione di Bruxelles sulla giurisdizione e l'esecuzione delle sentenze*, Milano, 3^a ed., 1995, p. 457 ss. Cfr. Corte di giustizia, sentenza 21 giugno 1978, in causa 150/77, *Bertrand*, in POCAR, *La convenzione di Bruxelles cit.*, p. 144 ss.

³⁰² La *Relazione Giuliano-Lagarde* attesta esplicitamente che l'obiettivo perseguito è la tutela della parte più debole. In tema di protezione del contraente debole e diritto internazionale privato, v. in dottrina: ERAUW, *International Advancement of Consumer Interests through Conflicts Rules*, in SARCEVIC (ed.), *International Contracts and Conflicts of Laws. A Collection of Essays*, London-Dordrecht-Boston, 1990, p. 71 ss.; IMHOFF-SCHEIER, *Protection du consommateur et contrats internationaux*, Genève, 1981; LECLERC, *La protection de la partie faible dans les contrats internationaux*, Bruxelles, 1995; MAYER, *La protection de la partie faible en droit international privé*, in AA.VV., *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels: comparaisons franco-belges*, Paris, 1996, p. 513 ss.; NORMAND, BALATE, *Relations transfrontalières et consommation*, cit.; POCAR, *La protection de la partie faible en droit international privé*, in *Recueil des Cours*, t. 188, 1984, V, p. 339 ss.; SAUVEPLANNE, *Consumer Protection in Private International Law*, in *Netherlands int. law rev.*, 1985, p. 100 ss.

trova un limite nel fatto che «non può avere per risultato di privare il consumatore della protezione garantitagli dalle disposizioni imperative della legge del paese nel quale risiede abitualmente». Per altro verso, la legge del paese di residenza abituale del consumatore è altresì la legge applicabile in mancanza di scelta, in deroga all'art. 4.

2. *La norma speciale di conflitto relativa ai contratti con i consumatori: ambito materiale e condizioni di applicazione.*

Il meccanismo di tutela del consumatore messo in atto dall'art. 5 opera solo allorquando siano riunite le condizioni di applicazione fissate dalla disposizione stessa. A differenza da quanto previsto dall'art. 6 per i contratti di lavoro, infatti, la disposizione speciale in esame non riguarda tutti i contratti con i consumatori, ma incontra invece una doppia restrizione. Da un lato, essa concerne *ratione materiae* solo alcune fattispecie contrattuali (a); dall'altro, devono sussistere precisi e rigidi elementi, indicativi di uno stretto contatto con il paese di residenza abituale del consumatore (b). Va da sé che, ove non ricorrano tali requisiti, la legge regolatrice del contratto, pur stipulato da un consumatore, dovrà essere determinata in base alle regole generali della convenzione.³⁰³

In via preliminare, occorre brevemente precisare l'ambito di applicazione *ratione personae* della norma in esame. Per la convenzione di Roma, è consumatore colui che conclude il contratto «per un uso che può considerarsi estraneo alla sua attività professionale» (art. 5 par. 1). Assume perciò rilievo determinante lo scopo per il quale il contratto è concluso, che deve essere diretto a soddisfare essenzialmente bisogni estranei all'attività professionale o economica

³⁰³ La natura di *lex specialis* dell'art. 5 dovrebbe far sì che la sua portata sia interpretata restrittivamente e non possa applicarsi per analogia, conformemente all'indirizzo accolto dalla Corte di giustizia per gli articoli 13 ss. della convenzione di Bruxelles, nelle sentenze 19 gennaio 1993, in causa C-89/91, *Shearson Lehman Hutton*, in *Raccolta*, p. I-139 ss., punto 14 ss.; 3 luglio 1997, in causa C-269/95, *Benincasa*, in *Raccolta*, p. I-3767 ss., punto 14 ss. V. PLENDER, WILDERSPIN, *The European Contracts Convention* cit., p. 142; VILLANI, *La convenzione di Roma* cit., p. 133 s. e la sentenza dell'*Oberlandesgericht* ivi citata. In senso contrario ad un'interpretazione necessariamente restrittiva della norma eccezionale di cui all'art. 13 conv. Bruxelles, concl. avv. gen. JACOBS, in causa C-96/00, *Gabriel*, punto 46 ss.

eventualmente svolta dal contraente debole.³⁰⁴ Sembra inoltre corretto ritenere, alla stregua di quanto affermato dalla Corte di giustizia per le direttive comunitarie in materia, che la qualifica di consumatore possa essere riconosciuta soltanto alle persone fisiche.³⁰⁵ Sebbene non sia fornita alcuna espressa indicazione, è nella logica della disposizione che essa si applichi solo quando il consumatore contratti con un operatore commerciale o professionale, che agisce nell'ambito della sua attività, e non invece ai contratti tra consumatori.³⁰⁶

a) I contratti oggetto dell'art. 5.

Dal punto di vista materiale, l'art. 5 distingue i contratti di fornitura di beni mobili materiali o di servizi al consumatore, da un lato, e le operazioni di finanziamento di tali contratti, dall'altro. È pacifico, *in primis*, che la nozione di «fornitura» di beni mobili è più ampia di quella di vendita, non richiedendosi in particolare il passaggio di proprietà.³⁰⁷ Altrettanto chiara è l'esclusione dei contratti

³⁰⁴ Sul rilievo del fine specifico per il quale il consumatore agisce, v. POCAR, *La legge applicabile ai contratti con i consumatori* cit., p. 306. La *Relazione* Giuliano-Lagarde utilizza l'avverbio «essenzialmente» riguardo alle ipotesi in cui il contraente agisca in parte per soddisfare bisogni privati, in parte per esigenze della sua attività economica: l'art. 5 dovrebbe quindi applicarsi solo quando il fine di consumo privato sia prevalente. A tutela della buona fede della parte forte, inoltre, la *Relazione* esclude l'applicazione dell'art. 5 se tale parte ignora, né potrebbe conoscere tenendo conto di tutti gli elementi, lo scopo di consumo per il quale la controparte agisce. Cfr. VILLANI, *La convenzione di Roma* cit., p. 127 s.

³⁰⁵ V. LAGARDE, *Le nouveau droit international privé* cit., p. 315; MARI, *Il diritto processuale civile della convenzione di Bruxelles. Il sistema della competenza*, Padova, 1999, pp. 511 e 514; PLENDER, WILDERSPIN, *The European Contracts Convention*, cit., p. 143; VILLANI, *La convenzione di Roma* cit., p. 127. Secondo la *Relazione* Giuliano-Lagarde, la nozione di «contratto concluso da un consumatore» dovrebbe essere interpretata «in base all'obiettivo perseguito, che è la tutela della parte più debole, e in conformità con altri strumenti internazionali perseguenti lo stesso obiettivo», quale la convenzione di Bruxelles del 1968. Sulla corrispondenza delle definizioni contenute nelle due convenzioni, oltre che con quelle delle direttive comunitarie, v. per tutti MARI, *op. cit.*, p. 510, e VILLANI, *op. cit.*, p. 126 s.

³⁰⁶ Cfr. la *Relazione* Giuliano-Lagarde, p. 23; VILLANI, *La convenzione di Roma* cit., p. 128. V. tuttavia le perplessità espresse da POCAR, *La legge applicabile ai contratti con i consumatori* cit., p. 308 s.

³⁰⁷ LAGARDE, *Le nouveau droit international privé* cit., p. 314; DE MATOS, *Les contrats transfrontières conclus par les consommateurs*, Aix-en-Provence Cedex, 2001, p. 74; VOULGARIS, *Le crédit-bail (leasing) et les institutions analogues en droit international privé*, in *Recueil des cours*, t. 259, 1996, p. 391. Cfr. la nozione ampia di vendita di cui all'art. 1 par. 4 della direttiva n. 99/44/CE. Così deve considerarsi come fornitura di beni, per esempio, un contratto di *leasing*. Nel senso che si tratta di fornitura di servizi ai fini del regime di libera circolazione, v. la sentenza della Corte di giustizia *Cura Anlagen* del 2002 (citata al capitolo primo, nt. 45).

relativi a beni immateriali.³⁰⁸ Ciò pone non pochi problemi, soprattutto con riguardo al commercio elettronico, giacchè rimangono fuori le forniture *on-line* non solo di *software* e informazioni di altro tipo, ma anche di musica, film o altri contenuti che, nel commercio «reale», sono incorporati in un supporto fisico.³⁰⁹ Le vendite di titoli o di altri valori mobiliari devono invece ritenersi incluse nell'ambito della norma *de qua*.³¹⁰

³⁰⁸ V. VILLANI, *La convenzione di Roma* cit., p. 129; VAN HUFFEL, *Protection du consommateur par le droit applicable – Obstacles et perspectives*, in *Rev. aff. eur.*, 2001-2002, p. 441. Inequivoco in questo senso le versioni italiana, francese («objets mobiliers corporels») e tedesca («bewegliche sachen») della disposizione *de qua*. Suscettibile di interpretazione più estensiva, invece, il testo inglese («goods»). V. BASEDOW, *Consumer Contracts and Insurance Contracts in a Future Rome I Regulation*, relazione elaborata nel quadro di un progetto di ricerca finanziato dalla Commissione europea e diretto dall'Università di Anversa dal titolo «Enforcement of International Contracts in the European Union: convergence and Divergence between “Brussels I” and “Rome I”», i cui risultati sono in corso di pubblicazione per i tipi Intersentia.

³⁰⁹ Si pensi al fenomeno crescente del c.d. e-book, o alla possibilità di scaricare da un sito Internet files musicali o video. Si osservi che i contratti relativi sono configurati come licenze d'uso di un diritto di proprietà intellettuale. Secondo BASEDOW, *op. cit.*, «the on-live delivery of software does not a supply of services for the purposes of para. 1, since there is no activity of the supplier beyond the act of delivery that would provide a surplus value to the recipient». In senso conforme, CALLIESS, *Coherence and Consistency in European Consumer Contract Law: a Progress Report*, in *German Law Journal*, 2003, p. 351; MAX PLANCK INSTITUTE FOR FOREIGN PRIVATE AND PRIVATE INTERNATIONAL LAW, *Comments on the European Commission's Green Paper on the conversion of the Rome Convention of 1980 on the law applicable to contractual obligations into a Community instrument and its modernization*, p. 52. In senso contrario si potrebbe osservare, almeno per alcune fattispecie, che il fornitore offre spesso prestazioni aggiuntive, quali la possibilità di scaricare aggiornamento o l'assistenza *on-line*. Si potrebbe inoltre tenere presente che la direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico riconduce espressamente la vendita *on-line* di merci al concetto di «servizio della società dell'informazione» (v. capitolo secondo, par. 6).

³¹⁰ È vero, infatti, che la *Relazione* Giuliano-Lagarde li esclude *tout court*. Questa posizione però sembra fondarsi non tanto su una qualificazione degli strumenti finanziari come beni immateriali, quanto piuttosto sulla considerazione che l'investitore non possa essere mai un consumatore, ciò che non è sempre detto. V. NUYTS, *Les contrats relatifs aux immeubles en droit international privé conventionnel européen: le cas du time-sharing*, in *Rev. dr. int. dr. comp.*, 2000, p. 174 s.; BASEDOW, *Consumer Contracts* cit.; MEGLIANI, *Rilievi internazionalprivatistici in tema di cybersecurities*, *Dir. Comm. int.*, 2000, p. 909. *Contra*, CALLIESS, *op. cit.*, p. 350 s.; VAN HUFFEL, *Protection du consommateur* cit., p. 441 s.; BONOMI, *Le norme imperative nel diritto internazionale privato*, Zurigo, 1998, nota 133 a p. 186. Nel senso che l'esclusione delle obbligazioni derivanti da strumenti negoziabili dall'ambito della convenzione di Roma (art. 1 par. 2 lett. c) non riguardi i contratti di emissione o di trasferimento di tali strumenti, v. *Relazione* Giuliano-Lagarde, p. 11; MALATESTA, *Considerazioni sull'ambito di applicazione della convenzione di Roma: il caso dei titoli di credito*, in SACERDOTI, FRIGO (a cura di), *La convenzione di Roma* cit., p. 192; VAN GERVEN, WOUTERS, *Free Movement of Financial Services and the European Contracts Convention*, in ANDENAS, KENYON-SLADE (eds.), *E.C. Financial Market Regulation and Company Law*, London, 1993, p. 45.

Sembrano senz'altro esclusi, in secondo luogo, i contratti che abbiano per oggetto un diritto reale su beni immobili o un diritto di utilizzazione degli stessi.³¹¹ L'art. 5 dovrebbe invece applicarsi ai contratti di prestazione di servizi, ancorché relativi a un bene immobile.³¹²

Tutti i contratti di prestazione di servizi ai consumatori rientrano, in linea di massima, nell'ambito della norma speciale. È espressamente escluso, infatti, solo il contratto di trasporto,³¹³ ma non il contratto c.d. di *package tour* «che prevede per un prezzo globale prestazioni combinate di trasporto e di alloggio».³¹⁴ In relazione ai contratti turistici, ci si può chiedere se non ricada nell'ambito oggettivo dell'art. 5 un contratto complesso che preveda la locazione di una casa per vacanze nel quadro di un insieme di prestazioni di servizi turistici forniti da un operatore professionale,

³¹¹ Si può, infatti, considerare che la *vis attractiva* della *lex rei sitae* – cui la convenzione dà riconoscimento all'art. 4 par. 3 – prevale sull'esigenza di tutela della parte debole: cfr. NUYTS, *Les contrats relatifs aux immeubles* cit., p. 143 ss. Sull'esclusione del *leasing* immobiliare, v. VOULGARIS, *op. cit.*, p. 391. Alla stessa stregua della convenzione, per la direttiva n. 99/44/CE sulla vendita e le garanzie dei beni di consumo sono beni di consumo solo i beni mobili materiali (art. 1 par. 2 lett. b). La direttiva n. 93/13/CEE sulle clausole abusive si applica a invece a qualsiasi contratto con i consumatori. Cfr. *supra* capitolo secondo, par. 6. Osserva tuttavia LAGARDE, nota a Bundesgerichtshof, 19 marzo 1997, in *Revue critique*, 1998, p. 627, che «l'exclusion des contrats portant sur des immeubles fut décidée par les négociateurs de la convention de Rome parce qu'ils avaient pensé qu'un contrat portant sur un immeuble, même conclu par un consommateur, n'était pas par son objet un contrat de consommation qui se conclut à la légère». Aggiunge quindi che i negoziatori «n'avaient pas prévu le développement du timesharing et moins encore des pratiques contestables qui accompagnent sa commercialisation. Mieux informés, ils auraient peut-être élargi le domaine de l'article 5».

³¹² Così, ad esempio, i contratti di costruzione o riparazione di un bene immobile, che la *Relazione* Giuliano-Lagarde, p. 21 esclude dalla regola presuntiva dell'art. 4 par. 3. Nel senso che il restauro o la ristrutturazione di un immobile debbano essere qualificati come contratti aventi ad oggetto una prestazione di servizi, v. *Tribunal d'arrondissement de Luxembourg*, 27 marzo 1990, in *Riv. dir. int. pr. proc.*, 1991, p. 1097 ss. *Contra*, RIGAUX-FALLON, *Droit international privé*, tomo II, 2ème éd., Bruxelles, 1993, p. 573. Una soluzione parzialmente difforme è accolta invece dalle direttive comunitarie. Così, le direttive n. 85/577/CEE sui contratti negoziati fuori dei locali commerciali (art. 3 par. 2) e n. 97/7/CE sui contratti a distanza (art. 3 par. 1) non si applicano ai contratti per la costruzione e la vendita di beni immobili, ovvero relativi ad altri diritti concernenti immobili. La seconda si applica, tuttavia, ai contratti di locazione.

³¹³ Art. 5 par. 4 lett. a. Secondo la *Relazione* Giuliano-Lagarde, p. 23, «le particolari misure di protezione previste dall'art. 5 non sono atte a disciplinare contratti di questo tipo». Cfr. art. 1 par. 2 della direttiva n. 93/13/CEE: «Le clausole contrattuali che riproducono disposizioni legislative o regolamentari imperative e disposizioni o principi di convenzioni internazionali, in particolare nel settore dei trasporti, delle quali gli Stati membri o la Comunità sono parti, non sono soggette alle disposizioni della presente direttiva». Cfr. VILLANI, *La convenzione di Roma* cit., p. 141.

³¹⁴ Art. 5 par. 5. V. KAYE, *The New Private International Law*, cit., p. 207 s. Cfr. direttiva n. 90/314/CEE, che ne dà però una definizione più ampia (art. 2 n. 1): v. capitolo secondo, par. 6. È da notare che l'art. 15 par. 3 reg. «Bruxelles I», innovando rispetto all'art. 13 ult. co. Convenzione Bruxelles del 1968, allinea le norme sulla competenza giurisdizionale all'art. 5 conv. Roma. Sul punto v. BERAUDO, *Le Règlement (CE) du Conseil du 22 décembre 2000* cit., p. 1054 s.

tra i quali non deve essere necessariamente compreso il trasporto. Da un lato, infatti, si è sostenuto in dottrina e in giurisprudenza, con riguardo alle locazioni brevi, che la sola localizzazione dell'immobile sia un collegamento troppo debole per fare operare la regola presuntiva dell'art. 4 par. 3 della convenzione, allorquando sussistano legami più stretti con un altro Stato, quali *in primis* la comune residenza dei contraenti.³¹⁵ Dall'altro, per la Corte di giustizia non può qualificarsi come «contratto d'affitto d'immobili», ai sensi dell'art. 16 punto 1 lett. a della convenzione di Bruxelles del 1968, un contratto complesso il cui oggetto principale non sia la locazione di un immobile, ma la fornitura di «un insieme di prestazioni di servizi fornite contro un prezzo globale pagato dal cliente»³¹⁶. Non si vedono pertanto ragioni per negare l'applicazione dell'art. 5 a casi simili.³¹⁷

Nonostante l'ampia portata della nozione di «fornitura di servizi», risulta difficile ricondurre *de plano* le operazioni di credito al consumatore. A ciò osta essenzialmente l'esplicito riferimento nella disposizione in parola ai «contratti destinati al finanziamento» di una fornitura di beni o servizi.³¹⁸ Ne consegue che, se

³¹⁵ LAGARDE, *Les locations de vacances dans les conventions européennes de droit international privé*, in *Mélanges Pierre Bellet*, 1991, p. 299; PIRODDI, *Competenza giurisdizionale e legge applicabile alle locazioni immobiliari nelle convenzioni di Bruxelles e di Roma*, in *Riv. Dir. Int. pr. Proc.*, 1995, p. 83 ss.; VILLANI, *La convenzione di Roma* cit., p. 110; BARATTA, commento all'art. 4, in BIANCA C.M., GIARDINA (a cura di), *Convenzione sulla legge applicabile* cit., p. 965. Per la giurisprudenza, v. la sentenza 12 ottobre 1989 del *Bundesgerichtshof*, in *IPrax*, 1990, p. 318 ss. (si trattava di un'azione collettiva per l'inibitoria delle condizioni generali dei contratti di locazione, conclusi tra una società immobiliare, con sede in Germania, e dei consumatori, anch'essi residenti in Germania, per un soggiorno di vacanza in appartamenti situati in Francia e in Germania); FRIGESSI DI RATTALMA, *Le prime esperienze giurisprudenziali sulla convenzione di Roma del 19 giugno 1980*, in *Riv. dir. int. pr. proc.*, 1992, p. 830 ss.; LUPONE, *Prime applicazioni della convenzione di Roma: la giurisprudenza tedesca*, in SACERDOTI, FRIGO (a cura di), *La convenzione di Roma* cit., p. 226 ss.; MOSCONI, *Quando la vacanza finisce in tribunale: competenza giurisdizionale e legge applicabile della locazione di immobili all'estero*, in *Riv. Dir. Int. priv. Proc.*, 1993, p. 19 ss.

³¹⁶ Sentenza 26 febbraio 1992, in causa C-280/90, *Hacker c. Euro-Relais*, in *Raccolta*, p. I-1111 ss. V. però la sentenza 27 gennaio 2000, in causa C-8/98, *Dansommer*, in *Raccolta*, p. I-393 ss., spec. punto 29 ss. (conforme alle conclusioni dell'avv. gen. LA PERGOLA), con nota di MUIR-WATT, in *Rev. crit. Dr. int. pr.*, 2000, p. 271 ss., e HUET, in *Journal dr. int.*, 2000, p. 550 ss. La Corte ha escluso l'applicazione della giurisprudenza *Hacker* a motivo che le prestazioni di servizi erano solo accessorie, ma soprattutto perché non erano l'oggetto della controversia. Per l'estensione di tale giurisprudenza alla convenzione di Roma, cfr. DICEY & MORRIS, *The Conflict of Laws*, London, 2000, 13th ed., vol. 2, p. 1387; KAYE, *The New Private International Law* cit., p. 194 e 196; NUYTS, *Les contrats relatifs aux immeubles* cit., p. 168 s.; PLENDER, WILDERSPIN, *The European Contracts Convention* cit., p. 130.

³¹⁷ In senso conforme, NUYTS, *op. cit.*, p. 176 s.

³¹⁸ CALLIESS, *op. cit.*, p. 350; GOURIO, *Le nouveau cadre juridique du crédit aux particuliers en Europe*, in *Rev. dr. banc. fin.*, 2003, p. 140 ss.; LAGARDE, nota a Cassation, 1ère civ., 19 octobre 1999, in *Rev. cr. Dr. int. pr.*, 2000, p. 33; NORMAND, BALATE, *Relations transfrontalières et*

ricadono nell'ambito di applicazione dell'art. 5 soltanto i contratti di credito collegati all'acquisto di beni mobili o servizi (c.d. *crédit lié ou affecté*),³¹⁹ ne esulano invece sia i prestiti personali che i crediti immobiliari.³²⁰

b) Le condizioni di applicazione dell'art. 5.

Per rendere applicabile l'art. 5 ai contratti con i consumatori sopra meglio specificati, è richiesto la presenza di alcuni elementi idonei a esprimere un forte collegamento territoriale tra il contratto e lo Stato di residenza abituale del consumatore. Così, in primo luogo, con riguardo a tutte le fattispecie contrattuali coperte dalla norma, l'art. 5 par. 2 distingue tre situazioni attinenti al momento del perfezionamento della volontà contrattuale che, pur se alternative l'una all'altra, denotano nondimeno un'ipotesi sostanzialmente unitaria. L'operatore commerciale, infatti, sollecita il consumatore presso la sua residenza e ivi quest'ultimo pone in essere l'attività idonea alla stipulazione del contratto. Con formula efficace, in dottrina si riassume questa situazione con riferimento al comportamento «statico» o «passivo», sottolineando in tal modo le ragioni della scelta del legislatore convenzionale di non accordare il beneficio della protezione della sua legge al

consumation: quel(s) juge(s) et quelle(s) loi(s)?, in *Cahiers dr. Eur.*, 1990, p. 312; PLENDER, WILDERSPIN, *The European Contracts Convention* cit., p. 145. *Contra*, IMHOFF-SCHEIER, *Protection du consommateur et contrats internationaux*, Genève, 1981, p. 112. Per un'analoga interpretazione dell'art. 13 punto 3 della convenzione di Bruxelles del 1968, v. la *Relazione Schlosser* cit.; MARI, *op. cit.*, p. 517 s. (anche per ulteriori riferimenti bibliografici).

³¹⁹ È discusso in dottrina se l'operazione di credito debba essere giuridicamente collegata a uno specifico contratto di fornitura di beni o servizi: v. KAYE, *Civil Jurisdiction and Enforcement of Foreign Judgements*, Londra, 1987, p. 834. *Contra*, CREDOT, *Contrats de crédit transfrontières. A' propos d'un arrêt de la Cour d'Appel de Nancy du 25 novembre 1992*, in *Petites affiches*, n° 117 del 29.09.1993, p. 22 ss., a p. 25. BURNSIDE, *La convention de Rome, application aux opérations bancaires: la loi applicable aux opérations de crédit à la consommation*, in *Banque et droit, La convention de Rome*, hors série, juin 1993, p. 19 ss.

³²⁰ Cfr. GOURIO, *op. cit.*, p. 142; WOUTERS, *Conflict of Laws and the Single Market for Financial Services*, in *Maastricht Journal Eur. comp. Law*, 1997, p. 180. La nozione è atta a ricomprendere sia le operazioni di finanziamento di un contratto relativo a un bene immobile, sia quelle garantite da un'ipoteca (*mortgage credit*). Con riguardo a quest'ultima fattispecie, potrebbero distinguersi sul piano dei conflitti di leggi la concessione del credito, da un lato, e la costituzione della garanzia, dall'altro (*dépeçage*). In entrambe le ipotesi, il criterio scriminante per determinare la riconducibilità all'art. 5 è l'oggetto del finanziamento. Cfr. art. 2, par. 1, lett. a della direttiva n. 87/102/CEE sul credito al consumo, che non si applica ai contratti di credito «destinati principalmente all'acquisto o alla conservazione di diritti di proprietà su un terreno o un immobile costruito o da costruirsi; destinati al restauro o al miglioramento di un immobile in quanto tale». Per una qualificazione del credito immobiliare come prestazione di servizi ai sensi dell'art. 49 tr. CE, v. infine le sentenze 14 novembre 1995, in causa C-484/93, *Svensonn & Gustavsson*, in *Raccolta*, p. I- 3955 ss., e 9 luglio 1997, in causa C-222/95, *Parodi*, in *Raccolta*, p. 3899 ss.

consumatore che si faccia parte attiva nel rapporto contrattuale, prendendo l'iniziativa di rivolgersi a un operatore economico straniero e quindi a un mercato straniero.³²¹

Più nello specifico, si richiede che la conclusione del contratto sia stata preceduta nel paese di residenza abituale del consumatore «da una proposta specifica o da una pubblicità» e che il consumatore abbia compiuto in tale paese «gli atti necessari per la conclusione del contratto» (art. 5 par. 2, primo trattino); o che l'altra parte o il suo rappresentante abbia ricevuto l'ordine del consumatore nel paese di residenza di quest'ultimo (art. 5 par. 2, secondo trattino),³²² oppure, infine, per le sole vendite di merci, che il consumatore si sia recato dal paese di residenza in un paese straniero e vi abbia stipulato l'ordine, a condizione che il viaggio sia stato organizzato dal venditore per incitare il consumatore a concludere una vendita (art. 5 par. 2, secondo trattino).³²³

È probabilmente opportuna, come osservato in dottrina, un'interpretazione piuttosto ampia dei concetti utilizzati dalla norma, come quelli di «proposta specifica» e di «pubblicità».³²⁴ Quanto al compimento da parte del consumatore

³²¹ V. *inter alia* FALLON, MEEUSEN, *Le commerce électronique, la directive 2000/31/CE et le droit international privé*, in *Revue critique*, 2002, p. 444; NORMAND, BALATE, *Relations transfrontalières et consommation*, cit., p. 295; EUROPEAN CONSUMER LAW GROUP, *Jurisdiction and Applicable Law in Cross-Border Consumer Complaints. Socio-Legal Remarks on an Ongoing Dilemma Concerning Effective Legal Protection for Consumer-Citizens in the European Union*, in *Journal Consumer Policy*, 1998, p. 315 ss. Cfr. GONZALES CAMPOS, *Diversification, spécialisation, flexibilité et matérialisation des règles de droit international privé. Cours général*, in *Recueil des cours*, 2000, t. 287, p. 223 ss., che vede nella distinzione tra consumatori attivi e passivi l'espressione di un «rattachement à caractère économique», quello del mercato nazionale in cui l'offerta fatta da un operatore economico incontra la domanda del consumatore». Non si può accogliere invece l'opinione di FALLON, *Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré - L'expérience de la Communauté européenne*, in *Recueil des Cours*, 1995, t. 253, p. 222, ove afferma che i due casi del consumatore attivo e passivo, «chacun étant l'envers de l'autre, présentent les traits d'une situation quasiment interne, dont la plupart des éléments constitutifs se localisent dans un Etat, celui du marché concerné, à l'exception de la résidence d'une des parties» (corsivo aggiunto). Si può infine osservare un disallineamento rispetto all'art. 13 conv. Bruxelles che, nei casi di cui ai nn. 1 e 2 del par. 2, si applica *de plano*, a prescindere da qualsiasi contatto con lo Stato di domicilio del consumatore.

³²² L'ipotesi coincide in gran parte con quella del primo trattino: v., *Relazione Giuliano-Lagarde* cit., p. 23.

³²³ Quest'ultima ipotesi riguarda la prassi commerciale, alquanto diffusa nelle zone transfrontaliere, delle c.d. «vendite effettuate nell'ambito di escursioni transfrontaliere» (*cross-border excursion-selling*). Per KAYE, *The new private international law of contracts* cit., p. 216, «The third case is where the wicked supplier entices the innocent consumer to travel from the safety of his habitual residence to a foreign country and there to place his order: the *Little Red Riding Hood Clause*».

³²⁴ MARI, *op. cit.*, p. 518 s.

degli «atti necessari per la conclusione del contratto» nel paese di residenza sembra poi pacifico che sia a tal uopo irrilevante determinare se il contratto sia stato giuridicamente concluso in tale Stato.³²⁵ Tuttavia, considerata la formulazione precisa dei criteri di collegamento indicati dall'art. 5, sembra contraria alla logica del sistema convenzionale un'interpretazione volta a ricondurvi ipotesi volutamente non contemplate. Così, ad esempio, per quanto riguarda la diffusione pubblicitaria che deve essere particolarmente destinata al paese del consumatore.³²⁶ Ciò comporta peraltro che non si può asserire una «perfetta» corrispondenza con le condizioni spaziali di applicazione della libertà comunitaria di prestazione di servizi.³²⁷

In secondo e ultimo luogo, con esclusivo riguardo alle transazioni su servizi, il par. 4 lett. *b* impone una condizione negativa, attinente non al momento di formazione del contratto ma alla fase di esecuzione. Invero, a prescindere che siano riunite le condizioni di cui al par. 2, queste operazioni sono escluse dalla sfera dell'art. 5 «quando i servizi dovuti al consumatore devono essere forniti esclusivamente in un paese diverso da quello in cui egli risiede abitualmente». Il peso di questa prescrizione sull'equilibrio dell'art. 5 è direttamente proporzionale alla crescente importanza del commercio in servizi. La sua *ratio* consiste, secondo la *Relazione* Giuliano-Lagarde, nel fatto che «il contratto presenta un collegamento più stretto con lo Stato in cui risiede l'altra parte contraente». È plausibile pertanto credere che il gruppo di esperti avesse in mente l'ipotesi, all'epoca relativamente rara, del consumatore che si sposta fisicamente in un paese straniero per ivi fruire di un servizio.³²⁸ Diversamente deve invece ritenersi con riguardo ai contratti conclusi

³²⁵ La *Relazione* Giuliano-Lagarde, p. 23 afferma che il gruppo di esperti «ha espressamente adottato i termini "atti occorrenti" per evitare il classico problema della determinazione del luogo di conclusione del contratto». In senso adesivo, LAGARDE, *Le nouveau droit international privé* cit., p. 315; DE MATOS, *Les contrats transfrontières* cit., p. 75. Per VILLANI, *La convenzione di Roma* cit., p. 131 s., sono sufficienti anche atti prenegoziali, come un ordine telefonico rispetto a un contratto reale quale il mutuo: *contra* la sentenza del *Tribunal d'arrondissement de Luxembourg* citata in nota 27.

³²⁶ Esplicita in questo senso la *Relazione* Giuliano-Lagarde.

³²⁷ Capitolo primo, par. 6. Cfr. FALLON, *Les conflits de lois et de juridictions* cit., pp. 173 e 222.

³²⁸ Sintomatici a tal riguardo gli esempi dei contratti alberghieri e dei corsi di lingua all'estero portati dalla *Relazione* Giuliano-Lagarde, p. 24.

a distanza.³²⁹ Come ha osservato attenta dottrina, d'altronde, per il tramite del par. 4 lett. b è possibile escludere dall'ambito dell'art. 5 buona parte dei contratti stipulati con una banca straniera, dal momento che, di regola, i servizi saranno esclusivamente resi nel paese in cui ha sede la banca.³³⁰ Conseguentemente, l'eccezione deve essere interpretata restrittivamente, ad esempio con riguardo ai servizi complessi.³³¹

3. *Il ruolo dell'autonomia della volontà nei contratti con i consumatori (art. 5 par. 2): la nozione di «disposizioni imperative».*

L'art. 3 della convenzione consacra il principio dell'autonomia internazionalprivatistica come criterio di collegamento principale. In presenza di elementi di estraneità, le parti sono infatti libere di scegliere l'ordinamento giuridico nel quale inquadrare il loro rapporto contrattuale. Tale libertà trova nella convenzione di Roma il più ampio riconoscimento, come testimonia in particolare la circostanza che è ammessa la scelta di una legge priva di qualsiasi legame oggettivo con il contratto.³³² La sottoposizione del contratto alla legge designata dagli stessi contraenti costituisce invero la soluzione più consona alle esigenze del commercio internazionale, nella misura in cui da un lato garantisce alle parti la

³²⁹ V. KESSEDIAN, *Aspects juridiques du e-trading: règlement des différends et droit applicable*, *Journèe du droit bancaire et financier*, Università de Genève, 2000.

³³⁰ Per esempio, il contratto di deposito, ma presumibilmente non quello di finanziamento: RADICATI DI BROZOLO, *Operazioni bancarie* cit., p. 113 s.; ID., *L'ambito di applicazione della legge del paese di origine nella libera prestazione dei servizi bancari nella Cee*, in *Foro it.*, 1990, IV, p. 469, che pur evidenzia le difficoltà ermeneutiche della determinazione del luogo in cui il servizio bancario debba essere «esclusivamente» eseguito; BONOMI, *Il nuovo diritto internazionale privato*, cit., p. 71. In argomento v. anche SOUSI-ROUBI, *La convention de Rome et la loi applicable aux contrats bancaires*, in *Rec. Dalloz Sirey*, 1993, n° 26, p. 185 ss.; VAN HUFFEL, *Protection du consommateur* cit., p. 442, per il quale la maggior parte dei servizi finanziari forniti a distanza rischiano di sfuggire così alla sfera dell'art. 5.

³³¹ Così, essa non si applica a contratti di prestazione di più servizi, anche se nessuno di essi deve essere fornito nel paese del consumatore. Cfr. la *Relazione Giuliano-Lagarde*, p. 24, secondo cui la clausola di salvaguardia dei *package tours* di cui al par. 5 derogherebbe proprio a questa disposizione: «l'importanza del paragrafo 5 consiste nel fatto che permette l'applicazione dell'art. 5 anche nei casi in cui il primo servizio fornito, nel quadro del viaggio organizzato, è il trasporto di andata effettuato a partire da un altro paese» (diverso da quello di residenza abituale del consumatore). V. ancora VAN HUFFEL, *loc. cit.*

³³² Il punto è pacifico in dottrina: v. per tutti LAGARDE, *Le nouveau droit international privé* cit., p. 301.

certezza giuridica e, d'altro lato, consente loro di scegliere la legge che, per il suo contenuto materiale, sia più confacente agli interessi reciproci delle parti.³³³

Rispetto ai contratti conclusi con i consumatori tali argomenti non trovano più ragion d'essere. Si osserva infatti che in questo caso la *professio juris* non è concordata tra le parti in considerazione delle reciproche esigenze, bensì più semplicemente imposta al consumatore dalla parte forte. L'esigenza di protezione del consumatore sul piano dei conflitti di leggi comporta *in primis* una restrizione all'autonomia della volontà o, più esattamente, ad un uso spregiudicato della stessa da parte del contraente in posizione di forza che si risolva in una prevaricazione ai danni del debole.³³⁴ Questa è appunto la soluzione adottata dall'art. 5 par. 2 della convenzione di Roma, laddove statuisce che la libertà di scelta della legge applicabile «non può avere per risultato di privare il consumatore della protezione garantitagli dalle disposizioni imperative della legge del paese nel quale risiede abitualmente».

Il problema interpretativo centrale posto dall'art. 5 par. 2 riguarda il rilievo delle disposizioni imperative della legge del consumatore e, quindi, i caratteri e la portata dell'autonomia delle parti nei contratti internazionali di consumo. Al riguardo, infatti, si confrontano in dottrina diverse posizioni, delle quali si tenterà di dare conto. Conviene però cercare preventivamente di chiarire il significato della nozione di «disposizioni imperative» che figura nella norma in parola. Qualche confusione può essere invero causata per il fatto che la stessa espressione compare in altre norme della convenzione, ma facendo riferimento a categorie giuridiche che la dottrina internazionalprivatistica tiene ben distinte. Da un lato, l'art. 7, sotto la

³³³ Si afferma perciò in dottrina che l'accoglimento del principio della *lex voluntatis* non è estraneo a considerazioni di giustizia materiale: v. da ultimo CARELLA, *Autonomia della volontà e scelta di legge nel diritto internazionale privato*, Bari, 1999. Per una acuta critica alla rigida distinzione tra giustizia «materiale» e giustizia «conflittuale», e in particolare alla tesi tradizionale della «neutralità» del diritto internazionale privato rispetto alla regolamentazione materiale della fattispecie, v. POCAR, *La protection de la partie faible* cit., p. 353 ss.

³³⁴ Nel senso del testo POCAR, *La protection de la partie faible* cit., p. 372. Cfr. SAUVEPLANNE, *Consumer Protection* cit., p. 102: "the freedom to choose the applicable law enables the parties to a contract to designate the law most favourable to their legal relationship. When, for all practical purposes the choice lies with one of the parties, as is the rule with regard to consumer contracts, that party can choose the law most favourable to him". Ma il più convinto sostenitore della pericolosità della *loi d'autonomie* in presenza di un contraente debole è di certo LECLERC, *La protection de la partie faible* cit., spec. p. 97 ss.

rubrica «disposizioni imperative e legge del contratto» si riferisce alle norme della *lex fori* che «disciplinano imperativamente il caso concreto indipendentemente dalla legge che regola il contratto», per riconoscerne la prevalenza sulle norme di conflitto poste dalla convenzione. Dall'altro lato, all'art. 3 par. 3 è stabilito un limite alla facoltà di scelta della legge applicabile allorché tale scelta sia l'unico elemento di estraneità del contratto rispetto all'ordinamento di uno Stato, al quale conducono invece tutti gli elementi di fatto della fattispecie al momento della scelta stessa (c.d. contratto puramente interno). In tali circostanze, la scelta di una legge straniera «non può recare pregiudizio alle norme alle quali la legge di tale paese non consente di derogare per contratto, qui di seguito denominate “disposizioni imperative”».

Il diritto privato materiale di qualsiasi ordinamento si fonda, come è noto, sul principio dell'autonomia negoziale, ossia sulla libertà delle parti di determinare da sé il migliore assetto per il loro rapporto. La maggior parte delle norme di diritto privato sono perciò suppletive, nel senso che intervengono solo per quegli aspetti della vicenda contrattuale che le parti non hanno potuto o voluto regolare autonomamente. Esiste tuttavia in ogni ordinamento una più ristretta categoria di norme, la quale ha assunto in epoca contemporanea un'importanza ben maggiore che nel passato, le quali s'impongono anche sulla diversa volontà delle parti (norme c.d. cogenti, inderogabili o imperative).³³⁵

In linea di principio, la natura cogente di queste norme è confinata ai contratti interni: per le situazioni con elementi di estraneità, cioè, tali norme vengono in rilievo solo nella misura in cui appartengono all'ordinamento designato dalla norma

³³⁵ Le ragioni a fondamento di una norma inderogabile per contratto (che può essere tanto di diritto pubblico che privato) possono essere le più diverse. Tra queste va certamente ascritta la volontà di proteggere il contraente debole, ma non necessariamente: v. MAYER, HEUZÉ, *Droit international privé*, 7ème éd., Montchrestien, 2001, p. 474. Esempio del primo tipo sono le norme che attribuiscono diritti irrinunciabili al consumatore, le quali possono tollerare un diverso assetto negoziale nella misura in cui esso si riveli più vantaggioso per il consumatore. Così, la norma che riconosce il diritto del consumatore al ripensamento, da esercitarsi entro un certo termine, non osta affatto all'efficacia di una clausola contrattuale che in ipotesi prevedesse un termine più lungo. Tale norma sarà dunque derogabile *in melius* e la sua sanzione sarà l'invalidità relativa. Altre norme, invece, volte in generale a salvaguardare interessi che non necessariamente coincidono con quelli di una parte contrattuale (ex. le norme sui requisiti essenziali del contratto), presentano un diverso grado di tollerabilità verso una diversa volontà delle parti: la loro sanzione sarà perciò la nullità assoluta.

di conflitto (*lex causae* o *contractus*). Non è però escluso che alcune di esse vogliano essere applicate, per l'ordinamento di appartenenza, secondo autonomi criteri di applicazione e indipendentemente da quale sia la legge regolatrice del contratto. Esse assurgono perciò al rango di norme di applicazione necessaria o immediata.³³⁶

Se le seconde rappresentano certamente una sottocategoria delle prime, almeno in materia contrattuale, esse devono nondimeno essere tenute concettualmente distinte a motivo del diverso rilievo assunto nelle situazioni implicanti conflitti di leggi. Questa distinzione concettuale è d'altronde chiarita dalla dottrina internazionalprivatistica anche sul piano terminologico, definendo le prime come *règles simplement impératives* (*domestically mandatory rules*, norme imperative «semplici»), e le seconde come *règles internationalement impératives* (*internationally mandatory rules*).³³⁷

Nonostante il ricorso alla medesima espressione, questa distinzione è chiaramente presente anche nel sistema della convenzione di Roma. Così si esprime l'interpretazione sostanzialmente unitaria della dottrina, per la quale l'art. 3 par. 3 contempla le norme imperative «semplici», mentre l'art 7 ha per oggetto le norme di applicazione necessaria. Altrettanto pacifico è poi che la nozione di cui all'art. 5, così come quella dell'art. 6, deve essere ascritta alla categoria delle norme imperative semplici.³³⁸ Per assumere rilievo nel quadro del meccanismo di conflitto

³³⁶ Nel senso che l'inderogabilità di diritto interno non sia condizione sufficiente per qualificare una norma come di applicazione necessaria, v. POCAR, *Norme di applicazione necessaria e conflitti di leggi in tema di rapporti di lavoro*, in *Riv. dir. int. pr. proc.*, 1967, p. 736. Con specifico riguardo alla materia contrattuale, TREVES, *Norme imperative e di applicazione necessaria nella convenzione di Roma del 19 giugno 1980*, in TREVES (a cura di), *Verso una disciplina comunitaria* cit., p. 25.

³³⁷ Le due espressioni sono state coniate da NEUMAYER, *Autonomie de la volonté et dispositions impératives en droit international privé des obligations*, in *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1958, p. 53 ss. Nello stesso senso TREVES, *Norme imperative e di applicazione necessaria* cit., p. 25 ss. (che distingue norme imperative «semplici» e norme di applicazione necessaria); MAYER, HEUZÉ, *Droit international privé*, 7ème éd., Montchrestien, 2001, p. 473 ss. Cfr. per la dottrina inglese HARTLEY, *Mandatory Rules in International Contracts: the Common Law Approach*, in *Recueil des cours*, t. 266, 1997, p. 337 ss.; KAYE, *The new private international law of contracts*, cit., p. 72 ss., che distingue tra *contract-mandatory rules* e *conflict-mandatory rules*.

³³⁸ Così la dottrina citata alla nota precedente. Più di recente, v. per la dottrina italiana: BARATTA, *la Convenzione di Roma* cit., p. 1418; BONOMI, *Le norme imperative* cit., p. 139 ss.; GAROFALO, *Volontà delle parti e norme imperative nella convenzione di Roma sulla legge applicabile ai contratti e nel nuovo sistema italiano di diritto internazionale privato*, in *Riv. Dir. Int. priv. proc.*, 1996, p. 469 ss.; Nella dottrina straniera, TILLMAN, *The Relationship between Party Autonomy and the Mandatory Rules in the Rome Convention*, in *Journal Bus. Law*, 2002, p. 45 ss.; WOJEWODA,

protettivo predisposto dalla disposizione in esame, perciò, non si deve accertare se, per la legge del paese di residenza abituale del consumatore, le «disposizioni imperative» debbano applicarsi quale che sia la *lex contractus*, ma soltanto che esse siano cogenti sul piano dei rapporti interni.

4. (segue): *la scelta della legge applicabile come esercizio dell'autonomia negoziale delle parti.*

Secondo una prima corrente di pensiero, il limite che la scelta di legge incontra nel rispetto delle disposizioni imperative semplici della legge di residenza abituale del consumatore – la quale sarebbe oggettivamente applicabile in mancanza di scelta -deve essere inteso nel senso che l'autonomia delle parti non assolve una vera funzione internazionalprivatistica di richiamo della legge applicabile. Invero, se le norme della legge designata dalle parti non possono trovare applicazione che nella misura in cui non contrastino con le norme imperative interne della legge oggettivamente applicabile, si deve logicamente inferire che sia solo quest'ultima la vera *lex contractus*, mentre la designazione convenzionale di un'altra legge comporterebbe soltanto una mera recezione negoziale della stessa. La volontà delle parti non avrebbe dunque funzione internazionalprivatistica (*fonction conflictuelle* propria dell'autonomia internazionalprivatistica), ma semplicemente negoziale (*fonction matérielle* propria dell'autonomia materiale di diritto interno).³³⁹

A tale ricostruzione non si opporrebbe, secondo la dottrina in esame, il fatto che le norme della legge scelta possano prevalere su quella di residenza abituale del

Mandatory Rules in Private International Law, in *Maastricht Journal Eur. Comp. Law*, 2000, p. 183 ss. La confusione sorge del resto solo da alcune versioni linguistiche della convenzione, come quelle italiana o inglese, che utilizzano la medesima espressione di «disposizioni imperative» o «mandatory rules» negli articoli 3, 5, 6 e 7. Nei testi francese e tedesco, invece, si usano i termini «dispositions impératives» o «zwingende Bestimmungen» negli articoli 3, 5 e 7 e di «lois de police» o «zwingende Vorschriften» nell'art. 7: v. PLENDER, WILDERSPIN, *The European Contracts Convention* cit., p. 106.

³³⁹ HEUZE, *La réglementation française des contrats internationaux - Etude critique des méthodes*, Paris, 1990, ss., a p. 326 ss. La tesi è stata in seguito riproposta nel *Commentaire à la convention de Rome du 19 juin 1980*, in *Joly Communautaire*, Paris, 1995, p. 15. CARELLA, *Autonomia della volontà* cit., p. 124 ss. Dello stesso avviso sembrerebbe IMHOFF-SCHEIER, *Protection du consommateur* cit., p. 202. Sulla distinzione tra autonomia delle parti in senso internazionalprivatistico e autonomia contrattuale di diritto interno, v. per tutti GIULIANO, *La loi applicable aux contrats* cit., p. 209 ss.

consumatore nel caso siano maggiormente protettive del consumatore. Questo risultato, infatti, dipenderebbe esclusivamente dal fatto che, in questa materia, le norme sono imperative solo in senso «unilaterale», ammettendo una deroga *in melius*, e quindi in definitiva dalla misura in cui l'ordinamento del paese di residenza del consumatore ammette la libertà contrattuale.³⁴⁰

La definizione delle «disposizioni imperative» di cui all'art. 5 par. 2 alla luce della nozione di norme imperative «semplici» contenuta all'art. 3 par. 3 della convenzione è così portata all'estrema conseguenza di escludere *tout court* la libertà di scelta della legge applicabile ai contratti con i consumatori. Non si può del resto non cogliere un richiamo, ancorché implicito, alla tesi sostenuta da autorevole dottrina secondo la quale il combinato disposto degli articoli 1 par 1 e 3 par. 3 della convenzione lascerebbe intendere che i contratti puramente interni non implicherebbero un conflitto di leggi e, quindi, la scelta di una legge straniera varrebbe soltanto come recezione negoziale della stessa.³⁴¹

La tesi non sembra tuttavia pienamente convincente. Innanzitutto, si può brevemente osservare che non è possibile una totale assimilazione della fattispecie oggetto dell'art. 5 par. 2 a quella dell'art. 3 par 3. Laddove quest'ultima mira a preservare la coerenza interna della legge del paese cui il contratto è esclusivamente collegato dal punto di vista materiale, la prima concerne fattispecie collegate con più paesi e limita la scelta di legge solo se, e nella misura in cui, conduca a un risultato sfavorevole al consumatore. La comparazione tra le norme della legge scelta e quelle imperative della legge oggettivamente applicabile è, quindi, condotta alla stregua di un criterio materiale - la protezione del consumatore - che risiede

³⁴⁰ HEUZÉ, *La réglementation française* cit., p. 327; CARELLA, *L'autonomia della volontà* cit., p. 125 s.

³⁴¹ POCAR, *Brevi appunti sull'incidenza della convenzione di Roma* cit., p. 692 ss., ma già in *L'unificazione des règles de conflit en matière de contrats dans la Communauté économique européenne*, in *Comunicazioni e studi*, vol. XV, Milano, 1978, p. 179; VILLANI, *La convenzione di Roma* cit., p. 33 s., e in precedenza *L'azione comunitaria in materia di diritto internazionale privato*, in *Riv. Dir. Eur.*, 1981, p. 395 ss.; CARELLA, *L'autonomia della volontà* cit., p. 115 ss.; KASSIS, *Le nouveau droit européen des contrats* cit., p. 265 ss.; LANDO, *The EEC Convention* cit., p. 180; BONOMI, *Il nuovo diritto internazionale privato* cit., p. 54 s. *Contra* LAGARDE, *Les limites objectives de la convention de Rome (conflits de lois, primauté du droit communautaire, rapports avec les autres conventions)*, in *Riv. dir. int. pr. proc.*, 1993, p. 35; TREVES, *Norme imperative e di applicazione necessaria*, cit., p. 27 ss.; BOSCHIERO, *Obbligazioni contrattuali* cit., p. 822 s.; SARAVALLE, commento all'art. 3, in BIANCA C.M., GIARDINA (a cura di), *Convenzione sulla legge applicabile* cit., p. 952.

indubbiamente nella stessa norma di conflitto convenzionale; l'art. 3 par.3, per converso, si presenta del tutto neutro rispetto agli obiettivi perseguiti dall'ordine pubblico interno dello Stato cui il contratto è esclusivamente collegato.

In secondo luogo, se l'intenzione dei redattori della convenzione fosse effettivamente stata di escludere radicalmente la libertà di scelta della legge applicabile in ordine ai contratti con i consumatori, è presumibile che avrebbero adottato una formulazione più netta, come ad esempio quella dell'art. 120 comma 2 della legge svizzera sul diritto internazionale privato, che nega espressamente la facoltà di scelta della legge applicabile.³⁴² Al contrario, una formula così rigida non si riscontra nella disposizione convenzionale salvo, forse, nel disposto dell'art. 9 par. 5 della convenzione che, per i soli profili attinenti ai requisiti di validità formale del contratto, esclude espressamente il richiamo alternativo di più leggi in presenza condotto alla stregua del principio del *favor validitatis*, ma rende esclusivamente applicabile la legge del paese di residenza abituale del consumatore.

Non convince inoltre l'argomento secondo cui la prevalenza delle norme più protettive della legge scelta dalle parti «non contraddice l'inquadramento della fattispecie nell'esercizio della libertà contrattuale interna perché, nella materia in esame, le disposizioni imperative lo sono solo in senso "unilaterale", cioè al solo fine di evitare un peggioramento della situazione della parte tutelata».³⁴³ Non si tiene adeguatamente conto, infatti, che la collocazione del contratto nell'esclusiva sfera della legge oggettivamente applicabile quale sola *lex causae* comporta che esso sia sottoposto a tutte le norme imperative della stessa, comprese quelle che perseguono obiettivi diversi dalla tutela della parte debole e che, di conseguenza, non è detto che tollerino deroghe in senso favorevole al consumatore.

Se si inquadra la volontà delle parti nei limiti dell'autonomia negoziale propri della legge del paese di residenza abituale del consumatore, la possibilità di prendere in considerazione le norme più favorevoli della legge convenzionalmente

³⁴² L'art. 120 della legge federale di diritto internazionale privato del 18 dicembre 1987, dopo aver indicato, al comma 1, la dimora abituale del consumatore il criterio oggettivo di collegamento per i «contratti concernenti una prestazione di consumo corrente destinata all'uso personale o familiare del consumatore e non connessa con l'attività professionale o commerciale di costui», statuisce che «le parti non possono scegliere il diritto applicabile» (comma 2).

³⁴³ CARELLA, *L'autonomia della volontà* cit., 126.

designata dipenderà esclusivamente da una valutazione dell'ordine pubblico interno della legge del consumatore. Non può però escludersi, soprattutto alla luce del carattere universale della convenzione di Roma, che tale legge non conosca affatto norme volte a tutelare la parte debole. E' invece plausibile ritenere che essa conosca norme assolutamente cogenti, dirette alla realizzazione di obiettivi diversi da quello di protezione del consumatore o, più in generale, della parte debole, le quali dovrebbero senz'altro prevalere, in base alla ricostruzione interpretativa qui criticata, sulla legge scelta dalle parti *anche nell'ipotesi in cui quest'ultima fosse più favorevole al consumatore*. Pertanto, a meno di non voler operare una distinzione e affermare che l'autonomia della volontà ha una funzione materiale solo se la legge oggettivamente applicabile è più protettiva del consumatore, altrimenti recupera in pieno la *fonction conflictuelle de rattachement*,³⁴⁴ quest'interpretazione mal si concilia con la finalità protettiva del consumatore espressa nell'art. 5.

A questa obiezione la dottrina in parola ha invero tentato di dare una risposta, sulla base di due argomentazioni. Innanzitutto, l'applicazione delle norme assolutamente imperative della legge del paese di residenza abituale del consumatore prescinderebbe dal meccanismo dell'art. 5: per la loro natura, queste norme devono essere qualificate come norme di applicazione necessaria (*lois de police*), sicché trovano titolo ad applicarsi, nel sistema convenzionale, all'art. 7 e non invece all'art. 5.³⁴⁵ D'altronde, sarebbe sempre possibile impedire l'applicazione di tali norme assolutamente cogenti, a favore della legge scelta dalle parti, grazie al limite generale della non contrarietà all'ordine pubblico (art. 16 della convenzione), sempreché il *favor* per il consumatore sia compreso nel novero dei principi

³⁴⁴ Così PATOCCHI, *Règles de rattachement localisatrices et règles de rattachement à caractère substantiel*, Genève, 1985, p. 132 s., che coglie in ciò la differenza tra la norma della convenzione e l'art. 120 della legge svizzera, ossia nel fatto che la prima opportunamente «ne supprime pas l'autonomie de la volonté là où aucune règle impérative ne protège le consommateur» (p. 133). Una simile distinzione della funzione dell'autonomia della volontà a seconda dei caratteri dell'ordinamento del paese del consumatore non sembra però potersi accogliere, né risulta altrimenti dalla norma della convenzione.

³⁴⁵ HEUZE, *La réglementation française* cit., p. 327 ss. Dietro questa ricostruzione interpretativa stanno due premesse: la prima, implicita, è che tutte le norme assolutamente inderogabili della legge *de qua* siano per ciò stesso di applicazione necessaria, cioè applicabili indipendentemente dal fatto di appartenere o non alla *lex causae*; la seconda, esplicita, è che l'art. 7 della convenzione, «par la généralité de ses termes, et en l'absence de réserve expresse, semble viser tous les contrats, de quelque nature qu'ils soient, y compris en conséquence ceux que régissent les dispositions spéciales des articles 5 et 6».

fondamentali del foro. Anche qui, dunque, la soluzione è estranea al *modus operandi* dell'art. 5 par. 2.

Neppure queste argomentazioni, tuttavia, appaiono convincenti. Quanto alla prima, risulta difficile ammettere che l'art. 7 della convenzione possa derogare all'art. 5 per consentire l'applicazione di norme meno protettive del consumatore. In secondo luogo, il richiamo al limite dell'ordine pubblico internazionale non tiene in adeguata considerazione il fatto che, in virtù del coordinamento con le norme sulla competenza giurisdizionale, nella maggioranza dei casi *forum* e *jus* corrispondono in materia di contratti conclusi dai consumatori. Non si comprende pertanto come l'ordine pubblico possa intervenire come limite all'applicazione della *lex fori*.³⁴⁶

In termini più generali, infine, la teoria della funzione negoziale dell'autonomia della volontà così configurata sembra in contraddizione con un'interpretazione teleologica dell'art. 5. Questa disposizione sembra imporre una comparazione tra le norme delle due leggi in presenza, al fine di assicurare l'applicazione di quelle che meglio proteggano il consumatore. La scelta di legge non mira invero necessariamente ad eludere le norme protettive della legge del consumatore, ma può rispondere ad esigenze diverse della parte forte, quale *in primis* la standardizzazione dei contratti conclusi con la massa dei consumatori. Non è da escludersi, perciò, che un'impresa scelga di sottoporre alla legge della sua sede i contratti conclusi con consumatori stranieri, anche se le leggi di questi ultimi siano prive di discipline protettive adeguate e, dunque, in astratto più vantaggiose per l'impresa.

Se si asserisce che la legge designata dalle parti è incorporata nel contratto, si suppone invece che le norme della stessa non si assumono più come norme, ma solo come espressione della volontà delle parti. Quindi, se nel contratto è presente una clausola che, seppure conforme alla legge della residenza abituale del consumatore, deroga a norme imperative (protettive) della *lex voluntatis*, tale clausola deve

³⁴⁶ Sebbene l'ambito dell'art. 5 conv. Roma sia più ristretto di quello dell'art. 13 conv. Bruxelles (e ancor più di quello dell'art. 15 regolamento n. 44/2001) nella maggior parte dei casi si verificherà di fatto una corrispondenza tra *forum* e *jus*. Così, con riguardo alla conv. Bruxelles, POCAR, *La legge applicabile* cit., p. 309. La corrispondenza tra le sfere delle due norme non è perfetta, in quanto l'art. 13 ha portata più ampia.

ritenersi pienamente efficace.³⁴⁷ Ne consegue perciò che, secondo questa lettura dottrinale, l'art. 5 permetterebbe soltanto di garantire il rispetto delle norme imperative della legge del paese di residenza abituale del consumatore e non persegue, invece, il fine sostanziale di tutela del consumatore, che non potrebbe emergere se non da un confronto tra le norme delle due leggi in presenza. Poco importa infatti che le norme della legge oggettivamente applicabile ammettano deroghe in senso favorevole al consumatore quando esse non possono che confrontarsi con la volontà delle parti e non con altre norme. Ipotizziamo, ad esempio, che sia la legge scelta dalle parti sia quella di residenza del consumatore prevedano una disciplina speciale per i contratti a distanza, ma che solo la prima attribuisca al consumatore un diritto di recesso. Ebbene, qualora il contratto escluda espressamente tale diritto, la norma che lo prevede non potrà certo ritenersi incorporata nel contratto e a nulla varrà la relativa imperatività delle norme della legge del consumatore.

Inoltre, intendere la legge scelta dalle parti come materialmente recepita nel contratto comporta la sua «cristallizzazione» al momento della conclusione del contratto stesso: non si potrà tenere conto, perciò, di eventuali modifiche legislative successive.³⁴⁸ Così, ad esempio, se fosse stata eletta la legge italiana per un contratto concluso prima del 1996, non si dovrebbe poter considerare le norme speciali degli artt. 1469-*bis* ss. del codice civile in materia di clausole vessatorie. Anche sotto questo profilo, dunque, la «contrattualizzazione» della *lex voluntatis* si risolve in uno svantaggio per il consumatore.

Alla luce di queste considerazioni, si deve concludere che la tesi in esame conduce ad un'interpretazione riduttiva dell'art. 5 par. 2, secondo la quale esso non garantirebbe al consumatore che l'applicazione sempre e comunque delle disposizioni imperative della legge del paese di residenza abituale. Pertanto, sebbene possa essere ammissibile sotto il profilo di un'interpretazione strettamente letterale della norma, questa posizione dottrinale esclude, di fatto, che la norma miri

³⁴⁷ Esplicito in questo senso HEUZE, *Commentaire à la convention*, in *Joly Communautaire*, p. 15: considerare l'*electio juris* come atto di autonomia negoziale comporta «que la loi d'autonomie doit céder devant les stipulations expresses du contrat qui lui sont contraires».

³⁴⁸ Cfr. HEUZÉ, *Ibidem*, p. 15.

al raggiungimento di un risultato di giustizia sostanziale quale, appunto, la protezione del consumatore.³⁴⁹ Questo non potrebbe attuarsi se non attraverso una scelta tra le leggi in presenza condotta secondo un criterio di favore (*la loi la plus favorable*). Ritenere, altrimenti, che la norma voglia proteggere il consumatore facendo esclusivo affidamento sulla legge del paese in cui il consumatore risiede abitualmente sarebbe privo di senso: nessun criterio di collegamento può essere mai atto ad individuare la legge in concreto più protettiva.

5. (segue): *La tesi della bilateralizzazione del criterio spaziale di applicazione necessaria delle lois de police protettive del consumatore.*

La tesi della recezione negoziale della legge scelta dalle parti appare minoritaria nel panorama dottrinale. L'opinione largamente prevalente, infatti, nonostante il limite espresso delle norme imperative della legge oggettivamente applicabile, interpreta anche per i contratti conclusi dai consumatori di cui all'art. 5, così come per i contratti di lavoro subordinato (art. 6), la scelta di legge come autonomia internazionalprivatistica.³⁵⁰

Una parte della dottrina francese dà anzi un'interpretazione della disposizione della convenzione in esame diametralmente opposta rispetto a quella esaminata al paragrafo precedente.³⁵¹ Secondo questa dottrina il meccanismo dell'art. 5 par. 2 non si concilia con il metodo della norma di conflitto classica, ma piuttosto con quello concorrente delle norme di applicazione necessaria, che trova riconoscimento nell'art. 7 della convenzione di Roma.³⁵² Si ritiene, infatti, che le caratteristiche di

³⁴⁹ V. ancora HEUZÉ, *loc. cit.*, e CARELLA, *Autonomia della volontà* cit., p. 126.

³⁵⁰ la distinzione non è priva di conseguenze di ordine concreto. Si pensi, ad esempio, al problema della modifica della scelta di legge in un momento successivo alla stipula del contratto, o alla questione dell'esistenza e della validità del *pactum de lege utenda*.

³⁵¹ MAYER, *Les lois de police étrangères*, in *Journal dr. int.*, 1981, p. 295 e p. 319; ID., *La protection de la partie faible* cit., p. 525 ss.

³⁵² Come è noto, l'art. 7 della convenzione dà riconoscimento normativo alla categoria di elaborazione dottrinale (ma già accolta in giurisprudenza) delle «norme di applicazione necessaria o immediata» (nella terminologia francese, *lois d'application nécessaire ou immédiate* o *lois de police*), ovvero «norme autolimitate». La disposizione statuisce innanzitutto che la convenzione «non può impedire l'applicazione delle norme in vigore nel paese del giudice, le quali disciplinano imperativamente il caso concreto indipendentemente dalla legge che regola il contratto» (par. 2). Prevede inoltre che alle norme imperative di una legge straniera diversa dalla *lex causae*, con la

questo secondo metodo siano, rispetto al primo, essenzialmente due: la prima è che il criterio di collegamento utilizzato è unilaterale, nel senso che si limita a definire l'ambito spaziale di applicazione delle norme sostanziali dell'ordinamento di appartenenza;³⁵³ la seconda è che «le critère de rattachement ne concerne pas une matière (par exemple: le contrat d'assurance), mais une règle, ou un groupe de règles, en fonction de leur contenu ou de leur finalité», come appunto le norme protettive degli interessi del consumatore.³⁵⁴

Queste caratteristiche si riscontrerebbero appunto nell'art. 5 par. 2. In particolare, la disposizione non opera un richiamo astratto alla legge del paese di residenza abituale del consumatore, ma solo alle norme imperative di questa e nella

quale la situazione presenta uno «stretto legame», «potrà essere data efficacia» se e nella misura in cui, secondo tale legge, «le norme stesse siano applicabili quale che sia la legge regolatrice del contratto», tenendo tuttavia conto «della loro natura e del loro oggetto, nonché delle conseguenze che deriverebbero dalla loro applicazione o non applicazione» (par. 1). In argomento, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, v. BONOMI, *Le norme imperative* cit.; BOSCHIERO, Commento all'art. 17, in BARIATTI (a cura di), *Commentario della legge 31 maggio 1995, n. 218 – Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, in *Nuove leggi civ. comment.*, 1996, p. 1062 ss., spec. p. 1064 ss. Tra i contributi più significativi si segnalano: DE NOVA, *I conflitti di leggi e le norme con apposita delimitazione della sfera di efficacia*, in *Dir. int.*, 1959, p. 13 ss.; FRANCESKAKIS, *Quelques précisions sur les «lois d'application immédiate» et leurs rapports avec les règles de conflits de lois*, in *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1966, p. 1 ss.; ID., *Lois d'application immédiate et règles de conflit*, in *Riv. Dir. Int. pr. Proc.*, 1967, p. 691 ss.; GUEDJ, *The Theory of the Lois de Police, A Functional Trend in Continental Private International Law. A Comparative Analysis with the Modern American Theories*, in *Am. jour. comp. law*, 1991, p. 661 ss.; POCAR, *Norme di applicazione necessaria e conflitti di leggi* cit., p. 734 ss.; SPERDUTI, *Norme di applicazione necessaria e ordine pubblico*, in *Riv. Dir. Int. priv. Proc.*, 1976, p. 469 ss.; VITTA, *Diritto internazionale privato, I. Parte generale*, Torino, 1972, p. 165 ss.

³⁵³ MAYER, *La protection de la partie faible*, cit., p. 520: «sa caractéristique la plus apparente est que le critère de rattachement utilisé est unilatéral: il détermine le domaine d'application spatial des seules règles substantielles émanant du législateur qui édicte le critère de rattachement, et non celui des règles étrangères». In senso non dissimile si esprime FALLON, *Les règles d'applicabilité en droit international privé*, in *Mélanges Van der Elst*, Bruxelles, 1986, p. 285 ss., e *Les conflits de lois et de juridictions* cit., p. 258, per il quale la caratteristica del metodo delle norme di applicazione necessaria risiede nel fatto che l'ambito spaziale di applicazione di talune norme è determinato in modo speciale e diretto da una c.d. *règle directe d'applicabilité* ad esse associata («procédé d'autodésignation»), distinguendosi così dal metodo classico della norma di conflitto («règle de rattachement»), «règle d'applicabilité procédant de manière indirecte à la désignation de la règle matérielle par le détour de la désignation abstraite d'un ordre juridique». Sul punto v. anche LECLERC, *La protection de la partie faible* cit., p. 278 ss, spec. p. 280. Le tesi qui esposte rievocano la teoria delle norme «spazialmente condizionate» e «autolimitate» o «con apposita delimitazione della sfera di efficacia», sostenuta in particolare da DE NOVA, *op. cit.* Sul significato di «autolimitazione» v. infine BONOMI, *Le norme imperative* cit., p. 157 ss.

³⁵⁴ MAYER, *La protection de la partie faible*, cit., p. 521. Ne consegue che «alors que la règle de conflit savignienne, ou même unilatérale, est abstraite, en ce que le critère de rattachement est retenu, et appliqué, quel que soit le contenu des règles substantielles en présence, la méthode des lois de police est concrète, car elle affecte à une ou plusieurs règles le critère définissant le domaine spatial d'application, nécessaire à la pleine réalisation de leur objectif».

misura in cui esse hanno per oggetto la protezione del consumatore. L'applicazione di queste norme quindi avviene in funzione del loro contenuto, caratteristica inesistente nel metodo del conflitto di leggi.³⁵⁵ Ne consegue che la peculiarità del meccanismo di cui alla disposizione in parola risiede nella formulazione bilaterale del criterio di collegamento - la residenza abituale del consumatore e le altre condizioni indicate - delle norme di applicazione necessaria volte a proteggere il consumatore.³⁵⁶ Se tale criterio conduce al foro, si tratterà di applicazione necessaria di norme del foro; altrimenti, si avrà un caso di applicazione necessaria delle norme di una legge straniera diversa dalla *lex causae*.³⁵⁷

La tesi in esame presenta senza dubbio interessanti elementi di originalità, ma solleva tuttavia qualche perplessità. Innanzitutto, è noto che per la dottrina tradizionale andrebbero ascritte alla categoria delle norme di applicazione necessaria solo quelle volte alla salvaguardia di un interesse generale dello Stato, e non invece alla protezione di interessi individuali, come quelle in materia di contratti con i consumatori.³⁵⁸ Certo, questa posizione è apparsa troppo restrittiva

³⁵⁵ Così MAYER, *Les lois de police étrangères*, cit., p. 295; *La protection de la partie faible*, cit., p. 527.

³⁵⁶ MAYER, *les lois de police étrangères* cit., p. 295: «si la règle (l'art. 5) est bien bilatérale, elle n'est pas pour autant une règle de conflit de lois classique». Secondo l'A., *La protection de la partie faible* cit., pp. 525 e 532, la formulazione bilaterale del criterio di applicazione delle *lois de police (énoncé bilatérale du critère spatial d'application nécessaire)* troverebbe la sua ragion d'essere nel diritto comparato, ossia nel fatto che in materia di tutela dei consumatori, così come in quella dei contratti di lavoro subordinato, «de nombreux Etats ont edicté des règles analogues, poursuivant le même objectif» e, soprattutto, sulla scorta di un criterio di collegamento simile. Cfr. FALLON, *Le droit applicable aux clauses abusives après la transposition de la directive n° 93/13 du 5 avril 1993*, in *Rev. eur. dr. consom.*, 1996, p. 9, il quale afferma che «l'art. 5 réalise l'applicabilité de lois de police au moyen de la méthode de la règle de rattachement». L'affermazione di quest'ultimo A. sembra debba intendersi nel più limitato senso che il richiamo della *lex causae* operato dalla norma di conflitto comprende anche le norme di tale legge che abbiano natura di norme di applicazione necessaria: v. *Les conflits de lois et de juridictions* cit., nota 694 a p. 258. cfr. infine LAGARDE, *Le nouveau droit international privé* cit., nota 76 a p. 316, ove afferma che «l'art. 5 ressemble fort, en dépit de son caractère bilatérale, à ce qu'on pourrait appeler une clause spéciale d'application des lois de police».

³⁵⁷ Secondo MAYER, *les lois de police étrangères* cit., p. 295, «en tant que le texte concerne la loi du for, il signifie que les règles protectrices des consommateurs contenues dans cette loi s'appliquent nécessairement à ceux qui résident sur le territoire: ce sont des lois de police». L'A., *La protection de la partie faible* cit., p. 532, esamina i vantaggi e gli inconvenienti dell'enunciazione bilaterale del criterio di collegamento con riguardo alle norme di applicazione necessaria di una legge diversa da quella del foro, ritenendo comunque i primi prevalenti sui secondi.

³⁵⁸ V. in particolare la nota formula di FRANCESCAKIS, *Conflits de lois (principes généraux)*, in *Répertoire Dalloz, Droit international*, Paris, 1968, n. 137, secondo la quale tale qualificazione è riservata alle norme «dont l'observation est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale ou économique du pays», recentemente implicitamente rievocata dalla Corte di

alla dottrina più recente, a fronte in particolare del crescente interventismo statale nella disciplina imperativa dei rapporti tra privati, soprattutto ove caratterizzati da una parte debole.³⁵⁹ D'altronde, la prassi normativa e giurisprudenziale ammette chiaramente che le norme protettive del consumatore possano trovare applicazione a titolo di norme di applicazione necessaria.³⁶⁰ Nondimeno, l'affermazione che *tutte* le norme poste a tutela del consumatore siano norme di applicazione necessaria, data per presupposta dalla tesi in considerazione, sembra ad un tempo troppo estensiva, ma anche riduttiva della portata dell'art. 5 par. 2.³⁶¹

Da un canto, se è vero che le norme relative ai contratti di consumo sono generalmente inderogabili sul piano del diritto interno, è certamente più discutibile che il complesso di queste norme abbia natura internazionalmente cogente, ossia a prescindere dalla legge che regola il contratto.³⁶² Inoltre, considerato soprattutto il carattere *erga omnes* della convenzione di Roma, non è necessariamente detto che le normative sui contratti con i consumatori abbiano carattere imperativo che contraddistingue sicuramente l'esperienza giuridica dei paesi europei.

D'altro canto, l'identificazione delle disposizioni imperative dell'art. 5 par. 2 con tutte le norme che, in ragione del loro scopo di protezione del consumatore, debbano stimarsi di applicazione necessaria appare restrittiva, nonché in contraddizione con l'obiettivo di tutela della parte debole che sembra ispirare la

giustizia nella sentenza 23 novembre 1999, nelle cause riunite C-369/96 e C-376/96, *Arblade et Leloup*, in *Raccolta*, p. I-8453 ss., punto 30.

³⁵⁹ V. per tutti BOSCHIERO, *Commento all'art. 17 cit.*, p. 1065; BONOMI, *Le norme imperative cit.*, p. 169 ss. Nel senso che l'art. 7 conv. Roma copre anche le norme protettive del consumatore, v. *inter alia* Relazione Giuliano-Lagarde, p. 28; VILLANI, *La convenzione di Roma cit.*, p. 191 ss.; CORRAO, *commento all'art. 7*, in BIANCA C.M., GIARDINA (a cura di), *Convenzione sulla legge applicabile in cit.*, p. 1022; BARATTA, *Convenzione di Roma cit.*, p. 1418. Sull'opinione contraria sostenuta da parte della letteratura tedesca, v. BONOMI, *op. cit.*, p. 173 ss.

³⁶⁰ V. in particolare la sentenza della Corte di cassazione francese del 19 ottobre 1999, in *Revue critique*, 2000, p. 29 ss. con nota di LAGARDE, e in *Journal dr. int.*, 2000, p. 328 ss. con nota di RACINE, che cassa la sentenza resa il 28 maggio 1997 dalla Cour d'appel de Colmar, secondo la quale l'art. 7 della convenzione di Roma «ne range pas parmi les lois de police les lois destinées à la protection des consommateurs».

³⁶¹ Così RACINE, *nota cit.*, p. 336: «de manière générale, dans la mesure où la qualification de loi de police dépend du contenu et de l'objectif d'une règle, il serait logique de considérer que toute règle de protection du consommateur doit, a priori, recevoir la qualification de lois de police».

³⁶² In questo senso, la distinzione tra *règles simplement impératives*, alle quali ricondurre la categoria contemplata all'art. 5 par. 2, e *règles internationalement impératives* di cui all'art. 7, conserva tutto il suo valore. Le norme imperative del paese di residenza del consumatore vengono infatti prese in considerazione senza verificare se siano altresì norme di applicazione necessaria secondo l'ordinamento di appartenenza.

norma. In primo luogo, la legge del paese di residenza abituale del consumatore potrebbe anche non conoscere norme dirette a tutelarlo. Inoltre, è possibile riscontrare nella prassi normativa delle disposizioni volte genericamente ad assicurare un equilibrio contrattuale, pur senza essere direttamente indirizzate alla categoria dei consumatori.³⁶³ Su un piano più generale, infine, l'art. 5 par. 2 sembra riferirsi neutralmente alle disposizioni imperative e non invece a quelle che si prefiggono uno scopo di tutela. Alla luce della sua *ratio legis*, oltre che per un'esigenza di semplicità, l'art. 5 par. 2 della convenzione dovrebbe quindi interpretarsi nel senso che impone all'interprete un confronto tra la legge scelta e le norme imperative della legge di residenza del consumatore che, a prescindere dal loro oggetto o dal loro scopo, conferiscono un assetto degli interessi in gioco più favorevole per il consumatore.³⁶⁴

In secondo luogo, la dottrina in esame intende il *modus operandi* delle norme di applicazione necessaria in modo difforme dalla concezione tradizionale. Mentre quest'ultima, infatti, vi vede un limite preventivo all'applicazione delle norme di conflitto, per quella le norme di applicazione necessaria possono anche giocare come limite successivo ed eventuale.³⁶⁵ Poiché si assume che «une loi de police ne

³⁶³ Si pensi, ad esempio, alla disciplina sulla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari di cui al titolo VI del T.u. delle leggi in materia bancaria e creditizia (d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385) e al titolo X, capitolo 1 delle istruzioni di vigilanza per le banche (circolare della Banca d'Italia n. 229 del 21 aprile 1999, come aggiornata il 25 luglio 2003, in *Gazz. Uff.*, n. 191 del 19 agosto 2003), la quale si applica ai contratti conclusi con tutta la clientela, e non con i soli consumatori. V. in argomento CAPOBIANCO, *I contratti delle banche: trasparenza ed equilibrio nei rapporti con la clientela*, in *Dir. Banca mercato finanziario*, 2002, I, p. 198 ss.

³⁶⁴ In senso contrario sembra pronunciarsi la recente sentenza della Corte di cassazione francese del 12 novembre 2002, in *Revue critique*, 2003, p. 446 ss., ove statuisce che il meccanismo dell'art. 6 par. 1 conv. Roma implica «une appréciation globale des dispositions de cette loi [quella oggettivamente applicabile] ayant le même objet ou se rapportant à la même cause» (corsivo aggiunto). Cfr. tuttavia la nota di JAULT, *ivi*, p. 454 s., che ne dà un'interpretazione conforme al testo.

³⁶⁵ Secondo l'opinione tradizionale, infatti, tali norme sono di applicazione «necessaria o immediata», in quanto si applicano in via autonoma senza passare per il tramite delle norme di conflitto e, quindi, anche se il gioco di queste ultime conduce a una legge straniera. Allo stesso tempo, la loro applicazione ha carattere «esclusivo» giacché, nel loro ambito materiale e spaziale, è esclusa l'incidenza di norme desunte da altri ordinamenti in virtù del richiamo eventualmente operato dalle norme di collisione. V. *inter alia* POCAR, *Norme di applicazione necessaria e conflitti di leggi cit.*, p. 734 s.; AUDIT, *Droit international privé*, 2ème éd., 1997, p. 95 ss.; BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, 2ª ed., Padova, 1996, p. 182; MOSCONI, *Diritto internazionale privato e processuale. Parte generale e contratti*, Torino, 1996, p. 135 ss.; VITTA, *Diritto internazionale privato cit.*, 166 s. Proprio su questi argomenti si fonda la critica portata alla costruzione del Mayer da CARELLA, *Autonomia della volontà cit.*, p. 125.

doit être appliquée que dans la mesure postulée par son contenu»,³⁶⁶ l'applicazione delle norme a finalità protettiva diventa «necessaria» soltanto se il loro scopo non è soddisfatto dalla *lex causae*, imponendosi dunque come inderogabili solo *ex post*, ossia qualora il raffronto con la legge designata dalle parti riveli che questa non tutela adeguatamente i consumatori.³⁶⁷ Lo spirito dell'art. 5 par. 2 è così salvo, ma non può nascondersi il rischio di confusione tra il meccanismo delle *lois de police* e l'ordine pubblico, tradizionalmente inteso come solo limite *successivo* e *negativo* al funzionamento delle regole di conflitto.³⁶⁸

6. (segue): *norme di applicazione necessaria e contratti con i consumatori.*

Il nodo concreto sollevato dalla dottrina in commento riguarda, a mio avviso, il rapporto tra l'art. 5 e l'art. 7 della convenzione. Si afferma normalmente che l'art. 7 fa eccezione al sistema delle norme di conflitto previste dalla convenzione, ivi compreso l'art. 5; allo stesso tempo, non si trova in generale ragione per negare l'intervento delle norme di applicazione necessaria ai contratti con i consumatori, se

³⁶⁶ MAYER, *Les lois de police étrangères*, cit., p. 299. L'applicazione funzionale delle *lois de police* ne costituisce per l'A. il tratto saliente: le *lois de police* non pretendono affatto di sottrarre alla *lex causae* una parte della materia che le è attribuita dalla norma di conflitto bilaterale, ma si sostituiscono puntualmente ad essa solo laddove non realizzi adeguatamente lo scopo che esse si prefiggono. Così «une règle protectrice des consommateurs ou des salariés n'évincera la loi d'autonomie que dans la mesure où elle assure une protection supérieure à celle réalisée par cette dernière». Nello stesso senso in *La protection de la partie faible* cit., p. 531: «puisque l'applicabilité d'une loi de police est fonction de son but, qui est ici de protéger, elle ne doit pas intervenir lorsqu'une protection meilleure est assurée par la loi désignée par la règle de conflit de lois».

³⁶⁷ Anche nella dottrina italiana si è affermata che funzionino da limitatore preventivo del diritto internazionale privato solo le norme di applicazione necessaria «che valutano la fattispecie cui si riferiscono in via esclusiva»; la maggioranza di tali norme, invece, ammettono un'applicazione congiunta delle norme della *lex causae*, ove non incompatibili: v. TREVES, *Il controllo dei cambi nel diritto internazionale privato*, Padova, 1967, p. 56 ss.; ID., *Art. 17 (Norme di applicazione necessaria)*, in POCAR e altri, *Commentario del nuovo diritto internazionale privato*, Padova, 1996, p. 87; BONOMI, *Le norme imperative* cit., p. 151 ss.; BOSCHIERO, *Commento all'art. 17* cit., p. 1064 s.; ID., *Appunti sulla riforma del sistema di diritto internazionale privato*, Torino, 1996, p. 242 ss. V. anche BARATTA, *Convenzione di Roma* cit., p. 1419.

³⁶⁸ V. KASSIS, *Le nouveau droit européen*, cit., p. 179 ss. Per una critica espressa alla costruzione di Mayer, v. HEUZÉ, *La réglementation française des contrats internationaux* cit., p. 182 ss., in particolare alla nota 126. Secondo POCAR, *Norme di applicazione necessaria e conflitti di leggi* cit., p. 738 ss., e soprattutto *La protection de la partie faible* cit., p. 399 s., nella maggior parte dei casi, le numerose disposizioni imperative a scopo protettivo della parte debole non potrebbero essere interpretate come norme di applicazione necessaria. Se queste ultime, infatti, «vont s'appliquer à l'exclusion de toute autre règle de droit», non potrebbero essere tali le disposizioni imperative che, «en considération de leur but de protection, ne fixent en réalité qu'un minimum de protection». Si dovrebbe semmai parlare di «dispositions spécifiant la réserve de l'ordre public».

queste hanno l'effetto di accordare loro una maggiore protezione. Se si guarda più in dettaglio, conviene distinguere almeno due ordini di questioni. La prima è se le norme di applicazione necessaria di un ordinamento terzo rispetto sia alla legge di residenza abituale del consumatore che alla *lex voluntatis* possano trovare applicazione, ai sensi dell'art. 7. Al riguardo, non sembrano opporsi seri ostacoli; a condizione, ovviamente, che ci sia un collegamento sufficientemente stretto e che tali norme siano più protettive.³⁶⁹

Più delicata è la questione se, per i contratti esclusi dall'art. 5, le norme imperative dello Stato di residenza abituale del consumatore - che siano allo stesso tempo norme di applicazione necessaria - possano applicarsi ai sensi dell'art. 7. Più precisamente, conviene distinguere, da un lato, l'ipotesi dei contratti esclusi dal campo di applicazione *ratione materiae* dell'art. 5 (ad esempio, i crediti immobiliari) e, dall'altro, quella dei contratti ai quali l'art. 5 non è applicabile perché non sono riunite le condizioni indicate al par. 2. Nel primo caso, la chiara scelta legislativa compiuta dai redattori della convenzione nel senso di considerare questi contratti come contratti comuni comporta che essi siano sottoposti *in toto* alla disciplina generale. Ciononostante, si è sostenuto che i criteri spaziali di applicazione delle (eventuali) norme di applicazione necessaria dello Stato del consumatore debbano essere interpretati alla stregua dell'art. 5: altrimenti, si avrebbe il paradossale risultato che il consumatore sia meglio protetto per i contratti esclusi dalla norma speciale dell'art. 5 che per quelli inclusi.³⁷⁰

Nel secondo caso, per la dottrina che considera l'art. 5 come *lex specialis* rispetto all'art. 7, poiché determina in maniera uniforme e multilaterale la sfera di

³⁶⁹ Così POCAR, *La protection de la partie faible* cit., p. 403; ID., *La legge applicabile ai contratti con i consumatori* cit., p. 315 s.; TREVES, *Norme imperative e di applicazione necessaria* cit., p. 41; LAGARDE, *Le nouveau droit international privé* cit., nota 76 a p. 316. È stato però che è difficilmente le norme di un ordinamento terzo possono avere seri titoli per applicarsi, dato che normalmente le norme protettive dei consumatori non vogliono essere applicate ai consumatori residenti all'estero: MAYER, *Les lois de police étrangères* cit., p. 328 nota 146; BONOMI, *Le norme imperative* cit., nota 116 a p. 180. Un'altra situazione, ipotizzata da PLENDER, WILDERSPIN, *The European Contracts Convention* cit., p. 193 s. che ammettono peraltro che sia di fatto poco probabile, è quella di un conflitto tra le norme imperative della legge di residenza del consumatore e le norme di applicazione necessaria del foro, in ipotesi meno protettive e assolutamente inderogabili. Secondo questi Autori, «it is thought, albeit with some hesitation, that the unconditional wordin of Article 7(2) would allow the mandatory rules of the *lex fori* to prevail».

³⁷⁰ V. Bundesgerichtshof, 19 marzo 1997, in *Revue critique*, 1998, p. 610 ss., con nota di LAGARDE, *ivi*, p. 619 ss. Cfr. BONOMI, *Le norme imperative* cit., p. 185 ss.

applicazione personale e spaziale delle norme di applicazione necessaria, si deve coerentemente escludere qualsiasi diversa interpretazione, condotta secondo l'ordinamento di appartenenza. In altri termini, con l'entrata in vigore della convenzione di Roma, sarebbe stato precluso allo Stato di residenza abituale del consumatore di imporre in via unilaterale il rispetto delle proprie norme imperative fuori dei casi previsti dall'art. 5, a titolo di norme di applicazione necessaria.³⁷¹

Questa soluzione appare certamente la più idonea a garantire la certezza del diritto, consentendo di evitare gli inconvenienti derivanti sia dalla difficile qualificazione delle norme imperative protettive del consumatore come norme di applicazione necessaria, sia dalla possibile tentazione leforista insita nell'attribuzione per via interpretativa a tali norme di una sfera di applicazione troppo ampia. Da un punto di vista logico-sistematico, tuttavia, sembra preferibile l'opinione contraria, per la quale tutte le norme di applicazione necessaria – e quindi anche quelle dello Stato di residenza del consumatore – devono essere rispettate nelle situazioni che rientrano nella loro sfera di applicazione, che va determinata dal tenore letterale o dalla *ratio legis*, ma in ogni caso alla luce dell'ordinamento di appartenenza.³⁷² Due i principali argomenti avanzati a sostegno di questa tesi. Innanzitutto, ove le condizioni dell'art. 5 non sono soddisfatte, trova piena applicazione il regime comune, ivi compreso l'art. 7. La lettera di questa disposizione non sembra invero lasciare adito a dubbi sul fatto che essa deroghi a tutte le regole di conflitto convenzionali. In secondo luogo, si fa valere che non può essere contraria al sistema della convenzione una soluzione che consente di

³⁷¹ Così, per MAYER, *La protection de la partie faible* cit., p. 533: «dans le domaine matériel précis défini au par. 1 de l'art. 5, seule la loi de la résidence habituelle du consommateur pourra procurer une protection, aux conditions de nature spatiale précisées au par. 2. En revanche, il devrait être possible d'appliquer, au titre de l'art. 7, la loi du lieu de situation de l'immeuble, ou celle de l'établissement bancaire, en matière de crédit immobilier, non visé par l'art. 5». Cfr. LAGARDE, *Le nouveau droit international privé* cit., nota 76 a p. 316; ID., nota alla sentenza della Cassazione francese del 19 ottobre 1999 cit., p. 33 s.; ID., nota a sentenza citata alla nota precedente, p. 625 s.; LASOK, STONE, *Conflict of Laws in the European Community*, Abingdon, 1987, p. 378; JACQUET, DELEBECQUE, *Droit du commerce international*, Paris, 2ème éd., 2000, p. 109.

³⁷² PLENDER, WILDERSPIN, *The European Contracts Convention* cit., p. 190 ss.; HEUZE, *La réglementation française* cit., p. 328; KASSIS, *Le nouveau droit européen des contrats internationaux* cit., p. 336 s.; RACINE, nota a sentenza cit., p. 339 ss. V. anche UNIVERSITE LIBRE DE BRUXELLES, UNIVERSITE DE LIEGE, *Observations sur la transformation de la Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles en instrument communautaire ainsi que sur sa modernisation*, par. 31, disponibile sul sito internet www.dipulb.be.

assicurare una protezione più efficace del consumatore. In effetti, si può empiricamente rilevare che l'ambito spaziale delle norme protettive di applicazione necessaria si fonda normalmente sulla residenza del consumatore. Altri fattori possono certo concorrere, per indicare un legame sufficientemente intenso con l'ordinamento di appartenenza; ma non corrispondono necessariamente alle dettagliate condizioni di applicazione dell'art. 5.³⁷³ Certo però che, considerato da un lato l'effetto derogatorio dell'art. 7 rispetto al sistema convenzionale e dall'altro l'incertezza che esso comporta, una notevole circospezione s'impone all'interprete non solo nel qualificare una normativa come di necessaria applicazione, ma anche e soprattutto nel determinarne la sfera spaziale di applicazione.³⁷⁴

Due considerazioni si rendono infine necessarie. E' evidente che nella categoria delle norme di applicazione necessaria sono comprese anche disposizioni con scopo diverso dalla protezione del consumatore. Esse devono essere sicuramente rispettate, nella sfera definita secondo l'ordinamento di appartenenza, anche a discapito degli interessi dei consumatori.³⁷⁵ Inoltre, esistono norme protettive non esclusivamente riservate alla categoria dei consumatori. Sarebbe un controsenso che esse abbiano, ai sensi dell'art. 7, una portata applicativa per i contratti in generale più ampia che per i contratti di consumo.³⁷⁶

³⁷³ In particolare, dato che la definizione di tale ambito spaziale, nel silenzio della legge, è rimessa ai giudici, è più che probabile che essi adottino soluzioni elastiche in base alle circostanze del caso concreto. Nel caso oggetto della citata sentenza della Cassazione francese del 19 ottobre 1999, ad esempio, si trattava di un prestito contratto da consumatori residenti in Francia con una banca tedesca, alla quale essi si erano rivolti senza previa sollecitazione. Cfr. Tribunal de grande instance de Dunkerque, 19 febbraio 1986, in *Journal dr. int.*, 1986, p. 713 ss. con nota di KAHN, il quale ha invece subordinato l'applicazione delle norme protettive francesi alla duplice condizione che il consumatore risieda in Francia e ivi sia stato sollecitato a concludere il contratto.

³⁷⁴ In termini generali, è opinione diffusa in dottrina che le norme di applicazione necessaria, in quanto limite eccezionale, debbano essere interpretate restrittivamente. Ciò *a fortiori* per il sistema convenzionale. Come scrive BARATTA, *Convenzione di Roma* cit., p. 1418 s.: «in un sistema di conflitto convenzionale, fortemente caratterizzato, oltre che dall'apertura a valori giuridici estranei al foro, dall'esigenza di uniformità di regolamentazione dei contratti internazionali, il limite in parola non può che funzionare eccezionalmente ed essere circoscritto a casi specifici se non si vuole vanificare questo duplice obiettivo». In questa prospettiva, contrariamente a quanto sostenuto da RACINE, nota a sentenza cit., p. 340, l'applicazione delle norme protettive dello Stato di residenza al consumatore attivo *stricto sensu*, ovvero che si reca all'estero per concludere un contratto, appare esorbitante e contraria alla logica della convenzione.

³⁷⁵ BRUXELLES, UNIVERSITE DE LIEGE, *Observations sur la transformation de la Convention de Rome* cit.

³⁷⁶ Si può fare al riguardo l'esempio della già citata disciplina italiana sulla trasparenza nelle operazioni bancarie. Secondo le ricordate istruzioni di vigilanza per le banche, infatti, in combinato

7. (segue): *l'interpretazione dell'art. 5 par. 2 come norma di conflitto materiale (c.d. règle de rattachement à caractère substantiel).*

Per quanto non possa essere accolta nelle sue conclusioni, bisogna riconoscere che la dottrina appena commentata parte da una constatazione esatta: la disposizione dell'art. 5 par. 2 «resulte de la bilatéralisation du critère de rattachement des lois de police applicables aux contrats de vente aux consommateurs, dont l'identification a été rendue possible par l'existence d'une finalité commune qui caractérise ces lois de police».³⁷⁷ Ma se questa è la spiegazione in un certo senso «storica» della nascita dell'art. 5 par. 2, non può esservi dubbio che esso si prospetti come una vera e propria norma di conflitto. Secondo un'interpretazione sostenuta da numerose voci della dottrina,³⁷⁸ anche in questa materia le parti sono pienamente libere di scegliere il diritto applicabile nel rispetto dell'autonomia di diritto internazionale privato. "Le principe d'autonomie de l'art. 5 est le même que celui de l'art. 3", nel senso che è la *lex voluntatis*, designata nei modi e nelle forme di cui allo stesso art. 3 della convenzione, a disciplinare il contratto. Vengono perciò in considerazione tutte le norme di questa legge, imperative come suppletive, ivi comprese le modifiche ad esse eventualmente apportate in epoca successiva alla stipula del contratto.

Tuttavia, l'applicazione di questa legge incontra un limite, a norma dell'art. 5 par. 2, nelle disposizioni imperative della legge di residenza abituale del consumatore (cioè, come visto, della legge applicabile in mancanza di scelta). E' in questo senso, dunque, che alla legge di residenza abituale del consumatore spetta il titolo di *loi de la protection minimale*. L'art. 5 par. 2 non impone l'applicazione *tout*

disposto con l'art. 115 t.u. bancario, tale disciplina si applica «a tutte le operazioni e a tutti i servizi, aventi natura bancaria e finanziaria, offerti dalle banche in Italia, anche al di fuori delle dipendenze ("fuori sede") e mediante "tecniche di comunicazione a distanza"». Se si riconosce il carattere di applicazione necessaria di queste norme, sarebbe assurdo che esse possano avere un ambito di applicazione più ampio per i clienti-professionisti che non per i clienti-consumatori.

³⁷⁷ POMMIER, *Principe d'autonomie et loi du contrat* cit., p. 156. V. anche PATOCCHI, *Règles de rattachement localisatrices*, cit., p. 130 e IMHOFF-SCHEIER, *protection du consommateur* cit., p. 202.

³⁷⁸ LAGARDE, *Le nouveau droit international privé des contrats*, cit., p. 313 ss.; KASSIS, *Le nouveau droit européen des contrats internationaux* cit., p. 336 ss.; BONOMI, *Il nuovo diritto internazionale privato dei contratti*, cit., p. 83; TREVES, *Norme imperative e di applicazione necessaria*, cit., p. 28; POMMIER, *Principe d'autonomie et loi du contrats*, cit., p. 167 ss. Nello stesso senso sembra anche RUSCELLO, *Commento all'art. 5 della convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma, 19 giugno 1980)*, in *Le nuove leggi civ. comment.*, 1995, p. 975 ss., a p. 982 ss. (spec. pp. 985-6).

court di tali disposizioni imperative, ma esse fungono piuttosto da parametro cui la *lex voluntatis* deve essere rapportata. Il confronto non può che essere concreto, puntuale: in relazione a ciascun singolo aspetto della relazione contrattuale, l'interprete dovrà chiedersi se la legge designata dalle parti non offra al consumatore una protezione minore rispetto alle norme imperative della *otherwise applicable law*³⁷⁹. Si tratta certamente di un compito difficile e delicato, ma l'arduità del compito affidato ai nostri giudici non è certo valido argomento per negare l'esistenza del compito medesimo.

Se, dunque, l'art. 5 par. 2 è a tutti gli effetti una norma di conflitto, presenta nondimeno una certa particolarità. Esso designa infatti due diverse leggi -quella di residenza abituale del consumatore (l'unica applicabile in mancanza di scelta) e quella designata nel contratto- su un piano di assoluta parità. In altri termini, esso "édicte une règle de conflit alternative comportant la nécessité d'une comparaison entre le contenu des deux lois nationales désignées par cette règle de conflit pour donner la préférence à la plus protectrice du consommateur"³⁸⁰. In un certo qual modo, piuttosto che alle norme di applicazione necessaria, l'intervento delle norme protettive del consumatore può essere assimilato all'eccezione di ordine pubblico internazionale (*ordre public d'éviction*). Esse operano invero come limite negativo all'applicazione della *lex voluntatis* allorché questa abbia l'effetto di privare il consumatore dello *standard* minimo protettivo da esse garantito³⁸¹. Senonché, in questa sede, tali norme operano dall'interno della norma di conflitto (e non, invece,

³⁷⁹ Su questo punto, che vede concorde gran parte della dottrina, si vedano soprattutto KASSIS, *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, Paris, 1993, p. 337; KAYE, *The new private international law of contracts*, cit., p. 212 ss.; BONOMI, *Il nuovo diritto internazionale privato dei contratti*, cit., p. 83; VILLANI, *La convenzione di Roma*, cit., p. 135-6 (che sottolinea la particolare difficoltà di simile confronto). Per una spiegazione dettagliata delle modalità del confronto, v. POMMIER, *Principe d'autonomie et loi du contrat*, cit., pp. 181-6.

³⁸⁰ KASSIS, *Le nouveau droit européen*, cit., p. 337. Conforme POMMIER, *Principe d'autonomie et loi du contrat*, cit., pp. 167.

³⁸¹ Che le norme imperative abbiano qui un ruolo rapportabile all'ordine pubblico internazionale è stato a più riprese sottolineato da POCAR in *L'unification des règles de conflit en matière de contrats dans la Communauté économique européenne*, in *Comunicazione e studi*, vol. XV, Milano, 1978, p. 165 ss., a pp. 191-2 ("ici les dispositions impératives sont prises en consideration ... en tant que règles d'ordre public international, dans le sens de règles qui excluent l'application de la loi désignée par la règle de conflit, bien qu'en faveur d'une loi différente de la loi du for"); in *la protection de la partie faible*, cit., p. 400. Più recentemente si veda LECLERC, *La protection de la partie faible*, cit., p. 373 ss., che giunge ad asserire che l'art. 5 par. 2 non fa "qu'annoncer une règle de conflit à laquelle il juxtapose la réserve de l'ordre public".

come rimedio alla stessa): il confronto tra le due leggi al fine di applicare la più favorevole (*the most favorable law, la loi la plus favorable*) è insito nel *modus operandi* della norma bilaterale di conflitto e ne costituisce la caratteristica precipua.

Due ultime considerazioni si rendono opportune, in conclusione, sulla natura di questa norma. Come si è in precedenza accennato, la disciplina generale della convenzione si imposta secondo un sistema "dualista", imperniato su un criterio di collegamento principale (l'autonomia internazionalprivatistica, art. 3) e uno sussidiario (il principio del più stretto collegamento, art. 4). Tra i due criteri corre un rapporto di assoluta indipendenza: quello oggettivo-sussidiario interviene soltanto se viene meno quello soggettivo-principale. In relazione ai contratti oggetto dell'art. 5, questo dualismo classico della norma di conflitto è solo apparentemente mantenuto. In realtà, il criterio soggettivo della volontà delle parti è sussidiario rispetto a quello oggettivo della residenza abituale del consumatore, giacché quest'ultimo costituisce la condizione di applicazione del primo. Ma la particolarità dell'art. 5 sta proprio nel tipo di rapporto instaurato tra i due criteri di collegamento. In effetti, i due criteri non si pongono come alternativi l'uno all'altro, bensì in rapporto di stretta interdipendenza: "l'application du rattachement subsidiaire est subordonnée à la comparaison des règles matérielles de la loi élue avec celles de la loi objectivement applicable, et est effective au cas où les dispositions de celle-là sont plus favorable à la partie faible que les dispositions de celle-ci"³⁸². Secondo coloro che vedono nella norma in esame una clausola bilaterale di applicazione delle *lois de police* della legge di residenza abituale del consumatore, essa non potrebbe essere una vera norma di conflitto poiché fa dipendere l'applicazione delle leggi in presenza dal loro contenuto materiale.³⁸³ L'affermazione è alquanto discutibile. Essa sembra, in effetti, presupporre il c.d. dogma della neutralità della

³⁸² POMMIER, *Principe d'autonomie*, cit., 171, che conia al riguardo la definizione di "*dualisme protecteur*" della norma, in opposizione al "*dualisme classique*" degli artt. 3 e 4 della convenzione. Il criterio oggettivo opera imperativamente in funzione protettiva del consumatore, "en établissant le plancher protecteur audessous duquel les contractants ne peuvent pas convenir" (*ibidem*, p. 172). Cfr. PATOCCHI, *Règles de rattachement localisatrices*, cit., pp. 134-5 e 146-7; LECLERC, *La protection de la partie faible*, cit., p. 532.

³⁸³ Così MAYER, *Les lois de police étrangères* cit., p. 295 e *La protection de la partie faible* cit., p. 527.

norma di conflitto, la quale «ne cherche pas à privilégier l'une des solutions possibles du litiges» e «aucune considération relative à la justice du résultat ne vient influencer la désignation de l'une des lois par préférence aux autres».³⁸⁴ In realtà, la pratica del diritto ha già da tempo messo in evidenza l'esistenza, a fianco delle classiche norme di conflitto «neutre» (c.d. *règles de rattachement localisatrices*), che esauriscono il loro compito nell'individuazione del paese che presenta il collegamento più forte con la fattispecie che quindi può essere in esso «localizzata»³⁸⁵, di norme di conflitto c.d. materiali (c.d. *règles de rattachement à caractère substantiel*), le quali perseguono esse stesse una determinata politica di diritto sostanziale, improntando così la scelta tra le leggi in presenza anche su considerazioni relative al loro contenuto sostanziale.³⁸⁶

Stante questa premessa d'ordine sistematico e considerato che l'esigenza di conferire una «dimensione sociale» al diritto internazionale privato è stata particolarmente avvertita proprio nel campo della protezione del contraente debole, non può non vedersi nell'art. 5 par. 2 della convenzione di Roma un tipico esemplare di norma di conflitto a carattere sostanziale.³⁸⁷ Più nello specifico, poi, la dottrina discute se si tratta di una «norma di conflitto *alternativa*», che richiama contemporaneamente e sullo stesso piano le due leggi in presenza al fine di

³⁸⁴ MAYER, *Précis*, . Per una contestazione di questo dogma, si veda KASSIS, *Le nouveau droit européen des contrats*, cit., p. 205 ss.

³⁸⁵ Si parla al proposito di *justice conflictuelle* come concetto affatto distinto dalla giustizia di diritto sostanziale, alla quale —secondo questa concezione— le norme di conflitto bilaterali sono fondamentalmente estranee.

³⁸⁶ Sul «metodo materiale dei conflitti di leggi» alternativo al metodo tradizionale della localizzazione della fattispecie, si vedano in particolare il già citato PATOCCHI, *Règles de rattachement localisatrices et règles de rattachement à caractère substantiel*, Genève, 1985, nonché vari recenti scritti di PICONE, adesso raccolti nel volume *La riforma italiana del diritto internazionale privato*, Padova, 1998, dei quali cito in particolare: *la teoria generale del diritto internazionale privato nella legge italiana di riforma della materia*, in *Riv. dir. int.*, 1996, p. 289 ss.; *Le norme di conflitto alternative italiane in materia di filiazione*, in *Riv. dir. int.*, 1997, p. 277 ss. Al proposito, vale la pena riportare per esteso la definizione data dall'A., *Le norme di conflitto alternative* cit., p. 280, di questo metodo di soluzione del conflitto di leggi: «esso si traduce nella prospettiva per cui la scelta della legge applicabile viene *in partenza* effettuata sulla base di criteri o parametri di carattere *materiale*, e cioè idonei (o almeno potenzialmente favorevoli) a consentire il raggiungimento di un determinato effetto o risultato di carattere concreto, voluto evidentemente dal legislatore».

³⁸⁷ Espliciti in questo senso KASSIS, *Le nouveau droit européen des contrats* cit., p. 338 ss.; PATOCCHI, *Règles de rattachement localisatrices* cit., p. 149; POMMIER, *Principe d'autonomie* cit., p. 172 ss.; PICONE, *Le norme di conflitto alternative* cit., pp. 279 (nota 6) e 283. Più in generale, sul carattere non neutrale delle norme di conflitto protettive del consumatore, v. SAUVEPLANNE, *Consumer Protection* cit., pp. 102-3, e POCAR, *la protection de la partie faible* cit., p. 355 ss.

applicare quella che meglio tuteli il consumatore,³⁸⁸ o di una “norma di conflitto materiale *sussidiaria*”, caratterizzata da un criterio principale oggettivo e da uno sussidiario – la *loi d'autonomie* – che interviene a designare la legge applicabile subordinatamente al fatto che il primo garantisca meno la tutela del consumatore³⁸⁹. Non è questo il luogo per trattare approfonditamente la questione. Ciò che importa sottolineare è invece che proprio il mantenimento del *principe d'autonomie* conferisce carattere materiale alla norma di conflitto dell'art. 5 par. 2. E' perciò in questo senso che vanno intesi i limiti all'autonomia internazionalprivatistica delle parti. Essi non consistono tanto nella restrizione dell'ambito di applicazione della legge scelta dalle parti, quanto nell'attribuzione alla stessa di una precisa funzione: fornire al consumatore maggiore tutela rispetto alla legge del paese in cui risiede abitualmente³⁹⁰. Ciò non toglie, tuttavia, che il disposto dell'art. 5 par. 2 ha un ambito applicativo in un certo senso ristretto, avendo la *lex voluntatis* piena competenza per quanto concerne la disciplina suppletiva³⁹¹.

8. *L'applicazione della legge del paese di residenza abituale del consumatore in mancanza di scelta della legge applicabile (art. 5 par. 3).*

In base al principio generale dettato dall'art. 4 par. 1 della convenzione, «nella misura in cui la legge che regola il contratto non sia stata scelta a norma dell'articolo 3, il contratto è regolato dalla legge del paese con il quale presenta il collegamento più stretto». Questo criterio flessibile è subito meglio precisato dalla «presunzione» del par. 2 a favore del paese in cui la parte debitrice della prestazione caratteristica ha, al momento della conclusione del contratto, la residenza abituale

³⁸⁸ Così KASSIS, *Le nouveau droit européen des contrats* cit., p. 337.

³⁸⁹ PICONE, *La teoria generale del diritto internazionale privato* cit., p. 301, e *Le norme di conflitto alternative* cit., p. 281.

³⁹⁰ V. in particolare PATOCCHI, *Règles de rattachement localisatrices* cit., p. 149 ss.

³⁹¹ V. PICONE, *Le norme di conflitto alternative* cit., 283; KASSIS, *Le nouveau droit européen des contrats* cit., p. 310. Non è difficile vedere qui una manifestazione del c.d. *dépeçage* o del «frazionamento» del contratto, principio generale che costituisce una delle novità più importanti della convenzione di Roma.

ovvero, per le persone giuridiche, l'amministrazione centrale.³⁹² Questa presunzione viene meno, tuttavia, «quando dal complesso delle circostanze risulta che il contratto presenta un collegamento più stretto con un altro paese».³⁹³

Per i contratti conclusi da consumatori, invece, l'art. 5 par. 3 della convenzione di Roma sancisce che la legge applicabile in mancanza di scelta è quella del paese nel quale il consumatore ha la sua residenza abituale, «semprechè ricorrano le condizioni enunciate al paragrafo 2 del presente articolo». È opinione comune che il criterio di collegamento oggettivo posto dalla norma, ribaltando quello generale dell'art. 4, persegua uno scopo di tutela della parte debole. Poiché, infatti, la prestazione caratteristica è di regola quella fornita dall'operatore commerciale, l'applicazione della norma di conflitto posta dall'art. 4 ai contratti con i consumatori comporterebbe di fatto la sottoposizione del contratto alla legge del contraente forte. Il criterio della prestazione caratteristica si rivela perciò certamente inadeguato ad assicurare la protezione del consumatore, se non addirittura volto a

³⁹² Se il contratto è concluso nell'esercizio dell'attività economica o professionale del prestatore caratteristico, si presume applicabile la legge del paese dove è situata la sede principale di detta attività oppure, se a norma del contratto la prestazione dev'essere fornita da una sede diversa dalla sede principale, quello dove è situata questa diversa sede (art. 4 par.2, *in fine*). In relazione ai contratti relativi a diritti reali o a diritti di utilizzazione di beni immobili, inoltre, il già menzionato par. 3 pone una presunzione a favore della *lex rei sitae*.

³⁹³ Il rapporto tra clausola generale del par. 1, prestazione caratteristica e c.d. clausola d'eccezione del par. 5 è, come noto, oggetto di vivo dibattito dottrinale. Riassumendo brevemente, secondo una prima opinione (difesa *inter alia* da BATIFFOL, *Projet de Convention C.E.E. sur la loi applicable aux obligations contractuelles*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 1975, p. 184; ID., *Remarques sur l'opposition des directives aux règles en droit international privé*, in *Studi in memoria di M. Giuliano*, Padova, 1989, p. 33 ss.; KAYE, *The New Private International Law*, cit., p. 177 ss., spec. p. 186 ss.), la regola della prestazione caratteristica sarebbe una «presunzione» a tutti gli effetti, salvo prova contraria fornita dalla parte interessata (*rebuttable presumption*). Una seconda tesi che gode di forte credito (v. soprattutto LAGARDE, *Le nouveau droit international privé* cit., p. 306 ss.; nella dottrina italiana, *inter alia* BALLARINO, *La convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali entra in vigore*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1991, I, p. 652 ss.; BONOMI, *Il nuovo diritto internazionale privato* cit., p. 58 ss., in part. p. 66) individua all'interno dell'art. 4 due disposizioni: una va individuata nella presunzione, applicabile *prima facie*; l'altra nel criterio del collegamento più stretto, cui si dovrebbe ricorrere solo in via d'eccezione ai sensi del par. 5. Un'ultima opinione ritiene che la legge applicabile debba essere sempre determinata alla luce del «complesso delle circostanze» di collegamento inerenti alla vicenda contrattuale. Gli indici di collegamento stabiliti dai paragrafi 2-4 sarebbero, infatti, «mere indicazioni prive di rilevanza giuridica» e non, invece, «concretizzazioni» del collegamento più stretto: BARATTA, *Il collegamento più stretto nel diritto internazionale privato dei contratti*, Milano, 1991, p. 177 ss. In argomento v. anche FRIGO, *La determinazione della legge applicabile in mancanza di scelta da parte dei contraenti e le norme imperative della convenzione di Roma*, in SACERDOTI, FRIGO (a cura di), *La convenzione di Roma* cit., p. 23 ss.; VILLANI, *La convenzione di Roma* cit., p. 97 ss., spec. p. 100 ss.

perseguire lo scopo opposto di favorire la parte forte.³⁹⁴ Per converso, il consumatore sarebbe meglio protetto dalla legge del paese in cui egli abitualmente risiede (il suo *Umweltrecht*, la *loi de son environnement social*), «soit parce qu'il s'agit de la loi du lieu où elle [la partie faible] vit, soit surtout parce qu'elle est habituée à l'utiliser et peut donc prévoir les conséquences favorables ou négatives de son application: elle ne peut pas se trouver devant la surprise d'une loi qui lui est inconnue».³⁹⁵

L'asserzione deve essere intesa nella sua corretta portata. Ritenere che la legge dell'ambiente sociale del consumatore sia la più protettrice sarebbe assurdo, soprattutto in ragione della formulazione bilaterale dell'art. 5, idonea ad individuare in concreto la legge di qualsiasi Stato.³⁹⁶ Tuttavia, tale legge è certamente quella con la quale il consumatore ha maggiore familiarità in quanto regola la maggior parte dei contratti da lui conclusi: «le consommateur peut difficilement se plaindre si dans un contrat international il bénéficie de la même protection que dans un contrat local».³⁹⁷ In questo senso, permettere al consumatore di poter fare in ogni

³⁹⁴ Per JESSURUN D'OLIVEIRA, *Characteristic Obligation in the Draft EEC Obligation Convention*, in *American journal comp. law*, 1977, p. 327, «the theory thus reveals itself as a functional and loyal handmaiden of capitalistic society in which the weaker party -consumers, employees, those needing insurance, those seeking specialized help, etc.- gets the wrong end of the stick». Nello stesso senso, GIARDINA, *Volontà delle parti, prestazione caratteristica e collegamento più significativo*, in TREVES (a cura di), *Verso una disciplina comunitaria* cit., p. 17 ss.; JUENGER, *The EEC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations: an American Assessment*, in NORTH (ed.), *Contract Conflicts*, Amsterdam, 1982, p. 301 ss. Sul fondamento della dottrina della prestazione caratteristica, v. POCAR, *La protection de la partie faible* cit., p. 388 ss.; VILLANI, *La convenzione di Roma* cit., p. 93 ss.

³⁹⁵ POCAR, *La protection de la partie faible* cit., p. 392. Cfr. BARATTA, *La convenzione di Roma* cit., p. 1393; BOSCHIERO, *Appunti sulla riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, Torino, 1996, p. 71 ss.; NORMAND, BALATE, *Relations transfrontalières et consommation* cit., p. 314; RUSCELLO, commento all'art. 5, in BIANCA C.M., GIARDINA (a cura di), *Convenzione sulla legge applicabile* in cit., p. 975; BORGIOI, *La convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, in *Giur. comm.*, 1983, I, p. 167. V. inoltre le posizioni dottrinali che hanno influito sull'elaborazione del testo convenzionale: VISCHER, *The Antagonism between Legal Security and the Search for Justice in the Field of Contracts*, in *Recueil des cours*, t. 142, 1974, II, p. 60 ss.; LANDO, *Contracts*, in *International Encyclopedia of Comparative Law*, III, 24, n° 250; VON OVERBECK, *Les questions générales du droit international privé à la lumière des codifications et projets récents (Cours général de droit international privé)*, in *Recueil des cours*, t. 176, 1982, III, p. 75 ss.

³⁹⁶ Ancora POCAR, *La protection de la partie faible* cit., p. 393: «En effet, l'idée que la loi de la sphère juridique de la partie faible est la plus protectrice constitue une pétition de principe qui est loin d'être démontrée et ne répond pas nécessairement à la réalité des choses».

³⁹⁷ IMHOFF-SCHEIER, *Protection du consommateur* cit., p. 198. Cfr. BONOMI, *Il nuovo diritto internazionale privato* cit., p. 84: «L'art. 5 non vuole, infatti, favorire il consumatore sempre e

caso affidamento sulla legge da lui meglio conosciuta ha senz'altro una valenza protettiva. Ciò non esclude però che alla base della norma vi sia una ragione di prossimità. Da questo punto di vista deve essere considerato anche il fatto che tale norma - unico caso in tutto il sistema della convenzione di Roma - prevede un criterio di collegamento rigido ed esclusivo, senza ammettere in alcun modo la possibilità di applicare un'altra legge collegata alla fattispecie e, magari, effettivamente più protettiva.³⁹⁸

E' proprio sulla rigidità del criterio, più che sul favore per la legge della residenza abituale del consumatore, che s'incentrano le critiche dei fautori del *better law approach*. E' invero impossibile che un criterio di collegamento astratto, qualunque esso sia (la residenza del consumatore o della controparte, la loro cittadinanza, il luogo di conclusione del contratto, ecc.), possa essere atto ad individuare la legge in concreto più protettiva del consumatore. Proprio l'astrattezza del criterio della norma bilaterale di conflitto impedisce che essa possa perseguire il raggiungimento di un risultato materiale in maniera analoga a quanto riscontrato in relazione al par. 2 della norma.³⁹⁹ Ne è prova il fatto che tutte le norme di conflitto a carattere sostanziale, ovvero quelle che comprendono tra i criteri di scelta della legge applicabile anche la soddisfazione di una determinata esigenza di carattere

comunque, ma si accontenta di garantirgli l'applicazione della legge con cui egli ha maggiore familiarità e sui cui *standards* protettivi egli fa legittimo affidamento».

³⁹⁸ A parte il par. 5 dell'art. 4, norma come sappiamo generale, anche l'altra norma della convenzione volta a tutelare un contraente tipicamente debole, il lavoratore subordinato, contiene una clausola di eccezione. L'art. 6, par. 2, infatti, stabilisce che ove risulti dal complesso delle circostanze che il contratto di lavoro presenta un collegamento più stretto con un paese diverso da quelli presuntivamente indicati nella norma, sarà proprio la legge di tale paese a trovare applicazione.

³⁹⁹ Cfr. POCAR, *La protection de la partie faible* cit., p. 395: «la conclusion qui semble s'imposer est qu'il n'existe aucun rattachement qui se révèle tout à fait satisfaisant sous l'angle de la protection de la partie faible». D'altro lato, però, s'insinua il dubbio che la norma in esame persegua, in realtà, uno scopo «politico» più che di giustizia sostanziale, nel senso che si vogliono favorire i consumatori residenti in Stati ove esista un'efficace legislazione protettiva (i consumatori europei *in primis*): «si l'on considère que la convention communautaire est destinée à remplacer, dans son domaine d'application, les règles nationales de conflit des Etats contractants (cfr. art. 2) et si on tient compte que la plupart des législations européennes assurent plus de protection au consommateur que les législations d'autres continents (sauf l'Amérique du Nord), il s'ensuit que le rattachement rigide à la sphère juridique du consommateur prévu par l'article 5 de la convention amènera, dans la plupart des contrats conclus avec des consommateurs résidant dans les continents extra-européens, à l'application de la loi moins favorable pour les consommateurs» (*Ibidem*, nota 102 a p. 415). Questa posizione di critica è stata ribadita dall'A. in *La legge applicabile ai contratti conclusi con i consumatori*, in VACCÀ (a cura di), *Consumatori, contratti, conflittualità. Diritti individuali, interessi diffusi, mezzi di tutela*, Milano 2000, p. 158 ss.

materiale;⁴⁰⁰ prevedono una pluralità di collegamenti tra i quali l'interprete è chiamato a scegliere secondo un criterio di preferenza.⁴⁰¹ Solo in questa maniera è invero possibile perseguire un fine di giustizia sostanziale attraverso il meccanismo, di per se neutro, delle norme di conflitto.

Sembra dunque più logico concludere che l'art. 5, par. 3 non è una norma di conflitto a carattere sostanziale, nel senso che collegando in maniera esclusiva i contratti oggetto dell'art. 5 alla legge del paese di residenza abituale del consumatore non si intenda dare la preferenza alla legge, tra quelle che presentino un legame con la fattispecie, più protettiva del consumatore. In questo senso deve essere opportunamente collocata l'opinione secondo cui, derogando all'art. 4, l'art. 5 rappresenterebbe altresì una deroga al principio del collegamento più stretto. In effetti, non è il principio stesso ad essere messo in discussione, bensì la presunzione per cui il contratto sarebbe più strettamente collegato con il paese di residenza abituale del debitore della prestazione caratteristica (art. 4, par. 2).⁴⁰² In altri termini, ove ricorrano le strette condizioni di localizzazione delle quali al par. 2 dell'art. 5, si potrebbe anche affermare la legge che presenta il più stretto collegamento con il contratto di consumo è quella del paese di residenza abituale del consumatore.⁴⁰³

⁴⁰⁰ Una descrizione e classificazione di questo tipo di norme si può trovare negli scritti di PICONE citati *supra* alla nota 101.

⁴⁰¹ La stessa regola del par. 2 dell'art. 5 ne è, come abbiamo visto, un esempio: due sono i fattori di collegamento, quello soggettivo della volontà delle parti e quello oggettivo della residenza abituale del consumatore, fra i quali l'interprete sceglie sulla scorta di un criterio di protezione (*the most favorable law*). Per un esempio estraneo alla materia contrattuale, cfr. art. 35 della legge 31 maggio 1995, n. 218, di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato: per determinare quale legge debba regolare le condizioni di riconoscimento di un figlio naturale l'interprete è chiamato a scegliere, secondo il criterio della *most favorable law*, tra due criteri di collegamento (la legge nazionale del figlio e quella del soggetto che vuole fare il riconoscimento).

⁴⁰² Così anche VILLANI, *L'azione comunitaria in materia di diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. eur.*, 1981, p. 373 ss., a p. 408.

⁴⁰³ Lo afferma esplicitamente TREVES, *Un nuovo labirinto normativo in tema di legge applicabile alla vendita: le vendite ai consumatori*, in *Collisio legum. Studi di diritto internazionale privato per Gerardo Broggin*, Milano, 1997, p. 561 ss., nt. 21, p. 571: «una lettura sistematica della convenzione di Roma porta a ritenere che la regola generale in materia di legge applicabile in mancanza di scelta è data dal criterio del «collegamento più stretto» (art. 4, primo paragrafo). Le disposizioni di cui all'art. 4, par. 2, 3, 4 ed anche dell'art. 5, par. 3, e dell'art. 6, par. 2, danno luogo a presunzioni relative a quale sia il collegamento più stretto in determinate circostanze o per contratti relativi a determinate materie. Ne segue che ci pare legittimo ritenere che il concetto di collegamento più stretto abbracci non solo la norma generale (e residuale) ma anche le norme specifiche delle disposizioni citate sopra, indipendentemente dall'uso, che si riscontra nell'art. 6 e

Nel derogare a tale norma, l'art. 5 vorrebbe appunto proteggere il consumatore: «le principe de protection se substitue entièrement au principe de proximité».⁴⁰⁴

Certo la disposizione è anomala, come si è visto, rispetto al disegno generale della convenzione. La legge regolatrice del contratto è invero indicata in modo rigido, senza permettere all'interprete di desumere dal complesso delle circostanze un più stretto collegamento con un altro paese. Va tuttavia considerato, da un lato, che le condizioni di cui al par. 2 sono sufficientemente precise da rendere quantomeno assai difficoltoso individuare un'altra legge che dal complesso delle circostanze possa risultare più strettamente collegata e, dall'altro, che un'eventuale «clausola di eccezione» (come quelle dell'art. 4, par. 5, o dell'art. 6, par. 2, lett. b) non potrebbe assolutamente «représenter la soupape pour appliquer une loi plus protectrice de la partie faible»,⁴⁰⁵ proprio in quanto l'eccezione è volta a salvaguardare il principio di prossimità e non quello di protezione.⁴⁰⁶

Se si ricorda, dunque, che la fattispecie del contratto di consumo oggetto dell'art. 5 corrisponde alla tipica fattispecie della prestazione di servizi attiva (di un contratto cioè che s'inserisce profondamente nella sfera sociale -il paese di residenza abituale- del consumatore, definito appunto «passivo»),⁴⁰⁷ si trova un'ulteriore conferma della tesi qui sostenuta secondo cui alla radice della norma in

non nell'art. 5, della espressione "collegamento più stretto". Cfr. PATOCCHI, *Règles de rattachement* cit., pp. 147-8; BONOMI, *Il nuovo diritto internazionale privato* cit., p. 85; SAUVEPLANNE, *Consumer Protection* cit., p. 109 ss.; FALLON, *Les conflits de lois et de juridictions* cit., p. 222; VAN HUFFEL, *Protection du consommateur* cit., p. 443. In questa logica si spiega anche l'esclusione dei contratti di fornitura di servizi esclusivamente in un paese diverso da quello di residenza (art. 5 par. 4, lett. b): cfr. *Relazione Giuliano-Lagarde*, p. 23, e ancora SAUVEPLANNE, *Consumer Protection* cit., p. 111.

⁴⁰⁴ KASSIS, *Le nouveau droit européen* cit., p. 335. "La lecture de cet article -écrit l'A.- montre qu'il apporte, en matière de contrats conclus par les consommateurs, deux dérogations capitales au régime générale du droit applicable au contrat international, tel qu'il est défini aux articles 3 et 4 de la convention: ... -un abandon total de la règle générale de conflit de l'art. 4.2 et même du principe général qui l'inspire et lui sert de fondement, savoir le principe de proximité de l'art. 4.1, et leur remplacement par une règle de conflit spéciale, qui a un caractère substantiel, fondée sur un autre principe, la protection du consommateur, et qui n'est plus une règle-présomption mais une règle rigide. Le principe de protection se substitue entièrement au principe de proximité".

⁴⁰⁵ POCAR, *La protection de la partie faible* cit., p. 393.

⁴⁰⁶ Cfr. art. 6 par. 2, lett. b, della convenzione: «... a meno che non risulti dall'insieme delle circostanze che il contratto di lavoro presenta un collegamento più stretto con un altro paese». E da notare che l'art. 6 non prevede condizioni di applicazione che indichino un certo collegamento con un certo paese. Sul ruolo della clausola di eccezione nell'ambito dell'art. 6 della convenzione, v. in particolare PICONE, *Caratteri ed evoluzione del metodo tradizionale dei conflitti di leggi*, in *Riv. dir. int.*, 1998, p. 5 ss., a pp. 65-67.

⁴⁰⁷ V. *supra*, par. 2.

esame stia pur sempre il *principe de proximité*. Ne consegue quindi che l'art. 5, nella parte in cui prevede un criterio oggettivo di collegamento (par. 3), ha "natura localizzatrice" (*règle de rattachement localisatrice*) piuttosto che «protettrice» (*règle de rattachement à caractère substantiel*).⁴⁰⁸ L'unica ipotesi, tra quelle contemplate dal par. 2 dell'art. 5, in cui il contratto non sembrerebbe *prima facie* presentare il collegamento più stretto con il paese di residenza abituale del consumatore è quella della cosiddetta "*cross-border excursion-selling* (par. 2, terzo trattino). In questo caso, però, le ragioni dell'inclusione della fattispecie nell'art. 5 si rinvergono nel fatto che il consumatore non è volontariamente uscito dal proprio ambiente giuridico, ma solo a seguito di un atto della controparte volto a tale effetto.⁴⁰⁹

9. Considerazioni conclusive.

Sulla base delle valutazioni compiute ai paragrafi precedenti, si può adesso cercare di tracciare un quadro globale della regola speciale sui consumatori. Il dato fondamentale di questa è l'inversione che essa attua del rapporto fissato in via generale dalla convenzione tra criterio soggettivo e criterio oggettivo di collegamento. In base agli artt. 3 e 4, infatti, la ricerca della legge applicabile per il tramite di un criterio oggettivo è subordinata all'assenza di una scelta dei contraenti. All'autonomia della volontà spetta, quindi, il ruolo primario, mentre il principio di prossimità riveste solo una funzione residuale. Il gioco della norma di conflitto dell'art. 5 è diametralmente opposto. Anzitutto, viene individuata la legge che presenta il più stretto legame con il contratto concluso in una delle circostanze

⁴⁰⁸ Così PATOCCHI, *Règles de rattachement* cit., p. 147 s., secondo cui la natura localizzatrice della norma in oggetto emerge da un duplice profilo. Da un lato, secondo una valutazione puramente quantitativa dei punti di contatto che un contratto presenta con le leggi in presenza, il criterio accolto dall'art. 5 par. 3 conduce «à rendre applicable la loi de l'Etat avec lequel le contrat a les liens les plus nombreux». Dall'altro, secondo una valutazione qualitativa, questo criterio «se justifie en raison du champ d'application que les règles matérielles protectrices doivent avoir pour être efficaces. C'est donc un critère de rattachement qui s'efforce de tenir compte de la volonté d'application des règles protectrices de chaque ordre juridique, compte tenu du but qu'elles poursuivent».

⁴⁰⁹ Cfr. SAUVEPLANNE, *Consumer Protection* cit., p. 110, che ricorda come tutte le legislazioni nazionali contemplino tale ipotesi. Per LECLERC, *La protection de la partie faible* cit., p. 202, tale prassi (conosciuta anche come «prassi dei *Kaffeefahrten*») sarebbe un esempio di frode alla legge.

enunciate al par. 2, anche se con un criterio rigido quale quello della residenza abituale: tale legge diventa il punto di riferimento, anche in caso di *electio juris* (*loi de la protection minimale*). Nella determinazione di questo collegamento, è bene ribadirlo, la norma non ha carattere sostanziale, nel senso che l'obiettivo di protezione del consumatore è subordinato all'esigenza primaria di riferire il contratto alla legge cui più strettamente è collegato.⁴¹⁰

Solo in un momento successivo la norma prende in considerazione l'eventuale scelta di un'altra legge come applicabile al contratto, per statuire che essa è inefficace se comporta per il consumatore la perdita della tutela a lui garantita nell'ambiente sociale di appartenenza⁴¹¹. Sotto questo profilo, quindi, l'art. 5 merita la qualificazione di norma di conflitto a carattere sostanziale: l'autonomia della volontà assume così una funzione protettiva, poiché consente l'applicazione della *lex voluntatis* solo laddove offra un livello protettivo pari o superiore allo *standard* minimo assicurato dalla legge normalmente competente.

In conclusione, l'autonomia della volontà assume in diritto internazionale privato un ruolo analogo a quello attribuitole in diritto interno dalle norme (imperative) dirette a proteggere il contraente debole. Queste, infatti, diversamente dalle norme imperative comuni non s'impongono *sic et simpliciter* sulla difforme

⁴¹⁰ Scrive MAYER, *La protection de la partie faible* cit., p. 529: «de façon plus fondamentale, sur un plan théorique, l'idée même d'un maximum de protection paraît criticable. Toute politique a ses limites, et il n'est pas sûr que la loi la plus protectrice soit nécessairement la meilleure. Pourquoi, d'ailleurs, la partie faible liée par un contrat international serait-elle systématiquement mieux traitée que si elle avait conclu un contrat interne? La notion de protection maximale traduit une confusion entre les notions de "faveur" et de "protection"». Nello stesso senso SAUVEPLANNE, *Consumer Protection* cit., p. 106: «a rule aimed at giving the consumer the maximum possible protection would create the danger of disturbing the balance to the detriment of the supplier. The purpose of the consumer protection is not to make the consumer in all respects the stronger party, but to arm him against the supplier's preponderance and to maintain the balance between the two».

⁴¹¹ Come ho precedentemente ricordato, l'art. 5 par. 2 della convenzione trova la sua «matrice storica» in alcune soluzioni sperimentate dagli Stati europei che per primi intrapresero in Europa, nel corso degli anni settanta, la via della protezione del consumatore. Avendo adottato degli atti legislativi di un certo rilievo nella materia, questi Stati si preoccuparono di garantire l'elevato livello protettivo anche a contratti internazionali che presentassero un legame di una certa intensità con i loro ordinamenti. A tal risultato si provvide mediante norme di diritto internazionale privato dirette ad assicurare l'applicazione – o meglio a impedire l'elusione – della disciplina materiale nazionale. A questo tipo di norme devono senz'altro ascrivere sia la *section 27(2)* dell'*Unfair Contract Terms Act* inglese del 1977, sia il par. 12 dell'*AGB-Gesetz* tedesco. Deve osservarsi che questo tipo di norme, pur presentando tratti comuni con le norme di applicazione necessaria, se ne distingue per il fatto che interviene solo se la *lex causae* è meno protettiva. Da qui la definizione di *lois d'application minimale*.

volontà pattizia, ma vi si sostituiscono allorché essa miri ad eludere lo *standard* minimo di protezione da esse imposto⁴¹². Nel passaggio dall'inderogabilità assoluta delle norme imperative comuni a quella solo relativa (*in pejus*) delle norme protettive, queste ultime finiscono per acquisire una funzione negativa (escludere ogni deroga al minimo protettivo) piuttosto che positiva (imporre il dettato della norma, a prescindere dalla volontà delle parti).

L'analogia funzionale con il c.d. *ordre public social de protection*⁴¹³ (e precisamente alla sua peculiare funzione permissiva) costituisce un ulteriore argomento contro la tesi secondo cui la volontà delle parti si espleterebbe, nell'ambito dell'art. 5, solo nei più angusti spazi dell'autonomia di diritto privato, in quanto la legge scelta dalle parti sarebbe ridotta al rango di espressione della volontà contrattuale. Quest'interpretazione non convince affatto, come si è visto, allorché sostiene, diversamente da quanto sembra espressamente importare l'art. 5 par. 2 della convenzione, che non possano trovare applicazione le norme imperative della *lex voluntatis* che, sebbene più favorevoli al consumatore, siano state derogate dal contratto. In tale prospettiva, sembra certamente più consono allo spirito protettivo dell'art. 5 il riconoscimento per i contratti internazionali di consumo del *principe d'autonomie*, soprattutto se letto in chiave sostanziale come strumento per offrire al consumatore una tutela maggiore rispetto a quella dell'ordinamento di appartenenza.

D'altronde, il parallelismo con l'*ordre public social de protection* (inteso stavolta nella sua funzione proibitiva di accordi meno vantaggiosi per il contraente debole) può rafforzare altresì la critica alla dottrina secondo la quale l'art. 5 permetterebbe l'applicazione sistematica –per il tramite di un criterio uniforme

⁴¹² Al proposito, si riconosce a questo tipo di norme relativamente cogenti una doppia valenza: proibitiva, certamente, in quanto impediscono di andare sotto la soglia minima di protezione garantita dalla legge; ma anche permissiva, ammettendo comunque una certa autonomia delle parti.

⁴¹³ E' in Francia, dove l'argomento gode di particolare interesse, che si è coniato il termine di *ordre public social de protection*, costituito appunto da tutta la legislazione protezionistica che si limita ad assicurare alla parte proteggenda un minimo di garanzie inviolabili (*minimum social protecteur*) per distinguerlo dal tradizionale *ordre public économique de direction* (rappresentato da tutte quelle disposizioni assolutamente inderogabili perché riflettono le esigenze ritenute dal legislatore indispensabili per il buon funzionamento della società). V. LECLERC, *La protection de la partie faible* cit. p. 364 ss., con particolare riguardo all'estensione della nozione di *ordre public social* al di fuori del diritto del lavoro (p. 370).

formulato in modo bilaterale- delle norme di applicazione necessaria vigenti nell'ordinamento di residenza del consumatore. Come si è spiegato, infatti, la funzione negativa di evizione del diritto straniero pertiene più all'eccezione di ordine pubblico che alle norme di applicazione necessaria. Queste si prestano meglio, in realtà, a garantire il rispetto sul piano internazionale delle norme assolutamente cogenti, laddove le norme protettrici richiedono uno strumento più flessibile che conceda alla *lex causae* un certo margine applicativo.⁴¹⁴ Ecco perché la migliore spiegazione che possa essere data della regola dell'art. 5 è quella che vi vede una norma di conflitto a carattere sostanziale, che innesta la riserva dell'ordine pubblico nel meccanismo stesso della norma di conflitto.⁴¹⁵

⁴¹⁴ POCAR, *La protection de la partie faible* cit., p. 400 ss.; ID., *Norme di applicazione necessaria e conflitti di leggi* cit., p. 738 ss.; LECLERC, *La protection de la partie faible* cit., p. 373. Entrambi gli Autori affermano che la proiezione delle *lois impératives protectrices* sul piano internazionale si realizza attraverso il meccanismo delle *lois d'application minimale*, la cui applicazione non è immediata e necessaria, bensì condizionata al contenuto della *lex causae*. In questo loro modo di operare, tali norme presentano un'evidente somiglianza con l'eccezione di ordine pubblico internazionale. Per delle applicazioni giurisprudenziali in materia di rapporti di lavoro subordinato v.: nella giurisprudenza italiana, le sentenze della Cassazione, 6 settembre 1980 n. 5156 (in *Riv. dir. int. pr. proc.*, 1981, p. 923 ss.) e 9 novembre 1981 n. 5924 (in *Riv. dir. int. pr. proc.*, 1982, p. 619); nella giurisprudenza francese, le sentenze della Cour de cassation (Ch. soc.), 31 maggio 1972, 25 maggio 1977, 31 marzo 1978, 25 gennaio 1984 e 7 maggio 1987 (richiamate da LECLERC, *La protection de la partie faible* cit., p. 380 ss.). In materia di contratti di consumo, invece, v. *Trib. grande instance de Dunkerque*, 19 febbraio 1986, in *Rev. dr. int.*, 1986, p. 713.

⁴¹⁵ LECLERC, *La protection de la partie faible* cit., p. 391: L'art. 5, par. 2, non fa «qu'annoncer une règle de conflit à laquelle il juxtapose la réserve de l'ordre public. En d'autres termes, il associe en une même formule la règle et son correctif, alors qu'habituellement seule figure dans l'énoncé législatif ou jurisprudentiel la règle de conflit, l'exception d'ordre public étant sous-entendue en tant que correctif général à toutes les règles de conflit». L'A. è esplicito poi nell'affermare che quanto sopra detto non ha senso se non s'intende l'ordine pubblico internazionale, in materia di contratti con una parte più debole, in maniera estensiva, in modo da coincidere con l'*ordre public social de protection*. Nello stesso senso POCAR, *La protection de la partie faible* cit., p. 379.

CAPITOLO QUARTO

GLI EFFETTI DEI PRINCIPI DEL MERCATO INTERNO SULLA TRASFORMAZIONE DELLA CONVENZIONE DI ROMA IN STRUMENTO DI DIRITTO COMUNITARIO

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'incidenza dei principi del mercato interno sulle norme di diritto internazionale privato. – 3. (*segue*): il divieto di discriminazioni e i contratti conclusi dai consumatori. – 4. (*segue*): il principio del mutuo riconoscimento e l'art. 5 della convenzione di Roma. – 5. La cooperazione giudiziaria in materia civile nel quadro del titolo IV del trattato CE. – 6. Il Libro verde sulla «comunitarizzazione» della convenzione di Roma. – 7. L'esigenza di soluzioni compatibili con gli obiettivi del mercato interno. – 8. La revisione dell'art. 5 della convenzione di Roma.

1. Premessa.

A più di venti anni dall'apertura alla firma della convenzione di Roma, l'art. 5 sui contratti con i consumatori sembra mostrare i segni del tempo. Sotto diversi profili, l'attuale redazione della norma di conflitto, così come la logica ad essa sottostante, solleva perplessità che spingono verso una sua revisione. In termini generali, con riguardo all'ambito di applicazione, si osserva da più parti che la disposizione in vigore non è più idonea a garantire una congrua protezione del consumatore nei contratti internazionali. La nozione stessa di «contratti conclusi dai consumatori», innanzitutto, se poteva apparire sufficientemente ampia all'epoca in cui la convenzione è stata redatta, non appare adesso in grado di ricomprendere le sempre più ricche manifestazioni della prassi contrattuale per le quali sussiste

un'esigenza di tutela del contraente debole, soprattutto con riguardo alle transazioni aventi ad oggetto la prestazione di un complesso di servizi ai consumatori. In secondo luogo, i criteri di applicazione della norma appaiono eccessivamente rigidi, soprattutto a fronte del (potenziale) sviluppo del commercio elettronico (c.d. *business-to-consumer* o *B2C*).

In terzo luogo, l'art. 5 suscita serie perplessità soprattutto alla luce dei notevoli progressi che il processo di costruzione di un mercato unico comunitario ha conosciuto in epoca successiva alla redazione della convenzione di Roma. Innanzitutto, la Corte di giustizia con la giurisprudenza sulle misure restrittive c.d. indistintamente applicabili, la Corte di giustizia ha affermato il fondamentale principio c.d. del mutuo riconoscimento, consenta di gestire in modo più adeguato gli ostacoli alla libera circolazione derivanti dalle disparità tra i sistemi giuridici nazionali.⁴¹⁶ A questi sviluppi a livello di norme comunitarie primarie fa *pendant* l'importante azione di armonizzazione del diritto dei contratti con i consumatori. Come si è visto, essa persegue il duplice scopo di ridurre le restrizioni alla libertà delle imprese di sviluppare strategie commerciali a respiro comunitario, sì da rendere effettivo un mercato comunitario del commercio al consumo, e di creare le condizioni giuridiche necessarie a rafforzare la fiducia dei consumatori nei vantaggi che possono trarre dal commercio intracomunitario.⁴¹⁷

A questi decisivi passi in avanti sulla strada dell'integrazione dei mercati nazionali non può certo restare estraneo il diritto internazionale privato. Conviene perciò porsi la questione se la disciplina dei conflitti di leggi relativi alle transazioni di consumo intracomunitarie contenuta nella convenzione di Roma sia coerente con i principi del mercato unico. Più esattamente, la normativa convenzionale deve essere valutata dalle due diverse prospettive dei consumatori, da un lato, e delle imprese, dall'altro. Entrambe le categorie sono invero titolari, per i contratti che rientrano nell'ambito delle libertà di circolazione, di posizioni giuridiche soggettive

⁴¹⁶ V. capitolo primo, paragrafi 7 ss.

⁴¹⁷ Sul rapporto di stretta connessione tra l'azione di armonizzazione e il consolidamento del mercato interno, v. *supra* capitolo secondo, paragrafi 7 e 8.

direttamente tutelate dal diritto comunitario materiale, le quali possono sinteticamente ricondursi alla nozione di «diritto alla libera circolazione».⁴¹⁸

Ai consumatori dovrebbe essere innanzitutto garantito lo *standard* minimo di tutela accordata dalle direttive comunitarie; inoltre, anche in assenza di armonizzazione, la giurisprudenza comunitaria ha riconosciuto un diritto alla parità di trattamento nel caso in cui si rechino in un diverso Stato membro per acquistare beni o servizi. Per converso, alle imprese dovrebbe ⁴¹⁹ Le norme di conflitto presenti in talune direttive comunitarie di armonizzazione devono considerarsi come un tentativo mal riuscito del legislatore comunitario di porre rimedio al problema, nell'impossibilità di modificare direttamente il testo della convenzione. Il mancato conseguimento dello scopo perseguito deve attribuirsi in massima parte allo strumento utilizzato.

Dall'altro lato, l'art. 5 della convenzione appare poco coerente con la logica «ideale» del mercato interno nel quale le imprese stabilite in uno Stato membro devono poter fornire beni e servizi in tutto il territorio comunitario alle stesse condizioni in cui li offrono nel loro Stato d'origine. Secondo questa logica, lo Stato di destinazione di un bene o servizio non potrebbe la concreta portata nel quadro di un mercato comune fortemente integrato. Nella misura in cui impone di fare comunque riferimento alla legge dello Stato di residenza abituale del consumatore, allorché questi sia stato ivi sollecitato alla conclusione del contratto, l'art. 5 impedisce di fatto alle imprese comunitarie – nelle ipotesi di c.d. libera circolazione «attiva» - di operare in tutto il territorio comunitario nel rispetto di un'unica legge. Se questa soluzione poteva apparire giustificata all'epoca in cui la convenzione è stata elaborata, i successivi sviluppi della giurisprudenza comunitaria e soprattutto la forte azione armonizzatrice del diritto nazionale dei contratti con i consumatori spingono vivamente per un ripensamento di questo approccio.

⁴¹⁸ V. capitolo primo, par. 3.

⁴¹⁹ Come osserva giustamente CALLIESS, *Coherence and Consistency in European Consumer Contract Law: a Progress Report*, in *German Law Journal*, 2003, p. 347: «the Rome Convention follows a *national* and at the same time *universal* approach, but does not take into account the *supranational* dimension of the European contract law *acquis*, which was not yet existent in the late seventies».

Nella logica propria del c.d. «nuovo approccio» al mercato interno del Libro bianco del 1985, le restrizioni alle libertà di circolazione dovute alla disparità delle legislazioni nazionali, in luogo della completa unificazione, si provvede mediante un meccanismo di coordinamento dei diritti nazionali, al quale si associa il loro ravvicinamento per i soli aspetti ritenuti essenziali. Il principio del mutuo riconoscimento è il meccanismo di coordinamento al quale ha fatto ricorso la giurisprudenza della Corte di giustizia prima, Senza il neLa sola armonizzazione dovrebbe in effetti completarsi con il principio del mutuo riconoscimento. secondo questo approccio, infatti, l'instaurazione del mercato interno si realizza mediante il coordinamento , infatti, , ⁴²⁰ Nel silenzio delle direttive di armonizzazione, tale risultato dovrebbe essere assicurato dal diritto internazionale privato, il quale opera invece in senso opposto.

Il problema si inserisce nel vivo dibattito dottrinale intorno al complesso rapporto tra principi di libera circolazione e conflitti di leggi. Pur muovendo da prospettive diverse, si deve constatare che le opinioni espresse in dottrina pervengono sul punto specifico dei contratti con i consumatori a conclusioni in buona sostanza non molto distanti. Alcuni, infatti, riconoscendo che, secondo un approccio ideale al mercato interno, si dovrebbe consentire l'applicazione di un'unica legge, normalmente quella dello Stato d'origine, per l'insieme dei rapporti giuridici intracomunitari nei quali si concreta l'esercizio della libertà di circolazione delle imprese, ammettono che il principio di origine eserciti qualche influenza sul funzionamento delle norme di diritto internazionale privato. Essi ritengono tuttavia che l'applicazione della legge dello Stato di destinazione in forza dell'art. 5 della convenzione di Roma sia tendenzialmente compatibile con il diritto comunitario perché risponde in modo adeguato all'esigenza di tutela del consumatore.

Altri, invece, negano che si possa ricavare dalla giurisprudenza comunitaria relativa alle misure c.d. indistintamente applicabili un *favor* per l'applicazione ai rapporti giuridici intracomunitari della legge dello Stato d'origine (*Home country law*). Ritengono perciò che la norma di conflitto in sé considerata sia estranea ai divieti di restrizioni alla libera circolazione e che, quindi, solo le norme materiali

⁴²⁰ V. capitolo primo, par. 12.

designate dalle norme di conflitto possano eventualmente ostacolare l'esercizio delle libertà di circolazione.

Per cercare di fare chiarezza su un tema così difficile e complesso, non si deve sottovalutare che il dibattito dottrinale si è fin qui sviluppato con riferimento al rapporto tra il diritto comunitario materiale, da un lato, e il diritto internazionale privato nazionale, dall'altro: con riferimento, cioè, a norme di ordinamenti diversi, nell'ambito dei quali assolvono a funzioni e perseguono scopi diversi. È perciò evidente che, malgrado la preminenza del primo ordinamento giuridico sul secondo, la salvaguardia dell'effetto utile delle libertà di circolazione non può essere forzato fino al punto di sovvertire radicalmente il funzionamento delle norme di conflitto nazionali.

Resta tuttavia il fatto che, nella misura in cui permettono un coordinamento delle leggi in presenza, ripartendo la competenza legislativa in ordine a fattispecie con elementi di estraneità, le norme di diritto internazionale privato possono contribuire utilmente al raggiungimento degli obiettivi del mercato interno. Pertanto, se dalle norme comunitarie materiali non si può ricavare un obbligo per i legislatori nazionali contribuire alla realizzazione degli scopi del trattato.⁴²¹

Considerazioni diverse possono essere fatte nell'attuale contesto, alla luce della mutata prospettiva della cooperazione tra gli Stati membri nella materia civile. Com'è noto, infatti, il trattato di Amsterdam ha proceduto alla c.d. «comunitarizzazione» di una parte delle attività che rientravano in precedenza nel titolo VI del trattato sull'Unione europea, tra le quali in particolare la cooperazione giudiziaria in materia civile: esse sono state, cioè, sottratte al pilastro intergovernativo, per diventare parte integrante del trattato comunitario, cui è stato aggiunto un nuovo titolo IV. Ai sensi dei nuovi articoli 61 e 65 tr. CE, è stata così attribuita alla Comunità la competenza ad adottare «misure nel settore della

⁴²¹ Il merito di aver posto in rilievo questo aspetto va a BARIATTI, *Prime considerazioni sugli effetti dei principi generali e delle norme materiali del trattato CE sul diritto internazionale privato comunitario*, in corso di pubblicazione su *Riv. dir. int. pr. proc.*

cooperazione giudiziaria in materia civile che presenti implicazioni transfrontaliere», che includono in particolare «la promozione della compatibilità delle regole applicabili negli Stati membri ai conflitti di leggi e di competenza giurisdizionale».

È in questo ambito, dunque, che s'inserisce il Libro verde presentato dalla Commissione europea il 14 gennaio 2003, sulla trasformazione in strumento comunitario della convenzione di Roma e sul rinnovamento della medesima.⁴²² Il documento della Commissione individua diversi temi di riflessione che fa oggetto di questioni rivolte a tutte le parti interessate. Tra tali temi figurano in particolare i motivi di revisione dell'art. 5 della convenzione sopra brevemente illustrati. Pochissima attenzione è invece dedicata all'interrelazione tra il futuro strumento di diritto internazionale privato uniforme e i principi del mercato interno.⁴²³ Ora, è fuor di dubbio che l'adozione di uno strumento comunitario sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali qui espressamente considerata – e il diritto internazionale privato comunitario più in generale - trova fondamento giuridico nei citati articoli 61 e 65 tr. CE e si inserisce, quindi, nel più ampio progetto di creazione di uno spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia. Pare altrettanto indubbio, d'altronde, che questo nuovo obiettivo dell'Unione europea contribuisce, seppure indirettamente, anche al consolidamento del mercato interno.⁴²⁴ Non si può però escludere *a priori* una partecipazione più pregnante alla realizzazione dell'obiettivo del mercato interno.

In questo senso, può apparire riduttivo limitarsi a riconoscere che le norme comunitarie di diritto internazionale privato sono soggette, alla stessa stregua delle

⁴²² «Libro verde sulla trasformazione in strumento comunitario della convenzione di Roma del 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali e sul rinnovamento della medesima», COM(2002)654 fin.

⁴²³ Nelle considerazioni introduttive la Commissione si limita in effetti ad osservare brevemente che «il presente libro verde non si prefigge di esplorare il rapporto tra un eventuale strumento che riprendesse la convenzione di Roma e le norme del mercato interno. *Per la Commissione è però chiaro che uno strumento del genere dovrà lasciare inalterati i principi del mercato interno sanciti dal trattato o dagli strumenti di diritto comunitario*» (corsivo aggiunto).

⁴²⁴ V. punto 1.1. del Libro verde: «All'interno dell'Unione europea ... non si potrà parlare di un autentico mercato interno, che prevede la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali, finché non esisterà uno spazio comune di giustizia al cui interno ogni cittadino possa fare valere i propri diritti in un altro Stato membro non meno che in quello in cui risiede».

norme nazionali, alle norme relative alle libertà di circolazione. Si dovrebbe invece porsi seriamente la questione se nella scelta dei meccanismi di soluzione dei conflitti di leggi il legislatore comunitario non debba prendere in considerazione i principi e valori materiali dell'ordinamento comunitario. Il principio del mutuo riconoscimento potrebbe perciò acquistare un ruolo nuovo nell'elaborazione di una moderna norma di conflitto sui contratti conclusi dai consumatori.

Un'ultima annotazione a chiusura di questa lunga dissertazione preliminare. Dei diversi motivi che rendono opportuno un rinnovamento dell'art. 5 della convenzione di Roma, quelli attinenti al suo ambito di applicazione hanno valenza generale: essi valgono, infatti, in egual maniera per tutti i contratti conclusi dai consumatori che, per utilizzare i termini dell'art. 1 par. 1 della convenzione di Roma, «implicano un conflitto di leggi». Gli altri, invece, connessi al funzionamento del mercato interno, riguardano più specificamente le transazioni intracomunitarie o, più, esattamente, quelle che rientrano nell'ambito di applicazione delle norme comunitarie sul mercato interno.⁴²⁵ Pur condividendo l'opinione generale favorevole a conservare il carattere *erga omnes* della convenzione anche per lo strumento comunitario destinato a sostituirla, si ritiene che la necessità di tenere conto del secondo ordine di motivi in sede di elaborazione di questo strumento importa la previsione di due distinte soluzioni normative: l'una generale, l'altra specifica alle situazioni intracomunitarie.

2. L'incidenza dei principi del mercato interno sulle norme di diritto internazionale privato.

Già nei primi decenni del processo di integrazione europea parte della dottrina si poneva, in termini generali, la delicata questione dell'interferenza del diritto comunitario con il diritto internazionale privato degli Stati membri.⁴²⁶ Occorre

⁴²⁵ Per la definizione dell'ambito personale-spaziale di applicazione delle libertà di circolazione, v. *supra* capitolo primo, par. 6.

⁴²⁶ DROBNIG, *Conflicts of Laws and the European Communities*, in *Am. Journal Comp. Law*, 1966-67, p. 204 ss.; ID., *L'apport du droit communautaire au droit international privé*, in *Cahiers dr. eur.*, 1970, p. 526 ss.; MARAZZI, *Diritto internazionale privato e Comunità europee*, in *Dir. Econ.*, 1962,

tuttavia attendere un più deciso avanzamento del processo d'integrazione, e soprattutto gli sviluppi della giurisprudenza della Corte di giustizia relativa ai principi del mercato interno, perché l'attenzione della dottrina non solo cresca in modo considerevole, ma si soffermi più concretamente su alcuni temi specifici. Tra questi assume certamente rango prioritario quello dell'influenza che le libertà fondamentali di circolazione possano esercitare sui meccanismi di designazione della legge applicabile.⁴²⁷

Per comprendere esattamente i termini in cui si pone la questione, bisogna considerarne i presupposti. Anzitutto, il principio della *primauté* del diritto comunitario fa sì che le libertà di circolazione - nella misura, ovviamente, in cui

p. 791 ss.; MONACO, *Problemi di diritto internazionale privato nell'ordinamento delle Comunità europee*, in *Riv. Dir. Int.*, 1973, p. 205; SAULLE, *Diritto comunitario e diritto internazionale privato*, Napoli, 1983; SAVATIER, *Le marché commun au regard du droit international privé*, in *Revue critique*, 1959, p. 237 ss., spec. p. 250 ss. V. anche WENGLER, *Les conflits de lois et le principe d'égalité*, in *Revue critique*, 1963, pp. 203 ss. e 503 ss.

⁴²⁷ Dei numerosi contributi si ricordano, senza pretesa di esaustività: BASEDOW, *Das kollisionsrechtliche Gehalt der Produktfreiheiten im europäischen Binnenmarkt: favor offerentis*, in *Rechtszeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 1995, p. 1 ss.; CARBONE S.M., MUNARI, *Enforcement of the European Regime for Investment Services in the Member States and its Impact on National Conflict of Laws*, in *Dir. Un. Eur.*, 1997, p. 31 ss.; DUINTJER TEBBENS, *Les conflits de lois en matière de publicité déloyale à l'épreuve du droit communautaire*, in *Revue critique*, 1994, p. 451 ss.; FALLON, *Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré. L'expérience de la Communauté européenne*, in *Recueil des cours*, 1995, t. 253, p. 9 ss.; ID., *Variations sur le principe d'origine, entre droit communautaire et droit international privé*, in *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à F. Rigaux*, Bruxelles, 1993, p. 187 ss.; FALLON, VAN MEEUSEN, *Le commerce électronique, la directive 2000/31/CE et le droit international privé*, in *Revue critique*, 2002, p. 435 ss.; GANNAGE, *Le droit international privé à l'épreuve de la hiérarchie des normes (L'exemple du droit de la famille)*, in *Revue critique*, 2001, p. 18 ss.; KOHLER, *La Cour de Justice des Communautés européennes et le droit international privé*, in *Travaux Comité français dr. int. Pr.*, 1993-1994, p. 71 ss.; MUIR WATT, *Les principes généraux en droit international privé français*, in *Journal dr. int.*, 1997, p. 413 ss.; RADICATI DI BROZOLO, *L'ambito di applicazione della legge del paese di origine nella libera prestazione dei servizi bancari nella CEE*, in *Foro it.*, 1990, IV, 454 ss.; ID., *L'influence sur les conflits de lois des principes de droit communautaire en matière de liberté de circulation*, in *Revue critique*, 1993, p. 401 ss.; ID., *Libre circulation dans la CE et règles de conflit*, in LAGARDE, VON HOFFMANN (ed.), *L'europeanisation du droit international privé*, Publications de l'Académie de droit européen de Trèves, vol. 8, Bundesanzeiger, 1996, p. 87 ss.; RIGAU, *Droit international privé et droit communautaire*, in *L'internationalisation du droit. Mélanges en l'honneur de Y. Loussouarn*, 1994, p. 341 ss.; ROSSOLILLO, *Mutuo riconoscimento e tecniche costituzionali*, Padova, 2002; SAGGIO, *Diritto internazionale privato e diritto uniforme nel sistema comunitario*, in *La riforma del diritto internazionale privato*, p. 205 ss., spec. p. 214 ss.; SONNENBERGER, *Europarecht und Internationales Privatrecht*, in *Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft*, 1996, p. 3 ss.; VAN GERVEN, WOUTERS, *Free Movement of Financial Services and the European Contracts Convention*, in ANDENAS, KENYON-SLADE (eds.), *E.C. Financial Market Regulation and Company Law*, London, 1993, p. 43 ss.; WOUTERS, *Conflicts of Laws and the Single Market for Financial Services*, in *Maastricht Journal Eur. Comp. Law*, 1997, p. 161 ss. e 284 ss.; WILDERSPIN, LEWIS, *Les relations entre le droit communautaire et les règles de conflits de lois des Etats membres*, in *Revue critique*, 2002, p. 1 ss.

producono effetti diretti – prevalgano sugli ordinamenti giuridici nazionali, ivi comprese quindi le norme preposte alla soluzione dei conflitti di leggi nello spazio.⁴²⁸ Al primato del diritto comunitario non si sottrae certo la convenzione di Roma. Non può esservi dubbio, infatti, che l'art. 20 della stessa, sebbene faccia testualmente riferimento alle sole norme di conflitto contenute nel diritto derivato, debba interpretarsi nel senso che esso riconosce la prevalenza di qualsiasi norma dell'ordinamento giuridico comunitario.⁴²⁹

In secondo luogo, alla luce della definizione sostanziale e funzionale di restrizione accolta dalla giurisprudenza comunitaria, non si tiene in nessun conto - ai fini della sottoposizione delle norme nazionali al *test* di conformità con il regime della libera circolazione - né della natura o dell'oggetto delle norme nazionali, né del loro rango nella gerarchia delle fonti interne. Ciò che conta, invero, è soltanto se l'applicazione di tali norme possa o meno avere ripercussioni negative sugli scambi intracomunitari.⁴³⁰

In questa prospettiva si è del resto posta la stessa Corte di giustizia. Sebbene si riscontri in generale nella sua giurisprudenza una scarsa attenzione per gli aspetti internazionalprivatistici, non mancano invero casi nei quali essa ha dovuto valutare norme nazionali di diritto internazionale privato alla luce del regime comunitario degli scambi transfrontalieri.⁴³¹ Così, non soltanto per quanto concerne le norme bilaterali di conflitto, ma anche i meccanismi classici di evizione della legge

⁴²⁸ Sulla diretta applicabilità delle libertà di circolazione, v. capitolo primo, par. 3. Come si è osservato in tale sede, presupposto ulteriore è che le libertà fondamentali, pur ponendo obblighi soltanto in capo agli Stati membri (e alle istituzioni comunitarie) ma non ai singoli, possano egualmente essere fatte valere nelle controversie tra privati.

⁴²⁹ V. *supra* capitolo terzo, par. 1.

⁴³⁰ Sulla progressiva emersione nella giurisprudenza di un concetto funzionale di «restrizione», «ostacolo» o «intralcio» alla libera circolazione, v. capitolo primo, paragrafi 8 ss.

⁴³¹ Per quanto concerne le norme bilaterali di conflitto, si può fare l'esempio delle norme nazionali che si basano sul criterio della sede reale per designare la *lex societatis*. Cfr. sentenze 9 marzo 1999, in causa C-212/97, *Centros*, in *Raccolta*, 1999, p. I-1459 ss.; 5 novembre 2002, in causa C-208/00, *Überseering*; 30 settembre 2003, in causa C-167/01, *Inspire Art* non ancora pubblicate in *Raccolta*. Sul tema cfr. per la dottrina italiana: GESTRI, *Mutuo riconoscimento delle società comunitarie nazionali, norme di conflitto nazionali e frode alla legge: il caso Centros*, in *Riv. dir. int.*, 2000, p. 71 ss.; MUNARI, TERRILE, *The Centros Case and the Rise of an EC Market for Corporate Law*, in *Dir. un. eur.*, 2001, p. 1 ss., ma soprattutto BENEDETTELLI, *Libertà comunitarie di circolazione e diritto internazionale privato delle società*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2001, p. 597 ss. Per un esempio di disamina della conformità all'art. 49 tr. CE dell'eccezione di ordine pubblico prevista dal sistema nazionale di diritto internazionale privato, v. sentenza 24 ottobre 1978, in causa 15/78, *Koestler*, in *Raccolta*, p. 1971 ss. (concl. conformi dell'avv. gen. REISCHL).

applicabile, ossia l'eccezione di ordine pubblico e le norme di applicazione necessaria.⁴³² Riguardo in particolare a quest'ultima categoria, nella sentenza *Arblade* del 1999, a fronte di una espressa questione pregiudiziale sollevata sul punto dal giudice *a quo*, la Corte, dopo aver definito la nozione di «leggi di polizia e di sicurezza» (*lois de police* nel testo francese, da tradursi più correttamente con l'espressione «norme di applicazione necessaria»),⁴³³ ha giustamente statuito che l'appartenenza di una norma nazionale a tale categoria «non la sottrae all'osservanza delle disposizioni del Trattato, pena la violazione dei principi di preminenza e di applicazione uniforme del diritto comunitario». Ha quindi aggiunto che «le motivazioni che stanno alla base di tali normative nazionali potranno essere prese in considerazione dal diritto comunitario soltanto a titolo di eccezioni alle

⁴³² Si deve brevemente osservare che, dal punto di vista del rapporto con le norme sulla libera circolazione, la differenza tra l'ordine pubblico, come limite successivo al funzionamento della norma di conflitto, e il metodo delle norme di applicazione necessaria, tradizionalmente intese come limite preventivo all'applicazione della norma di collisione, non assume importanza decisiva. Invero, ciò che conta è il risultato finale raggiunto, comune ai due meccanismi: l'evizione della *lex causae*, da un lato, e l'applicazione della *lex fori*, dall'altro. Cfr. FALLON, *Les conflits de lois et de juridictions* cit., p. 249 ss., spec. p. 253. Con specifico riguardo alle norme di applicazione necessaria, oltre ai contributi generali citati a nota 1, si vedano BONOMI, *Le norme imperative nel diritto internazionale privato*, Zürich, 1998, p. 120 ss., spec. p. 127 ss., e NUYS, *L'application des lois de police dans l'espace*, in *Revue critique*, 1999, p. 245 ss.

⁴³³ Corte di giustizia, sentenza 23 novembre 1999, nelle cause riunite C-369/96 e C-376/96, *Arblade et Leloup*, in *Raccolta*, p. I-8453 ss., punto 30, e in *Revue critique*, 2000, p. 710 ss., con nota di FALLON, p. 728 ss.: «occorre intendere tale espressione come riferita alle norme nazionali la cui osservanza è stata reputata cruciale per la salvaguardia dell'organizzazione politica, sociale o economica dello Stato membro interessato, al punto da imporre il rispetto a chiunque si trovi nel territorio nazionale di tale Stato membro o a qualunque rapporto giuridico localizzato in tale territorio» (corsivo aggiunto). La nozione si fonderebbe così su due elementi cumulativi, strettamente connessi: il primo di ordine finalistico, relativo cioè allo scopo perseguito dalla norma; il secondo di ordine personale-spaziale, relativo cioè all'«autolimitazione» dell'ambito di applicazione di queste norme.

Mi sembra discutibile l'opinione, autorevolmente sostenuta in dottrina, secondo cui la Corte avrebbe così accolto una nozione autonoma di «norme di applicazione necessaria», valevole in particolare ai fini dell'interpretazione dell'art. 7 della convenzione di Roma. Si può infatti brevemente osservare, in primo luogo, che la Corte si limita a interpretare – peraltro, a mio avviso, solo *obiter dictum*, esorbitando dall'oggetto specifico della questione pregiudiziale - un concetto proprio del diritto nazionale, e non invece una norma comunitaria. Inoltre, la definizione data dalla Corte appare troppo vaga per avere una concreta portata precettiva. In particolare, è difficile credere che il secondo elemento della definizione, relativo ai criteri spaziali di applicazione - chiunque si trovi, ovvero qualunque rapporto giuridico si localizzi nel territorio nazionale - possa vietare agli Stati membri di definire l'ambito di applicazione necessaria delle proprie norme in modo differente, più esteso o più ristretto. Si può infine difficilmente ritenere che il primo elemento di tale definizione serva a indicare le condizioni alle quali l'interesse generale che presiede alle norme di applicazione necessaria sia ammesso dal diritto comunitario. Tra tali ragioni figura infatti la salvaguardia dell'organizzazione economica dello Stato membro interessato che, come abbiamo visto al capitolo primo, non è ammessa dal diritto comunitario come «ragione imperativa d'interesse generale».

libertà comunitarie espressamente previste dal Trattato e, se del caso, a titolo di ragioni imperative di interesse generale». ⁴³⁴

Fatte queste premesse, è opportuno valutare l'incidenza dei principi del mercato interno sulle norme di diritto internazionale privato in generale, e sull'art. 5 della convenzione di Roma in particolare, secondo lo stesso ordine di distinzione adottato, in termini generali, nel primo capitolo: il divieto di discriminazioni in base alla cittadinanza, da un lato; il divieto delle misure restrittive c.d. indistintamente applicabili, dall'altro.

3. (segue): il divieto di discriminazioni e i contratti conclusi dai consumatori.

Il principio generale di non discriminazione in base alla cittadinanza si oppone alle norme nazionali che comportano una differenza di trattamento in base alla cittadinanza o ad altro criterio di fatto equivalente (quale in particolare la residenza), a meno che non sia giustificata da considerazioni oggettive. ⁴³⁵ Si è posta pertanto in dottrina la questione se siano compatibili con il suddetto principio le norme di diritto internazionale privato nazionali basate sul criterio della cittadinanza.

A mio avviso, non sussistono fondati motivi per ritenere discriminatoria una norma di conflitto bilaterale che accoglie la cittadinanza come fattore di collegamento, come ad esempio l'art. 20 della legge 31 maggio 1995 n. 218 che sottopone la capacità giuridica delle persone fisiche alla loro legge nazionale. Allorché è formulata secondo un criterio di collegamento multilaterale, infatti, la norma di conflitto opera in modo neutro, mettendo sullo stesso piano le leggi in presenza: l'eventuale diverso trattamento di due persone, entrambe in ipotesi domiciliate in Italia ma aventi diversa cittadinanza, non è certo un effetto dell'art. 20 citato, bensì soltanto della disparità degli ordinamenti nazionali. D'altra parte, la

⁴³⁴ Punto 31 della sentenza citata. V. anche le sentenze 15 marzo 2001, in causa C-165/98, *Mazzoleni et ISA*, in *Raccolta*, p. I-2189 ss., e in *Revue critique*, 2001, p. 495 ss, con nota di PATAUT, p. 503 ss., in *Orientamenti giur. lav.*, 2001, nota di BANO, p. 10 ss.; 25 ottobre 2001, nelle cause riunite C-49/98, C-50/98, da C-52/98 a C-54/98 e da C-68/98 a C-71/98, *Finalarte e altri*, in *Raccolta*, p. I-7831 ss.; 24 gennaio 2002, in causa C-164/99, *Portugaia Construções*, in *Raccolta*, p. I-787 ss.

⁴³⁵ V. capitolo primo, par. 8.

differenza di trattamento che si viene a creare non costituisce una discriminazione giacché le due fattispecie a confronto non possono oggettivamente considerarsi simili.⁴³⁶

Per le stesse ragioni si deve escludere che l'art. 5 della convenzione di Roma abbia effetti discriminatori nei confronti dei consumatori in base alla residenza, in contrasto con il diritto comunitario. È vero, infatti, che in molti casi la Corte di giustizia considera il criterio della residenza come equipollente, di fatto, alla cittadinanza. E' altresì vero che nell'art. 5, in mancanza di scelta della legge applicabile, il riferimento alla legge della residenza abituale del consumatore è effettuato in modo rigido ed esclusivo di altre leggi, senza la possibilità per il giudice di apportarvi correttivi. Così, la posizione di due consumatori residenti in Stati diversi che contrattano con il medesimo professionista può essere di fatto diversa, in funzione del livello di protezione in concreto accordata loro dalla legge di residenza abituale.⁴³⁷ Tale differenza di trattamento, sebbene metta in luce il

⁴³⁶ Come afferma FALLON, *Les conflits de lois et de juridictions* cit., p. 123: «Le caractère discriminatoire d'une règle nationale ne se confond pas avec la différence de traitement qui peut résulter, pour un particulier, de l'application de lois d'Etats membres différents. Dans ce cas, la différenciation ne résulte pas du droit d'un Etat déterminé, mais de la seule situation de disparité entre législations nationales». La questione del carattere discriminatorio della cittadinanza quale criterio di collegamento ha invero interessato soprattutto la dottrina più risalente, anche in ragione della maggiore diffusione in passato di tale criterio, anche in materie coperte dal trattato CE: v. *inter alia* DROBNIG, *L'apport du droit communautaire* cit., p. 531 ss. Più di recente, la dottrina si interroga sui possibili effetti discriminatori di norme di conflitto che prevedono più criteri di collegamento, rimettendone la scelta a una delle parti. Così, ad esempio, gli articoli 62 e 63 della legge n. 218 del 1995, in materia di responsabilità per fatto illecito o per danno da prodotto. La discriminazione può infatti insorgere dal fatto che l'alternativa si pone a vantaggio del danneggiato solo per illeciti transfrontalieri, ossia di norma quando la controparte è straniera, ma non per gli illeciti interni. L'operatore economico straniero (autore dell'illecito) subisce dunque un trattamento discriminatorio rispetto al concorrente nazionale. Cfr. WILDERSPIN, LEWIS, *Les relations entre le droit communautaire* cit., p. 9 ss.; KOHLER, *La Cour de Justice des Communautés européennes* cit., p. 73 ss.

⁴³⁷ Secondo POCAR, *La legge applicabile ai contratti conclusi con i consumatori*, in VACCÀ (a cura di), *Consumatori, contratti, conflittualità. Diritti individuali, interessi diffusi, mezzi di tutela*, Milano 2000, p. 160 ss., la soluzione dell'art. 5 è solo apparentemente neutra e non discriminatoria. Essa opera in realtà «una abbastanza netta distinzione fra consumatori abitualmente residenti nella Comunità e consumatori residenti all'esterno, che ricevano forniture da operatori comunitari». Osserva l'A. che, mentre il consumatore comunitario potrà sempre fare affidamento su un certo grado di protezione minima, derivante dalla normativa comunitaria, il consumatore residente all'esterno non potrà contare che sull'applicazione della legge della sua residenza, il cui livello di protezione sarà del tutto normalmente inferiore a quello previsto dalla normativa comunitaria. La constatazione è certo veritiera e vale a sconfiggere la confusione che si è spesso tentati di fare tra legge della residenza abituale del consumatore e legge più idonea a venire incontro alle esigenze protettive dello stesso. In questo senso, l'interpretazione dell'illustre A. evidenzia le concrete ragioni

concreto significato della finalità protettiva della norma, non dipende tuttavia direttamente dall'art. 5, ma sembra invece la naturale conseguenza della disparità tra gli ordinamenti nazionali. D'altronde, la soluzione accolta si fonda su considerazioni oggettive, quale *in primis* il fatto che la legge di residenza è quella con cui il consumatore ha maggiore familiarità.

A diversa conclusione si deve invece pervenire con riguardo alle norme di applicazione necessaria. In materia di contratti conclusi dai consumatori, l'ambito di applicazione necessaria delle norme protettive si determina essenzialmente alla stregua del criterio della residenza abituale, eventualmente corredato da altri fattori idonei a indicare uno stretto legame con l'ordinamento di appartenenza.⁴³⁸ È ben possibile, perciò, che un consumatore residente in uno Stato membro che si rechi in un altro Stato membro per ivi acquistare beni o servizi, oltre a non poter fare affidamento sulla protezione della legge del suo paese di residenza in forza dell'art. 5 della convenzione di Roma, si veda altresì negata la protezione delle norme di applicazione necessaria dello Stato membro di destinazione.

Dal punto di vista della convenzione di Roma, tale soluzione è pienamente legittima. Non altrettanto, invece, dal punto di vista del diritto comunitario. Come si è visto, infatti, quella del consumatore comunitario attivo nel mercato interno è certamente la principale ipotesi considerata dalle norme di conflitto contenute in alcune direttive comunitarie di armonizzazione: il consumatore non potrebbe quindi essere privato della protezione garantitagli da tali direttive.⁴³⁹

Ma anche in assenza di armonizzazione il diritto comunitario primario ha un sicuro impatto sul problema della legge applicabile. Alla luce della giurisprudenza relativa alla libera prestazione dei servizi (segnatamente delle sentenze *Cowan* del 1989 e *Commissione c. Spagna* del 1994) la non applicazione delle norme di applicazione necessaria dello Stato membro di destinazione può ben essere

alla base della scelta di politica legislativa effettuata nella convenzione di Roma. Sul piano del diritto positivo, e in particolare del rapporto con il diritto comunitario, non sembra si possa inferire dagli argomenti sopra riportati motivo per ritenere l'art. 5 in contrasto con il principio comunitario di non discriminazione. A parte le considerazioni generali di cui nel testo, si deve soprattutto osservare che la differenza di trattamento del consumatore c.d. «passivo» residente in uno Stato terzo esula dall'ambito di applicazione del trattato (v. *supra* capitolo primo, par. 6 lett. a).

⁴³⁸ V. capitolo terzo, par.

⁴³⁹ V. capitolo terzo, par.

considerata discriminatoria verso i consumatori di altri Stati membri, in violazione della loro libertà di circolazione.⁴⁴⁰ A differenza che per la norma di conflitto bilaterale, in questo caso l'effetto discriminatorio discende in effetti direttamente dal meccanismo internazionalprivatistico: il criterio della residenza abituale del consumatore non opera qui in modo neutro, bensì delimita unilateralmente l'ambito spaziale delle norme di applicazione necessaria dello Stato di destinazione, escludendo e perciò discriminando i consumatori degli altri Stati.⁴⁴¹

Una soluzione soddisfacente può facilmente essere rinvenuta nel metodo dell'interpretazione della norma nazionale in senso conforme al diritto comunitario. Il requisito della residenza abituale del consumatore dovrà, infatti, essere inteso in riferimento non al solo territorio dello Stato membro interessato, ma all'intero territorio comunitario.⁴⁴²

4. (segue): il principio del mutuo riconoscimento e l'art. 5 della convenzione di Roma.

Ben più complessa e delicata si presenta l'interrelazione delle norme di diritto internazionale privato con il divieto di misure restrittive indistintamente applicabili, ed in particolare con il suo principale corollario: il principio di equivalenza o del mutuo riconoscimento. Di conseguenza, è proprio sul rilievo di tale principio nella soluzione dei conflitti di leggi intracomunitari che si fa più acceso il dibattito

⁴⁴⁰ Parafrasando la sentenza *Cowan*, punto 17, si potrebbe dire che *la tutela degli interessi economici del consumatore nello Stato di destinazione «costituisce, alla stessa stregua dei cittadini e dei soggetti che vi risiedono, il corollario della libertà di circolazione»*. D'altronde, nella sentenza *Commissione c. Spagna*, punto 5, la Corte ha precisato che tale libertà comporta non solo l'accesso alla prestazione di servizi (o alla fornitura di beni), ma altresì *tutte le agevolazioni concesse che incidono sulle condizioni di fruizione degli stessi*. Per l'analisi di questa giurisprudenza, v. capitolo primo, par. 8.

⁴⁴¹ Cfr. FALLON, *Variations sur le principe d'origine* cit., p. 217 s.

⁴⁴² Considerazioni analoghe sono svolte da NUYTS, *L'application des lois de police* cit., p. 251 ss., relativamente alle norme di applicazione necessaria dello Stato di destinazione che hanno per scopo la protezione dell'agente di commercio indipendente (o del *représentant de commerce salarié*). Nella misura in cui il loro ambito di applicazione spaziale si fonda sul criterio della residenza o della sede, infatti, esse potrebbero comportare una discriminazione indiretta nei confronti degli agenti commerciali stranieri che operino in tale Stato in regime di libera prestazione dei servizi. L'A. sembra tuttavia propendere per una giustificazione della diversità di trattamento in base al criterio della proporzionalità.

dottrinale, soprattutto a partire dagli anni novanta.⁴⁴³ Si ricorderà che per la Corte di giustizia un ostacolo alla libera circolazione può risultare anche dall'applicazione delle norme nazionali indistintamente applicabili di uno Stato membro a una fattispecie transfrontaliera – produzione/commercializzazione di un bene, prestazione di un servizio, ecc. – che sia già conforme alla normativa di un altro Stato membro; tali norme possono però essere compatibili con il diritto comunitario, qualora si accerti che perseguono un obiettivo d'interesse generale, che non sia già adeguatamente soddisfatto dalla legge dell'altro Stato membro, e che la loro applicazione sia in concreto necessaria e adeguata alla realizzazione dell'obiettivo perseguito.⁴⁴⁴

Secondo una prima tesi, l'affermazione del principio del mutuo riconoscimento nel diritto comunitario causerebbe un radicale sconvolgimento dei sistemi nazionali di diritto internazionale privato.⁴⁴⁵ Le norme sulla libera circolazione contengono una norma di conflitto «nascosta» o «dissimulata» («*versteckte Kollisionsregel*»), in base alla quale la legge applicabile alle situazioni intracomunitarie dovrebbe essere di regola la legge dello Stato membro d'origine («*Herkunftslandprinzip*»). L'applicazione della legge dello Stato di destinazione non deve essere preclusa, tuttavia, se detta una disciplina meno restrittiva della libertà d'iniziativa economica. Da qui, l'idea di sostituire il principio dello Stato d'origine con una norma di conflitto a carattere materiale che, tra la legge dello Stato d'origine e quella dello

⁴⁴³ L'idea che le norme del trattato comunitario esercitino una qualche influenza sui meccanismi di diritto internazionale privato si ritrova *in nuce* già nel pensiero di SAVATIER, *Le marché commun* cit., p. 252 ss. Partendo dalla constatazione che le nozioni economiche di merci, servizi e capitali contenute nel trattato sottintendono, nel linguaggio giuridico, i relativi diritti spettanti a un soggetto e, quindi, che «dire qu'une marchandise circule librement n'a aucun sens utile si cela ne signifie pas que les droits de celui qui la fait circuler seront reconnus, sans altération, dans le pays où elle accède», l'A. conclude che «la libre circulation des marchandises, des services et des capitaux inclut un appel inévitable à une règle favorable de conflit de lois, celle qui, dans les rapports internationaux, respectera, sur les marchandises, les services, les capitaux circulant de pays à pays, toute la plénitude des droits qui s'exerçaient initialement sur eux».

⁴⁴⁴ V. *amplius* capitolo primo, paragrafi 9 ss.

⁴⁴⁵ BASEDOW, *Das kollisionsrechtliche Gehalt* cit., recensito da LAGARDE, in *Revue critique*, 1996, p. 853 ss. Per una disamina di questa teoria v. anche WOUTERS, *Conflicts of Laws and the Single Market* cit., p. 284 ss.

Stato di destinazione, designi la più favorevole al fornitore di beni o al prestatore di servizi («*Günstigkeitsprinzip*», «*favor offerentis*»).⁴⁴⁶

Per un'altra parte della dottrina, il principio del mutuo riconoscimento viene in rilievo nel valutare la compatibilità delle norme di diritto internazionale privato con le libertà di circolazione.⁴⁴⁷ Prendendo in esame soprattutto l'attività di prestazione di servizi, in particolare quelli finanziari, in regime di libera prestazione transfrontaliera o di libertà di stabilimento, la dottrina in esame muove dalla premessa che per aversi una vera liberalizzazione degli scambi transfrontalieri si debba consentire agli operatori economici di fornire in tutti gli altri Stati membri lo «stesso» servizio offerto nello Stato in cui hanno la propria sede. A tal fine, oltre che per le norme pubblicistiche relative all'accesso e all'esercizio dell'attività, l'applicazione del principio del mutuo riconoscimento si renderebbe necessaria anche per le norme di diritto privato, o almeno per quelle da cui dipendono i caratteri e il contenuto stesso del servizio. In altri termini, restrizioni alla libera prestazione di servizi possono essere dovute alla diversità delle normative nazionali relative alle obbligazioni contrattuali, poiché spesso la prestazione di alcuni servizi non è altro che un contratto, che in quanto tale si caratterizza con riferimento a un ordinamento giuridico.⁴⁴⁸

Se, dunque, la normativa applicabile al contratto di prestazione di servizi può avere un'influenza determinante sulla possibilità di offrire il servizio, o sulle condizioni dello stesso, in mancanza di una completa armonizzazione della materia,

⁴⁴⁶ Come rileva WOUTERS, *Conflicts of Laws and the Single Market* cit., p. 285, secondo la tesi in parola il principio del *favor offerentis* non è tratto direttamente dal diritto comunitario, bensì da una lettura congiunta della giurisprudenza della Corte e dei sistemi nazionali di diritto internazionale privato. Il diritto comunitario, in altri termini, non impone la ricerca della legge più favorevole, ma non osta neppure a una norma di conflitto che permetta tale risultato. Nonostante questa precisazione, si deve rilevare che il mercato interno non comporta affatto il perseguimento in senso assoluto della libertà d'iniziativa economica, ma solo la soppressione degli ostacoli alla svolgimento di attività a carattere transnazionale: cfr. *supra* capitolo primo, par. 10.

⁴⁴⁷ RADICATI DI BROZOLO, *L'ambito di applicazione della legge del paese di origine* cit., 463 ss.; ID., *L'influence sur les conflits de lois* cit., p. 406 ss.; ID., *Libre circulation dan la CE* cit., p. 90 ss.; CARBONE S.M., MUNARI, *Enforcement of the European Regime for Investment Services* cit., p. 45 ss.; WOUTERS, *Conflicts of Laws and the Single Market* cit., p. 290 ss.; FALLON, *Les conflits de lois et de juridictions* cit., p. 134 ss.; VAN GERVEN, WOUTERS, *Free Movement of Financial Services* cit., p. 66 ss.

⁴⁴⁸ Così espressamente, con riguardo ai «prodotti» bancari, RADICATI DI BROZOLO, *L'ambito di applicazione della legge del paese di origine* cit., 464, nota 37. Sul punto v. *amplius* capitolo secondo, par. 8.

«seule l'application des règles du pays d'origine est en mesure de garantir la possibilité de fournir dans les autres Etats membres le "meme" service qui est commercialisé dans l'Etat d'origine».⁴⁴⁹ Ciò implica che le norme nazionali di diritto internazionale privato possono direttamente costituire un ostacolo alle libertà di circolazione, laddove designano come *lex causae* la legge di uno Stato diverso da quello di origine. Per converso, se la *lex causae* coincide con la legge d'origine, l'effetto restrittivo deriva dalle norme di applicazione necessaria o da principi di ordine pubblico di un diverso Stato.

La dottrina in commento, pur esprimendosi chiaramente a favore del principio dello Stato d'origine, nega apertamente che esso possa sovvertire i sistemi nazionali di diritto internazionale privato, i quali perseguono obiettivi estranei alla logica del mercato interno. Si devono invece utilizzare i giusti accorgimenti per interpretare e applicare le norme di conflitto in maniera conforme al diritto comunitario.⁴⁵⁰

In realtà, almeno per quanto concerne la legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, il sistema della convenzione di Roma sembra prestarsi volentieri a una «lettura comunitaria». Così, l'autonomia internazionalprivatistica (art. 3) consente di scegliere non solo la legge dello Stato d'origine, ma eventualmente anche una legge diversa, ritenuta più idonea a regolare la prestazione di servizi.⁴⁵¹ L'art. 4, a

⁴⁴⁹ RADICATI DI BROZOLO, *L'influence sur les conflits de lois* cit., p. 407. L'A. esprime tuttavia serie riserve a un'applicazione generalizzata del principio dello Stato d'origine, che corrisponderebbe a una «conception purement économique et idéale d'un marché interne portant aux conséquences extrêmes la philosophie de l'arrêt *Cassis de Dijon*». Non per tutti gli aspetti privatistici relativi a una prestazione transfrontaliera di servizi, infatti, l'applicazione di una legge diversa da quella di origine può ritenersi contraria al diritto comunitario, laddove non si incide sul *contenuto* della prestazione di servizi. In altri termini, «la libre circulation à l'intérieur de la Communauté ne présuppose pas qu'aux prestataires de services soient assurés partout des conditions identiques à celle dans lesquelles se déroule leur activité dans l'Etat d'origine». CARBONE S.M., MUNARI, *Enforcement of the European Regime for Investment Services* cit., p. 57 s.

⁴⁵⁰ WOUTERS, *Conflicts of Laws and the Single Market* cit., p. 290 ss., distingue da un lato una *legitimacy pressure*, «which is nothing else but the Community justification and proportionality test», e dall'altro un obbligo per i legislatori e le corti nazionali «to formulate, interpret and/or apply their private international law rules as far as possible in conformity with Community rules. Cfr. le conclusioni dell'avv. gen. REISCHL nella causa *Koestler*, punto III: «i giudici nazionali devono assumere, nell'applicazione del proprio diritto interno e del diritto internazionale privato del proprio Stato un atteggiamento "favorevole al Trattato"».

⁴⁵¹ RADICATI DI BROZOLO, *L'ambito di applicazione della legge del paese di origine* cit., 467; CARBONE S.M., MUNARI, *Enforcement of the European Regime for Investment Services* cit., p. 48 ss. L'autonomia della volontà può così permettere «d'échapper aux contraintes d'un ordre juridique étatique constitutives d'une entrave à la circulation»: FALLON, *Les conflits de lois et de juridictions* cit., p. 145.

sua volta, ponendo una presunzione del collegamento più stretto con la legge della sede principale del prestatore caratteristico di cui al par. 2, porta di fatto alla legge dello Stato d'origine. Qualche problema insorge invece con riguardo ai servizi resi in regime di libertà di stabilimento. Da un lato, si pone la questione se i contratti stipulati dalla sede secondaria straniera con clienti residenti nello Stato di accoglienza implichino un conflitto di leggi ai sensi dell'art. 1 par. 1 della convenzione, ma soprattutto se debbano essere considerati come contratti «puramente interni» a tale Stato ai sensi dell'art. 3 par. 3 della convenzione; in tal caso, infatti, la scelta di una legge diversa, segnatamente quella della sede principale, non potrebbe pregiudicare le disposizioni imperative della *Host country law*.⁴⁵² Dall'altro, l'art. 4 par. 2 sembra indicare tale legge come applicabile in mancanza di scelta.⁴⁵³ In tal caso, però, sembra sufficiente un'interpretazione in senso conforme al diritto comunitario.⁴⁵⁴

In relazione ai contratti con i consumatori oggetto dell'art. 5, il contrasto con il principio dello Stato d'origine pare palese. Ciononostante, la norma viene stimata conforme al diritto comunitario si pone invece in palese contraddizione con

Nonostante la coincidenza tra *lex contractus* e legge dello Stato d'origine, le norme materiali di un ordinamento diverso potrebbero pretendere di essere applicate a titolo di norme di applicazione necessaria o di principi di ordine pubblico. Si osserva in questo caso, tuttavia, una forte somiglianza con i limiti comunitari al mutuo riconoscimento. le norme materiali determinando può incontrare un limite nel. Dal punto di vista del diritto comunitario, i due meccanismi dall'applicazione di norme materiali di un altro Stato, a titolo di convenzione di Roma consente, in linea di massima,⁴⁵⁵

⁴⁵² Più esattamente bisognerebbe distinguere l'ipotesi di sede secondaria priva di personalità giuridica, come per le succursali e agenzie, dal caso delle filiali, che sono persone giuridiche di diritto locale: cfr. RADICATI DI BROZOLO, *L'influence sur les conflits de lois* cit., nota 28 a p. 411.

⁴⁵³ Il contratto concluso dal prestatore caratteristico nell'esercizio della sua attività economica o professionale si presume, infatti, più strettamente collegato con il paese della sede secondaria se la prestazione, a norma del contratto, deve essere fornita da quest'ultima.

⁴⁵⁴ CARBONE S.M., MUNARI, *Enforcement of the European Regime for Investment Services* cit., p. 54 ss. Cfr. RADICATI DI BROZOLO, *L'ambito di applicazione della legge del paese di origine* cit., 468.

⁴⁵⁵ Per RADICATI DI BROZOLO, *Libre circulation dan la CE* cit., p. 98, con riguardo agli aspetti sostanziali disciplinati dalla *lex causae*, il «filtro» attraverso il quale vagliare la conformità al diritto comunitario «est applicable principalement aux règles d'application immédiates et aux principes

L'opinion che sembra attualmente prevalere in dottrina ritiene che l'eventuale restrizione alle libertà di circolazione non discende dalla norma di diritto internazionale privato, ma dalle norme materiali da questa designata.⁴⁵⁶ Si osserva, infatti, che dall'analisi attenta della giurisprudenza comunitaria non emerge nessuna indicazione a favore dell'applicazione, in linea di principio, della legge del paese d'origine. La Corte rivolge principalmente la sua attenzione alle norme nazionali materiali, senza valutare il meccanismo di individuazione della legge applicabile.

I sistemi nazionali di diritto internazionale privato appaiono quindi del tutto neutrali rispetto alle norme comunitarie materiali sulla libera circolazione.

À cet égard, il convient brièvement mentionner la thèse doctrinale sur laquelle s'appuie l'art. 23 par. 1, troisième tiret de la proposition «Rome II», aussi que la position du Livre vert «Rome I». il s'agit d'une thèse qui a été défendue par la Commission dans sa communication interprétative sur la liberté de prestation de services et l'intérêt général dans la deuxième directive bancaire.⁴⁵⁷

Or, selon la thèse en discussion, les règles de droit international privé - à part l'hypothèse marginale qu'elles soient discriminatoires - ne sont pas susceptibles, en elles-mêmes, de restreindre à la libre circulation: «ce n'est pas, en principe, le

d'ordre public international qui empêchent la conclusion d'opérations qui légalées dans le pays d'origine, ou qui en modifient le contenu ou qui en affectent des caractéristiques et des conditions substantielles. Le filtre n'est en revanche pas applicable aux règles affectant la prestation de service de manière plus générale, notamment en ce qui concerne les conditions de commercialisation, sans toucher à son contenu» (corsivo aggiunto).

⁴⁵⁶ Voy. *inter alia* BENEDETTELLI, *Libertà comunitarie di circolazione e diritto internazionale privato delle società*; BONOMI, *Le norme imperative nel diritto internazionale privato*, Zurigo, 1998, p. 131 ss.; DUINTJER TEBBENS, *Les conflits de lois en matière de publicité déloyale à l'épreuve du droit communautaire*, *Revue critique*, 1994, p. 476 ss.; GOURIO, *Le nouveau cadre juridique du crédit aux particuliers en Europe* cité, p.; KOHLER, *La Cour de justice des Communautés européennes et le droit international privé*, in *Travaux du Comité français de droit international privé*, 1993-94, p. 75 s.; WILDERSPIN, LEWIS, *Les relations entre le droit communautaire et les règles de conflits de lois des Etats membre*, *Revue critique*, 2002, p. 1 ss.; WILDERSPIN, *Le droit international privé des contrats (autres que les contrats conclus par les consommateurs)*, *Rev. aff. eur.*, 2001-2002, p. 433. Cette opinion est aussi soutenue, mais quelque peu nuancée, d'un point de vue pratique, par VAN HUFFEL, *Protection du consommateur par le droit applicable - Obstacles et perspectives*, *Rev. aff. eur.*, 2001-2002, p. 447 s.; JACQUEMYNS, VAN HUFFEL, *L'impact de la directive commerce électronique sur la réglementation européenne des services financiers*, *Euredia*, 2001-2002, p. 65 ss.

⁴⁵⁷ Communication interprétative du 20 juin 1997, «Liberté de prestation de services et intérêt général dans la deuxième directive bancaire» (*J.O.C.E.*, C 209 du 10 juillet 1997). Voy. aussi la communication interprétative du 2 février 2000, «Liberté de prestation de services et intérêt général dans le secteur des assurances», (*J.O.C.E.*, C 43 du 16 février 2000).

mécanisme de désignation du droit applicable qui constitue une entrave mais *le résultat auquel il aboutit quant au droit matériel*»⁴⁵⁸. Ainsi, en excluant que la désignation d'une loi autre que celle du pays d'origine soit, en elle-même, une restriction, l'on affirme en revanche qu'un effet restrictif ne pourrait concrètement découler que de la loi applicable, en raison du contenu matériel de celle-ci.⁴⁵⁹

Par conséquent, il faut opérer le contrôle de compatibilité communautaire en aval du jeu de la règle de conflit, au moment de l'application des règles matérielles de la *lex causae*, ou de la mise en œuvre des mécanismes d'éviction de celles-ci, à savoir les lois de police du for et/ou l'exception de l'ordre public; par ailleurs, ce contrôle jouerait comme limite à leur application lorsqu'elles posent des contraintes injustifiées à la transaction transfrontière. En ce sens, donc, les principes de libre circulation pourraient s'approcher sous plusieurs profils au mécanisme traditionnel au droit international privé de l'exception d'ordre public. Tous les deux, en fait, sont des mécanismes d'éviction ou de correction de la loi applicable en raison de l'incompatibilité entre le résultat concret de l'application de celle-ci et les valeurs fondamentales dont ces principes sont porteurs; en outre, ils n'interviennent qu'au moment de l'application de la *lex causae*, et donc en aval (*a posteriori*) de la mise en œuvre de la règle de conflit.⁴⁶⁰

Sur cette reconstruction doctrinale se base donc le susmentionné art. 23 de la proposition «Rome II» lorsqu'il se réfère aux règles de droit communautaire qui «s'opposent à l'application d'une disposition ou des dispositions de la loi du for ou

⁴⁵⁸ Communication deuxième directive bancaire citée, italique ajouté.

⁴⁵⁹ L'on fait valoir que les règles de conflit désignent de manière abstraite et aveugle la loi applicable, sans que le contenu de celle-ci – et donc son effet restrictif sur les échanges – puisse être pris en considération à ce stade afin de choisir entre l'une ou l'autre des lois en présence.

Il faut donc en tirer la conséquence logique que, si les principes de libre circulation et les mécanismes de désignation de la loi applicable sont tout à fait indifférents les uns aux autres, les premiers ne peuvent poser aucune contrainte pour l'élaboration des secondes.

⁴⁶⁰ Selon BENEDETTELLI, *Libertà comunitaria di circolazione* cité, p. 600, la jurisprudence de la Cour de justice en matière d'entraves aux échanges «presuppose che la questione della legge applicabile alla fattispecie sia stata già affrontata e risolta dal giudice del foro in base al proprio sistema di conflitto, ed il diritto comunitario entra in gioco solo quale limite esterno all'applicazione della *lex causae*, a mo' di "ordine pubblico" (anche se di un ordine pubblico di tipo particolare che condiziona l'efficacia non solo del diritto straniero, ma anche del diritto interno)». Voy. aussi DUINTJER TEBBENS, *Les conflits de lois* cité, p. 478; WILDERSPIN, LEWIS, *Les relations entre le droit communautaire* cité, p. 23. Cf. FALLON, MEEUSEN, *Le commerce électronique, la directive 2000/31/CE et le droit international privé*, *Revue critique*, 2002, p. 487, qui remarquent les limites de cette analogie.

de la loi désignée par le présent règlement», ainsi qu'il résulte d'ailleurs de l'expression de «exception d'ordre public communautaire» utilisé dans l'exposé des motifs.

14. Les arguments ci-dessus avancés à l'appui de cette thèse ne semblent pas en mesure de rendre pleinement compte du mode d'agir des libertés fondamentales de circulation. En premier lieu, en fait, ils méconnaissent la logique sous-jacente à l'idée du marché intérieur, qui se développe dans un contexte de pluralisme juridique: pour que la multiplicité des systèmes juridiques coexistant au sein du marché communautaire n'entraîne pas un morcellement de ce marché, il faudrait qu'une transaction économique ne résulte pas plus difficile à réaliser du fait du franchissement des frontières.⁴⁶¹ A ce fin, en absence d'harmonisation, la solution la plus satisfaisante consisterait à garantir à l'opérateur économique d'exercer son activité à travers les frontières intracommunautaires dans le seul respect des mêmes conditions légales qui lui s'imposent pour son activité purement interne, à savoir celles dictés par sa loi d'origine, la loi du pays membre ou il est établi (*Home Country Law*), de sorte que la conclusion et mise en place de contrats transfrontiers ne soit gênées davantage que les contrats purement internes.

En deuxième lieu, à mon avis, l'on ne tient pas dûment en compte les enseignements de la jurisprudence de la Cour de justice en matière d'entraves non discriminatoires. Celle-ci ne remplit certes pas une fonction «positive», dans le sens qu'elle n'édicte pas une règle bilatérale de conflit - «latente» ou «déguisée» - visant à rendre la loi d'origine systématiquement applicable à toutes situations intracommunautaires; cependant, en définissant - en négatif - les limites à l'application des règles d'une loi autre que celle d'origine, elle impose de prendre

⁴⁶¹ Cf. Cour de justice, 28 avril 1998, aff. C-158/96, *Kohll*, *Recueil*, p. I-1931 ss., point 33. D'autre part, le but du marché unique n'est pas la libéralisation des activités économiques *tout court*, mais plus simplement la suppression des entraves au commerce intracommunautaire. En ce sens, BERNARD, *La libre circulation des marchandises, des personnes et des services dans le traité CE sous l'angle de la compétence*, *Cahiers dr. eur.*, 1998, p. 25 ss.

en considération la loi d'origine en tant que *paramètre de la légitimité communautaire* de ces règles.⁴⁶²

Ceci à un double égard. D'abord, la définition même d'entrave (non discriminatoire) résulte de la combinaison de deux facteurs: l'un qu'on pourrait qualifier de «matériel», ayant trait strictement au fait qu'une norme du pays d'accueil impose certaines contraintes; l'autre, qui résulte de la situation de concurrence entre ordres juridiques dans le marché intérieur et qu'on pourrait partant qualifier de «conflictuel», qui a trait au fait que la transaction transfrontière est conforme à la loi d'origine, laquelle n'impose pas les mêmes obligations que la loi d'accueil.⁴⁶³ Une situation pleinement légitime lorsqu'elle est purement interne à l'Etat membre d'origine risque de devenir illégitime du seul fait que, suite au franchissement de la frontière, d'autres lois ont vocation à s'appliquer, n'importe pas à quel titre (*lex causae*, lois de police, exception d'ordre public).

Deuxièmement, lors de l'évaluation des normes (restrictives) du pays d'accueil à la lumière de l'intérêt général, le juge doit faire à nouveau référence à la loi d'origine: les premiers ne seront justifiés par la poursuite d'un objectif d'intérêt général que dans la mesure où ce même intérêt n'est pas satisfait de manière équivalente par la loi d'origine.⁴⁶⁴

⁴⁶² Pour des considérations analogues, mais concernant plus strictement la clause «marché intérieur» de la directive 2000/31/CE sur le commerce électronique, cf. FALLON, MEEUSEN, *Le commerce électronique* cité, p. 484 ss.

⁴⁶³ En effet, pour affirmer la nature d'entrave d'une réglementation du pays d'accueil lorsque elle s'impose à une situation transfrontière, il faut que l'opérateur économique se conforme pour cette situation aux obligations posées par la loi de son Etat d'origine. Cf., en ce qui concerne les marchandises, l'arrêt du 20 février 1979, aff. 120/78, *Cassis de Dijon*, point 14, *Recueil*, p. 649 ss. En ce qui concerne la prestation transfrontière de services, voy. la formule consolidée depuis l'arrêt du 25 juillet 1991, aff. C-76/90, *Säger*, point 12, *Recueil*, p. I-4221 ss., selon laquelle «l'article 59 du traité exige... également la suppression de toute restriction, même si elle s'applique indistinctement aux prestataires nationaux et à ceux des autres Etats membres, lorsqu'elle est de nature à prohiber ou gêner autrement les activités du prestataire établi dans un autre Etat membre, où il fournit également des services analogues».

⁴⁶⁴ Cf. Cour de justice 25 juillet 1991, C-288/89, *Gouda*, point 13, *Recueil*, p. I-4007 ss. (les entraves provenant des réglementations non discriminatoires du pays d'accueil «tombent sous le coup de l'article 59, dès lors que l'application de la législation nationale aux prestataires étrangers n'est pas justifiée par des raisons impérieuses d'intérêt général ou que les exigences que traduit cette législation son déjà satisfaites par les règles imposées à ces prestataires dans l'Etat membre où ils sont établis»). Voy. aussi *inter alia* les arrêts 23 novembre 1999, affaires jointes C-369/96 e C-376/96, *Arblade*, point 34, *Recueil*, p. I-8453 ss.; 9 mars 2000, aff. C-355/98, *Commission c. Belgique*, point 37, *Recueil*, p. I-1221 ss.

Autrement dit, pour évaluer si l'application d'une réglementation nationale soit conforme aux libertés de circulation, le juge se voit obligé de comparer le contenu de cette réglementation, quel que soit le titre en force duquel elle veut s'appliquer, avec le contenu de la loi d'origine.

15. Cette obligation de comparaison avec la loi de l'Etat membre d'origine n'est pas sans conséquences sur le plan des conflits de lois. En effet, s'il est vrai qu'elle n'est mise en oeuvre qu'au moment successif de l'application des règles matérielles, il n'en reste pas moins que l'arsenal traditionnel du droit international privé ne connaît pas de mécanismes permettant une telle comparaison, surtout si on considère que la loi d'origine peut bien ne pas être ni la loi du for, ni la *lex causae*.

Ainsi, tout d'abord, si la règle bilatérale de rattachement désignait la loi du for et celle-ci ne coïncidait pas avec la loi d'origine, il n'y aurait aucun moyen pour mettre en comparaison la *lex causae* (notamment, ses dispositions impératives) avec la loi étrangère l'Etat membre d'origine. Par ailleurs, il faut aussi remarquer la différence essentielle entre la méthode de comparaison *de qua* et celle prévue par les règles de rattachement poursuivant un but substantiel, notamment la protection de la partie faible. En fait, lorsque cette dernière conduit à écarter la moins protectrice des lois en présence, la première ne vise en revanche qu'à empêcher qu'il y ait double imposition d'obligations équivalentes.⁴⁶⁵

En outre, à l'égard des deux méthodes d'éviction de la *lex causae*, il résulte tout d'abord que les lois de police ou règles d'application immédiate du for (*norme di applicazione necessaria*), ne pouvant se voir appliquées que si le but qu'elles poursuivent n'est satisfait de manière équivalente par la loi d'origine, ne peuvent plus constituer, en ce cas, une limite préventive ou *a priori* à la mise en œuvre de la règle de conflit. Par ailleurs, la doctrine communautaire des raisons impérieuses d'intérêt général comporterait une sorte de filtre des objectifs justifiant l'application des lois de police ou le recours à l'exception d'ordre public.

Enfin, si à l'issue du contrôle de légitimité communautaire il résultait que la loi désignée par les règles de droit international privé causent des restrictions injustifiées aux échanges, la question se poserait de savoir quelle loi faudrait-il

⁴⁶⁵ Voy. plus amplement *infra* sous point V, réponse à la question n. 12 du Livre vert.

applicar à titre subsidiaire. Or, il peut bien être en ce cas que, pour l'intérêt de la libre circulation, soit du moins opportune l'application des règles de la loi d'origine auxquelles la transaction doit se conformer par définition.⁴⁶⁶ Ce résultat, qui s'apparente beaucoup à une désignation subsidiaire de la loi d'origine, semblerait avoir des effets quasi-révolutionnaire sur la méthode du droit international privé.

Per quanto la seconda tesi sia forse più «fedele» alla giurisprudenza comunitaria, peraltro non copiosa nel campo che qui interessa, la prima mi sembra più aderente alla logica del mercato unico.⁴⁶⁷ In ogni mercato esistono delle regole che, nonostante si risolvano in limiti alla libertà d'iniziativa economica, sono necessarie per assicurare un funzionamento corretto ed efficace. Il diritto privato fa indubbiamente parte di questo corpo di regole. L'esistenza di regole, pertanto, non è di per sé stessa un problema per la creazione di un mercato sovranazionale come quello comunitario. Gli ostacoli possono invece derivare da tutte quelle regole che colpiscono i flussi economici attraverso le frontiere, creando delle discriminazioni, più o meno palesi, tra gli operatori o tra i prodotti in ragione della provenienza. Un altro tipo di barriera agli scambi transfrontalieri risiede poi nella stessa pluralità di ordinamenti giuridici: un'impresa non può, infatti, operare su tutto il mercato comunitario alle «stesse» condizioni in cui opera nel proprio mercato nazionale, ma alle «diverse» condizioni prescritte da ciascun Stato.

Sembra opportuno precisare, infatti, che se il contenuto delle regole può limitare la libertà d'iniziativa economica, è la pluralità di regole diverse all'interno di uno spazio economicamente integrato che costituisce un onere aggiuntivo per l'attività economica transfrontaliera. Si faccia l'ipotesi che ogni Stato membro subordini la prestazione di certi servizi professionali alla concessione di

⁴⁶⁶ En ce sens FALLON, MEEUSEN, *Le commerce électronique* cité, p. 486.

⁴⁶⁷ FALLON, *Les conflits de lois et de juridictions* cit., p. 146, riassume così la logica del mercato interno: «dans une situation caractérisée par une disparité de législations, l'on cherche la possibilité de faire bénéficier l'opérateur économique de l'application d'une "loi unique", indépendamment du marché de commercialisation, comme un corollaire du concept de marché unique, dans l'attente de l'établissement éventuel de règles communes. Cette loi unique serait celle de l'Etat de première commercialisation de la marchandise ou de l'établissement principal de l'entreprise, ou encore la loi choisie par les parties – dans l'idée qu'il revient au producteur de déterminer ce choix – pour régir leur rapport contractuel».

un'autorizzazione amministrativa. Questo regime è certo una restrizione della libertà d'impresa, tanto per i soggetti nazionali che per quelli stranieri; per il prestatore transfrontaliero, che voglia operare su più Stati, sussiste tuttavia un ulteriore ostacolo: la necessità di dotarsi di tante autorizzazioni quanti sono gli Stati in cui presta i suoi servizi. Ora, è di questo tipo di ostacoli che si occupa il diritto comunitario, il quale non tutela la libertà economica *tout court*, ma vieta le restrizioni all'attività economica *transfrontaliera*; il principio dello Stato d'origine, poi, rappresenta un utile strumento per sopprimere questa sorta di intralci, preservando allo stesso tempo il pluralismo giuridico.⁴⁶⁸

Se si valuta in questa prospettiva anche la materia contrattuale, si deve convenire che, nella maggior parte dei casi, l'ostacolo al commercio intracomunitario deriva all'operatore economico dal fatto che, per i contratti in cui si concreta la sua libertà di circolazione, è costretto a sottostare a diverse discipline contrattuali. L'esigenza di standardizzazione dei contratti, tipica del commercio al consumo, non trova quindi l'attenzione del diritto e in particolare contrattuale. La possibilità di vedere applicata la legge di un solo Stato membro – beninteso a condizione che essa offra un livello di protezione dell'interesse generale in buona sostanza equipollente a quello conosciuto dalle legislazioni degli altri Stati membri – rappresenta indubbiamente un utile strumento. Con specifico riguardo alle transazioni con i consumatori, poi, alla luce del notevole grado di armonizzazione raggiunto, quest'esigenza si sostanzia nella possibilità di adottare condizioni generali di contratto uniformi. Un simile risultato, tuttavia, dipende più dai meccanismi di coordinamento delle leggi nazionali in presenza, che non dal contenuto materiale di queste ultime.

persegue l'integrazione dell'attività economica senza intaccare, salvo ove strettamente necessario, il pluralismo giuridico che lo contraddistingue e che ne costituisce anche uno dei punti di forza. La seconda tesi, invece, sembra fondarsi su un'interpretazione eccessivamente restrittiva del rapporto tra diritto privato e libertà di circolazione. Per quanto concerne segnatamente la materia contrattuale, infatti, un ostacolo al commercio intracomunitario discende principalmente dalla disparità

⁴⁶⁸ V. *amplius* capitolo primo, par. 10.

tra le normative nazionali, da un lato, e dall'impossibilità di agire sul piano del mercato comunitario nel rispetto, tendenzialmente, di un'unica disciplina. Ma se così una simile lettura è però smentita dall'intensa azione di armonizzazione della materia contrattuale, che interessa peraltro il diritto dei consumatori. In particolare, uno degli argomenti invocati a sostegno, consistente nel carattere neutrale della norma di conflitto rispetto agli interessi sostanziali in gioco, si attaglia con difficoltà all'art. 5 che, come si è visto, persegue una finalità materiale. Non si tiene inoltre sufficientemente conto della logica che presiede all'affermazione giurisprudenziale del principio del paese d'origine. Questa, infatti, lungi dall'esprimere un aprioristico *favor* per la legge di tale paese come la più idonea a disciplinare le situazioni intracomunitarie, dà tuttavia voce ad un'esigenza concreta del mercato unico.

5. La cooperazione giudiziaria in materia civile nel quadro del titolo IV del trattato CE.

Con il trattato di Amsterdam è stato inserito nel trattato comunitario un nuovo titolo IV, intitolato «Visti, asilo, immigrazione ed altre politiche connesse con la libera circolazione delle persone». Nella struttura del trattato, esso si colloca. Tra le diverse materie che ricadono nel suo ambito, figura anche l'adozione di «misure nel settore della cooperazione giudiziaria in materia civile, come previsto all'art. 65» (art. 61 lett. c).

La cooperazione giudiziaria in materia civile non figura in nessuna delle norme che descrivono gli obiettivi generali dell'Unione europea e della Comunità europea: non all'art. 2 tr. UE, né all'art. 2 tr. CE e neppure all'art. 3 dello stesso trattato, che definisce più nel dettaglio le azioni, politiche e gli obiettivi che la Comunità mette in atto «ai fini enunciati all'art. 2».

Tuttavia, tali disposizioni fanno riferimento ad altri obiettivi, strettamente connessi con la materia in oggetto. Così, da un lato, un obiettivo fondamentale dell'Unione è anche quello di «conservare e sviluppare l'Unione quale spazio di libertà, sicurezza e giustizia in cui sia assicurata la libera circolazione delle persone insieme a misure appropriate per quanto concerne i controlli alle frontiere esterne,

l'asilo, l'immigrazione, la prevenzione della criminalità e la lotta contro quest'ultima»;⁴⁶⁹ dall'altro, l'art. 3 tr. CE prevede «misure relative all'entrata e alla circolazione delle persone, come previsto dal titolo IV».

La cooperazione giudiziaria in materia civile, oggetto della competenza attribuita alla Comunità europea dagli articoli 61 lett. c e 65 tr. CE, ha un ambito più esteso della libera circolazione delle persone, sebbene a questa soltanto si riferisca esplicitamente l'intitolazione del titolo IV («Visti, asilo, immigrazione *ed altre politiche connesse con la libera circolazione delle persone*), nel quale le norme citate sono inserite.⁴⁷⁰

Il rapporto intercorrente tra il diritto internazionale privato, da un lato, e la realizzazione completa del mercato unico comunitario costituisce uno dei temi fondamentali di questo lavoro. Per quanto concerne le competenze comunitarie di cui al titolo IV del trattato CE, la rilevanza di tale rapporto sembra emergere dalla stessa lettera del combinato disposto degli articoli 61 e 65, laddove dispongono che «allo scopo di istituire progressivamente uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia», le istituzioni comunitarie possono adottare «misure nel settore della cooperazione giudiziaria in materia civile che presenti implicazioni transfrontaliere... *per quanto necessario al corretto funzionamento del mercato interno*».⁴⁷¹

Il richiamo al mercato interno presenta, a mio avviso, una duplice valenza, l'una relativa alla portata materiale della competenza in esame, l'altra invece ai principi che dovrebbero presiedere al suo concreto esercizio. La prima, infatti, che sembrerebbe più esplicita nel testo della disposizione citata, ha riguardo ad un possibile rilievo dell'obiettivo del mercato interno in chiave limitativa dell'ambito delle competenze comunitarie di cui all'art. 65, nel senso che esse, essendo attribuite alla Comunità soltanto per contribuire ad assicurare il consolidamento del

⁴⁶⁹ La disposizione fa eco al preambolo dello stesso trattato, ove gli Stati si dichiarano *inter alia* «decisi ad agevolare la libera circolazione delle persone, garantendo nel contempo la sicurezza dei loro popoli, con l'istituzione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, in conformità alle disposizioni del presente trattato».

⁴⁷⁰ BARIATTI, *Casi e materiali di diritto internazionale privato comunitario*, Milano, 2003, p. 40 s. (corsivo aggiunto).

⁴⁷¹ Il corsivo è mio.

mercato interno, non potrebbero legittimamente esercitarsi in settori ad esso estranei.

La seconda, che invero emerge in maniera meno apparente dalla lettera della norma, riguarda invece la possibile incidenza dei principi che presiedono all'operare del mercato interno sull'adozione da parte delle istituzioni comunitarie di misure nel campo della cooperazione giudiziaria civile in generale, e del diritto internazionale privato in particolare. Sotto questo profilo, pertanto, si deve innanzitutto verificare se la disciplina delle libertà comunitarie di circolazione s'imponga alle istituzioni comunitarie nell'esercizio delle competenze del titolo IV tr. CE, e quindi, risolta affermativamente tale questione, in che modo l'elaborazione di un diritto internazionale privato comunitario debba realizzarsi per essere conforme ai dettami delle libertà di circolazione.

La dottrina ha finora prestato attenzione soprattutto al primo dei due aspetti.⁴⁷²

Sul secondo aspetto del tema, cioè se il diritto internazionale privato comunitario debba essere conforme al regime delle libertà di circolazione e come ciò possa ottenersi, mi soffermerò più diffusamente. È nondimeno opportuno formulare già adesso alcune osservazioni sul punto, per quanto attiene ai profili «istituzionali» della questione. Innanzitutto, credo che non sussistano forti dubbi sul fatto che l'attribuzione alle istituzioni comunitarie di una competenza in un determinato settore si giustifichi per l'esigenza di raggiungere un determinato obiettivo comune, rispetto al quale l'azione comunitaria si pone in posizione strumentale. Ciò vale, ovviamente, anche per la materia qui considerata, con la conseguenza che il trasferimento di competenza realizzatosi pone il diritto internazionale privato comunitario al servizio dei compiti della Comunità stessa.⁴⁷³ Su un piano generalissimo, questi sono certamente gli obiettivi dell'Unione europea di cui all'art. 2 tr. UE, tra i quali figura come visto «compiti» indicati all'art. 2 tr. CE. Su un piano più concreto, bisogna individuare dagli Stati alla

⁴⁷²

⁴⁷³ In questo senso mi sembra anche GONZALES CAMPOS, *Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé. Cours général*, in *Recueil des cours*, 2000, t. 287, p. 120, ove parla di «un processus qui conduit à la "communautarisation" des systèmes de droit international privé [degli Stati membri], au service des objectifs de l'Union européenne et de la Communauté européenne».

Comunità comporta che al perseguimento di quell'potenzialmente molto estesa nel campo del diritto internazionale privato solleva la questione degli scopi che

Spazio di libertà, sicurezza e giustizia versus mercato comune.

Divieti di restrizioni alla libera circolazione e norme restrittive di diritto comunitario derivato. In particolare, conseguenze (diversità rispetto alle norme nazionali).

6. Il Libro verde sulla «comunitarizzazione» della convenzione di Roma.

Il 14 gennaio 2003 la Commissione europea ha presentato un libro verde COM(2002)654 fin., «sulla conversione della convenzione di Roma del 19 giugno 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali in uno strumento comunitario e sulla sua modernizzazione» (pubblicato sul sito internet), al fine di avviare un'ampia consultazione di tutte le parti interessate, che sono pertanto invitate a trasmettere i propri commenti alla Direzione generale – giustizia e affari interni, unità A3, cooperazione giudiziaria in materia civile, entro il 15 settembre 2003, in modo da organizzare un'audizione pubblica nell'ultimo quadrimestre dell'anno.

Il documento, che tiene in alta considerazione le proposte di revisione della convenzione di Roma avanzate dal Gruppo europeo di diritto internazionale privato, si struttura in due parti. La prima concerne l'opportunità di convertire la convenzione di Roma in un atto di diritto comunitario derivato, ed affronta perciò anche la questione della scelta dello strumento più adatto (direttiva o regolamento); la seconda, invece, riguarda la necessità di una revisione delle disposizioni della convenzione, alla luce delle difficoltà incontrate e dei nuovi problemi emersi nella pratica dalla sua entrata in vigore. A tal uopo, il libro verde passa in rassegna quasi tutti gli articoli della convenzione, descrive per ciascuno di essi i problemi insorti, prospettando quindi le possibili soluzioni. Sembra utile da ultimo osservare che per la Commissione la presente iniziativa non è in contraddizione con il parallelo progetto di un diritto contrattuale europeo, soprattutto in ragione del fatto che

quest'ultimo non si propone una completa uniformazione del diritto materiale e che, pertanto, non elimina il problema dei conflitti di leggi (v. punto 1.6 del libro verde).

7. - *L'esigenza di soluzioni compatibili con gli obiettivi del mercato interno.*

b) *L'influence des libertés de circulation sur les mécanismes de détermination de la loi applicable au contrat.*⁴⁷⁴

12. Il convient de partir des principes: les règles de conflit de lois, comme toute autre règle de droit, doivent se conformer aux principes fondamentales du droit communautaire. Cela vaut pour les règles nationales, en vertu de la primauté du droit communautaire, mais aussi pour le droit communautaire dérivé, en vertu de l'obligation de conformité aux Traités. De ce fait, la transformation de la convention de Rome en acte communautaire ne change pas les termes de la question: l'application de cet instrument ne pourra donc pas avoir pour résultat de violer le droit primaire, notamment les libertés fondamentales de circulation. Par conséquent, du moment qu'il existe depuis quelque temps un important débat doctrinal sur l'influence que ces libertés peuvent avoir sur les mécanismes de détermination de la loi applicable, il y aurait toute raison de s'attendre que le Livre vert en tienne compte.

Tout au contraire, on y trouve l'affirmation selon laquelle le Livre vert «n'a pas pour objectif d'explorer la relation entre un éventuel instrument qui reprendrait la Convention de Rome et les règles du Marché intérieur»; l'on précise de suite que «cependant, il est clair... qu'un tel instrument devra *laisser intact* les principes du

⁴⁷⁴ Anche WILDERSPIN, LEWIS, *Les relations entre le droit communautaire* cit., spec. p. 17 s., affrontano il tema del rapporto tra libertà di circolazione e norme di conflitto nella prospettiva dell'elaborazione di un diritto internazionale privato comunitario, per escludere in modo radicale una qualsivoglia interferenza. In particolare, l'idea per cui «l'impact du droit communautaire serait tel qu'il impose un remaniement radical du rôle du droit international privé, de sorte qu'il puisse devenir, dans les situations intracommunautaire, un instrument dont l'objectif principal est de promouvoir l'opération du marché intérieur, notamment en entérinant le principe du "pays d'origine"» si reputa ispirata da «une philosophie maximaliste et déséquilibré du rôle et de la portée du marché intérieur», la quale non solo non trova riscontro nel diritto comunitario, ma è anche contraria ai principi comunitari di proporzionalità e sussidiarietà.

Marché intérieur contenus dans le Traité ou dans des instruments de droit dérivé». ⁴⁷⁵

A une première lecture, il semblerait que la Commission veuille exclure la question *de qua* de l'instrument «Rome I» pour la remettre tout simplement aux juges nationaux: ils devraient appliquer les règles de conflit communautaires de manière conforme aux principes du marché intérieur, desquels ils devraient assuré la primauté. S'il était ainsi, la position de la Commission serait inacceptable. En premier lieu, les institutions communautaires se doivent d'élaborer des normes dérivés dans le respect des Traités en ne peuvent donc pas se borner à renvoyer aux juridictions nationales – bien que sous le contrôle de la Cour de justice – la tâche (difficile) de sauvegarder la cohérence et l'harmonie interne de l'ensemble des règles composant l'ordre juridique communautaire. En outre, alors que l'expérience montre les difficultés d'une correcte application des libertés de circulation, il ne faut pas oublier que, selon la Cour de justice, une décision rendue dans un Etat membre et présentée à l'exequatur dans un autre Etat membre ne peut pas être considérée comme incompatible avec «l'ordre public de l'Etat requis» au sens des articles 34-1 et 45 par. 1 du Règlement (CE) n. 44/2001, du seul fait qu'elle a méconnu ou mal appliqué le droit communautaire. ⁴⁷⁶

Une autre lecture, qui répond mieux au souci d'application uniforme et utile de l'ordre juridique communautaire, peut toutefois être donnée à la position de la Commission. En fait, loin de vouloir méconnaître le contrôle de compatibilité avec les principes du marché intérieur, elle le situerait en aval de la règle de conflit, à savoir au moment de l'application des règles matérielles de la loi désignée. Autrement dit, s'il y ait entrave, elle ne découlerait pas du mécanisme conflictuel en tant que tel, mais du contenu substantiel de la loi applicable. La proposition «Rome II» semble d'ailleurs confirmer une telle lecture. L'art. 23, par. 1, troisième tiret de celle-ci («Relations avec les autres dispositions du droit communautaire») statue notamment que «le présent règlement n'affecte pas l'application des dispositions

⁴⁷⁵ L'affirmation se trouve *in incipit* du Livre vert. L'italique est ajouté par l'Auteur de cette contribution.

⁴⁷⁶ Cour de justice, arrêt du 11 mai 2000, aff. C-38/98, *Régie nationale des usines Renault*, point 31 ss., *Recueil*, p. I-3009 ss.

contenues dans les traités fondant les Communautés européennes ou dans les actes émanant des institutions des Communautés européennes et qui... s'opposent à l'application d'une disposition ou des dispositions de la *loi du for* ou de la *loi désignée par le présent règlement*.⁴⁷⁷

Cette solution est certes plus convenable, mais pourtant pas intégralement satisfaisante. La question se pose dès lors de savoir si une disposition telle que la susmentionnée de la proposition «Rome II» serait de nature à bien rendre compte de la relation entre libertés de circulation et mécanisme conflictuel.

c) Les solutions envisageables pour concilier le futur instrument «Rome» avec les libertés de circulation.

16. Il convient en premier lieu d'aborder la question de savoir si le recours à la notion d'«exception d'ordre public communautaire» fait par l'art. 23 par. 1, troisième tiret de la proposition «Rome II» est en mesure d'assurer un contrôle adéquat de la conformité du résultat du jeu des règles de conflit aux principes communautaires de libre circulation.

Du point de vue de l'exigence de clarté, l'art. 23 présente tout d'abord le désavantage de regrouper des questions hétérogènes dont le seul dénominateur commun réside dans la relation avec d'autres dispositions du droit communautaire, primaire ainsi que dérivé, qu'il aurait peut-être mieux valu d'aborder séparément.⁴⁷⁸ En ce qui concerne notamment le troisième tiret du paragraphe 1, il vise

⁴⁷⁷ *Italiq*ue ajouté. Ainsi qu'il l'explique l'exposé des motifs, cette disposition viserait l'*exception d'ordre public communautaire*, «mécanisme traditionnel de droit international privé» qui peut également résulter des traités ou du droit dérivé. Par ailleurs, le relatif considérant n. 19 se réfère ouvertement aux «principes propres au marché intérieur».

⁴⁷⁸ La disposition vise en effet: les règles de rattachement édictées par d'autres actes communautaires «dans des matières particulières» (par. 1, premier tiret); les règles communautaires qui s'appliquent quelle que soit la loi nationale régissant la situation visée («lois de police d'origine communautaire», par. 1, deuxième tiret); les règles communautaires s'opposant «à l'application d'une disposition ou des dispositions de la loi du for ou de la loi désignée par le présent règlement» («exception d'ordre public communautaire», par. 1, troisième tiret); les instruments de droit communautaire dérivé, enfin, qui «dans des matières particulières, et dans le domaine coordonné par lesdits instruments, assujettissent la fourniture de services ou de biens au respect des dispositions nationales applicables sur le territoire de l'État membre où le prestataire est établi et qui, dans le domaine coordonné, ne permettent de restreindre la libre circulation des services ou des biens provenant d'un autre État membre que, le cas échéant, sous certaines conditions»(par. 2). Pour une critique dans le même sens, cf. *Hambourg Group for Private International Law, Comments on the European Commission's Draft Proposal for a Council Regulation on the Law Applicable to non-contractual Obligations*, p. 59.

apparemment toutes règles communautaires directement applicables, expression de principes fondamentaux dont le respect est «indispensable pour l'accomplissement des missions confiées à la Communauté et, en particulier, pour le fonctionnement du marché intérieur».⁴⁷⁹ Il semble ainsi comprendre soit l'interdiction des ententes anticoncurrentielles entre entreprises (art. 81 CE), soit notamment les libertés de circulation. Dès lors, il faut reconnaître à la disposition *de qua* le mérite de remarquer que le caractère fondamental de certains principes communautaires s'impose aussi dans la mise en œuvre du mécanisme conflictuel; ce qui a d'ailleurs été reconnu par la Cour de justice, alors que elle a affirmé que ces principes rentrent dans la notion de l'ordre public d'un Etat membre s'opposant à l'exequatur d'une décision étrangère aussi que d'une sentence arbitrale.⁴⁸⁰ D'ailleurs, le recours à l'ordre public national pourrait ne pas être suffisant, du fait que la primauté de ces principes joue aussi à l'encontre de l'application de la loi du for, en tant que «contre-limite» donc à la limite même de l'ordre public national.⁴⁸¹

La formulation de cette notion d'ordre public communautaire en tant que limite à l'application d'une loi, soit-elle celle interne ou une loi étrangère, ne semble pas adéquate à assurer le plein respect des libertés de circulation. A cet égard, il faut distinguer entre les interdictions posées par celles-ci, d'une part, et par l'art. 81 CE, de l'autre. En fait, si cette dernière empêche tout simplement l'application d'une loi nationale lorsque elle aurait pour effet de valider une entente entre entreprises interdite par le droit communautaire, les premières peuvent en revanche exiger à ce fin, comme l'on a vu, une référence à la loi de l'Etat membre d'origine. De plus, le mécanisme visé à l'art. 23 de la proposition «Rome II» laisserait sans réponse la question de savoir quelles règles faut-il appliquer une fois évincé la loi normalement applicable pour contrariété aux libertés de circulation.

17. Ces considérations faites, il n'en reste pas moins qu'il est fort opportun, dans un souci de sécurité juridique aussi que de cohérence du système

⁴⁷⁹ Cour de justice, arrêt du 1 juin 1999, aff. C-126/97, *Eco Swiss China Time Ltd*, *Recueil*, p. I-3055 ss., point 36.

⁴⁸⁰ Arrêt *Eco Swiss* cité, point 39.

⁴⁸¹ En ce sens, Universitat Pompeu Fabra et Universitat Autònoma de Barcelona, *Commentaire au texte de l'avant-projet de proposition de Règlement CE sur la loi applicable aux obligations non contractuelles*, qui cite à sa fois M. Mengozzi.

communautaire, de donner aux juges nationaux des indications claires de sorte qu'ils appliquent les règles du futur instrument communautaire de manière conforme aux principes droit primaire concernant notamment le marché intérieur. La solution proposée par la proposition «Rome II» ne semblant pas adéquate, il faut donc chercher d'autres solutions.

Or, une analyse de la convention de Rome pourrait montrer que le problème de sa compatibilité avec les principes du marché intérieur ne se présente au concret que dans un nombre somme toute limité de cas. Les règles de rattachement générales posées par les articles 3 et 4 (principe d'autonomie et du lien le plus étroit avec une forte présomption pour la loi de l'établissement du fournisseur de la prestation caractéristique) semblent en fait conformes aux exigences du marché intérieur. Des problèmes se posent en revanche en ce qui concerne d'une part les limites à l'application de la *lex causae* visées aux articles 7 (lois de police) et 16 (ordre public national), et la règle de conflit protectrice du consommateur dont à l'art. 5, de l'autre part.⁴⁸²

En ce qui concerne les premiers, il suffirait à mon avis d'introduire dans le texte de «Rome I» des indications claires et précises sur la nécessité de vérifier que ces mécanismes, lorsque ils restreignent l'application de la loi désignée par les articles 3 et 4, ne constituent pas des restrictions injustifiées à l'une des libertés fondamentales de circulation, pourvu que le contrat rentre dans le champ spatial d'application de celle-ci. Ces indications devraient notamment mettre en exergue:

a) que l'intérêt général qui est à la base de la mise en place de ces mécanismes doit correspondre à l'une des causes de justifications aux entraves prévues par le Traité CE (articles 30 et 46) ou, mais seulement au cas où il s'agit de mesures indistinctement applicables, élaborées par la jurisprudence communautaire;

b) qu'il ne faut pas aller au-delà de ce qui est strictement nécessaire pour la sauvegarde de l'intérêt général;

⁴⁸² À l'égard notamment des lois de police du for, la Cour de justice a eu occasion d'affirmer explicitement qu'elles ne soustraient pas au contrôle de compatibilité avec le principe d'interdiction de toutes entraves à la libre prestation de services posé par l'art. 49 CE: arrêt *Arblade* cité, point 31. Voy. aussi les arrêts 15 mars 2001, aff. C-165/98, *Mazzoleni*, 25 octobre 2001, affaires jointes C-49/98, C-50/98, de C-52/98 à C-54/98 et de C-68/98 à C-71/98, *Finalarte*, et 24 janvier 2002, aff. C-164/99, *Portugaia Construções*.

c) mais, surtout, que ces mécanismes ne peuvent pas intervenir lorsque l'intérêt général sur lequel ils se fondent est protégé de manière équivalente par la *lex causae*.

En outre, dans les domaines couverts par des mesures d'harmonisation, il faut éviter des tendances légéforiste visant à imposer l'application des dispositions du for de transposition d'une directive alors que est applicable la loi d'un autre Etat membre dans lequel la directive a été transposée.⁴⁸³

N'ayant valeur que purement déclaratoire, ces indications interprétatives peuvent bien trouver place, à mon avis, dans le préambule du futur instrument.⁴⁸⁴

En ce qui concerne, par contre, la règle de conflit sur les contrats de consommation, il conviendrait d'adopter une règle spécifique pour les contrats intra-communautaires. On renvoie à ce sujet au point V, sous réponse à la question n. 12 posée par le Livre vert.

8. La revisione dell'art. 5 della convenzione di Roma

⁴⁸³ Dans ce cas, il faut aussi éviter que le juge applique les dispositions nationales de transposition au motif que la directive ait été mal transposée dans la loi du pays membre désignée par la règle de rattachement. Le critère de l'interprétation conforme de la *lex causae* à la directive fourni à cet égard un moyen utile; rien exclut par ailleurs que le juge puisse recourir à la Cour de justice ex art. 234 CE pour une interprétation préjudicielle des dispositions de la directive.

⁴⁸⁴ Le GEDIP ne propose que d'ajouter à l'art. 7 un paragraphe 3, visant à ne donner effet aux dispositions impératives de la loi d'un Etat membre «que dans la mesure où leur application ne constitue pas une entrave injustifiée aux libertés de circulation». Cette solution, répondant apparemment à un souci de pragmatisme, ne semble concerner que les lois de police, du for ou d'un Etat tiers. Du commentaire FALLON, LAGARDE cité (par. 34) résulte toutefois que la contrainte communautaire concerne aussi les «règles impératives de protection» visées aux articles 5 et 6. L'on précise en outre que, lors de l'appréciation de la proportion entre le contenu de la mesure nationale et le but poursuivi, «il convient de tenir compte, notamment, du niveau d'équivalence entre les législations en conflit, étant entendu que l'obligation d'une reconnaissance, par l'Etat d'accueil, des normes établies par un autre Etat membre auxquelles le produit ou le service s'est conformé, n'existe que si une telle équivalence est établie, en droit ou en fait» (italique ajouté). Il convient à mon avis d'insérer ces remarques dans le préambule de Rome I.

INDICE DEGLI AUTORI CITATI

- ADAM, *Le fonti comunitarie*, in TIZZANO (a cura di), *Il diritto privato*
- ALPA, *Contratti di massa. A) Profili generali*, in *Enciclopedia del diritto. Aggiornamento*, I, Milano, 1997, p. 403 ss.
- ALPA, *Il diritto dei consumatori*, Roma-Bari, 2002
- ALPA, *La disciplina dei «contratti conclusi dai consumatori» nella convenzione europea sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, in *Giur. it.*, 1983, IV, 7.
- AUDIT, *Droit international privé*, 2ème éd., 1997.
- BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, 2ª ed., Padova, 1996.
- BALLARINO, *La convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali entra in vigore*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1991, I, p. 652 ss.
- BAQUERO CRUZ, *Free Movement and Private Autonomy*, in *Eur. Law Rev.*, 1999, p. 603 ss.
- BARATTA, *Circolazione dei capitali e dei pagamenti*, in STROZZI (a cura di), *Diritto dell'Unione europea cit.*, p. 235 ss.
- BARATTA, commento all'art. 4, in BIANCA C.M., GIARDINA (a cura di), *Convenzione sulla legge applicabile cit.*, p. 965.
- BARATTA, *Il collegamento più stretto nel diritto internazionale privato dei contratti*, Milano, 1991.
- BARATTA, *L'equivalenza delle norme nazionali ai sensi dell'art. 100 B del trattato CE*, in *Riv. Dir. Eur.*, 1993, p. 728.
- BARATTA, *La convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, in TIZZANO (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione europea*, Torino, 2000, p. 1373 ss.;
- BARENTS, *The Internal Market Unlimited: Some Observations on the Legal Basis of Community Legislation*, in *Common Market Law Rev.*, 1993, p. 102 ss.
- BARIATTI, *Prime considerazioni sugli effetti dei principi generali e delle norme materiali del trattato CE sul diritto internazionale privato comunitario*, in *Riv. Dir. Int. pr. Proc.*, 2003.
- BARUFFI, *Il divieto di rivendita sottocosto e la nuova giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Dir. Comm. int.*, 1995, p. 91 ss.
- BASEDOW, *Consumer Contracts and Insurance Contracts in a Future Rome I Regulation*.
- BASEDOW, *Un comune diritto dei contratti per il mercato comune*, in *Contr. e Impresa/Europa*, 1997, p. 86 ss.
- BATIFFOL, *Projet de Convention C.E.E. sur la loi applicable aux obligations contractuelles*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 1975, p. 184.
- BATIFFOL, *Remarques sur l'opposition des directives aux règles en droit international privé*, in *Studi in memoria di M. Giuliano*, Padova, 1989, p. 33 ss.
- BENEDETTELLI, *Libertà comunitarie di circolazione e diritto internazionale privato delle società*, in *Riv. Dir. Int. Pr. Proc.*, 2001, p. 576 ss.
- BERAUDO, *Le Règlement (CE) du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, in *Journal dr. int.*, 2001, p. 1033 ss.
- BERNARD, *La libre circulation des marchandises, des personnes et des services dans le traité CE sous l'angle de la compétence*, in *Cahiers dr. eur.*, 1998, p. 29 ss.,
- BERTOLI, *La disciplina della giurisdizione civile nel regolamento comunitario n. 44/2001*, in *Riv. Dir. Int. pr. Proc.*, 2002, p. 625 ss.
- BEUTLER, BIEBER, PIPKORN, STREIL, WEILER, *L'Unione europea. Istituzioni, ordinamento e politiche*, 2ª ed. italiana a cura di BIAGIOTTI, WEILER, Bologna, 2001
- BIANCA C.M., GIARDINA (a cura di), *Convenzione sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma, 19 giugno 1980)*, in *Nuove leggi civ. comment.*, 1995, p. 901 ss.

- BONOMI, *Il nuovo diritto internazionale privato dei contratti*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1992, I, p. 36 ss., a p. 81.
- BONOMI, *Le norme imperative nel diritto internazionale privato*, Zurigo.
- BORGIOLO, *La convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, in *Giur. comm.*, 1983, I, p. 167.
- BOSCHIERO, *Appunti sulla riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, Torino, 1996.
- BOSCHIERO, Commento all'art. 17, in BARIATTI (a cura di), *Commentario della legge 31 maggio 1995, n. 218 – Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, in *Nuove leggi civ. comment.*, 1996, p. 1062 ss., spec. p. 1064 ss.
- BOSCHIERO, *Obbligazioni contrattuali (diritto internazionale privato)*, in *Enciclopedia del diritto*, IV aggiornamento, Milano, 2000, p. 801 ss.
- BOSCO, *Il mercato interno della Comunità economica europea*, Milano, 1990.
- BOURGOIGNIE, *Droit et politique communautaire de la consommation: de Rome à Amsterdam*, in *Rev. Eur. Dr. Consum.*, 1997, p. 194 ss.
- BURNSIDE, *La convention de Rome, application aux opérations bancaires: la loi applicable aux opérations de crédit à la consommation*, in *Banque et droit, La convention de Rome*, hors série, juin 1993, p. 19 ss.
- CALAIS-AULOY, *L'influence du droit de la consommation sur le droit civil*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1994, p. 245 s.
- CALAIS-AULOY, STEINMETZ, *Droit de la consommation*, Paris Cedex, 2003.
- CALLIESS, *Coherence and Consistency in European Consumer Contract Law: a Progress Report*, in *German Law Journal*, 2003, p. 342.
- CANNIZZARO, *Esercizio di competenze comunitarie e discriminazioni «a rovescio»*, in *Dir. Un. Eur.*, 1996, p. 351 ss.
- CANNIZZARO, *Il principio della proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, Milano, 2000.
- CAPOBIANCO, *I contratti delle banche: trasparenza ed equilibrio nei rapporti con la clientela*, in *Dir. Banca mercato finanziario*, 2002, I, p. 198 ss.
- CARBONE S.M., MUNARI, *Enforcement of the European Regime for Investment Services in the Member States and its Impact on National Conflict of Laws*, in *Dir. Un. Eur.*, 1997, p. 73 ss.
- CARELLA, *Autonomia della volontà e scelta di legge nel diritto internazionale privato*, Bari, 1999.
- CARREAU, JUILLARD, *Droit international économique*, Paris Cedex, 4ème éd., 1998.
- CHALMERS, SZYSZCZAK, *European Union Law*, vol. 2, *Towards a European Polity*, Dartmouth, 1998.
- CHILLON, *La politique communautaire de la consommation et la Conférence intergouvernementale*, in *Rev. eur. dr. consom.*, 1997, p. 49 ss.
- CHILLON, *Le droit communautaire de la consommation après les traités de Maastricht et d'Amsterdam*, Louvain-la-neuve, 1999.
- CHINÈ, *Il consumatore*, in LIPARI (a cura di), *Trattato di diritto privato europeo*, Padova, 2003, vol. I, p. 435 ss.
- CONDINANZI, *Art. 230*, in POCAR, *Commentario*, p. 776 ss.
- CONDINANZI, *La libertà di stabilimento*, in STROZZI (a cura di), *Diritto dell'Unione europea*.
- CONDINANZI, NASCIMBENE, *La libera prestazione dei servizi e delle professioni in generale*, in TIZZANO (a cura di), *Il diritto privato cit.*, p. 283.

CONSIGLIO NAZIONALE FORENSE, *Diritto contrattuale europeo e diritto dei consumatori. L'integrazione europea e il processo civile*, materiali del seminario del 12 luglio 2002 raccolti da ALPA e DANOVI, Milano, 2003, p. 301 ss.

CORRAO, commento all'art. 7, in BIANCA C.M., GIARDINA (a cura di), *Convenzione sulla legge applicabile in cit.*, p. 1022.

COSTANTINESCO, *La constitution économique de la CEE*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 1977, p.246.

CREDOT, *Contrats de crédit transfrontières. A' propos d'un arrêt de la Cour d'Appel de Nancy du 25 novembre 1992*, in *Petites affiches*, n° 117 del 29.09.1993, p. 22 ss., a p. 25.

DANIELE, *Il diritto materiale della Comunità europea*, Milano, 3^a ed., 2000.

DE BROCA, *Art. 153*, in LÉGER, *Commentaire article par article des traités UE et CE*, Bruxelles, 2000, p. 1247.

DE MATOS, *Les contrats transfrontières conclus par les consommateurs au sein de l'Union européenne*, Aix-en-Provence Cedex, 2001, p. 302.

DE NOVA, *I conflitti di leggi e le norme con apposita delimitazione della sfera di efficacia*, in *Dir. int.*, 1959, p. 13 ss.

DE SOLA e JEUNIAUX, *La politique communautaire en faveur des consommateurs*, in *Rev. Marché unique eur.*, 1992, p. 65 ss.

DEFALQUE, in *Commentaire Mégret*, vol. 1, p. 202;

DEHOUSSE, *Le marché unique et la protection des consommateurs*, in *Journal des tribunaux*, 1993, p. 701 ss.

DELLIS, *Art. 94-95*, in LÉGER, *Commentaire article par article des traités UE et CE*, Bruxelles, 2000

DI MARZIO, *Illiceità delle clausole abusive*, in *Giust. Civ.*, 1999, II, p. 479 ss.

DIAMOND, *Harmonization of Private International Law relating to Contractual Obligations*, in *Recueil des Cours*, 1986, IV, p. 233 ss.

DICEY & MORRIS, *The Conflict of Laws*, London, 2000, 13th ed., vol. 2.

DOUGAN, *Minimum Harmonization and the Internal Market*, in *Common Market Law Rev.*, 2000, p. 866 ss.

DROZ, GAUDEMET-TALLON, *La transformation de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 en Règlement du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, in *Rev. crit. Dr. int. priv.*, 2001, p. 601 ss.

DURAND, in *Commentaire Mégret. Le droit de la CEE*, 2ème éd., 1992, vol. 1.

EHLERMANN, *The Internal market Following the Single European Act*, in *Common Market Law Review*, 1987, p. 369.

ERAUW, *International Advancement of Consumer Interests through Conflicts Rules*, in SARCEVIC (ed.), *International Contracts and Conflicts of Laws. A Collection of Essays*, London-Dordrecht-Boston, 1990, p. 71 ss.

EUROPEAN CONSUMER LAW GROUP, *Jurisdiction and Applicable Law in Cross-Border Consumer Complaints. Socio-Legal Remarks on an Ongoing Dilemma Concerning Effective Legal Protection for Consumer-Citizens in the European Union*, in *Journal Consumer Policy*, 1998, p. 315 ss.

EUROPEAN PARLIAMENT-WORKING PAPER, *The Impact of Private International Law on e-commerce on the Internal Market and the Risk of Creating Barriers to Trade*, Legal Affairs Series, JURI 105 EN.

FALLON, *Le droit applicable aux clauses abusives après la transposition de la directive n° 93/13 du 5 avril 1993*, in *Rev. eur. dr. consomm.*, 1996, p. 9.

FALLON, *Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré - L'expérience de la Communauté européenne*, in *Recueil des Cours*, 1995, t. 253, p. 222.

- FALLON, *Les règles d'applicabilité en droit international privé*, in *Mélanges Van der Elst*, Bruxelles, 1986, p. 285 ss.
- FALLON, MEEUSEN, *Le commerce électronique, la directive 2000/31/CE et le droit international privé*, in *Revue critique*, 2002, p. 444.
- FOYER, *Entrée en vigueur de la convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles*, in *Journal dr. int.*, 1991, p. 601 ss.
- FRANCESCAKIS, *Conflits de lois (principes généraux)*, in *Répertoire Dalloz, Droit international*, Paris, 1968, n. 137.
- FRANCESCAKIS, *Lois d'application immédiate et règles de conflit*, in *Riv. Dir. Int. pr. Proc.*, 1967, p. 691 ss.
- FRANCESCAKIS, *Quelques précisions sur les «lois d'application immédiate» et leurs rapports avec les règles de conflits de lois*, in *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1966, p. 1 ss.
- FRIGESSI DI RATTALMA, *Il contratto internazionale di assicurazione*, Padova, 1990.
- FRIGESSI DI RATTALMA, *Le prime esperienze giurisprudenziali sulla convenzione di Roma del 19 giugno 1980*, in *Riv. dir. int. pr. proc.*, 1992, p. 830 ss.
- FRIGO, *La determinazione della legge applicabile in mancanza di scelta da parte dei contraenti e le norme imperative della convenzione di Roma*, in SACERDOTI, FRIGO (a cura di), *La convenzione di Roma cit.*, p. 23 ss.
- FUMAGALLI, *Art 153 CE*, in POCAR (diretto da), *Commentario breve ai trattati della Comunità e dell'Unione europea*, Padova, 2001, p. 616;
- GABRIELLI, ORESTANO, *Contratti del consumatore*, in *Digesto discipline privatistiche. Sezione civile*, IV ed., Aggiornamento, p. 225 ss.
- GABRIELLI, *Sulla nozione di consumatore*, in www.judicium.it.
- GAJA, *Introduzione al diritto comunitario*, Bari, 1999.
- GALGANO, *Diritto privato*, 11° ed., Padova, 2001, p. 236 s.
- GAROFALO, *Volontà delle parti e norme imperative nella convenzione di Roma sulla legge applicabile ai contratti e nel nuovo sistema italiano di diritto internazionale privato*, in *Riv. Dir. Int. priv. proc.*, 1996, p. 469 ss.
- GARRONE, *L'interdictions des discriminations entre situations internes set transfrontalières: un principe général de droit communautaire*, in *Revue suisse dr. int. eur.*, 2003, p. 211 ss.
- GIARDINA, *Volontà delle parti, prestazione caratteristica e collegamento più significativo*, in TREVES (a cura di), *Verso una disciplina comunitaria cit.*, p. 17 ss.
- GIMENO VERDEJO, *Art. 28*, in LÉGER, *Commentaire article par article des traités UE et CE*, Bruxelles, 2000, p. 273.
- GIULIANO, *La loi applicable aux contrats: problèmes choisis*, in *Recueil des cours*, t. 158, 1977, V, p. 215 ss.
- GONZALES CAMPOS, *Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé. Cours général*, in *Recueil des cours*, 2000, t. 287, p. 223 ss.
- GOURIO, *Le nouveau cadre juridique du crédit aux particuliers en Europe*, in *Rev. dr. bancaire financier*, n. 2/2003, p. 128 ss.
- GRUNDMAN, *Information, Party Autonomy and Economic Agents in European Contract Law*, in *Common Market Law Rev.* 2002 p.269 ss.
- GUEDI, *The Theory of the Lois de Police, A Functional Trend in Continental Private International Law. A Comparative Analysis with the Modern American Theories*, in *Am. jour. comp. law*, 1991, p. 661 ss.
- HAGNER, *Les particuliers et l'ordre juridique communautaire: l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes*, Genève, 2003

- HANSEN, *Full Circle: Is there a Difference between the Freedom of Establishment and the Freedom to Provide Services*, in ANDENAS, ROTH (eds.), *Services and Free Movement in EU cit.*, p. 197 ss.
- HARTLEY, *Mandatory Rules in International Contracts: the Common Law Approach*, in *Recueil des cours*, t. 266, 1997, p. 337 ss.
- HATZOPOULOS, *Le principe communautaire d'équivalence et de reconnaissance mutuelle dans la libre prestation de services*, Athènes-Bruxelles, 1999.
- HATZOPOULOS, *Recent Developments of the Case Law of the ECJ in the Field of Services*, in *Common Market Law Rev.*, 2000 p. 52 ss.
- HAUSMANN, *La revisione della Convenzione di Bruxelles del 1968*, in *Eur. Legal Forum*, 2000/01, p. 40 ss. WILDERSPIN, *Le règlement (CE) 44/2001 du Conseil: conséquences pour les contrats conclus par les consommateurs*, in *Rev. eur. dr. consommation*, 2002, p. 5 ss.
- HEUZÉ, *Commentaire à la convention de Rome du 19 juin 1980*, in *Joly Communautaire*, Paris, 1995, p. 15.
- HEUZÉ, *Ibidem*.
- HEUZE, *La réglementation française des contrats internationaux - Etude critique des méthodes*, Paris, 1990, ss., a p. 326 ss.
- HONDIUS, *Consumer Guarantees: Towards a European Sale of Goods Act*, conferenza tenuta all'Università di Roma nel 1996.
- IMHOFF-SCHEIER, *Protection du consommateur et contrats internationaux*, Genève, 1981.
- JACQUET, DELEBECQUE, *Droit du commerce international*, Paris, 2ème éd., 2000.
- JESSURUN D'OLIVEIRA, *Characteristic Obligation in the Draft EEC Obligation Convention*, in *American journal comp. law*, 1977, p. 327.
- JUENGER, *The EEC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations: an American Assessment*, in NORTH (ed.), *Contract Conflicts*, Amsterdam, 1982, p. 301 ss.
- KASSIS, *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, Paris, 1993.
- KAYE, *Civil Jurisdiction and Enforcement of Foreign Judgements*, Londra, 1987.
- KAYE, *The New Private International Law of Contract of the European Community. Implementation of the EEC Contractual Obligations Convention in England and Wales under the contracts (applicable law) Act 1990*, Aldershot-Brookfield-Hong Kong-Singapore-Sidney, 1993.
- KESSEDJAN, *Aspects juridiques du e-trading: règlement des différends et droit applicable*, *Journée du droit bancaire et financier*, Université de Genève, 2000.
- KOVAR, *Art. 100*, in COSTANTINESCO, KOVAR, SIMON (sous la direction de), *Traité instituant la CEE. Commentaire article par article*, Paris, 1992, p. 549 ss.
- LAGARDE, *Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la convention de Rome du 19 juin 1980*, in *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1991, p. 287 ss.
- LAGARDE, *Les limites objectives de la convention de Rome (conflits de lois, primauté du droit communautaire, rapports avec les autres conventions)*, in *Riv. dir. int. pr. proc.*, 1993, p. 35.
- LAGARDE, *Les locations de vacances dans les conventions européennes de droit international privé*, in *Melanges Pierre Bellet*, 1991, p. 299.
- LAGARDE, nota a Bundesgerichtshof, 19 marzo 1997, in *Revue critique*, 1998, p. 627.
- LAGARDE, nota a Cassation, 1ère civ., 19 octobre 1999, in *Rev. cr. Dr. int. pr.*, 2000, p. 33.
- LAGARDE, nota a Corte di giustizia, 5 novembre 2002, in causa C-208/00, *Überseering*, in *Revue critique*, 2003, p. 524 ss.
- LANDO, *Contracts*, in *International Encyclopedia of Comparative Law*, III, 24, n° 250.
- LANDO, *The EEC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations*, in *Comm. Market Law Rev.*, 1987, p. 159 ss.

- LANDY, *Le consommateur européen: une notion éclatée*, in OSMAN (sous la direction de), *Vers un code européen* cit., p. 69 s.
- LANG, in POCAR, *Commentario*, rispettivamente *Art. 28 CE*, p. 153 e *Art. 29 CE*, p. 161.
- LASOK, STONE, *Conflict of Laws in the European Community*, Abingdon, 1987.
- LECLERC, *La protection de la partie faible dans les contrats internationaux*, Bruxelles, 1995.
- LENAERTS, *L'égalité de traitement en droit communautaire – Un principe inique aux apparences multiples*, in *Cahiers dr. eur.*, 1991, p. 3 ss.
- LEVEL, NORMAND, *Quelle loi pour vos contrats dans l'Europe de 1993?*, in *JCP, Sem. jur., Cahiers de droit de l'entreprise*, suppl., 1993, n. 5, p. 15 ss.
- LOUSSOUARN, *Le droit d'établissement des sociétés*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 1990, p. 229.
- LUPONE, *Prime applicazioni della convenzione di Roma: la giurisprudenza tedesca*, in SACERDOTI, FRIGO (a cura di), *La convenzione di Roma* cit., p. 226 ss.
- LUZZATTO, *L'entrata in vigore della convenzione di Roma del 1980 e il nuovo diritto internazionale privato dei contratti*, in *Dir. comm. int.*, 1991, p. 259 ss.
- LUZZATTO, *La diretta applicabilità nel diritto comunitario*, 3° ed., Milano, 1983.
- LUZZATTO, *La libera prestazione dei servizi bancari nella Cee ed il principio del mutuo riconoscimento degli enti creditizi*, in *Foro it.*, 1990, IV, 443 ss.
- MALATESTA, *Articoli 56-60*, in POCAR, *Commentario*, p. 287 ss.
- MALATESTA, *Considerazioni sull'ambito di applicazione della convenzione di Roma: il caso dei titoli di credito*, in SACERDOTI, FRIGO (a cura di), *La convenzione di Roma* cit.
- MALATESTA, *La Banca centrale europea. Gli aspetti istituzionali della Banca centrale della Comunità europea*, Milano, 2003.
- MALATESTA, *Prime osservazioni sul regolamento CE n. 2157/2001 sulla società europea*, in *Riv. Dir. Int. Priv. Proc.*, 2002, p. 613.
- MANIN, *Les Communautés européennes*, 5ème éd., Paris, 1999.
- MARI, *Il diritto processuale civile della convenzione di Bruxelles. Il sistema della competenza*, Padova, 1999, pp. 511 e 514.
- MARINI, *La libera circolazione delle merci*, in TIZZANO (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione europea*, Torino, 2000, tomo I, p. 170.
- MARTIN, «Discriminations», «entraves» et «raisons impérieuses» dans le traité CE: trois concepts en quête d'identité, in *Cahiers dr. eur.*, 1998, p. 261 ss.
- MASCLET, *Mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives*, in *Juris-Classeur Europe*, fascicule 550, nov. 1997.
- MASTROIANNI, *La libera prestazione dei servizi*, in STROZZI (a cura di), *Diritto dell'Unione europea* cit., p. 198 s.
- MATTERA RICIGLIANO, *Il mercato unico europeo: norme e funzionamento*, Torino, 1990.
- MAX PLANCK INSTITUTE FOR FOREIGN PRIVATE AND PRIVATE INTERNATIONAL LAW, *Comments on the European Commission's Green Paper on the conversion of the Rome Convention of 1980 on the law applicable to contractual obligations into a Community instrument and its modernization*.
- MAYER, HEUZÉ, *Droit international privé*, 7ème éd., Montchrestien, 2001.
- MAYER, *La protection de la partie faible en droit international privé*, in AA.VV., *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels: comparaisons franco-belges*, Paris, 1996, p. 513 ss.
- MAYER, *Les lois de police étrangères*, in *Journal dr. int.*, 1981, p. 295 e p. 319.
- MAYER, *Précis*.
- MEGLIANI, *Rilievi internazionaliprivatistici in tema di cybersecurities*, *Dir. Comm. int.*, 2000.

- MENGOZZI, *European Community Law. From the Treaty of Rome to the Treaty of Amsterdam*, 2nd ed., The Hague-London-Boston, 1999.
- MENGOZZI, *Il diritto della Comunità europea*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* (diretto da Galgano), vol. XV, Padova, 1990, p. 319 ss.
- MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, Paris Cedex, 2001.
- MICKLITZ, *Principles of Social Justice in European Private Law*, *Yearbook Eur. Law*, 1999-2000, p. 167 ss.
- MILNER-MOORE, *The Accountability of Private Parties under the Free Movement of Goods Principle*, Harvard Jean Monnet Working Paper, 1995.
- MOAVERO MILANESI, *Commercio intracomunitero*, in CHITI, GRECO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, parte speciale, tomo I, p. 466 s.
- MORTELMANS, *The Common Market, the Internal Market and the Single Market, what's in a Market*, in *Common Market Law Rev.*, 1998, p. 107.
- MOSCONI, *Diritto internazionale privato e processuale. Parte generale e contratti*, Torino, 1996.
- MOSCONI, *Quando la vacanza finisce in tribunale: competenza giurisdizionale e legge applicabile della locazione di immobili all'estero*, in *Riv. Dir. Int. priv. Proc.*, 1993.
- NEMETH, ORTNER, *The Proposal for a new Directive concerning Credit for Consumers*, in *German Law Journal*, 2003, p. 801 ss.
- NEUMAYER, *Autonomie de la volonté et dispositions impératives en droit international privé des obligations*, in *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1958, p. 53 ss.
- NORMAND, BALATE, *Relations transfrontalières et consommation: quel(s) juge(s) et quelle(s) loi(s)?*, in *Cahiers dr. Eur.*, 1990, p. 312.
- NORTH (ed.), *Contract Conflicts. The EEC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations: A Comparative Study*, Amsterdam-New York-Oxford, 1982.
- NUYTS, *Les contrats relatifs aux immeubles en droit international privé conventionnel européen: le cas du time-sharing*, in *Rev. dr. int. dr. comp.*, 2000, p. 174 s.
- OLIVER, *Free Movement of Goods in the European Community*, London, 1996.
- OLIVER, *Some further reflections on the scope of Articles 28-30 (ex 30-36) EC*, in *Common Market Law Rev.*, 1999, p. 784.
- PAPADOPOULOU, *Situations purement interne set droit communautaire: un instrument jurisprudentiel à double fonction ou une arme à double tranchant?*, in *Cahiers dr. eur.*, 2002, p. 95 ss.
- PARDOLESI, *Clausole abusive (nei contratti dei consumatori): una direttiva abusata?*, in *Foro it.*, 1994, V, c. 137 ss.
- PATOCCHI, *Règles de rattachement localisatrices et règles de rattachement à caractère substantiel*, Genève.
- PEDRAZZI, *Art. 2 CE*, in POCAR (diretto da), *Commentario breve ai trattati della Comunità e dell'Unione europea*, Padova, 2001.
- PESCATORE, *Some Critical Remarks on the «Single European Act»*, in *Common Market Law Rev.*, 1987, p. 9 ss.
- PICOD, *La nouvelle approche de la Cour de justice en matière d'entraves aux échanges*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 1998, p. 169 ss.
- PICOD, *Les fondements juridiques de la politique communautaire de protection des consommateurs*, in OSMAN (sous la direction de), *Vers un code européen cit.*, p. 82 s.
- PICONE, *Caratteri ed evoluzione del metodo tradizionale dei conflitti di leggi*, in *Riv. dir. int.*, 1998, p. 5 ss., a pp. 65-67.
- PICONE, *La riforma italiana del diritto internazionale privato*, Padova, 1998.
- PICONE, *La teoria generale del diritto internazionale privato nella legge italiana di riforma della materia*, in *Riv. dir. int.*, 1996, p. 289 ss.

- PICONE, *Le norme di conflitto alternative italiane in materia di filiazione*, in *Riv. dir. int.*, 1997, p. 277 ss.
- PIRODDI, *Competenza giurisdizionale e legge applicabile alle locazioni immobiliari nelle convenzioni di Bruxelles e di Roma*, in *Riv. Dir. Int. pr. Proc.*, 1995, p. 83 ss.
- PIZZIO, *L'application du droit primaire*, in OSMAN (sous la direction de), *Vers un code européen de la consommation*, Bruxelles, 1998, p. 90
- PLENDER, WILDERSPIN, *The European Contracts Convention. The Rome Convention and the Choice of Law for Contracts*, 2nd ed., London, 2001.
- POCAR e altri, *Codice delle convenzioni di diritto internazionale privato e processuale*, Milano, 3^o ed., 1999.
- POCAR in *L'unification des règles de conflit en matière de contrats dans la Communauté économique européenne*, in *Comunicazione e studi*, vol. XV, Milano, 1978, p. 165 ss.
- POCAR, *Brevi appunti sull'incidenza della convenzione di Roma relativa alla legge applicabile ai contratti sul diritto italiano*, in *Studi Panzera*, II vol., Bari, 1995, p. 691 ss.
- POCAR, *Diritto dell'Unione e delle Comunità europee*, 6^a ed., 2000.
- POCAR, in *POCAR, Commentario*, p. 1178 ss.
- POCAR, *L'entrata in vigore della Convenzione di Roma del 1980 sulla legge applicabile ai contratti*, in *Riv. dir. int. pr. proc.*, 1991, p. 249 ss.
- POCAR, *L'unification des règles de conflit en matière de contrats dans la Communauté économique européenne*, in *Comunicazioni e studi*, vol. XV, Milano, 1978, p. 179.
- POCAR, *La legge applicabile ai contratti con i consumatori*, in TREVES (a cura di), *Verso una disciplina comunitaria*, cit., p. 310 ss.
- POCAR, *La legge applicabile ai contratti conclusi con i consumatori*, in VACCÀ (a cura di), *Consumatori, contratti, conflittualità. Diritti individuali, interessi diffusi, mezzi di tutela*, Milano 2000, p. 157 ss.
- POCAR, *La protection de la partie faible en droit international privé*, in *Recueil des Cours*, t. 188, 1984, V, p. 339 ss.
- POCAR, *Mercato interno ed Atto unico europeo*, in VALENTI (a cura di), *Integrazione europea e promozione dei diritti umani*, Perugia, 1997, vol. I, p. 59 ss.
- POCAR, *Norme di applicazione necessaria e conflitti di leggi in tema di rapporti di lavoro*, in *Riv. dir. int. pr. proc.*, 1967, p. 736.
- PORCARELLI, *La correttezza delle operazioni commerciali: spunti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia delle comunità europee* in *Dir.com.int.*, 1998 p. 225 ss.
- RADICATI DI BROZOLO, *L'ambito di applicazione della legge del paese di origine nella libera prestazione dei servizi bancari nella CEE*, in *Foro it.*, 1990, IV, p. 463.
- RADICATI DI BROZOLO, *Libre circulation dan la CE et règles de conflit*, in LAGARDE, VON HOFFMANN (ed.), *L'eupéanisation du droit international privé, Publications de l'Académie de droit européen de Trèves*, vol. 8, Bundesanzeiger, 1996, p. 89;
- RADICATI DI BROZOLO, *Operazioni bancarie internazionali e conflitti di leggi*, Milano, 1984.
- REICH, *The «Novembre Revolution» of the European Court of Justice: Keck, Meng and Audi Revisited*, in *Common Market Law Rev.*, p. 459 ss.
- Relazione dei professori Giuliano e Lagarde*, pubblicata in *Gazz. Uff. Com. eur.*, n. C 282 del 31 ottobre 1980
- RIGAUX-FALLON, *Droit international privé*, tomo II, 2^{ème} éd., Bruxelles, 1993.
- ROPPO, *Contratti turistici e clausole vessatorie*, in SILINGARDI, ZENO ZENCOVICH (a cura di), *La tutela del turista*, Napoli, 1993, p. 98 s.
- ROSSI, *I cittadini*, in TIZZANO (a cura di), *Il diritto privato cit.*, p. 100 ss.
- ROSSI, *Il "buon funzionamento del mercato comune"*, Milano, 1990.
- ROSSOLILLO, *Mutuo riconoscimento e tecniche conflittuali*, Padova, 2002.

- RUSCELLO, commento all'art. 5, in BIANCA C.M., GIARDINA (a cura di), *Convenzione sulla legge applicabile*, p. 975.
- RUSCELLO, *Commento all'art. 5 della convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma, 19 giugno 1980)*, in *Le nuove leggi civ. comment.*, 1995, p. 975 ss., a p. 982 ss. (spec. pp. 985-6).
- SACCO, DE NOVA, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato* (diretto da Rescigno), *Obbligazioni e contratti*, tomo secondo, 2^a ed., Torino, 1995, p. 111 ss.
- SACERDOTI, FRIGO (a cura di), *La convenzione di Roma sul diritto applicabile ai contratti internazionali*, 2^a ed., Milano, 1994.
- SACERDOTI, *I rapporti con le altre convenzioni e con le norme di diritto comunitario*, in TREVES (a cura di), *Verso una disciplina comunitaria cit.*, p. 67 ss.
- SANTA MARIA, *Diritto commerciale comunitario*, 2^o ed., 1995.
- SARAVALLE, commento all'art. 3, in BIANCA C.M., GIARDINA (a cura di), *Convenzione sulla legge applicabile cit.*, p. 952.
- SAUVEPLANNE, *Consumer Protection in Private International Law*, in *Netherlands int. law rev.*, 1985, p. 100 ss.
- SBOLCI, *La libera circolazione delle merci*, in STROZZI (a cura di), *Diritto dell'Unione europea. Parte speciale*, Torino, 2000, p. 3.
- SCHAPIRA, LE TALLEC, BLAISE, IDOT, *Droit européen des affaires*, 5^{ème} éd. mise à jour, Paris, 1999.
- SCHOCKWEILER, *La porte du principe de non-discrimination de l'article 7 du traité CEE*, in *Riv. Dir. Eur.*, 1991, p. 3 ss.
- SEATZU, *Le nuove basi giuridiche della politica dei consumatori nel trattato di Amsterdam*, in *Dir. com. scambi int.*, 2000, p. 809 ss.
- SIMON, *Art. 129 A*, in COSTANTINESCO, KOVAR, SIMON (sous la direction de), *Traité instituant la CEE. Commentaire cit.*, p. 384.
- SIMON, *Le système juridique communautaire*, 2^{ème} éd., Paris, 1998.
- SNELL, ANDENAS, *Exploring the Outer Limits: Restrictions on the Free Movement of Goods and Services*, in ANDENAS, ROTH (eds.), *Services and Free Movement in EU*, Oxford, 2002, p. 101;
- SNELL, *Goods and Services in EC Law. A Study of the Relationship between the Freedoms*, Oxford, 2002.
- SOUSI-ROUBI, *La convention de Rome et la loi applicable aux contrats bancaires*, in *Rec. Dalloz Sirey*, 1993, n° 26, p. 185 ss.
- SPERDUTI, *Norme di applicazione necessaria e ordine pubblico*, in *Riv. Dir. Int. priv. Proc.*, 1976, p. 469 ss.
- STEINER, *Drawing the Line: Uses and Abuses of Article 30 EEC*, in *Common Market Law Rev.*, 1992, p. 749 ss.
- STUYCK, *European Consumer Law after the Treaty of Amsterdam: Consumer Policy in or beyond the Internal Market*, in *Common Market Law Rev.*, 2000, p. 367 ss.
- TESAURO, *Diritto comunitario*, 3^a ed., Padova, 2003.
- TESAURO, *Eguaglianza e legalità nel diritto comunitario*, in *Dir. Un. Eur.*, 1999., p. 9.
- TESTU, *Le juge et le contrat d'adhésion*, in *Sém. Jur., éd. gén.*, I, 3673, p. 197 ss.
- TILLMAN, *The Relationship between Party Autonomy and the Mandatory Rules in the Rome Convention*, in *Journal Bus. Law*, 2002, p. 45 ss.
- TIZZANO, *Il trattato di Amsterdam*, Padova, 1998.
- TIZZANO, *L'Atto unico europeo e la realizzazione del mercato interno*, in *Foro it.*, 1989, IV, 80;
- TIZZANO, *La «seconda direttiva banche» e il mercato unico dei servizi finanziari*, in *Foro it.*, 1990, IV, c. 423 ss.

- TIZZANO, *La hiérarchie des normes communautaires*, in *Rev. marché unique eur.*, 1995, p. 219 ss.
- TIZZANO, *La libera circolazione dei servizi nella CEE. Profili generali*, in TIZZANO (a cura di), *Professioni e servizi nella CEE*, Padova, 1985, p. 42
- TREVES (a cura di), *Verso una disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti*, Padova, 1983.
- TREVES, *Art. 17 (Norme di applicazione necessaria)*, in POCAR e altri, *Commentario del nuovo diritto internazionale privato*, Padova, 1996, p. 87.
- TREVES, *Il controllo dei cambi nel diritto internazionale privato*, Padova, 1967.
- TREVES, *Norme imperative e di applicazione necessaria nella convenzione di Roma del 19 giugno 1980*, in TREVES (a cura di), *Verso una disciplina comunitaria cit.*, p. 25.
- TREVES, *Un nuovo labirinto normativo in tema di legge applicabile alla vendita: le vendite ai consumatori*, in *Collisio legum. Studi di diritto internazionale privato per Gerardo Broggin*, Milano, 1997, p. 561 ss.
- TRUCHOT, *Articles 49-50*, in *Commentaire Léger*.
- UNIVERSITE LIBRE DE BRUXELLES, UNIVERSITE DE LIEGE, *Observations sur la transformation de la Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles en instrument communautaire ainsi que sur sa modernisation*, par. 31, disponibile sul sito internet www.dipulb.be.
- VAN GERVEN, WOUTERS, *Free Movement of Financial Services and the European Contracts Convention*, in ANDENAS, KENYON-SLADE (eds.), *E.C. Financial Market Regulation and Company Law*, London, 1993, p. 45.
- VAN HUFFEL, *Protection du consommateur par le droit applicable – Obstacles et perspectives*, in *Rev. aff. eur.*, 2001-2002, p. 441.
- VANDERSANDEN, in *Commentaire Mégret*, vol. 1, p. 74 ss.
- VILLANI, *L'azione comunitaria in materia di diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. eur.*, 1981, p. 373 ss.
- VILLANI, *La convenzione di Roma sulla legge applicabile ai contratti*, Bari, 2000.
- VISCHER, *The Antagonism between Legal Security and the Search for Justice in the Field of Contracts*, in *Recueil des cours*, t. 142, 1974, II, p. 60 ss.
- VITELLINO, *Primi appunti sulla direttiva 99/44/CE in tema di vendita e garanzie dei beni di consumo*, in *Consumatori, diritti e mercato*, 2000, p. 106 s.
- VITTA, *Diritto internazionale privato, I. Parte generale*, Torino, 1972, p. 165 ss.
- VOINOT, *Le droit communautaire et l'inopposabilité aux particuliers des règles techniques nationales*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 2003, p. 104.
- VON BOGDANDY, BAST, *I poteri dell'Unione: una questione di competenza. L'ordine verticale delle competenze e proposte per la sua riforma*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. comunitario*, 2002, p. 306 s.
- VON OVERBECK, *Les questions générales du droit international privé à la lumière des codifications et projets récents (Cours général de droit international privé)*, in *Recueil des cours*, t. 176, 1982, III, p. 75 ss.
- VOULGARIS, *Le crédit-bail (leasing) et les institutions analogues en droit international privé*, in *Recueil des cours*, t. 259, 1996, p. 391.
- WAELEBROEK, *Le rôle de la Cour de justice*, in *Cahiers dr. eur.*, 1982, p. 347.
- WAGNER, *The Economics of Harmonization: the Case of Contract Law*, in *Common Market Law Review*, 2002, p. 995 ss.
- WEATHERILL, BEAUMONT, *EC Law*, 2nd ed., London, 1995.
- WEATHERILL, *Consumer Policy*, in CRAIG, de Búrca (eds.), *The evolution of EU Law*, Oxford 1999.

- WEATHERILL, *The Commission's Options for Developing EC Consumer Protection and Contract Law: Assessing the Constitutional Basis*, in *Eur. Bus. Law Rev.*, 2002, p. 506.
- WEATHERILL, *The Evolution of European Consumer Law and Policy: From Well Informed Consumer to Confident Consumer?*, in MICKLITZ (ed.), *Rechtseinheit oder Rechtsvielfalt in Europa*, Baden-Baden, 1996, p. 423 ss.
- WEISS, WOOLDRIDGE, *Free Movement of Persons Within the European Community*, The Hague–London–New York, 2002.
- WILDERSPIN, LEWIS, *Les relations entre le droit communautaire et les règles de conflits de lois des Etats membres*, in *Revue critique dr. int. priv.*, 2002, p. 24 ss.
- WOJEWODA, *Mandatory Rules in Private International Law*, in *Maastricht Journal Eur. Comp. Law*, 2000, p. 183 ss.
- WOUTERS, *Conflict of Laws and the Single Market for Financial Services*, in *Maastricht Journal Eur. Comp. Law*, 1997, pp. 161 ss. e 284 ss.

SENTENZE DELLA CORTE DI GIUSTIZIA

- 10 dicembre 1968, causa 7/68, *Comm. c. Italia*, in *Raccolta*, p. 561 ss.
- 1 luglio 1969, nelle cause riunite 2-3/69, *Sociaalfonds*, in *Raccolta*, p. 211 ss.
- 1° giugno 1974, in causa 2/74, *Reyners*, in *Raccolta*, p. 631
- 3 dicembre 1974, in causa 33/74, *Van Binsbergen*, in *Raccolta*, p. 1299
- 22 marzo 1977, in causa 74/76, *Iannelli e Volpi*, in *Raccolta*, p. 557
- 24 ottobre 1978, in causa 15/78, *Koestler*, in *Raccolta*, p. 1971 ss.,
- 20 febbraio 1979, in causa 120/78, *Rewe-Zentral*, in *Raccolta*, p. 649 ss.
- 9 febbraio 1982, in causa 270/80, *Polydor*, in *Raccolta* p. 329 ss.
- 5 maggio 1982, in causa 15/81, *Schul*, in *Raccolta* p. 1409 ss.
- 10 novembre 1982, in causa 261/81, *Rau*, in *Raccolta*, p. 3961 ss.
- 5 aprile 1984, nelle cause riunite 177 e 178/82, *Van de Haar*, in *Raccolta*, p. 1797
- 31 gennaio 1984, nelle cause riunite 286/82 e 26/83, *Luisi e Carbone*, in *raccolta*, p. 377 ss.
- 11 luglio 1984, in causa 8/74, *Dassonville*, in *Raccolta*, p. 837 ss.
- 26 febbraio 1986, in causa 152/84, *Marshall*, in *Raccolta*, p. 723 ss.
- 4 dicembre 1986, in causa 205/84, *Comm. c. Germania*, in *Raccolta*, p. 3755 ss.
- 1 ottobre 1987, in causa 311/85, *ASBL Vereniging van Vlaamse Reisbureaus*, in *Raccolta*, p. 3801.
- 8 ottobre 1987, in causa 80/86, *Nijmegen BV*, in *Raccolta*, p. 3969 ss.
- 2 febbraio 1989, in causa 186/87, *Cowan*, in *Raccolta*, p. 195 ss.
- 11 maggio 1989, in causa 25/88, *Bouchara*, in *Raccolta*, p. I-1105 ss.
- 23 novembre 1989, in causa 150/88, *Parfumerie-Fabrik 4711*, in *Raccolta*, p. 3891 ss.
- 13 dicembre 1989, in causa C-49/89, *Corsica Ferries France*, in *Raccolta* p. 4441 ss.
- 7 marzo 1990, in causa C-362/88, *GB-INNO-BM*, in *Raccolta*, p. I- 667 ss.
- 13 dicembre 1990, in causa C-238/89, *Pall*, in *Raccolta*, p. I-4827 ss.
- 24 gennaio 1991, in causa C-339/89, *Alsthom Atlantique*, in *Raccolta*, p. I-107 ss.
- 14 marzo 1991, in causa C-361/89, *Di Pinto*, in *Raccolta*, p. I-118 ss.
- 25 luglio 1991, in causa C-76/90, *Säger*, in *Raccolta* p. I-4221 ss.
- 26 febbraio 1992, in causa C-280/90, *Hacker c. Euro-Relais*, in *Raccolta*, p. I-1111 ss.
- 9 giugno 1992, in causa C-47/90, *Delhaize*, in *Raccolta*, p. I-3669
- 7 luglio 1992, in causa C-369/90, *Micheletti*, in *Raccolta*, p. I-4239 ss.
- 19 gennaio 1993, in causa C-89/91, *Shearson Lehman Hutton*, in *Raccolta*, p. I-139 ss., punto 14
- 31 marzo 1993, in causa C-19/92, *Kraus*, in *Raccolta*, p. I-1663 ss.
- 18 maggio 1993, in causa C-126/91, *Yves Rocher*, in *Raccolta*, p. I-2361 ss.
- 12 ottobre 1993, in causa C-37/92, *Vanacker e Lesage*, in *Raccolta*, p. I-4947 ss.
- 24 novembre 1993, nelle cause riunite C-267/91 e C-268/91, *Keck et Mithouard*, in *Raccolta*, p. I-6097 ss.
- 2 febbraio 1994, in causa C-315/92, *Verband Sozialer Wettbewerb*, in *Raccolta*, p. I-317 ss.
- 15 marzo 1994, in causa C-45/93, *Comm. c. Spagna*, in *Raccolta*, p. I-911 ss.
- 24 marzo 1994, in causa C-275/92, *Schindler*, in *Raccolta*, p. I-1039 ss.
- 17 maggio 1994, causa C-41/93, *Francia c. Comm.*, in *Raccolta*, p. I-1829 ss.
- 14 luglio 1994, in causa C-379/92, *Peralta*, in *Raccolta*, p. I-3453 ss.
- 14 luglio 1994, in causa C-91/92, *Faccini Dori*, in *Raccolta*, p. I-3325 ss.
- 9 agosto 1994, in causa C-51/93, *Meyhui*, in *Raccolta*, p. 3879 ss.
- parere 1/94 del 15 novembre 1994, sulla conclusione degli accordi allegati all'Accordo istitutivo dell'Organizzazione mondiale del commercio, in *Raccolta*, p. I-5267 ss.
- 10 maggio 1995, causa C-384/93, *Alpine Investments*, in *Raccolta*, p. I- 1141 ss.
- 29 giugno 1995, in causa C-456/93, *Langguth*, in *Raccolta*, p. I-1737 ss.

6 luglio 1995, in causa C-470/93, *Mars*, in *Raccolta*, p. I-1923 ss.

14 novembre 1995, in causa C-484/93, *Svensonn & Gustavsonn*, in *Raccolta*, p. I- 3955 ss.

30 novembre 1995, in causa C-55/94, *Gebhard*, in *Raccolta*, p. I-4165 ss.

11 luglio 1996, nelle cause riunite C-427/93, C-429/93, e C-436/93, *Bristol-Myers Squibb e altri*.

7 marzo 1996, in causa C-192/94, *El Corte Inglés*, in *Raccolta*, p. I-1281 ss. con nota di STUYCK, in *Common Market Law Rev.*, 1996, p. 1261 ss.

7 maggio 1997, nelle cause riunite C-321/94, C-322/94, C-323/94 e C-324/94, in *Raccolta*, p. I-2343 ss.

13 maggio 1997, in causa C-233/94, *Germania c. Parlamento e Consiglio*, in *Raccolta*, p. I-2405 ss.

5 giugno 1997, nelle cause riunite C-64/96 e C-65/96, *Uecker e Jacquet*, in *Raccolta*, p. I-3171 ss.

17 giugno 1997, in causa C-70/95, *Sodemare*, in *Raccolta*, p. I-3395 ss.

25 giugno 1997, in causa C-114/96, *Kieffer e Thill*, in *Raccolta*, p. I-3629ss.

3 luglio 1997, in causa C-269/95, *Benincasa*, in *Raccolta*, p. I-3767 ss., punto 14 ss.

9 luglio 1997, in causa C-222/95, *Parodi*, in *Raccolta*, p. I-3899 ss.

9 luglio 1997, nelle cause riunite da C-34/95 a C-36/95, *De Agostini e TV-Shop*, in *Raccolta*, p. I-3843 ss.

9 dicembre 1997, in causa C-265/95, *Commissione c. Francia*, in *Raccolta*, p. I- 6959

1 dicembre 1998, in causa C-410/96, *Ambry*, in *Raccolta*, p. I-7875 ss.

28 aprile 1998, in causa C-118/97, *Safir*, in *Raccolta*, p. I- 1897 ss.

28 aprile 1998, in causa C-158/96, *Kohll*, in *Raccolta*, p. I-1931 ss.

30 aprile 1998, in causa C-215/97, *Bellone*, in *Raccolta*, p. I- ss.,

16 luglio 1998, in causa C-210/96, *Tuski*, in *Raccolta*, p. I-4657 ss.

19 gennaio 1999, in causa C-348/96, *Donatella Calfa*, in *Raccolta*, p. I-11 ss.

21 settembre 1999, in causa C-124/97, *Läärä*, in *Raccolta*, p. I-6067 ss.

21 ottobre 1999, in causa C-97/98, *Jägerskiöld*, in *Raccolta*, p. I-7319 ss.

28 ottobre 1999, in causa C-55/98, *Vestergaard*, in *Raccolta*, p. I-7641 ss.

23 novembre 1999, cause riunite C-369/96 e C-376/96, *Arblade e Leloup*, in *Raccolta*, I-8453 ss.

28 novembre 1999, in causa C-6/98, in *Raccolta*, p. I-7599 ss.

13 gennaio 2000, in causa C-220/98, *Estée Lauder*, in *Raccolta*, p. I-117 ss.

27 gennaio 2000, in causa C-8/98, *Dansommer*, in *Raccolta*, p. I-393 ss., spec. punto 29 ss.

15 febbraio 2000, in causa C-169/98, *Commissione c. Francia*, in *Raccolta*, p. I- ss.

9 marzo 2000, in causa C-358/98, *Comm. c. Italia*, in *Raccolta*, p. I- ss.

23 marzo 2000, in causa C-208/98, *Brauerei*, in *Raccolta*, p. I- ss.

4 aprile 2000, in causa C-465/98, *Darbo*, in *Raccolta* p. 2297 ss.

27 giugno 2000, nelle cause riunite da C-240/98 a C-244/98, *Océano Grupo Editorial*, in *Raccolta*, p. I-1491 ss.

13 luglio 2000, in causa C-456/98, *Centrosteeel*, in *Raccolta*, p. I- ss.

5 ottobre 2000, in causa C-376/98, *Germania c. Parl. Eur. e Consiglio*, in *Raccolta*, p. I-8419 ss.

5 dicembre 2000, in causa C-448/98, *Guimont*, in *Raccolta*, p. I-10663 ss.

1 gennaio 2001, in causa C-108/96, *Mac Quen*, in *Raccolta*, p. I-837 ss.

20 febbraio 2001, in causa C-205/99, *Analir*, in *Raccolta*, p. I-1271 ss.

13 marzo 2001, in causa C-379/98, *PreussenElektra*, in *Raccolta*, p. I-2099 ss.

15 marzo 2001, causa C-165/98, *Mazzoleni e ISA*, in *Raccolta*, p. I-2189 ss.

5 aprile 2001, in causa C-123/00, *Bellamy*, in *Raccolta*, p. I-2795 ss.

29 maggio 2001, in causa C-263/99, *Comm. c. Italia*, in *Raccolta*, p. I-4195 ss.

- 13 settembre 2001, in causa C-169/99, *Schwarzkopf*, in *Raccolta*, p. I-5901
- 25 ottobre 2001, in causa C-493/99, *Comm. c. Germania*, in *Raccolta*, p. I-8163 ss.
- 25 ottobre 2001, cause riunite C-49/98, C-50/98, da C-52/98 a C-54/98 e da C-68/98 a C-71/98, *Finalarte*, in *Raccolta*, p. I- 7831 ss.
- 22 novembre 2001, nelle cause riunite C-541/99 e C-542/99, *Cape c. Idealservice*, in *Raccolta*, p. I-9049 ss., con nota di LUBY, *Notion de consommateur: ne vous arrêtez pas à l'apparence!*, in *Contrats-Concurrence-Consommation*, juillet 2002, p. 4 ss.
- 13 dicembre 2001, in causa C-324/99, *DaimlerChrysler*, in *Raccolta*, p. I-9897 ss.
- 22 gennaio 2002, in causa C-390/99, *Canal Satellite Digital*, non ancora pubblicata in *Raccolta*
- 24 gennaio 2002, in causa C-372/99, *Comm. c. Italia*, in *Raccolta*, p. I-819 ss.
- 24 gennaio 2002, causa C-164/99, *Portugaia Construções*, in *Raccolta*, p. I-787 ss.
- 5 marzo 2002, nelle cause riunite C-515/99 e altri, *Reisch e altri*,
- 5 marzo 2002, nelle cause riunite C-515/99, da C-519/99 a C-524/99 e da C-526/99 a C-540/99, *Reisch*, in *Raccolta*, p. I-2157 ss.
- 21 marzo 2002, in causa C-451/99, *Cura Anlagen*
- 25 aprile 2002, in causa C-154/00, *Comm. c. Grecia*, non ancora pubblicati in *Raccolta*.
- 25 aprile 2002, in causa C-52/00, *Comm. c. Francia*, non ancora pubblicati in *Raccolta*.
- 25 aprile 2002, in causa C-183/00, *González Sánchez*, non ancora pubblicati in *Raccolta*.
- 24 ottobre 2002, in causa C-99/01, *Linhart*
- 5 novembre 2002, in causa C-208/00, *Überseering*, non ancora pubblicata in *Raccolta*
- 21 novembre 2002, in causa C-436/00, *Riksskatteverket*, non ancora pubblicata in *Raccolta*
- 10 dicembre 2002, in causa C-491/01, *British American Tobacco*, punto 60 ss.
- 13 febbraio 2003, in causa C- 131/01, *Comm. c. Italia*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, punto 26
- 8 maggio 2003, in causa C-14/02, *ATRAL*
- 20 maggio 2003, in causa C-469/00, *Grana Padano*, non ancora pubblicata in *Raccolta*.
- 20 maggio 2003, in causa C-108/01, *Consorzio prosciutto di Parma*, non ancora pubblicata in *Raccolta*.
- 12 giugno 2003, in causa C-112/00, *Schmidberger*, non ancora pubblicata in *Raccolta*
- 19 giugno 2003, in causa C-420/01, *Commissione c. Italia*, non ancora pubblicata in *Raccolta*
- 7 luglio 2002, in causa C-279/00, *Comm. c. Italia*, in *Raccolta*, p. I-1425 ss.
- 11 settembre 2003, in causa C-6/01, *Anomar*, non ancora pubblicata in *Raccolta*.
- 23 settembre 2003, in causa C-192/01, *Comm. c. Danimarca*, non ancora pubblicate in *Raccolta*
- 30 settembre 2003, in causa C-167/01, *Inspire Art*
- 2 ottobre 2003, in causa C-12/02, *Grilli*, non ancora pubblicata in *Raccolta*
- 2 ottobre 2003, in causa C-148/02, *Garcia Avello*, non ancora pubblicata in *Raccolta*
- 6 novembre 2003, in causa C-358/01, *Commissione c. Spagna*, non ancora pubblicata in *Raccolta*.
- 6 novembre 2003, in causa C-243/01, *Gambelli*, non ancora pubblicata in *Raccolta*
- 11 dicembre 2003, in causa C-322/01, *Deutscher Apothekerverband*
- 11 dicembre 2003, in causa C-298/02 *Amor*

COMUNICAZIONI INTERPRETATIVE DELLA COMMISSIONE EUROPEA.

Comunicazione interpretativa della sentenza Cassis de Dijon del 3 ottobre 1980, in *Gazz. Uff. Com. eur.*, n. C 256 del 3 ottobre 1980.

Comunicazione interpretativa concernente la libera circolazione dei servizi, in *Gazz. Uff. Com. eur.*, n. C 334 del 9 dicembre 1993.

Comunicazione interpretativa relativa alla «Libera prestazione dei servizi e interesse generale nella seconda direttiva bancaria» del 20 giugno 1997, in *Gazz. Uff. com. eur.*, n. C 209 del 10 luglio 1997.

Comunicazione interpretativa relativa alla «Libera prestazione dei servizi e interesse generale nel settore delle assicurazioni» del 2 febbraio 2000, in *Gazz. Uff. com. eur.*, n. C 43 del 16 febbraio 2000.

Comunicazione della Commissione del 7 maggio 2002, «Strategia per la politica dei consumatori 2002-2006», COM (2002) 208 def.

Comunicazione della Commissione del 12 febbraio 2003, *Maggiore coerenza nel diritto contrattuale europeo. Un piano d'azione*, in *Gazz. Uff. Com. eur.*, n. C 63 del 15 marzo 2003

Libro verde «sulla trasformazione della convenzione di Roma del 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali in strumento comunitario e sul rinnovamento della medesima», COM (2002) 654 def.

Libro verde sulle garanzie dei beni di consumo e dei servizi post-vendita, presentato dalla Commissione il 15 novembre 1993, COM (93) 509 def., spec. p. 83 ss.

programma preliminare della Comunità per una politica di protezione e di informazione del consumatore fu approvato dal Consiglio, su proposta della Commissione, con risoluzione del 14 aprile 1975, pubblicata in *Gazz. Uff. Com. Eur.*, n. C 92 del 25 aprile 1975

risoluzione del Consiglio del 28 giugno 1999, sulla politica dei consumatori 1999-2001, in *Gazz. Uff. Com. eur.*, n. C 206 del 1999

GIURISPRUDENZA NAZIONALE.

ITALIA

Cass., sez. 3^a civ., 3 ottobre 2003

Cassazione, 6 settembre 1980 n. 5156 (in *Riv. dir. int. pr. proc.*, 1981, p. 923 ss.)

Cassazione, 9 novembre 1981 n. 5924 (in *Riv. dir. int. pr. proc.*, 1982, p. 619).

FRANCIA

Cour de Cassation, 5 mars 2002, in *Rev. eur. dr. consom.*, 2002, p. 61 ss., con nota di DE MATOS, *La législation française sur les clauses abusives est-elle applicable à un contrat entre une personne publique et une société commerciale?*

Cour de Cassation, ch. comm., 13 marzo 2001, n. 96-20840

Cour de Cassation, ch. comm., 2 luglio 2002, n. 00-21404

Cour de Cassation, ch. comm., 26 marzo 2002, n. 98-23378

Cour de Cassation, ch. comm., 9 luglio 2002, n. 00-21284.

Cour de cassation (Ch. soc.), 31 maggio 1972,

Cour de cassation (Ch. soc.), 25 maggio 1977,

Cour de cassation (Ch. soc.), 31 marzo 1978,

Cour de cassation (Ch. soc.), 25 gennaio 1984

Cour de cassation (Ch. soc.), 7 maggio 1987.

Corte di cassazione francese del 12 novembre 2002, in *Revue critique*, 2003, p. 446 ss.

Corte di cassazione francese del 19 ottobre 1999, in *Revue critique*, 2000, p. 29 ss. con nota di LAGARDE, e in *Journal dr. int.*, 2000, p. 328 ss. con nota di RACINE.

Tribunal de grande instance de Dunkerque, 19 febbraio 1986, in *Journal dr. int.*, 1986, p. 713 ss. con nota di KAHN

GERMANIA

sentenza Bundesgerichtshof, 19 marzo 1997, in *Revue critique*, 1998, p. 610 ss., con nota di LAGARDE, *ivi*, p. 619 ss.

LUSSEMBURGO

Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, 27 marzo 1990, in *Riv. dir. int. pr. proc.*, 1991, p. 1097 ss.