

QUADERNI DEL DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
DELL'UNIVERSITÀ DI TORINO

5/2017

L'ARMONIZZAZIONE DEL DIRITTO EUROPEO:
IL RUOLO DELLE CORTI

A CURA DI
PAOLO GALLO,
GEO MAGRI,
MARGHERITA SALVADORI

Prefazione di Christian von Bar

Ledizioni

Opera finanziata con il contributo del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino

Il presente volume è stato preliminarmente sottoposto a un processo di referaggio anonimo, nel rispetto dell'anonimato sia degli autori, sia dei curatori, sia dei revisori (double blind peer review). La valutazione è stata affidata a due esperti del tema trattato, designati dal Direttore del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino. Entrambi i revisori hanno formulato un giudizio positivo sull'opportunità di pubblicare il presente volume.

© 2017 Ledizioni LediPublishing

Via Alamanni, 11 – 20141 Milano – Italy
www.ledizioni.it
info@ledizioni.it

L'armonizzazione del Diritto europeo: il ruolo delle Corti, a cura di Paolo Gallo, Geo Magri, Margherita Salvadori.

Prima edizione: dicembre 2017
ISBN 9788867057009

Progetto grafico: ufficio grafico Ledizioni

Informazioni sul catalogo e sulle ristampe dell'editore: www.ledizioni.it

Le riproduzioni a uso differente da quello personale potranno avvenire, per un numero di pagine non superiore al 15% del presente volume, solo a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da Ledizioni.

Indice

CHRISTIAN VON BAR Vorwort/Premessa (traduzione a cura di Geo Magri)	9
Sezione I: L'armonizzazione e l'uniformazione del diritto privato europeo	
FABRIZIO CAFAGGI, MARGHERITA SALVADORI Dialogo istituzionale e diritto europeo dei consumatori: Il trilogio giudiziale ed amministrativo, strumenti ed effetti	15
FABRIZIO CAFAGGI, FEDERICA CASAROSA L'effettività dei rimedi nelle interazioni giudiziali fra corti nazionali e corti europee	55
GEO MAGRI L'armonizzazione del diritto europeo attraverso il DCFR	87
PIERALBERTO MENGOZZI Il DCFR, il Manifesto sulla giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti e la proposta di regolamento per un diritto comune della vendita	109

Sezione II:
Il ruolo delle corti

PAOLO GALLO L'armonizzazione del diritto ed il ruolo delle corti	121
OMBRETTA SALVETTI L'utilizzo del diritto comparato nella giurisprudenza italiana in tema di fatti illeciti	133
GEO MAGRI Il DCFR come "scatola per gli attrezzi" per il giudice italiano	145
GALATEIA (TINA) KALOUTA (traduzione a cura di Giovanna Debernardi) Il DCFR nella giurisprudenza delle Corti – La rielaborazione del diritto comparato	173
CELIA MARTÍNEZ-ESCRIBANO (traduzione a cura di Ennio Piovesani) L'incidenza del DCRF sulla giurisprudenza spagnola	211

Elenco degli autori

Christian von Bar Professore di diritto privato e di diritto internazionale privato, Università di Osnabrück, Fondatore e direttore dello European Legal Studies Institute, Università di Osnabrück

Fabrizio Cafaggi: Professore di diritto privato Università di Trento, Istituto Univesitario Europeo, Scuola Nazionale dell'Amministrazione

Federica Casarosa: Ricercatrice presso il Centre for Judicial Cooperation at the European University Institute, Firenze

Giovanna Debernardi: Dottore di ricerca Università di Torino e Nizza, A.T.E.R. presso l'Università di Nizza

Galateia (Tina) Kalouta: LL.M. Monaco, Ricercatrice presso l'Università di Osnabrück

Paolo Gallo: Professore di diritto civile, Università di Torino

Geo Magri: Ricercatore presso lo European Legal Studies Institute dell'Università di Osnabrück

Celia Martínez-Escribano: Professore di diritto civile presso la Facoltà di giurisprudenza dell'Università di Valladolid

Pieralberto Mengozzi: Professore di Diritto dell'Unione europea presso l'Università di Bologna

Ennio Piovesani: Dottorando di ricerca, Università di Torino

Margherita Salvadori: Professore di diritto internazionale privato e processuale presso Università di Torino

Ombretta Salvetti: Presidente della III sezione civile della Corte d'Appello di Torino

VORWORT

Christian von Bar

Dies ist ein wichtiges Buch. Es könnte dazu beitragen, den Prozess der Europäisierung des Privatrechts neu zu beleben. Die heftigen Debatten, die das Erscheinen des DCFR begleitet haben, sind abgeklungen. Heute sehen wir ihn mit mehr Abstand, würdigen den enormen Einfluss, den er weltweit gewinnen konnte, und erkennen seine Stärken und seine Schwächen. Die Grundidee, einen Referenzrahmen zu schaffen, der der nationalen Privatrechtsentwicklung als Inspirationsquelle dienen kann, hat sich als richtig erwiesen. Sie hat aus meiner Sicht nichts von ihrer Faszination verloren. Die Herausgeber und Autoren dieses Buches sehen das ebenso und lenken ihr Augenmerk mit Recht vor allem auf die Rechtsprechung. Vielfach waren es bemerkenswerterweise die außervertraglichen Materien des DCFR, die in der nationalen Rechtsprechung und Gesetzgebung auf besondere Aufmerksamkeit gestoßen sind; europäisches Privatrecht ist eben mehr, als nur Konsumentenschutz und Binnenmarktregulierung. Umgekehrt hat das italienische Recht mit seinen zahlreichen Innovationen tiefe Spuren in vielen Teilen des DCFR hinterlassen.

Die „Krise“ der Europäischen Union (wenn es denn je eine gab), ist überstanden, der Gang des Vereinigten Königreichs in die Isolation kaum noch mehr als ein Randgeschehen. Die Europäer spüren, was die Union wirklich bedeutet. Das betrifft auch das Privatrecht. Seine Zukunft ist europäisch, oder es hat keine Zukunft. Der italienischen Rechtswissenschaft fällt in dieser Situation eine besondere Rolle zu. Italien gehört zu den großen Laboratorien des Privatrechts mit internationaler Strahlkraft. Neue europäische Impulse aus Italien sind heute wichtiger denn je; sie senden ein Signal der Hoffnung.

Premessa

*Christian von Bar*¹

Questo è un libro importante, perché può contribuire a percepire il processo di europeizzazione del diritto privato in un modo nuovo. Gli accesi dibattiti, che hanno accompagnato la pubblicazione del DCFR si sono placati. Oggi possiamo valutarlo con un maggiore distacco, apprezzare la notevole influenza che esso potrebbe esercitare nel mondo, riconoscendone i punti di forza e quelli di debolezza. L'idea di fondo di creare un quadro di riferimento che possa essere una fonte di ispirazione per i diritti nazionali si è rivelata vincente. Essa, a mio parere, ha conservato intatto tutto il suo fascino. Gli autori e i curatori di questo libro la pensano nello stesso modo e hanno concentrato la loro attenzione prima di tutto e opportunamente sul ruolo della giurisprudenza.

Per molti aspetti le materie disciplinate dal DCFR che hanno attratto maggiormente l'interesse della giurisprudenza e dei legislatori nazionali sono quelle estranee all'area contrattuale; questo dimostra che il diritto privato europeo è molto più che la sola protezione del consumatore o la disciplina del mercato interno. Il diritto italiano, in questo contesto, con le sue numerose peculiarità e innovazioni, ha lasciato tracce profonde in molte parti del DCFR, tracce che, grazie al DCFR, si possono ora propagare negli altri ordinamenti europei.

La "crisi" dell'Unione Europea (ammesso che realmente ce ne sia stata una) è ormai alle nostre spalle; anche l'uscita del Regno Unito e la sua scelta isolazionista si sono rivelate nulla più che un evento periferico. Gli europei avvertono ciò che l'Unione significa davvero per la loro quotidianità e ciò riguarda anche il diritto privato: il suo futuro o è europeo o non esiste. Alla scienza giuridica italiana compete un ruolo particolarmente importante: l'Italia è uno dei grandi laboratori del diritto privato europeo e ciò che viene elaborato in Italia ha ricadute anche in ambito internazionale. Nuovi impulsi dall'Italia sono oggi più importanti che mai, poiché essi inviano un segnale di speranza.

1 Tr. it. a cura di Geo Magri.

Sezione I:

L'armonizzazione e l'uniformazione del diritto privato europeo

FABRIZIO CAFAGGI, MARGHERITA SALVADORI

Dialogo istituzionale e diritto europeo dei consumatori: il trilogio giudiziale ed amministrativo, strumenti ed effetti¹

Sommario: 1. Introduzione; – 2. Triloghi, tetraloghi e conflitti tra norme; – 3. La geometria del dialogo ed i suoi effetti sulla tutela del consumatore; – 4. Interazioni giudiziali strategiche tra conflitto e cooperazione; – 5. La tutela giurisdizionale ed amministrativa europea del diritto dei consumatori alla luce del trilogio istituzionale; – 6. Triloghi istituzionali e parametri di cambiamento; – 7. Una breve conclusione sul rapporto tra dialogo e tutele

1. Introduzione

L'attuazione del diritto del consumo si caratterizza per la combinazione dei regimi giudiziali ed amministrativi che coinvolgono le istituzioni europee e nazionali². Il principio di leale cooperazione, espresso nell'art. 4.3 TUE, impone l'impegno di un dialogo istituzionale basato sulla leale colla-

1 Questo testo costituisce una versione tradotta, integrata e rivista di un capitolo Fabrizio CAFAGGI, *On the Transformations of European Consumer Enforcement Law: Judicial and Administrative Trialogues, Instruments and Effects*, pubblicato nel volume *Judicial cooperation in European private law*, Edward Elgar, 2017 (F. CAFAGGI e S. LAW eds).

La traduzione e l'aggiornamento relativo al regolamento (UE) 2017/2394 sono stati curati da Margherita Salvadori.

L'articolo si è giovato del lavoro collettivo svolto nell'ambito del progetto ACTIONES, v. <https://www.eui.eu/Projects/CentreForJudicialCooperation/Projects/ACTIONES/ACTIONES>. Un grande ringraziamento va anche a Julio Baquero Cruz e Hans Micklitz per la proficua conversazione sulla CGUE.

2 L'ambito della cooperazione giudiziaria riguarda sia quella civile sia quella penale. In questo lavoro il focus è sulla cooperazione giudiziaria in materia civile, non quella penale.

borazione.³ Gli Stati membri sono tenuti (art. 19 TFUE) a predisporre rimedi per una tutela giurisdizionale effettiva⁴.

La Carta dei diritti fondamentali (CDR) e, in particolare l'art. 47 CDR e l'art. 41, svolgono un ruolo sempre maggiore nel plasmare l'attuazione sia dinanzi alle corti sia di fronte alle autorità amministrative che hanno competenza ad amministrare rimedi ed irrogare sanzioni.

La separazione tra i diritti (a livello UE) e rimedi (a livello degli Stati membri) si è ridotta, sulla scorta dei principi di equivalenza e di effettività (a livello UE).⁵ Il principio di effettività, in particolare, ha consentito alla Corte di giustizia (CGUE) di riconfigurare il rapporto tra diritto sostanziale e processuale, ampliando poteri e responsabilità del giudice⁶. I diritti fondamentali ed in particolare il diritto al giusto processo ed all'effettiva protezione giudiziale influenzano sempre più la tutela amministrativa e la giurisdizione civile.⁷

Il ruolo dell'art. 47 CDF nel plasmare la relazione tra le due forme di tutela deve essere ancora meglio definito⁸. In particolare in che modo l'effettività

3 Vedi sentenza C-34/13 *Kušionová* EU:C:2014:2189. In particolare, in base alla giurisprudenza costante della Corte relativa al principio di leale cooperazione, ora sancito dall'articolo 4 (3) TUE gli Stati membri, pur conservando la scelta delle sanzioni, devono assicurare che le violazioni del diritto dell'Unione siano sanzionate in modo effettivo, proporzionato e dissuasivo (si veda a tal fine la sentenza nel caso C-565/12 *LCL Le Crédit Lyonnais* EU:C:2014:190, par. 44 e la giurisprudenza ivi citata).

4 Cfr. *Berlioz* C 682/15, "44 A norma dell'articolo 47 della Carta, intitolato «Diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale», ogni individuo i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice. A tale diritto corrisponde l'obbligo imposto agli Stati membri dall'articolo 19, paragrafo 1, secondo comma, TUE di stabilire i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione.

5 Vedi Norbert REICH, *General Principles of EU Civil Law* (Intersentia 2014) 89, nel quale l'autore distingue tra *eliminatory*, *hermeneutical* e *remedial functions* del principio di effettività.

6 Cfr. N. LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 102 ss. part. 131 ss.

7 Vedi in relazione alla concorrenza, Corte EDU, Caso *Menarini Diagnostics S.r.L. v Italy*, decisione del 27 settembre 2011, App. No. 43509/08.

8 Vedi Koen LENAERTS, *Effective Judicial Protection in the EU* (reperibile in: <http://ec.europa.eu/justice/events/assises-justice-2013/files/interventions/koenlenarts.pdf>; ultimo accesso 29/9/2017); Marek SAFJAN e Dominik DUSTERHAUS, *A Union of Effective Judicial Protection* (2014) 33 YEL 15, che coniuga i principi *Rewe* e l'art. 47 CFR. Essi suggeriscono che la interrelazione può portare a quattro diversi scenari: *superposition*, *coexistence*, *infusion* ed *exclusivity*. Steve PEERS *et al* (eds), *The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary* (Hart, Oxford; 2014) e ivi Herwig HOFFMAN *et al*, *Commentary on Art. 47: Right to an Effective Remedy and to a Fair Trial*, 1197.

della cooperazione tra autorità amministrative e tra Corti possa incidere sul diritto ad una tutela effettiva del consumatore singolo o collettivo. Nella prospettiva suggerita la cooperazione ed il dialogo non costituiscono ‘questioni’ interne delle amministrazioni, o delle corti, ma parte dell’architettura istituzionale diretta ad assicurare rimedi efficaci ai cittadini europei. Se e come il dialogo prende luogo non è pertanto irrilevante per garantire la tutela dei diritti individuali e collettivi. Ad esempio nell’ambito della cooperazione tra autorità si definiscono contenuti e strumenti per garantire una tutela efficace. Di conseguenza le illegittimità che occorrono nell’ambito del dialogo possono dar luogo a pretese azionabili anche quando l’origine della illegittimità derivi da un vizio procedimentale dell’autorità amministrativa richiedente la cooperazione che si riflette sull’atto, anche sanzionatorio, dell’autorità amministrativa cui la cooperazione è richiesta⁹. Ne deriva che i principi di cui all’art. 47 CDF nel caso di sindacato giurisdizionale su atti dell’amministrazione si applicano non solo alla sanzione irrogata ma anche alla legittimità della decisione amministrativa e, dunque, indirettamente alla cooperazione¹⁰.

Chiaramente, è molto più frequente e rilevante il riferimento all’art. 47 CDF da parte delle Corti rispetto alle autorità amministrative indipendenti. Peralto anche la tutela amministrativa è stata influenzata dal principio di buona amministrazione che include altresì il diritto a rimedi effettivi in capo all’amministrato.

Il ruolo delle corti nazionali nell’attuazione del diritto UE è stato da molto tempo riconosciuto.¹¹ Tuttavia, i modi di interazione tra tutela ammini-

9 Con ampi limiti cfr. CGUE *Sabou* C 276/12.

10 Cfr. *Berlioz* C-682/15 par. 83 “Per quanto concerne, in secondo luogo, il sindacato del giudice adito con un ricorso di un amministrato avverso la sanzione inflittagli sul fondamento di una decisione di ingiunzione emessa dall’autorità interpellata per ottemperare alla domanda di informazioni sottoposta dall’autorità richiedente, tale sindacato può non solo vertere sulla proporzionalità di detta sanzione e condurre, eventualmente, a una sua modifica, bensì anche riguardare la legittimità di detta decisione, come emerge dalla risposta alla seconda questione. [84] A tal riguardo, l’efficacia del sindacato giurisdizionale garantito dall’articolo 47 della Carta presuppone che la motivazione fornita dall’autorità richiedente ponga il giudice nazionale in condizione di esercitare il controllo sulla legittimità della richiesta di informazioni (v., in tal senso, sentenze del 4 giugno 2013, *ZZ*, C-300/11, EU:C:2013:363, punto 53, e del 23 ottobre 2014, *Unitrading*, C-437/13, EU:C:2014:2318, punto 20 par. 56). Di conseguenza, come ha rilevato l’avvocato generale al paragrafo 80 delle conclusioni, il giudice nazionale, adito con un ricorso avverso la sanzione amministrativa pecuniaria inflitta al singolo per l’inosservanza della decisione di ingiunzione, deve poter esaminare la legittimità di quest’ultima, affinché quanto sancito dall’articolo 47 della Carta sia rispettato”.

11 Vedi Joseph H. H. WEILER, *The Transformation of Europe* (1991) 100 *Yale L.J.*, 2403; Walter VAN GERVEN, *Of Rights, Remedies and Procedures* (2000) 37 *CMLR*, 501; e A. SWEET

strativa e giudiziale non sono stati inizialmente considerati; negli anni recenti una crescente attenzione è stata dedicata al coordinamento dei diversi meccanismi di tutela.¹² Per questa ragione l'articolo si propone di esaminare le criticità del disegno istituzionale dell'interazione tra Corti ed autorità amministrative che esercitano poteri giurisdizionali in senso lato alla luce della giurisprudenza europea in materia di effettività e di diritto ad un rimedio effettivo (in particolare art. 47 CDF).¹³

L'analisi affronta e compara le diverse forme di dialogo istituzionale che hanno caratterizzato l'attuazione giudiziale e amministrativa del diritto del consumo e il potenziale ruolo dell'art. 47 CDF riguardante il diritto a una tutela giudiziale effettiva.¹⁴

Il dialogo istituzionale tra organi giurisdizionali europei e nazionali ha rappresentato un'importante spinta di innovazione legislativa nel diritto europeo del consumo.¹⁵ I diversi livelli di giurisdizione non sono separati ma piuttosto interagiscono continuamente, spesso in modo strategico. Tale interazione ha forma dialogica. Il dialogo si può articolare tra corti nazionali

STONE, *The Judicial Construction of Europe* (OUP 2004).

12 Vedi Fabrizio CAFAGGI e Hans-Wolfgang MICKLITZ, *New Frontiers of Consumer Protection – The Interplay between Private and Public Enforcement* (Intersentia 2009); Olha O. CHEREDNYCHENKO, *Editorial – Public and Private Enforcement of European Private Law: Perspectives and Challenges*, 2015, *ERPL*, 23, 481 e Hans-Wolfgang MICKLITZ, *The Transformation of Enforcement in European Private Law: Preliminary Considerations*, 2015, 23, 40 *ERPL*, 491.

13 Si basa sull'analisi condotta circa dieci anni fa. Vedi Fabrizio CAFAGGI, *The Great Transformation: Administrative and Judicial Enforcement in Consumer Protection: A Remedial Perspective*, 2009, 21, *Loyola Consumer Law Review*, 496.

14 Per una panoramica si vedano Sybe DE VRIES, Ulf BERNITZ e Stephen WEATHERILL (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights as a Binding Instrument: Five Years Old and Growing* (Hart 2015); vedi anche, Chantal MAK, *Rights and Remedies – Article 47 EUCFR and Effective Judicial Protection in European Private Law Matters*, in Hans-Wolfgang MICKLITZ (ed.), *The Constitutionalization of Private Law* (OUP 2014) 236. Per un'analisi comparatistica con particolare riguardo al diritto privato vedi Verica TRSTENJAK, *General Report*, in Verica TRSTENJAK e Petra WEINGERL (eds), *The Influence of Human Rights and Basic Rights in Private Law* (Springer 2016) 3.

15 Vedi parere 2/13, EU:C:2014:2454, par. 176: «In particolare, la chiave di volta del sistema giurisdizionale così concepito è costituita dal procedimento di rinvio pregiudiziale previsto dall'articolo 267 TFUE, il quale, instaurando un dialogo da giudice a giudice proprio tra la Corte e i giudici degli Stati membri, mira ad assicurare l'unità di interpretazione del diritto dell'Unione (v., in tal senso, sentenza van Gend & Loos, EU:C:1963:1, pag. 23), permettendo così di garantire la coerenza, la piena efficacia e l'autonomia di tale diritto nonché, in ultima istanza, il carattere peculiare dell'ordinamento istituito dai Trattati (v., in tal senso, parere 1/09, EU:C:2011:123, punti 67 e 83)».

ed Europee, tra reti amministrative europee e autorità nazionali.¹⁶ Gli effetti pratici del dialogo sugli ordinamenti giuridici nazionali dipendono da molte variabili: (1) gli attori coinvolti (siano essi corti, autorità amministrative indipendenti, legislatori, governi); (2) il ruolo della Corte di Giustizia dell'Unione europea (CGUE), in particolare l'ambito di efficacia delle sue decisioni; (3) il ruolo della Commissione europea; e (4) gli strumenti di dialogo tra autorità amministrative e giudiziali. La prospettiva dialogica consente di descrivere meglio di quella multilivello i meccanismi azione/risposta dei diversi attori che interagiscono nel quadro del principio della supremazia del diritto europeo¹⁷. Essa va collegata al principio di effettività della tutela oltre che a quelli di leale cooperazione e legalità.

Il dialogo sta producendo effetti espansivi sia sul versante della giurisdizione sia su quello della tutela amministrativa sebbene, come si dirà, con modalità assai diverse. Il dialogo amministrativo tra reti europee ed autorità amministrative nazionali ha giocato un importante ruolo nel plasmare le pratiche attuative nel diritto del consumo. Chiaramente l'esempio più importante è rappresentato dalla rete di Cooperazione per la Tutela dei Consumatori (CTC) dove le competenti autorità cooperano al fine di affrontare le violazioni intra-comunitarie.¹⁸ La rete, creata dal regolamento CTC 2006/2004,

16 Vedi Takis TRIDIMAS, *The ECJ and the National Courts: Dialogue, Cooperation and Instability*, in Anthony ARNULL e Damian CHALMERS (eds), *The Oxford Handbook of European Union Law* (OUP 2015), p. 403 ss.; Bruno DE WITTE, *The Preliminary Ruling Dialogue: Three Types of Questions Posed by National Courts* in Bruno DE WITTE et al (eds), *National Courts and EU Law: New Issues, Theories and Methods* (Edward Elgar Publishing 2016), p. 21 ss.; Koen LENAERTS, Ignace MASELIS e Kathleen GUTMAN (eds), *EU Procedural Law* (OUP 2014), p. 70 ss.; Hans-Wolfgang MICKLITZ, *The ECJ Between the Individual Citizen and the Member States – A Plea for a Judge-Made European Law on Remedies* in Bruno DE WITTE e Hans-Wolfgang MICKLITZ (eds.), *The European Court of Justice and the Autonomy of the Member States* (Intersentia 2011) p. 347 ss. e sezione 3.2.

17 Sul punto è dunque parzialmente modificata la posizione espressa nel saggio. F. CAFAGGI pubblicato in F. CAFAGGI e H. MUIR WATT, *Making European Private law, Governance design*, 2008, EE.

18 Il regolamento (CE) n. 2006/2004 ha creato una rete tra le autorità nazionali responsabili dell'esecuzione della normativa che tutela i consumatori con lo scopo precipuo di coordinare le attività in materia di violazioni cross-border. La rete CPC è tenuta alla vigilanza del mercato: «Articolo 1: Obiettivo. Il presente regolamento definisce le condizioni in base alle quali le autorità competenti dello Stato membro designate in quanto responsabili dell'esecuzione della normativa sulla tutela degli interessi dei consumatori collaborano fra di loro e con la Commissione al fine di garantire il rispetto della citata normativa e il buon funzionamento del mercato interno e al fine di migliorare la protezione degli interessi economici dei consumatori»; ed anche Articolo 9(1): «Le autorità competenti coordinano le attività di sorveglianza del mercato e di esecuzione e a tal fine si scambiano tutte le informazioni

è completata da specifiche reti di settore nei campi delle telecomunicazioni, dell'energia, del trasporto, della regolamentazione bancaria e finanziaria, nonché in altri settori.¹⁹ Tale complementarietà esige il coordinamento tra autorità nazionali coinvolte nell'attuazione della protezione del consumatore, dando luogo ad una sovrapposizione di competenze. Il coordinamento avviene attraverso la stipula di protocolli di intesa come mostra il caso delle pratiche commerciali scorrette dove l'AGCM, definita dalla legge italiana autorità competente, ha stipulato protocolli con le autorità di settore²⁰. Il problema del coordinamento tra protezione generale e autorità settoriali si riflette sul piano europeo dove molte reti possono essere competenti per la protezione dei consumatori in mercati regolamentati. Gli strumenti, gli effetti e l'impatto di questo tipo di dialoghi differiscono, a seconda del potere conferito a ciascuna rete europea e agli strumenti utilizzati per monitorare le autorità nazionali nell'esercizio dei loro poteri sanzionatori. Gli strumenti di coordinamento dell'attuazione amministrativa sono stati posti sotto osservazione, specialmente in riferimento al commercio elettronico, i loro limiti hanno portato a proposte di riforma.²¹ Il Regolamento 2017/2394 accoglie

necessarie». Vedi Cristina PONCIBÒ, *Networks to Enforce European Law: The Case of the Consumer Protection Cooperation Network* (2012) 35, in *Journal of Consumer Policy* 175. A decorrere dal 17 gennaio 2020 il regolamento 2017/2394 sostituirà, abrogandolo, il regolamento 2006/2004. Il nuovo articolo 1 evidenzia come le autorità competenti siano «responsabili dell'esecuzione delle norme dell'Unione sulla tutela degli interessi dei consumatori»: da un lato amplia l'oggetto dell'obbligo di esecuzione, dall'altro conferma la piena competenza agli Stati membri in materia.

19 La comparazione è limitata al dialogo tra le autorità amministrative indipendenti, ma forme di dialogo e cooperazione esistono anche tra organi esecutivi nazionali che operano con riguardo alla soddisfazione dei consumatori in relazione sia ai prodotti che ai processi: per esempio il Rapid Alert System for Dangerous Non-Food Products (RAPEX) system (informazione reperibile sul sito: http://ec.europa.eu/consumers/consumers_safety/safety_products/rapex/index_en.htm; ultimo accesso 29/9/2017). Nel settore delle pratiche commerciali sleali le autorità competenti sono talvolta autorità indipendenti, talaltra agenzie governative.

20 Cfr. art. 27 comma 1 Cod. consumo.

21 Vedi Commissione Europea, *Un approccio globale per stimolare il commercio elettronico transfrontaliero per i cittadini e le imprese in Europa* SWD (2016) 163 final 9: «La valutazione dell'attuazione del regolamento sulla cooperazione per la tutela dei consumatori come strumento per l'applicazione transfrontaliera dell'*acquis* dell'UE relativo ai consumatori ha individuato una serie di lacune. I meccanismi di assistenza reciproca sono insufficienti e la risposta alle violazioni su vasta scala in tutta l'UE è inefficiente, soprattutto quando esse si verificano nell'ambiente digitale. L'accertamento di tali infrazioni è molto spesso lento e difficoltoso. Infine, i piani di attuazione nazionali non forniscono sufficienti priorità e risorse alle azioni di contrasto relative ai mercati transfrontalieri». La proposta del nuovo regolamento è stata pubblicata nel maggio 2016. Vedi Commissione Europea, *Proposal for a Regulation*

solo alcune delle indicazioni formulate dalla dottrina, mentre la proposta di regolamento presentata dalla Commissione rafforzava i poteri investigativi e sanzionatori delle autorità nazionali in particolar modo alla luce della crescita esponenziale del commercio elettronico in violazioni transfrontaliere.²² Il coordinamento concerneva sia i poteri investigativi e sanzionatori.²³ Il ruolo

on Cooperation between National Authorities Responsible for the Enforcement of Consumer Protection Laws, COM(2016) 283 final. Alla fine del 2017 è stato approvato il regolamento (UE) 2017/2394 del 12 dicembre 2017 sulla cooperazione tra le autorità nazionali responsabili dell'esecuzione della normativa che tutela i consumatori e che abroga il regolamento (CE) n. 2006/2004, in GUUE 27 dicembre 2017, n. L345, pagg. 1 ss.

22 La CPC Proposal al considerando n. 9 si limitava a prevedere che: «Competent authorities should be in a position to open investigations on their own initiative if they become aware of intra-Union infringements or widespread infringements by means other than consumer complaints. This is particularly necessary to ensure effective cooperation among competent authorities when addressing widespread infringements», mentre il considerando n. 8 del regolamento 2017/2394 prevede «Le autorità competenti dovrebbero poter avviare le indagini o i procedimenti di propria iniziativa se vengono a conoscenza delle infrazioni di cui al presente regolamento per vie diverse dai reclami dei consumatori.». Ed anche il considerando 14 della proposta che prevedeva: «As regards consumer redress, the competent authorities should choose proportionate, just and reasonable measures that would prevent or reduce the risk of recurrence or repetition of infringements, taking into account in particular the anticipated benefits to consumers and the reasonable administrative costs likely to be associated with the implementation of those measures. Where the consumers concerned cannot be identified or where they cannot be identified without disproportionate cost to the trader responsible, the competent authority may order that the restitution of profits obtained through the infringement be paid to the public purse or to a beneficiary designated by the competent authority or under national legislation», è stato riformulato nel regolamento 2017/2394 che si limita a prevedere i c.d. poteri minimi che devono essere riconosciuti alle autorità competenti, senza prevedere l'introduzione di nuovi poteri sanzionatori «Poiché i regimi sanzionatori nazionali non sempre consentono di prendere in considerazione la dimensione transfrontaliera di un'infrazione, le autorità competenti dovrebbero, nell'ambito dei loro poteri minimi, avere il diritto di irrogare sanzioni nei confronti delle infrazioni di cui al presente regolamento. Agli Stati membri non dovrebbe essere imposto di istituire un nuovo regime sanzionatorio nei confronti delle infrazioni di cui al presente regolamento. Essi dovrebbero invece imporre alle autorità competenti di applicare il pertinente regime per le stesse infrazioni nazionali tenendo conto, ove possibile, delle reali dimensioni e della portata dell'infrazione in questione.».

23 Vedi CPC Proposal Regulation, Explanation of main proposals: «To ensure compliance with Union consumer law the competent authorities may empower one authority to take enforcement measures on behalf of consumers in other Member States concerned by the infringement. The competent authorities may also act simultaneously in all or some of the Member States concerned». Anche il considerando 21 precisava «If a trader responsible for the widespread infringement or the widespread infringement with a Union dimension

della Commissione europea avrebbe dovuto essere rafforzato, ma il regolamento 2017/2394 ha scelto di valorizzare la competenza degli Stati membri in relazione alla responsabilità dell'esecuzione delle norme dell'Unione sulla tutela degli interessi dei consumatori.²⁴ Il coordinamento stabilito dal

fails to cease the infringement voluntarily, the competent authorities of the Member States concerned should designate one competent authority in a Member State to take the enforcement action adapted to preserve the rights of consumers residing in the other Member States concerned by the infringement», mentre il regolamento 2017/2394 non ha ritenuto di introdurre questa indicazione e si è maggiormente concentrato sugli obblighi di cooperazione nel rispetto della competenza degli Stati membri v. considerando n. 7.

24 CPC Proposal Regulation art. 10: «The Commission may adopt implementing acts setting out the conditions for the implementation and exercise of the minimum powers of competent authorities referred to in Article 8. Those implementing acts shall be adopted in accordance with the examination procedure referred to in Article 48(2)». A differenza della proposta, il regolamento non ha ritenuto di valorizzare in questi termini l'azione della Commissione e si è limitato a precisare al considerando 23 che «La Commissione dovrebbe migliorare la sua capacità di coordinare e monitorare il funzionamento del meccanismo di assistenza reciproca, nonché di fornire orientamenti, formulare raccomandazioni ed esprimere pareri destinati agli Stati membri in caso di problemi. La Commissione dovrebbe inoltre migliorare la sua capacità di dare efficacemente e rapidamente aiuto alle autorità competenti per dirimere le controversie relative all'interpretazione dei loro obblighi derivanti dal meccanismo di assistenza reciproca» senza determinare una nuova sfera di competenza, ma limitandosi a prevedere un generico obbligo di cooperazione in relazioni alle informazioni infracomunitarie «La Commissione dovrebbe cooperare più strettamente con gli Stati membri per evitare infrazioni su larga scala. La Commissione dovrebbe pertanto comunicare alle autorità competenti se sospetta infrazioni di cui al presente regolamento. Qualora, ad esempio monitorando le segnalazioni formulate dalle autorità competenti, abbia il ragionevole sospetto che si sia verificata un'infrazione diffusa avente una dimensione unionale, la Commissione dovrebbe darne notifica agli Stati membri, tramite le autorità competenti e gli uffici unici di collegamento interessati da tale presunta infrazione, indicando nella notifica i motivi che giustificano una possibile azione coordinata. Le autorità competenti interessate dovrebbero condurre appropriate indagini sulla base delle informazioni loro disponibili o facilmente accessibili. Dovrebbero comunicare i risultati di tali indagini alle altre autorità competenti e agli uffici unici di collegamento interessati da detta infrazione, come pure alla Commissione. Qualora concludano che da tali indagini emerge che possa verificarsi un'infrazione, le autorità competenti interessate dovrebbero avviare l'azione coordinata adottando le misure di cui al presente regolamento. Un'azione coordinata intesa ad affrontare un'infrazione diffusa avente una dimensione unionale dovrebbe essere sempre coordinata dalla Commissione. Qualora risulti che è interessato da tale infrazione, lo Stato membro dovrebbe partecipare a un'azione coordinata per contribuire a raccogliere tutte le prove e le informazioni necessarie relative all'infrazione nonché per farla cessare o vietarla. Per quanto riguarda le misure di esecuzione, i procedimenti penali e civili negli Stati membri non dovrebbero essere pregiudicati dall'applicazione del presente regolamento. Dovrebbe

nuovo regolamento non dove operare con pregiudizio delle esistenti forme di coordinamento tra regole vigenti in settori specifici.²⁵

2. Triloghi, tetraloghi e conflitti tra norme

Il dialogo giudiziale si sviluppa, in senso verticale, tra Corte di Giustizia e Corte europea dei diritti dell'uomo da un lato e corti nazionali dall'altro, in senso orizzontale, tra corti europee e tra corti nazionali. Il ruolo della Corte di Giustizia dell'Unione europea è molto significativo; il contributo dipende da plurimi fattori tra i quali figurano: (1) il contenuto delle sue decisioni; (2) il loro effetto nel paese della corte da cui origina il rinvio pregiudiziale, ed in particolare la 'resistenza' esercitata dai diversi tribunali nazionali per superare la loro precedente giurisprudenza e (3) l'impatto della decisione della Corte di Giustizia negli altri paesi.

I dialoghi spesso divengono triloghi o tetraloghi. I partecipanti possono essere attori sia volontari, sia involontari, sia passivi, sia attivi (spesso questo è il caso dei Parlamenti e dei governi). Il dialogo è spesso interattivo e non coincide con lo sviluppo di una singola questione. I triloghi intercorrono tra corti nazionali, autorità nazionali e Corte di Giustizia. Hanno luogo quando le corti tentano di promuovere modifiche legislative negli ordinamenti nazionali richiedendo alla Corte di Giustizia di valutare la conformità della legislazione nazionale con il diritto UE, ad esempio nel determinare se il diritto UE sia incompatibile con la legislazione nazionale oppure con una sua interpretazione giurisprudenziale. In questi casi, il trilogio è tra la corte nazionale, il legislatore nazionale e la Corte di Giustizia. In terzo luogo, un trilogio avviene, nel campo del diritto UE del consumo, quando la CEDU e la CGUE sono intervenute rendendo decisioni non perfettamente coincidenti:

essere rispettato il principio del *ne bis in idem*. Tuttavia, se il medesimo operatore ripete lo stesso atto o la stessa omissione che ha costituito un'infrazione di cui al presente regolamento che era già stata oggetto di procedimenti di esecuzione conclusisi con la cessazione o il divieto di detta infrazione, quest'ultima dovrebbe essere considerata una nuova infrazione e le autorità competenti dovrebbero affrontarla.»

25 Vedi CPC Proposal al considerando 29 che disponeva: «This regulation complements sectoral Union rules providing for cooperation among sectoral regulators and sectoral Union rules on the compensation of consumers for harm resulting from infringements of those rules. This Regulation is without prejudice to other cooperation systems and networks set out in sectoral Union legislation. This Regulation furthers cooperation and coordination among the consumer protection network and the networks of regulatory bodies and authorities established by sectoral Union legislation» e che è stato riversato nel considerando 45 senza sostanziali modifiche.

il giudice nazionale è ‘stretto’ tra le due interpretazioni e deve trovare la soluzione giusta, o bilanciata. Qui il trilogio è puramente giudiziale. I ‘giochi’ sottesi al trilogio mutano e gli attori possono avere ruoli diversi a seconda della struttura del ‘gioco’. Esamineremo quando e come triloghi o tetraloghi si trovino celati all’interno di un ambiente strategico e quali siano i loro effetti sull’attuazione del diritto del consumo²⁶.

3. La geometria del dialogo ed i suoi effetti sulla tutela del consumatore

Stiamo assistendo ad un’erosione del principio di autonomia procedurale in riferimento al quale i diritti fondamentali e principi generali giocano un crescente ruolo nel definire l’architettura dell’attuazione del diritto del consumo. La separazione che prevedeva la definizione dei diritti a livello europeo e quella dei rimedi a livello nazionale sta venendo meno: vi è una crescente legislazione europea che include i rimedi ma il fattore più rilevante è quello giurisprudenziale.²⁷ La Corte di Giustizia attraverso il principio di effettività della tutela sta riconfigurando gerarchia e contenuti dei rimedi.²⁸

Una recente giurisprudenza conferma l’applicazione della Carta anche alle norme nazionali sanzionatorie relative a violazioni di precetti di derivazione comunitaria.²⁹ Dunque i principi europei sono applicabili non solo ai diritti ma anche ai rimedi ed alle sanzioni regolate da fonti puramente interne quando queste reagiscano a violazioni di diritti disciplinati da norme UE. Il cambiamento dall’approccio multilivello a quello del dialogo inter-istituzionale obbliga a ripensare i rapporti tra livelli nazionali ed europeo, creando un corpo di regole tese a bilanciare uniformità e diversità. La prospettiva di un’interazione strategica tra istituzioni nazionali ed europee offre ulteriori e più convincenti spiegazioni rispetto alla dottrina costituzionalistica multilivello e specialmente ai modi in cui operano i meccanismi di tutela.

26 Cfr. F.GOMEZ POMAR e K.LYCZKOWSKA, *Spanish Courts*, in F.CAFAGGI e S.LAW, *Judicial Cooperation in European Private Law*, Edward Elgar, 2017, p. 93 ss.

27 Cfr. N. LIPARI, *il diritto civile tra legge e giudizio*, Giuffrè, 2017, p. 100 ss.

28 Cfr. N. LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Giuffrè, 2017, p. 131 ss.

29 Cfr. CGUE *Berlioz*, C-682/15 par. 42 “Occorre pertanto rispondere alla prima questione dichiarando che l’articolo 51, paragrafo 1, della Carta deve essere interpretato nel senso che uno Stato membro attua il diritto dell’Unione, nell’accezione di tale disposizione, – e che, di conseguenza, la Carta risulta applicabile – quando attraverso la propria normativa commina una sanzione pecuniaria a carico di un amministrato che si rifiuta di fornire informazioni nel contesto di uno scambio tra autorità tributarie fondato, segnatamente, sulle disposizioni della direttiva 2011/16.”

Si è detto che diverse sono le caratteristiche geometriche del dialogo. Il dialogo giudiziale verticale si fonda sulla cooperazione all'ombra della supremazia e dell'effettività del diritto UE. È un dialogo diffuso in quanto include sia corti di legittimità sia corti di merito.³⁰

La facoltà delle corti di merito di proporre una domanda di rinvio pregiudiziale ha rappresentato uno strumento chiave per la cooperazione istituzionale. Se il dialogo fosse stato limitato alle corti di legittimità ed alla CGUE lo sviluppo del diritto europeo e la sua attuazione sarebbero stati radicalmente diversi.³¹ Questo è evidente nel diritto del consumo dove corti di merito sono state particolarmente attive; certo anche le corti di legittimità, incluse le supreme corti amministrative, hanno proposto domande pregiudiziali, ma spesso per altri fini. Di recente, come il caso spagnolo conferma, le Corti nazionali hanno cominciato a proporre questioni tese a prevenire l'uso strategico del dialogo da parte delle corti inferiori³². Evidentemente il dialogo giudiziale verticale ha luogo principalmente attraverso la proposizione di questioni pregiudiziali da parte di organi giurisdizionali nazionali alla Corte di Giustizia UE.³³ Le ragioni di ricorso alla Corte europea differiscono, quanto ad intensità e motivazione, in relazione all'ordinamento giuridico degli Stati membri.³⁴ Le corti nazionali hanno il potere e/o dovere di proporre una domanda pregiudiziale quando l'interpretazione del diritto europeo applicabile al caso nazionale sia incerta o quando sorgano questioni relative alla validità del diritto UE.³⁵

30 I giudici nazionali sono considerati dalla Corte di Giustizia i primi organi chiamati all'applicazione del diritto UE. Vedi Anne-Marie SLAUGHTER, Alec Stone SWEET e Joseph H.H. WEILER (a cura di), *The European Court and the National Courts—Doctrine and Jurisprudence: Legal Change in its Social Context* (Hart 1998).

31 Si vedano i contributi di Weiler, Stone Sweet, K. Alter.

32 Esemplici i rinvii pregiudiziali del Tribunal Supremo spagnolo nel 2017 in relazione agli effetti delle sentenze *Naranjo Gutierrez* e *Banco Primus*.

33 La funzione del dialogo giudiziale sulla base del rinvio pregiudiziale è riassunta dalla Corte di giustizia nella sua opinione 2/13, EU:C:2014:2454, par.176.

34 Si notino le differenze tra gli ordinamenti. Germania, Italia e Spagna, sono tra i primi paesi nel proporre rinvii pregiudiziali. Vedi *CJEU Annual Report 2015 – Judicial Activity*, specialmente il table 19 (disponibile all'indirizzo http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2016-04/en_ap_jur15_provisoire2.pdf; ultimo accesso: 29/9/2017).

35 Vedi il caso C-689/13 *Puligienica Facility Esco SpA (PFE) v. Airgest SpA* EU:C:2016:199, par. 32, 33, 34: «Come ripetutamente dichiarato dalla Corte, i giudici nazionali hanno la più ampia facoltà di sottoporre alla Corte una questione di interpretazione delle disposizioni pertinenti del diritto dell'Unione (v., in tal senso, sentenza *Rheinmühlen-Düsseldorf*, 166/73, EU:C:1974:3, punto 3), laddove tale facoltà si trasforma in obbligo per i giudici che decidono in ultima istanza, fatte salve le eccezioni riconosciute dalla giurispru-

Le corti superiori hanno l'obbligo proporre la domanda pregiudiziale ed il diritto nazionale non può introdurre limitazioni a questa competenza.³⁶ La Corte di Giustizia ha specificato che - anche quando la regola interna sia al contempo incostituzionale e contraria al diritto UE - le corti nazionali non possono essere obbligate a riferire prima la questione alla corte costituzionale interna e neppure possano essere limitate nel sottoporre la questione pregiudiziale.³⁷ La possibilità di proporre un rinvio pregiudiziale esiste anche quando i diritti fondamentali sono protetti simultaneamente da costituzioni nazionali e dalla Carta.³⁸ Le corti costituzionali nazionali hanno opposto resistenza a questa regola ed hanno spesso affermato la necessità di previa proposizione della questione di costituzionalità alla corte interna; ciò nonostante, la CGUE è stata coerente ed ha costantemente imposto l'applicazione di questa regola.

La Corte di Giustizia UE ha definito in via interpretativa la struttura, i dettagli processuali e gli incentivi per aprire al dialogo.³⁹ Ha interpretato

denza della Corte (v., in tal senso, sentenza *Cilfit e a.*, 283/81, EU:C:1982:335, punto 21 e dispositivo). Una norma di diritto nazionale non può impedire a un organo giurisdizionale nazionale, a seconda del caso, di avvalersi della facoltà di cui trattasi (v., in tal senso, sentenze *Rheinmühlen-Düsseldorf*, 166/73, EU:C:1974:3, punto 4; *Melki e Abdeli*, C-188/10 e C-189/10, EU:C:2010:363, punto 42, nonché *Elchinov*, C-173/09, EU:C:2010:581, punto 27) o di conformarsi a suddetto obbligo. [33] Tanto detta facoltà quanto detto obbligo sono, difatti, inerenti al sistema di cooperazione fra gli organi giurisdizionali nazionali e la Corte, instaurato dall'articolo 267 TFUE, e alle funzioni di giudice incaricato dell'applicazione del diritto dell'Unione affidate dalla citata disposizione agli organi giurisdizionali nazionali. [34] Di conseguenza, qualora un organo giurisdizionale nazionale investito di una controversia ritenga che, nell'ambito della medesima, sia sollevata una questione vertente sull'interpretazione o sulla validità del diritto dell'Unione, ha la facoltà o l'obbligo, a seconda del caso, di adire la Corte in via pregiudiziale, senza che detta facoltà o detto obbligo possano essere ostacolati da norme nazionali di natura legislativa o giurisprudenziale».

36 Vedi *ibid.*, par. 31: «Con la prima parte della seconda questione il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'articolo 267 TFUE debba essere interpretato nel senso che osta ad una disposizione di diritto nazionale nei limiti in cui quest'ultima sia interpretata nel senso che, relativamente a una questione vertente sull'interpretazione o della validità del diritto dell'Unione, una sezione di un organo giurisdizionale di ultima istanza, qualora non condivida l'orientamento definito da una decisione dell'adunanza plenaria di tale organo, è tenuta a rinviare la questione all'adunanza plenaria e non può pertanto adire la Corte ai fini di una pronuncia in via pregiudiziale».

37 Vedi caso C-188/10 *Melki and Abdeli* EU:C:2010:363. Vedi anche il caso C-112/13 *A v. B* EU:C:2014:2195, par. 38.

38 Vedi *A v. B*, *ibid.*, par. 41.

39 Vedi le *Guidelines issued by the CJEU on the procedure to be followed under Art. 267; Recommendations to National Courts in Relation to the Initiation of Preliminary Ruling Proceedings*, G.U.U.E. C 338, 06.11.2012. Più recente la raccomandazione 2016/C 439/01

l'art. 267 TFEU in modo ampio, affermando la sua competenza di riformulare la questione pregiudiziale nell'ambito dei confini della domanda del giudice nazionale.⁴⁰

Le scansioni del dialogo differiscono in relazione a quanto aperta è la decisione: quando le decisioni sono di risultato, di principio o di legittimità.⁴¹ La Corte di Giustizia può: (1) fornire la soluzione al conflitto tramite regole prescrittive, dettagliate o specifiche; (2) offrire una guida ma lasciare la soluzione concreta alla corte nazionale; o (3) affermare il principio di diritto UE ma lasciare alla corte nazionale l'identificazione della regola specifica e della soluzione della controversia.⁴² A seconda del tipo di decisione il dialogo può terminare o continuare tra le stesse corti al fine di chiarire le conseguenze dell'applicazione del diritto UE nel diritto interno, v. ad esempio figura 1.

Raccomandazioni all'attenzione dei giudici nazionali, relative alla presentazione di domande di pronuncia pregiudiziale, in G.U.U.E. C 439, 25.11.2016.

40 Vedi caso C-470/12 *Pohotovost'* EU:C:2014:101, par. 27: «A questo riguardo occorre ricordare che, secondo una giurisprudenza costante, le questioni relative all'interpretazione del diritto dell'Unione sollevate dal giudice nazionale nel contesto di diritto e di fatto che egli individua sotto la propria responsabilità, e del quale non spetta alla Corte verificare l'esattezza, godono di una presunzione di rilevanza. Il rigetto da parte della Corte di una domanda di pronuncia pregiudiziale sollevata da un giudice nazionale è possibile solo qualora risulti manifestamente che la richiesta interpretazione del diritto dell'Unione non ha alcuna relazione con la realtà o con l'oggetto della controversia principale, qualora il problema sia di natura ipotetica oppure qualora la Corte non disponga degli elementi di fatto o di diritto necessari per fornire una soluzione utile alle questioni che le sono sottoposte (v., in tal senso, sentenza del 7 giugno 2007, *van der Weerd e a.*, da C-222/05 a C-225/05, Racc. pag. I-4233, punto 22 e giurisprudenza ivi citata)». In alcuni casi il riferimento al principio di equivalenza ed effettività è stato adottato dalla Corte di Giustizia anche se le giurisdizioni nazionali non lo avevano menzionato nel loro rinvio. In altri casi (Caso C-34/13 *Kušionová* EU:C:2014:2189), la Corte di Giustizia ha integrato la pronuncia pregiudiziale sulla base dell'art.47 della Carta.

41 Vedi Takis TRIDIMAS, *The ECJ and the National Courts: Dialogue, Cooperation and Instability*, in Anthony ARNULL e Damian CHALMERS (eds), *The Oxford Handbook of European Union Law* (OUP 2015) p. 403.

42 Vedi *ibid.*, pp. 408-9.

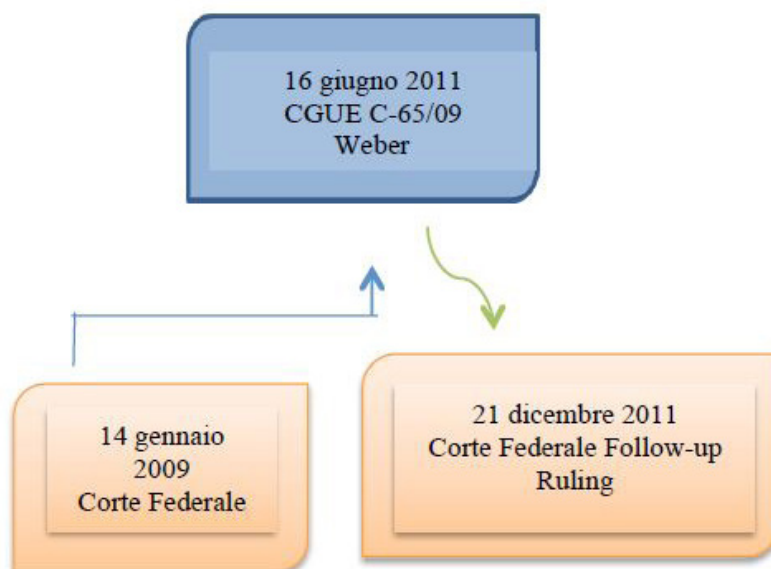


Figura 1 rappresentazione grafica del dialogo giudiziario in riferimento alla decisione della CGEU nel caso C-65/09 Weber and Putz EU:C:2011:396

Le corti nazionali, specialmente quelle di legittimità, intraprendono anche dialoghi orizzontali facendo riferimento alle decisioni di corti di altri Stati membri.⁴³ È sempre più frequente l'utilizzo del diritto comparato europeo nelle decisioni interne.⁴⁴ Questo avviene senza un supporto istituzionale ma sulla base di strumenti creati dalle singole corti e da alcune reti. Le reti giudiziarie proliferano ma non intraprendono uno stabile e formalizzato controllo delle prassi⁴⁵. Tuttavia, diversamente dal dialogo amministrativo tra autorità amministrative indipendenti, nessuna attività di controllo delle

43 Questi rimandi sono generalmente fatti per supportare la conclusione raggiunta. Meno frequentemente le corti usano il riferimento a decisioni straniere per costruire la loro decisione.

44 European University Institute, Centre for Judicial Cooperation, *European Judicial Cooperation and Fundamental Rights: Some Practical Guidelines*, European University Institute, Centre for Judicial Cooperation, *European Judicial Cooperation and Fundamental Rights: Some Practical Guidelines*, JUDCOOP Handbook (disponibile all'indirizzo: <http://www.eui.eu/Projects/CentreForJudicialCooperation/Documents/JUDCOOPdeliverables/JUDCOOPdeliverables/JUDCOOP%20Guidelines%20-%20Multilingual%20version.pdf>; ultimo accesso 29/9/2017).

45 Nonostante gli sforzi della Commissione mancano ancora adeguati strumenti di coordinamento orizzontale anche se numerosi database offrono oggi una strumentazione molto sofisticata per promuovere il dialogo.

decisioni tra pari avviene tra le giurisdizioni nazionali.⁴⁶ Questo sarà importante al fine di prevedere un'organizzazione più strutturata che integri le reti giudiziali e normative nell'attuazione del diritto del consumo.⁴⁷

Spesso il dialogo include entrambe le traiettorie. Vale a dire, prima il dialogo verticale tra una corte nazionale e la Corte di giustizia UE stimolata dal rinvio, e poi la questione pregiudiziale avvia il dialogo tra Corti nazionali circa le modalità di applicazione del principio posto dalla Corte europea. Questo dialogo orizzontale può riproporre la questione alla Corte europea al fine di avere ulteriori chiarimenti.⁴⁸ Pertanto, il dialogo è ricorsivo e l'influenza tra Corti europee nazionali è reciproca anche sulla scorta del principio di supremazia del diritto UE.⁴⁹

Il dialogo amministrativo si è svolto principalmente in senso orizzontale, tra autorità amministrative nazionali e tra reti normative europee, nonché con la Commissione europea.⁵⁰ Cooperazione e consenso, piuttosto che il

46 Sulle proposte di introduzione di forme di *peer review* e di altri strumenti usualmente associati al metodo della coordinazione nel diritto privato europeo si veda Walter VAN GERVEN, *Bringing (Private) Laws Closer to Each Other at the European Level*, in Fabrizio CAFAGGI (ed.), *The Institutional Framework of European Private Law* (OUP 2006) 37 e Fabrizio CAFAGGI, *Introduction*, in Fabrizio CAFAGGI (ed.), *The Institutional Framework of European Private Law* (OUP 2006) e prima F. Cafaggi, *Una governance per il diritto europeo dei contratti*, in F. Cafaggi (a cura di), *Quale armonizzazione per il diritto europeo dei contratti*, CEDAM, 2003, pp. 183-211, ove un'analisi circa l'applicabilità al diritto privato del metodo di coordinamento aperto.

47 Vedi Fabrizio CAFAGGI, *The Making of European Private Law: Governance Design*, in Fabrizio CAFAGGI e Horatia MUIR WATT (eds), *Making European Private Law: Governance Design* (Edward Elgar Publishing 2008) 289.

48 European University Institute, Centre for Judicial Cooperation, *European Judicial Cooperation and Fundamental Rights: Some Practical Guidelines* e l'Handbook (reperibili all'indirizzo <http://www.eui.eu/Projects/CentreForJudicialCooperation/Documents/JUDCOOPdeliverables/JUDCOOPdeliverables/JUDCOOP%20Guidelines%20-%20Multilingual%20version.pdf>; ultimo accesso 29/9/2017).

49 Vedi Charles F. SABEL e Jonathan ZEITLIN (a cura di), *Experimentalist Governance in the EU* (OUP 2010) and Maartje DE VISSER, *Network-Based Governance in EC Law* (Hart 2009).

50 Con ciò non si vuol sostenere che non esista un dialogo tra la CGUE e le autorità amministrative. Esso opera attraverso i corpi giudiziari che esercitano un potere di *judicial review*. Le corti, nell'esercizio del potere di revisione, possono proporre questioni preliminari concernenti l'esecuzione dei provvedimenti delle autorità amministrative. Il principio di effettività si applica anche alle amministrazioni; la CGUE ha predisposto delle linee guida su come le amministrazioni devono attuare il principio di effettività quando le norme nazionali precludono l'applicazione del diritto UE. Nel settore del credito al consumo, la direttiva 2014/17 ha disciplinato la cooperazione tra le autorità amministrative (art. 36)

voto, costituiscono gli strumenti principali per l'adozione delle decisioni. Il dialogo tra autorità amministrative indipendenti è disciplinato da meccanismi diversi rispetto a quelli del dialogo giudiziale, utilizzando in via principale ma non esclusiva la *soft law*;⁵¹ la gerarchia non gioca un ruolo significativo nemmeno nell'area dei mercati finanziari, ove le agenzie europee hanno competenza per la risoluzione dei conflitti e per sanzionare le autorità nazionali.⁵² Le autorità amministrative nazionali definiscono le loro pratiche in conformità con le linee guida delle reti europee e controllano le loro domande con procedure di *peer review*.⁵³

e le procedure per la risoluzione degli eventuali conflitti (art. 37). Speciale rilievo deve essere dato a quest'ultima previsione che conferisce all'ABE il potere di decidere in caso di conflitti: Art. 37 risoluzione delle controversie tra autorità competenti di Stati membri diversi. Le autorità competenti possono portare all'attenzione dell'ABE la situazione in cui la richiesta di cooperazione, in particolare lo scambio di informazioni, è stata respinta o non ha ricevuto seguito entro un periodo di tempo ragionevole, e chiedere l'assistenza dell'ABE ai sensi dell'articolo 19 del regolamento (UE) n. 1093/2010. In questi casi l'ABE può agire conformemente ai poteri che le conferisce tale articolo e qualsiasi decisione vincolante adottata dall'ABE conformemente con tale articolo è vincolante per le autorità competenti interessate, che siano o meno membri dell'ABE. Vedi per esempio il caso C-453/00 *Kühne & Heitz* [2004] ECR I-0837. Per stabilire quali obblighi derivino dal diritto UE con riguardo a un atto amministrativo definitivo che è contrario al diritto UE, la Corte deve rifarsi agli insegnamenti del caso *Kühne & Heitz*. In quella decisione la Corte ha stabilito che il principio di leale collaborazione impone ad un organo amministrativo, investito in una richiesta in tal senso, di riesaminare una decisione amministrativa definitiva per tener conto dell'interpretazione della disposizione pertinente nel frattempo accolta dalla Corte qualora: (a) disponga secondo il diritto nazionale, del potere di ritornare su tale decisione; (b) la decisione in questione sia divenuta definitiva in seguito ad una sentenza di un giudice nazionale che statuisce in ultima istanza; (c) tale sentenza, alla luce di una giurisprudenza della Corte successiva alla medesima, risulti fondata su un'interpretazione errata del diritto comunitario adottata senza che la Corte fosse adita in via pregiudiziale alle condizioni previste all'art. 234, n. 3, CE, e (d) l'interessato si sia rivolto all'organo amministrativo immediatamente dopo essere stato informato della decisione della Corte.

51 Specialmente nel settore finanziario l'utilizzo dell'*hard law* ha parzialmente rimpiazzato il *soft law*. Vedi Niamh MOLONEY, *EU Securities and Financial Markets Regulation* (OUP 2014).

52 Anche se le direttive recenti hanno conferito alle agenzie europee – come ad esempio l'ABE – il potere di risolvere i conflitti tra le amministrazioni nazionali quando fallisce la cooperazione tra loro; vedi artt. 36 e 37, direttiva 2014/17/EU in merito ai contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali e recante modifica delle direttive 2008/48/CE e 2013/36/UE e del regolamento (UE) n. 1093/2010.

53 Per esempio, con riguardo al settore delle sanzioni per le quali l'esecuzione è decentrata, la Commissione, come il network, ha emesso delle linee guida nel settore della regolamentazione finanziaria. Vedi Commissione europea, *Communication by the Commission*,

Uno dei maggiori problemi in relazione alla tutela amministrativa concerne la determinazione delle sanzioni; la comune determinazione di pratiche sanzionatorie, spesso diverse a livello nazionale, ha coinvolto le reti in maniera abbastanza significativa. I rapporti nazionali prodotti annualmente dalle singole autorità nazionali rivelano considerevoli differenze nelle pratiche sanzionatorie, anche quando l'approccio può apparire simile. La disciplina proposta con il nuovo regolamento 2017/2394 individua dei principi generali in forza dei quali le autorità nazionali dovranno cooperare al fine di perseguire "violazioni diffuse" del diritto del consumo con le quali la Commissione europea dovrà collaborare.⁵⁴

Reinforcing Sanctioning Regimes in the Financial Services Sector COM(2010) 716 final.

54 Il testo della CPC Proposal Regulation di cui all'art. 18: «The competent authorities concerned may designate one competent authority to take enforcement measures on behalf of the other competent authorities in order to bring about the cessation or to prohibit the widespread infringement, to ensure compensation of consumers or to impose penalties... Once the competent authority has been designated to take enforcement measures by the other competent authorities concerned, it shall become competent to act on behalf of the consumers of each such Member State as if they were its own consumer» non è infatti stato accolto nel regolamento 2017/2394 che si è limitato a prevedere le modalità di coordinamento tra le autorità nazionali competenti e, solo in via residuale, ha previsto la competenza della Commissione per il coordinamento tra autorità nazionali. Infatti il capo IV del regolamento 2017/2394, *Attività d'indagine coordinate e meccanismi di esecuzione per le infrazioni diffuse e le infrazioni diffuse aventi una dimensione unionale*, all'art. 17 (*Avvio di un'azione coordinata e designazione del coordinatore*) ha stabilito «[1] Qualora vi sia un ragionevole sospetto di infrazione diffusa, le autorità competenti interessate da tale infrazione avviano un'azione coordinata basata su un accordo reciproco. L'avvio dell'azione coordinata è notificato senza indugio agli uffici unici di collegamento interessati da detta infrazione e alla Commissione. [2] Le autorità competenti interessate dalla sospetta infrazione diffusa designano quale coordinatore un'autorità competente interessata dalla sospetta infrazione diffusa. Se tali autorità competenti non sono in grado di raggiungere un accordo riguardo a tale designazione, la Commissione assume tale ruolo. [3] Se la Commissione ha un ragionevole sospetto di infrazione diffusa avente una dimensione unionale, essa ne dà notifica senza indugio alle autorità competenti e agli uffici unici di collegamento interessati da tale presunta infrazione a norma dell'articolo 26. La Commissione indica nella notifica i motivi che giustificano una possibile azione coordinata. Le autorità competenti interessate dalla presunta infrazione diffusa avente una dimensione unionale conducono appropriate indagini sulla base delle informazioni loro disponibili o facilmente accessibili. Le autorità competenti interessate dalla presunta infrazione diffusa avente una dimensione unionale comunicano i risultati di tali indagini alle altre autorità competenti, agli uffici unici di collegamento interessati da detta infrazione e alla Commissione a norma dell'articolo 26, entro un mese dalla data della notifica della Commissione. Qualora da tali indagini emerga che possa verificarsi un'infrazione diffusa avente una dimensione unionale, le autorità competenti interessate da detta infrazione avviano l'azione coordinata e adottano le misure di cui all'articolo 19 nonché, se del caso, le misure di cui agli articoli 20 e 21. [4] L'azione coordina-

Nel diritto del consumo il dialogo tra autorità amministrative e corti europee è soltanto indiretto. Tuttavia il dialogo giudiziale influenza l'attività amministrativa allorché le corti nazionali, impegnate nel sindacato giurisdizionale, sottopongono una questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'UE in riferimento all'ambito del controllo giudiziale e delle autorità amministrative.⁵⁵ La Corte ha fornito una guida sul come le corti nazionali dovrebbero controllare le decisioni delle autorità amministrative riguardanti la protezione dei consumatori nei mercati regolamentati, ad esempio, sulla determinazione delle tariffe e sulla modalità in cui dovrebbero essere presi in considerazione gli interessi dei consumatori.⁵⁶

La Corte può individuare regole sia processuali sia sostanziali relative al modo in cui le autorità indipendenti procedono quando esaminano clausole abusive e pratiche scorrette.⁵⁷ In particolare, può fornire agli Stati membri indicazioni circa il modo di coordinare l'attuazione amministrativa e giudiziale. Ad esempio, l'ambito del controllo giudiziale da parte della autorità amministrative può: (1) semplicemente focalizzarsi sull'esercizio di poteri da parte dell'autorità amministrativa e rinviare all'autorità stessa nel caso in cui la decisione non rispetti il diritto; oppure (2) adottare un ordine che ingiunga di cessare la pratica quando ciò sia richiesto ai fini della protezione

ta di cui al paragrafo 3 è coordinata dalla Commissione. [5] Un'autorità competente si unisce all'azione coordinata se nel corso di quest'ultima diviene palese che l'autorità competente è interessata dall'infrazione diffusa o dall'infrazione diffusa avente una dimensione unionale».

55 Caso C-206/11 *Köck* EU:C:2013:14, caso C-28/15 *Koninklijke KPN and Others v. ACM*, EU:C:2016:692 e caso C-119/15 *Biuro* dove il tema del sindacato viene affrontato anche alla luce dei diritti fondamentali ed in particolare dell'articolo 47 della Carta.

56 Vedi *Koninklijke*, *ibid.*, parr.60 e 61.

57 Vedi il caso C-119/15 *Biuro* riguardante l'utilizzo della lista delle clausole abusive da parte delle autorità amministrative. Alla Corte era richiesto di pronunciarsi sulla compatibilità di un sistema astratto di controllo sulle clausole abusive con l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali. La Corte ha ritenuto che: «[26] Mancando, nelle direttive 93/13 e 2009/22, una disposizione che preveda esplicitamente un regime di tutela giurisdizionale effettiva per il professionista, tali direttive devono essere interpretate alla luce dell'articolo 47 della Carta. [27] Ne consegue che l'interpretazione delle direttive 93/13 e 2009/22 alla luce dell'articolo 47 della Carta deve tener conto del fatto che ogni persona i cui diritti garantiti dal diritto dell'Unione possono essere violati gode di un ricorso giurisdizionale effettivo. Orbene, ciò non riguarda soltanto i consumatori che affermano di essere lesi da una clausola abusiva di un contratto da essi concluso con un professionista ma anche un professionista, come la *Biuro Partner*, che sostenga che la clausola contrattuale controversa non può essere qualificata come illecita ed essere sanzionata con un'ammenda per il solo fatto che una clausola equivalente è stata annotata nel registro nazionale delle clausole di condizioni generali ritenute illecite, senza che egli fosse parte del procedimento che ha condotto all'annotazione di una clausola siffatta nel summenzionato registro.»

dei consumatori, sostituendo le autorità amministrative.⁵⁸ Quest'ultima soluzione potrebbe ritardare l'attuazione della protezione dei consumatori ma potrebbe altresì assicurare una più chiara ripartizione delle competenze tra amministrazioni esecutive e corti che esercitano la giurisdizione.

4. Interazioni giudiziali strategiche tra conflitto e cooperazione

Il dialogo giudiziale spesso intercorre tra istituzioni che perseguono molteplici obiettivi. Alcuni obiettivi sono espressi, mentre altri sono sottointesi. L'interazione strategica tra corti si volge quando gli attori perseguono obiettivi ulteriori rispetto a quelli sottesi alla domanda proposta alla corte di Giustizia dell'UE per la soluzione di una specifica controversia.⁵⁹ La strategicità di un'interazione presuppone che la condotta di una parte consideri le possibili risposte delle altre parti nella definizione della questione pregiudiziale. Non solo l'aspettativa della CGUE ma anche quella degli altri attori (Corte Suprema, Corte Costituzionale, legislatore) che non partecipano alla procedura del rinvio pregiudiziale viene considerata dal tribunale nazionale che esegue il rinvio. Ovviamente è importante precisare che non tutte le interazioni tra corti sono strategiche e come non ogni domanda di rinvio pregiudiziale abbia implicazioni strategiche. Una caratteristica rilevante emerge quando interazioni ricorrenti tra corti si svolgono al fine di modificare le norme oppure l'interpretazione ad esse attribuita.⁶⁰ Per determinare un'interazione strategica non si deve necessariamente fare riferimento a corti identiche che rinviando sequenzialmente a Lussemburgo. Affinché questa interazione si concretizzi è sufficiente che le corti di merito di uno stesso paese, o di paesi diversi, sottopongano questioni logicamente connesse, al

58 Vedi l'opinione dell'AG Trstenjak in *Köck*, n. 43, par. 62, ove afferma che gli Stati membri possano limitare la revisione giudiziale alla verifica della decisione dell'autorità amministrativa, senza però esercitare un potere diretto e senza offrire una reale tutela al consumatore. La conclusione è che gli Stati membri possono optare per una stretta demarcazione, limitando il potere di revisione giudiziale o per una divisione più flessibile, permettendo alla corte chiamata a pronunciarsi in sede di revisione di adottare rimedi concreti nel caso in cui ciò sia richiesto dall'effettività del rimedio. Nel sistema italiano le corti amministrative chiamate a pronunciarsi sui provvedimenti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM) in relazione alle pratiche commerciali sleali hanno esaminato attentamente il potere di *enforcement*, specificando il contenuto dell'effettività e la proporzionalità delle sanzioni.

59 Per un modello di interazione strategica tra le Corti e il Governo spagnoli e la Corte di Giustizia UE si veda il contributo di GOMEZ e LYCZKOWSKA in Fabrizio CAFAGGI e Stephanie LAW, *Judicial Cooperation in European Private Law*, Edward Elgar, 2017.

60 Come per esempio nei riferimenti fatti dalle corti spagnole.

fine di raggiungere un obiettivo comune. Chiaramente la natura strategica è rafforzata allorché la stessa corte nazionale proponga questioni pregiudiziali sequenziali su simili aspetti alla Corte di Giustizia dell'UE.⁶¹

Pare opportuno sottolineare gli aspetti sia tecnici sia strategici ed evidenziare come in molti casi il dialogo tra corti nazionali ed europee sia utilizzato al fine di promuovere la modifica normativa o incentivare nuove interpretazioni del diritto nazionale sia sostanziale sia processuale in aggiunta alla soluzione di una questione specifica.⁶² Tali cambiamenti riguardano regole procedurali nazionali che condizionano l'effettività dei rimedi e, di conseguenza, l'attuazione di diritti individuali e collettivi dei consumatori.

L'interazione strategica può avere luogo tra tre o più attori, facendo sorgere triloghi o tetraloghi. Quando l'obiettivo è la modifica normativa, l'interazione interviene tra le corti nazionali, il legislatore o il governo nazionale e la corte di Giustizia dell'UE. Quando l'obiettivo è il cambiamento giurisprudenziale, il trilogio rilevante è tra le corti di merito e di legittimità di uno Stato membro e la Corte di Giustizia dell'UE.⁶³

A volte l'interazione interviene tra le corti di legittimità, ad esempio le corti costituzionali e corti supreme.⁶⁴ I tetraloghi possono coinvolgere corti di merito e di legittimità, il legislatore e la Corte di Giustizia dell'UE, oppure corti nazionali ed amministrazione indipendenti, legislatore nazionale e la Corte di Giustizia UE.

La differenza tra attori potenzialmente partecipanti all'interazione ne determina contenuti ed obiettivi. Un'interazione strategica che mira a modificare la legislazione nazionale avrà caratteristiche diverse da quella che invece tende a modificare l'interpretazione della norma di derivazione comunitaria.

Il cambiamento legislativo non è l'unico obiettivo dell'interazione giudiziale. Il principale obiettivo delle domande pregiudiziali è più spesso la mo-

61 Vedi per esempio il tribunale di prima istanza di Budapest (nel caso C-472/11 *Banif Plus Bank* EU:C:2013:88 Case C-32/14 *ERSTE Bank* EU:C:2015:637) o la Corte d'Appello di Castelon (nel caso C-169/14 *Sánchez Morcillo and Abril García* EU:C:2014:2099).

62 Vedi le pubblicazioni che trovano la loro fonte nel JUDCOOP project (reperibili online all'indirizzo: <http://www.eui.eu/Projects/CentreForJudicialCooperation/Documents/JUDCOOPdeliverables/JUDCOOPdeliverables/JUDCOOP%20Guidelines%20-%20Multilingual%20version.pdf>; ultimo accesso 29/9/2017).

63 In Spagna ciò è spesso accaduto con i contratti di credito per il quali le corti di merito erano desiderose di variare l'indirizzo giurisprudenziale del *Tribunal Supremo* e in alcuni casi del *Tribunal Constitucional*. Si vedano per esempio: C-240-244/98 *Océano Grupo* EU:C:2000:346; C-168/05 *Mostaza Claro* EU:C:2006:675; C-40/08 *Asturcom* EU:C:2009:615; C-618/10 *Banco Español de Crédito* EU:C:2012:349; C-472/11 *Banif Plus Bank* EU:C:2013:88; C-413/12 *ACICL* EU:C:2013:800 ecc.

64 Gli esempi riguardano i conflitti tra le corti supreme e costituzionali o corti supreme e Consiglio di Stato.

difica delle interpretazioni affermate dalle corti superiori. In tal caso la Corte di Giustizia ha talvolta imposto la disapplicazione della sentenza del giudice supremo nazionale e la modifica dell'indirizzo giurisprudenziale.⁶⁵ Spesso le corti di merito hanno sollevato domande il cui impatto è andato ben oltre la soluzione della specifica controversia: hanno richiesto indicazioni circa i poteri dei giudici civili, i rapporti tra i diversi rimedi, e più di recente la funzione di risoluzione collettiva o individuale delle controversie. Il dialogo tra corti sta modificando il rapporto tra giudici e parti, l'ambito e la funzione dei poteri processuali dei giudici, il principio della domanda. Tali modifiche sono limitate alla legislazione di derivazione europea ma creano tensioni al sistema processuale civile perché differenziano le discipline sostanziali di fonte interna da quelle di fonte europea nell'ambito dello stesso ordinamento processuale (a mero titolo di esempio gli artt. 99, 101, 112, 115 c.p.c).⁶⁶

Uno dei più recenti sviluppi riguarda la soluzione di controversie interpretative tra giudici nazionali in relazione all'interpretazione del diritto UE.⁶⁷ Tradizionalmente tale funzione nomofilattica appartiene alla corte suprema. Tuttavia, conflitti, (1) tra corti e (2) tra giurisdizioni nazionali ed il legislatore, sono stati risolti indirettamente dalla Corte di Giustizia UE esaminando la compatibilità del diritto nazionale con il diritto UE, oppure la sua attuale interpretazione giudiziale da parte dello stato membro richiedente.⁶⁸

Le interazioni strategiche nel dialogo giudiziale verticale possono essere indirizzate dalle questioni pregiudiziali. L'utilizzo della questione pregiudiziale

65 Cfr. *ex multis* *Gutierrez Naranjo* cit C-154/15 e *Ognyanov* C-614/14 par. 35

66 Il tema dei poteri officiosi del giudice e la loro diversa applicazione ad aree di derivazione europea e di fonte puramente interna costituisce rappresentazione evidente di tali tensioni. Sul punto la giurisprudenza svolge un ruolo importante come testimoniato da Corte di Cassazione SSUU n. 26632/2014.

67 Vedi il caso C-381/14 *Sales Sinués* EU:C:2016:15, Opinione dell'AG Szpunar: «[30] Come si evince dagli atti a disposizione della Corte, l'analisi delle questioni pregiudiziali è resa ancora più complessa dall'interpretazione e dall'applicazione divergenti, da parte dei giudici nazionali, dell'articolo 43 del codice di procedura civile nell'ambito del procedimento collettivo avviato dall'Adicae, senza che tale questione sia stata decisa in cassazione a livello nazionale. [31] Da un lato, sembra che taluni giudici ritengano sussistere una pregiudizialità civile ai sensi dell'articolo 43 del codice di procedura civile e pronunciano la sospensione dei primi giudizi nell'attesa di una sentenza definitiva relativa ai secondi, fondandosi sul collegamento tra l'oggetto delle azioni individuali e quello delle azioni collettive. [32] Dall'altro, altri giudici sembrano considerare sussistente una situazione di litispendenza tra le azioni individuali e le azioni collettive, tenuto conto dell'identità di oggetto, di causa petendi e delle parti con conseguente archiviazione dei procedimenti individuali sul fondamento dell'articolo 222, paragrafo 3, del codice di procedura civile. Dagli atti di causa emerge che tale orientamento sembra essere sarebbe minoritario» (note omesse).

68 Come è avvenuto nei casi qui citati.

ziale delle corti spagnole, slovacche ed ungheresi nell'ambito delle controversie in materia di consumo mostra come le corti di merito siano state pioniere nell'innovazione nel campo del diritto del consumo promuovendo cambiamenti nel diritto processuale al fine di assicurare rimedi effettivi nelle controversie relative al credito al consumo, mutui immobiliari e procedure esecutive in un momento di crisi finanziaria.⁶⁹ Queste controversie hanno ridotto l'impatto della crisi finanziaria sui proprietari di immobili ed hanno riallocato le sue conseguenze su banche e mutuatari.⁷⁰ La declaratoria della vessatorietà in relazione a tassi di interesse, clausole penali e risoluzioni contrattuali, è stata il meccanismo attraverso il quale si è impedito a banche ed istituti di credito di beneficiare di normative nazionali che avrebbero facilitato l'esecuzione sugli immobili ipotecati⁷¹. È interessante osservare come l'intervento giudiziale, in modo maggiore rispetto alla regolamentazione amministrativa, abbia influenzato la successiva determinazione dei tassi di interesse ed i processi di rinegoziazione tra banche e consumatori, sia individualmente, sia collettivamente, alla luce delle nuove normative sul credito adottate per affrontare le criticità derivanti dalla crisi finanziaria.⁷² In ragione della sentenza *Naranjo Gutierrez*, che ha ritenuto la pronuncia del Tribunal Supremo limitativa degli effetti delle clausole *suelo* contraria al diritto europeo, il legislatore spagnolo ha dovuto regolare la restituzione delle somme percepite dalle banche in forza della clausola di tasso minimo.⁷³ Beninteso la CGUE non ha contestato la possibilità degli ordinamenti nazionali di limitare gli effetti retroattivi di una sentenza, piuttosto ha ritenuto non competenti i tribunali a determinare gli effetti temporali della non vincolatività di una clausola abusiva.⁷⁴ Le modalità

69 Per un'analisi comparatistica vedi i contributi di Hans-Wolfgang MICKLITZ e Irina DOMURATH (eds), *Consumer Debt and Social Exclusion in Europe* (Ashgate 2015).

70 Vedi il contributo di GOMEZ e LYCKOWSKA, in Fabrizio CAFAGGI e Stephanie LAW, *Judicial Cooperation in European Private Law*, Edward Elgar, 2017.

71 Cfr. in relazione alla trasparenza S. PAGLIANTINI, *L'interpretazione dei contratti asimmetrici nel canone della corte di giustizia (aspettando le clausole floor)*, in *Persona e mercato*, 2017, p. 41 ss.

72 Le autorità regolatrici nazionali non hanno impegnato spesso la Corte di Giustizia UE. Il dialogo tra autorità nazionali e le giurisdizioni europee è quindi sottosviluppato se comparato con quello giudiziale.

73 Decisione della Corte di Giustizia nel caso *Gutierrez Naranjo* 154/2015 del 21-12-2016 cui è seguito il *Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo*. Sulla vicenda si vedano le riflessioni di F.Seijo José M., *Tutela de los consumidores en los procedimientos judiciales: especial referencia a las ejecuciones hipotecarias*, Hospitalet de Llobregat (Barcellona), Wolters Kluwer, 2017.

74 Cfr. caso *Gutierrez Naranjo*. Cit. par 70 Tuttavia, si deve distinguere l'applicazione di una modalità processuale, come un termine ragionevole di prescrizione, da una limitazione nel tem-

di restituzione ai consumatori delle somme illegittimamente percepite dalle banche in ragione delle clausole *suelo* sono oggetto di controversie che hanno nuovamente spostato il centro decisionale a Lussemburgo in forza di alcuni rinvii pregiudiziali relativi al possibile contrasto tra il dispositivo in Naranjo e la nuova legislazione così come interpretata dal Tribunal Supremo spagnolo.⁷⁵ L'ordinamento spagnolo e la giurisprudenza nazionale prevalente hanno in una prima fase permesso l'esecuzione delle garanzie ipotecarie da parte delle banche; in base alla legislazione pregressa se la clausola contrattuale, sulla scorta della quale viene effettuata l'esecuzione, fosse risultata abusiva avrebbe soltanto permesso l'indennizzo pecuniario senza restituzione dell'abitazione.⁷⁶ I limiti della legislazione spagnola riguardavano dunque sia la possibilità di valutare l'abusività sia l'equilibrio tra tutela specifica e tutela per equivalente relativa all'impiego di clausole abusive nei mutui ipotecari. La Corte di Giustizia nel caso *Aziz* ha risolto la questione pregiudiziale proposta dal Tribunale di Barcellona conducendo ad un cambiamento nelle norme processuali spagnole, che impedivano la valutazione sull'abusività della condotta, e delle norme sostanziali, che impedivano l'esecuzione della garanzia ipotecaria in presenza di una clausola abusiva, in questo modo restringendo la tutela del consumatore al solo risarcimento del danno.⁷⁷

Il risultato finale non è chiaro: infatti, dopo che la corte di primo grado aveva deciso in conformità con le indicazioni della Corte di Giustizia, è stato accolto il ricorso in appello.⁷⁸ In ogni caso le conseguenze sono state impor-

po degli effetti di un'interpretazione di una norma del diritto dell'Unione (v., in questo senso, sentenza del 15 aprile 2010, *Barth*, C-542/08, EU:C:2010:193, punto 30 e giurisprudenza ivi citata). A questo proposito, occorre rammentare che spetta solo alla Corte, alla luce dell'esigenza fondamentale dell'applicazione uniforme e generale del diritto dell'Unione, decidere sulle limitazioni nel tempo da apportare all'interpretazione che essa fornisce di una norma (v., in questo senso, sentenza del 2 febbraio 1988, *Barra e a.*, 309/85, EU:C:1988:42, punto 13).

75 Cfr. Tribunal Supremo Fecha de resolución: 24/02/2017 N° Recurso: 740/2014.

76 Vedi il caso C-415/11 *Mohamed Aziz* EU:C:2013:164 e Hans-Wolfgang MICKLITZ, *Unfair Contract Terms – Public Interest Litigation Before European Courts*, in Evelyn TERRY et al (eds), *Landmark Cases of EU Consumer Law: In Honour of Jules Stuyck* (Intersentia 2013), 633.

77 Cfr. F.Seijo José M., *Tutela de los consumidores en los procedimientos judiciales: especial referencia a las ejecuciones hipotecarias*, cit.

78 Vedi il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE e le osservazioni della Commissione nel caso *Aziz*. Interessante notare come dopo la decisione della CGUE il caso sia stato risolto dalla Corte di prima istanza di Barcelona in modo conforme alla decisione della Corte di Giustizia. Il caso fu poi appellato di fronte alla Corte d'Appello di Barcelona, che adottò un orientamento più rigoroso. La prima al par. 26, dispose che: «*tampoco es preciso renunciar al principio de la demanda o principio dispositivo, que inspira el principio de congruencia e*

L'effetto dirompente di questioni pregiudiziali collegate ai mutui ed alle esecuzioni immobiliari in Spagna si sono sviluppate in un ambiente favorevole all'utilizzo strategico del dialogo giudiziale.⁷⁹ Effetti ancora più dirompenti ha avuto la giurisprudenza sulle clausole *suelo*. Gli interventi della Corte hanno determinato una redistribuzione degli oneri tra banche e consumatori, specialmente quando la sentenza *Naranjo* ha cancellato il limite costruito dal Tribunal Supremo, ove stabiliva obblighi restitutori solo per il periodo successivo alla sentenza.⁸⁰

Non solo il cambiamento normativo è stato significativo, ma anche la sua natura ed il suo impatto sono stati tenuti in considerazione nella decisione della Corte. La scansione delle domande pregiudiziali spagnole, evidenzia come la Corte di Giustizia UE, dopo aver indotto le modifiche normative abbia avuto la possibilità di valutare l'adeguatezza delle modifiche processuali attuate dal legislatore spagnolo, al fine di garantire un'effettiva protezione dei consumatori attraverso regole processuali adeguate; questo ha dato luogo ad un trologo, o ad un tetralogo se includiamo la Corte Costituzionale spagnola. La natura del trologo istituzionale tra Corti di merito, il legislatore spagnolo e la Corte di Giustizia, nel caso *Aziz* mostra sia la volontà sia i limiti identificati dalla Corte di Giustizia dell'Ue nel valutare le norme processuali nazionali applicate alle controversie in materia di consumo, alla luce dell'art. 47 CDF.⁸¹ Il problema sottoposto all'attenzione della Corte europea nei casi *Sanchez Morcillo I e II* è stata la violazione del principio di parità delle armi nell'esercizio del diritto d'appello nelle procedure esecutive, nel caso in cui il contratto contenesse clausole abusive. La Corte d'appello di Castellon ha sollevato la questione pregiudiziale dopo il rigetto da parte della Corte Costituzionale spagnola della questione di costituzionalità sul codice di procedura civile (*Ley de enjuiciamiento civil*, in seguito LEC)⁸².

79 Vedi il contributo di GOMEZ e LYCZKOWSKA, in Fabrizio CAFAGGI e Stephanie LAW, *Judicial Cooperation in European Private Law*, Edward Elgar, 2017.

80 Vedi infra Cafaggi e Casarosa.

81 Il trologo è tra le corti di merito, la Corte Costituzionale spagnola e la CGUE. Il dialogo include anche il legislatore spagnolo che ha modificato il codice di rito in modo da riconoscere al consumatore il diritto di appellare in ossequio alla decisione nel Caso C-169/14 *Sánchez Morcillo and Abril García* EU:C:2014:2099.

82 Vedi *ibid.*, il rinvio pregiudiziale chiedeva: «Se l'articolo 7 della [direttiva 93/13], in combinato disposto con gli articoli 47, 34, paragrafo 3, e 7 della [Carta], debba essere interpretato nel senso che osta a una norma processuale che, come l'articolo 695, paragrafo 4, [della LEC modificata], nel disciplinare il ricorso contro la decisione che statuisce sull'opposizione all'esecuzione su beni ipotecati o pignorati, consente di ricorrere in appello solo nei confronti dell'ordinanza che dispone l'improcedibilità dell'esecuzione, la disapplicazione di una clausola abusiva o il rigetto dell'opposizione basata sul carattere abusivo di una clausola, derivandone l'immediata conseguenza che il professionista esecutante dispone di più mezzi di ricorso

La questione pregiudiziale in *Sanchez Morcillo I* ha indentificato un conflitto tra diritto nazionale e diritto dell'UE.⁸³ Successivamente la normativa spagnola è stata modificata ma lo stesso giudice sottopose una nuova questione pregiudiziale in merito alla seconda riforma legislativa alla quale la Corte di Giustizia UE diede risposte negative, affermando che le nuove disposizioni non erano in conflitto con il diritto UE.⁸⁴

Questi esempi di attivismo giudiziario spagnolo sono stati in parte giustificati dall'inerzia e dall'immobilismo dei competenti regolatori amministrativi. I rinvii alla Corte di Giustizia sono seguiti a numerosi casi, da *Océano* a *Mostaza y Claro*, *Asturcom*, *Pannon* e *Penzugyi*, in forza dei quali la Corte di Giustizia ha conferito alle corti nazionali il potere di sollevare *ex officio* domande che le parti, specialmente gli avvocati dei consumatori, hanno omesso di rilevare nei propri scritti difensivi.⁸⁵ I contenuti ed i limiti di que-

in appello rispetto al consumatore esecutato». Nel par. 23 la CGUE esplica la portata della questione pregiudiziale: «Con la sua questione pregiudiziale, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'articolo 7 della direttiva 93/13, in combinato disposto con gli articoli 7, 34, paragrafo 3, e 47 della Carta, debba essere interpretato nel senso che esso osta ad una disposizione nazionale, come quella di cui si tratta nel procedimento principale, sulla base della quale il consumatore, in quanto debitore esecutato in un procedimento di esecuzione ipotecaria, possa proporre appello avverso la decisione che respinge l'opposizione all'esecuzione unicamente allorché il giudice di primo grado non ha accolto il motivo di opposizione relativo al carattere abusivo di una clausola contrattuale che costituisce il fondamento del titolo esecutivo, mentre il professionista, per contro, può proporre appello contro qualsiasi decisione che dispone la conclusione della procedura, a prescindere dal motivo sul quale la stessa si basi».

83 La risposta data dalla Corte fu «Alla luce di tali considerazioni, occorre rispondere alla questione posta dichiarando che l'articolo 7, paragrafo 1, della direttiva 93/13, in combinato disposto con gli articoli 7 e 47 della Carta, deve essere interpretato nel senso che esso non osta ad una disposizione nazionale, come quella in discussione nel procedimento principale, in forza della quale il consumatore, in quanto debitore esecutato in un procedimento di esecuzione ipotecaria, possa proporre appello avverso la decisione che respinge l'opposizione all'esecuzione unicamente quando il giudice di primo grado non ha accolto il motivo di opposizione relativo al carattere abusivo di una clausola contrattuale che costituisce il fondamento del titolo esecutivo, e ciò sebbene il professionista, per contro, possa proporre appello contro qualsiasi decisione che dispone la conclusione della procedura, a prescindere dal motivo sul quale la stessa si basi».

84 *Ibid.*

85 Compresi, tra gli altri, il caso C-240/98 *Océano* [2000] ECR I-4941, e la giurisprudenza che ne è seguita, compresi, tra gli altri, il caso C-227/08 *Martin Martin* [2009] ECR I-11939, caso C-137/08 *VB Pénzügyi Lízing* [2010] ECR I-10847, caso C-243/08 *Pannon GSM* [2009] ECR I-4713, caso C-453/10 *Pereničová and Perenič* EU:C:2012:144, caso C-618/10 *Banco Español de Crédito* EU:C:2012:349, caso C-470/12 *Pohotovost* EU:C:2014:101, casi C-482, 484, 485 e 487/13 *Unicaja Banco and Caixabank* EU:C:2015:21, caso C-497/13 *Faber*

sto potere sono stati delineati nel tempo, ed i potenziali conflitti che sorgono in riferimento all'allocazione tradizionale di poteri tra parti processuali ed il giudice è stato di conseguenza adattato. Chiaramente, le trasformazioni dei sistemi processuali nazionali che mirano ad assicurare la protezione giudiziale effettiva dei consumatori, a seguito delle decisioni pregiudiziali di interpretazione, avvengono con una diversa scansione temporale.⁸⁶

In quali modi il dialogo verticale sull'attuazione del diritto del consumo ha avuto impatto sugli ordinamenti diversi da quello del giudice del rinvio pregiudiziale? Le decisioni sono vincolanti in tutti gli Stati membri, ma il loro impatto è diverso a seconda dello specifico quadro giuridico in cui trovano attuazione. L'impatto delle decisioni della CGUE nei singoli Stati membri dipende da fattori sistemici e dal caso controverso. La diversa conseguenza dipende dal fatto che alcuni Stati hanno adottato una tutela giurisdizionale mentre altri una tutela prevalentemente amministrativa.⁸⁷

Anche la pluralità di meccanismi di tutela connotati da norme processuali diverse può condurre ad effetti divergenti della giurisprudenza della Corte europea in materia di protezione del consumatore nei diversi Stati membri. Chiaramente la giurisprudenza derivante dalla valutazione autonoma del giudice ha stimolato significative modifiche nelle norme processuali in quei paesi che hanno scelto la tutela giurisdizionale, minori in quei paesi che fanno ricorso in via prevalente al controllo amministrativo, dotato di più

EU:C:2015:357, caso C-32/14 *ERTSE* EU:C:2015:637, caso C-169/14 *Sánchez Morcillo* EU:C:2014:2099. Nel caso *Banco Español* fu deciso che: «[42] Sulla base di tali principi la Corte ha pertanto statuito che il giudice nazionale è tenuto ad esaminare d'ufficio la natura abusiva di una clausola contrattuale che ricade nell'ambito di applicazione della direttiva 93/13 e, in tal modo, a porre un argine allo squilibrio che esiste tra il consumatore e il professionista (v., in tal senso, sentenze *Mostaza Claro*, cit., punto 38; del 4 giugno 2009, *Pannon GSM*, C-243/08, Racc. pag. I-4713, punto 31; *Asturcom Telecomunicaciones*, cit., punto 32, nonché *VB Pénzügyi Lízing*, cit., punto 49). [43] Di conseguenza, il ruolo così attribuito al giudice nazionale dal diritto dell'Unione nell'ambito di cui trattasi non si limita alla semplice facoltà di pronunciarsi sull'eventuale natura abusiva di una clausola contrattuale, bensì comporta parimenti l'obbligo di esaminare d'ufficio tale questione, a partire dal momento in cui dispone degli elementi di diritto e di fatto necessari a tal fine (v. sentenza *Pannon GSM*, cit., punto 32)». Su questa evoluzione si veda Verica TRSTENJAK, *Procedural Aspects of European Consumer Protection Law and the Case Law of the CJEU from the Perspective of Insurance Law*, (2013) 21 *ERPL* 451, e Hans-Wolfgang MICKLITZ, *The Transformation of Enforcement in European Private Law: Preliminary Considerations*, (2015) 23 *ERPL* 491.

86 L'impatto della decisione nel paese del giudice che opera il rinvio è generalmente maggiore che altrove, nonostante la decisione abbia natura vincolante per tutti gli Stati membri.

87 Con riguardo alle condizioni contrattuali abusive la maggioranza ha adottato un controllo giudiziale, mentre nel caso delle pratiche commerciali abusive un numero maggiore di paesi ha optato per il controllo amministrativo in aggiunta a quello giudiziale.

rilevanti poteri imperativi. Ma anche in paesi diversi dall'ordinamento da cui è originato il rinvio pregiudiziale i cambiamenti delle norme processuali sono stati irregolari e non sempre coerenti.

L'utilizzo dei rinvii pregiudiziali introduce quindi importanti cambiamenti nelle norme processuali nazionali, evidenziando i limiti della differenziazione tra regole sostanziali e regole processuali, e le carenze dell'attuazione amministrativa del diritto dei consumi.⁸⁸ Tuttavia il dialogo ed il trilogio giudiziale è sottoposto a limiti istituzionali che rendono il processo di cambiamento instabile e non sempre armonioso. Il miglioramento degli strumenti di dialogo può fornire un maggior livello di stabilità e di certezza del diritto negli Stati membri.

5. La tutela giurisdizionale ed amministrativa europea del diritto dei consumatori alla luce del trilogio istituzionale

Le trasformazioni nei meccanismi europei di tutela nel diritto del consumo sono state notevoli.⁸⁹ Riguardano le relazioni tra sistemi amministrativi e giudiziari, la ripartizione di compiti tra livelli europei e nazionali, e sostanzialmente il rapporto tra diritti e rimedi, il nuovo bilanciamento tra azioni individuali e collettive, e lo spostamento dell'attenzione dal risarcimento alla prevenzione e dissuasione.⁹⁰ Nell'ambito della tutela giurisdizionale i cambiamenti sono in primo luogo guidati dalle corti nazionali sottoposte dalla Corte di Giustizia dell'UE, mentre la tutela amministrativa è

88 Vedi Walter VAN GERVEN, *Of Rights, Remedies and Procedures* (2000) 37 *CMLR* 501; V. TRSTENJAK e E. BEYSEN, *European Consumer Protection Law: curia semper dabit remedium?* (2011) 48 *CMLR* 95, 120, and Hans-Wolfgang MICKLITZ, *The ECJ Between the Individual Citizen and the Member States – A Plea for a Judge-Made European Law on Remedies*, in Bruno DE WITTE e Hans-Wolfgang MICKLITZ (eds), *The European Court of Justice and the Autonomy of the Member States* (Intersentia 2011) 347, specialmente sezione 3.2.

89 Vedi Hans-Wolfgang MICKLITZ, *The Consumer: Marketised, Fragmentised, Constitutionalised*, in Dorota LECZYKIEWICZ e Stephen WEATHERILL (eds), *The Images of the Consumer in EU Law: Legislation, Free Movement and Competition Law* (Hart 2016), p. 21 ss..

90 Vedi per un quadro analitico Fabrizio CAFAGGI, *The Great Transformation: Administrative and Judicial Enforcement in Consumer Protection: A Remedial Perspective*, 2009, 21, *Loyola Consumer Law Review*, 496. Più recentemente e in relazione al diritto privato, vedi Franziska WEBER e Michael FAURE, *The Interplay between Public and Private Enforcement in European Private Law: Law and Economics Perspective* (2015) 23 *ERPL* 525, che rivedono la prospettiva convenzionale della *law and economics* definite da A. Mitchell POLINSKY e Steven SHAVELL, *An Economic Theory of Public Enforcement of Law* (2000) 38 *J.Econ.Lit.*, p.45 ss.

rafforzata dalle norme e dalle pratiche, incluse raccomandazioni adottate dalla Commissione europea e le linee guida predisposte dalle reti europee.⁹¹ Queste trasformazioni stanno ridisegnando il ruolo delle corti nazionali e delle autorità amministrative, incrementando l'interscambio tra attuazione di diritto privato ed amministrativo. In questa occasione, l'analisi è concentrata sui rapporti tra tutele civili e tutele amministrative, ma simili, se non più importanti interazioni, caratterizzano l'interscambio tra sanzioni ammi-

91 I poteri della Commissione europea avrebbero dovuto essere aumentati dal nuovo regolamento CPC. Vedi *CPC proposal Regulation* considerando 16: «The Commission must be better able to coordinate and monitor the functioning of the mutual assistance mechanism, issue guidance, make recommendations and issue opinions to the Member States when problems arise. The Commission also must be better able to effectively and quickly assist competent authorities to resolve disputes over the interpretation of their obligations of the competent authorities stemming from the mutual assistance mechanism». Invece il regolamento 2017/2394 la preferito lasciare la competenza alle autorità nazionali e prevedere un ruolo esclusivamente sussidiario per la Commissione, cui peraltro è delegato il potere di coordinamento delle segnalazioni nazionali. Precisamente l'art. 26 del regolamento 2017/2394 stabilisce «[1] L'autorità competente comunica tempestivamente alla Commissione, alle altre autorità competenti e agli uffici unici di collegamento qualsiasi ragionevole sospetto circa il fatto che sul proprio territorio stia avvenendo un'infrazione di cui al presente regolamento che potrebbe pregiudicare gli interessi dei consumatori di altri Stati membri. [2] La Commissione notifica tempestivamente alle autorità competenti e agli uffici unici di collegamento interessati qualsiasi ragionevole sospetto che vi sia stata un'infrazione di cui al presente regolamento. [3] Nel notificare, vale a dire nel formulare una segnalazione, a norma dei paragrafi 1 e 2 l'autorità competente o la Commissione forniscono informazioni riguardanti le presunte infrazioni di cui al presente regolamento e, se disponibili, le seguenti: a) una descrizione dell'atto o dell'omissione che costituisce l'infrazione; b) i dettagli del prodotto o del servizio interessati dall'infrazione; c) i nomi degli Stati membri interessati o probabilmente interessati dall'infrazione; d) l'identità dell'operatore o degli operatori responsabili o presunti responsabili dell'infrazione; e) la base giuridica per eventuali azioni alla luce delle disposizioni nazionali e delle corrispondenti disposizioni degli atti giuridici dell'Unione elencati nell'allegato; f) una descrizione del procedimento giudiziario, delle misure di esecuzione o di altre misure adottate in relazione all'infrazione e le loro date e la loro durata, nonché il loro stato; g) le identità delle autorità competenti che avviano i procedimenti giudiziari e adottano le altre misure. [4] Nel formulare una segnalazione, l'autorità competente può chiedere alle autorità competenti e ai pertinenti uffici unici di collegamento degli altri Stati membri, come pure alla Commissione, o la Commissione può chiedere alle autorità competenti e ai pertinenti uffici unici di collegamento degli altri Stati membri di verificare se, sulla base delle informazioni disponibili o facilmente accessibili alle pertinenti autorità competenti o rispettivamente alla Commissione, tali presunte infrazioni si stiano verificando nel territorio di altri Stati membri o se sono già state adottate misure di esecuzione contro tali infrazioni in tali altri Stati membri. Tali autorità competenti degli altri Stati membri e la Commissione rispondono alle richieste senza indugio. »

nistrative e penali dove principi come il *ne bis in idem* hanno contribuito alla definizione di doppi binari.⁹²

Un'importante tendenza è identificabile nell'evidente espansione della tutela amministrativa.⁹³ Questo è sicuramente il caso della protezione del consumatore nei mercati regolamentati ma simili parametri informano la regolamentazione generale del mercato (ad esempio, nel caso di pratiche commerciali scorrette).⁹⁴ La crescita della tutela amministrativa è stata parzialmente ricalibrata dalla Corte europea e dalla Corte di Giustizia con riguardo alla natura penale delle sanzioni amministrative ed agli effetti del *ne bis in idem*.⁹⁵ L'utilizzazione di sanzioni amministrative di natura penale nella protezione del consumatore è piuttosto limitata, seppur significativa. L'effettività della tutela amministrativa è stata posta in dubbio specialmente in relazione a violazioni transfrontaliere del diritto del consumo. Il regolamento (UE) 2017/2394 ha ridisegnato il regolamento (CE) 2006/2004 al fine di rafforzare i poteri delle singole autorità ed il loro coordinamento in caso di violazioni transfrontaliere nel pieno rispetto del principio di sussidiarietà.⁹⁶

Per quanto riguarda la tutela giurisdizionale, il dialogo tra corti nazionali e la Corte di Giustizia dell'Unione europea ha stimolato significativi cambiamenti alle norme di procedura sulla scorta del principio di effettività

92 Caso C-617/10 *Åkerberg Fransson* EU:C:2013:280 e *Grande Stevens v Italy*, App. n.18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 e 18698/10.

93 Fabrizio CAFAGGI and Hans-Wolfgang MICKLITZ, *New Frontiers of Consumer Protection – The Interplay between Private and Public Enforcement* (Intersentia 2009), Olha O. CHEREDNYCHENKO, *Editorial – Public and Private Enforcement of European Private Law: Perspectives and Challenges*, 2015, *ERPL*, 23, 481.

94 Vedi Commissione europea, *First Report on the Application of Directive 2005/29/EC*, COM(2013) 139 final, par. 26: «Most systems, however, combine elements of public and private enforcement. Penalties range from injunction orders, damages, fines and criminal sanctions, and administrative; in most Member States there is a combination of all of these».

95 Caso C-617/10 *Åkerberg Fransson* EU:C:2013:280 e *Grande Stevens v Italy*, App. n.18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 e 18698/10 e da ultimo C- 537/16 e C-.597/16 riguardanti sanzioni finanziarie irrogate da Consob.

96 Il punto è ben evidenziato nel considerando 53 del regolamento 2017/2394 «Poiché l'obiettivo del presente regolamento, vale a dire la cooperazione fra le autorità nazionali responsabili dell'esecuzione delle norme in materia di tutela dei consumatori, non può essere conseguito in misura sufficiente dagli Stati membri che da soli non possono garantire la cooperazione e il coordinamento, ma, a motivo del suo ambito di applicazione territoriale e soggettivo, può essere conseguito meglio a livello di Unione, quest'ultima può intervenire in base al principio di sussidiarietà sancito dall'articolo 5 del trattato sull'Unione europea. Il presente regolamento si limita a quanto è necessario per conseguire tale obiettivo in ottemperanza al principio di proporzionalità enunciato nello stesso articolo».

e della natura di ordine pubblico sottesa alle norme di protezione del consumatore.⁹⁷ Il principio di effettività, collegato all'obiettivo di una maggiore protezione del consumatore, porta ad una redistribuzione del potere tra giudici e parti.⁹⁸ Ciò si riflette nell'espansione dei poteri *ex officio* per valutare norme e pratiche scorrette, al fine di ampliare il novero dei rimedi disponibili e ridefinire la ripartizione dell'onere della prova. Questi poteri sono stati estesi in diversa misura a diversi settori del sistema giudiziario ed a nuovi attori, incluso il *secretario judicial* spagnolo.⁹⁹

Peraltro la tutela amministrativa non sostituisce quella giudiziale, ma arricchisce il novero dei rimedi e delle sanzioni in ipotesi di violazione del diritto del consumo.¹⁰⁰ Introduce inoltre nuove prassi focalizzate sugli obblighi di cooperazione successivi alla violazione. Queste peculiarità avrebbero dovuto essere rafforzate dal regolamento 2017/2394 che modifica il regolamento 2006/2004, ove nuovi poteri concernenti il controllo e la sanzione, ben oltre gli strumenti tradizionali, fossero stati espresamente introdotti. In particolare, nella proposta era prevista la possibilità per l'autorità competente di condannare al risarcimento del danno, oltre al potere di condannare alla restituzione dell'arricchimento quando il risarcimento dei danni al consumatore sia indeterminabile,¹⁰¹ mentre il regolamento 2017/2394 si è

97 Vedi casi sopra citati. Vedi Simon WHITTAKER, *Who Determines What Civil Courts Decide? Private Rights, Public Policy and EU Law* in LECZYKIEWICZ e WEATHERILL, n.83, 89; e Hans-Wolfgang MICKLITZ, *The Transformation of Enforcement in European Private Law: Preliminary Considerations*, 2015, 23, 40 ERPL, 491.

98 Vedi Enzo CANNIZZARO, *Effettività del diritto dell'Unione e rimedi processuali nazionali*, *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2013, p. 663 ss. e Roberto CONTI, *L'effettività del diritto comunitario ed il ruolo del giudice*, in *Europa e dir priv.*, 2007, p. 479 ss..

99 Vedi il caso C-503/15 *Panicello* nel quale il potere del *secretario judicial* di determinare l'abusività delle clausole contrattuali è considerata alla luce dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali.

100 Le autorità amministrative spesso negoziano delle sanzioni con le imprese nel caso in cui esse persistano nell'usare pratiche vietate.

101 Vedi art. 8 della proposta di regolamento che modifica il regolamento 2006/2004, n.14, che così dispone: «The Competent authority shall:... (g) adopt interim measures to prevent the risk of serious and irreparable harm to consumers, in particular the suspension of a website, domain or a similar digital site, service or account; (h) start investigations or procedures to bring about the cessation or prohibition of intra-Union infringements or widespread infringements of its own initiative and where appropriate to publish information about this; (i) obtain a commitment from the trader responsible for the intra-Union infringement or widespread infringement to cease the infringement and where appropriate to compensate consumers for the harm caused; (j) request in writing the cessation of the infringement by the trader; (k) bring about the cessation or the prohibition of the infringement; (l) close down a website, domain or similar digital site, service or account or a part of it, including by requesting a third party

limitato ad individuare il quadro comune dei c.d. poteri minimi delle autorità competenti.¹⁰²

or other public authority to implement such measures; (m) impose penalties, including fines and penalty payments, for intra-Union infringements and widespread infringements and for the failure to comply with any decision, order, interim measure, commitment or other measure adopted pursuant to this Regulation; (n) order the trader responsible for the intra-Union infringement or widespread infringement to compensate consumers that have suffered harm as a consequence of the infringement including, among others, monetary compensation, offering consumers the option to terminate the contract or other measures ensuring redress to consumers who have been harmed as a result of the infringement; (o) order the restitution of profits obtained as a result of infringements, including an order that those profits are paid to the public purse or to a beneficiary designated by the competent authority or under national legislation; (p) publish any final decisions, interim measures or orders, including the publication of the identity of the trader responsible for the intra-Union infringement or widespread infringement; (q) consult consumers, consumer organisations, designated bodies and other persons concerned about the effectiveness of the proposed commitments in ceasing the infringement and removing the harm caused by it».

102 Nonostante le precise indicazioni della proposta l'art. 9 del regolamento 201772394, intitolato *Poteri minimi delle autorità competenti*, si limita a prevedere: «[4] Le autorità competenti dispongono almeno dei seguenti poteri di esecuzione: a) il potere di adottare misure provvisorie volte a evitare il rischio di danno grave degli interessi collettivi dei consumatori; b) il potere di cercare di ottenere o di accettare impegni da parte dell'operatore responsabile dell'infrazione di cui al presente regolamento a porre fine all'infrazione stessa; c) il potere di ricevere impegni riparatori aggiuntivi da parte dell'operatore, su iniziativa di quest'ultimo, a beneficio dei consumatori interessati dalla presunta infrazione di cui al presente regolamento o, se del caso, cercare di ottenere che l'operatore si impegni a offrire ai consumatori interessati da tale infrazione rimedi adeguati; d) ove applicabile, il potere di informare, con mezzi appropriati, i consumatori che dichiarano di aver subito un danno a seguito di un'infrazione di cui al presente regolamento su come chiedere una compensazione conformemente al diritto nazionale; e) il potere di obbligare per iscritto l'operatore a cessare le infrazioni di cui al presente regolamento; f) il potere di far cessare o vietare le infrazioni di cui al presente regolamento; g) laddove non siano disponibili altri mezzi efficaci per far cessare o vietare l'infrazione di cui al presente regolamento e al fine di evitare il rischio di danno grave agli interessi collettivi dei consumatori: i) il potere di rimuovere i contenuti o limitare l'accesso all'interfaccia online o imporre la visualizzazione esplicita di un'avvertenza rivolta ai consumatori quando accedono all'interfaccia online; ii) il potere di imporre ai prestatori di servizi di hosting di rimuovere, disabilitare o limitare l'accesso a un'interfaccia online; o iii) ove opportuno, il potere di imporre ai registri o alle autorità di registrazione del dominio di rimuovere un nome di dominio completo e consentire all'autorità competente interessata di registrarlo; anche chiedendo a terzi o ad altre autorità pubbliche di attuare tali misure; h) il potere di irrogare sanzioni, come ammende o penalità di mora, per infrazioni di cui al presente regolamento e per il mancato rispetto di decisioni, ordinanze, misure provvisorie, impegni dell'operatore o altre misure adottate ai sensi del presente regolamento. Le sanzioni di cui alla lettera h) sono effettive, proporzionate e dissuasive, conformemente alle prescrizioni delle norme dell'Unione sulla tutela

La tutela amministrativa cooperativa sviluppa strategie che divergono dalle più tradizionali sanzioni para-penali che includono sanzioni e divieti.

Le differenze tra i poteri delle corti ed autorità amministrative rimangono significative: le regole processuali differiscono ed il quadro del procedimento è diverso. Le autorità amministrative possono avviare indagini ed utilizzare più ampi poteri istruttori rispetto ai giudici civili.¹⁰³ I giudici competenti per il *private enforcement* sono invece limitati dal perimetro delle domande giudiziali e possono soltanto ampliarlo quando lo richiedano l'ordine pubblico ed il diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva.¹⁰⁴ Mentre il rapporto relativo all'esecuzione tra autorità amministrative e trasgressori è di solito scontato, nei processi civili è molto raro che la stessa corte possa essere competente a decidere casi di violazioni reiterate da parte dello stesso trasgressore.¹⁰⁵ Inoltre, anche se le corti adite fossero le stesse, diversamente dalle autorità amministrative o dai giudici penali, non deciderebbero sulla scorta di precedenti condotte già sanzionate.¹⁰⁶ Queste caratteristiche rendono il ricorso alla cooperazione tra autore e trasgressore più agevole in ambito amministrativo. Quanto a rimedi disponibili le autorità amministrative hanno un'ampia gamma di sanzioni e rimedi che mirano principalmente a disciplinare il comportamento del mercato ed a impedire violazioni reiterate. Le autorità amministrative controllano l'esecuzione delle sanzioni ed in caso di inadempimento multano i trasgressori in modo più grave rispetto al giudice del *private enforcement*.¹⁰⁷ I costi relativi alla fase esecutiva sono sostenuti

degli interessi dei consumatori. In particolare, si tiene debito conto, se del caso, della natura, gravità e durata dell'infrazione in oggetto.».

103 Vedi per esempio l'art. 27 del *Codice del consumo* italiano. Questi poteri erano stati ampliati nella proposta di regolamento ma non hanno trovato precisa collocazione nel regolamento 2017/2394.

104 Vedi i casi riuniti C-430–431/93 *Van Schijndel* [1995] ECR I-4705.

105 Le autorità amministrative, nell'utilizzo dei loro poteri sanzionatori, possono considerare la durata della violazione come uno degli elementi determinanti la sanzione, allo stesso modo è rilevante la natura ripetuta della violazione che è presa in considerazione più dalle corti penali che da quelle civili. Con ciò non si intende dire che i rimedi civili e in particolare le sanzioni non possano essere utilizzate per impedire persistenti violazioni all'ordine giudiziario di interrompere pratiche scorrette o altre violazioni che ledono i diritti dei consumatori. Vedi Direttiva 22/2009/CE relativa a provvedimenti inibitori a tutela degli interessi dei consumatori.

106 Nell'area delle pratiche commerciali illecite, le legislazioni nazionali impongono di considerare le precedenti violazioni al fine di determinare l'ammontare della sanzione. Vedi per esempio l'art. 27 del *Codice del consumo* italiano.

107 Con la riforma le autorità amministrative saranno in grado di condannare al risarcimento a favore dei consumatori e alla restituzione dei profitti and profit restitution amplian-

dalle parti spesso preoccupate prima della trasgressione circa l'efficacia degli strumenti di controllo.

Le autorità amministrative sono vincolate dal principio di legalità e quando applicano sanzioni di natura penale, dal principio *nulla poena sine lege*. La combinazione di multe e provvedimenti inibitori dipende dalla gravità e dalla durata della violazione e deve essere coerente con i principi di proporzionalità e prevenzione.¹⁰⁸ Entrambi devono conformarsi ai principi di effettività, proporzionalità e prevenzione.

L'incidenza dei diversi sistemi di tutela varia all'interno del diritto del consumo. In alcune aree prevale la tutela amministrativa, mentre in altre la tutela giudiziale è predominante. Il rapporto della Commissione europea e le ricerche mostrano come la tutela amministrativa sia più diffusa in aree quali le pratiche commerciali scorrette.¹⁰⁹ Le controversie sono limitate ed i rimedi risarcitori sono raramente esperiti sia da parte di singoli consumatori sia da parte di organizzazioni di consumatori. Questo non è il caso delle clausole vessatorie dove le invalidità e gli ordini inibitori da parte dei giudici civili ricoprono un ruolo più significativo rispetto a quello delle autorità amministrative.

La sanzione è l'elemento chiave delle politiche di enforcement. La definizione di principi è essenzialmente una questione di diritto dell'Unione europea ove l'art. 47 CDF acquista sempre più importanza nella determinazione della protezione giudiziale effettiva.

I principi di effettività, proporzionalità e dissuasione sono stati ora integrati nella normativa europea e dovrebbero guidare sia la tutela giudiziale sia quella amministrativa.¹¹⁰ Le differenze riguardano i tipi di sanzioni ed i loro obiettivi. Le autorità amministrative si concentrano sul trasgressore. La sanzione in questo caso è determinata da variabili che includono: (1) la gravità della violazione; (2) il numero dei consumatori coinvolti; (3) la gravità del danno o del rischio creato dalla condotta; (4) la durata della violazione; (5) la precedente condotta del trasgressore e la reiterazione della violazione. La rilevanza, specialmente nelle pratiche commerciali scorrette, è attribuita ai vantaggi ottenuti dal commerciante al tempo della condotta ed ai conseguenti profitti.

La tutela giurisdizionale si concentra invece sul danneggiato e differisce a seconda che l'azione sia individuale o collettiva. Il risarcimento è certa-

do sia l'area dei rimedi che quella degli scopi funzionali delle autorità amministrative.

108 Vedi direttiva 2005/29/EC ed art.24, Direttiva 2011/83/EU.

109 Vedi Commissione europea, *First Report on the Application of Directive 2005/29/EC*, COM(2013) 139 final.

110 Vedi Elise POILLOT, *The European Court of Justice and General Principles Derived from the Acquis Communautaire*, (2014) 1 *Oslo Law Review* 67.

mente uno degli obiettivi principali, ma le misure cautelari sono anche utilizzate sia in ambito penale che civile. La proposta di riforma aveva previsto che il rimedio risarcitorio dovesse essere a disposizione anche dell'autorità amministrativa; se questa previsione della proposta fosse stata accolta sarebbe stato superato l'approccio tradizionale che distingue tra controllo *ex ante* (amministrativo) ed *ex post* (giudiziale), con una conseguente espansione delle funzioni di tutela amministrativa e la modificazione del ruolo della tutela giurisdizionale.¹¹¹ Tuttavia il regolamento 2017/2394 si è limitato a prevedere azioni coordinate basate sull'accordo reciproco tra le autorità nazionali competenti, cui sono state demandate anche le misure di esecuzione.¹¹²

111 Vedi la proposta di Regolamento n. 14 già citata, che all'art. 18, "Enforcement measures in coordinated actions" dispone: «[1] The competent authorities concerned may invite the trader responsible for the infringement to propose commitments to cease the infringement and where appropriate to compensate or take other measures facilitating compensation of consumers that have suffered harm. The trader may also, on its own initiative, propose commitments to cease the infringement and to compensate consumers. [2] Where the trader proposes commitments, the competent authorities concerned, may, where appropriate, publish the proposed commitments on their websites or, as appropriate, on the Commission website to seek the views of other parties concerned and to verify whether the commitments are sufficient to cease the infringement and to compensate consumers. [3] The competent authorities concerned may designate one competent authority to take enforcement measures on behalf of the other competent authorities in order to bring about the cessation or to prohibit the widespread infringement, to ensure compensation of consumers or to impose penalties. When designating a competent authority to take enforcement measures the competent authorities shall take into consideration the location of the trader concerned. Once the competent authority has been designated to take enforcement measures by the other competent authorities concerned, it shall become competent to act on behalf of the consumers of each such Member State as if they were its own consumers. [4] The competent authorities may decide to take enforcement measures simultaneously in all or some Member States concerned by the widespread infringement. In such a case, the competent authorities shall ensure that those enforcement measures are launched simultaneously in all Member States concerned. [5] The instruction of a designated body to take enforcement measures pursuant to paragraphs 1 to 4 shall only be possible if the competent authorities concerned give their consent to such instruction and where such instruction does not lead to disclosure of information which is subject to the rules on professional and commercial secrecy set out in Article 41».

112 Infatti le misure di esecuzione nelle azioni coordinate sono disciplinate dall'art. 21 del regolamento 2017/2394 che prevede: «[1] Le autorità competenti interessate dall'azione coordinata adottano nell'ambito della loro giurisdizione tutte le misure di esecuzione necessarie nei confronti dell'operatore responsabile dell'infrazione diffusa o dell'infrazione diffusa avente una dimensione unionale per far cessare o vietare tale infrazione. Se del caso, esse irrogano sanzioni, come ammende o penalità di mora, all'operatore responsabile dell'infrazione diffusa o dell'infrazione diffusa avente una dimensione unionale. Le autorità competenti possono ricevere dall'operatore, su iniziativa di quest'ultimo,

Peraltro la valutazione circa l'efficacia dell'attività sanzionatoria è divenuta prioritaria anche per il legislatore nazionale. I dati relativi alla valutazione dell'effettività sono sull'agenda della Commissione europea in molti settori, dai mercati finanziari alla concorrenza. La possibilità di valutare diversi meccanismi di tutela e la loro efficacia è spesso minacciata dalla mancanza di strumenti di coordinamento e dalle diverse motivazioni sottese ai meccanismi attuativi. Quel che ancor manca nell'attuale cornice istituzionale è una chiara indicazione normativa di come l'effettività, la proporzionalità e la dissuasione dovrebbero essere applicate alla combinazione di sanzioni amministrative, penali e civili. La proporzionalità dovrebbe essere autonomamente definita in relazione ad ogni meccanismo di attuazione o dovrebbe invece applicarsi nello stesso modo a tutti? L'ammontare delle sanzioni dovrebbe essere rapportato a quello del risarcimento quando è esperita l'azione civile per danni? Gli effetti delle azioni inibitorie dovrebbero essere commisurati alle sanzioni civili o a quelle penali? Riteniamo che questi principi si applichino non solo all'**interno** ma anche **tra** meccanismi di tutela. Occorrerebbe dunque immaginare sistemi di coordinamento tra regimi sanzionatori sottoposti a criteri uniformi. Esistono prove frammentarie in materia di concorrenza e telecomunicazioni che implicitamente dimostrano che i legislatori nazionali stiano recependo i potenziali risultati del susseguirsi delle azioni per danni; tuttavia, oltre l'esempio del modello di azione volontaria, non vi sono attualmente chiare indicazioni circa l'applicazione del principio di proporzionalità a sanzioni e rimedi disponibili nelle diverse tipologie di enforcement.

impegni riparatori aggiuntivi a beneficio dei consumatori colpiti dalla presunta infrazione diffusa o infrazione diffusa avente una dimensione unionale o, se del caso, possono cercare di ottenere che l'operatore si impegni a offrire ai consumatori interessati da tale infrazione rimedi adeguati.

Le misure di esecuzione sono particolarmente opportune quando: a) un intervento di esecuzione immediato è necessario per far cessare o vietare l'infrazione in maniera rapida ed efficace; b) è improbabile che l'infrazione cessi a seguito degli impegni proposti dall'operatore responsabile dell'infrazione; c) l'operatore responsabile dell'infrazione non ha proposto impegni prima della scadenza dei termini fissati dalle autorità competenti interessate; d) gli impegni proposti dall'operatore responsabile dell'infrazione non sono sufficienti ad assicurare che l'infrazione cessi o, se del caso, fornisca un rimedio ai consumatori pregiudicati dall'infrazione; o e) l'operatore responsabile dell'infrazione non ha attuato gli impegni per porre fine all'infrazione o, se del caso, per fornire un rimedio ai consumatori pregiudicati dall'infrazione entro il termine di cui all'articolo 20, paragrafo 3. [2] Le misure di esecuzione di cui al paragrafo 1 sono adottate in modo efficace, efficiente e coordinato per far cessare o vietare l'infrazione diffusa o l'infrazione diffusa avente una dimensione unionale. Le autorità competenti interessate dall'azione coordinata cercano di adottare misure di esecuzione simultaneamente negli Stati membri interessati da detta infrazione.»

6. Triloghi istituzionali e parametri di cambiamento

Il dialogo è un importante strumento di tutela effettiva ma la sua attuale struttura è lontana dall'essere perfetta. La cooperazione tra corti nazionali coinvolte nell'attuazione del diritto del consumo non è stata formalizzata né stabilizzata. La cooperazione tra autorità amministrative del consumo è stata istituzionalizzata ma persistono differenze nelle prassi nazionali, incluse le politiche sanzionatorie; tali differenze causano un significativo disallineamento tra Stati membri. L'aspetto più problematico dell'odierno sistema è la mancanza di effettivo coordinamento tra autorità amministrative e giudiziali che minaccia il dialogo e la cooperazione istituzionale.¹¹³ Ciò è vero a livello europeo, tra reti regolamentari e la Corte di Giustizia, ed a livello nazionale, tra autorità amministrative indipendenti e giudici, dove non sono applicate chiare regole comuni circa le procedure parallele o l'efficacia obbligatoria dei giudicati e gli atti amministrativi, salvo poche rare eccezioni con riferimento alla violazione delle norme in materia di concorrenza ed ai mercati finanziari. Il mancato coordinamento porta a risposte diverse per le stesse violazioni creando incertezza giuridica circa i rimedi esperibili. Tali lacune sono ancor più rilevanti se si considera il ruolo sempre più importante svolto dall'attuazione amministrativa nell'ambito del diritto del consumo. Purtroppo il regolamento 2017/2394 non affronta in modo esplicito queste lacune ed in particolare il coordinamento tra tutela amministrativa e giurisdizionale, limitandosi a prevedere obblighi di coordinamento tra autorità nazionali per le infrazioni aventi dimensione unionale.

In tale prospettiva sarebbe estremamente utile se le autorità amministrative, dotate di poteri (quasi) giurisdizionali, formulassero domande di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, sia in riferimento ai propri poteri sia al loro rapporto con la tutela giurisdizionale. Quando gli Stati membri decidono di utilizzare la tutela amministrativa, le autorità competenti dovrebbero essere in grado di dialogare con la Corte di Giustizia dell'Unione europea in merito ai propri poteri ed ai potenziali oneri legati al principio di effettività derivanti dall'applicazione di norme processuali amministrative. Il dialogo tra reti amministrative e corti nazionali dovrebbe essere formalizzato al fine di migliorare il coordinamento tra meccanismi di tutela dei consumatori. La Corte di Giustizia dell'Unione europea potrebbe svolgere un ruolo importante, nel fornire una guida circa i fattori da considerare nel determinare sanzioni e rimedi in conformità con i principi di effettività, declinati nel diritto all'effettiva protezione giudiziale (Art. 47 CDF), e nel principio di

113 Vedi Fabrizio CAFAGGI, *The Great Transformation: Administrative and Judicial Enforcement in Consumer Protection: A Remedial Perspective*, 2009, 21, *Loyola Consumer Law Review*, p. 496 ss.

buona amministrazione. I principi di effettività, proporzionalità e dissuasione dovrebbero guidare sia i legislatori, sia gli organismi amministrativi, sia le corti nell'impiegare le sanzioni più appropriate. La Corte di Giustizia dell'Unione europea dovrebbe accertare la loro corretta applicazione e fornire orientamenti.¹¹⁴

Il ruolo ricoperto dall'art. 47 CDF nel plasmare le relazioni tra le due forme di tutela è stato di recente considerato dalla CGUE in relazione alla protezione dei dati personali.¹¹⁵ La Corte ha riconosciuto che l'art. 47 ha un ruolo nel determinare l'alternatività, sequenzialità o simultaneità tra rimedi amministrativi e giurisdizionali. In particolare ha ritenuto che subordinare l'accesso alla tutela giurisdizionale all'esperienza di rimedi amministrativi costituisce una limitazione del diritto di cui all'articolo 47. Tuttavia ha affermato che una legislazione nazionale che condizioni l'azionabilità del rimedio giurisdizionale all'esperienza dei rimedi dinanzi all'autorità amministrativa, non contrasta con l'articolo 47 purché non prolunghi e renda eccessivamente oneroso il diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva¹¹⁶. La pronuncia afferma un principio di portata generale che, pur essendo riferito alla protezione dei dati personali, può trovare applicazione anche nel diritto del consumo. Chiaramente, un riferimento più frequente e significativo all'articolo 47 CDF è operato da parte del sistema giudiziario rispetto alle autorità amministrative.

La tutela amministrativa a livello nazionale, diversamente da quella giurisdizionale, è stata fino ad oggi raramente influenzata dal riferimento all'art. 47 CDF. Nell'esercizio dei loro poteri sanzionatori le autorità amministrative nazionali dovrebbero invece essere soggette ai principi dell'articolo 47 CDF e garantire il diritto ad un rimedio effettivo. Altrimenti il principio di autonomia procedurale potrebbe essere utilizzato al fine di eludere l'obbligo di conformarsi al diritto alla protezione giudiziale effettiva quando viene scelta la tutela amministrativa anziché quella giudiziale. In via più limitata, l'attuazione del diritto del consumo da parte delle autorità amministrative è stato influenzato dal principio generale di buona amministrazione. Questo principio offre sì una tutela procedimentale ma non sempre rappresenta un rimedio adeguato, almeno nell'attuale configurazione. Se l'art. 47 CDF pro-

114 Vedi Fabrizio CAFAGGI e Paola IAMICELI, *The Principles of Effectiveness, Proportionality and Dissuasiveness in the Enforcement of Consumer Law*, nel quale si discute sulle modalità con le quali i giudici dovrebbero applicare tali principi ai rimedi e alle sanzioni quando decidono controversie consumeristiche. Vedi anche the *ReJus project*, guidato da Fabrizio Cafaggi e fondato dalla Direzione Generale della Commissione Europea per la Giustizia e i consumatori.

115 Caso C-73/16 *Puskar* EU:C:2017:725.

116 Caso C-73/16 *Puskar*, cit., in particolare par. 76 ma anche parr. 62 e 65.

durrà un numero di principi integrati concernenti sia l'attuazione giudiziale sia quella amministrativa non è ancora definito ma certamente in questa direzione va la più recente giurisprudenza della Corte di Lussemburgo.

7. Una breve conclusione sul rapporto tra dialogo e tutele

In conclusione paiono esserci due principali forme di dialogo nell'ambito della protezione del consumatore che hanno avuto un'incidenza sull'attuazione negli ordinamenti nazionali: il dialogo verticale per la tutela giurisdizionale ed il dialogo orizzontale all'interno delle reti europee per realizzare la tutela amministrativa.

Sempre più forme di dialogo verticale nella tutela amministrativa sono utilizzate nei mercati regolamentati, mentre il dialogo orizzontale tra corti è per il momento limitato a strumenti informali; *peer review* sistematici delle prassi giudiziarie nazionali non sono ancora in uso. Tuttavia in entrambe i casi, gli strumenti e l'incidenza sono differenti, il dialogo ha un peso maggiore nell'innovazione giurisprudenziale svolgendo anche un ruolo che va oltre l'assicurare uniformità della tutela dei consumatori. Il ruolo della Corte di Giustizia nel promuovere nuove forme di dialogo può essere rilevante e la sua intensità essere associata a diverse forme di sentenze.¹¹⁷ Tuttavia, è di fondamentale importanza che la Commissione europea incrementi il proprio ruolo di coordinamento quando redige rapporti circa l'implementazione delle direttive e dei regolamenti, impegnando sia le corti sia le autorità amministrative. Il regolamento 2017/2394 meglio definisce i principi per la coordinazione di diverse forme di tutela, incluso l'uso della giustizia penale e le forme alternative di risoluzione delle controversie, ma si limita a prevedere le procedure di coordinamento delle diverse autorità nazionali, senza attribuire un ruolo autonomo alla Commissione, che potrà essere meglio delineato successivamente all'esame sull'applicazione del regolamento, prevista per il gennaio 2023.¹¹⁸

117 Vedi la distinzione proposta da Tridimas e le conseguenze sul dialogo giudiziale, cfr. Takis TRIDIMAS, *The ECJ and the National Courts: Dialogue, Cooperation and Instability*, in Anthony ARNULL e Damian CHALMERS (eds), *The Oxford Handbook of European Union Law* (OUP 2015), p. 403 ss.

118 Il regolamento 2017/2394 istituisce un comitato per assistere la Commissione (art. 38) e prevede l'obbligo degli Stati membri di comunicare alla Commissione il testo di qualsiasi disposizione di diritto nazionale nei settori disciplinati da norme dell'Unione sulla tutela degli interessi dei consumatori (art. 39 ed allegato contenente l'elenco di tutte le direttive ed i regolamenti di riferimento). Prevede inoltre all'art. 40 che «[1] Entro il 17 gennaio 2023, la Commissione presenta al Parlamento europeo e al Consiglio una relazione sull'applica-

Entrambi i profili – definizione del **coordinamento strutturale**, collegato alle procedure, e del **coordinamento funzionale**, relativo alla natura ed agli obiettivi dei rimedi garantiti ai consumatori – dovrebbero infatti essere chiaramente inseriti nella legislazione europea ai fine di avere una maggiore tutela dei consumatori, pur lasciando agli Stati membri la scelta di come rendere operativi i principi distribuendo i rilevanti oneri tra meccanismi diversi nella cornice della protezione giudiziale effettiva disciplinata dall'art. 47.

zione del presente regolamento. [2] Tale relazione contiene una valutazione dell'applicazione del presente regolamento, compresa una valutazione dell'efficacia dell'esecuzione delle norme dell'Unione sulla tutela degli interessi dei consumatori ai sensi del presente regolamento, in particolare per quanto riguarda i poteri delle autorità competenti di cui all'articolo 9, congiuntamente, in particolare, a un esame dell'evoluzione del rispetto delle norme dell'Unione sulla tutela degli interessi dei consumatori da parte degli operatori nei principali mercati al consumo interessati dal commercio transfrontaliero. Se del caso, la relazione è corredata di una proposta legislativa».

FABRIZIO CAFAGGI, FEDERICA CASAROSA

L'effettività dei rimedi nelle interazioni giudiziali fra corti nazionali e corti europee¹

Sommario: L'armonizzazione del diritto europeo e del dialogo fra le corti; – 1. Struttura del dialogo e qualità del cambiamento normativo. Quale dialogo per quali obiettivi?; – 2. L'effettività dei rimedi nel diritto dei consumatori; – 2.1 Il rapporto fra tutela civile ed amministrativa; – 2.2 La tutela amministrativa e la tutela giudiziale nelle azioni collettive – il caso *Biuro Podrózy Partner*; – 2.3 Il rapporto fra azioni individuali e azioni collettive – il caso *Sales Sinues*; – 3. Il principio di *res judicata* e la limitazione degli effetti delle sentenze; – 4. Conclusioni

L'armonizzazione del diritto europeo e del dialogo fra le corti

L'obiettivo di armonizzazione del diritto privato europeo ha portato a numerosi interventi del legislatore europeo diretti all'armonizzazione in senso sostanziale, non soltanto tale da eliminare le divergenze fra le normative applicabili negli Stati Membri, ma anche da ovviare a lacune delle normative nazionali che potevano ridurre i benefici del mercato interno.² Negli ultimi

1 Il contributo è basato sull'analisi compiuta attraverso il progetto *ACTIONES* e *RE-Jus*. Questo contributo nasce da conversazioni con molti giudici coinvolti nei progetti *Actiones* e *REJus*. Si ringraziano in particolare Nicoletta Aloj, Barbara Cordoba, Giuseppe Fiengo, José Maria Fernandez Sejo, Giacomo Travaglino, Silvia Vitro'. La responsabilità per errori ed omissioni rimane comunque a carico degli autori.

2 Si vedano in tal senso le direttive adottate per specifici settori del mercato, fra cui quelle dedicate ai contratti di viaggio, ai contratti conclusi fuori dai locali commerciali, alle clausole abusive, alla vendita di beni di consumo, ecc. Il filo conduttore di tali direttive era la trasparenza e l'attribuzione di obblighi informativi che potes-

anni, poi, l'armonizzazione si è orientata alla sistematizzazione e talvolta alla consolidazione e codificazione al fine di incrementare il livello di omogeneità delle regole in tutto il territorio europeo. In questa direzione erano stati compiuti gli interventi relativi al c.d. Quadro comune di riferimento (*Common Frame of Reference*) sul diritto europeo dei contratti destinato a contenere una terminologia comune, principi comuni e modelli coerenti di regole di diritto contrattuale;³ ancor più recentemente alla proposta di Proposta di regolamento relativo a un diritto comune europeo della vendita (*Common European Sales Law*). Tuttavia, tali tentativi sono falliti e gli interventi più recenti focalizzano l'attenzione sull'enforcement.⁴

A differenza (e forse anche a causa del fatto che) il formante legislativo ha incontrato serie difficoltà a trovare posizioni comuni, il formante giurisprudenziale appare sempre più attivo, presentandosi come fattore di armonizzazione dove il dialogo diretto fra le corti nazionali ed europee affronta temi, limiti e divergenze circa l'interpretazione del diritto europeo.⁵

Il ruolo preminente in questo dialogo è stato svolto dalla Corte di Giustizia, che nel corso degli ultimi anni ha integrato il tessuto normativo europeo, offrendo alle corti nazionali l'interpretazione conforme al diritto europeo delle norme ritenute ambigue o inadeguate.⁶ D'altra parte, le corti nazionali sono

sero consentire ai consumatori una maggiore consapevolezza. Si veda M. MELI, *Gli sviluppi del diritto privato europeo e il «Quadro comune di riferimento»*, Centro di documentazione europea – Università di Catania – Online Working Paper 2008/n. 6, disponibile all'indirizzo http://www.lex.unict.it/cde/quadernieuropei/giuridiche/06_2008.pdf; F. Cafaggi (a cura di), *Quale armonizzazione per il diritto europeo dei contratti*, Padova 2003.

3 Si vedano i contributi di Magri, Mengozzi, K. Kalouta e Martinez-Escribano dedicati a tale strumento in questo volume.

4 Per una analisi degli attuali modelli di armonizzazione e delle relative difficoltà si veda ML. CHIARELLA, *Armonizzazione del diritto privato europeo: work in progress*, in ORDINES, 2015.

5 VETTORI, *La giurisprudenza come fonte del diritto, Persona e mercato*, 2017; G. TESAURO, *Alcune riflessioni sul ruolo della Corte di giustizia nell'evoluzione dell'Unione europea*, in *Dir. Un. eur.*, 2013, p. 483; R. CONTI, *Il sistema di tutela multilivello e l'interazione tra ordinamento interno e fonti sovranazionali*, in *Questione Giustizia*, 4, 2016, 89; N. LIPARI, *Dottrina e giurisprudenza quali fonti integrate del diritto*, in *Jus Civile*, 2016, disponibile all'indirizzo http://www.juscivile.it/contributi/2016/18_Lipari.pdf; F. CAFAGGI e S. LAW (a cura di), *Judicial dialogue in European private law*, Edward Elgar, 2017 e i contributi di Gallo e di Cafaggi in questo volume.

6 Si veda la presentazione di tutti i casi legati al tema della protezione del consumatore nell'analisi di H. MICKLIZ e B. KAS, *Overview of cases before the CJEU on European Consumer Contract Law (2008–2013) – Part I*, in *European review of Contract law*, 2014, 10(1), 1-63 e Id., *Overview of cases before the CJEU on European Consumer Contract Law*

state lo stimolo e la fonte da cui la Corte di Giustizia ha elaborato le proprie posizioni attraverso il rinvio pregiudiziale ex art. 267 del TFUE. Questo scambio ha permesso al diritto europeo di evolvere ed adattarsi, creando sinergie positive fra la giurisdizione europea e quelle nazionali.⁷

Il dialogo tuttavia non si conclude al momento della decisione della Corte di Lussemburgo, includendo piuttosto due ulteriori passaggi caratterizzati da un diverso grado di complessità: il cd *follow up* della corte remittente, e l'impatto della decisione sulle corti europee di stati membri diversi rispetto a quello remittente.⁸ Il *follow up* permette una prima valutazione circa la volontà del giudice di allinearsi sulle posizioni della Corte di Giustizia oppure di discostarsene in modo più o meno esplicito.⁹ Valutare l'impatto di una decisione della Corte di Giustizia richiede un esercizio ancor più elaborato da parte del giudice nazionale che voglia poi integrare tale decisione nel proprio ordinamento giuridico: da un lato, l'esercizio deve svincolare la decisione dal sistema giuridico straniero della corte remittente e riconoscere le regole generali sottese alla decisione stessa, e dall'altro verificare quali

(2008–2013) – Part II, in *European review of Contract law*, 2014, 10(2), 189-257.

7 Sulle forme, i vantaggi e le criticità del dialogo si vedano fra i molti, F. PATRONI GRIFFI, *Convergenze tra le Carte e criticità tra le Corti nel dialogo tra Giudici supremi*, in *Federalismi.it*, 14 Giugno 2017, disponibile all'indirizzo http://www.federalismi.it/nv14/editoriale.cfm?eid=441&content=Convergenze+tra+le+Carte+e+criticit%C3%A0+tra+le+Corti+nel+dialogo+tra+Giudici+supremi&content_auth=%3Cb%3EFilippo+Patroni+Griffi%3C/b%3E; F. CAFAGGI e S. LAW (a cura di), *Judicial dialogue in European private law*, Edward Elgar, 2017; V. ROPPO, *Sul diritto europeo dei contratti: per una visione non irenica e non apologetica*, in *Politica del diritto*, 2004, 1, 25 ss.; A. TORRES PÉREZ, *Conflicts of Rights in the European Union: A Theory of Supranational Adjudication*, Oxford University Press, Oxford, 2009; DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le Corti*, Il Mulino, 2010; O. POLLICINO e G. MARTINICO, *The Interaction between Europe's Legal Systems: Judicial Dialogue and the Creation of Supranational Laws*, Edward Elgar Publishing, 2012; R. COSIO e F. FOGLIA (a cura di), *Il diritto europeo nel dialogo delle Corti*, Milano, 2013.

8 Si veda in tal senso l'analisi dei casi decisi dalla Corte Costituzionale per addivenire ad una protezione dei diritti fondamentali nell'ambito della tutela multilivello offerta da CDF, Convenzione e Costituzione nello studio del Parlamento Europeo, *I ricorsi individuali dinanzi alle più alte giurisdizioni. Una prospettiva di diritto comparato – Italia*, Ottobre 2017, disponibile all'indirizzo [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/608742/EPRS_STU\(2017\)608742_IT.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/608742/EPRS_STU(2017)608742_IT.pdf)

9 Si veda l'ampia analisi dei casi nei deliverable del progetto “European Judicial Cooperation in the Fundamental Rights Practice of National Court – The unexplored potential of judicial dialogue methodology”, in particolare il *Final Handbook on Judicial dialogue*, e il *European Judicial Cooperation and Fundamental Rights: Practical Guidelines*, entrambi disponibili all'indirizzo <https://www.eui.eu/Projects/CentreForJudicialCooperation/Projects/EuropeanJudicialCooperationinFR/Documents>

norme nazionali siano soggette al principio generale enunciato dalla Corte di giustizia.¹⁰

1. Struttura del dialogo e qualità del cambiamento normativo. Quale dialogo per quali obiettivi?

Il dialogo tra le corti non è solo il mezzo per attuare la leale cooperazione ed accrescere la fiducia reciproca¹¹. Esso costituisce strumento per promuovere l'innovazione e l'armonizzazione non legislativa. La CGUE offre alle corti nazionali, su loro impulso, guida nella interpretazione uniforme della legislazione europea¹². In tal modo risolve o almeno riduce le divergenze interpretative che possono sorgere a seguito dell'implementazione delle norme europee nel tessuto legislativo nazionale (in particolare nel caso di direttive). Spesso tuttavia le pronunce difettano dell'analisi comparatistica necessaria per la funzione nomofilattica,¹³ concentrandosi piuttosto sulla soluzione del caso nazionale, pur avendo il dispositivo valore vincolante *erga omnes*.¹⁴

Ciò che il dialogo sta producendo è anche innovazione. Spesso le corti nazionali sono insoddisfatte della attuazione della legislazione europea e de-

10 Si veda il deliverable del progetto ACTIONES: *Handbook sulla protezione dei consumatori*, in via di pubblicazione all'indirizzo <https://www.eui.eu/Projects/CentreForJudicialCooperation/Projects/ACTIONES/ACTIONES>

11 Si vedano i rilievi della CGUE, Parere 2/2013, 18 Dicembre 2014, in particolar i punti 191 e ss.

12 Si veda il caso C-160/14, *João Filipe Ferreira da Silva e Brito e altri c. Estado português*, 9 Settembre 2015, ECLI:EU:C:2015:565

13 Per quanto in molti casi l'analisi comparativa possa emergere dai commenti dei rappresentanti degli stati membri che richiedano di presentare le proprie posizioni nel procedimento, ex art. 96 del Regolamento di procedura della Corte di giustizia (GU L 265 del 29.9.2012); oppure possa emergere dall'analisi prodotta nella posizione presentata dalla Commissione durante il procedimento, vedi per esempio nel caso C-42/17, *M.A.S. e M.B.*, dove la Commissione ha presentato l'analisi delle norme nazionali relative alla prescrizione in numerosi stati europei.

14 Per l'efficacia extraprocessuale delle decisioni della CGUE, si veda già la decisione nel Caso C-69/85, *Wünsche Handelgesellschaft GmbH & Co. c. Repubblica Federale della Germania*. 5 marzo 1986, p.12. Ciò è stato confermato anche sia dalla Corte cost., (fra le tante, ordinanza n. 62/2003) sia dal Consiglio di Stato (Ad. Plen., 9 giugno 2016 n.11). Più ampiamente sul punto si vedano Domenicucci, *Il meccanismo del rinvio pregiudiziale*, Relazione svolta all'incontro di studio organizzato dal CSM, Roma, 25-27 ottobre 2010; R. Conti, *Il giudice "tra" le Corti: diritto europeo, diritto nazionale e dialogo tra le giurisdizioni*, Relazione svolta all'incontro organizzato dalla SSM, Bari, 16 settembre 2016.

gli interventi delle corti costituzionali nazionali o di quelle che svolgono il sindacato di costituzionalità. Sollevando il rinvio pregiudiziale si propongono un duplice obiettivo: uno, dichiarato, la risoluzione del potenziale conflitto tra norma interna e norma di derivazione europea; l'altro, spesso non esplicito, di modificare la giurisprudenza delle corti superiori richiedendo la conformità con la (propria) interpretazione del diritto europeo ovvero la legittimazione a disapplicare la legislazione di attuazione della disciplina europea, salvi i casi in cui è lo stesso legislatore che si muove per operare la modifica della norma nazionale.¹⁵ Facendo leva sul principio di effettività del diritto europeo la Corte di Lussemburgo ha promosso cambiamenti importanti negli ordinamenti nazionali, specialmente per ciò che attiene al rapporto tra diritti e rimedi. Su questo filone si è poi inserita la giurisprudenza applicativa della Carta dei diritti fondamentali ed in particolare quella sull'articolo 47 CFR in materia di diritto al giusto processo ed al rimedio effettivo.¹⁶

Le caratteristiche del dialogo sono multiformi e dipendono essenzialmente dalle posizioni dei dialoganti. Sia il *'framing'* della questione pregiudiziale che la risposta della Corte modellano il dialogo, determinandone i potenziali esiti. In un primo caso, quando la questione pregiudiziale proposta è puntuale e la risposta specifica, il dialogo tende a completarsi con la singola interazione tra la corte nazionale e la CGUE. In un secondo caso, quando la questione è specifica ma la CGUE risponde con alcuni principi ma delegando alla corte nazionale la loro applicazione al caso concreto, il dialogo tende a permanere nel tempo, consentendo alla CGUE adattamenti progressivi determinati anche dai diversi contesti istituzionali e normativi nell'ambito dei quali le questioni emergono. Infine la terza ipotesi è quella della cosiddetta deferenza, in cui la Corte si limita ad una funzione di stimolo senza offrire una guida puntuale neppure sul piano dei principi.¹⁷

15 Si veda per esempio l'intervento del legislatore polacco nel caso C-119/15, *Biuro Podrózy Partner*, infra par. 2.2.

16 Vedi i contributi di Zoppini, Navarretta, Carratta in F. Mezzanotte (a cura di), *Le «libertà fondamentali» dell'Unione europea e il diritto privato*, RomaTre-Press, 2016.

17 Cfr. T. TRIDIMAS, *The ECJ and the National Courts: Dialogue, Cooperation and Instability* in A. Arnulf and D. Chalmers (a cura di), *The Oxford Handbook of European Union Law*, OUP, 2015, 403; B. DE WITTE, *The Preliminary Ruling Dialogue: Three Types of Questions Posed by National Courts* in B. de Witte et al (a cura di), *National Courts and EU Law: New Issues, Theories and Methods*, Edward Elgar Publishing, 2016, 21; M. M. DOUGAN, *The vicissitudes of life at the coalface: remedies and procedures for enforcing union law before the national courts*, in P. CRAIG e G. DE BÚRCA, *The evolution of EU law*, 2° ed., Oxford University Press, 2011, pp. 407-438; A. ARNULL, *The Principle of Effective Judicial Protection in EU Law: An Unruly Horse?*, in *European Law Review*, 2011, 1, pp. 51-56; D.U. GALETTA, *Rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE e obbligo di interpretazione conforme del diritto nazionale: una rilettura nell'ottica del rapporto di*

Di fronte a tale risposta le corti nazionali possono poi diversamente atteggiarsi, interpretando conformemente le norme nazionali rispetto alle regole generali (o specifiche) indicate dalla CGUE, oppure, come è avvenuto recentemente negli scambi fra la CGUE e alcune Corti supreme e costituzionali, discostarsi dal tracciato segnato dalla CGUE e decidere in modo apertamente confliggente.¹⁸

Dunque, la struttura del dialogo dipende dagli obiettivi di coloro che vi partecipano: inoltre, l'interazione può coinvolgere anche altri soggetti, le cui reazioni vengono influenzate dagli esiti del dialogo fra le corti: tipicamente si tratta dei legislatori e dei governi nazionali. Tuttavia, anche in questo caso la disponibilità di tali soggetti a cooperare e partecipare attivamente nel percorso di armonizzazione non è uniforme: in taluni casi l'intervento è minimale, in altri il dialogo giurisprudenziale fra corti nazionali ed europee funge da catalizzatore per portare ad una riforma più ampia del sistema nazionale. In queste ipotesi il dialogo può trasformarsi in trilogico o tetralogico a seconda del numero di attori e delle loro modalità di partecipazione.¹⁹

1.1 L'impatto del dialogo sul rapporto fra diritti e rimedi

Uno dei temi che maggiormente ha interessato il dibattito nella giurisprudenza europea, e di conseguenza anche la dottrina, è stato il rapporto fra

cooperazione (leale) fra giudici, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2012, 431.

18 Si veda in particolare il caso della decisione della Corte Suprema danese che ha ritenuto non vincolante la decisione della CGUE nel caso C-441/14 *Dansk Industri*, del 19 aprile 2016, (ECLI:EU:C:2016:27) in merito all'applicabilità del principio generale dell'Unione che vieta le discriminazioni in base all'età. Si veda anche M. R. MADSEN, H. P. OLSEN, e U. SADL, *Competing Supremacies and Clashing Institutional Rationalities: The Danish Supreme Court's Decision in the Ajos Case and the National Limits of Judicial Cooperation*, in *European Law Journal*, 2017, 140-150. Più vicino è poi il caso C-42/17, *M.A.S. e M.B.*, di cui si attende la decisione della CGUE, in cui la Corte Costituzionale italiana ha ripresentato un rinvio pregiudiziale relativo agli effetti sul sistema giuridico italiano della precedente decisione della CGUE nel caso C-105/14, *Taricco*, del 8 settembre 2015, presentando alla CGUE un potenziale conflitto fra l'interpretazione offerta dalla CGUE e il principio di legalità in materia penale, su cui potrebbero applicarsi dunque la dottrina dei controlimiti. Più ampiamente sul rinvio pregiudiziale si veda A. Bernardi e C. Cupelli (a cura di), *Il caso Taricco e il dialogo tra le corti – L'ordinanza 24/2017 della Corte Costituzionale*, Jovene, 2017; più ampiamente sul tema del conflitto giurisprudenziale fra corti europee e nazionali si veda G. MARTINICO, *La giurisprudenza della disobbedienza. Il ruolo dei conflitti nel rapporto fra la Corte costituzionale e la Corte europea dei diritti dell'uomo*, in A. Bernardi, *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Jovene, 2017, 407 ss.;

19 Si veda il contributo di Cafaggi in questo volume.

diritti e rimedi²⁰, mostrando la connessione fra diritto privato, diritto processuale e diritti fondamentali²¹. Il diritto dell'Unione ha affrontato la questione dei rimedi richiamando direttamente il principio secondo il quale i diritti sono definiti a livello europeo, mentre i rimedi, in caso di violazione di tali diritti, sono individuati a livello nazionale, lasciando a ciascuno Stato Membro la scelta se adattare i rimedi pre-esistenti oppure crearne di nuovi.²²

Più di recente, rivedendo tale partizione, interventi legislativi UE hanno compreso anche i profili sanzionatori e rimediali²³. Paradigmatici sono i casi della

20 Sul tema pilastri fondamentali sono W. VAN GERVEN, *Of Rights, Remedies and Procedures*, 37, in *Common Market Law Review*, 2000, 501–536; K. LENAERTS, *National remedies for private parties in the light of the EU law principles of equivalence and effectiveness*, in *Irish Jurist*, 46, (2011), pp. 13-37. Inoltre si vedano le analisi di O. CHEREDNYCHENKO e N. REICH, *The Constitutionalization of European Private Law: Gateways, Constraints, and Challenges*, in *European Review of Private Law*, 23, 2015, 797-827, E. CANNIZZARO, *Effettività del diritto dell'Unione e rimedi processuali nazionali*, in *Dir. Un. eur.*, 2013, p. 663. Si tenga presente che tale dibattito relativo a diritti e rimedi è trasversale ed ha coinvolto molteplici aree del diritto, ed in particolare la protezione internazionale e l'anti-discriminazione. In tali aree si vedano C. TOBLER, *Remedies and sanctions in EC non-discrimination law : effective, proportionate and dissuasive national sanctions and remedies : with particular reference to upper limits on compensation to victims of discrimination*, Office for Official Publications of the European Communities, 2005; K. WLADASCH, *The Sanctions regime in discrimination cases and its effects*, *Equinet*, 2015, disponibile all'indirizzo http://www.equineteurope.org/IMG/pdf/sanctions_regime_discrimination_-_final_for_web.pdf; R. JORDACHE e I. IONESCU, *Discrimination and its Sanctions – symbolic vs. Effective Remedies in European Anti-Discrimination Law*, in *European Anti-Discrimination Law Review*, 2014, 19, pp. 11-24; M. RENEMAN, *EU Asylum Procedures and the Right to an Effective Remedy*, Hart, 2014; D. BALDINGER, *Vertical judicial dialogues in asylum cases: standards on judicial scrutiny and evidence in international and European asylum law*, Brill Nijhoff, 2015.

21 E. NAVARRETTA, *Libertà fondamentali dell'U.E. e rapporti fra privati: il bilanciamento di interessi e i rimedi civilistici*, in *Rivista di Diritto civile*, 2015.

22 G. VETTORI, *Contratto giusto e rimedi effettivi*, in *Rivista trim. dir. e proc. Civ.*, 2015, 787-815; N. LIPARI, *Diritti fondamentali e ruolo del giudice*, in *Rivista di diritto civile*, 2010, n. 5, parte I, p. 635; F. CAFAGGI e P. IAMICELI, *The Principles of Effectiveness, Proportionality and Dissuasiveness in the Enforcement of EU Consumer Law: The Impact of a Triad on the Choice of Civil Remedies and Administrative Sanctions*, in corso di pubblicazione su *European Contract Law Review*, 2017.

23 Si veda per esempio la direttiva n. 2014/104 relativa ai danni riconosciuti dal diritto della concorrenza. In questo caso peraltro, il riconoscimento della risarcibilità del danno dimostra il percorso iniziato con l'enforcement privato dei casi decisi dalla Corte di Giustizia, seguito dall'intervento della Commissione europea, che aveva pubblicato delle Linee guida circa i criteri per la quantificazione del danno legato alla violazione della concorrenza. In questo caso, il dialogo istituzionale ha coinvolto la Commissione, le autorità di controllo nazionali, le corti nazionali e la CGUE. Dopo l'emanazione della direttiva tale questione è regolata pre-

responsabilità del produttore (Dir. n. 374/85) e della vendita di beni di consumo (Dir. n. 99/44). Nell'ambito della protezione della proprietà intellettuale, delle *utilities*, degli abusi di mercato nella regolazione finanziaria, e nel diritto della concorrenza, la legislazione europea ha creato regole uniformi anche in ambito sanzionatorio.²⁴ Parallelamente la CGUE, usando i principi di equivalenza ed effettività, ha promosso l'adattamento delle regole processuali nazionali al diritto sostanziale di derivazione europea, quando le prime non consentivano la realizzazione dei diritti introdotti dalla legislazione europea²⁵.

Sia la normativa applicabile che la giurisprudenza sono caratterizzate dal riferimento ai principi di effettività, proporzionalità e deterrenza dei rimedi.²⁶ La giurisprudenza della CGUE ha infatti valutato la conformità di tali rimedi rispetto al diritto europeo sulla base del c.d. *Rewe-test* secondo il quale i rimedi devono conformarsi ai principi di equivalenza e di effettività, i quali impongono due limiti essenziali all'autonomia procedurale degli Stati membri: rispettivamente l'obbligo di non rendere in pratica impossibile l'esercizio di quei diritti che i giudici nazionali sono tenuti a tutelare, e l'obbligo di provvedere a rimedi efficaci per la tutela dei diritti definiti dal diritto europeo simili o identici a quelli del diritto nazionale.²⁷

Come anticipato, l'intervento del legislatore europeo in questi ambiti non è stato l'unico fattore dell'evoluzione normativa nell'ambito del diritto pri-

valentemente dalla legislazione. Il ruolo della Commissione e quello della Corte di Giustizia rimangono tuttavia essenziali nell'interpretazione ed armonizzazione dei criteri.

24 Si vedano la Direttiva 2004/48/Ce del Parlamento Europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004 sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale, (art. 9-15); Regolamento (UE) n. 596/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 aprile 2014, relativo agli abusi di mercato (regolamento sugli abusi di mercato) e che abroga la direttiva 2003/6/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e le direttive 2003/124/CE, 2003/125/CE e 2004/72/CE della Commissione in relazione con la Direttiva 2014/57/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 aprile 2014, relativa alle sanzioni penali in caso di abusi di mercato; la Direttiva 2014/104/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 novembre 2014, relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea.

25 H. MICKLITZ e B. DE WITTE (a cura di), *The European Court of Justice and the Autonomy of the Member States*, Intersentia, 2012; S. PRECHAL, *Competence Creep and General Principle of Law*, in *Rev. of Eur. Adm. Law*, 2010, p. 95.

26 Si veda F. CAFAGGI e P. IAMICELI, *The Principles of Effectiveness, Proportionality and Dissuasiveness*, e ivi i riferimenti legislative e giurisprudenziali.

27 Per l'evoluzione della giurisprudenza relativa a tali principi si veda, S. PRECHAL e N. SHELKOPLYAS, *National Procedures, Public Policy and EC-Law. From Van Schijndel to Eco Swiss and Beyond*, in *European Review of Private Law*, 2004/5, p. 589 ss; BOBEK, 2014; ADINOLFI, 2014.

vato. La Corte di giustizia, nel rispondere ai rinvii pregiudiziali delle corti nazionali ha attribuito ai giudici nazionali nuovi poteri e responsabilità, permettendo loro di svolgere un ruolo più attivo nel garantire la tutela della protezione del consumatore anche oltre il perimetro del principio della domanda e dunque delle richieste che provengono dal consumatore stesso nei singoli procedimenti.²⁸ Questo sviluppo è basato anche sull'implementazione degli obiettivi di tutela del consumatore così come affermato nell'art. 38 Carta dei Diritti fondamentali dell'UE (nel prosieguo CDF). In alcuni casi, ciò ha prodotto, in alcuni stati membri, riforme legislative delle norme del processo civile anche oltre l'ambito di tutela del consumatore con effetti di *spillover* significativi in altri settori. Tale effetto viene rinforzato anche dall'applicazione dell'art 47 CDF: il riferimento al principio di effettività giudiziale può espandere l'applicazione di tali conclusioni anche nei confronti di ambiti diversi dalla protezione del consumatore²⁹.

Un esempio paradigmatico è quello degli aspetti relativi al diritto ad essere sentiti nell'ambito del diritto all'asilo e alla protezione internazionale. In questo ambito, il diritto ad un rimedio effettivo ex art. 47 CDF si coniuga con il diritto ad essere ascoltati previsto dall'art. 41 CDF, il cui scopo di applicazione è però più limitato in quanto si applica solo alle istituzioni, agli organismi, agli uffici e alle agenzie dell'Unione europea.³⁰

L'art. 47 CDF ha avuto ampia applicazione con effetti diversi a seconda dell'ambito legislativo. E' interessante comparare la giurisprudenza sul diritto di difesa ed il diritto ad essere ascoltato in materia di immigrazione, protezione internazionale e diritto dei consumatori.

Nella Direttiva in materia di immigrazione sui ritorni n. 2008/115 si prevede un elenco dettagliato delle garanzie procedurali concesse ai cittadini di paesi terzi nel caso di decisioni relative al rimpatrio. Tuttavia, la direttiva non menziona espressamente il diritto di essere sentiti di tali soggetti prima di adottare una decisione, né precisa le conseguenze di una violazione di questo diritto fondamentale. L'art. 12 della direttiva fa espressamente riferimento soltanto all'obbligo di motivazione di fatto e di diritto, che in pratica non può essere effettivamente soddisfatto se l'autorità competente non ha prima sentito il soggetto.

28 F. Cafaggi e S. Law (a cura di), *Judicial dialogue in European private law*, Edward Elgar, 2017

29 Si veda il riferimento alla decisione nelle cause riunite da C-317/08 a C-320/08, *Alassini*, nelle decisioni relative a migrazione ed asilo nei casi C-249/13, *Boudjlida* (in particolare par. 43), e C-166/13, *Mukarubega* (in particolare par. 52-53).

30 In particolare nei casi C-141/12 e C-372/12, *YS et al.*, EU:C:2014:2081, para. 61; C-166/13, *Mukarubega*, EU:C:2014:2336, para. 44; C-249/13, *Khaled Boudjlida c. Préfet des Pyrénées-Atlantiques*, 11 Dicembre 2014, ECLI:EU:C:2014:2431, para. 32-33.

In alcune recenti decisioni, la CGUE ha elaborato il diritto ad essere ascoltato per i soggetti alla decisione di ritorno e ha stabilito anche le conseguenze legali della sua violazione nell'ambito delle procedure di rimpatrio attraverso la correlazione fra l'art. 47 CDF e i principi generali del diritto europeo i quali si applicano direttamente anche agli Stati Membri.³¹ Tali aspetti includono sia le forme che le garanzie che devono essere offerte al richiedente asilo, fra cui per esempio il diritto ad essere ascoltato in relazione alle forme di rimpatrio, così come agli obblighi di motivazione della decisione di rimpatrio.

Nell'ambito del diritto dei consumatori il diritto ad essere ascoltato ha avuto più recente applicazione in casi relativi a clausole vessatorie, intervenendo sia a favore del consumatore sia a favore del professionista, incidendo sensibilmente sull'ambito e la funzione dei poteri officiosi attribuiti al giudice al fine di garantire l'effettività dei diritti³².

2. L'effettività dei rimedi nel diritto dei consumatori

Nell'ambito del diritto dei consumatori, l'Unione Europea ha regolato i diritti lasciando spazio rilevante all'autonomia procedurale degli Stati Membri per la disciplina dei rimedi, con alcune significative eccezioni.³³ In quest'ambito l'interazione fra la Corte di Giustizia e le corti nazionali ha ridefinito i confini dell'autonomia procedurale degli Stati senza tuttavia raggiungere una definizione condivisa³⁴. Le questioni affrontate dalla CGUE includono la relazione fra azioni individuali e collettive, gli effetti *erga omnes* dei rimedi concernenti l'invalidità delle clausole vessatorie e quelli relativi alle pratiche

31 Si veda l'analisi dei casi e degli effetti delle decisioni a livello nazionale in M. MORARU e G. RENAUDIÈRE, *REDIAL Electronic Journal on Judicial Interaction and the EU Return Policy. Second Edition: Articles 12 to 14 of the Return Directive 2008/115*, REDIAL Research Report 2016/04, disponibile all'indirizzo: http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/43924/MPC_REDIAL_2016_04.pdf.

32 Si veda *infra* testo e note p. 68 e ss.

33 Tra queste sicuramente la materia della vendita di beni di consumo dove invece la disciplina dei rimedi è puntuale, la violazione dei doveri di informazione, nonché il regime delle invalidità di protezione frutto di una interazione tra legislazione europea e nazionale. F. WILMAN, *Private enforcement of EU law before national courts*, EE, 2015, p. 146 ff.

34 See M. BOBEK, *Why There is no principle of "procedural autonomy" of the Member States*, e H.-W. MICKLITZ, *The ECJ between the individual Citizen and the Member States – a plea for a Judge-made European Law on remedies*, entrambi in H. Micklitz e B. De Witte (a cura di), *The European Court of Justice and the Autonomy of the Member States*, Intersentia, 2012, rispettivamente p. 305, e p. 349; M. BOBEK, *The Effects of EU Law in the National Legal Systems*, in Barnard e S. Peers (a cura di), *European Union Law*, 2° ed., Oxford University Press, 2017, 143-176.

commerciali sleali, la gerarchia dei rimedi nei contratti di vendita, la proporzionalità dei rimedi e il potere di individuare quelli che esulano dal *petitum* della parte consumatore, e l'onere della prova³⁵.

In questi casi il principio di effettività è stato lo strumento principale nella valutazione della Corte di Giustizia, consentendo di fornire ai giudici nazionali strumenti interpretativi sia di natura procedurale, sia di natura sostanziale. Ciò ha permesso ai giudici di incrementare la funzione di controllo delle azioni collettive,³⁶ di rafforzare la funzione preventiva dell'enforcement di natura amministrativa rispetto alla tutela del consumatore,³⁷ di incrementare la trasparenza e i doveri di informazione,³⁸ nonché precisare le implicazioni che questi ultimi hanno rispetto ai rimedi.³⁹

Il presente contributo analizzerà alcuni di questi temi per mostrare le modalità del dialogo includendo anche l'impatto delle decisioni della Corte di Giustizia e le linee verso le quali tale dialogo si è indirizzato.

Un aspetto peculiare che emerge dall'analisi della giurisprudenza è la predominanza di rinvii provenienti da corti spagnole sui temi legati alla protezione dei consumatori. Ciò si lega ad uno specifico contesto istituzionale che ha visto il coinvolgimento nel dialogo sia delle corti nazionali ed europea sia del legislatore nazionale. Infatti, se è evidente che il numero di casi legati al tema della protezione dei consumatori è cresciuto dal 2012 in poi,⁴⁰ ciò si lega a diversi fattori: in primo luogo, le problematiche legate alla crisi del sistema finanziario spagnolo cui il governo spagnolo non è riuscito a rispondere adeguatamente lasciando che gli effetti negativi della stessa si ripercuotessero prevalentemente sui consumatori; a ciò si lega il secondo fattore, ovvero, la difficoltà di intervento delle corti inferiori nell'adeguamento delle norme alla

35 Si veda *ACTIONES Module on consumer protection*, in corso di pubblicazione all'indirizzo <https://www.eui.eu/Projects/CentreForJudicialCooperation/Projects/ACTIONES/ACTIONES> e *REJus casebook on consumer protection* in corso di pubblicazione all'indirizzo <http://www.rejus.eu/>

36 CGUE, Causa C-472/10, *Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság contro Invitel Távközlési Zrt*, 26 aprile 2012, ECLI:EU:C:2012:242.

37 CGUE, Causa C-119/15, *Biuro podróży "Partner" Sp. z o.o., Sp. komandytowa w Dąbrowie Górniczej contro Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów*, 21 dicembre 2016, ECLI:EU:C:2016:987

38 CGUE, Causa C-377/14, *Ernst Georg Radlinger e Helena Radlingerová contro Finway a.s.*, 21 aprile 2016, ECLI:EU:C:2016:283

39 Ibid.

40 Si veda F. Gomez e K. Lyczkowska, *Spanish Courts, the European Court and Consumer Law: Some Thoughts on their Interaction*, in F. Cafaggi e S. Law (a cura di), *Judicial Cooperation in European private law*, Edward Elgar, 2017, p. 99-100, in cui si indica un incremento complessivo dei rinvii pregiudiziali.

situazioni di crisi, in assenza di un forte intervento delle corti supreme che potesse stimolare l'intervento del legislatore.⁴¹ Infine, la disponibilità dimostrata dalla CGUE a garantire più ampi poteri nei confronti dei giudici nell'ambito della protezione dei consumatori ha stimolato un ulteriore incremento dei rinvii pregiudiziali.⁴² Dunque, a seguito dei primi scambi che hanno spinto il legislatore spagnolo a modificare la normativa nazionale per conformarsi alle regole dettate dalla CGUE, si è instaurato un circolo virtuoso che ha stimolato sempre più corti a rivolgersi alla corte di Lussemburgo, non soltanto per interpretare norme di diritto sostanziale, ma anche quelle di diritto processuale che dovevano garantire rimedi efficaci ai diritti di matrice europea.⁴³

Tenendo conto di tali specificità nazionali, l'analisi nel presente contributo si concentrerà sui casi *Biuro Partners* proveniente dalla corte di appello di Varsavia, e sui casi spagnoli di *Sale Sinues*, proveniente dal tribunale commerciale di Barcellona, *Naranjo* proveniente dalla corte suprema spagnola, ed infine *Banco Primus* proveniente dal tribunale di primo grado di Santander.

2.1 Il rapporto fra tutela civile ed amministrativa

Le azioni collettive sono state oggetto di numerose decisioni nazionali ed europee, sia come rimedi di natura preventiva, in forma di azioni inibitorie, sia come rimedi di natura riparatoria, in forma di azioni di classe.⁴⁴ L'ambito applicativo e gli effetti delle azioni inibitorie collettive ha dato luogo a numerosi rinvii pregiudiziali.⁴⁵ Obiettivo è stato quello di comprendere l'ambito di

41 Si veda in particolare la causa C-415/11, *Mohamed Aziz c. Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa)*, 14 Marzo 2013, ECLI:EU:C:2013:164; e la causa C-169/14, *Juan Carlos Sánchez Morcillo e María del Carmen Abril García contro Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA*, 17 luglio 2014, ECLI:EU:C:2014:2099.

42 F. GOMEZ e K. LYCZKOWSKA, *Spanish Courts, the European Court and Consumer Law: Some Thoughts on their Interaction*, in F. Cafaggi e S. Law (a cura di), *Judicial Cooperation in European private law*, Edward Elgar, 2017, p. 102.

43 M. SERRANO MASIP, *Efectos de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el proceso civil interno*, in *Revista de Estudios Europeos*, n. 68, 2016, 5-32

44 Si veda la distinzione nel diritto italiano fra azioni collettive inibitorie ex art. 139 cod. cons. e azioni di classe con finalità restitutoria o risarcitoria, ex art. 140 cod. cons. Per una ampia disamina si veda C. D'ORTA, *La Class action tra proclami e deterrence: Uno studio di diritto interno e comparato*, Giappichelli, 2014; R. DONZELLI, *L'azione di classe a tutela dei consumatori*, Jovene, 2011

45 Si vedano le cause riunite Cause riunite C-381/14 e C-385/14, *Jorge Sales Sinués e Youssouf Drame Ba contro Caixabank SA e Catalunya Caixa SA (Catalunya Banc S.A.)*, 14 aprile 2016, ECLI:EU:C:2016:252, infra par. 5.1.

applicazione delle pronunce inibitorie a consumatori e professionisti che non avevano direttamente partecipato alla controversia⁴⁶. Le direttive orizzontali applicabili alle diverse aree del diritto dei consumatori, come la direttiva n. 2009/22, hanno potenzialmente trasformato gli obiettivi dei sistemi di enforcement nazionali; inoltre, tali direttive hanno rafforzato il potere degli attori collettivi e individuali, offrendo strumenti finalizzati al rafforzamento dell'uso preventivo e deterrente piuttosto che compensativo della *litigation*.

Le azioni inibitorie sono state regolate dalla direttiva n. 2009/22 anche nell'area delle clausole contrattuali abusive (Direttiva n. 93/13) e delle pratiche commerciali scorrette (Direttiva n. 2005/29), ampliando l'ambito di applicazione di tale rimedio. L'interpretazione dell'art. 7 della direttiva n. 93/13 da parte della CGUE ha portato a cambiamenti notevoli nelle norme procedurali e sostanziali di alcuni stati membri. La tutela inibitoria rappresenta un esempio interessante per mostrare le differenze fra azioni collettive e azioni individuali e fra tutela di tipo amministrativo e di tipo giudiziale. Come è noto in generale le direttive europee, in forza del principio di autonomia procedurale, lasciano impregiudicate le possibilità di scelta tra tutela giurisdizionale ed amministrativa nonché la disciplina dei loro rapporti, in particolare quella del loro coordinamento. Nel corso dell'ultimo ventennio si è assistito ad un progressivo rafforzamento della tutela amministrativa che, nel nostro paese, ha visto un incremento delle competenze dell'AGCM sia in materia di pratiche commerciali scorrette, sia di clausole abusive⁴⁷. Analogamente in materia di contratti bancari e finanziari le competenze dei regolatori settoriali sono aumentate⁴⁸. Così anche nel caso delle telecomunicazioni, dell'energia e gas e dei trasporti. Tale sviluppo, fondato su una presunta maggiore efficacia dell'enforcement amministrativo, non è stato tuttavia adeguatamente coordinato con gli strumenti a disposizione della giu-

46 Cfr. in particolare i casi *Invitel* e *Biuro*, *cit.*

47 In base agli artt. 18-27, 37 bis e 45-67 del cod. cons. e alle disposizioni contenute nel d.lgs. 2 agosto 2007, n. 145, l'Autorità è chiamata a tutelare:

- a) i consumatori e le microimprese rispetto alle pratiche commerciali scorrette poste in essere dai professionisti ai loro danni, ai diritti dei consumatori previste dalla Direttiva europea 83/2011/UE recepita con D.Lgs n.21/2014 e al divieto di discriminazione basata sulla nazionalità o sul luogo di residenza, così come previsto dalla Legge n. 161/2014;
- b) i professionisti riguardo alla pubblicità ingannevole e comparativa illecita posta in essere dai concorrenti;
- c) i consumatori contro le clausole vessatorie.

48 Si vedano le competenze di vigilanza allocate alla Consob (reperibili all'indirizzo <http://www.consob.it/main/trasversale/risparmiatori/ruolo/index.html>) e alla Banca d'Italia (reperibili all'indirizzo <https://www.bancaditalia.it/compiti/vigilanza/compiti-vigilanza/index.html>).

risdizione civile⁴⁹. Soltanto recentemente la Corte di Giustizia ha affrontato il problema dei rapporti fra enforcement amministrativo e quello giudiziale nel settore della protezione dei dati personali, riconoscendo peraltro che la sequenzialità fra i due sistemi di enforcement non è contraria all'art. 47 CDF laddove sia garantito che “*l'esaurimento dei rimedi disponibili dinanzi alle autorità amministrative nazionali non comporti un ritardo sostanziale per la proposizione di un ricorso giurisdizionale, produca la sospensione della prescrizione dei diritti interessati e non provochi costi eccessivi.*”⁵⁰

La tutela amministrativa arricchisce la strumentazione sanzionatoria con il pagamento di multe per violazione di obblighi verso i consumatori, ma si compone di vari mezzi che vanno dalle inibitorie alle restituzioni ed in alcuni paesi addirittura la compensazione per i danni⁵¹. Essa può intervenire prima, contemporaneamente o dopo la tutela giurisdizionale. In questo contesto interviene il dialogo tra corti che non si applica, invece, alle autorità amministrative⁵². L'attività di queste solo indirettamente, in sede di sinda-

49 Vedi F. CAFAGGI, *Administrative and Judicial Enforcement in Consumer Protection: The Way Forward* in F. Cafaggi e H.-W. Micklitz, *New frontiers of consumer protection: combining private and public enforcement*, Kluwer Intersentia, 2009 e F. CAFAGGI, *On the transformation of European enforcement law: judicial and administrative dialogues, instruments and effects*, in F. Cafaggi e S. Law (a cura di), *Judicial Cooperation in European Private Law*, Elgar, 2017, p. 223.

50 Si veda il caso C-73/16, *Peter Puškár c. Finančné riaditeľstvo Slovenskej republiky, e Kriminálny úrad finančnej správy*, 27 settembre 2017, ECLI:EU:C:2017:725.

51 H.-W. MICKLITZ e G. SAUMIER, *Enforcement and Effectiveness of Consumer Law, Draft report, International Academy of Comparative Law*, 2016 Montevideo, disponibile all'indirizzo <http://tc.iuscomparatum.info/tc/wp-content/uploads/2016/09/Draft-General-Report-Enforcement-and-Effectiveness-of-Consumer-Law-MICKLITZ-SAUMIER-Montevideo-2016-.pdf>

52 L'art. 267 del TFUE concernente i soggetti legittimati a presentare il rinvio pregiudiziale indicando una “giurisdizione”. Tuttavia, tale terminologia è utilizzata in senso ampio dalla CGUE, che ha individuato una serie di elementi che devono caratterizzare gli organi nazionali per poter essere inclusi nella nozione di giurisdizione:

1. l'organo deve essere stabilito dalla legge;
2. deve avere natura permanente;
3. deve avere una giurisdizione obbligatoria;
4. deve applicare procedure di natura accusatoria;
5. deve applicare il principio di legalità;
6. deve essere indipendente.

La giurisprudenza della CGUE dimostra infatti che, se le condizioni sopra elencate sono soddisfatte, anche organi che non ricadrebbero nella definizione stringente di tribunale. Ad esempio, nel caso C-464/13, *Europäische Schule München*, la CGUE ha valutato se la camera dei ricorsi della *Schule* potesse essere qualificata come tribunale e ha affermato che

cato giurisdizionale, diviene oggetto di valutazione da parte della CGUE che in tal modo può definire i rapporti tra le due forme di tutela, contribuendo a definirne confini e rapporti. Per questa ragione il dialogo tra corti ha avuto impatto assai più rilevante sulla tutela giurisdizionale ed in particolare sui nuovi poteri dei giudici civili.

2.2 La tutela amministrativa e la tutela giudiziale nelle azioni collettive – il caso Biuro Podrózy Partner

Il caso Biuro riguardava una multa irrogata dell'Ufficio di protezione del consumatore ad un professionista che aveva utilizzato una delle clausole qualificate come vessatorie in astratto e per questo iscritte nel pubblico registro amministrato dal Presidente dell'Ufficio di protezione per la concorrenza e i consumatori. I temi proposti riguardavano l'applicabilità di una multa ad un soggetto che non aveva partecipato al procedimento in base al quale la clausola era stata dichiarata vessatoria, nonché i rapporti tra accertamento amministrativo e giurisdizionale della vessatorietà.

Ai sensi dell'allora art. 479⁴³ del codice di procedura civile polacco una sentenza che dichiarasse in astratto la vessatorietà di una clausola e ne vietasse l'utilizzo era da considerarsi "*efficace nei confronti dei terzi*" dal giorno in cui il testo della clausola fosse incluso nel registro pubblico.⁵³ La Corte speciale per la tutela della concorrenza e dei consumatori poteva rivedere la vessatorietà delle clausole contrattuali *standard* utilizzate sul mercato attraverso una valutazione in astratto – cioè indipendentemente dal loro inserimento in qualsiasi contratto concluso nella prassi⁵⁴. Il divieto di utiliz-

«soddisfa tutti i requisiti per essere considerata una «giurisdizione» ai sensi dell'articolo 267 TFUE, [...] fatta eccezione della circostanza che essa va ricondotta a uno degli Stati membri» (ivi par. 72). Applicando la stessa analisi, la CGUE nel caso C-503/15, *Panicello*, ha affermato che «il Secretario Judicial (cancelliere) non costituisce una «giurisdizione», ai sensi dell'articolo 267 TFUE, senza che occorra esaminare se detto organo soddisfi gli altri criteri, elencati al punto 27 della presente sentenza, che consentono di valutare tale aspetto. Il Secretario Judicial (cancelliere), conseguentemente, non è legittimato a presentare una domanda di pronuncia pregiudiziale alla Corte».

53 La normativa è stata modificata dal legislatore polacco prima della decisione della CGUE, nonostante tale modifica la Corte ha ritenuto utile decidere il caso in modo da fornire linee guida generali sulla questione presentata dalla corte del rinvio.

54 Questa procedura specifica è stata introdotta in attuazione dell'art. 7 della Direttiva 93/13. Gli articoli 479³⁶⁻⁴⁵ del codice di procedura civile definiscono il procedimento in questione e sono stati redatti per operare un controllo astratto delle condizioni contrattuali standardizzate e per proteggere gli interessi dei consumatori collettivi. Se viene ammessa l'azione per il riconoscimento di una clausola vessatoria, il giudice può definire la clausola

zo della clausola aveva dunque un effetto *erga omnes* quando questa era inclusa nel registro pubblico. L'art. 24.2.1 della legge polacca sulla tutela della concorrenza e dei consumatori del 16 febbraio 2007, inoltre, vietava l'applicazione di qualsiasi pratica in violazione degli interessi collettivi dei consumatori, includendo anche il caso di clausole contrattuali iscritte nel registro pubblico⁵⁵.

La giurisprudenza nazionale polacca riguardante i limiti oggettivi e soggettivi circa la validità della sentenza in astratto non era però unitaria, dato che anche la Corte Suprema aveva interpretato tali limiti in alcuni casi in modo stringente, mentre in altri casi aveva adottato un'interpretazione estensiva, lasciando alle corti di primo grado il difficile compito di dirimere i casi senza linee guida uniformi.

Nel novembre 2014, la Corte d'appello di Varsavia si era appunto trovata di fronte ad un caso concernente l'applicazione della normativa precedentemente descritta. Il caso concerneva un'agenzia di viaggi, la Biuro Podróży Partner, che aveva presentato un'azione di fronte alla Corte speciale per la tutela della concorrenza e dei consumatori contestando una decisione del presidente dell'Ufficio per la concorrenza e la tutela dei consumatori che infliggeva una sanzione pecuniaria all'attore per l'utilizzo di una clausola contrattuale riconosciuta come vessatoria. La decisione, infatti, affermava l'equivalenza della clausola ad una utilizzata da un'altra agenzia di viaggi dichiarata vessatoria e vietata. Dopo il rigetto della domanda in primo grado, l'attore aveva proposto appello di fronte alla Corte d'Appello di Varsavia. Questa, in assenza di una univocità di giurisprudenza nazionale e in ragione di un potenziale conflitto con la disciplina europea, aveva sospeso il procedimento ed aveva deciso di inviare alla CGUE un rinvio pregiudiziale.⁵⁶

come vessatoria e può proibirne il successivo uso. Una copia della sentenza finale viene inviato al presidente dell'Ufficio per la tutela della concorrenza e dei consumatori, che mantiene un registro pubblico delle disposizioni considerate vessatorie.

55 Tale norma stata inclusa in attuazione della direttiva n. 98/27 relativa a provvedimenti inibitori a tutela degli interessi dei consumatori sostituita dalla direttiva 2009/22 relativa a provvedimenti inibitori a tutela degli interessi dei consumatori.

56 Il rinvio pregiudiziale appunto conteneva la seguente questione: «Se, alla luce degli articoli 6, paragrafo 1, e 7, della direttiva 93/13, in combinato disposto con gli articoli 1 e 2 della direttiva 2009/22, l'impiego di clausole di condizioni generali di contratto di contenuto identico al contenuto di clausole dichiarate illecite da una sentenza di un organo giurisdizionale divenuta definitiva e annotate nel registro delle clausole di condizioni generali di contratto ritenute illecite, possa essere considerato, relativamente ad un altro professionista che non ha partecipato al procedimento conclusosi con l'annotazione nel registro delle clausole di condizioni generali di contratto ritenute illecite, un atto illecito che, alla luce del diritto nazionale, configura una pratica lesiva degli interessi collettivi dei consumatori

Pochi mesi dopo, in un'ordinanza del 16 febbraio 2015, BSA I-4110-1/15, il Primo Presidente della Corte Suprema alla luce del conflitto giurisprudenziale che emergeva sul tema degli effetti della decisione *in abstracto* aveva presentato una domanda di rinvio pregiudiziale interno alla stessa Corte suprema polacca al fine di ottenere una decisione nomofilattica⁵⁷.

Il 20 novembre 2015 (sentenza III CZP 17/18), la Corte Suprema,⁵⁸ ha deciso, indicando i seguenti principi:

«1. La validità sostanziale di una sentenza che dichiara vessatoria una clausola contrattuale standard esclude ogni azione finalizzata a valutare le clausole con medesimo contenuto utilizzate dal professionista che era parte del giudizio in cui la vessatorietà era stata dichiarata (articolo 365 e 366 del codice di procedura civile).

2. La validità sostanziale della sentenza che dichiara vessatoria una clausola contrattuale standard – anche dopo che essa sia iscritta nel registro (art. 479.2⁴ del codice di procedura civile) – non esclude le azioni finalizzate a valutare clausole con il medesimo contenuto utilizzate dal professionista che non era parte del giudizio in cui la vessatorietà era stata dichiarata (articolo 365 e 366, in combinato disposto con l'articolo 479⁴³ del codice di procedura civile)».⁵⁹

Nella motivazione della sentenza, la Corte Suprema polacca aveva bilanciato l'efficacia della protezione dei consumatori in relazione alle clausole vessatorie e il diritto a un processo equo, al fine di determinare l'efficacia del giudicato nelle decisioni in astratto. Per quanto riguarda il primo aspetto, la Corte Suprema aveva fondato il suo ragionamento sulla direttiva 93/13, tenendo come punto di riferimento l'interpretazione della CGUE nel caso *Invitel*. Per quanto riguarda il diritto a un processo equo, la Corte Suprema aveva basato il suo ragionamento sull'art. 45 della Costituzione polacca, l'art. 6(1) della CEDU e l'art. 47(2) della CDF.

Come affermato dalla Corte Suprema, «l'efficacia della sentenza nei con-

e costituisce il fondamento per l'irrogazione, a tale titolo, di una sanzione pecuniaria in un procedimento amministrativo nazionale».

57 Nell'ordinamento polacco possono essere sottoposte questioni interpretative alla Corte Suprema.

58 La decisione della Corte Suprema del 20 novembre 2015 è stata resa in forma di risoluzione: si fa riferimento ad un particolare tipo di giudizio che, finalizzato non alla risoluzione di una specifica controversia, ma al chiarimento di un problema interpretativo, indica come debba essere intesa una determinata disposizione di diritto interno. In linea di principio, in caso di questioni sollevate dal giudice ordinario, la risoluzione della Corte Suprema è formalmente vincolante solo per il giudice *a quo*. Tuttavia, tali risoluzioni producono un generale effetto nomofilattico.

59 Traduzione non ufficiale.

fronti di ogni consumatore rispetto ad uno specifico professionista, parte del procedimento, è proporzionata, in quanto conferma il bilanciamento fra la necessità di garantire l'efficacia di un controllo astratto [delle clausole contrattuali] e la necessità di rispettare il diritto di essere ascoltato, come elemento fondamentale del diritto a un processo equo, derivante dal diritto ad un giusto processo».

Nella sua sentenza, la Corte Suprema aveva dunque interpretato il concetto di “efficacia *erga omnes*” (art 479⁴³ del Codice di procedura civile) applicandolo, da una parte, restrittivamente allo specifico professionista (parte nel processo) e, dall'altra, estensivamente ad ogni consumatore (inclusi anche coloro che non erano parte del processo). La Corte Suprema ha affermato la proporzionalità di tale risultato e la compatibilità con il requisito della proporzionalità dei rimedi previsti dalla direttiva 93/13.

Nell'aprile 2016, successivamente alla decisione della Corte Suprema, il quadro legislativo relativo alle modalità di decisione in astratto è stato modificato dalla riforma del codice di procedura civile polacco del 17 aprile 2016. La nuova normativa ha introdotto un nuovo modello di decisione in astratto, in cui in particolare si sostituisce il precedente controllo giurisdizionale, effettuato dalla Corte speciale, con il controllo amministrativo, effettuato dal presidente dell'Ufficio per la tutela della concorrenza e dei consumatori. La riforma inoltre centralizza anche il sistema sanzionatorio perché lo stesso presidente dell'Ufficio è competente per le sanzioni relative all'uso di clausole contrattuali dichiarate precedentemente vessatorie.

La normativa stabilisce un divieto generale di utilizzare le clausole vessatorie nei contratti stipulati con i consumatori e conferisce al presidente dell'Ufficio la competenza ad emettere una decisione in astratto. La decisione può anche fornire altri rimedi specifici che permettono di eliminare gli effetti dell'utilizzo di tale clausola (per esempio, obbligando il professionista a pubblicare una dichiarazione in merito). Tali rimedi, scelti dal Presidente, dovrebbero essere proporzionati alla gravità e al tipo di violazione, e alle modalità con cui rimuovere le conseguenze di tale violazione. La decisione dunque è efficace nei confronti del professionista e di tutti i consumatori che avevano concluso con lui un contratto, in cui erano presenti le clausole indicate nella decisione.

Nel frattempo, la Corte di Giustizia aveva proseguito il procedimento relativo al rinvio pregiudiziale e il 21 dicembre 2016 decidendo la controversia sulla base dell'art. 47 CDF.

La CGUE ha affermato che tale norma, applicabile anche nell'ambito delle direttive n. 93/13 e n. 2009/22, opera anche in favore dei professionisti che reclamino la non vessatorietà di una particolare clausola, pur in precedenza dichiarata abusiva nei confronti di un altro professionista. Nel caso

dunque di decisioni *in abstracto*, la CGUE ha sottolineato la necessità di garantire per ogni professionista – accusato di usare le clausole vessatorie e per questo soggetto a sanzioni amministrative – il diritto di impugnare la decisione in questione. Tale diritto costituisce una componente del diritto ad un ricorso giurisdizionale effettivo (nel senso dell'art. 47 CDF), e dovrebbe consentire alla parte di mettere in discussione non solo la sanzione in sé, ma anche i motivi della sua applicazione, ovvero la valutazione della vessatorietà della clausola.

Dunque la CGUE ha concluso che la normativa (ormai non più applicabile) è conforme al diritto europeo laddove il «professionista goda di un diritto di ricorso effettivo, tanto avverso la decisione che riconosce l'equivalenza delle clausole confrontate, relativamente alla questione se, considerate tutte le circostanze rilevanti specifiche di ciascun caso, tali clausole siano in concreto identiche, segnatamente riguardo agli effetti prodotti a danno dei consumatori, quanto avverso la decisione che fissa, eventualmente, l'importo dell'ammenda inflitta».

Chiaramente l'obiettivo era quello di dare linee guida generali in materia di *in abstracto review* e non di valutare la compatibilità della legislazione polacca modificata nel frattempo. La CGUE ha usato questa opportunità per chiarire il rapporto con il caso *Invitel* e la estensione degli effetti delle pronunce relative alla vessatorietà di clausole sia nei confronti di altri consumatori sia nei confronti di altri professionisti non partecipanti alla controversia.

La conclusione della Corte di Giustizia in *Biuro* si riflette su numerosi profili relativi al rapporto tra tutela amministrativa e giurisdizionale. Si ammette la validità *erga omnes* del provvedimento giurisdizionale inibitorio anche nei confronti di soggetti che non abbiano direttamente partecipato al procedimento amministrativo purché abbiano in astratto diritto di farlo. Dunque, il diritto ad un equo procedimento e quello ad un equo processo costituiscono barriere invalicabili dell'effetto *erga omnes*. Per quel che attiene alla ripartizione tra valutazione in astratto ed in concreto la CGUE non ritiene che il diritto europeo proibisca che la prima avvenga anche in sede giurisdizionale. Piuttosto, è stato il legislatore polacco a decidere per un rafforzamento dell'enforcement amministrativo attribuendo un potere di sindacato esclusivo, lasciando alle corti il solo potere di sindacato sulla decisione amministrativa. Il rapporto tra controllo amministrativo e giurisdizionale sulla vessatorietà è ancora di pertinenza degli ordinamenti nazionali, ma chiaramente il ruolo dei diritti fondamentali non potrà essere (più) ignorato e costituirà presumibilmente un fattore di armonizzazione non legislativa della materia.

Sotto il profilo del dialogo, ciò che emerge è il ruolo della CGUE rispetto ad una giurisprudenza non uniforme della corte suprema polacca, che come

evidenziato sopra, aveva lasciato le corti di primo grado e appello in difficoltà rispetto agli effetti erga omne di una valutazione in astratto di vessatorietà. La scelta della corte di appello di Varsavia in questa direzione infatti dimostra la necessità di superare questo impasse attraverso il dialogo con la CGUE. Per quanto non sia possibile ipotizzare che il rinvio pregiudiziale abbia direttamente stimolato la decisione del Primo presidente della Corte suprema, può ragionevolmente ritenersi che il problema interpretativo fosse talmente rilevante e percepito anche a livello di Corte Suprema tanto da spingere a individuare possibili soluzioni di dialogo verticale con la CGUE – nel caso della corte di appello – oppure di dialogo orizzontale interno al sistema giuridico polacco – nel caso del Primo Presidente.

2.3 Il rapporto fra azioni individuali e azioni collettive – il caso Sales Sinues

Il caso si riferisce ad un contratto per la novazione di un mutuo con una banca spagnola contenente una clausola “*suelo*” (attraverso il quale la banca imponeva un tasso di interesse minimo stabile a prescindere dalle fluttuazioni dei tassi di mercato). In relazione a tale contratto, il sig. Sales Sinues aveva presentato un’azione presso il Tribunale Commerciale n 9 di Barcellona al fine di affermare la vessatorietà della clausola e dunque richiederne la nullità.⁹

La stessa banca era parte in un’ulteriore causa presentata da un’associazione di consumatori presso un diverso tribunale, quello di Madrid, al fine di ottenere una inibitoria all’uso di clausole “*suelo*” nei contratti di finanziamento.⁶⁰ In ragione della identità della condotta oggetto delle due cause, la banca aveva chiesto al giudice di sospendere i procedimenti concernenti l’azione individuale fino alla sentenza definitiva nel procedimento collettivo.

Il tribunale commerciale aveva interpretato la disposizione nazionale applicabile in merito alla litispendenza tale da imporre la sospensione automatica dell’azione individuale. Tale interpretazione, però si poteva porre altresì in contrasto con il diritto comunitario, in particolare con l’art. 6 e 7 della direttiva n. 93/13. Dunque, il giudice aveva deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre una serie di questioni alla Corte di Giustizia.

La CGUE ha deciso il caso considerando la tutela offerta dalla direttiva n. 93/13 ai sensi dell’art. 7, affermando che lo squilibrio esistente tra consumatore e professionista non si ritrovava né nel rapporto tra associazioni di consumatori e professionista, né nel procedimento giudiziale che li coinvolgeva entrambi. Un’altra differenza indicata dalla CGUE era il fatto che gli obiettivi per l’azione individuale e quella collettiva possono essere diversi, dato

⁶⁰ Causa avviata dall’Adicae (Asociación de Usuarios de Bancos Cajas y Seguros) contro 72 istituti bancari attraverso un’azione collettiva.

che questi ultimi possono avere anche finalità soltanto dissuasive. La Corte, seguendo le conclusioni dell'avvocato Generale, ha dunque sottolineato le differenze tra le due azioni, aderendo implicitamente alla tesi della complementarità proposta dalla Commissione ed adottata dall'AG.⁶¹ L'analisi della Corte si è poi spostata sulle disposizioni procedurali applicabili alle azioni individuali e collettive.

Alla luce del principio di effettività, la CGUE ha valutato gli effetti della sospensione dell'azione individuale riconoscendo che, da un lato, la decisione in una azione collettiva potrebbe essere vincolante per il singolo consumatore, anche se non abbia deciso di parteciparvi; e d'altra parte, che ciò potrebbe impedire al giudice nazionale di valutare la pregressa negoziazione individuale delle presunte clausole vessatorie. Entrambi gli elementi, quindi hanno portato la corte a ritenere l'interpretazione della norma che richiede necessariamente la sospensione automatica come un ostacolo al raggiungimento degli obiettivi della direttiva 93/13. Neppure la valutazione di proporzionalità della norma ha poi modificato questo apprezzamento poiché né la coerenza tra le decisioni giudiziarie, né la necessità di evitare il sovraccarico dei tribunali avrebbe potuto giustificare tali misure.

Dunque, la CGUE ha concluso rigettando l'interpretazione che affermava l'automatismo, consistente nella sospensione obbligatoria del procedimento individuale subordinatamente alla definizione del giudizio collettivo, soprattutto in mancanza di meccanismi che consentano al singolo consumatore di dissociarsi dall'azione collettiva. La CGUE ha ritenuto che la norma andasse interpretata nel senso di un potere discrezionale del giudice nazionale di valutare l'opportunità di sospendere sulla base della distinzione funzionale tra le due azioni. Tale direttiva induce a ritenere che i casi di sospensione saranno molto limitati potendo la differenza funzionale condurre ad esiti divergenti.

Il giudice remittente ha dunque applicato il principio sancito dalla CGUE, continuando il procedimento individuale senza imporre la sospen-

61 Si veda l'Opinione dell'AG Szpunar: «29 Si deve aggiungere che la natura preventiva e la finalità dissuasiva delle azioni inibitorie, nonché la loro indipendenza nei confronti di qualsiasi conflitto individuale concreto, implicano che dette azioni possano essere esercitate anche quando le clausole delle quali si chiede l'inibitoria non siano state inserite in contratti determinati (v. sentenza *Invitel*, C 472/10, EU:C:2012:242, punto 37)».

30 Pertanto, le azioni individuali e collettive, nell'ambito della direttiva 93/13, hanno obiettivi ed effetti giuridici diversi, di modo che la relazione processuale tra lo svolgimento dell'una e dell'altra può rispondere solamente ad esigenze di natura procedurale riguardanti, in particolare, la corretta amministrazione della giustizia e volte alla necessità di evitare decisioni giudiziarie contraddittorie, senza tuttavia che l'articolazione di tali diverse azioni comporti un affievolimento della tutela dei consumatori, così come prevista dalla direttiva 93/13».

sione. Tuttavia, alla luce della intervenuta sentenza nell'azione collettiva, ha affermato la possibilità per l'azione individuale di poter fruire degli effetti positivi di tale sentenza, i.e. alla luce della dichiarazione di vessatorietà della clausola oggetto dell'azione collettiva, la stessa clausola poteva essere dichiarata nulla anche nell'azione individuale.

Le conclusioni della CGUE nel caso *Sales Sinues* hanno confermato ancora una volta e con maggiore forza la gerarchia esistente nella giurisprudenza europea fra azione individuale e azione collettiva, riconoscendo un primato alla prima e un ruolo complementare alla seconda.⁶² Da un lato, questo approccio può giustificarsi secondo l'interpretazione della tutela giurisdizionale di un interesse individuale come potere *monopolistico*⁶³ del titolare ad instaurare e proseguire il procedimento che si lega ad un rafforzamento degli strumenti di tutela giurisdizionale disponibile in ragione di una posizione di debolezza rispetto alla controparte professionale. Se si confronta la posizione delle associazioni a tutela dei consumatori, in particolare quelle riconosciute a livello nazionale – cui nella maggior parte degli ordinamenti giuridici viene riservata la legittimazione ad agire⁶⁴, sembra apparente che tale disequilibrio non possa essere presente (o per lo meno non possa assumere la stessa intensità). D'altra parte, questo approccio però confligge con le ragioni stesse che hanno portato all'introduzione dell'azione collettiva, ovvero la possibilità di garantire maggiore e migliore accesso alla giustizia per i consumatori attraverso la gestione collettiva ed unitaria di controversie fra loro uniformi.⁶⁵ Dunque, il principio di effettività dei rimedi potrebbe

62 Infatti, già con il caso *ACICL* la CGUE aveva affermato, alla luce dei principi di effettività e di equivalenza, che non vi erano violazioni in caso di un differente competenza territoriale in caso di azione individuale e azione collettiva, anche se la seconda portava ad una maggiore difficoltà per le associazioni a perseguire l'obiettivo di tutela dei consumatori. Confermando tale approccio anche nel caso *Pohotovost* del 27 febbraio 2014, in cui la CGUE aveva affermato che, alla luce dei principi di equivalenza e di effettività, la normativa slovacca relativa all'innammissibilità dell'intervento di un'associazione per la tutela dei consumatori a sostegno di un determinato consumatore in un procedimento di esecuzione non violava la normativa europea. Per la giurisprudenza italiana, si veda la recente decisione della Cassazione, Sez. Un., 2 febbraio 2017, n. 2610 che distingue nettamente l'azione a tutela di interessi collettivi e azione a fini risarcitori. La Corte ascrive il caso concreto alla seconda ipotesi e ne descrive le caratteristiche, soffermandosi sul fatto che l'azione a fini risarcitori è alternativa alla azione individuale con la medesima finalità.

63 R. DONZELLI, *L'azione di classe a tutela dei consumatori*, Jovene, 2011

64 I. BENÖHR, *Collective Redress in the Field of European Consumer Law in Legal Issues of Economic Integration*, 41, 3, 2014, pp. 243 e ss.

65 R. Caponi, *Litisorsozio «aggregato» L'azione risarcitoria in forma collettiva dei consumatori*,

giustificare una più approfondita analisi dei rapporti fra azione individuale e azione collettiva rivedendo il modello di complementarità espresso dalla Corte. Più specificamente la possibilità di contrasti giurisprudenziali sulla vessatorietà a seconda che il procedimento sia promosso da un singolo o da una associazione potrebbe confliggere con l'obiettivo di certezza. Salvo la valutazione delle circostanze concrete ex art. 4 dir. n. 93/13 la difformità di valutazione circa la vessatorietà a seconda che la tutela sia individuale o collettiva non sembra avere giustificazioni logiche.

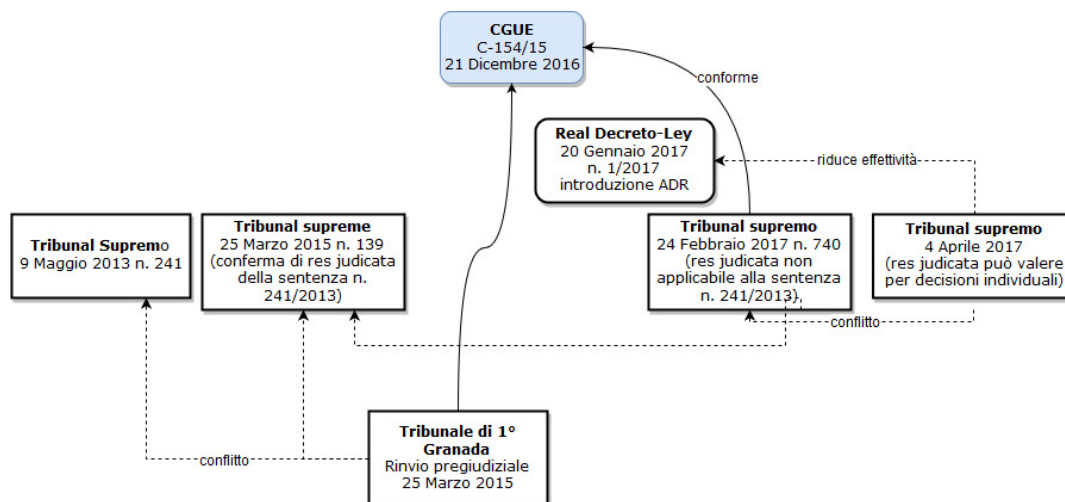
Inoltre, è necessario sottolineare come la CGUE, stante le specificità del sistema giuridico nazionale da cui è originato il caso, non abbia potuto affrontare una differenza sostanziale in merito alle caratteristiche di una azione collettiva di tipo inibitorio rispetto ad una di tipo risarcitorio o restitutorio. Tale distinzione, adottata dal sistema italiano, infatti richiederebbe ulteriori specificazioni del rapporto fra azioni collettive ed azioni individuali, sia in termini di coordinamento che di complementarità, anche promuovendo l'uso degli istituti tipici della litispendenza e dalla continenza per consentire il raggiungimento dell'obiettivo di effettività del rimedio.⁶⁶ Nella giurisprudenza italiana infatti l'eventuale accoglimento della inibitoria collettiva non porta necessariamente alla nullità della clausola impugnata dal singolo consumatore, giacché nell'azione individuale la clausola dovrà essere valutata nel caso concreto, potendosi ad esempio giustificare sulla base di una trattativa con il consumatore. Ciò è stato affermato, in tempi piuttosto risalenti, da App. Roma, 24 settembre 2002, secondo cui: «l'azione inibitoria, di natura generale e astratta, port[a], in caso di accoglimento, al divieto di utilizzar[e] la clausola] nel corpo delle condizioni generali predisposte dall'imprenditore: [...] Nulla vieta, per contro, che anche una clausola giudicata abusiva venga reinserita nel singolo contratto e possa ivi risultare legittima in sede di sindacato giudiziale se sia diventata oggetto di trattativa individuale (art. 1469 ter, quarto comma); o risulti, in concreto, bilanciata da vantaggi compensativi, tali da escludere nell'economia generale del contratto quel significativo squilibrio che costituisce la vera anomalia *contra ius*.

In altri termini, i due giudizi si muovono su piani parzialmente diversi, e lo stesso accoglimento dell'azione inibitoria non determina, come detto, la nullità assoluta, *nunc et semper*, delle clausole – che, nel concorso di circostanze specifiche del caso concreto, potranno ben essere inserite ancora nel contratto tra professionista e consumatore – ma solo rende illegittima e proibisce la loro inserzione automatica a titolo di condizioni generali (art. 1341, primo comma)».

66 ACTIONES Handbook sulla protezione dei consumatori, cit.

3. Il principio di res judicata e la limitazione degli effetti delle sentenze

La limitazione degli effetti delle sentenze nazionali – il caso Naranjo



I tre casi congiunti affrontati dalla CGUE affrontano il medesimo problema relativo agli effetti della pronuncia della Corte Suprema spagnola del 9 maggio 2013 n.241 in merito alla vessatorietà delle clausole *suelo* incluse all'interno di contratti di mutuo.⁶⁷ Tali clausole erano ampiamente utilizzate dalle banche spagnole e hanno leso molti consumatori. In tutti e tre i casi, i consumatori avevano avviato ricorso contro la banca dopo la sentenza della Corte Suprema, ed erano finalizzate alla dichiarazione di nullità delle clausole, ed alla conseguente restituzione degli importi maggiorati pagati dai consumatori in base a tali clausole a decorrere dalla data di conclusione del contratto.

La Corte Suprema spagnola, pur riconoscendo la vessatorietà delle clausole *suelo*, aveva limitato l'effetto retroattivo della dichiarazione di nullità nella sua decisione del 2013 alla data stessa della decisione. Nell'argomentazione il Tribunal Supremo aveva sostenuto che solo gli importi pagati dal momento successivo alla data della sentenza dovevano essere rimborsati, limitando così il diritto dei consumatori alla completa restituzione. Tale limitazione,

⁶⁷ Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, 21 dicembre 2016, cause riunite C-154/15 e C-307/15 *Francisco Gutiérrez Naranjo e Ana María Palacios Martínez c. Cajasur Banco e Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA (BBVA)*, in *I contratti*, 2017, 11 ss., con nota di PAGLIANTINI, *La non vincolatività (delle clausole abusive) e l'interpretazione autentica della Corte di Giustizia*; A. DALMARTELLO, *Epilogo della questione della clausola floor in Spagna? Chiarimenti della Corte di Giustizia sugli effetti della non vincolatività delle clausole abusive*, in *Riv. dir. bancario*, n. 2/2017; S. CÁMARA LAPUENTE, *Un examen crítico de la STJUE de 21 diciembre 2016: nulidad retroactiva sí, falta de transparencia "abusiva" de las cláusulas suelo no*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 9, 1, 2017, pp. 383-395.

afferzata nel 2013 in relazione ad una azione collettiva, era stata confermata anche con una decisione del 25 marzo 2015 nei confronti delle singole azioni dei consumatori.⁶⁸

Le tre corti di merito spagnole investite dai casi concreti hanno dunque presentato i propri rinvii alla Corte di Giustizia richiedendo se tale limitazione di efficacia della sentenza fosse compatibile con l'art. 6, n. 1, della direttiva 93/13/CEE.⁶⁹

La CGUE si sofferma sugli effetti della non vincolatività della clausola vessatoria rispetto al consumatore affermando, in conformità alla precedente giurisprudenza, che una clausola vessatoria deve essere considerata, in linea di principio, come non apposta, affinché non possa avere alcun effetto sul consumatore. La decisione giudiziale dovrebbe dunque avere l'effetto di porre il consumatore nella situazione giuridica e di fatto in cui sarebbe stato se tale termine non fosse esistito. Dunque, l'obbligo per il giudice nazionale di escludere una clausola vessatoria che impone il pagamento di importi non dovuti implica il corrispondente obbligo di restituire questi stessi importi. Se da un lato, la Corte di giustizia afferma che gli Stati membri possono definire le modalità dettagliate in base alle quali una clausola è qualificata come vessatoria e gli effetti giuridici effettivi di tale valutazione, dall'altro lato, la Corte nega che la legislazione nazionale possa modificare la portata e la sostanza della protezione garantita ai consumatori dalla direttiva 93/13, affermando nettamente che solo il legislatore europeo può decidere sui limiti temporali da attribuire all'interpretazione (degli effetti di) di una norma del diritto comunitario.

Quindi, la Corte di Giustizia considera la dimensione temporale della nullità e della restituzione come un aspetto intrinseco di un'efficace protezione dei consumatori: solo se la nullità e quindi la restituzione si estendono all'intera durata della relazione contrattuale, tale protezione è efficace e dissuasiva.

La sentenza della CGUE ha dato luogo a diverse questioni relative al diritto di accesso alla giustizia e al diritto a un rimedio efficace. In primo luogo, la domanda più urgente per il governo spagnolo era quella di affrontare la massiccia quantità di reclami che sarebbero scaturiti dalla decisione della CGUE. Il governo ha pertanto emesso il Decreto reale 1/2017, obbligando le istituzioni finanziarie le cui clausole di base sono state dichiarate ingiuste per costituire un meccanismo extragiudiziale per la liquidazione dei crediti.

68 Tribunal Supremo, 25 marzo 2015, rec. 138/2014; Tribunal Supremo, 29 aprile 2015, rec. 1072/2013.

69 Le questioni presentate non sono esattamente le stesse offrendo tre diverse prospettive, l'una concernente gli effetti della nullità, l'altra relativa ai caratteri dell'azione inibitoria, la terza legata alla correlazione con l'azione restitutoria.

In secondo luogo, la questione è in che misura la decisione della CGUE colpisce i consumatori e le istituzioni finanziarie che non fossero parte dell'azione collettiva che ha portato alla decisione della Corte Suprema spagnola del maggio 2013. La CGUE non ha infatti risposto alla relativa domanda inclusa nel rinvio pregiudiziale. Il 24 febbraio 2017 la Corte Suprema spagnola è intervenuta nuovamente sul punto e, conformandosi alla decisione della CGUE, ha riconosciuto la possibilità di restituzione degli interessi nei confronti dei consumatori sin dalla data di stipulazione del contratto di mutuo. Tuttavia, ha limitato gli effetti della sentenza dichiarativa della vessatorietà della clausola, riconoscendone gli effetti solo per nei confronti dei consumatori che erano stati parte del procedimento, cioè quelli che avevano aderito all'azione collettiva.

La decisione della CGUE dunque dimostra chiaramente come il dialogo giudiziario sia proseguito anche successivamente attraverso la reazione delle corti nazionali⁷⁰ ed abbia stimolato e coinvolto la partecipazione del legislatore spagnolo. La scelta di quest'ultimo di ovviare ai potenziali effetti della decisione europea attraverso l'utilizzo di un sistema di risoluzione extragiudiziale delle controversie si inserisce nel solco delle scelte di policy europee degli ultimi anni, non ultima la direttiva n. 2013/11 spiega brevemente quale sia la soluzione adottata precisando che la soluzione della controversia è affidata a meccanismi non giurisdizionali e possibilmente collettivi. Tuttavia, nell'urgenza dell'intervento le garanzie offerte dal sistema predisposto dal legislatore non sono equivalenti a quelle presenti nel sistema giudiziale, lasciando al solo istituto bancario la responsabilità di definire le somme da corrispondere al consumatore che partecipi al sistema di risoluzione, senza l'intervento di un terzo imparziale che possa intervenire nel procedimento.⁷¹ In tal senso, dunque potrebbe ancora una volta porsi l'interrogativo circa l'effettività del rimedio nei confronti del

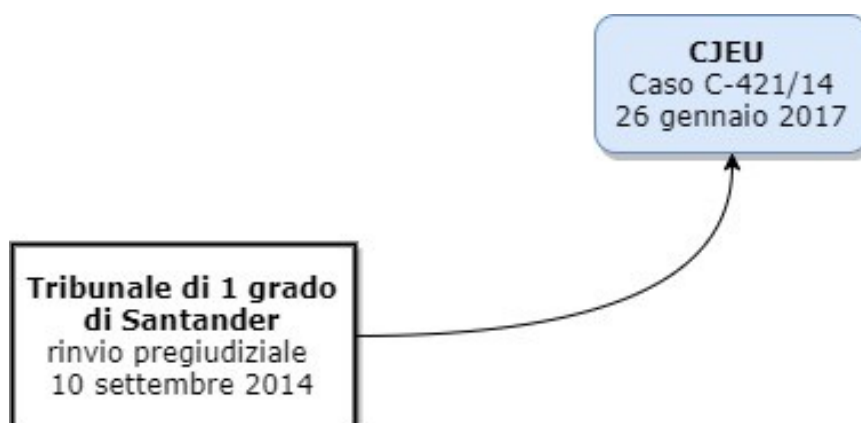
70 Per gli effetti più ampi della sentenza sui casi ancora in corso e quelli sospesi in ragione della pregiudizialità della sentenza della CGUE, si veda R. PÉREZ CORDÓN, *Cláusulas suelo ¿Y ahora qué? Análisis de las consecuencias de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016 y del Real Decreto Ley 1/2017 sobre las reclamaciones judicializadas*, in *Revista Jurídica de la Universidad de León*, núm. 3, 2016, pp. 93-102.

71 J. CONDE FUENTES, *El procedimiento extrajudicial para la restitución de las cantidades pagadas en aplicación de las cláusulas suelo. El Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo*, in *Revista de Derecho Civil*, IV, 1, 2017, pp. 219-233; F. ADAN DOMENECH, *Política legislativa de escaparate. Los errores del Real Decreto Ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo*, *Revista de Derecho vLex*, n° 152, 2017, p. 3.

consumatore, poiché se già la decisione della CGUE nel caso Alassini riconosceva la possibilità per il legislatore di predisporre un obbligo di tentativo di risoluzione alternativa delle controversie, ne indicava espressamente le caratteristiche per garantire il rispetto dell'equità del processo.⁷²

Sotto il diverso profilo del rapporto fra le corti, si può osservare che il Tribunale Supremo spagnolo si è immediatamente conformata alla decisione europea, applicandone i principi senza modificare il proprio orientamento relativo al test sulla trasparenza delle clausole *suelo*,⁷³ Tuttavia, per ridurre l'effetto dirompente, non ha riconosciuto gli effetti *erga omnes* che la sentenza del 2013 (e le successive del 2015) aveva espressamente affermato. In questo modo, indirettamente, ha sensibilmente ridotto l'efficacia dell'intervento del legislatore: in assenza di efficacia *erga omnes*, le banche non hanno più alcun incentivo a predisporre un sistema alternativo poiché il consumatore (che non aveva aderito al procedimento collettivo) che volesse utilizzare il precedente della sentenza sarebbe comunque tenuto ad adire il giudice per confermare la vessatorietà e dunque vedersi riconoscere le somme illegittimamente pagate alla banca.

La mancata valutazione di vessatorietà – il caso Banco Primus



Il caso più recente riguarda la sentenza della CGUE nel caso Banco Primus. Il caso verteva sul contratto di mutuo concesso dall'istituto di credito Banco Primus al sig. Gutiérrez García, mutuo assistito da una garanzia ipotecaria sul-

⁷² Si veda anche il recente caso C-75/16, *Livio Menini e Maria Antonia Rampanelli contro Banco Popolare – Società Cooperativa*, 14 giugno 2017, ECLI:EU:C:2017:457

⁷³ Poteva infatti ipotizzarsi un *revirement* della giurisprudenza della Corte Suprema verso un approccio più formalistico della trasparenza delle clausole, cfr. A. Dalmartello, *Note sulla "cláusula suelo" (clausole floor) nel mutuo bancario di diritto spagnolo: trasparenza delle clausole abusive e (ir)retroattività della nullità di protezione*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2016, 756 ss.

la sua abitazione.⁷⁴ A seguito del mancato pagamento di sette rate consecutive, era stata pronunciata il 23 marzo 2010 la risoluzione anticipata, in applicazione della clausola 6 *bis* del contratto di mutuo. Il Banco Primus aveva dunque chiesto il pagamento dell'intera somma del capitale residuo, degli interessi ordinari e moratori e di altre spese; aveva altresì proceduto alla vendita all'asta del bene ipotecato. Poiché nessun offerente si era presentato alla vendita all'asta, il giudice del rinvio aveva aggiudicato il bene al Banco Primus, per un importo che rappresentava il 50% del valore stimato del bene.

Il Banco Primus aveva poi richiesto l'entrata in godimento di tale bene, differita a causa di tre ricorsi incidentali successivi, tra cui quello che ha condotto all'adozione dell'ordinanza del 12 giugno 2013, che ha qualificato come abusiva la clausola 6 del contratto di mutuo, relativa agli interessi moratori. L'adozione della decisione dell'8 aprile 2014, a seguito del terzo ricorso incidentale, ha posto fine alla sospensione del procedimento di sfratto.

L'11 giugno 2014 il sig. Gutiérrez García ha proposto opposizione al procedimento di esecuzione del suo bene ipotecato dinanzi al giudice del rinvio, tramite un ricorso incidentale straordinario, invocando il carattere abusivo della clausola 6 del contratto di mutuo.

Il giudice del rinvio, dopo aver sospeso il procedimento di sfratto con decisione del 16 giugno 2014, ha osservato che sussistevano dubbi quanto al carattere abusivo, ai sensi della direttiva n. 93/13, di talune clausole del contratto di mutuo diverse da quella relativa agli interessi moratori. Tuttavia, il giudice del rinvio ha osservato che l'articolo 207 del codice di procedura civile spagnolo, che disciplina il principio dell'autorità della *res judicata*, osterebbe a un nuovo esame del carattere abusivo delle clausole del contratto di cui trattasi nel procedimento principale, poiché la legittimità dello stesso, alla luce della direttiva n. 93/13, era già stata verificata nell'ambito della decisione del 12 giugno 2013, divenuta definitiva.

Peraltro, il giudice del rinvio ha rilevato che, anche nell'ipotesi in cui la clausola 6 *bis* del contratto di cui trattasi nel procedimento principale dovesse essere dichiarata abusiva, la giurisprudenza della Corte Suprema spagnola gli vieterebbe di dichiarare nulla tale clausola e di disapplicarla poiché il Banco Primus non l'aveva, in concreto applicata, ma aveva rispettato le prescrizioni dell'articolo 693, paragrafo 2 del codice di procedura civile attendendo il mancato pagamento di sette rate mensili per dichiarare la risoluzione anticipata.

Così, il Tribunale di primo grado n. 2 di Santander ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte di Giustizia una serie di domande attraverso il rinvio pregiudiziale.

⁷⁴ Causa C-421/14, *Banco Primus SA contro Jesús Gutiérrez García*, 26 gennaio 2017, ECLI:EU:C:2017:60.

Nella decisione della Corte si analizza, fra le altre questioni proposte, se vi sia un obbligo esaminare d'ufficio il carattere abusivo delle clausole di un contratto che è già stato oggetto di esame alla luce della direttiva n. 93/13 nell'ambito di una decisione giurisdizionale definitiva, in contrasto con le norme processuali nazionali che attuano il principio dell'autorità di cosa giudicata. La Corte, dopo aver ripetuto la giurisprudenza costante che impone un al giudice nazionale di esaminare d'ufficio la natura abusiva di una clausola contrattuale che ricade nell'ambito di applicazione della direttiva n. 93/13, riconosce che nel caso in esame, si tratti di stabilire l'esigenza di sostituire all'equilibrio *formale* fra i diritti e gli obblighi del professionista e del consumatore un equilibrio *reale*, finalizzato a ristabilire l'uguaglianza tra questi ultimi, tale da imporre al giudice del rinvio di procedere a un nuovo controllo d'ufficio di tale contratto. La Corte considera dunque da un lato l'importanza che il principio dell'autorità di cosa giudicata riveste sia nell'ordinamento giuridico dell'Unione sia negli ordinamenti giuridici nazionali, e, dall'altro, il fatto che la tutela del consumatore non è assoluta.⁷⁵ Pertanto, la CGUE ritiene che la direttiva 93/13 non osti ad osta a una norma nazionale che vieta al giudice nazionale di riesaminare d'ufficio il carattere abusivo delle clausole di un contratto concluso con un professionista, quando è già stato statuito sulla legittimità delle clausole del contratto nel loro complesso con una decisione munita di autorità di cosa giudicata.

Tuttavia, nel caso in esame, la norma processuale relativa all'autorità di cosa giudicata vieta al giudice nazionale non solo di riesaminare la legittimità delle clausole di un contratto su cui è già stato statuito con una decisione definitiva, ma anche di valutare l'eventuale carattere abusivo delle altre clausole dello stesso contratto.

In proposito, dunque, la Corte stabilisce che al giudice deve essere consentito di valutare, su istanza delle parti o d'ufficio qualora disponga degli elementi di diritto e di fatto necessari a tal fine, l'eventuale carattere abusivo delle altre clausole di detto contratto: in assenza di un siffatto controllo, la tutela del consumatore si rivelerebbe incompleta ed insufficiente e costituirebbe un mezzo inadeguato ed inefficace per far cessare l'utilizzo di questo tipo di clausole.

La decisione della CGUE può dunque essere interpretata come una conferma del principio della *res judicata*⁷⁶ letto alla luce del principio di effet-

⁷⁵ Si vedano le sentenze del 6 ottobre 2009, *Asturcom Telecomunicaciones*, C40/08, EU:C:2009:615, punto 37, nonché del 21 dicembre 2016, *Gutiérrez Naranjo e a.*, C154/15, C307/15 e C308/15, EU:C:2016:980, punto 68.

⁷⁶ Tale ragionamento era stato già affermata anche nella decisione del caso C-49/14 *FinanMadrid*, dove la CGUE aveva consentito di superare il giudicato di una autorità non giurisdizionale formatosi in ragione della mancata opposizione del consumatore e senza che

tività della tutela, ponendo il giudice nella condizione di dover, previa domanda del consumatore, verificare la vessatorietà delle clausole non prima analizzate *singolarmente* da un precedente giudice. Anche in questa sentenza, dunque, la CGUE rafforza il ruolo e l'obbligo del giudice di esaminare ex officio le clausole dei contratti in particolare all'interno di un giudizio di esecuzione.

Questa decisione potrebbe avere un impatto sul sistema italiano, poiché potrebbe portare a dubitare della conformità al diritto europeo l'interpretazione data dalla giurisprudenza di legittimità circa gli effetti del rilievo d'ufficio delle nullità di protezione. Secondo la recente decisione della Cassazione, S. U., 12 dicembre 2014, n. 26242 è destinato a formarsi il giudicato sulla mancata nullità del contratto nel caso in cui il giudice – chiamato a decidere una domanda di nullità del contratto – rigetti la domanda non rilevando tra l'altro alcun ulteriore motivo di nullità. Dunque, può porsi la questione se un giudice dell'esecuzione possa sulla base del principio di effettività e alla luce della sentenza *Banco Primus* esaminare la vessatorietà di clausole contrattuali oggetto di un titolo esecutivo giudiziale passato in giudicato, sia in presenza che in assenza di una specifica opposizione del consumatore.⁷⁷

4. Conclusioni

Il dialogo fra le corti, negli esempi analizzati in questo contributo, rappresenta una modalità di lettura del processo di armonizzazione che permette di far emergere le spinte endogene ed esogene verso l'evoluzione delle norme di diritto europee. Analizzando il ciclo di vita completo di un caso, dal contesto nel quale emerge al suo impatto nei diversi Stati membri, si presenta, anche se non sempre chiaramente, quale sia l'elemento di frizione fra il diritto nazionale e il diritto europeo e il potenziale impatto rispetto agli altri Stati Membri.

Dal punto di vista soggettivo, gli esempi presentati mostrano come diversi soggetti possono partecipare al dialogo transnazionale: da un lato, corti di diversi Stati Membri su una stessa questione e la CGUE; e dall'altro corti dello stesso Stato Membro e la CGUE con effetti sugli altri Stati Membri.

Dal punto di vista sostanziale, i rinvii pregiudiziali non sempre, e non

tale autorità avesse il potere di verificare ex officio il contratto sotteso. In tal senso si veda S. PAGLIANTINI, *La non vincolatività (delle clausole abusive) e l'interpretazione autentica della Corte di Giustizia – il commento*, in *Contratti*, 2017, 1, 11.

⁷⁷ Per una più approfondita analisi della giurisprudenza italiana sul punto si veda ACTIONES Handbook sulla protezione dei consumatori, cit.

solo, affrontano un mero conflitto di interpretazione della norma alla luce dei principi europei, il tema degli effetti del giudicato infatti dimostra come anche il diverso approccio delle corti di primo grado e appello rispetto alla posizione espressa dalle corti supreme possa essere un ulteriore stimolo alla presentazione di un rinvio pregiudiziale, in cui la CGUE possa operare come *tertium inter partes* e dirimere il conflitto giurisprudenziale.

In tal caso le sentenze della CGUE possono avere effetti diversi anche in ragione del grado di dettaglio adottato dalla corte nel fornire indicazioni sia al giudice del rinvio. Lo stesso aspetto ha poi effetti ulteriori rispetto alle altre corti nazionali che avranno l'onere di applicare la sentenza nei vari Stati membri. Maggiore è il grado di dettaglio, maggiore è la difficoltà di generalizzare e quindi applicare le medesime indicazioni ad altri sistemi giuridici. Questo appare chiaramente nelle sentenze che affrontano il potere *ex officio* del giudice dove le norme di diritto processuale variano in modo significativo negli Stati membri. Invece, più complesso è il percorso che deve seguire un giudice diverso dal referente, poiché diviene necessaria un'accurata analisi di quali norme sostanziali e procedurali nazionali possano essere influenzate dalla sentenza, affrontando inoltre il coordinamento con le garanzie costituzionali e l'art. 47 CFR. Le valutazioni proposte nei casi relativi alle azioni collettive e al principio di *res judicata* mostrano gli interrogativi che potrebbe porsi un giudice italiano nel valutare l'impatto della sentenza sul proprio sistema normativo. La regola astratta della vincolatività delle pronunce CGUE va dunque declinata in relazione agli ordinamenti nazionali in modo da darne adeguata e concreta applicazione.

Le sentenze e il loro impatto dimostrano che l'applicazione della Carta, e in particolare l'art. 47, promuove cambiamenti sostanziali e procedurali nella tutela dei consumatori. I principi di efficacia e di equivalenza hanno stimolato soluzioni innovative relative a norme procedurali rivelatesi inadeguate alle esigenze della giustizia e al controllo giudiziario delle pratiche sleali. La giurisprudenza più consolidata sui poteri e sulle responsabilità *ex officio* è stata completata da recenti sentenze riguardanti il rapporto tra singoli rimedi e ricorsi collettivi e l'interazione tra l'esecuzione amministrativa e giudiziaria. La giurisprudenza sull'art. 47 CFR può produrre risultati simili a livello nazionale aumentando la protezione dei consumatori e contemporaneamente bilanciando i diritti dei consumatori e dei professionisti.

Nonostante l'inapplicabilità diretta dell'art. 47 CFR all'applicazione dell'amministrazione, è probabile che compariranno principi analoghi al fine di coordinare le diverse forme di applicazione dei diritti dei consumatori. Le corti avranno dunque il compito di valutare le modalità di coordinamento con altre autorità amministrative per evitare sovrapposizioni e garantire la coerenza. In assenza di una specifica normativa europea sul questo punto, è

probabile la CGUE giocherà un ruolo guida nello sviluppo di strumenti di coordinamento. Il dialogo giudiziario può essere sfruttato in modo appropriato per garantire l'omogeneità in tutti gli Stati membri al fine di garantire che un'efficace protezione dei consumatori non venga compromessa dalle differenze delle norme procedurali in materia di rimedi.

GEO MAGRI

L'armonizzazione del diritto europeo attraverso il DCFR

Sommario: 1. Gli ostacoli all'armonizzazione e all'uniformazione del diritto europeo; 2. I primi passi verso l'armonizzazione del diritto privato degli Stati membri; 3. Il progetto di un Common frame of reference (CFR): il «Piano d'Azione» per l'armonizzazione del diritto contrattuale europeo; 4. Struttura, contenuti e obiettivi del progetto di CFR, tra disciplina generale e regole speciali; 5. Il DCFR come toolbox; – 6. Il Feasibility Text e il Common European Sales Law; – 7. L'utilizzo del DCFR: un primo bilancio

1. Gli ostacoli all'armonizzazione e all'uniformazione del diritto europeo

La necessità di creare un «diritto comune europeo» è nata senza ombra di dubbio in seno all'Accademia, essa, tuttavia, non è rimasta confinata ai consessi scientifici e alle discussioni tra dotti, ma si è trasformata ben presto in un'esigenza pratica sempre più avvertita sia in ambito economico che politico¹. Non deve quindi sorprendere che, a cavallo tra il vecchio e il nuovo

1 Non deve quindi sorprendere che la spinta verso il diritto comune europeo abbia investito principalmente il contratto, che si presta, più degli altri istituti del diritto privato, a favorire la circolazione transfrontaliera della ricchezza. Molti studi, del resto, confermano i costi economici connessi alla disomogeneità delle soluzioni giuridiche in materia contrattuale, cfr. J. BASEDOW, *Conflict of Laws and the Harmonization of Substantive Private Law in the European Union*, in M. Andenas – S. Diaz Alabart – B. Markesinis – H. Micklitz – N. Pasquini, a cura di, *Private Law Beyond the National Systems. Liber Amicorum Guido Alpa*, BIICL, London, 2007, p. 168 ss. In dottrina, peraltro, non sono mancate voci scettiche sul fatto che l'armonizzazione comporterebbe una riduzione dei costi transattivi cfr. R. VAN DEN BERGH,

millennio, le istituzioni comunitarie abbiano intrapreso iniziative sempre più determinate nella realizzazione di un simile obiettivo. Il progetto di un diritto comune europeo è stato affiancato dal processo, decisamente più semplice, di uniformazione del diritto internazionale privato, del quale i regolamenti Roma I e II rappresentano se non il coronamento, certamente l'epifania più significativa.

Le difficoltà che le tradizionali fonti comunitarie riscontravano nel perseguimento dell'uniformazione o dell'armonizzazione del diritto privato europeo ha creato un fertile retroterra per l'elaborazione di un *Common Frame of Reference*. L'esigenza di armonizzazione² era resa sempre più pressante soprattutto nella materia contrattuale³, la quale, rispetto alle altre, è stata particolarmente influenzata dal diritto europeo che è intervenuto profondamente sui diritti nazionali attraverso numerose direttive, le quali, se da un lato arricchivano il diritto privato dei singoli Stati membri, dall'altro difettavano di coordinamento con i diritti nazionali oltre che di un quadro sistematico comune di riferimento⁴.

Forced Harmonization of Contract Law in Europe: Not to be Continued, in S. Grundmann-J. Stuyck, a cura di, *An Academic Green Paper on European Contract Law*, Kluwer Law Intl, The Hague 2002, p. 249 ss. Neppure sembra da sottovalutare l'opinione di chi ritiene che il pluralismo giuridico possa produrre effetti benefici sulla concorrenza nel mercato cfr. N. REICH, *Competition between Legal Orders: a new Paradigm of EC Law?*, in *Comm. mark. law rev.*, 1992, p. 861. A ciò si aggiunga che la diversità e la concorrenza tra gli ordinamenti può favorire l'adozione di soluzioni nuove e una maggiore evoluzione dei sistemi giuridici.

2 M. BOODMAN, *The Myth of Harmonization of Laws*, in *Am. journ. comp. law*, 39, 1991, p. 701 ss.; L. MENGONI, *L'Europa dei codici o un codice per l'Europa?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1992, p. 518, secondo il quale l'armonizzazione è una forma di unificazione «più debole», perché mantiene l'individualità degli ordinamenti armonizzati, modificandoli nella misura necessaria al raggiungimento dello scopo, ossia di una uniforme disciplina delle fattispecie giuridiche.

Sulla distinzione tra *uniformazione*, *unificazione* e *armonizzazione* si veda G. BENACCHIO, *Diritto privato della Comunità europea. Fonti, modelli, regole*, Padova 2004, p. 11 ss.

3 G. ALPA – G. CONTE, *Riflessioni sul progetto di common frame of reference e sulla revisione dell'acquis communautaire*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, p. 141 ss.

4 Molte voci hanno sottolineato l'incoerenza e la sostanziale asistematicità del diritto comunitario derivato nel campo del diritto privato. Si vedano O. LANDO, *Some Features of the Law of Contract in the Third Millennium*, in G. Alpa-R. Danovi (a cura di), *Diritto contrattuale europeo e diritto dei consumatori. L'integrazione europea e il processo civile*, in *Quaderni Rassegna Forense*, Milano 2003, p. 66 s.; F. WERRO, *La dénationalisation du droit privé dans l'Union européenne*, in F. Werro, a cura di, *L'Européanisation du droit privé. Vers un Code civil européen?*, Éditions Universitaires Fribourg Suisse, Fribourg 1998, p. 17 s.; W. VAN GERVEN, *Coherence of Community and National Laws. Is There a Legal Basis for a European Civil Code?*, in *Europ. rev. priv. law*, 1997, p. 201 s.; E.A. KRAMER, *Vielfalt und Einheit der Wertungen im europäischen Privatrecht*, in *Festschrift Koller*, Berne 1993, p. 743.

I limiti derivanti dalla mancanza di armonizzazione e di uniformazione apparivano ancora più evidenti se, anziché guardare alle *laws in books*, si esaminavano le *laws in action* e, in particolare, le sentenze dei giudici che finivano per deformare, attraverso le lenti del diritto nazionale, le norme originate dal diritto europeo. In questo modo «la prevalenza accordata ad alcuni istituti e modelli di regolamentazione a scapito di altri, ben conosciuti in alcuni Paesi ma del tutto ignoti in altri»⁵, ingenerava ulteriori divergenze sul piano applicativo, acute dalle difficoltà «di importare e tradurre concetti e nozioni in contesti normativi in cui v'erano ad accoglierli istituti omologhi»⁶. A ciò si aggiungeva la difficoltà del giurista nazionale a riformulare le tecniche attraverso le quali interpretare e applicare il diritto privato⁷. L'impermeabilità degli ordinamenti nazionali, abituati ad operare con le proprie categorie cariche di tradizione, rischiava di frustrare la costruzione del mercato unico, escludendo o limitando fortemente gli effetti di direttive, regolamenti e decisioni della Corte di Giustizia⁸. Sono dunque queste necessità concrete ad avere spinto verso progetti di europeizzazione del diritto privato, che hanno emancipato il tema dal consesso puramente accademico.

L'europeizzazione del diritto privato si è però sin da subito scontrata con le resistenze degli Stati nazionali e con un ostacolo assai arduo da superare: la mancanza di competenze comunitarie in settori di estrema importanza⁹

5 Così G. ALPA – G. CONTE, *op. cit.*, p. 142.

6 Così G. ALPA – G. CONTE, *op. loc. cit.*

7 J. BASEDOW, *La codificazione del diritto privato nell'Unione europea: la creazione di un ibrido*, in G. Alpa – E.N. Buccico, a cura di, *Il codice civile europeo*, in *Quaderni di Rassegna Forense* 5, Milano 2001, p. 168 s., parla di un diritto privato ibrido, in parte diritto comunitario e in parte nazionale.

8 In questo senso sembrano andare le osservazioni di N. LIPARI, *Introduzione alla prima edizione*, in *Trattato di diritto privato europeo*, II ed., Padova 2003, p. 9.

9 W. VAN GERVEN, *Bringing (Private) Laws Closer to Each Other at the European Level*, in F. Cafaggi, a cura di, *The Institutional Framework of European Private Law*, Oxford University Press, Oxford 2006, p. 39 esclude si possa parlare di una competenza legislativa dell'Unione nel campo del diritto di famiglia, della responsabilità civile e del diritto di proprietà.

quali famiglia¹⁰, successioni¹¹, proprietà¹², tutti difficilmente riconducibili alle materie regolate dai Trattati o alla più generica possibilità, prevista dall'art. 81 TFUE (ex art. 65 TCE), di adottare misure nel settore della cooperazione giudiziaria in materia civile volte alla creazione di uno spazio comune di libertà, sicurezza e giustizia. Decisamente più agevole, invece, l'armonizzazione della materia contrattuale¹³, che trova la sua base giuridica nell'attuale art. 115 TFUE (ex art. 94 TCE), in forza del quale, il Consiglio, deliberando all'unanimità e con una procedura legislativa speciale, può adottare «direttive volte al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri che abbiano un'incidenza diretta sull'instaurazione o sul funzionamento del mercato interno». Alla luce di queste premesse non sorprende la cautela con la quale si è cominciato a dibattere sulla possibilità e sull'opportunità di una codificazione del diritto civile europeo¹⁴.

Alle difficoltà tecniche che ostacolavano l'armonizzazione del diritto privato europeo si doveva aggiungere l'approccio eminentemente econo-

10 M. ANTOKOLSKAIA, *The Harmonization of Family Law: Old and New Dilemmas*, in *Europ. rev. priv. law*, 2003, p. 45 ss.; K. BOELE-WOELKI, a cura di, *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe*, Intersentia, Antwerpen-Oxford-New York 2003; Ead., *Common Core and Better Law in European Family Law*, Intersentia, Antwerpen-Oxford-New York 2005. Con riguardo al diritto di famiglia merita ricordare la *Commission on European Family Law*, presieduta dalla prof.ssa Boele-Woelki e impegnata nella redazione di principi comuni europei in materia di diritto di famiglia.

11 Sull'armonizzazione del diritto successorio europeo A. VERBEKE-Y.-H. LELEU, *Harmonisation of the Law of Succession in Europe*, in A. Hartkamp-M. Hesselink-E. Hondius-C. Joustra-E. Du Perron-M. Veldman, a cura di, *Towards a European Civil Code*, III ed., Kluwer Law International, The Hague 2004, p. 335 ss., spec. 343 ss.

12 Su proprietà e diritto dell'Unione Europea sia consentito il rinvio al mio *Quale futuro per la funzione sociale della proprietà? Abbandonare Weimar per tornare a Locke?*, in *Bocconi Legal Papers* No. 2012-06/IT (2013).

13 U. DROBNIG, *Un droit commun de contrats pour le Marché Commun*, in *Rev. int. dr. comp.*, 1998, p. 26 ss.; J. BASEDOW, *A Common Contract Law for the Common Market*, in *Comm. mark. law rev.*, 1996, p. 1176 ss.; S. VOGENAUER – S. WEATHERILL, *The European Community's Competence to Pursue the Harmonisation of Contract Law — an Empirical Contribution to the Debate*, in S. Vogenauer, S. Weatherill, a cura di, *The Harmonisation of European Contract Law*, Hart Pub., Oxford, 2006, p. 105 ss.; J. ZILLER, *The Legitimacy of the Codification of Contract Law in View of the Allocation of Competences between the European Union and its Member States*, in M.W. Hesselink, a cura di, *The Politics of a European Civil Code*, Kluwer Law International, The Hague 2006, p. 89 ss.

14 Sul punto si vedano E. IORIATTI FERRARI, *Codice civile europeo. Il dibattito, i modelli, le tendenze*, Padova, 2006 e S. SWANN, *A European Civil Code: Legal and Political Foundation*, in G. Alpa – E. N. Buccico, a cura di, *La riforma dei codici in Europa e il progetto di codice civile europeo*, in *Quaderni di Rassegna Forense* 10, Milano, 2002, p. 29 ss.

mico con cui le istituzioni europee avevano sempre affrontato le questioni giuridiche¹⁵, il che rendeva il diritto solo ed esclusivamente una risposta alle esigenze del mercato. Questa prospettiva, però, produceva una stortura in forza della quale «l'aspirazione all'unificazione del diritto si traduce in volontà politica solo sotto la spinta e nei limiti di imperativi pratici immediati del mondo vitale, specialmente della vita degli affari, e dell'esigenza di riduzione dei costi delle transazioni transnazionali»¹⁶, rivelandosi così del tutto inconciliabile con la creazione di un sistema. Inoltre, come è stato correttamente osservato¹⁷, se si fosse dovuto proseguire in questo modo di intervenire sul diritto privato, interi settori come la famiglia o le successioni sarebbero rimasti ai margini del diritto comune europeo, sicchè, se mai si fosse venuto a creare un sistema, esso sarebbe rimasto «fortemente squilibrato nelle sue parti» con alcuni settori dei rapporti privati «informati o addirittura regolamentati secondo principi e regole comuni» e altri, invece, nei quali sarebbero rimaste «pressoché incontaminate le singole tradizioni giuridiche e culturali nazionali (o anche regionali)».

2. I primi passi verso l'armonizzazione del diritto privato degli Stati membri

I primi passi verso l'armonizzazione del diritto privato europeo sono stati mossi dal Parlamento Europeo con le Risoluzioni del 26 maggio 1989 (A2-157/89)¹⁸ e del 6 maggio 1994 (A3-0329/94)¹⁹. Tali atti sollecitavano la necessità di uniformare i settori più rilevanti del diritto privato, allo scopo di fornire una più efficiente risposta alle necessità di natura giuridica della Comunità. La soluzione che appariva più opportuna per il raggiungimento di un tale obiettivo era la redazione di un codice civile europeo, alla quale avrebbero dovuto prendere parte accademici di tutti gli Stati membri.

Se la presa di posizione del PE appariva decisamente chiara con riguardo al risultato, ossia la codificazione del diritto privato europeo, essa rimaneva molto più vaga con riferimento alle materie che avrebbero dovuto formare oggetto di un tale progetto²⁰. Il PE faceva infatti riferimento a generiche

15 Cfr. J. BASEDOW, *Codification of Private Law in the European Union*, cit. p. 35 ss.

16 L. MENGONI, *op. cit.*, p. 527 s.

17 G. ALPA – G. CONTE, *op. cit.*, p. 146.

18 In G.U. C 158 del 26.6.1989, p. 400.

19 In G.U. C 205 del 25.7.1994, p. 518.

20 Cfr. L. MENGONI, *op. cit.*, p. 517.

quanto «numerose branche del diritto privato», «al diritto delle obbligazioni», piuttosto che a quello contrattuale o al diritto privato comune europeo. Le Risoluzioni individuavano il risultato al quale la volontà politica del Parlamento aspirava, ma non potevano certo essere idonee, data la loro genericità, a fondare un vero progetto di codificazione, progetto che, in ogni caso, non poteva prescindere dall'avvallo delle altre istituzioni comunitarie e degli Stati membri.

Le Raccomandazioni, però, non rimasero una voce nel deserto: esse contribuirono a far fiorire un dibattito sull'opportunità di codificare il diritto europeo, che, come era già avvenuto nella Germania di fine Ottocento, divise l'Europa²¹.

In questo clima politico culturale non sorprende che il progetto di rielaborare i principi del diritto europeo dei contratti, portato avanti dalla Commissione Lando, si sia poi esteso ad ambiti più vasti del diritto privato con la commissione coordinata dal prof. Christian von Bar²². Sebbene il proposito di un'armonizzazione del diritto europeo fosse stata più volte ribadita, continuava a rimanere irrisolto il problema di fondo, ossia che cosa si dovesse intendere con il termine diritto privato e quale fosse l'esatta portata da dare alla materia²³. Inoltre, rispetto al PE, la Commissione si dimostrava

21 Senza pretese di completezza si vedano C. VON BAR, *From Principles to Codification: Prospects for European Private Law*, in G. Alpa-R. Danovi, *Diritto contrattuale europeo e diritto dei consumatori*, in *Quaderni di Rassegna Forense* 11, Milano, 2003, p. 43; C. CASTRONOVO, *I « Principi di diritto europeo dei contratti » e l'idea di codice*, in *Riv. dir. comm.*, 1995, p. 23, l'espressione « codice civile » sarebbe utilizzata dal Parlamento europeo in maniera generica; E. IORIATTI FERRARI, *op. cit.*, passim; O. LANDO, *Principles of European Contract Law and Unidroit Principles: Moving from Harmonisation to Unification?*, in *Uniform L. Rev.*, 2003, 1/2, p. 123 ss.

Non a caso O. LANDO, *Some Features*, *cit.*, p. 87, concedendosi quella che definisce una "licenza poetica" richiama la polemica che, agli inizi del XIX secolo, contrappose von Savigny a Thibaut. Come noto von Savigny invocava un *gemeines Recht*, per negare la necessità di una codificazione, mentre Thibaut auspicava l'adozione di un codice civile tedesco (la *querelle*, in ristampa anastatica, è pubblicata in J. Stern, a cura di, *Thibaut und Savigny*, Darmstadt, 1919).

22 Cfr. C. VON BAR, *Communication on European contract law: joint response of the Commission on European Contract Law and the Study Group on a European Civil Code*, in *Europ. rev. priv. law*, 10 (2002), p. 183 ss.; Idem, *Paving the way forward with Principles of European Private Law*, in S. Grundmann-J. Stuyck, a cura di, *An Academic Green Paper on European Contract Law*, *cit.*, p. 137 ss. Per una sintesi delle attività di ricerca dello *Study Group* si veda C. VON BAR, *Il gruppo di studio su un codice civile europeo*, in G. Alpa-E.N. Buccico, a cura di, *Il codice civile europeo*, *cit.*, p. 3 ss.

23 Il Consiglio di Tampere (riunione del 15 e del 16 ottobre 1999) faceva riferimento ad una maggiore convergenza nel settore del diritto civile. Così anche la risoluzione del 16

molto più fredda con riguardo all'adozione di una codificazione europea tanto che nel 2000, con la Risoluzione del 16 marzo 2000, il PE tornava a ribadire l'essenzialità dell'armonizzazione per il mercato interno e stigmatizzava l'inattività della Commissione rispetto al tema.

Un anno e qualche mese dopo, la Commissione, con una Comunicazione²⁴ inviata al Consiglio e al Parlamento, si decideva finalmente a rompere il silenzio e iniziava l'indagine sulle modalità più efficaci per perseguire l'auspicato ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri, individuando, nel contempo, anche il settore in cui tale riavvicinamento appariva di maggiore importanza: il diritto contrattuale. La Commissione stabiliva anche quattro opzioni alternative per perseguire il programma di armonizzazione: la prima consisteva in una "armonizzazione blanda", che prevedeva l'astensione da un'azione comunitaria lasciando che fosse il mercato a risolvere i problemi. In alternativa si sarebbe potuto adottare un complesso di principi comuni non vincolanti, che le parti contraenti, i giudici e i legislatori avrebbero potuto prendere in considerazione nello svolgimento delle loro attività; tramite questa via si auspicava la creazione di un diritto consuetudinario, basato sull'autorità di soluzioni comuni condivise e rispettate come diritto dai privati. La terza ipotesi consisteva nel migliorare qualitativamente la legislazione comunitaria, fornendole anche una maggiore sistematicità. Infine si poteva procedere all'adozione di un nuovo strumento legislativo comunitario (regolamento o direttiva a seconda che si intendesse raggiungere un'armonizzazione più o meno ampia), che, a seconda delle materie, i contraenti avrebbero potuto o dovuto far proprio²⁵.

Nel 2001 la Commissione adottava una nuova Comunicazione (Comunicazione del 2 ottobre 2001 [COM (2001) 531 def.]), intitolata «Libro verde sulla tutela dei consumatori nell'Unione europea», con la quale avviava un'ampia consultazione pubblica avente lo scopo di verificare la presenza di eventuali ostacoli che consumatori e imprese riscontrassero nella loro attività e che avessero la loro fonte nelle differenze tra le normative nazionali in materia di trasparenza e correttezza delle operazioni commerciali. La Comunicazione ebbe ampio riscontro e dai rilievi avanzati da governi,

marzo 2000 del Parlamento europeo relativo al programma di lavoro della Commissione per l'anno 2000. In altri testi, invece, come la Risoluzione del Parlamento europeo del 15 novembre 2001 ci si riferiva sia al diritto civile che a quello commerciale, auspicando un loro ravvicinamento. Cfr. G. ALPA – G. CONTE, *op. cit.*, p. 150.

24 Comunicazione dell'11 luglio 2001 [COM (2001) 398 def.].

25 E. MCKENDRICK, *Harmonisation of European Contract Law: The State We Are In*, in *The Harmonisation of European Contract Law*, *cit.*, p. 10 ss. e N. REICH, *Critical Comments on the Commission Communication «On European Contract Law»*, in S. Grundmann-J. Stuyck, a cura di, *An Academic Green Paper on European Contract Law*, *cit.*, spec. p. 284 ss.

associazioni, ordini professionali, accademici e centri di ricerca emerse una generale critica verso il modo di legiferare comunitario, considerato eccessivamente approssimativo, scarsamente sistematico e poco coordinato. In particolare veniva segnalato che alcuni termini e istituti avevano significato e portata diversi a seconda dell'atto nel quale venivano utilizzati, il che finiva inevitabilmente per complicare ulteriormente il processo di armonizzazione.

Alla luce delle criticità avanzate dai commenti, la Commissione nel luglio 2001 ha adottato il *Libro bianco sulla governance* (COM(2001) 428 def.) e la Comunicazione 5 giugno 2002, intitolata *Piano d'azione "Semplificare e migliorare la regolamentazione"* (COM(2002) 278 def.) allo scopo di migliorare la qualità, l'efficacia, e la semplicità degli atti normativi; al raggiungimento di un analogo obiettivo mirava anche il Progetto interistituzionale *Legiferare meglio* (G.U. 2003/C 321/01).

Con la risoluzione del 15 novembre 2001 intitolata «ravvicinamento del diritto civile e commerciale degli Stati membri» (A5-0384/2001), il Parlamento europeo prendeva atto dell'intervento della Commissione, stigmatizzando il fatto che la Comunicazione dell'11 luglio 2001 della Commissione facesse esclusivo riferimento al diritto contrattuale, nonostante il Consiglio europeo di Tampere avesse previsto interventi più ampi. Il PE auspicava quindi che, nel quadro di un ravvicinamento del diritto civile e commerciale degli Stati membri, venissero ricompresi anche altri settori quali la responsabilità extracontrattuale, i diritti reali e l'arricchimento senza causa²⁶.

3. Il progetto di un Common frame of reference (CFR): il «Piano d'Azione» per l'armonizzazione del diritto contrattuale europeo.

I numerosi riscontri alla Comunicazione della Commissione del 2001 si rilevarono il punto di svolta per il dibattito intorno all'armonizzazione del diritto europeo. La Commissione, dopo aver riflettuto su tutti i rilievi che le erano stati sottoposti, con la Comunicazione 12 febbraio 2003 (2003, 68 def.), lanciò un «piano d'azione» per ottenere una maggior coerenza nel diritto contrattuale europeo. La Commissione, per la prima volta, rilevava l'importanza di affiancare un quadro comune di riferimento ai tradizionali interventi normativi, in modo da creare un "common frame of reference" (CFR), nel quale racchiudere principi, concetti e termini comuni nel campo del diritto contrattuale europeo. Lo scopo di questo progetto era quello di facilitare il coordinamento e la semplificazione dell'*acquis communautaire*, in modo da rendere più uniforme

²⁶ In dottrina cfr. S. SWANN, *Elective European Contract Law. A Possible Response to the Action Plan*, cit. p. 26 ss.

l'applicazione della normativa comunitaria in un'ottica di completamento e maggior integrazione del mercato unico, coniugando il diritto di derivazione comunitaria con quello nazionale. In altre parole si intendeva mettere in comunicazione la cd. *European Community Law* con la cd. *European Common Law*²⁷, creando le basi per un futuro sistema di diritto comune europeo²⁸. La sintesi tra i due complessi normativi del diritto comune europeo e del diritto comunitario non era però così immediata o facilmente ricavabile. Da più parti, infatti, si riteneva che i due modelli apparissero talvolta difficilmente conciliabili e una loro armonizzazione avrebbe potuto comportare il rischio di una cancellazione dell'identità culturale legata ai diritti nazionali, in nome di un processo di armonizzazione imposto dall'alto²⁹.

Nel «piano d'azione» si affacciava allora l'idea di uno strumento opzionale, poi ritornata di moda in tempi più recenti con la proposta di regolamento recante un diritto europeo comune della vendita (*Common European Sales Law* o Cesi), ossia un insieme di regole che i privati possono scegliere, in alternativa al diritto nazionale, per disciplinare i loro rapporti³⁰. La soluzione che si andava delineando, quindi, era quella di un diritto comune in cui l'autonomia delle parti regnava sovrana e nel quale le regole imperative erano ridotte ai minimi termini, sì da evitare soltanto che venissero derogate le norme a tutela dei consumatori. Lo strumento opzionale, al quale il piano d'azione faceva riferimento, avrebbe superato i limiti propri dei diritti nazionali e, conseguentemente, avrebbe finito per marginalizzare anche l'importanza del diritto internazionale privato³¹.

27 Per una descrizione del quale si rimanda a G. A. BENACCHIO, B. PASA, *A common law for Europe*, CEU Press, 2005

28 Sul punto si veda V. ROPPO, *Prospettive del diritto contrattuale europeo. Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico?*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 277, secondo il quale si riscontra «da un lato un diritto europeo “comunitario” (European Community Law), che trova le sue fonti in direttive e regolamenti e dunque nasce per così dire “dall’alto”, nelle sedi istituzionali dell’Unione, attraverso il lavoro delle burocrazie di Bruxelles e le mediazioni politiche che lo accompagnano. Ma c’è, dall’altro lato, un diritto “comune” europeo (*European Common Law*): un corpo di regole, principi, categorie che non si genera per via di autorità e di burocrazia, bensì nasce “dal basso” per via di elaborazioni intellettuali, di mediazioni culturali, di circolazione e progressiva condivisione di modelli, entro un processo non istituzionalizzato in cui si integrano e interagiscono gli apporti delle diverse “comunità giuridiche nazionali”».

29 R. SEFTON-GREEN, *Diversità culturale e codice civile europeo*, in A. Somma, a cura di, *Giustizia sociale e mercato nel diritto europeo dei contratti*, Torino, 2007, p. 207.

30 Sulla proposta di un diritto comune della vendita cfr. H. SCHULTE-NÖLKE, F. ZOLL, N. JANSEN, R. SCHULZE, *Der Entwurf für ein optionales europäisches Kaufrecht*, Monaco, 2012.

31 Sullo strumento opzionale si veda C. VON BAR, *Key policy issues in turning the DCFR*

La proposta di un quadro comune di riferimento fu apprezzata sia dal Consiglio che dal Parlamento Europeo, i quali vedevano nel progetto una via per contribuire al miglioramento della legislazione comunitaria, in vista del completamento del mercato interno. Nella Risoluzione del 2 settembre 2003 il PE invitava la Commissione a completare il CFR entro il 2006, adottando le misure necessarie a promuovere l'impiego del quadro comune anche nei procedimenti arbitrali.

La Commissione rispose con la Comunicazione 11 ottobre 2004 (COM (2004) 0651), intitolata *Diritto contrattuale europeo e revisione dell'acquis: prospettive per il futuro*, nella quale esaminava le misure contenute nel piano d'azione del 2003 e definiva le linee sulle quali intendeva sviluppare il progetto di «Common frame of reference», che definiva «di gran lunga la più importante iniziativa intrapresa nel campo del diritto civile». Il CFR, agli occhi della Commissione, avrebbe fornito la cornice all'interno della quale operare la revisione dell'*acquis* e formulare eventuali proposte di modifica delle direttive vigenti. Secondo la Commissione il CFR (o QCR, secondo l'acronimo italiano) sarebbe stato un ausilio anche per i legislatori nazionali, che avrebbero potuto avvantaggiarsi di esso nell'eventuale revisione dei diritti statali: si faceva strada l'idea del quadro come «toolbox», una scatola degli attrezzi, dalla quale istituzioni, Stati membri e privati potevano estrarre regole utili da copiare o da utilizzare³². Introducendo l'idea del CFR come *toolbox*, si accantonava il progetto di adottare un codice civile europeo, che appariva, invece, politicamente più impegnativa e alla quale si opponevano numerose resistenze e si optava per l'idea di un'Europa fondata su di una «cultura giuridica comune», che attribuiva principalmente all'accademia il compito di perseguire il ravvicinamento dei modelli giuridici³³.

into an optional instrument, in G. Alpa – G. Iudica (a cura di), *Draft common frame of reference (DCFR), what for?*, Milano, 2013, p. 7 ss.

32 Sulla nozione di *toolbox* cfr. H. BEALE, *Unfair Contract Terms in the Common Frame of Reference*, in M. Andenas – S. Diaz Alabart – B. Markesinis – H. Micklitz – N. Pasquini, a cura di, *Liber Amicorum Guido Alpa, cit.*, p. 187 ss.

33 Tra gli studiosi più favorevoli all'idea di una «cultura giuridica comune», che si pone quindi in antitesi rispetto all'idea di codificazione, cfr. H. KÖTZ, *The Trento Project and its contribution to the Europeization of Private Law*, in M. Bussani – U. Mattei, a cura di, *The Common Core of European Private Law. Essays on the Project*, Kluwer 2003, p. 209 ss.; Idem, *How to Achieve a Common European Private Law*, in F. Werro, a cura di, *New perspectives on European Private Law*, Fribourg, 1998, p. 2 ss.; E. IORIATTI FERRARI, *op. cit.*, p. 22 s. e B. FAUVARQUE-COSSON, *The Contribution of European Jurists in the Field of Contract Law*, in *Liber Amicorum Guido Alpa, cit.*, p. 363 ss., secondo la quale si rivela sempre più necessario l'insegnamento del diritto europeo non limitandosi ai soli testi normativi, ma sviscerando i tratti della comune identità legale europea.

La Commissione procedeva quindi allo stanziamento dei fondi necessari alla costituzione di una rete di ricercatori e di esponenti delle associazioni dei consumatori, di gruppi professionali e degli organismi rappresentativi delle varie categorie di imprese, che ha cominciato i suoi lavori con una conferenza tenutasi a Bruxelles il 15 dicembre 2004. A partire dal marzo 2005 nell'ambito di questo *network* hanno cominciato a tenersi con regolarità seminari sui vari temi che formavano oggetto del quadro comune di riferimento.

Nella relazione del 25 luglio 2007 sullo stato di avanzamento dei lavori del CFR, la Commissione operava un *revirement* nel quale, se da un lato ribadiva la natura di *toolbox* del *Common Frame* ai fini della revisione dell'*acquis*, soprattutto in materia di consumatori, dall'altro specificava che esso non era «destinato a garantire un'armonizzazione su vasta scala del diritto privato o a trasformarsi in un codice civile europeo». Le ragioni per cui, quando si era ormai al termine dei lavori di redazione del quadro, la Commissione avesse sentito il bisogno di intervenire con una dichiarazione così netta appaiono legate al fatto che, nel corso dei lavori del CFR, gli esponenti e i funzionari della Commissione constatarono come la mole eccessiva del progetto e la sua complessità lo rendevano irrealizzabile almeno nel breve periodo. Venivano quindi al pettine i nodi iniziali del DCFR, ossia la mancanza di un chiaro fine al quale si intendeva pervenire e la mancanza di chiarezza sull'esatta portata che il quadro comune avrebbe dovuto avere. Il progetto, però, alla luce degli sforzi e degli investimenti profusi, doveva condurre a un risultato di breve periodo, che potesse essere in qualche modo immediatamente utilizzabile e che non fosse eccessivamente invisibile agli Stati Membri³⁴.

Nel 2007 i lavori del gruppo di ricerca giunsero alla fine e, il 28 dicembre, fu presentato alla Commissione il *Draft Common Frame of Reference*³⁵. Questa prima versione (*interim outline edition*) del quadro comune era pensata come provvisoria e fu oggetto di ampie discussioni tra studiosi e rappresentanti delle categorie interessate. All'esito di tali riflessioni, nel 2009,

34 Cfr. G. ALPA – G. CONTE, *op. cit.*, p. 168 e s., i quali osservano che «Siamo convinti, però, che a determinare l'atteggiamento di particolare cautela esibito dalla Commissione abbia contribuito, in forte misura, la mancanza di un chiaro progetto politico a sostegno dei lavori di armonizzazione. In verità, la Commissione sembra fortemente patire la mancanza di una chiara presa di posizione da parte del Consiglio in ordine alle finalità del progetto di armonizzazione del diritto privato. A dispetto di alcuni formali richiami al progetto del CFR, nel corso delle riunioni che si sono sin qui tenute in seno al Consiglio, è emersa la generale contrarietà degli Stati Membri verso la possibilità che si pervenga a una disciplina comunitaria « uniforme » del diritto contrattuale e molte resistenze sono state sollevate in ordine alla possibilità che i lavori del CFR conducano all'adozione di uno strumento vincolante di regolazione».

35 Il titolo dell'opera era "Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Outline Edition", edito da Sellier nel 2008.

venne licenziata una nuova versione dell'*outline edition (final outline edition)*³⁶ oltre alla *full edition* del DCFR³⁷ contenente anche note, commenti e rimandi bibliografici³⁸.

Il testo del DCFR è attualmente in fase di traduzione in italiano³⁹, spagnolo, polacco, francese e tedesco⁴⁰. Il progetto di traduzione è stato affidato dalla Commissione a un network di università e di studiosi europei coordinati dal prof. Schulte-Nölke dello European Legal Studies Institute dell'università di Osnabrück (tender no. JUST/2010/CONT/PR/0003/A4).

Nella già ricordata relazione del 25 luglio 2007 la Commissione invitava il Consiglio a prendere una posizione più netta nei confronti del CFR. Proprio in seno al Consiglio, infatti, si registrarono le maggiori resistenze al processo di uniformazione attraverso il quadro comune. La cosa non sorprende, in quanto la sua stessa composizione rende il Consiglio particolarmente idoneo a esprimere le resistenze nazionali al diritto comune europeo. Va detto, però, che successivamente alla pubblicazione del DCFR, molti Stati membri hanno adottato regole in esso contenute nella revisione dei rispettivi diritti nazionali⁴¹. In questo modo hanno finito per riconoscere al progetto una valenza e un'autorità che evidentemente non intendevano attribuirgli ufficialmente. Completamente diverso, invece, l'approccio al CFR del Parlamento europeo, il quale era stato il primo a pronunciarsi

36 C. VON BAR, E. CLIVE e H. SCHULTE-NÖLKE, a cura di, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Outline Edition, Monaco, 2009. Il testo è consultabile online all'indirizzo http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfr_outline_edition_en.pdf

37 C. VON BAR – E. CLIVE, a cura di, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Full Edition, Monaco, 2009. Il testo è consultabile online ai seguenti indirizzi web:

Volumi 1 e 2 http://ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law_vols1_2_en.pdf

Volumi 3 e 4 http://ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law_vols3_4_en.pdf

Volumi 5 e 6 http://ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law_vols5_6_en.pdf

38 Per un commento della quale si rimanda a C. VON BAR, E. CLIVE e H. SCHULTE-NÖLKE, a cura di, *op. cit.*, p. 45

39 Si veda l'annuncio sul sito del Centro di Diritto Comparato e Transnazionale, <http://www.cdct.it/?p=2803>. Il testo può essere consultato online all'indirizzo http://ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law_it.pdf

40 Sul progetto di traduzione si veda B. PASA, L. MORRA (a cura di), *Translating the DCFR and Drafting the CESL: A Pragmatic Perspective*, Monaco, 2014.

41 Si pensi, ad esempio, alla riforma del codice civile ceco o al codice civile catalano, così come ai progetti di ricodificazione del diritto polacco e slovacco. Come si vedrà meglio nei capitoli successivi, anche in assenza di interventi del legislatore, il DCFR ha influenzato alcuni ordinamenti europei attraverso l'opera della giurisprudenza.

in senso favorevole all'armonizzazione del diritto europeo, sollecitando la Commissione a intraprendere iniziative in questo senso. Il PE, quindi, non poteva non risultare contrariato dalla riduzione di portata che il progetto aveva registrato durante la sua evoluzione. Tale contrarietà che già risultava dalla Risoluzione del 2 marzo 2006 *sul diritto contrattuale europeo e la revisione dell'acquis: prospettive per il futuro* emerge anche dalla successiva Risoluzione 12 dicembre 2007 *sul diritto contrattuale europeo*. In particolare, con quest'ultima iniziativa il Parlamento, prendendo atto dei più cauti orientamenti manifestati dalla Commissione, invitava la stessa a prendere una posizione netta sul CFR e sottolineava che una migliore regolamentazione del quadro comune doveva necessariamente comportare che quest'ultimo non fosse limitato esclusivamente a questioni relative al diritto contrattuale dei consumatori, ma si focalizzasse anche su questioni di diritto contrattuale generale.

4. Struttura, contenuti e obiettivi del progetto di CFR, tra disciplina generale e regole speciali.

Nel momento in cui ci si accingeva a redigere il DCFR, ci si è chiesti se, e in quale misura, le regole che in esso dovevano essere contenute avrebbero dovuto emanciparsi rispetto all'*acquis* esistente. Lo *Study Group* coordinato dal prof. Christian von Bar ha concluso a favore di enunciati normativi che non si limitassero a riproporre soluzioni esistenti, ma che innovassero, nei settori in cui ciò era necessario, le soluzioni offerte dal diritto comune e dal diritto comunitario. Il quadro comune di riferimento, infatti, avrebbe avuto un senso soltanto se non si fosse limitato ad essere un compendio o una fotografia delle soluzioni esistenti, ma se avesse aspirato ad offrire soluzioni, che, pur affondando le loro radici nella tradizione, guardassero al futuro.

Il testo del DCFR, come si è detto, è il frutto di un *network* di studiosi (*Joint Network*), il quale si è suddiviso in due gruppi di lavoro: lo *Study Group on a European Civil Code* e lo *European Research Group on Existing EC Private Law*" (c.d. *Acquis Group*). Lo *Study Group*⁴² ricevette l'incarico di rivedere i *Principles of European Contract Law* e di sviluppare principi analoghi, sulla base di un'analisi comparatistica, nelle altre materie interessate dal DCFR, tra le quali vanno ricordate la gestione di affari altrui, l'arricchimento senza causa, l'acquisto della proprietà di beni mobili, i *trusts* e la responsabilità extracontrattuale. Il gruppo *Acquis*, invece, lavorò su quelle

42 Che può esser considerato la continuazione della Commissione Lando, la quale predispose i *Principles of European Contract Law* (PECL).

parti del DCFR che avevano la loro fonte nel diritto comunitario esistente.

Il testo del CFR contempla una tripartizione tra *principles*⁴³, *definitions*⁴⁴ e *model rules*⁴⁵ che, se da un lato lo emancipa dalla normale struttura di un codice, dall'altro conferma la funzione del quadro comune, ossia essere il punto di partenza per le revisioni future dell'*acquis*, fornire un modello per i legislatori nazionali e predisporre il campo per l'introduzione di uno o più strumenti opzionali che le parti potranno utilizzare per disciplinare i loro rapporti. In questo senso appare calzante la descrizione del CFR «alla stregua di un armamentario concettuale-normativo da cui estrarre gli utensili necessari a procedere più rapidamente in direzione dell'armonizzazione del diritto contrattuale europeo»⁴⁶. Esso sarebbe «il filato con cui tessere le trame di una rinnovata koiné giuridica, indispensabile premessa, logico-normativa, per procedere speditamente alla costruzione» di un nuovo diritto europeo⁴⁷.

La struttura del quadro comune è composta da ben dieci libri, ripartiti al loro interno in capitoli e sezioni; ogni sezione è composta da uno o più articoli. La suddivisione sistematica dei libri ricorda quella di una codificazione, ma da un lato il numero di libri è maggiore rispetto a quello cui le codificazioni ci hanno abituato e dall'altro la suddivisione dei libri non corrisponde del tutto a quella tradizionalmente utilizzata dai codici. L'esatta collocazione della disposizione all'interno del *corpus* normativo del DCFR è immediatamente percepibile dalla numerazione degli articoli. Così, ad esempio, l'art. I.-1:101 è contenuto nel libro primo (I.), capitolo primo (-1), prima sezione (:1), all'interno della quale è il primo articolo (01). L'articolo II.-5:201, invece, è il primo articolo (01), della seconda sezione (:2), del capitolo quinto (-5) del libro secondo (II.)

Passando al contenuto dei singoli libri, il libro I contiene le disposizioni generali, che tornano utili nell'applicazione dell'intero *corpus* normativo contenuto nel DCFR. Abbiamo quindi un articolo che circoscrive l'ambito di applicazione del *common frame* (Art. I.-1:101) e poi le definizioni più rilevanti quali quella di buona fede e correttezza (I.-1:103) o di consumatore

43 Si tratta di regole di natura più generale, come la libertà contrattuale o la buona fede, che costituiscono i muri portanti del DCFR. I *principles* sono libertà, sicurezza, giustizia ed efficienza. Cfr. G. KALOUTA, *The Draft Common Frame of Reference in the Courts*, in M. Andenas – D. Fairgrieve, a cura di, *Courts and Comparative Law*, Oxford, 2015, p. 696 ss.

44 Le *definitions* sono per lo più rinvenibili nel libro primo e in particolare nell'art. I – 1: 108, che estende la nozione di *definitions* anche a quelle contenute nell'allegato.

45 Le *model rules*, con le note e i commenti, uniscono regole derivanti dal diritto nazionale e dall'*acquis* comunitario. Cfr. G. KALOUTA, *infra*.

46 G. ALPA – G. CONTE, *op. cit.*, p. 160.

47 G. ALPA – G. CONTE, *op. loc. cit.*

e professionista (art. I. – 1:105).

Successivamente il DCFR continua con la disciplina dei *Contracts and other juridical acts* (libro secondo), *Obligations and corresponding rights* (libro terzo), *Specific contracts and the rights and obligations arising from them* (libro quarto), *Benevolent intervention in another's affairs* (libro quinto), *Non-contractual liability arising out of damage caused to another* (libro sesto), *Unjustified enrichment* (libro settimo), *Acquisition and loss of ownership of goods* (libro ottavo), *Proprietary security in movable assets* (libro nono) e, infine, il libro decimo dedicato ai *Trusts*.

A questa semplice disamina risulta evidente come il Dcfr non si occupi di tutti gli aspetti del diritto privato (mancano, ad esempio, il diritto di famiglia e le successioni) e di come altri aspetti siano analizzati esclusivamente con riguardo ai profili circolatori (la proprietà, ad esempio, è presa in esame solo in funzione del suo acquisto e della sua perdita). Sebbene il DCFR si occupi di disciplinare anche le obbligazioni non contrattuali, è evidente che il centro gravitazionale intorno al quale orbita è il contratto. Questo aspetto rappresenta un punto di evoluzione importante del diritto europeo. La struttura del codice Napoleone, infatti, ruotava intorno alla proprietà, la quale, tuttavia, veniva a perdere parte della sua importanza con il codice tedesco che le dava un rilievo pari a quello delle obbligazioni; il fenomeno si acuiva con il codice civile italiano e la commercializzazione del diritto privato. Oggi il fenomeno si è ulteriormente enfatizzato e alla centralità della proprietà, che era una caratteristica del diritto privato ottocentesco, si è sostituita quella del contratto.

Concludiamo sviluppando alcune riflessioni su un'altra osservazione che fu mossa al CFR: mentre le codificazioni ottocentesche, prime tra tutte il *Code civil* e il BGB, sancivano l'ascesa al potere della borghesia ed esprimevano valori e interessi omogenei, il quadro comune difetta di un substrato politico, culturale e ideologico. Esso appare ispirato unicamente dall'obiettivo di creare un mercato unico, rimuovendo le barriere giuridiche che ne ostacolano il raggiungimento; il piano sul quale si è edificato il CFR, quindi, è squisitamente economico, mentre mancano interessi e valori uniformi ai quali ispirarsi⁴⁸. Questa riflessione sembra però essere un po' troppo ingenerosa e questo per almeno due ordini di motivi. Innanzitutto, dal DCFR traspare con evidenza un nuovo paradigma del diritto contrattuale europeo, ossia la tutela del consumatore e, più in generale, del contraente debole. Emerge quindi un'impronta più solidaristica del diritto privato, rispetto a quanto non traspariva dalle codificazioni otto e novecentesche. Inoltre, se è vero che si sarebbe potuto utilizzare il CFR al fine di favorire una maggior

48 Cfr. G. ALPA – G. CONTE, *op. cit.*, p. 162 e S. SWANN, *A European Civil Code: Legal and Political Foundation*, *cit.*, p. 23.

integrazione europea⁴⁹, così come, ad esempio, il BGB ha contribuito all'unificazione della Germania⁵⁰, resta altrettanto vero che il quadro comune è visto oggi dai legislatori degli Stati membri e financo dai giudici nazionali come un insieme di regole continentali e ha quindi finito per attestare implicitamente l'esistenza di una serie di principi comuni europei di riferimento nel momento in cui si devono modificare i diritti nazionali o si deve interpretare un *casus dubius* od *omissus*.

5. Il DCFR come toolbox

Abbiamo già detto che, se in un primo momento si pensava al DCFR come modello di codice civile europeo, successivamente è stata preferita una soluzione più riduttiva ma politicamente più attuabile e lo si è utilizzato come una *toolbox*.

Si riteneva che questa “scatola degli attrezzi” avrebbe potuto essere utilizzata dal legislatore eurounitario nella revisione dell'*acquis*, dai legislatori nazionali impegnati nella modernizzazione del diritto nazionale⁵¹ e dai privati che ritenessero di sottoporre i propri rapporti ai principi risultanti dal quadro comune. Nel corso degli anni, però, è emerso un utilizzo che, almeno originariamente, poteva apparire inatteso: le Corti hanno iniziato a utilizzare il DCFR come strumento per interpretare e modernizzare il diritto nazionale.

Non solo: il DCFR è stato utilizzato anche dalla giurisprudenza. L'AG Mengozzi, ad esempio, per giustificare il risarcimento delle spese sostenute ragionevolmente per prevenire e limitare la gravità del danno, ha fatto riferimento all'art. VI.-6:302 DCFR⁵². Se è plausibile che un simile utilizzo

49 Sul punto cfr. G. ALPA – M. ANDENAS, *Fondamenti del diritto privato europeo*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano 2005, p. 29 ss.

50 Cfr. J. BASEDOW, *La codificazione del diritto privato nell'Unione europea: la creazione di un ibrido*, cit., p. 176, il quale riconosce tra i compiti cui erano chiamate le codificazioni nazionali anche quello di promuovere lo spirito nazionale e la crescita economica del paese. Un codice europeo dovrebbe oggi favorire l'identità europea e, in una prospettiva economica, favorire l'espansione dei mercati al di là dei confini nazionali.

51 Regole derivanti dal DCFR sono riscontrabili nel nuovo codice civile catalano, nel codice civile ceco, nel codice civile ungherese, nella nuova legge scozzese sul contratto, così come nella legge belga sulle garanzie. Cfr. G. KALOUTA, *infra*, e, con riferimento al codice ceco, M. SCHUSTEROVÁ “*Občanský zákoník*” (*Codice Civile Ceco*), in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, Torino aggiornamento 2016, p. 591 ss.

52 Conclusioni dell'avvocato generale Mengozzi del 11 gennaio 2007, nella causa *Holcim (Deutschland) AG contro Commissione delle Comunità europee*, Causa C-282/05 P. Il ricorso era proposto contro una pronuncia del Tribunale di primo grado, in materia di respon-

avvenga da parte della Corte Europea di Giustizia, che è comunque un'istituzione dell'Unione europea, sorprende maggiormente che anche le Corti nazionali abbiano cercato nel DCFR la soluzione ai problemi che venivano loro sottoposti e che non trovavano una compiuta o una soddisfacente disciplina nell'ordinamento nazionale. Di tale utilizzo si trovano epifanie piuttosto evidenti negli ordinamenti spagnolo e svedese, ma sono rinvenibili precedenti anche nelle decisioni dei giudici di altri Stati membri⁵³.

6. Il Feasibility Text e il Common European Sales Law

La vitalità del DCFR e la centralità della disciplina del contratto sono confermate anche da successivi interventi che hanno la loro origine nel quadro comune di riferimento e che quindi meritano di essere esaminati in questa sede: il *feasibility text* e il testo della proposta di regolamento per un diritto comune europeo della vendita (cd. *Common European Sales Law* o CESL).

Il *feasibility text*⁵⁴ nasce dalla necessità di creare un insieme di regole in materia di diritto dei contratti volte ad agevolare la formazione del mercato unico europeo, eliminando gli ostacoli rappresentati dalle diverse discipline nazionali. Nell'aprile 2010 la Commissione ha nominato un gruppo di esperti al fine di coadiuvarla nella predisposizione di un *Common Frame of Reference in the area of European contract law*, ossia di un quadro comune di riferimento che fosse limitato alla sola materia contrattuale e che fosse destinato a divenire un testo dal quale poter ricavare un possibile futuro diritto comune europeo in materia contrattuale. Il gruppo era composto da magistrati, avvocati e professori provenienti da diversi paesi membri, in modo che fossero rappresentate le differenti esperienze giuridiche. I lavori del gruppo risultavano del resto facilitati non solo dall'esistenza del DCFR, che già conteneva una dettagliata disciplina del contratto, ma anche dai lavori portati avanti dall'*Association Henri Capitant des Amis de la Culture*

sabilità extracontrattuale della Comunità e di rimborso delle spese di garanzia bancaria.

53 Per un'analisi dettagliata delle occasioni più rilevanti in cui le Corti hanno applicato il DCFR si veda G. KALOUTA, *infra*. Per un commento della sentenza si veda anche A. DE MARCO, *Alcune riflessioni a margine della sentenza 3 novembre 2009 della Corte Suprema di Svezia: un primo esempio applicativo del Draft Common Frame of Reference*, in *Dir. Comm. Int.*, 2012, p. 236 ss.

54 Il testo del *feasibility study* è contenuto nella relazione *A European contract law for consumers and businesses: Publication of the results of the feasibility study carried out by the Expert Group on European contract law for stakeholders' and legal practitioners' feedback* è pubblicato sul sito della Commissione all'indirizzo http://ec.europa.eu/justice/contract/files/feasibility_study_final.pdf.

Juridique Française e dalla *Société de Legislation Comparée*, che avevano predisposto dei *Principes Contractuels Communs*⁵⁵.

Nel luglio 2010 la Commissione pubblicò il *Green Paper on policy options for progress towards a European contract law for consumers and businesses* (COM (2010) 348) con la finalità di avviare una consultazione pubblica volta a determinare quali fossero le migliori opzioni per la formazione di un diritto contrattuale europeo. La consultazione suscitò un intenso dibattito sulle modalità con le quali procedere al fine di ottenere una migliore uniformazione/armonizzazione del diritto europeo dei contratti. La Commissione, al fine di ottenere un testo che fosse il più corrispondente possibile alle esigenze pratiche, istituì un *Group of Key Stakeholder Experts* (c.d. *Sounding Board*) che doveva rappresentare le esigenze delle differenti categorie destinatarie di uno strumento in materia contrattuale⁵⁶. Il gruppo rielaborò il *draft* predisposto dal gruppo di esperti al fine di renderlo più funzionale alle esigenze del mercato.

Con il *feasibility Text* la Commissione si proponeva di ottenere un testo autonomo e autosufficiente, che coprisse gli aspetti più rilevanti del diritto dei contratti e che avrebbe potuto eliminare i problemi rappresentati dalle differenti discipline nazionali, agevolando le transazioni tra Stati membri e aumentando la propensione dei consumatori ad acquistare beni o servizi anche in Stati diversi da quello di residenza.

La proposta di un diritto comune della vendita (CESL o *Common European Sales Law*) è la proposta di un Regolamento relativo a un diritto comune europeo della vendita presentata dalla Commissione al Parlamento europeo ed al Consiglio nell'ottobre 2011 e rappresenta un tentativo di utilizzare i risultati raggiunti attraverso il *feasibility Text*. Scopo del regolamento era la produzione di un *corpus* di regole uniformi nel campo del diritto contrattuale europeo della vendita, attraverso un regolamento direttamente efficace negli Stati membri.

La proposta constava di tre parti: una parte normativa e due allegati. L'Allegato I, contenente 186 articoli, rispecchia sostanzialmente lo Studio di Fattibilità e le regole contenute nel DCFR e nel PECL⁵⁷. La Proposta si pro-

55 Si veda in particolare B. FAUVARQUE-COSSON, D. MAZEAUD (a cura di), *European Contract Law, Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules*, Monaco, 2008. Al gruppo di esperti fu chiesto anche di tenere debito conto della Convenzione delle Nazioni Unite sulla vendita internazionale (CISG), degli *Unidroit Principles of International Commercial Contracts*, dei *Principles of European Contract Law* e più in generale di ogni testo che si proponesse l'armonizzazione del diritto dei contratti.

56 Si trattava di rappresentanti dei consumatori, dei professionisti del diritto e degli imprenditori.

57 Per un confronto tra il testo del *Feasibility Study*, il CESL e il DCFR si vedano M.

pone di regolare la vendita transnazionale⁵⁸ di merci e la fornitura di contenuti digitali e servizi collaterali (artt. 1 e 5). Essa adotta la tecnica dello strumento opzionale, ossia di una normativa di diritto nazionale di secondo livello⁵⁹, applicabile solo in base all'accordo delle parti (c.d. *opt-in*). L'accordo delle parti è valido, nei contratti B to C «solo se il consenso del consumatore è prestato con una dichiarazione esplicita distinta dalla dichiarazione che esprime l'accordo a concludere il contratto». Il professionista, inoltre, avrebbe dovuto dare conferma dell'accordo al consumatore su un mezzo durevole (art. 8 e 9) e il CESL avrebbe potuto essere adottato solo in maniera integrale.

L'idea alla base del CESL era quella di creare un diritto comune europeo che agevolasse la creazione del mercato unico, rimuovendo i problemi rappresentati dal diritto internazionale privato e dalla conseguente frammentazione delle leggi applicabili, viste come un ostacolo alla creazione del mercato unico, soprattutto per le piccole e medie imprese.

Nonostante la proposta sia stata approvata il 26 febbraio 2014 dal Parlamento Europeo, essa non ha avuto seguito per la ferma opposizione degli Stati membri. La Commissione Juncker ha infatti abbandonato la proposta di regolamento, sostituendola con due proposte di direttiva tese alla creazione di un mercato unico digitale europeo⁶⁰: la prima riguardante i contratti per la fornitura di contenuto digitale; la seconda, invece, i contratti di vendita online e altri tipi di vendita a distanza di beni.

Le due proposte di direttiva si prefiggono l'obiettivo di creare una mag-

HESSELINK, *How to Opt into the Common European Sales Law? Brief Comments on the Commissions Proposal for a Regulation*, in *Eur. Dir. Priv.*, 2012, p. 198 ss.; G. ALPA, *Towards a European Contract Law*, in *Contratto e impresa. Europa*, 2012, p. 123 ss.; N. ZORZI GALGANO, *Dal codice europeo dei contratti al Regolamento sulla vendita: la logica del sistema, anche con riferimento alla protezione del consumatore*, *ivi*, 2012, p. 307 ss.; R. ROLLI, *La proposta di regolamento europeo sulla vendita nel processo di codificazione europea*, *ivi*, 2012, p. 380 ss. e H. BEALE e W. G. RINGE, *Transfer of Rights and Obligations*, in G. Dannemann e S. Vogenauer (a cura di), *The Common European Sales Law in Context – Interactions with English and German Law*, Oxford, 2013.

58 Gli Stati membri possono però estendere l'applicazione del Cesl anche ai contratti interni.

59 In altre parole il CESL si affiancherebbe, come un secondo regime, al già esistente diritto interno che resterebbe invariato. Maggiori chiarimenti su questo aspetto in S. ZORZETTO, *The Common European Sales Law: A Case study on Uniformity and Feasibility in European Legal System*, in *Dir. Comm. Int.*, 2012, p. 745 ss.

60 Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale, Bruxelles, 9.12.2015 COM(2015) 634 final e Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa a determinati aspetti dei contratti di vendita online e di altri tipi di vendita a distanza di beni COM(2015) 635 final e Bruxelles, 9.12.2015.

giore fiducia nei consumatori con riguardo agli acquisti transfrontalieri on line e di garantire contestualmente alle imprese una riduzione dei costi derivanti dalle differenze giuridiche tra le discipline dei singoli Stati membri. L'uniformazione delle regole in materia di vendita dovrebbe inoltre agevolare la realizzazione del mercato unico digitale consentendo il completo sfruttamento del potenziale di crescita economica che esso rappresenta e i contestuali effetti positivi sulla concorrenza.

7. L'utilizzo del DCFR: un primo bilancio

A distanza di dieci anni dalla pubblicazione dell'*interim outline edition* del DCFR è possibile trarre un bilancio da questa importante opera di risistemizzazione del diritto europeo. Il DCFR non solo è divenuto un inevitabile punto di riferimento per la dottrina europea, ma esso ha cominciato ad acquistare una rilevanza sempre crescente anche rispetto agli altri formanti degli ordinamenti nazionali.

Se la dottrina non si accontenta più solo di comparare le soluzioni vigenti nei singoli ordinamenti nazionali, ma prende in esame anche le regole del *Draft*, ciò dimostra che il DCFR è divenuto la cartina di tornasole alla quale fare ricorso per verificare se, e in quale misura, esista un'effettiva tendenza comune del diritto europeo e in che posizione si collochino i singoli ordinamenti nazionali rispetto ad essa.

A partire dal 2001, con la modernizzazione del diritto delle obbligazioni tedesco⁶¹, molti paesi europei hanno avviato profondi interventi di revisione o di ricodificazione del diritto civile o stanno redigendo progetti di modifica o sostituzione delle proprie codificazioni civili. Nel corso dei lavori per la redazione di tali codici il DCFR è costantemente preso in considerazione come modello e talvolta le sue previsioni vengono fatte proprie dal legislatore nazionale e divengono così diritto vigente all'interno dei singoli Stati membri. Dal momento che qualunque legislatore che intenda riformare il proprio diritto civile sente almeno la necessità di confrontarsi con il testo del DCFR è innegabile che esso abbia assunto un valore e un prestigio tali da farlo ritenere un serio parametro di raffronto utile a individuare soluzioni legislative particolarmente all'avanguardia⁶².

61 Come noto il 26 novembre 2001 è stato approvato il *Schuldrechtsmodernisierungsgesetz* (BGBl. I p. 3138), che ha profondamente modificato il diritto delle obbligazioni tedesco.

62 Maggiori riflessioni su questo punto sono offerte, con riguardo all'ordinamento tedesco e inglese, nel capitolo a cura di S. VOGENAUER, *The DCFR and the CESL as Models for Law Reform*, in G. Dannemann e S. Vogenauer (a cura di), *The Common European Sales Law in Context – Interactions with English and German Law*, cit. L'autore, in particolare,

Quanto affermato con riguardo ai legislatori nazionali vale, in misura anche maggiore, con riguardo a quello europeo: nel momento in cui si è cercato di riassumere i principi guida del diritto contrattuale europeo si è redatto un testo (il *feasibility text*) che è un estratto del DCFR; non solo, anche la proposta di un *Common European Sales Law* non era altro che un estratto di regole contenute nel DCFR che avrebbero dovuto disciplinare il contratto di vendita. Il progetto di un diritto comune della vendita è tramontato, ma le soluzioni in esso contenute (e quindi contenute nel DCFR) hanno profondamente ispirato le proposte di direttive ad armonizzazione massima che sono volte a sostituire il CESL e che riguardano settori come la vendita online e altri tipi di vendita a distanza di beni (COM(2015) 635 final), piuttosto che la fornitura di contenuti digitali (COM(2015) 634 final).

Si tratta di epifanie evidenti che attestano la validità e l'attualità delle soluzioni contenute nel DCFR e che dimostrano quanto il testo del quadro comune di riferimento stia influenzando l'evoluzione del diritto europeo.

si propone « to explore how a European contract law instrument such as the Draft Common Frame of Reference (DCFR) or the proposed Common European Sales Law (CESL) might interact with national legal systems, in particular with English and German law. Such interaction may take various forms. One form of interaction may occur if national legal systems emulate solutions set out in the European instrument: in this scenario, the instrument would provide a model for law reform at the national level, and its substance would influence and shape the content of domestic laws. This chapter assesses the potential of the DCFR and the proposed CESL to play such a role. It first sets out the various ways in which sets of legal rules and principles in general and, more specifically, contract law regimes can serve as models for law reform. It then ascertains the suitability of the DCFR and the CESL to function as models. Finally, it attempts to predict how this function might have a bearing in the particular context of English law and German law».

PIERALBERTO MENGOZZI

Il DCFR, il Manifesto sulla giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti e la proposta di regolamento per un diritto comune della vendita

Sommario: 1. – L’incidenza del manifesto sulla giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti sul progetto di un quadro comune di riferimento elaborato in materia; 2. – Il tipo di giustizia da perseguirsi in materia; 3. – Il rilievo da attribuirsi ai principi ed alla giurisprudenza comunitaria; 4. – Il metodo da seguirsi per l’elaborazione di un diritto comune europeo dei contratti e la proposta di un regolamento relativo ad un diritto della vendita.

1. L’incidenza del manifesto sulla giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti sul progetto di un quadro comune di riferimento elaborato in materia

Nella storia del processo che un domani potrà portare ad un diritto comune europeo dei contratti, dovranno menzionarsi due distinti documenti che, tra l’altro, hanno già inciso sull’elaborazione da parte della Commissione di una proposta di regolamento per un diritto comune europeo della vendita.

Il testo del Progetto di un Quadro Comune di Riferimento del 2008 (nel proseguo il “*Draft*”¹) elaborato dal “Gruppo di studio su un codice civile europeo” e dal “Gruppo di ricerca sul diritto privato della Comunità europea” (*Acquis Group*), al fine di promuovere un diritto comune europeo dei con-

¹ Cfr. *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Interim Outline Edition*. München, 2008.

tratti, non trascura di tenere conto *a*) delle critiche sul metodo di perseguire una “maggiore coerenza nel diritto contrattuale europeo” che il Manifesto sulla giustizia sociale in detto diritto² ha portato al Piano di azione adottato dalla Commissione nel 2003³ e *b*) della Risoluzione del 26 marzo 2006 con cui il Parlamento europeo a tali critiche ha inteso dare seguito⁴.

Il Manifesto sulla giustizia sociale ha sostenuto che il metodo sin qui utilizzato per l’elaborazione di direttive in materia, ed in particolare di quelle adottate in tema di contratti dei consumatori, deve essere profondamente cambiato per dare spazio ad un penetrante processo democratico in cui un ruolo decisivo sia lasciato all’attività parlamentare. I suoi autori hanno attribuito a questa attività un tale ruolo sostenendo che una disciplina della materia ha la funzione di contribuire alla definizione dell’identità della Comunità ed a promuovere la giustizia sociale. A loro avviso lasciare alla Commissione ed ai contributi che ad essa possono dare le parti interessate (gli *stake-holders*) una primaria responsabilità in materia non può corrispondere ad una tale funzione della disciplina ad essa relativa in quanto la Commissione è sprovvista di un’attribuzione che le consenta di andare oltre la promozione di norme che perseguano il completamento del mercato interno.

I redattori del *Draft*, intendendo appunto lasciare spazio alle scelte politiche che devono essere compiute dal Parlamento, hanno connotato detto *Draft* come un documento che volge solo a costituire per questo una fonte di ispirazione.

Nonostante i redattori del *Draft* abbiano a questo modo tenuto conto di detto Manifesto, delle differenze tra loro sono rimaste, relativamente *a*) al tipo di giustizia che un diritto comune europeo dei contratti deve perseguire, *b*) al rilievo da attribuirsi ai principi ed alla giurisprudenza comunitaria e *c*) al metodo da seguirsi per arrivare ad una sua elaborazione.

2. Il tipo di giustizia da perseguirsi in materia

Con il rapporto pubblicato l’11 ottobre 2004, intitolato “*European Contract Law and the Revision of the Acquis: the Way Forward*”⁵, la Commissione

2 *Giustizia sociale nel diritto contrattuale europeo: un Manifesto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, p. 99 ss. Sulla bibliografia ad esso relativa mi permetto di fare riferimento a Pieralberto MENGOLZI, *Il Manifesto sulla giustizia sociale nel diritto contrattuale europeo e la preconizzazione di un principio di “interpretazione conforme orizzontale”*, in *Contratto e Impresa/Europa*, 2008, p. 78 ss.

3 COM (2003)68 def.

4 P6_TA (2006)019.

5 COM (2004) 651.

aveva espresso l'esigenza che il Quadro Comune di Riferimento contenesse distintamente principi fondamentali, definizioni e regole modello capaci di assistere nel perfezionamento dell'esistente *acquis communautaire*.

I redattori del *Draft* hanno dato riscontro a tale indicazione: hanno precisato, nell'introduzione, di intendere l'inclusione in esso di principi fondamentali, che identificano con *core aims and values*, come gli elementi atti a caratterizzare la sua filosofia ispiratrice rispetto, da un lato, alle teorie di tutela del libero mercato e di una corretta concorrenza e, dall'altro, ad approcci più incidenti sull'autonomia contrattuale in favore dei consumatori, delle vittime di discriminazione, delle imprese di piccola e media dimensione e di molte altre parti contrattuali e di altri membri deboli della società. Ed è in linea con l'attribuzione a tali principi di detta funzione, di caratterizzare la filosofia ispiratrice del *Draft*, che per essi ogni tentativo di elaborare principi di diritto privato deve quanto meno tenere conto di una serie di valori, tra i quali quelli della giustizia, della solidarietà e della responsabilità sociale.

Con questo il *Draft* non si discosta molto dall'esigenza espressa nel Manifesto che una disciplina dei contratti non si limiti a garantire la libertà del mercato e una realizzazione in esso di una corretta concorrenza; non arriva, però, a ritenere che compito generale di tale disciplina sia quello di assicurare che il mercato venga corretto alla luce di *obiettivi distributivi*; ritiene che essa debba limitarsi a promuovere una *giustizia correttiva*⁶ considerando che preoccupazioni distributive o "*welfarist*" debbano, nel quadro di detta disciplina, essere tenuti presenti solo marginalmente, per esempio per stabilire che un consumatore debba sempre avere certi diritti.

3. Il rilievo da attribuirsi ai principi ed alla giurisprudenza comunitaria

Gli autori del *Draft* dichiarano di avere considerato i citati valori della giustizia, della solidarietà e della responsabilità sociale assieme ad altri valori, includenti il principio della certezza giuridica, con i quali i primi possono anche entrare in conflitto; precisano che le regole modello (*Model Rules*) contenute nel *Draft* sono state redatte procedendo ad un bilanciamento dell'insieme di detti valori e che di tale insieme deve essere tenuto conto nella interpretazione di quelle regole. Il legislatore comunitario, nella misura in cui vorrà ispirarsi al *Draft*, nell'adottare un proprio Quadro Comune di Riferimento e nella realizzazione di un adeguato diritto europeo dei contratti, dovrà, però, tener conto non solo dei valori e dei principi fondamentali in esso indicati, ma anche degli ulteriori valori tutelati negli ordinamenti degli

⁶ Vedi punto 24 p. 14.

Stati membri e di quelli propri dell'ordinamento comunitario.

L'atteggiamento che a questo riguardo il *Draft* assume rispetto al diritto comunitario si differenzia marcatamente da quello che rispetto a tale diritto ha assunto il Manifesto.

Quest'ultimo documento, infatti, è dominato da un'idea secondo cui il diritto contrattuale CE esistente, ed in particolare quello a tutela dei consumatori, sarebbe improntato ad una concezione puramente economicistica di tutela della correttezza del mercato, e non sarebbe in alcun modo stato corretto dall'operato degli organi di giustizia comunitari: esso li considera "nettamente insufficienti ai bisogni di un'interpretazione integrativa di quel mosaico di disposizioni di cui attualmente si compone tale diritto". In linea con tale giudizio gli autori del Manifesto precisano che l'adeguamento della disciplina europea dei contratti dovrebbe avvenire prestando un rilievo assolutamente preminente a studi comparatistici sui principi degli ordinamenti giuridici e sulla giurisprudenza dei Paesi membri; a loro avviso è necessario "non affidarsi" alla giurisprudenza comunitaria in quanto in gran parte determinata da richieste di pronunce pregiudiziali costituenti dei "riferimenti a casaccio fatti dai giudici nazionali alla Corte di giustizia delle CE"⁷ e perché la giurisprudenza che sin qui è stata posta in essere esprime "conclusioni parziali ed incomplete sul modo in cui il bilanciamento tra valori e interessi deve essere operato"⁸.

Gli autori del *Draft*, invece, indicano di avere fatto riferimento, nella redazione di questo, ai principi fondamentali e ai valori dell'ordinamento comunitario accanto ad un riferimento ai valori degli ordinamenti degli Stati membri: precisano di non avere attribuito a questi ultimi un valore assolutamente preminente ma, anzi, di avere mediato tra gli uni e gli altri e suggeriscono che una tale mediazione debba essere compiuta dagli organi politici comunitari nella redazione del Quadro Comune di Riferimento e nell'adozione della legislazione di adeguamento e di integrazione dell'attuale disciplina⁹; e, peraltro, non esitano a indicare esplicitamente la giurisprudenza comunitaria quale fonte dell'evoluzione realizzatasi nella disciplina di determinati contratti dei consumatori e quale fattore tenuto presente nell'adozione delle definizioni che hanno allegato al *Draft* (come hanno fatto, innanzitutto, riferendosi con apprezzamento positivo, all'estensione a danni di tipo non economico al cui risarcimento un consumatore ha diritto in relazione all'applicazione della direttiva sui viaggi tutto compreso compiuta dalla Corte di giustizia nella sentenza *Simone Leitner c. TUI*

7 Cfr. *Giustizia sociale nel diritto contrattuale europeo: un manifesto*, cit., pp. 128 e 129.

8 Cfr. *Giustizia sociale nel diritto contrattuale europeo: un manifesto*, cit., p. 119.

9 Cfr. *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, cit., punto 21, p. 12.

*Deutschland*¹⁰; e, poi, dando segno di adeguarsi a tale giurisprudenza includendo nelle disposizioni contenute nell'Allegato al *Draft* una larga definizione di danni comprendendo in essi “*a sum of money ... which a person may be awarded by a court, as compensation for some specified type of damage*”¹¹).

La differente attenzione che i due documenti, nel modo indicato, prestano alla giurisprudenza comunitaria trova un rilevante riscontro nell'atteggiamento che l'uno e l'altro hanno assunto con riferimento ad un principio generale che si è affermato nell'ordinamento comunitario con l'importante sentenza resa dalla Corte di giustizia il 20 settembre 2001 nel caso *Courage*¹².

Con tale sentenza, come nella dottrina civilistica italiana è stato autorevolmente rilevato¹³, la Corte di giustizia ha affermato che quando ad un contratto suscettibile di realizzare una violazione del diritto comunitario si profilino come parti due soggetti di forza contrattuale molto diversa, la parte economicamente più forte deve avere la cura di non concludere il contratto approfittando della debolezza negoziale dell'altra; e, se tale cura non ha, è, per questo suo comportamento, soggetta ad un obbligo di risarcimento del danno alla controparte. Tale statuizione, nonostante sia stata compiuta con riferimento ad un accordo ritenuto illecito per contrasto con il diritto della concorrenza, stante l'intonazione generale con cui è stata espressa ed il carattere decisivo (non di *obiter dictum*) che ha avuto per la soluzione del caso di specie, ha dato luogo ad un principio generale del diritto comunitario. Ciò in ragione del fatto che statuizioni del genere sono riconosciute come dotate di efficacia *erga omnes* e come idonee a precisare ed integrare non solo la disciplina della materia con riferimento alla quale sono poste in essere, ma anche l'ordinamento comunitario considerato nel suo insieme.

Il Manifesto non ne tiene assolutamente conto: nel sostenere che i lavori volgenti a realizzare una più adeguata armonizzazione su scala europea del diritto dei contratti devono superare i limiti, in termini di giustizia sociale, che esso attualmente presenta, si limita ad auspicare che quei lavori si avvalgano di studi comparatistici sui principi e sulla giurisprudenza degli ordinamenti privatistici nazionali per desumere meri suggerimenti dall'accogli-

10 Corte CE, 12 marzo 2002, causa C-168/00, in *Racc.*, 2002, I, p. 2631. Cfr. *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, cit., pp. 31-32.

11 *Ibidem*, p. 331.

12 Corte CE, 12 settembre 2001, causa C-453/99, in *Racc.*, 2001, p. I-6297.

13 Cfr. DI MAJO, *Il risarcimento da adempimento del contratto*, in *Europa e dir. priv.*, 2002, pp. 795-796; PALMIERI e PARDOLESI, *Intese illecite e risarcimento a favore di una parte: “chi è causa del suo mal ... si lagni e chiedi i danni”*, in *Foro it.*, 2002, IV, c. 84; SCODITTI, *Danni da intesa anticoncorrenziale per una delle parti dell'accordo: il punto di vista del giudice italiano*, in *Foro it.*, IV, c. 90.

mento che in essi è intervenuto di un obbligo di ciascuna parte contrattuale di avere cura degli interessi della controparte¹⁴.

Ben diverso è, invece, l'atteggiamento degli autori del *Draft*. Questi riprendono puntualmente, nelle *Model Rules 7:207 Unfair Exploitation e 7:214 Damages for loss*, quanto affermato dalla Corte di giustizia nel caso *Courage*. La regola 7:207 drasticamente prevede:

(1) Una parte può invocare l'inefficacia di un contratto se al momento della conclusione di questo:

(a) quella parte si trovava in una situazione di subordinazione o si trovava in una situazione che la induceva a prestare fiducia nei confronti dell'altra parte, era in una situazione di difficoltà economica o doveva far fronte a bisogni urgenti, era scarsamente accorta, non sufficientemente informata, priva di esperienza o mancante di capacità negoziale e

(b) l'altra parte era a conoscenza o ci si poteva ragionevolmente aspettare che avesse acquisito conoscenza di questo e, date le circostanze e l'obiettivo del contratto, aveva sfruttato la situazione dell'altra parte traendone un eccessivo beneficio o un vantaggio grandemente ingiusto

La regola 7:214, dal canto suo, altrettanto drasticamente prevede:

Una parte che ha il diritto di invocare l'inefficacia di un contratto a termini di questa sezione (o che avesse tale diritto prima della sua estinzione in ragione della scadenza dei termini per farlo valere o della conferma dello stesso) ha il diritto, sia stata o meno invocata l'inefficacia del contratto, al risarcimento dei danni dall'altra parte per ogni perdita sofferta come risultato di errore, frode, coercizione, minacce o sfruttamento abusivo, a condizione che l'altra parte conoscesse o ci si potesse ragionevolmente aspettare che avesse acquisito conoscenza della ragione dell'inefficacia dell'accordo^{15, 16}.

14 Cfr. *Giustizia sociale nel diritto contrattuale europeo: un manifesto*, p. 120.

15 Nella sentenza *Courage* la Corte di giustizia, per sostenere il diritto di una parte debole ad un contratto incompatibile con il diritto della concorrenza a pretendere dalla controparte il risarcimento del danno subito per effetto del detto contratto, aveva precisato che: 1) "tra gli elementi di valutazione che possono essere presi in considerazione dal giudice nazionale competente è necessario menzionare il contesto economico e giuridico nel quale le parti si trovano nonché, ... , il potere di negoziazione e il rispettivo comportamento delle due parti contrattuali" e 2) in particolare, è compito di detto giudice verificare se la parte che sostiene di avere subito un danno in seguito alla conclusione di un contratto idoneo a restringere o falsare il gioco della concorrenza si trovasse in una posizione d'inferiorità grave nei confronti della controparte tale, da compromettere seriamente, e persino da annullare, la sua libertà di negoziare le clausole del detto contratto nonché la sua capacità di evitare il danno o limitarne l'entità, in particolare sperando tempestivamente tutti i rimedi giuridici a sua disposizione" (punti 32 e 33).

16 L'atteggiamento del *Draft* sul contributo che alla realizzazione di un più adeguato diritto europeo dei contratti può venire da un'attenzione alla giurisprudenza comunitaria risulta così "molto

4. Il metodo da seguirsi per l'elaborazione di un diritto comune europeo dei contratti e la proposta di un regolamento relativo ad un diritto della vendita

Sulla scia del DCFR la Commissione, postulando che il mercato comune implica la necessità di un diritto comune dei contratti, per fare fronte a tale necessità si è impegnata per l'adozione di una proposta di regola-

diverso" rispetto all'atteggiamento del Manifesto. Le espressioni non certo positive e la mancanza di attenzione puntuale che in quest'ultimo si trovano nei confronti di detta giurisprudenza, per il largo numero e l'autorevolezza degli studiosi che l'hanno redatto e ad esso hanno chiesto di essere associati, hanno inciso sensibilmente dando luogo ad un clima culturale che ha favorito un travisamento di detta giurisprudenza non solo in relazione ad un possibile riferimento ad essa *de iure condendo* ma anche *de iure condito* (per una evidenziazione del diffondersi di rischi del genere a causa di incursioni nella ricostruzione dei principi del diritto comunitario a causa di non adeguati interventi di persone non provviste di una specializzazione scientifica in materia cfr. TIZZANO, A. *Quelques réflexions sur la doctrine du droit de l'Union européenne : les "communautaristes" et les autres*, in *Diritto U.E.*, 2008, p. 225 ss.). Manifestazione eclatante di un tale travisamento è costituita da un saggio (Cfr. SABATINI, F., *Il diritto privato e il contesto comunitario: la ricerca di conformità e l'interpretazione del diritto nazionale alla luce delle direttive*, in *Contratto e Impresa/Europa*, 2007, p. 133 ss.) con il quale ci si riferisce al contenuto della sentenza che la Corte di Giustizia CE ha adottato il 6 ottobre 1982 nella Causa *Cilfit* (Causa 283/81, in *Racc.*, 1982, p. I-3415). L'autore di quel saggio travisa doppiamente l'interpretazione che tale sentenza ha dato all'art. 234 CEE (attuale art. 267 TFUE): da un lato pretende che, a termini di tale sentenza, tutti i giudici nazionali (e non solo quelli di ultima istanza come, in sintonia con tale articolo, afferma la Corte) siano obbligati a fare a questa rinvio quando di fronte ad essi sorga una questione di diritto comunitario ed in particolare una questione di diritto europeo dei contratti; dall'altro sostiene che il criterio di riferirsi alla giurisprudenza dei giudici degli Stati membri, che la Corte di giustizia ha indicato ai giudici nazionali di ultima istanza di seguire al fine di limitare il loro obbligo di rinvio, debba invece essere applicato da ogni giudice nazionale per risolvere qualunque questione che insorga con riferimento a tale diritto. Così limitando massimamente il riferimento ai precedenti giurisprudenziali comunitari nell'interpretazione del diritto CE, ed al contrario valorizzando al riguardo massimamente gli studi comparatistici sui principi e sulla giurisprudenza dei paesi membri, preconizza un nuovo metodo ermeneutico del diritto europeo dei contratti che definisce di interpretazione comparativa orizzontale. Questa manipolazione della giurisprudenza comunitaria non è accettabile e deve essere considerata come un tentativo di dare all'attenzione ai principi e alla giurisprudenza degli Stati membri propugnata dagli autori del Manifesto un seguito (*de iure condito*) eccessivo e ben più ampio rispetto a quello (*de iure condendo*) auspicato dai suoi autori. Restando sul piano dello *ius condendum* su cui intende porsi il *Draft*, non vi è dubbio che questo dà largo spazio ad un approccio che, per riprendere la terminologia del saggio immediatamente sopra evocato, può considerarsi un approccio comparativo orizzontale; il *Draft*, però, ha il pregio di farlo senza trascurare gli apporti che ad un più adeguato diritto europeo dei contratti può venire dalla giurisprudenza comunitaria: si prefigge solo di proporre principi, regole-modello e definizioni che traggano elementi dai principi e dalla giurisprudenza della Comunità e degli Stati membri per suggerire al legislatore comunitario l'adeguamento dell'attuale diritto europeo dei contratti al fine di renderlo più coerente e più giusto.

mento relativa ad un diritto europeo della vendita. Ritenendo di conferire una legittimazione democratica alla sua azione e per procedere il più rapidamente possibile al riguardo, ha considerato opportuno seguire, come metodo diverso da quello propugnato dal manifesto sulla giustizia sociale, quello sulla base del quale si è arrivati a detto DCFR, che è stato elaborato da un gruppo di studio su un codice civile europeo e da un gruppo di ricerca sul diritto privato della CE (*Acquis Group*): ha aperto un dibattito pubblico ispirato ai principi di apertura e di partecipazione. A questo fine essa, pur fissando gli orientamenti da prendersi, con delle lettere aperte ha posto al pubblico questioni precisamente formulate, dando termini particolarmente stretti per rispondere. Dati tale tipo di termini ed il carattere molto tecnico dei quesiti, hanno dato riscontro alla partecipazione richiesta principalmente dei professionisti, delle entità rappresentative dei consumatori, dei ricercatori e degli Stati membri e non si è aperta un'adeguata discussione, con la partecipazione di tutti i cittadini, sull'opportunità di arrivare in materia ad un diritto comune europeo. Ne è seguito che i soggetti che hanno risposto tempestivamente alle lettere aperte della Commissione, hanno assunto un ruolo particolare nella consultazione, che li ha portati ad essere invitati privilegiatamente a conferenze e ad ateliers. Tra questi, poi, sono stati scelti gli esperti, successivamente associati ai gruppi di lavoro che, di fatto, hanno portato alle proposte concrete in materia.

Come rilevato nitidamente in uno scritto, recentemente pubblicato¹⁷, i partecipanti alle conferenze ed agli ateliers non prescelti come esperti hanno svolto ed alimentato molte critiche al testo oggetto di elaborazione: si è, tra l'altro, rilevato che a) la lacunosità e la mancanza di chiarezza di alcuni suoi passaggi possono condizionare la sua interazione con le altre fonti internazionali intervenute in materia, b) esso, aldilà delle competenze effettive dell'Unione Europea, intende introdurre in modo surrettizio un codice del contratto o del diritto privato patrimoniale e c) lo stesso ha un carattere ibrido in quanto si premura di dettare, con riferimento alla vendita, una disciplina organica comprensiva sia delle norme generali, riferibili tendenzialmente anche a qualsiasi altro contratto, sia di norme specifiche del tipo contrattuale di cui si tratta¹⁸. Ne è disceso che, per effetto di esse e di perplessità mostrate

17 POILLOT, E., *Le droit privé européen à l'épreuve de la gouvernance économique: l'exemple du droit européen des contrats*, in *Actes du Colloque de l'Université de Toulon sur la gouvernance en droit privé européen*, 2016, p. 101 ss.

18 Su dette critiche cfr., oltre all'opera citata nella nota precedente, D'AMICO, G., *Il diritto comune europeo della vendita*, in *I Contratti*, 2012, p. 611 ss., FERRERI, S., *Una fonte aggiuntiva in materia di vendita: il regolamento europeo in progetto*, in *European Legal Culture*, 2014, p. 3 ss.

al riguardo da qualche governo nazionale¹⁹, il testo finale del lavoro preparatorio compiuto ha portato all'adozione, anziché di una proposta di un atto strettamente vincolante (come poteva ritenersi auspicato dalla Commissione secondo cui un mercato comune implica la necessità di un diritto comune europeo dei contratti), di una proposta di un regolamento opzionale relativo ad un diritto comune europeo delle vendite transfrontaliere, opzionale nel senso che, quanto meno nel rapporto tra professionisti e PMI, le disposizioni del regolamento trovano applicazione quando, e solo quando, le parti ad un contratto abbiano fatto una scelta esplicita per iscritto per la loro applicazione. Ciò ha fatto sì che se ne è tratto motivo per domandarsi se la scelta di apertura e di partecipazione fatta dalla Commissione non sia stata controproducente e se l'elaborazione del testo per la via del puro processo decisionale classico non avrebbe potuto condurre ad un risultato migliore²⁰.

19 FERRERI, S., *Una fonte aggiuntiva in materia di vendita: il regolamento europeo in progetto*, op. cit., p. 13.

20 POILLOT, E., *Le droit privé européen à l'épreuve de la gouvernance économique: l'exemple du droit européen des contrats*, cit., p.116.

Sezione II: Il ruolo delle corti

PAOLO GALLO

L'armonizzazione del diritto e il ruolo delle corti

Sommario: 1. L'Europa alle soglie del terzo millennio; – 2. L'unificazione del diritto privato europeo ad opera delle direttive e dei regolamenti; – 3. I testi di *soft law*; – 4. Il processo delle riforme in Europa; – 5. Post modernità e fonti del diritto; – 6. *Revirement* giurisprudenziali e retroattività; – 7. Il ruolo delle Corti europee; – 8. Il ruolo delle Corti nazionali.

1. L'Europa alle soglie del terzo millennio

Continuare a parlare di uniformazione giuridica dell'Europa alle soglie del terzo millennio può apparire sempre più paradossale; più a monte occorrerebbe infatti interrogarsi circa la tenuta stessa dell'idea di Europa. Dopo i facili entusiasmi che hanno infiammato gli animi nelle ultime decadi del XX secolo, i primi anni del XXI secolo si sono aperti all'insegna di nuove sfide che hanno pesantemente minato alla radice l'idea stessa di Europa, per non parlare poi del progetto di unificazione del diritto europeo.

Basti pensare alla crisi economica mondiale che è scoppiata all'inizio del terzo millennio e che non si è ancora del tutto risolta, al conseguente impoverimento globale, alla crisi migratoria che ne è conseguita, all'emergenza climatica, allo scontro tra civiltà, ai conflitti etnico-religiosi, alla crisi energetica, al progressivo depauperamento del pianeta e così via. Si tratta come è ben noto solo di alcuni aspetti problematici che si sono drammaticamente posti nelle prime decadi del XXI e che pongono al genere umano nuove e pressanti sfide per la sua sopravvivenza.

Dopo gli anni tranquillizzanti della modernità, la post modernità si apre

all'insegna dell'ansia, della costante ricerca di un nuovo equilibrio che stenta a delinarsi e soprattutto dell'incertezza per il futuro. Nessuno è infatti in grado di prevedere quali potranno essere gli esiti dell'attuale crisi mondiale; la storia peraltro ci insegna che anche dopo i periodi più oscuri, l'umanità è sempre riuscita a raggiungere nuovi equilibri; basti per esempio pensare alla rinascita successiva agli anni più bui del medio evo. Come è ben noto le invasioni barbariche, pur ponendo fine ad un mondo, hanno posto le fondamenta per una successiva rinascita globale dell'Europa che ha saputo riorganizzarsi su nuove basi e raggiungere traguardi ancora più elevati.

Uno degli aspetti che più connota la società contemporanea è proprio la perdita dei valori tradizionali, degli entusiasmi e delle certezze che connotavano la modernità; la post modernità, si apre infatti all'insegna del dubbio, dell'incertezza e della costante ricerca di una nuova dimensione; per questo motivo essa è anche stata definita *liquida*²¹, proprio per sottolineare il fatto che la crisi dei valori tradizionali rende tutto fluido, privo di una forma propria, quasi come i liquidi che tendono inevitabilmente ad assumere la forma dei contenitori in cui sono riposti.

Quello che è sicuro è che negli ultimi tempi l'idea stessa di Europa ha subito un forte ridimensionamento; basti a questo proposito ricordare l'uscita dell'Inghilterra dall'Europa, nonché la diffusione di nuovi movimenti separatisti in tutti gli Stati europei; in questa fase non è quindi facile prevedere se si tratta soltanto di una battuta d'arresto, di una pausa di riflessione, o se viceversa si tratta dell'inizio della fine; non è in altre parole facile prevedere se, superato questo momento di crisi, l'Europa saprà riorganizzarsi e ripartire più forte di prima o se viceversa il processo di disaggregazione prenderà il sopravvento, con conseguente progressivo smantellamento di quel poco che si è fatto fino a questo momento.

Le ragioni di queste incertezze sono probabilmente dovute al fatto che l'Europa è nata in sordina, o meglio ancora con l'idea di sovrapporsi il meno possibile agli stati nazionali; da un lato si vuole un'Europa unita, il più forte possibile, dall'altro lato si ha però il timore che questo processo possa pregiudicare le singole realtà nazionali; l'esito purtroppo è sotto gli occhi di tutti e non è sicuramente del tutto soddisfacente. L'Europa stenta infatti a decollare come organismo politico unitario; basti ricordare che il suo ruolo sullo scacchiere internazionale è estremamente limitato, specie se rapportato a quello degli Stati Uniti, della Russia, della Turchia, della Cina e così via.

Attualmente il mondo è dominato da grandi superpotenze, come per esempio gli Stati Uniti, la Russia e la Cina; per inserirsi ad armi pari in questo contesto sarebbe necessario raggiungere un livello di coordinamento e di coesione comparabile.

21 BAUMAN, *Modernità liquida*, Roma-Bari 2002.

Come è ben noto una delle ragioni della soccombenza delle antiche città stato greche è costituito dalla loro incapacità di aggregarsi unitariamente in forma di stato; in un contesto in cui si costituivano grandi stati nazionali, l'incapacità delle *polis* greche di fare altrettanto fu la ragione della loro debolezza. In tempi più recenti il problema si è riproposto in Europa con la formazione dei grandi stati nazionali; in questo contesto il ritardo dell'Italia, che ha conseguito l'unità politica solo nel 1861, spiega la sua maggior debolezza, specie se rapportata a grandi stati nazionali come la Francia, l'Inghilterra e l'Austria.

Ai nostri giorni, raggiunta l'unità a livello nazionale, il problema si ripropone a livello continentale; l'Europa disunita rischia infatti di non poter competere ad armi pari con le grandi superpotenze contemporanee, quali gli Stati Uniti, la Russia e la Cina.

Ma se così stanno le cose bisognerebbe avere il coraggio di ripensare dalle fondamenta il progetto europeo; non limitarsi in altre parole ad un'unione di facciata, che lasciando eccessiva autonomia ai singoli stati nazionali, rischia di essere poco incisiva sul piano internazionale; piuttosto occorrerebbe realizzare uno stato federale a modello di quello americano, con effettivi poteri centrali, il più possibile unitario e coordinato, capace di esprimere una politica estera autonoma ed indipendente, ovviamente con il supporto di un esercito adeguato al suo ruolo; solo in questo modo l'Europa potrà mantenere il ruolo che le si addice nello scacchiere internazionale.

2. L'unificazione del diritto privato europeo ad opera delle direttive e dei regolamenti

Sebbene a livello europeo permangano non poche criticità, molto si è sicuramente fatto in vista dell'uniformazione del diritto europeo, anche se molto resta ancora da fare.

Un primo passo è sicuramente costituito dalle direttive e dai regolamenti dell'Unione Europea, che con regolarità riversano nei singoli Stati spezzoni di diritto uniforme; può infatti sicuramente dirsi che il diritto europeo attuale è molto diverso da quello che era circa quarant'anni fa; a partire dalle ultime due decadi del XX secolo l'Europa è infatti stata inondata da direttive e regolamenti che hanno profondamente trasformato ed uniformato vasti settori del diritto privato. Basti per esempio ricordare i contratti del consumatore, uno dei settori in cui gli interventi della Comunità e dell'Unione europea sono stati più massicci ed innovatori; in particolare, per quel che riguarda il diritto italiano, è possibile dire senza ombra di dubbio che il diritto contrattuale contemporaneo è molto differente rispetto a quello tradizionale; in

appena quarant'anni il contratto si è infatti profondamente trasformato sotto l'impulso delle fonti europee, assumendo aspetti e connotati un tempo impensabili; si pensi in particolare all'inefficacia delle clausole vessatorie, alle nullità di protezione, alla proporzionalità, alla giustizia contrattuale, alla buona fede, alla meritevolezza dell'interesse, alla razionalità e così via.

Molto resta ovviamente da fare, ma i progressi compiuti sono indubbiamente enormi.

3. I testi di *soft law*

In questo quadro fondamentale importanza rivestono ovviamente anche i principali testi di *soft law*.

Il punto di partenza è ovviamente costituito dalla CISG del 1980, la quale ha disciplinato in modo innovativo la vendita internazionale di beni mobili, fondendo la tradizione di *common law* con quella di *civil law*. Sebbene il testo sia relativo alla vendita, esso contiene molti spunti che verranno in seguito recepiti degli altri principali testi di *soft law*, a partire dai PICC, per poi passare ai PECL, al DCFR, nonché alla CESL. Si tratta di testi che, ad eccezione della CISG, non sono mai entrati in vigore; resta però la loro rilevanza scientifica, nonché la loro importanza sotto il profilo delle tendenze evolutive moderne del diritto privato europeo.

4. Il processo delle riforme in Europa

Sebbene i testi di *soft law* siano per lo più rimasti sulla carta, essi hanno esercitato un'influenza enorme sotto il profilo dei singoli diritti nazionali, dando inizio ad un processo interno di riforma che sta interessando gran parte degli ordinamenti europei.

Uno dei primi ordinamenti ad avviare un serio progetto di riforma del codice civile è stato sicuramente quello olandese; a questo proposito occorre premettere che in Olanda fin verso l'inizio dell'ultima decade del XX secolo era ancora in vigore un codice civile a modello francese (WB); è infatti solo nel 1992 che il codice è stato riformato e sostituito dal nuovo codice civile (NWB); il quale è un codice sicuramente molto interessante ed innovativo, che anticipa alcune soluzioni che diventeranno poi tipiche del diritto europeo, come per esempio l'abolizione della causa del contratto.

Il passo successivo è costituito dalla riforma del codice civile tedesco del 2002; riforma che, a circa cento anni dalla promulgazione del BGB, ne ha consentito un profondo aggiornamento, sulla base sia delle innovazioni

giurisprudenziali che si erano verificate *medio tempore*, sia sulla base del diritto contrattuale europeo, specie in materia di contratti del consumatore.

Il passo ancora successivo è stato compiuto dalla riforma del codice Napoleone del 2016²², la quale ha parimenti costituito l'occasione per aggiornare il diritto delle obbligazioni e dei contratti e per recepire numerose tendenze che già in precedenza si erano manifestate a livello europeo; si pensi in particolare all'abolizione della causa del contratto, alla disciplina della sopravvenienza contrattuale, nonché alla revisione del contratto e così via.

In questo quadro si ricorda che anche in altri ordinamenti europei, come per esempio la Spagna²³ e la Svizzera²⁴, la quale non fa parte dell'UE, fervono progetti di riforma, i quali ovviamente possono preludere ad una prossima riforma anche dei codici di questi ordinamenti.

Un discorso a parte deve essere fatto per quel che riguarda l'Italia; sebbene anche il diritto privato italiano sia ormai bisognoso di profonde riforme, il dibattito in Italia a questo proposito è assai scarso²⁵; a maggior ragione non si parla di riforma del codice e tanto meno sono allo studio progetti di riforma.

Alla luce di quanto abbiamo visto fino a questo momento è possibile sia escludere che, per lo meno a breve termine, sia possibile giungere ad un'uniformazione legislativa del diritto privato europeo, sia che sia possibile giungere ad una riforma organica del codice civile italiano.

In questo contesto il discorso deve inevitabilmente spostarsi sotto il profilo del ruolo delle Corti, sia europee, sia nazionali, ai fini dell'unificazione e della riforma del diritto privato.

5. Post modernità e fonti del diritto

Del resto a cavallo tra ventesimo e ventunesimo secolo anche il panorama delle fonti del diritto si è profondamente modificato²⁶. Come è ben noto, la

22 MAZEAUD, *Prime note sulla riforma del diritto dei contratti nell'ordinamento francese*, RDC, 2016, 432-445.

23 ABAS, *Proposta per una modernizzazione del diritto dei contratti e delle obbligazioni in Spagna*, RDC, 2014, 163-166.

24 ABAS, *Un nuovo diritto delle obbligazioni in Svizzera*, RDC, 2014, 675-684.

25 Si veda tuttavia: P. GALLO, *Contratto e buona fede, Buona fede in senso oggettivo e trasformazioni del contratto*, Milano 2014.

26 GROSSI, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari 2015; SCALISI, *Ritorno al diritto (dialogo con Paolo Grossi)*, RDC, 2017, 115-137.

modernità si connota con la progressiva affermazione dello stato assoluto moderno e la conseguente avocazione della funzione legislativa in capo prima al sovrano e poi al parlamento; il fenomeno appare particolarmente evidente nell'età della codificazione, dove i codici sono diventati il fulcro del sistema giuridico, di matrice essenzialmente legislativa; ne è conseguita la svalutazione delle fonti non autoritative, quali in particolare la consuetudine e la giurisprudenza. Nella modernità la legge è così diventata la fonte principale del diritto ed il ruolo dell'interprete è stato relegato a mera *bouche de la loi*, secondo i dettami della scuola dell'esegesi.

In seguito il quadro si è però profondamente incrinato; nel passaggio dalla modernità alla postmodernità anche il modo di concepire il diritto si è profondamente trasformato; lo si vede in particolare sotto il profilo delle fonti del diritto.

In primo luogo il codice tende in misura crescente a perdere il suo ruolo di fulcro del sistema, come conseguenza della proliferazione delle leggi speciali²⁷. Più in generale la stessa legge subisce la concorrenza di un numero crescente di altre fonti; si pensi in primo luogo alla Costituzione ed al controllo di costituzionalità delle leggi affidato alla Corte Costituzionale, la quale in applicazione dei principi generali della Costituzione effettua un controllo a posteriori dell'operato del parlamento, il cui ruolo ne risulta quindi per lo meno in parte ridimensionato.

Ma si pensi ancora alla globalizzazione ed al conseguente ingresso nel nostro ordinamento di molte disposizioni di matrice non solo europea, ma anche sovranazionale; basti a questo proposito ricordare la miriade di nuovi contratti con denominazione angloamericana che sono stati recepiti dall'ordinamento italiano.

Crescente importanza riveste inoltre il ruolo della giurisprudenza, la quale appare in misura crescente una fonte pariordinata alla legislazione. Fondamentale sotto questo profilo appare altresì il ruolo delle clausole generali, le quali come è ben noto sono state riscoperte nel corso degli ultimi anni²⁸; il ricorso alle clausole generali accentua infatti il ruolo creativo della giurisprudenza, che proprio in applicazione dei principi di buona fede, equità e così via è in grado di veicolare nel sistema le necessarie innovazioni, anche in caso di ritardo ed inerzia da parte del legislatore.

In dottrina si è giunti a parlare di crisi della fattispecie²⁹, proprio per sot-

27 IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano 1974.

28 P. GALLO, *Contratto e buona fede*, 2° ed., Milano 2014.

29 IRTI, *La crisi della fattispecie*, *Riv. dir. proc.*, 2014, 36-44; ID., *Calcolabilità weberiana e crisi della fattispecie*, *RDC*, 2014, 987-991; ID., *Un contratto incalcolabile*, *RTPC*, 2015, 17-23; ID., *Un diritto incalcolabile*, *RDC*, 2015, 11-22.

Si vedano inoltre: G. BENEDETTI, *Fattispecie e altre figure di certezza*, *RTPC*, 2015, 1103-

tolineare la crescente rilevanza dei principi Costituzionali, per loro natura caratterizzati da un grado di generalità e vaghezza superiore rispetto a quelli dei principi legislativi ordinari, nonché dei valori sottesi alla Costituzione, si pensi per esempio ai principi di uguaglianza, ragionevolezza, solidarietà, proporzionalità³⁰ e così via.

Questo può rendere il sistema più fluido, forse meno certo, ma sicuramente più dinamico ed in costante trasformazione³¹.

6. Revirement giurisprudenziali e retroattività

Ma se la giurisprudenza tende in misura crescente ad assumere il ruolo di fonte del diritto al pari della legge, si pone un secondo ordine di problemi, vale a dire accertare se in caso di *revirement* giurisprudenziali trovi applicazione o meno il principio di irretroattività (*tempus regit actum*).

Come è ben noto, in base all'insegnamento corrente i contratti sono soggetti alla legge applicabile al tempo della loro conclusione (*tempus regit actum*)³²; questo significa che se dovesse venire a mutare la disciplina legislativa vigente, questa in linea di principio non si estenderebbe ai contratti in

1113; LIPARI, *I civilisti e la certezza del diritto*, RTPC, 2015, 1115-1145; CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano 2015, 39 ss; D'ANGELO, *Discorso giuridico, termini tecnici e concetti*, RDC, 2016, 306-345, in partic. 340; in senso più critico: CATAUDELLA, *Nota breve sulla fattispecie*, RDC, 2015, 245-252, in partic. 251 ss.

30 In particolare P. PERLINGIERI, *Nuovi profili del contratto*, RaDC, 2000, 545-571, sostiene che il contratto deve essere non solo lecito, ma anche meritevole di tutela, 553; sempre questo autore richiama inoltre l'attenzione sull'importanza del principio di proporzionalità, in attuazione di principi e valori di rilevanza costituzionali, come strumento di controllo anche contenutistico del contratto, 560 ss; ID., *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, RaDC 2001, 334-356, il quale considera il principio di riduzione della penale eccessiva di cui all'art. 1384 c.c. espressione di un principio generale quindi suscettibile di applicazione estensiva ad altre fattispecie, come per esempio la caparra, e così via, 343 ss; sulla stessa linea LA ROSA, *Tecniche di regolazione dei contratti e strumenti rimediali*, Milano 2012, auspica un controllo di meritevolezza della causa concreta dell'operazione negoziale, 142, e parla di funzionalizzazione dell'autonomia privata, 152; altri autori hanno viceversa espresso riserve ed hanno lamentato l'abuso del ricorso alle clausole generali ed in particolare l'eccessivo attentato alle ragioni dell'autonomia privata che ne può conseguire; si veda in particolare CATAUDELLA, *L'uso abusivo dei principi*, RDC, 2014, 747-763, in partic. 756, ivi riferimenti.

31 BAUMAN, *Modernità liquida*, Roma-Bari 2002.

32 P. GALLO, *Tempus regit actum e revirement giurisprudenziali*, in *Studi*, IUDICA, Milano 2014, 649-660.

corso. Il problema è stato discusso anche con riferimento ai mutamenti di indirizzo da parte della giurisprudenza; prevale peraltro l'opinione che poiché la giurisprudenza non è per lo meno formalmente fonte del diritto e poiché i precedenti giurisprudenziali non sono in linea di principio vincolanti, non è tutelabile l'affidamento ingenerato da un indirizzo giurisprudenziale che poi viene a mutare³³. La questione può avere una rilevanza pratica notevole e non ha mancato di manifestarsi in più occasioni.

In particolare il problema si è già posto in materia di anatocismo. In linea di principio non è consentito l'anatocismo, vale a dire la capitalizzazione degli interessi affinché producano altri interessi (interessi composti) (art. 1283 c.c.). Si tratta di un residuo dello sfavore che un tempo rivestiva l'intera tematica degli interessi pecuniari, peraltro ormai in gran parte superato. Il codice fa peraltro salva la presenza di eventuali usi in senso contrario. Proprio sulla base di questa deroga per molti anni la Corte di Cassazione ha ritenuto valide le c.d. clausole di capitalizzazione trimestrale degli interessi passivi contenute nei contratti bancari, dietro indicazione dell'ABI³⁴; in seguito si è però giunti ad escludere che si trattasse di un uso normativo (art. 1340 c.c.), con conseguente nullità delle clausole in questione³⁵. Questo ha determinato il sorgere di delicati problemi anche sotto il profilo della legittimità dell'affidamento ingenerato dal precedente orientamento della Cassazione, sugli eventuali diritti quesiti delle banche, nonché sotto il profilo dell'esperibilità dei rimedi restitutori³⁶. In base all'opinione più diffusa l'interesse delle banche alla stabilità dell'interpretazione giurisprudenziale non sarebbe meritevole di tutela; tradizionalmente la giurisprudenza non è infatti considerata fonte del diritto, per lo meno da un punto di vista formale, ed in Italia non trova applicazione il principio del precedente vincolante³⁷.

33 G. GRASSO, *Cassazione anatocismo e istituti di credito: possono le banche vantare un legittimo affidamento sull'interpretazione uniforme della Suprema Corte di Cassazione?*, in *RDC*, 2006, II, 61.

34 Cass., 15 dicembre 1981, n. 6631.

35 Cass., 16 marzo 1999, n. 2374, *GC*, 1999, I, 1301, 1585; *BBTC*, 1999, II, 649; *Contr.*, 1999, 437; *Corr. giur.*, 1999, 562; *Danno e resp.*, 1999, 914; *Fall.*, 1999, 1230; *FI*, 1999, I, 1153; *GI*, 1999, 1221, 1873; *Not.*, 1999, 309; *RDCo*, 1999, II, 167; Cass., 30 marzo 1999, n. 3096, *GC*, 1999, I, 1301; *BBTC*, 1999, II, 649; *GC*, 1999, I, 1585; *Corr. giur.*, 1999, 561; Cass., S.U., 4 novembre 2004, n. 21095, *FI*, 2004, I, 3294.

36 Per un contrasto di opinioni: ANGELONI, *La ripetizione degli interessi anatocistici corrisposti sulla base di apposite clausole contrattuali anteriormente al mutamento dello indirizzo della S.C. che ne sanciva la legittimità*, in *CeI*, 2000, 1169; G. GRASSO, *Cassazione, anatocismo e istituti di credito: possono le banche vantare un legittimo affidamento sull'interpretazione uniforme della Suprema Corte di Cassazione?*, in *RDC*, 2006, II, 61.

37 Così G. GRASSO, *op. cit.*,

In realtà il problema sorge proprio a questo punto; posto infatti che in base all'insegnamento corrente il contratto è soggetto alla disciplina normativa vigente al tempo della sua conclusione, si tratterebbe di capire se una tale tutela sia limitata al solo formante legislativo in senso stretto, in conformità all'opinione tradizionale, o se viceversa essa sia estesa anche al formante giurisprudenziale, ed in secondo luogo se un'eventuale disparità di trattamento tra formante legislativo e giurisprudenziale appaia giustificata o meno in base al principio di uguaglianza (art. 3 Cost).

In primo luogo è possibile considerare che l'impostazione tradizionale appare sempre più superata alla luce della crescente rilevanza del formante giurisprudenziale; posto infatti che a livello di teoria generale delle fonti ormai è appurato che la giurisprudenza ha acquisito una rilevanza inimmaginabile nel XIX secolo, quando la scuola dell'esegesi aveva relegato la giurisprudenza ad un ruolo meramente esecutivo; posto quindi che la giurisprudenza può ormai essere considerata a tutti gli effetti fonte del diritto al pari della legge, ne consegue che appare sempre più ingiustificato riservare alla giurisprudenza un trattamento differente rispetto al formante legislativo; l'interpretazione corrente, che non pone limitazioni all'applicabilità dei *revirement* giurisprudenziali ai rapporti in corso, si pone infatti in palese contrasto con il principio *tempus regit actum*; se infatti è vero che il contratto è soggetto alla disciplina giuridica vigente al tempo della sua conclusione (*tempus regit actum*), non vi è ragione per limitare un tale principio al solo formante legislativo; anzi una tale interpretazione, con conseguente diversificazione del regime applicabile al formante legislativo ed a quello giurisprudenziale, potrebbe apparire ingiustificata ed in contrasto con il principio di uguaglianza (art. 3 Cost.). Preferibile sarebbe dunque ritenere che il principio *tempus regit actum* trovi applicazione anche con riferimento al formante giurisprudenziale, con conseguente inapplicabilità della nuova linea interpretativa ai rapporti in corso³⁸.

Un problema analogo può porsi anche in materia di determinazione del *quantum* dell'assegno di divorzio; si ricorda a questo proposito che la Corte di Cassazione, innovando rispetto ad un orientamento consolidato, ha chiarito che l'assegno di divorzio, il quale ha natura prettamente assistenziale, non

38 Così esattamente: Cass., 20 novembre 1996, n. 10178, *Dir. fam.*, 1997, 582: "Nell'ipotesi in cui vi sia stato procedimento giudiziale per accertare la quota della pensione di reversibilità spettante al coniuge divorziato superstite in concorso con il nuovo coniuge divorziato percettore della pensione e deceduto, qualora, in sede di rinvio a seguito di sentenza di legittimità, abbia a mutare l'orientamento pregresso del S.C. nell'interpretazione della vigente normativa in materia, al giudice del rinvio non è consentito aderire al nuovo orientamento, che non è assimilabile allo *jus superveniens*, dovendo egli dare applicazione al principio enunciato allorché il rinvio è stato disposto e da lui non sindacabile".

ha come finalità quella di consentire al coniuge più debole il mantenimento dello stesso tenore di vita goduto in costanza di matrimonio, ma piuttosto quella di garantire l'indipendenza e l'autosufficienza economica del coniuge che lo richiede³⁹; ne consegue che il coniuge economicamente autosufficiente non ha diritto a percepire l'assegno, ancorché questo comporti un peggioramento del suo tenore di vita; a parte deve ovviamente essere conteggiato l'eventuale assegno per i figli, i quali viceversa conservano il diritto a mantenere lo stesso tenore di vita.

Resta ovviamente il dubbio se questa nuova impostazione rilevi solo per il futuro o se viceversa trovi applicazione anche con riferimento alle vertenze già oggetto di giudizio; da un lato è possibile considerare che per regola generale le innovazioni giuridiche, specie se di fonte legislativa, rilevano solo per il futuro (*tempus regit actum*), salva diversa indicazione del legislatore; meno chiaro è se un tale principio di irretroattività trovi applicazione anche con riferimento ai *revirement* giurisprudenziali, come peraltro sembrerebbe preferibile; si consideri ancora che sebbene il provvedimento del giudice determinativo del *quantum* dell'assegno sia sempre suscettibile di revisione in presenza di mutamenti della situazione di fatto, in questo caso l'innovazione non riguarda i fatti, ma piuttosto l'interpretazione della disciplina giuridica, il che dovrebbe escluderne la retroattività; è peraltro possibile ritenere che non mancheranno i tentativi di estenderne l'applicazione anche ai rapporti pregressi.

7. Il ruolo delle Corti europee

In un contesto caratterizzato dall'inerzia dell'Europa nell'attuare una decisa politica tesa all'uniformazione legislativa del diritto privato europeo, centrale diventa il ruolo delle Corti sovranazionali ed in particolare europee. Del resto non è scontato che l'uniformazione del diritto privato europeo debba necessariamente essere di matrice legislativa; come ci insegna il modello di *common law*, l'uniformazione giuridica può essere efficacemente attuata anche in virtù di un sistema centrale di corti; è solo questione di tempo. Il diritto giurisprudenziale può infatti costituire un'efficace alternativa a quello legislativo. Del resto ormai da anni le Corti europee stanno macinando casi su casi, fornendo in molti casi utili indicazioni anche per l'evoluzione del diritto interno dei singoli ordinamenti.

³⁹ Cass., 10 maggio 2017, n. 11504.

8. Il ruolo delle Corti nazionali

Il problema si pone all'incirca nei medesimi termini anche con riferimento al diritto interno italiano; come abbiamo già avuto modo di rilevare, l'inerzia del legislatore nell'apportare le necessarie riforme apre la porta all'intervento giurisprudenziale.

Come ben evidenzia in particolare l'esempio tedesco, la giurisprudenza in applicazione delle clausole generali ed in particolare del principio di buona fede, può fare molto per veicolare all'interno dell'ordinamento nuovi principi ed istituti; come è ben noto, in Germania una giurisprudenza innovativa ha saputo introdurre una miriade di innovazioni in applicazione del principio di buona fede in senso oggettivo (§ 242 BGB); innovazioni che in seguito sono confluite nel BGB in sede di riforma del 2002; in queste condizioni la giurisprudenza, opportunamente illuminata dalla dottrina, ben può, in applicazione delle clausole generali veicolare all'interno dell'ordinamento tutte quelle innovazioni che sarebbe auspicabile introdurre, svolgendo così un ruolo di supplenza nei confronti del legislatore⁴⁰.

In questa direzione si è del resto mossa anche la giurisprudenza di altri ordinamenti europei, come per esempio quello spagnolo, che ha saputo introdurre l'istituto della revisione del contratto nei casi di sopravvenienza contrattuale⁴¹, al pari di quanto è avvenuto in Germania ed in Francia. Si tratta di un esempio importante, il quale rende evidente come la giurisprudenza ben possa sostituirsi al legislatore, anticipandone ogni qualvolta necessario l'operato.

40 Più ampiamente: P. GALLO, *Contratto e buona fede*, cit.

41 P. ABAS, *Il Tribunale supremo spagnolo ammette la revisione del contratto in caso di sopravvenienza contrattuale*, *RDC*, 2015, 1194-1197.

OMBRETTA SALVETTI

L'utilizzo del diritto comparato nella giurisprudenza italiana in tema di fatti illeciti

Sommario: 1. L'utilizzo del diritto straniero; – 1.1 La penetrazione del diritto straniero nel diritto italiano; – 1.2 L'utilizzo della comparazione da parte delle Corti; – 1.2.1 L'uso normativo puro della comparazione; – 1.2.2 L'utilizzo dialettico o problematico della comparazione; – 2. Diritto straniero e ordine pubblico; – 2.1 Il caso dei danni punitivi; – 2.1.1 L'ordinanza della Corte di Cassazione n. 9978/2016; – 2.1.2 Il revirement operato dalle Sezioni Unite; – 3. Conclusioni

1. L'utilizzo del diritto straniero

L'argomento dell'applicazione del diritto straniero, sia relativamente a norme positive, sia relativamente a principi derivati dall'elaborazione giurisprudenziale del giudice di altro ordinamento, viene solitamente affrontato sotto diversi aspetti: il primo e più ovvio è quello dell'applicazione necessitata del diritto straniero, in virtù di un criterio di collegamento contenuto nella norma italiana, che impone la decisione della fattispecie in base ad un diritto straniero applicabile al caso di specie: tipici i principi di diritto internazionale privato.

In tema di illecito extracontrattuale e responsabilità extracontrattuale per danno da prodotto difettoso, ad esempio, valgono gli artt. 62 e 63 della legge 31.5.1995 n. 218, secondo cui la responsabilità per fatto illecito è regolata dalla legge dello Stato in cui si è verificato l'evento, tuttavia il danneggiato può chiedere l'applicazione della legge dello Stato in cui si è verificato il

fatto che ha causato il danno, mentre la responsabilità per danno del prodotto è regolata, a scelta del danneggiato, dalla legge in cui si trova la sede del produttore oppure dello Stato in cui il prodotto sia stato acquistato, qualora immesso in commercio con il consenso del produttore. Qualora, poi, il fatto illecito coinvolga soltanto cittadini di un medesimo stato in esso residenti, si applica la legge di tale Stato. In ambito europeo è attualmente in vigore il Regolamento CE n. 864/2007 (c.d. Roma II) sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali, che prevede, quale criterio generale, il criterio di collegamento della *lex loci damni* (art. 4 reg. Roma II).

In questi casi l'applicazione della normativa estera è, da parte del giudice, necessitata e adattata dal richiamo effettuato dalla legge nazionale, pur presentando sempre profili di elevata complessità interpretativa. Il principio *iura novit curia*, infatti, di fronte alla normativa estera, si misura con il problema di apprendere il contenuto delle norme straniere applicabili, per cui si suole ricorrere o a perizie interpretative da parte di giuristi esperti, ovvero a richiesta di estratti normativi e pareri da parte delle ambasciate interessate. Sul punto l'art. 14 della L 218/95 cit. prevede, infatti, che l'accertamento della legge straniera sia effettuato d'ufficio dal giudice e che a tal fine questi possa avvalersi, oltre che degli strumenti indicati dalle convenzioni internazionali, di informazioni acquisite per il tramite del Ministero della Giustizia o che, appunto, possa interpellare esperti o istituzioni specializzate.

Io stessa mi sono avvalsa di tali strumenti in occasione della trattazione, in primo grado, nel lontano 2004/2005 del procedimento civile di risarcimento dei danni patrimoniali per il disastro aereo di un velivolo della compagnia aerea di linea russa precipitato a San Francesco al Campo, vicino all'aeroporto di Caselle, intentato dalla società di diritto russa che si affermava proprietaria del velivolo contro la compagnia aerea, per cui data la soggettività omologa di ambedue le parti ed il fatto che gli effetti pregiudizievoli erano stati risentiti in Russia, avevo dovuto acquisire ed interpretare le norme russe in materia di obbligazioni da illecito extracontrattuale e risarcimento danni. La sentenza¹ era successivamente stata oggetto di appello² e, contemporaneamente, di un procedimento di opposizione ex art. 404 c.p.c. da parte di terzo soggetto, una società panamense, mai costituitosi nel primo procedimento, che successivamente alla pubblicazione della sentenza, verificato l'accoglimento della domanda risarcitoria per un importo ragguardevole, aveva fatto la sua prima comparsa, affermandosi il vero proprietario del velivolo, in virtù di un collegamento contrattuale complesso fra la compagnia aerea, il presunto proprietario, indicato come una sorta di noleggiatore e la società che si affermava proprietaria, in cui la Corte d'Ap-

1 Trib. Torino 21.1.2005 n. 413.

2 C. App. Torino, sez III, sent. 853/09.

pello di Torino aveva poi finito per applicare la legge contrattuale inglese e riconoscere la validità di un patto commissorio, ritenuto non contrastante con l'ordine pubblico internazionale³.

1.1 La penetrazione del diritto straniero nel diritto italiano

Occorre ricordare, come seconda prospettiva di applicazione del diritto straniero, il caso in cui i principi giuridici comunitari o comunque estranei hanno finito per penetrare nell'ordinamento, venendo recepiti in norme positive interne: ne abbondano esempi nella normativa in tema di responsabilità del produttore, di responsabilità per i contratti di viaggio e di danni da vacanza rovinata, ecc.

In tema di responsabilità del produttore, può ricordarsi, in giurisprudenza, la sentenza della Cassazione del 2014⁴ che, a conferma di una pronuncia della Terza Sezione della Corte d'Appello di Torino, ha richiamato il principio di precauzione, quale criterio di prudenza a cui deve essere improntata la condotta del produttore, principio assai in voga a livello comunitario (si pensi alla normativa in materia di tutela dell'ambiente), facendone applicazione.

1.2 L'utilizzo della comparazione da parte delle Corti

Diversa, e più funzionale alla presente trattazione è l'ipotesi del ricorso non necessitato, da parte delle Corti italiane, a principi e norme proprie di altro ordinamento, che si verifica quando, cioè, il giudice ricorre volontariamente e spontaneamente, nella decisione del caso, a tali elementi estranei all'ordinamento, richiamandoli nella motivazione.

Certa dottrina distingue i possibili usi della comparazione, in tale caso, nella seguente tripartizione⁵:

I) uso normativo della comparazione, che si verifica quando la constatazione pura e semplice dell'esistenza di una certa soluzione giuridica in altro ordinamento viene considerata ragione di per sé sufficiente per giungere ad una certa decisione sul caso dedotto in giudizio;

II) uso dialettico o problematico della comparazione, che si ha quando il giudice analizza le esperienze straniere e le soluzioni raggiunte, onde verificarne i risultati pratici e trarne argomenti empirici;

III) uso esornativo o superfluo della comparazione, che si verifica quando

³ Cfr. anche Cass. SS.UU. 5.7.2011 n. 14650 che ha confermato la sentenza sub 7).

⁴ Cass. Civ. Sez. II, 30.5.2014 n. 15824.

⁵ Cfr. G. SMORTO, *L'uso giurisprudenziale della comparazione*, in *Europa e diritto privato*, 2010, 1 ss.

il richiamo ad esperienze straniere costituisce solo un arricchimento culturale, ma poi viene applicato il diritto interno. In questi ultimi casi, in realtà, si tratta di sfoggio di erudizione, e la decisione poi non fa uso di alcunché di *extraneus*⁶.

1.2.1 L'uso normativo puro della comparazione

L'uso normativo puro della comparazione, allo stato, è impossibile per il Giudice italiano, e, in generale, penso, in ambito di *Civil Law*, ostandovi sia il principio generale dell'obbligatorietà delle leggi interne dal quindicesimo giorno successivo a quello della loro pubblicazione (art. 10 disp. prel. c.c.) sia le regole sull'interpretazione ed applicazione della legge di cui all'art. 12 disp. prel. cc, il cui secondo comma prevede, da un lato, la preliminare ricerca di una norma positiva applicabile al caso concreto, in difetto il ricorso all'analogia e, da ultimo, in caso di dubbio irresolubile sull'interpretazione della norma (italiana) applicabile al caso dedotto in giudizio, che si debba decidere secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato. A norma dell'art. 101 Cost., il giudice italiano è, del resto, soggetto alla legge e, soltanto alla legge, che, naturalmente, è quella italiana.

Tutta da verificare sarebbe la possibilità di elaborazione di una nozione di "principi generali dell'ordinamento internazionale" valevole agli effetti dell'art. 12 cit., ma, allo stato, l'eventuale applicazione normativa concreta, da parte del Giudice italiano, di disposizioni estere in luogo di quelle italiane vigenti o di espansione estensiva dell'art. 12 cit. al concetto di "*ordinamento giuridico internazionale*" potrebbe costituire, a mio avviso, in mancanza di un preciso criterio normativo di collegamento, addirittura un abuso suscettibile di procedimento disciplinare da parte del C.S.M..

1.2.2 L'utilizzo dialettico o problematico della comparazione

L'utilizzo dialettico o problematico della comparazione (sub II), invece, si distingue in distruttivo, se la decisione analizza il principio estraneo, magari invocato da una delle parti, per negarne l'applicazione sulla base del principio della difesa del diritto interno, oppure costruttivo, quando ne viene, invece, fatta applicazione.

Qui interessa soprattutto il secondo tipo di decisioni.

6 Cfr. Cass. 3/8/1991 n. 9277, ove si ravvisa la responsabilità del venditore di prodotto difettoso nel non aver acquistato il prodotto poi rivenduto da un "buon fabbricante" mutuando l'espressione da un'acitata decisione dell'Alta Corte di Giustizia britannica; cfr. anche Cass. 7/1/1991 n. 60, che, riconoscendo la risarcibilità dei diritti riflessi, cioè dei diritti di cui sono portatori soggetti diversi da quello leso dal fatto illecito, lesi appunto per conseguenza di quella lesione, cita la definizione di lesione "di rimbalzo" utilizzata dalla dottrina francese: in nessuno di questi due casi la decisione è poi frutto dell'applicazione di un qualche istituto, o principio, estraneo all'ordinamento italiano.

E la casistica dimostra la fondatezza dell'analisi dottrina (Rescigno) che individua proprio nella materia della responsabilità extracontrattuale quella ove il metodo comparatistico costruttivo può esplicare, e di fatto ha esplicato, gli effetti quantitativamente e qualitativamente più incisivi.

Si pensi alla formazione giurisprudenziale di un sistema armonizzato di tutela di diritti di rilevanza costituzionale, improntato a principi europei solidaristici.

Si pensi a Cass. 20/5/1998 n. 5031 che ha ascritto, superando precedente giurisprudenza, la fattispecie del danno da cose in custodia al novero della responsabilità oggettiva: in un passo della sentenza si legge che dalla giurisprudenza francese la Cassazione mutua il concetto di presunzione di responsabilità e non di presunzione di colpa.

Si pensi anche a Cass. 17152/2002 che, in ambito di responsabilità della P.A. per insidia stradale, ha rigettato la tesi dell'incompatibilità della responsabilità dell'Amministrazione per insidie stradali e della colpa concorrente del danneggiato (art. 1227 c.c.) richiamando il concetto di *comparative negligence* mutuato dal sistema inglese.

O ancora, a Cass. 22/1/1999 n. 589, che ritiene applicabile la responsabilità contrattuale, da "*contatto sociale*", al caso del danno provocato da errore medico, in riguardo al rapporto fra paziente e medico dipendente dalla struttura sanitaria pubblica, inquadrandolo fra quei rapporti che sono di origine contrattuale ma senza una base negoziale, derivanti dal semplice "contatto sociale" secondo l'ormai nota espressione di matrice tedesca.

Si è sostenuto in Dottrina⁷ che l'utilizzo del metodo comparatistico "costruttivo" si rivela più proficuo e più audace quando vengono in considerazione questioni etiche, con l'enucleazione di principi solidaristici; e questo spiega anche l'abbondanza di decisioni del genere considerato nell'ambito della responsabilità extracontrattuale medica, che, appunto, è stata trasformata fino a farla diventare contrattuale come nel caso citato, all'evidente fine di invertire, o almeno alleggerire, l'onere della prova gravante sul danneggiato, effetto attenuato, tuttavia, dalla determinante incidenza che, in tale campo, spiega la consulenza tecnica, di cui il Giudice dispone anche d'ufficio e dal cui esito dell'accertamento finisce per dipendere la decisione qualunque sia la natura giuridica della fonte della responsabilità.

Il metodo comparatistico costruttivo ha avuto una sorta di positivo riconoscimento in altra nota sentenza della Suprema Corte⁸ del 2009, in tema di accertamento della capacità giuridica del nascituro, in una fattispecie in cui si dibatteva dell'insorgere, in capo al concepito, di diritti risarcitori per i danni subiti da trattamento farmacologico cui era stata sottoposta la gestan-

⁷ cfr. G. SMORTO, *op. cit.*

⁸ Cass. Civ11/5/2009 n. 10741

te senza adeguata informazione sugli effetti collaterali. In tale occasione, i giudici di legittimità hanno sostenuto, quale conseguenza dell'avvento dello stato sociale, l'avvio di un *processo di depatrimonializzazione e decodificazione del diritto privato, con il venir meno della individuazione di tutti gli interessi meritevoli di tutela in un unico testo normativo*. In definitiva, secondo i giudici di legittimità, tale fenomeno avrebbe avvicinato gli ordinamenti come il nostro, basati in teoria sul principio della necessaria ed esclusiva base normativa del diritto, a quelli di Common Law, attraverso l'utilizzo di clausole generali come buona fede, solidarietà, funzione sociale della proprietà ecc.

Tali clausole consentirebbero, secondo la tesi della Cassazione, proprio per intenzione del legislatore in tal senso, all'interprete, di individuare e far emergere nuovi interessi meritevoli di tutela, consentendogli, ovviamente se di un giudice si tratta, di fornire, tale tutela, "attualizzando" il diritto «con evidente applicazione del modello ermeneutico tipico della *Interessenjurisprudenz* (cd. giurisprudenza degli interessi, in contrapposizione alla *Begriffsjurisprudenz* o giurisprudenza dei concetti quale espressione di un esasperato positivismo giuridico). In tal modo si eviterebbe sia il rischio, insito nel cd. sistema chiuso (del tutto codificato e basato sul solo dato testuale delle disposizioni legislative senza alcun spazio di autonomia per l'interprete), del mancato, immediato adeguamento all'evolversi dei tempi, sia il rischio che comporta il cd. sistema aperto, che rimette la creazione delle norme al giudice sulla base anche di parametri socio giuridici (ordine etico, coscienza sociale etc.) la cui valutazione può diventare arbitraria ed incontrollata».

Ma qui, laddove le clausole generali vengano tratte da ordinamenti stranieri, il giudice dovrà fare attenzione ai trabocchetti linguistici, ai c.d. "falsi amici" ed alle correlate potenziali "figuracce" motivazionali. Guido Alpa, in suo acuto scritto⁹ segnala, ad esempio che talvolta, nelle sentenze italiane, l'uso di concetti giuridici ed istituti stranieri è erroneo, in quanto frutto di un *misunderstanding* linguistico e cita, ad esempio, l'erronea confusione del concetto di "*good faith*" inglese con la nostra "buona fede", a causa di un'assonanza di parole che tuttavia inganna, (al pari del significato del vocabolo *sentence*, ad esempio).

Sempre in tema di *malpractice* medica e di *wrongful life*, è famosa, fra gli esperti di diritto comparato, una pronuncia della Cassazione del 2004¹⁰ che, in un caso di omessa diagnosi, da parte del ginecologo curante, del rischio

9 G. ALPA, *Il giudice e l'uso delle sentenze straniere. Modalità e tecniche della comparazione giuridica. La giurisprudenza civile*, Relazione presentata al congresso della Corte Cost. e del CNF, Roma, 21.10.2005.

10 Cass. Civ. Sez. III n. 14488/04

di talassemia maior per una nascita in cui ambedue i genitori erano affetti da tale patologia, sull'errato presupposto che il padre non fosse malato, nonostante documentazione medica comprovante il contrario, ha qualificato il contratto intercorso fra la gestante ed il sanitario come contratto con effetti protettivi a favore di terzo, richiamando la dottrina tedesca del *Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter*, individuando il terzo nel nascituro, ancorché la prestazione si fosse svolta prima della sua nascita. I genitori avevano chiesto i danni *jure proprio* e per la figlia, invocando il suo diritto a nascere sana, ma il Giudice di primo grado (Tribunale di Brindisi) aveva accolto solo la domanda a titolo contrattuale della coppia, sotto il profilo dell'omessa corretta informazione e dell'impossibilità di esercitare il diritto di abortire, rilevando che per la bimba, estranea al contratto e non ancora nata, non sussisteva nesso di causalità fra l'omessa diagnosi e la patologia da cui era affetta e che l'informazione corretta avrebbe di fatto impedito alla stessa di venire ad esistere, negandole il risarcimento. La Corte d'Appello aveva rigettato gli appelli. La Cassazione, a fronte del motivo di ricorso fondato sul diritto della bambina al ristoro della "vita ingiusta", dunque a non nascere, ha rigettato il ricorso, negando che esista nel nostro ordinamento un vero e proprio diritto all'aborto eugenetico, ma per quanto riguarda la tematica della *wrongful life* ha citato ampiamente le dottrine e la giurisprudenza francesi, tedesche ed anche nordamericane, nonché il precedente, identico, costituito dal c.d. *affaire Perruche* deciso dalla Corte di Cassazione Francese il 28 11.2001 in Assemblea Plenaria, che tanto aveva fatto scalpore in Francia, da provocare, sull'onda dell'indignazione per l'accoglimento della domanda, l'emanazione di una legge¹¹ che ha statuito che nulla possa essere richiesto dal minore handicappato per il solo fatto della nascita, quando l'handicap non sia stato provocato o aggravato da errore medico.

In questo caso la nostra Cassazione ha fatto un uso dialettico distruttivo della comparazione, avuto riguardo al precedente giurisprudenziale, ispirandosi, invece, in modo costruttivo alla norma estera.

2. Diritto straniero e ordine pubblico

Occorre, da ultimo, esaminare un'ulteriore ipotesi di incontro/scontro del diritto straniero con i giudici italiani, che si verifica in sede di riconoscimento delle sentenze straniere in Italia, allorchè si tratti di applicazione di istituti estranei al nostro ordinamento e occorra il vaglio della compatibilità con il nostro "ordine pubblico".

¹¹ Legge francese n. 303/2002

Restando sempre in ambito di responsabilità da illecito è qui d'interesse verificare la recente evoluzione giurisprudenziale della nozione di "ordine pubblico" in relazione alla funzione del risarcimento dei danni nel nostro ordinamento ed alla *vexata quaestio* dei c.d. danni punitivi, previsti nell'ordinamento USA e in quello anglosassone, ma finora considerati estranei al nostro, in considerazione della distinzione fra sanzioni penali e risarcimento civile e della natura privata e non pubblica delle azioni civili risarcitorie.

2.1 Il caso dei danni punitivi

Nel 2007 la nostra Cassazione¹², per la verità in un caso di responsabilità del produttore in cui veniva richiesta la delibazione di una sentenza della Corte Distrettuale di Jefferson (Alabama, USA) che prevedeva una penale esorbitante, ha trattato il tema del risarcimento dei danni in generale e ribadito l'orientamento classico secondo cui nel nostro ordinamento l'idea della finalità punitiva è estranea al risarcimento del danno, in quanto alla responsabilità civile è assegnato il compito precipuo di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subito la lesione, mediante la corresponsione di una somma di denaro che tenda ad eliminare le conseguenze del danno arrecato. La sentenza in questione ha espressamente aggiunto che tale concetto valeva per qualsiasi tipo di danno, anche non patrimoniale, e che dunque erano irrilevanti la capacità economica o lo stato di bisogno del danneggiato, ma che era quest'ultimo a dovere fornire la prova del pregiudizio risarcibile, mediante l'allegazione di concrete circostanze di fatto, restando escluso che tale prova possa essere considerata *in re ipsa*¹³.

Lo stesso orientamento è stato ribadito anche nel 2012 dalla S.C.¹⁴ che ha negato il riconoscimento ad una sentenza USA di condanna al risarcimento dei danni punitivi a favore di un lavoratore danneggiato, sempre sulla scorta del rilievo dell'impossibilità di riconoscimento, nel nostro ordinamento, di finalità punitive al risarcimento dei danni.

Una più recente pronuncia della Cassazione (2015)¹⁵ si è poi pronunciata sul tema delle c.d. pene private o *astreintes*, nello specifico su una particolare misura prevista dall'ordinamento belga, cioè la condanna accessoria alla condanna principale di pagamento di una somma in aumento per ogni giorno di ritardo, affermando il principio secondo cui le c.d. «astreintes previste in altri ordinamenti dirette ad attuare, con il pagamento di una somma crescen-

12 Cass. Civ. sez. III, n. 1183/07

13 cfr. anche Cass. Civ. n. 1633/2000

14 cfr. Cass. 8.2.2012 n. 1781

15 Cass. Civ. 15.4.2015 n. 7613

te con il protrarsi dell'inadempimento, una coercizione per propiziare l'adempimento di obblighi non coercibili in forma specifica, non sono incompatibili con l'ordine pubblico italiano», ed ha svolto una ricostruzione del sistema del risarcimento civile in Italia, che include anche numerose ipotesi normative di *astreintes* (ad es. l'art. 614 bis c.p.c., numerose disposizioni in materia di proprietà industriale, ecc.) rilevando ed escludendo, tuttavia, che le *astreintes* possano essere assimilate ai *punitive damages*, che pur ritiene, a sua volta, inammissibili nel nostro ordinamento.

2.1.1 L'ordinanza della Corte di Cassazione n. 9978/2016

Per contro, con recentissima ordinanza interlocutoria, la Prima Sezione della S.C. ha trasmesso alle Sezioni Unite, ai sensi dell'art. 374 secondo comma c.p.c. affinché decida la “questione di massima di particolare importanza” relativa proprio alla contrarietà all'ordine pubblico dei *punitive damages*¹⁶, sempre in un caso di richiesta di delibazione di una sentenza USA (Corte della Florida), stante il dubbio espresso dal relatore (La Morgese) sul principio compensativo.

La motivazione, di ampio respiro culturale, che ben delinea il progressivo espatrio del concetto di ordine pubblico, in giurisprudenza, dall'ambito puramente interno alla nozione di ordine pubblico internazionale, si ispira ai principi fondamentali «fondati su esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo comuni ai diversi ordinamenti e desumibili, innanzitutto, dai sistemi di tutela approntati a livello sovraordinato rispetto alla legislazione ordinaria» e interpreta l'evoluzione del concetto di ordine pubblico come ingresso nell'ordinamento nazionale di «istituti giuridici e valori estranei purché compatibili con i principi fondamentali desumibili, in primo luogo dalla Costituzione, ma anche dai Trattati fondativi e dalla Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea». Principi questi ultimi che mi paiono, peraltro, poco pertinenti con la fattispecie dedotta in giudizio (riconoscimento di una sentenza USA).

La citata ordinanza giustifica anche l'ingresso di prodotti giudiziali stranieri applicativi di regole diverse ma comunque non in contrasto con i valori costituzionali essenziali o non incidenti su materie disciplinate direttamente dalla Costituzione e menziona dettagliatamente indicazioni provenienti dal diritto comparato, citando la Corte Costituzionale Federale tedesca, la Cassazione francese ed il Regolamento del 2007 sulle obbligazioni extracontrattuali.

16 Ord. Cass.n. 9978/2016.

2.1.2 *Il revirement operato dalle Sezioni Unite*

Tale ordinanza di rimessione ha suscitato scalpore, anche con riferimento alla cronologia, dal momento che, in realtà, com'è noto, proprio le SS.UU. in epoca relativamente recente, con altra importante sentenza in tema di danno tanatologico¹⁷ avevano seccamente ribadito la funzione compensativa del risarcimento dei danni ed escluso ogni funzione punitiva, anche nell'ottica della causa giustificatrice dello spostamento di ricchezza, pronunciandosi contro l'ipotesi di risarcibilità del danno da morte *jure hereditatis* ammessa dalla sentenza della Terza Sezione n. 1361/2014 (Rel. Scarano) che aveva sollevato la questione innanzi alle SS.UU. e che, fra l'altro, ha fatto in motivazione un uso dialettico costruttivo, in parte anche *esorativo* della comparazione, laddove afferma che la tesi della non trasmissibilità agli eredi del diritto al risarcimento del danno non patrimoniale da morte in ragione della sua natura strettamente personale «si profili ormai generalmente recessiva sia nei sistemi di *common law*, ivi compreso quello americano, che nei sistemi di diritto continentale, nello stesso ordinamento tedesco riconoscendosi agli eredi la pretesa al risarcimento del danno non patrimoniale (*Schmerzensgeld*) acquistata in vita dal *de cuius*»¹⁸.

Ma ecco che le Sezioni Unite, nel 2017¹⁹, pronunciando sulla questione così rimessa alla sua attenzione, dopo avere in realtà dichiarato inammissibili per motivi processuali i motivi di ricorso aventi ad oggetto la questione dei c.d. danni punitivi (impossibilità di ritenere provato o anche solo di presumere il presupposto della doglianza, e cioè che la Corte USA della cui sentenza si chiedeva la delibazione, avesse effettivamente liquidato anche *punitive damages*, trattandosi di una transazione), avvalendosi dell'art. 363 comma 3 c.p.c., poichè si trattava di questione di particolare importanza, hanno aperto uno spiraglio alla delibabilità delle sentenze straniere contenenti previsioni di tal fatta, pur subordinatamente al rispetto dei principi di tipicità, prevedibilità e legalità delle sanzioni (in realtà limiti propri delle sanzioni penali), ed alla previsione di limiti quantitativi, alla luce dell'affermata concezione polifunzionale della responsabilità civile e di una valutazione transnazionale del concetto di ordine pubblico.

La motivazione della sentenza delle SS.UU., anch'essa di ampio respiro culturale, tutta incentrata su principi e normative comunitarie e su esiti armonizzanti, mediati dalle Carte sovranazionali, sembra, tuttavia, non tenere molto conto dell'estraneità della pronuncia USA oggetto di delibazione all'ordinamento europeo.

17 Cass. Civ. SS.UU. n. 15350/2015.

18 Cfr. Cass. N. 1361/2014 pag. 87.

19 Cass. SS.UU. n. 16601/2017, Rel. D'Ascola.

3. Conclusioni

Mutatis mutandis, al di là dell'ambito in cui queste pronunce sono state emesse e del fascino delle tematiche transnazionali, è d'uopo proporre qualche conclusiva riflessione concreta, che forse potrà non piacere ai sognatori illuminati, ma che è d'obbligo per chi esercita il mestiere di giudice *de jure condito* e non *de jure condendo*.

Non pare, da tal punto di osservazione, che possa attagliarsi al corretto esercizio della giurisdizione l'applicazione puramente discrezionale, da parte del giudice, ai casi concreti dedotti in giudizio, di principi generali e astratti mutuati, ora qui ora lì, da ordinamenti stranieri, stante il pericolo di derive ideologiche, di corsa al protagonismo giudiziario, dell'aumento del rischio di disparità di trattamento fra utenti di casi simili nell'ambito interno, del c.d. *forum shopping* e, addirittura, a voler pensare male, di possibile pilotaggio delle decisioni ad opera delle parti, tramite l'opportuna scelta della norma applicabile, presa fior da fiore da uno o dall'altro ordinamento estero, con la sostanziale conseguenza più che dell'armonizzazione, dell'aumento dell'incertezza del diritto.

L'armonizzazione ben venga dunque, ma sia codificata in impianti normativi unitari, cogenti e dettagliati, che non impongano, come ultimamente avviene, al giudicante, salti mortali interpretativi o il ricorso a pericolose analogie.

GEO MAGRI

Il DCFR come “scatola per gli attrezzi” per il giudice italiano

Sommario: 1. Diritto e interpretazione; – 2. Il giudice interprete: tra obbligo di interpretazione conforme e interpretazione creativa; – 3. L’articolo 12 delle preleggi e il ricorso al diritto comparato; – 4 Il DCFR come toolbox per le corti nazionali; – 5. Le finalità per le quali il diritto comune europeo può essere utilizzato dal giudice nazionale; – 6. Il ruolo dell’interpretazione giurisprudenziale nel processo di armonizzazione del diritto europeo

1. Diritto e interpretazione

La norma giuridica è, per definizione, generale e astratta, pertanto la sua applicazione alle singole fattispecie necessita di un procedimento che dal generale e astratto riconduca al caso concreto; tale procedimento è detto interpretazione. Solo attraverso l’interpretazione della regola e la sua applicazione al caso concreto il diritto diviene «parte irrinunciabile della naturale tassonomia del mondo» e, come tale, percepibile ai consociati¹. Questa caratteristica avvicina molto il diritto alla musica; entrambi i fenomeni necessitano dell’attività di un interprete per divenire esteriormente percepibili².

1 D. DI MICCO, voce *Interpretazione della regola*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, aggiornamento *****, p. 457

2 La similitudine tra l’attività del giurista e quella del musicista ha interessato non poco la dottrina; senza pretese di completezza basti rimandare a: S. PUGLIATTI, *L’interpretazione musicale*, Messina, 1940; E. BETTI, *Teoria generale della interpretazione*, MILANO, 1955, 2 voll.; G. IUDICA, *Interpretazione giuridica e interpretazione musicale*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, II, p. 467 ss.; J. RUFFIER-MERAY, *Lire la partition juridique. Interpretation en droit et en musique*, in J.J. Sueur (a cura di) *Interpreter et traduire*, Bruxelles, 2007, pp. 233 ss; G.

Musica e diritto sono entrambe discipline ‘performative’. Pensiamo alla partitura di una sinfonia sulla quale sono presenti, come nel testo di una legge, una serie di grafemi che devono essere interpretati e tradotti in suono percepibile dal pubblico. Come il giurista, anche il musicista si trova ad affrontare problemi ermeneutici che determinano il risultato esecutivo, rendendo l’interpretazione più o meno convincente. Nell’interpretazione del testo il giurista e il musicista non sono liberi, ma devono rispettare delle regole se vogliono evitare che la loro interpretazione sia irrispettosa del testo. Così, se il musicista che interpreta una sinfonia è vincolato non soltanto dalle note scritte sulla partitura, ma anche dalle indicazioni agogiche e dai segni dinamici o da quelli di espressione, il giurista è vincolato dalle regole che gli indicano in quale modo interpretare le norme giuridiche. Tali regole sono enunciate negli artt. 12 – 14 delle preleggi.

In base all’articolo 12, il primo dovere dell’interprete è quello di attribuire alla norma il senso «fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse», avendo riguardo all’intenzione del legislatore³. La disposizione delle preleggi impone quindi due canoni ermeneutici: il primo è quello dell’interpretazione letterale, in base al quale l’interprete deve individuare il senso palese delle parole in base alla loro connessione; il secondo è quello dell’interpretazione logica, in forza del quale si deve ricostruire l’intenzione del legislatore (cd. *voluntas legis*).

Le regole sull’interpretazione hanno la funzione di impedire che l’eccessiva libertà dell’interprete si trasformi in arbitrio sovvertendo il testo approvato dal legislatore; tuttavia appare utopistico pensare che il carattere letterale dell’enunciato normativo sia garanzia di un risultato interpretativo certo e immutabile⁴. Il diritto, infatti, anche quando è scritto, è inevitabilmente permeabile a impliciti extratestuali che determinano il modo nel quale la regola formalizzata nel testo viene concretamente applicata dall’interprete all’interno dell’ordinamento⁵. Del resto il linguaggio del diritto, al pari di

RESTA, *Variazioni comparatistiche sul tema: “diritto e musica”*, in www.comparazionedi-rittocivile.it; M. BRUNELLO, G. ZAGREBELSKY, *Interpretare. Dialogo tra un musicista e un giurista*, Torino, 2016.

3 In dottrina si osserva che, mentre il primo comma dell’art. 12 ha come destinatario l’interprete in senso generico, il comma secondo ha per destinatario soltanto il giudice cfr. G. GORLA, *I precedenti storici dell’art. 12 disposizioni preliminari del codice civile del 1942 (un problema costituzionale?)* in *Foro it.*, 1969, V, c. 112.

4 Per una critica efficace alle regole ermeneutiche contenute negli artt. 12 e 14 delle preleggi si veda R. SACCO *Il concetto di interpretazione del diritto*, Torino, rist. 2003, p. 18 e ss.

5 Cfr. R. CATERINA, *I vincoli del contesto: alcune riflessioni sulla teoria dell’interpretazione di Vittorio Villa*, in *D&Q*, n. 13/2013, p. 9 e ss., spec. p. 16 e ss.; D. DI MICCO, *op. cit.*, p. 458.

quello musicale, è ben lontano dall'essere perfetto ed entrambi, per quanto si sforzino di vincolare l'interprete attraverso canoni ermeneutici, finiscono necessariamente per lasciare un ampio margine di discrezionalità e di arbitrio: così, se il giurista è libero di decidere quale significato attribuire a un vocabolo tra più significati equivalenti⁶, oppure di prediligere la *voluntas legis* in senso storico piuttosto che in senso sistematico, il musicista è libero di decidere se eseguire un brano settecentesco usando l'intonazione moderna, che prevede il la a 440 Hz, o quella utilizzata all'epoca, oppure quale intensità dinamica, quale accentuazione ritmica o quale durata attribuire alle singole note⁷.

Resta pur vero che, come puntualizzava Betti⁸, se l'interprete è vincolato dal testo, esiste sempre un'antinomia tra «il vincolo di fedeltà e l'esigenza d'integrazione nell'attualità del riesprimere»⁹; ne consegue che il testo interpretato finisce per essere un parametro in base al quale valutare la fedeltà dell'interpretazione piuttosto che la garanzia di un risultato interpretativo certo e immutabile.

Inoltre, l'interpretazione della norma impone non solo di dare un significato al testo di essa, ma anche di tenere conto del sistema all'interno del quale la norma si colloca, sicché i criteri ermeneutici fissati negli articoli 12 e 14 delle preleggi appaiono insoddisfacenti e assai indeterminati e meriterebbero essi stessi di essere integrati da ulteriori criteri ermeneutici¹⁰ e più che una bussola per l'interprete sembrano apparire come i parametri in base ai quali valutare *ex post* la bontà della scelta interpretativa¹¹.

Un ottimo esempio di come l'interpretazione delle regole formalizzate sia influenzata dalla cultura dell'interprete e della società nella quale egli opera

R. SACCO, *L'interpretazione*, in G. Alpa, G. Guarneri, P. G. Monateri, G. Pascuzzi, R. Sacco, *Le Fonti non scritte e l'interpretazione*, Torino, 1999, p. 157 ss., spec., p. 258 parla a questo proposito di una "valigia dell'interprete", ossia di un bagaglio di nozioni e di concetti che ha radici nella filosofia, nella ragione, nell'economia, nella storia, nella comparazione e che condiziona il modo in cui il giurista interpreta il proprio diritto scritto.

6 H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, 2000, p. 122 sottolineava l'assenza di un metodo «positivamente giuridico, secondo il quale, fra i vari significati verbali di una norma, si possa ravvisare soltanto uno di essi come "esatto"».

7 G. RESTA, *Variazioni comparatistiche sul tema: "diritto e musica"*, in www.comparazioneDirittocivile.it

8 E. BETTI, *op. cit.*, vol. II, p. 791.

9 E. BETTI, *op. cit.*, vol. II, p. 653 ss.

10 R. SACCO, *op. cit.*, p. 18 ss.

11 In questo senso sembrano andare le osservazioni di G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale*, vol. I, *Il sistema delle fonti del diritto*, Torino, 1999, p. 70.

è offerto dal BGB; il codice tedesco, nato come una codificazione di stampo dichiaratamente liberale, è divenuto il codice della Germania nazista e poi, sino al 1° gennaio 1976, il codice della DDR¹². È evidente che le regole contenute nel BGB, pur essendo rimaste testualmente identiche, hanno mutato il loro significato tramite l’opera degli interpreti che le hanno adeguate al mutare della realtà politico-sociale nella quale operavano. È vero che un simile risultato è stato reso possibile soprattutto grazie alla presenza delle clausole generali che caratterizzano la codificazione tedesca e che hanno permesso di leggere le norme di dettaglio alla luce dei differenti valori che si affermavano di volta in volta, ma è altrettanto innegabile che l’esperienza tedesca dimostra quanto l’interpretazione possa incidere sull’applicazione della norma formalizzata in un testo e come disposizioni identiche possano finire per essere interpretate in modo diametralmente opposto, attribuendo all’interprete una funzione centrale¹³. Non pare neppure potersi dimenticare che un certo grado di adattabilità alle situazioni storiche emergenti è caratteristica insita in ogni ordinamento giuridico, pertanto, la determinazione di un significato certo e definitivo, immutabile nel tempo, appare poco auspicabile, poiché l’impossibilità di adattare in via interpretativa lo *ius condito* imporrebbe un continuo e impensabile intervento del legislatore¹⁴.

La libertà dell’interprete diviene ancora maggiore di fronte al *casus omis-sus*, ossia di fronte alla fattispecie che, pur non essendo stata disciplinata dal legislatore, deve trovare una regolamentazione attraverso il ricorso all’analogia. Si tratta di casi in cui nell’ordinamento è presente una lacuna c.d. tec-

12 Sul codice civile della DDR si veda G. CRESPI REGHIZZI, G. DE NOVA, R. SACCO, *Il Zivilgesetzbuch della Repubblica democratica Tedesca*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, I, p. 59 ss.

13 Sul punto cfr. G. GORLA, *L’interpretazione del diritto*, Milano, 1941, rist. 2003, *passim*, in particolare p. 15 e s., ove l’autore sottolinea come il legislatore non detti la norma per il caso concreto, la quale viene creata in seconda battuta dall’interprete.

14 G. ZAGREBELSKY, *op. loc. ult. cit.* In senso contrario ad un’interpretazione che attualizzi le norme che risultano superate dalle esigenze sociali si veda R. QUADRI, *Applicazione della legge in generale*, in Commentario Scialoja – Branca, Roma – Bologna, 1974, p. 202 e s. Secondo l’illustre autore una simile interpretazione finirebbe per comportare il rischio di «violentare la legge per sovvenire ai più modesti inconvenienti, quasi che la legge dovesse essere un’opera perfetta, duttile, capace di adattarsi automaticamente ad ogni mutamento di ambiente e di soddisfare ogni esigenza in piena logicità e coerenza... Scuotere l’autorità della legge, violentarla, per integrarla o completarla, per mutarla o sopprimerla, sia pure nell’intento di eliminare gli inconvenienti che la sua astrattezza e generalità comportano, non può essere il compito del giurista, ma dell’azzeccagarbugli». L’opinione pare essere un po’ troppo radicale, almeno in tutti quei casi in cui l’interpretazione adeguatrice sia sorretta dall’esigenza di interpretare la norma nel quadro di un sistema giuridico che è venuto a modificarsi e che fa apparire la vecchia norma come superata dall’intenzione del legislatore attuale.

nica, poiché il legislatore ha ommesso di regolare una situazione che avrebbe invece dovuto disciplinare¹⁵. A norma del comma secondo dell'art. 12 delle preleggi, «se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe»; se il caso restasse ancora dubbio esso andrà deciso in base ai «principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato». In queste ipotesi è l'interprete a dover creare la norma attraverso l'analogia *legis*, ossia facendo ricorso a una disposizione che disciplina un caso simile o attraverso i principi generali dell'ordinamento giuridico e quindi ricorrendo all'analogia *iuris*. È chiaro che il ricorso all'analogia, specialmente all'analogia *iuris*, permette all'interprete un notevole grado di discrezionalità nell'individuazione dei principi generali dell'ordinamento che, interpretati in modo analogo, possono portare alla soluzione del caso concreto.

Queste premesse sull'interpretazione, per quanto sintetiche, hanno la funzione di chiarire alcuni punti fermi che possono essere così riassunti: l'interpretazione non è impermeabile alla visione sociopolitica dell'interprete; l'interpretazione è attività inevitabilmente creatrice; l'interpretazione dello stesso testo varia al variare degli impliciti culturali che condizionano l'interprete; infine, la sola presenza di un testo scritto non è garanzia di interpretazione uniforme, poiché tutti i metodi di interpretazione sviluppati sino ad ora conducono soltanto ad un risultato possibile, ma mai ad un risultato esatto¹⁶. Come correttamente osservava Kelsen, interpretare non significa conoscere il diritto, ma estrarre dalle norme vigenti altre norme che vengono scoperte attraverso il procedimento interpretativo. La certezza del diritto sarebbe quindi una mera illusione che la teoria giuridica tradizionale si sforza consciamente o inconsciamente di mantenere, ma che si deve scontrare con l'incertezza conseguente alla necessità di interpretare¹⁷.

2. Il giudice interprete: tra obbligo di interpretazione conforme e interpretazione creativa

L'interpretazione può provenire da più soggetti e così si distingue tra un'interpretazione autentica, una giudiziale e una dottrinale. L'interpretazione autentica è, come noto, quella compiuta dal legislatore, il quale interviene con una norma successiva volta a chiarire il significato di una disposizione

15 H. KELSEN, *op. cit.*, p. 125. Per G. GORLA, *L'interpretazione, cit.*, p. 20 l'atto del legislatore sarebbe necessariamente lacunoso.

16 H. KELSEN, *op. cit.*, p. 122.

17 H. KELSEN, *op. cit.*, p. 124 e s.

precedente. In questa ipotesi si può persino dubitare che si abbia una vera e propria interpretazione e non, piuttosto, un nuovo intervento normativo¹⁸. L'interpretazione giudiziale è quella compiuta dal giudice nell'espletamento delle sue funzioni; essa, almeno negli ordinamenti che non seguono il principio dello *stare decisis*, vincola (o dovrebbe vincolare) soltanto le parti del giudizio, mentre ha (o dovrebbe avere) unicamente valore persuasivo con riguardo ai giudizi successivi¹⁹. È peraltro ormai acclarato che, anche negli

18 Secondo G. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, p. 91 l'interpretazione autentica sarebbe effettivamente attività interpretativa solo nel caso in cui il testo normativo sia poco chiaro, controverso o esistano interpretazioni dubbie e oscillanti. In difetto di una tale precondizione l'intervento deve essere qualificato come modificativo o sostitutivo del testo legislativo dato.

19 Sul valore del precedente nel nostro ordinamento esiste una letteratura estremamente ampia, senza pretese di completezza si rinvia a M. BIN, *Il precedente giudiziario. Valore e interpretazione*. Padova, 1995; S. CHIARLONI, *Un mito rivisitato: nota comparativa sull'autorità del precedente giurisprudenziale*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 614 ss.; F. GALGANO, *Il precedente giudiziario in civil law*, in F. Galgano (a cura di), *Atlante di diritto privato comparato*, Bologna, 2006, p. 29 ss.; M. SERIO, *Il valore del precedente tra tradizione continentale e “common law”*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, p. 109; M. TARUFFO, *Precedente e Giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, p. 709 ss.; G. VISINTINI, *La giurisprudenza per massime e il valore del precedente*, Padova, 1988. A dimostrazione del valore del precedente basti richiamare la recente pronuncia della Cassazione 22 giugno 2017, n. 15481, la quale ha affermato la necessità che la giurisprudenza si uniformi all'orientamento giurisprudenziale emerso dalla sentenza Grilli (Cass. 10 maggio 2017, n. 11504, in *Guida al diritto* 2017, fasc. 23, p. 16), secondo la quale « Il giudice del divorzio, richiesto dell'assegno di cui all'art. 5, comma 6, della l. n. 898 del 1970, come sostituito dall'art. 10 della l. n. 74 del 1987, nel rispetto della distinzione del relativo giudizio in due fasi: a) deve verificare, nella fase dell'*an debeatur*, se la domanda dell'ex coniuge richiedente soddisfa le relative condizioni di legge (mancanza di “mezzi adeguati” o, comunque, impossibilità “di procurarsi per ragioni oggettive”), non con riguardo ad un “tenore di vita analogo a quello goduto in costanza di matrimonio”, ma con esclusivo riferimento all’“indipendenza o autosufficienza economica” dello stesso, desunta dai principali “indici” – salvo altri, rilevanti nelle singole fattispecie – del possesso di redditi di qualsiasi specie e/o di cespiti patrimoniali mobiliari ed immobiliari (tenuto conto di tutti gli oneri *lato sensu* imposti e del costo della vita nel luogo di residenza dell'ex coniuge richiedente), della capacità e possibilità effettive di lavoro personale (in relazione alla salute, all'età, al sesso e al mercato del lavoro dipendente o autonomo), della stabile disponibilità di una casa di abitazione; ciò sulla base delle pertinenti allegazioni deduzioni e prove offerte dal richiedente medesimo, sul quale incombe il corrispondente onere probatorio, fermo il diritto all'eccezione ed alla prova contraria dell'altro ex coniuge; b) deve tener conto, nella fase del *quantum debeatur*, di tutti gli elementi indicati dalla norma (“condizioni dei coniugi”, “ragioni della decisione”, “contributo personale ed economico dato da ciascuno alla conduzione familiare ed alla formazione del patrimonio di ciascuno o di quello comune”, “reddito di entrambi”) e valutare “tutti i suddetti elementi anche in rapporto alla durata del matrimonio” al fine di determinare in concreto la misura

ordinamenti di *civil law*, ove il precedente non è vincolante, esso può assumere un valore altamente persuasivo nei confronti delle altre corti e quindi può incidere e di fatto incide sulle interpretazioni successive della norma.

L'interpretazione dottrinale, infine, è quella effettuata dagli studiosi del diritto; essa non ha valore vincolante, ma soltanto persuasivo e può influenzare l'interpretazione giudiziale sia offrendo criteri ermeneutici per le nuove disposizioni normative sia attraverso l'esame critico delle interpretazioni giurisprudenziali.

Correttamente Rodolfo Sacco ha osservato che l'interpretazione (dottrinale o giurisprudenziale) deve essere considerata essa stessa come fonte del diritto, poichè condiziona e determina la concreta applicazione del diritto scritto, contribuendo alla formazione della regola giuridica effettivamente operante²⁰.

In questa sede sembra di particolare interesse approfondire l'esame dell'interpretazione giurisprudenziale al fine di comprendere se e in quale modo i giudici italiani possano, attraverso le loro pronunce, favorire un percorso di armonizzazione del diritto italiano a quello degli altri ordinamenti europei utilizzando l'ausilio del diritto comune europeo o del diritto comparato nell'interpretazione del diritto italiano.

In base a una prima e forse un po' superficiale lettura dell'art. 101 secondo comma Cost., la risposta sembrerebbe decisamente negativa. La norma, disponendo che «i giudici sono soggetti soltanto alla legge», sembrerebbe escludere tassativamente la possibilità di fare ricorso a fonti extralegislative o alle *soft laws*. In realtà è senza dubbio affrettato affermare che il giudice sia vincolato soltanto alla legge, intendendo come tale il solo testo scritto risultante dalle norme vigenti in un determinato ordinamento. Tutti i tentativi di bloccare l'evoluzione del diritto in via interpretativa sono destinati a naufragare al pari di quello di Giustiniano, che vietò l'interpretazione della sua codificazione, per giungere sino al tentativo di affermare il dominio esclusivo della legge durante la Rivoluzione francese bandendo dal lessico giuridico le parole interpretazione e giurisprudenza²¹. La situazione reale è

dell'assegno divorzile, sulla base delle pertinenti allegazioni, deduzioni e prove offerte, secondo i normali canoni che disciplinano la distribuzione dell'onere della prova».

20 R. SACCO, P. ROSSI, *Introduzione al diritto comparato*, in *Trattato di diritto comparato*, dir. da R. Sacco, Torino, VI ed., 2015, p. 75 ss. Su questo tema si veda anche N. LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017.

21 Cfr. G. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, p. 83, il quale, citando l'esperienza romana e francese dimostra come l'attività dell'interprete non possa essere ingabbiata dal testo della legge. Si veda anche R. SACCO, *Codificare: modo superato di legiferare?*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, p. 117 ss., p. 125, secondo il quale, se non si può considerare superata l'idea di codice, deve considerarsi superata l'idea che il codice possa nascere privo di lacune, e che «la sua sola

quindi molto diversa da quella prefigurata da Montesquieu per cui il giudice era solo la *bouche de la loi*; un tale assunto presuppone necessariamente che la legge sia in grado di disciplinare ogni aspetto della vita dei consociati, ma è oltremodo evidente che ciò è impossibile e che quindi occorre un intervento integrativo da parte del giudice, almeno in tutti quei casi in cui il legislatore, non prevedendo una regola per il caso concreto, abbia lasciato al giudice il compito di equilibrare gli interessi in conflitto, oppure in quei casi in cui si renda necessario adeguare singole disposizioni normative per renderle conformi al sistema nel quale sono inserite. Di tale necessità si è reso perfettamente conto il legislatore svizzero, che, al capoverso dell’art. 1 del codice civile, ha riconosciuto al giudice la facoltà di individuare, in assenza di leggi e consuetudini contrastanti, «la regola che egli adotterebbe come legislatore»²². Il codice svizzero, quindi, ammette apertamente quello che le regole ermeneutiche italiane non hanno il coraggio di dire espressamente: quando il diritto scritto tace, è l’interprete che crea la regola, che ciò avvenga attraverso il ricorso all’analogia o tramite altri procedimenti ha poca importanza²³.

lettera possa offrire una buona soluzione per tutti i possibili casi del futuro» e N. LIPARI, *Il diritto civile, cit.*, p. 60 ss.

R. QUADRI, *op. cit.*, p. 204, nota 19 ricorda come nella legge urbinata del 1613 considerata come ultima legge delle citazioni si prevedeva che i tribunali non potessero discostarsi dal testo, dalla Glossa, dalla lettura di Bartolo e Baldo, «sotto pena al giudice che contraverà della privazione dell’Ufficio, agl’avvocati e procuratori della privazione dell’esercizio della professione loro». Secondo il Quadri l’esigenza di restringere la libertà dell’interprete era legata al bisogno di evitare che essa si trasformasse in arbitrio a scapito della certezza del diritto e a danno dei diritti dei cittadini.

22 Il testo dell’art. 1 dispone che: «1 La legge si applica a tutte le questioni giuridiche alle quali può riferirsi la lettera od il senso di una sua disposizione.

2 Nei casi non previsti dalla legge il giudice decide secondo la consuetudine e, in difetto di questa, secondo la regola che egli adotterebbe come legislatore.

3 Egli si attiene alla dottrina ed alla giurisprudenza più autorevoli».

La codificazione svizzera riprende la tesi di F. GÉNY, *Méthode d’interprétation et sources en droit privé positif: essai critique*, [1899], Paris, Librairie Generale de droit, 1919, t. II, p. 309. Secondo Gény, di fronte a un caso non disciplinato dal legislatore, il giudice avrebbe dovuto improntare il suo giudizio all’equità del caso concreto, individuando la regola che egli avrebbe adottato se fosse stato legislatore, cfr. C. LATINI, «L’araba fenice». *Specialità delle giurisdizioni ed equità giudiziale nella riflessione dottrinale italiana tra Otto e Novecento*, in *Quaderni fiorentini*, vol. 35, t. 1, 2006, p. 595 ss., spec. p. 628. Sull’art. 1 del codice elvetico si vedano G. ALPA, *L’arte di giudicare*, Bari – Roma, 1996, p. 33; A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, Milano, 2013, p. 328.

23 Un tale assunto, difficilmente accettabile sino a quando predominava la teoria del positivismo giuridico, appare oggi più seducente dal momento che, come correttamente

Sarebbe parimenti errato ritenere che il giudice sia vincolato alla sola legislazione nazionale; egli, infatti, è tenuto a rispettare il cd. obbligo di interpretazione conforme che non riguarda solo il testo della Costituzione, ma che si estende, in base all'art. 11 Cost., anche al diritto eurounitario. In forza di tale obbligo, il giudice, interpretando il diritto, è tenuto ad addivenire a un risultato conforme a quello voluto dalla carta costituzionale o dall'ordinamento dell'Unione Europea²⁴. Per quanto concerne più nello specifico l'obbligo di interpretazione conforme al diritto dell'Unione, esso trova la sua fonte, oltre che nell'art. 11 Cost., nel principio di leale collaborazione tra gli organi e gli Stati dell'Unione Europea e consente anche agli atti privi di efficacia diretta di assumere rilevanza all'interno dei singoli ordinamenti nazionali, in quanto indicano al giudice un parametro al quale adeguarsi nell'interpretazione²⁵. L'obbligo si estende, secondo la Corte di

osserva R. CATERINA, *op. cit.*, p. 13, la «cultura giuridica italiana è orfana del positivismo giuridico. Senza impegnarci in difficili periodizzazioni storiche, si può certamente dire che il positivismo giuridico è stato per un certo tempo la teoria del diritto dominante in Italia; e che non solo non lo è più, ma anzi conta un numero rapidamente decrescente di sostenitori».

24 L'esistenza di un obbligo di interpretazione conforme è ormai incondizionatamente accolto sia dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia che da quella nazionale, in particolare dalla Corte Costituzionale. Cfr., senza pretese di completezza, Corte di giustizia, 15 maggio 2003, causa C-160/01, *Mau*, in *Racc.* I-4791, par. 34; 5 ottobre 2004, causa C-397/01 – *Pfeiffer e a.*, in *Racc.* I – 8878, par. 114 «L'esigenza di un'interpretazione conforme del diritto nazionale è inerente al sistema del Trattato, in quanto permette al giudice nazionale di assicurare, nel contesto delle sue competenze, la piena efficacia delle norme comunitarie quando risolve la controversia ad esso sottoposta» e 8 novembre 2016, C-554/14 *Atanas Ognyanov*, in *Cass. pen.* 2017, p. 1214. Con riferimento alla giurisprudenza italiana cfr., tra le tante, C. Cass. 8 maggio 2017, n. 11165, in banca dati *De Jure*, secondo la quale «Occorre inoltre richiamare il consolidato principio dell'ordinamento, avente natura cogente per qualsiasi giudice, secondo cui, di fronte a possibili interpretazioni differenti di un medesimo testo normativo, occorre sempre preferire l'interpretazione che risulti conforme alla Costituzione ed al diritto comunitario»; C. Cost., 15 maggio 2015, n. 83, in *Foro amm.* 2015, p. 1639; Consiglio di Stato, sez. III, 13 maggio 2015, n. 2401, *ivi*, 2015, p. 1377.

In dottrina si veda. R. BARATTA, *Il telos dell'interpretazione conforme all'acquis dell'Unione*, in *Riv. dir. int.*, 2015, p. 28 ss.; A. BERNARDI, a cura di, *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione Europea. Profili e limiti di un vincolo problematico*, Napoli, 2015; V. PICCONE, *L'interpretazione conforme nell'ordinamento integrato*, in *Il diritto europeo nel dialogo delle corti*, Milano, 2013, p. 277 ss.; G. LA MALFA RIBOLLA, *Interpretazione conforme ed interpretazione uniforme: recenti questioni in tema di vendita internazionale di beni mobili*, in *Europa e dir. priv.* 2010, p. 891 ss. Con specifico riguardo all'interpretazione conforme del diritto privato all'ordinamento costituzionale ed eurounitario il rinvio d'obbligo è a P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, III ed. 2006.

25 Cfr. Corte di giustizia, 5 ottobre 2004, C-397/01 – *Pfeiffer e a.*, *cit.*, par. 110 «l'ob-

Giustizia, anche alla Carta dei diritti fondamentali²⁶ e ai principi risultanti dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia e della Corte Europea dei diritti dell'uomo²⁷.

Secondo la Corte di Cassazione l'obbligo di interpretazione conforme è prospettabile anche con riguardo a una disposizione non avente ancora valore normativo all'interno del nostro ordinamento. Nella fattispecie sottoposta alla Corte Suprema si doveva stabilire se una Convenzione internazionale non ancora ratificata, quindi priva di valore normativo, potesse comunque essere presa in considerazione nell'interpretazione del diritto vigente. In proposito la Cassazione ha affermato che: «sebbene il Parlamento ne abbia autorizzato la ratifica con la legge 28 marzo 2001, n. 145, la Convenzione di Oviedo non è stata a tutt'oggi ratificata dallo Stato italiano. Ma da ciò non consegue che la Convenzione sia priva di alcun effetto nel nostro ordinamento. Difatti, all'accordo valido sul piano internazionale, ma non ancora eseguito all'interno dello Stato, può assegnarsi – tanto più dopo la legge parlamentare di autorizzazione alla ratifica – una funzione ausiliaria sul piano interpretativo: esso dovrà cedere di fronte a norme interne contrarie, ma può e deve essere utilizzato nell'interpretazione di norme interne al fine di dare a queste una lettura il più possibile ad esso conforme»²⁸. La Corte Suprema non si limita ad affermare

bligio degli Stati membri, derivante da una direttiva, di conseguire il risultato da questa contemplato come pure il dovere loro imposto dall'art. 10 CE di adottare tutti i provvedimenti generali o particolari atti a garantire l'adempimento di tale obbligo valgono per tutti gli organi degli Stati membri, ivi compresi, nell'ambito di loro competenza, quelli giurisdizionali (v., in particolare, sentenze 13 novembre 1990, causa C-106/89, *Marleasing*, in *Racc.*, pag. I-4135, punto 8; *Faccini Dori*, *cit.*, punto 26; 18 dicembre 1997, causa C-129/96, *Inter-Environnement Wallonie*, in *Racc.*, pag. I-7411, punto 40, e 25 febbraio 1999, causa C-131/97, *Carbonari e a.*, in *Racc.* pag. I-1103, punto 48)».

26 Corte di giustizia, 4 giugno 2013, causa C-300/11 (Grande sezione), *ZZ contro Secretary of State for the Home Department*, par. 50, secondo il quale: «(i)n tale contesto occorre determinare se e in quale misura gli articoli 30, paragrafo 2, e 31 della direttiva 2004/38 consentano di non divulgare i motivi circostanziati e completi di una decisione adottata a norma dell'articolo 27 della medesima direttiva, le cui disposizioni devono essere oggetto di un'interpretazione conforme ai precetti che risultano dall'articolo 47 della Carta».

27 Tra i tanti contributi dedicati al dialogo tra le Corti si vedano M. CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna 2007 e M. SALVADORI, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e ordinamento italiano*, in DPUE, 2008, p. 127 ss.; G. TESAURO, *Il dialogo tra giudice italiano e corti europee*, in C. Balducci, M. L. Serrano (a cura di), *Nuovi assetti delle fonti del diritto del lavoro: Atti del Convegno Nazionale: Otranto, 10-11 giugno 2011*, Roma, 2011, p. 11 ss.

28 Cass. 16 ottobre 2007, n. 21748, in *Foro it.*, 2008, I, c. 2609. La sentenza è altresì interessante poiché fa ricorso alla comparazione per confermare come la *ratio decidendi*

il principio appena esposto, ma utilizza la comparazione giuridica per dimostrare che la *ratio decidendi* seguita nel caso di specie trova conferma anche in altri ordinamenti giuridici. La comparazione è quindi utilizzata per conferire alla decisione un maggior prestigio e per dimostrare la validità del percorso argomentativo seguito dai giudici. Peraltro appare opportuno sottolineare come sia la stessa legge italiana (art. 2 comma 2 legge 218/95) a disporre che, nell'interpretazione delle convenzioni, si debba tenere debito «conto del loro carattere internazionale e dell'esigenza della loro applicazione uniforme».

È vero che la Convenzione citata dalla Cassazione si colloca in una posizione diversa rispetto a un testo di *soft law* come il DCFR e che l'autorizzazione alla ratifica da parte del Parlamento indica una chiara volontà dello Stato a vincolarsi; tuttavia la pronuncia della Corte Suprema pare contenere alcuni spunti di riflessione utili anche con riguardo a progetti di diritto uniforme. Se è vero che, come afferma la Cassazione, anche atti privi di valore normativo possono svolgere una funzione ausiliaria sul piano interpretativo, non si vede per quale ragione si dovrebbe negare un tale ruolo a fonti di *soft law* che si propongono di perseguire l'armonizzazione del diritto europeo prevista dai Trattati ai quali l'Italia ha aderito e che sono legittimati dalle istituzioni europee, le quali non solo hanno patrocinato la creazione di questi testi, ma ne hanno anche determinato il contenuto e la portata. Ovviamente il DCFR, non essendo diritto positivo, «dovrà cedere di fronte a norme interne contrarie», ma non vi è ragione per cui la giurisprudenza non possa tenere conto di esso «nell'interpretazione di norme interne» al fine di dare a queste ultime una lettura che sia più armonizzata possibile con quella degli altri ordinamenti europei. In dottrina, del resto, il principio dell'interpretazione conforme è sovente prospettato come uno strumento per prevenire e risolvere conflitti e per assicurare coerenza fra norme e fra ordinamenti giuridici²⁹. Da questo punto di vista, quindi, si potrebbe affermare che l'utilizzo del DCFR o degli strumenti di diritto uniforme che trovano la loro fonte in provvedimenti dell'UE sia una conseguenza diretta dell'obbligo di interpretazione conforme, il quale, come abbiamo visto, si estende sino a ricomprendere atti che, pur non dotati di valore normativo, sono comunque rilevanti per ricostruire l'esatta portata dell'ordinamento al quale occorre conformarsi.

L'interprete non potrà quindi ignorare quei testi che, come il DCFR, pur non dotati di valore normativo, esprimono una chiara intenzione e una netta presa di posizione delle istituzioni europee e che trovano la loro legittimazione in provvedimenti formali di tali istituzioni. Utilizzare il DCFR e gli

adottata trovi conferma anche in altri ordinamenti giuridici.

29 E. CANNIZZARO, *Interpretazione conforme fra tecniche ermeneutiche ed effetti normativi*, in A. Bernardi (a cura di), *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione Europea, profili e limiti di un vincolo problematico*, Napoli, 2015, p. 3.

altri strumenti di *soft law* che armonizzano il diritto europeo come ausilio nell’interpretazione del diritto domestico non pare quindi un’attività sovversiva da parte del giudicante; al contrario, un tale utilizzo sembra piuttosto il ricorso a un criterio oggettivo ausiliario nell’interpretazione del diritto nazionale, soprattutto in quei settori in cui il diritto nazionale è già stato oggetto influenzato dal diritto europeo³⁰.

Se è ovvio che il potere di fare le leggi spetta al Parlamento (art. 70 Cost. ital.) e che il giudice dovrebbe limitarsi ad applicarle, è empiricamente innegabile che il giudice crei quotidianamente il diritto³¹. Questo è un dato di fatto evidente a chiunque e spesso stigmatizzato dalla letteratura; basti pensare all’aria della vendetta di Don Bartolo nelle Nozze di Figaro, nella quale Da Ponte fa dire al leguleio «se tutto il codice dovessi volgere, se tutto l’indice dovessi leggere, con un equivoco, con un sinonimo, qualche garbuglio si troverà», piuttosto che alla figura dell’Azzecagarbugli di manzoniana memoria³².

La stessa attività nomofilattica della Corte Suprema è pacificamente attività creatrice di norme giuridiche alle quali la giurisprudenza si adegua. Quando il giudice è chiamato a risolvere casi complessi, in cui vi sia una forte percentuale di discrezionalità, la sentenza, soprattutto quando proviene dalla Cassazione (magari a Sezioni Unite), assume, dato il valore altamente persuasivo sulle corti inferiori, una valenza assimilabile a quella di un atto legislativo³³. Ciò appare ancora più evidente alla luce del nuovo art. 360 *bis* c.p.c., comma 1, n. 1, che prevede l’inammissibilità del ricorso in Cassazione, quando il provvedimento impugnato abbia deciso le questioni di diritto «in modo conforme alla giurisprudenza della Corte» e l’esame

30 Lo stesso Parlamento Europeo ha sottolineato l’esigenza di assicurare e rafforzare il dialogo tra le giurisdizioni degli Stati membri al fine di consentire un’effettiva armonizzazione del diritto europeo. Cfr. la Risoluzione del 9 luglio 2008 sul ruolo del giudice nazionale nel sistema giudiziario europeo (doc. A6-0224/2008).

31 Così L. BIGLIAZZI GERI, *L’interpretazione*, Milano, 1994, p. 120. Il ruolo creativo del giurista interprete è analizzato anche in A. GAMBARO, *Il successo del giurista*, in *Foro it.*, 1983, V, c. 85 ss.

32 Per un parallelismo tra la figura di Don Bartolo e di Azzecagarbugli si veda G. MAGRI, *Tra diritto, giustizia e regole sociali: la trilogia Mozart–Da Ponte*, in *ISSL papers*, 2015 (Vol. 8), p. 9 ss.

33 In questo senso si veda K. DIPLOCK, *The Courts as Legislators*, Birmingham, 1965. Si potrebbe obiettare che l’autore muova dalla visione tipica del modello di *common law*, dove la giurisprudenza ha un ruolo ben diverso da quello proprio dell’esperienza continentale, analoghe osservazioni, però, sono condivise anche da un magistrato della Corte Suprema di Cassazione italiana, cfr. di A. LAMORGESE, *L’interpretazione creativa del giudice non è un ossimoro*, in *Questione giustizia*, 4/2016, p. 115 ss., p. 116.

dei motivi non offra elementi per confermare o mutare l'orientamento della stessa³⁴. La previsione normativa attesta un evidente riconoscimento del valore vincolante del precedente, impedendo di ricorrere al giudizio di legittimità quando la decisione sia conforme ai precedenti della Corte Suprema e imponendo, indirettamente, alle corti di merito di uniformarsi alla giurisprudenza del Supremo Collegio, al fine di evitare che le loro decisioni vengano impugnate in sede di legittimità³⁵.

Un esempio paradigmatico del ruolo creativo della giurisprudenza sul quale si è recentemente soffermata la dottrina è offerto dall'abuso del diritto che, pur non essendo stato codificato nel nostro codice civile, per espressa volontà del codificatore, ha cominciato a farsi strada nell'ordinamento attraverso le sentenze dei giudici³⁶. L'abuso del diritto dimostra come uno degli elementi caratterizzanti dell'esperienza giuridica del nostro tempo sia la sua progressiva giurisdizionalizzazione, ossia lo «spostamento del punto focale dell'analisi dall'origine all'uso delle norme in funzione di quella che è stata definita la legalità del caso»³⁷.

L'abuso del diritto non è certo l'unica ipotesi nella quale la giurispru-

34 Sul tema si è pronunciata anche la Cassazione a Sezioni unite (Cass. sez. un., 21/03/2017, n. 7155, in Foro it. 2017, I, c. 1177 ss.), secondo la quale «Il ricorso che censura il provvedimento impugnato conforme alla giurisprudenza della corte è inammissibile, ma non manifestamente infondato».

35 Il valore creativo dell'attività interpretativa, soprattutto con riguardo alle norme di diritto privato, era del resto stato evidenziato già da un illustre giurista come Carl Schmitt, il quale auspicava l'adozione di clausole generali che concedessero un certo grado di autonomia decisionale all'interprete. C. SCHMITT, *Il custode della Costituzione*, Milano, 1981, p. 36 e s.

36 Cfr. A. GAMBARO, *Abuso del diritto*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, I, Roma, 1988, p. 2, osservava come la cautela verso la positivizzazione dell'abuso del diritto fosse frutto del sostanziale timore di un eccessivo potere conferito al giudice.

Il legislatore nel '42 aveva accantonato l'idea di disciplinare l'abuso del diritto nel testo del codice civile, nonostante l'art. 7 del progetto preliminare prevedesse una tale disciplina disponendo che: «nessuno può esercitare il proprio diritto in contrasto con lo scopo per cui il diritto medesimo gli è conferito». Più in generale sull'abuso del diritto si vedano V. GIORGIANNI, *L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*, Milano, 1963, p. 5 ss. e R. SACCO, in G. Alpa, M. Graziadei, A. Guarneri, U. Mattei, P. G. Monateri, R. Sacco, *La parte generale del diritto civile 2, Il diritto soggettivo*, in *Trattato di diritto civile*, dir. da R. Sacco, Torino, 2001, p. 309 ss.

37 In questi termini si esprime N. LIPARI nel suo saggio *Ancora sull'abuso del diritto Riflessioni sulla creatività della giurisprudenza*, pubblicato in *Questione giustizia*, 4/2016, p. 33 e ss. (cfr. p. 36) e in *Riv. trim. dir e proc. civ.*, p. 1 ss. Dello stesso autore si veda *On Abuse of Rights and Judicial Creativity*, in *The Italian Law Journal*, Vol. 03 – No. 01 (2017), p. 55 ss. e *Il diritto civile, cit.*, p. 191 ss.

denza si è emancipata dal testo scritto della legge e ha creato diritto. Se raffrontiamo le scarse disposizioni contenute nel codice civile in materia di fatto illecito con quanto emerge dalle raccolte giurisprudenziali e dalle numerose monografie avvertiamo in modo evidente quanto la giurisprudenza si sia affrancata dal diritto scritto e abbia creato regole che il legislatore non aveva inteso formalizzare. Del resto, come si è già avuto modo di rilevare, l’interpretazione è per sua natura evolutiva e creatrice, posto che il diritto risponde a esigenze sociali mutevoli. Lo scopo del diritto non è solo quella di assicurare la giustizia, ma soprattutto quella di garantire la convivenza tra i consociati; solo quando le situazioni sociali sono statiche l’interpretazione è statica, nel momento in cui le situazioni sociali sono dinamiche l’interpretazione si deve adeguare e conformare alle nuove esigenze³⁸.

Con ciò non si intende certo legittimare il ruolo politicamente attivo di una certa giurisprudenza, che, desiderosa di vedere riconosciuti determinati valori etico/politici, si sostituisce al legislatore sovvertendo il diritto positivo che non condivide; a differenza del musicista, il giurista non può improvvisare o effettuare variazioni sul testo che deve essere interpretato³⁹. L’attivismo politico del giudice è un’altra cosa e va stigmatizzato in quanto il diritto vivente ha l’obbligo di rispettare e di non contraddire il diritto vigente⁴⁰; se l’interprete vuole scrivere o modificare il diritto *condito* deve

38 In questo senso si veda G. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, p. 83 e s.

39 M. BRUNELLO, G. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, p. 41.

40 Da questo punto di vista sembrano assolutamente condivisibili le brillanti critiche di un grande maestro della civilistica italiana, il quale osservava come il diritto vivente si sia in molte occasioni sostituito indebitamente al diritto vigente. Cfr. F. GAZZONI, *Tentativo dell'impossibile (osservazioni di un giurista "non vivente" su trust e trascrizione)*, in *Riv. notar.*, 2001, I, p. 14 ss. Merita in questa sede riportare l’incipit del saggio «Quando nel 1986 lessi la famosa sentenza n. 184 della Corte costituzionale sul risarcimento del danno biologico, rimasi sconcertato non solo per le innumerevoli e inutili divagazioni della motivazione (l’estensore aveva avuto evidentemente poco tempo a disposizione e non era riuscito ad essere sintetico, stando almeno alla ben nota giustificazione epistolare di Goethe), ma anche e soprattutto perché, a sostegno di una decisione molto forzata, si invocava, per la prima volta, il c.d. diritto vivente, quello cioè che risulta dalle opinioni dei dottori, ma soprattutto dalle sentenze dei giudici.

A quali incredibili pasticci abbia poi dato luogo quella sentenza (ormai sfociata nella teorizzazione del c.d. danno esistenziale) è ben noto a tutti, proprio in termini di diritto vivente. L’assurdità delle tesi avanzate e delle motivazioni addotte è tale che, volendo io scrivere qualcosa in replica, ho scelto la formula della favola, visto che di tecnico-giuridico ormai non residua pressoché più nulla.

Il fatto è che il diritto vivente, quando individua un aspetto della vita sociale non adeguatamente disciplinato dalla legge o un’esigenza economico-commerciale che si pone, allo stato, in conflitto con la legge stessa, non opera de iure condendo, ma de iure condito,

smettere i panni del giurista e vestire quelli del legislatore, giacché è compito dei politici militanti quello di lottare attivamente, al di là delle leggi, affinché si instauri quella che ciascuno, nella sua coscienza, considera la giustizia sociale; compito del giurista è, invece, quello di «lottare per mantenere entro i limiti delle leggi, la giustizia giuridica»⁴¹.

In questa sede, quindi, si intende auspicare che il giudice interpreti il diritto rimanendo quanto più possibile fedele alla volontà espressa dal legislatore. Qualora, però, il giudice sia chiamato a risolvere un *casus omissus* o a scegliere la soluzione di un *casus dubius* tra più possibili interpretazioni parimenti plausibili, appare preferibile che egli scelga la soluzione più conforme a quelli che sono i principi del diritto comune europeo e che trovano la loro espressione in testi che hanno la loro legittimazione nelle decisioni delle istituzioni europee, le quali hanno espressamente dimostrato l'intenzione di procedere verso un'armonizzazione del diritto europeo. Queste regole dovrebbero ispirare il giudice anche quando interpreta il diritto alla luce

sostituendo un diritto asseritamente vivente ad altro diritto ritenuto evidentemente morto, benché, a livello di fonti normative, non ancora modificato o abrogato.

La cosa più sorprendente sono le motivazioni con le quali si tenta di conciliare l'inconciliabile e cioè il diritto vigente con quello c.d. vivente, quando l'uno detta principi opposti a quelli che si vorrebbero far vivere.

Si procede infatti con l'accetta, mediante oblitterazioni, distorsioni, collages di principi presi qui e là, accostamenti assurdi e soprattutto capovolgimenti della ordinaria gerarchia regolamentare, in virtù della quale ad un principio dettato da una norma inderogabile può bensì fare eccezione altra norma, ma non già un atto di autonomia privata.

Di fronte a questo modo di procedere, chi tenta timidamente di opporsi è tacciato di formalismo, novella ingiuria rivolta a chi tiene conto del diritto quale esso è in vigore e non già quale si vorrebbe che fosse. Ma non dovrebbero forse i rimproveri o magari gli insulti essere rivolti al legislatore distratto o inadeguato?

Le obiezioni del giurista formalista «non vivente» alle tesi dei «viventi» sono dunque ovvie e banali. Ma che cosa si può replicare a chi, postasi una meta, e cioè ammettere la possibilità di giungere nel nostro ordinamento ad un certo risultato, benché esso violi evidenti principi, si comporta come colui il quale vuole entrare in paradiso a dispetto dei santi?

Riconosco peraltro che il diritto vivente è ormai una realtà, a livello perfino metodologico e di principio, se perfino la Corte costituzionale si diverte a giocare a ping-pong con la Cassazione, divenuta sua interlocutrice, in luogo o, al più, insieme al legislatore, con quali conseguenze per il cittadino che voglia essere ligio al principio secondo cui *ignorantia legis non excusat*, si può ben comprendere, una volta che per legge si intendano, appunto, le giravolte dei giudici e dei dottori, con buona pace di quella «sicurezza giuridica, che costituisce elemento fondamentale e indispensabile dello Stato di diritto»... ».

41 In questo senso si esprimeva P. CALAMANDREI, *Fede nel diritto*, Bari Roma, 2008, p. 102, secondo il quale al giurista che è essenzialmente un legalitario non è consentito prender parte attiva, fino a che vuol fare opera di giurista, alla lotta per l'instaurazione di leggi più giuste. Piuttosto egli deve lottare attivamente affinché il diritto sia giustamente applicato.

dei principi generali dell’ordinamento. L’ordinamento italiano, infatti, non è isolato rispetto a quello degli altri Stati membri o al diritto eurounitario; al contrario esso sta evolvendo in un percorso comune verso un quadro sempre più uniforme che sta contribuendo a formare. Tale quadro trova una delle sue più mature manifestazioni proprio nei progetti di diritto uniforme quali il DCFR o il *draft* risultante dal *Feasibility study for a future instrument in european contract law* pubblicato nel 2011 per iniziativa della Commissione.

L’armonizzazione del diritto europeo appare come una conseguenza ormai sempre più necessaria del processo di integrazione europea conseguente all’adozione dei Trattati UE. L’Italia ha aderito e si è impegnata a rispettare tali Trattati; l’obbligo di interpretazione del diritto nazionale in conformità ai principi del diritto comune europeo si estende a tutti gli organi dello Stato, compresa la magistratura, la quale, per quanto possibile e nei limiti della discrezionalità che le è attribuita, dovrebbe interpretare le norme del nostro ordinamento non soltanto alla luce del sistema risultante dal diritto domestico, ma nel più ampio quadro del diritto europeo come emerge anche da atti pur privi di valore normativo, ma che indicano una chiara intenzione delle istituzioni europee.

3. L’articolo 12 delle preleggi e il diritto comparato

A partire da un saggio di K. Zweigert⁴², la dottrina si è interrogata sulla possibilità di utilizzare il diritto comparato come ausilio per l’interpretazione del diritto interno; con riferimento al diritto italiano, ci si deve chiedere se l’articolo 12 delle preleggi, facendo riferimento ai principi generali dell’ordinamento, consenta di prendere in considerazione il diritto comune europeo come dimora attuale del diritto italiano⁴³.

Ovviamente si tratta di una questione ben diversa rispetto all’utilizzo del diritto straniero nella risoluzione di una controversia di carattere internazionale-privatistico; in questo caso, infatti, il rinvio è normalmente definito come “dovuto”, poiché è il diritto italiano a rimandare a una norma straniera per disciplinare una determinata fattispecie. La questione che qui interessa, invece, è se, e in quale misura, il diritto straniero possa essere utilizzato per meglio interpretare il diritto italiano o per integrare eventuali lacune. Il diritto-

42 K. ZWIEGERT, *Rechtsvergleichung als universale Interpretationsmethode*, in *RabelsZ* 15 (1949-50), p. 5 ss., la questione è stata ripresa più recentemente da C. D. VON BUSSE, *Die Methoden der Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht als richterliches Instrument der Interpretation von nationalem Recht*, Baden – Baden, 2015.

43 P.G. MONATERI, A. SOMMA, “*Alien in Rome*”, *L’uso del diritto comparato come interpretazione analogica ex art. 12 delle preleggi*, in *Foro it.*, 1999, V, col. 47 ss., col. 47.

to straniero, in questo modo, può essere utilizzato non soltanto per favorire un percorso di *Rechtsangleichung* o di *Rechtsvereinheitlichung*, ma anche per avvalorare una *richterliche Rechtsfortbildung*, ossia un'evoluzione giurisprudenziale del diritto, che, come si è detto, è spesso connaturale all'attività interpretativa⁴⁴. In proposito il Parlamento europeo⁴⁵ ha sottolineato il fatto che i giudici nazionali sono un elemento centrale del sistema giudiziario dell'Unione Europea, in quanto svolgono una funzione fondamentale e imprescindibile per la creazione di un ordinamento giuridico unico europeo. Ne consegue l'esigenza di garantire ai giudici e agli avvocati di ciascun Paese membro un maggiore accesso alla giurisprudenza nazionale degli altri Stati membri⁴⁶.

L'utilizzo della comparazione giuridica in via interpretativa è un tema del quale si è occupata in modo piuttosto approfondito la dottrina tedesca, aprendo un campo di indagine che ha poi visto impegnarsi anche studiosi di altri paesi⁴⁷.

44 Si vedano in proposito le osservazioni di B. GROSSFELD, *Vom Beitrag der Rechtsvergleichung zum deutschen Recht*, in *AcP*, 184 (1984), p. 606 ss., secondo il quale, però, l'utilizzo del diritto comparato deve avvenire entro il limite delle opzioni interpretative possibili.

45 Risoluzione del 9 luglio 2008 sul Ruolo del giudice nazionale nel sistema giudiziario europeo (doc. A6-0224/2008).

46 S. FARO, *Sistemi informativi per l'accesso transnazionale alla giurisprudenza dei giudici europei*, in *Informatica e diritto*, 2008, p. 201 ss., spec. p. 203 s.

47 Senza pretese di completezza si vedano, oltre ai già citati K. ZWEIFERT, *Rechtsvergleichung als universale Interpretationsmethode*, e B. GROSSFELD, *Vom Beitrag der Rechtsvergleichung zum deutschen Recht*, le opere di J. KROPHOLLER, *Die vergleichende Methode und das internationale Privatrecht*, in *ZVglRW* 77 (1978), p. 1 ss.; U. DROBNIG, P. DOPFFEL, *Die Nutzung der Rechtsvergleichung durch den deutschen Gesetzgeber*, in *RabelsZ*, 46 (1982), p. 253 ss.; U. DROBNIG, *Rechtsvergleichung in der deutschen Rechtsprechung*, in *RabelsZ*, 50 (1986), p. 610 ss.; G. REINHART, *Rechtsvergleichung und richterliche Rechtsfortbildung auf dem Gebiet des Privatrechts*, in *Richterliche Rechtsfortbildung – Erscheinungsformen, Auftrag und Grenzen, Festschrift der Juristischen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg*, 1986, p. 599 ss.; E. JAYME, *Precedente e "Rechtsfortbildung" nel sistema tedesco dell'illecito civile. L'influenza del diritto comparato*, in *Foro it.*, V, 1988, c. 369 ss.; A. SOMMA, *L'uso giurisprudenziale della comparazione nel diritto interno e comunitario*, Milano, 2001; C. BALDUS, *Il valore del precedente extrastatuale nell'applicazione del diritto interno. Un punto di vista tedesco di diritto privato comunitario*, in *Contratto e Impresa / Europa*, 2008, p. 4 ss.; G. SMORTO, *L'uso giurisprudenziale della comparazione*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, p. 1 ss.; M. BOBE, *Comparative Reasoning in European Supreme Courts*, Oxford, 2013; J. SCHMID, A. H. E. MORAWA, L. HECKENDORN URSCHELER (a cura di), *Die Rechtsvergleichung in der Rechtsprechung*, Zürich, Basel, Genf, 2014 e M. ANDENAS, D. FAIRGRIVE, *Courts and Comparative Law*, Oxford, 2015.

Il ricorso al diritto straniero non può prescindere dall'utilizzo della metodologia comparatistica come «tecnica di accertamento» di tale diritto⁴⁸; è stato infatti correttamente osservato che l'ordinamento straniero non si dà come «presenza sganciata dai mezzi conoscitivi predisposti dal diritto comparato»⁴⁹.

Si deve a questo punto esaminare come la comparazione e il diritto straniero (ricomprendendosi in esso il diritto comune europeo) possano essere utilizzati al fine di meglio interpretare il diritto italiano. L'articolo 12 delle preleggi indica, come si è detto, due criteri integrativi ai quali l'interprete può fare rinvio: l'analogia e i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato. È evidente che la norma ha una funzione di chiusura dell'ordinamento italiano rispetto a quello straniero, chiusura che, se si può comprendere in relazione al periodo storico nel quale il codice fu scritto⁵⁰, diviene meno giustificabile oggi, in un quadro sociopolitico completamente cambiato e nel quale l'ordinamento italiano si inserisce in un contesto europeo ed internazionale, che impone (artt. 10 c. 1 e 117 c. 1 Cost.) un'apertura dell'ordinamento italiano a principi e valori stranieri.

La dottrina sembra farsi carico di questi rilievi quando osserva che, mentre il ricorso ai principi generali dell'ordinamento escluderebbe la possibilità di invocare il diritto straniero per interpretare il diritto interno, il ricorso all'analogia, non essendo vincolato alle sole norme vigenti all'interno dell'ordinamento, permetterebbe di utilizzare anche il diritto di altri paesi per colmare le lacune dell'ordinamento⁵¹. Si pensi, ad esempio, all'ipotesi in cui un *casus omissus* non possa essere risolto facendo ricorso all'interpretazione analogica delle disposizioni dell'ordinamento perché fanno difetto le norme da applicare analogicamente: in questo caso l'interprete potrà supplire a questa mancanza ricorrendo all'analogia con le disposizioni di un ordinamento straniero che disciplini un caso simile.

Prima di poter far ricorso al diritto comparato, quindi, l'interprete dovrà verificare che il caso non possa essere risolto con norme di diritto interno. Solo quando tali norme siano assenti o solo qualora siano prospettabili più soluzioni interpretative, prima di ricorrere ai principi generali dell'ordinamento, l'interprete potrà fare ricorso al diritto comparato per individuare una soluzione o per stabilire, tra le alternative prospettabili, quella preferi-

48 P.G. MONATERI, A. SOMMA, *op. cit.*, c. 49.

49 P.G. MONATERI, A. SOMMA, *op. cit.*, c. 51.

50 La regola ha le sue origini, oltre che negli artt. 14 e 15 del codice albertino, nell'art. 3 delle disp. prel. cod. civ. 1865, che richiamava più generici principi generali del diritto, mentre l'articolo 12 delle preleggi rinvia, in modo più autarchico, i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato. Cfr. G. GORLA, *I precedenti*, *cit.*, col. 114.

51 P.G. MONATERI, A. SOMMA, *op. cit.*, c. 50.

bile o quella che gode internazionalmente di maggior successo. La necessità di fare ricorso al diritto comune europeo e al diritto comparato si fa maggiormente pressante nel caso in cui si debba interpretare una disposizione di diritto europeo derivato, ad esempio una norma interna che risulta dalla trasposizione di una direttiva. Un'interpretazione omogenea delle direttive nei singoli Stati membri è, del resto, un'importante garanzia dell'armonizzazione alla quale tende il diritto eurounitario.

Ricorrere alla comparazione implica, però, affrontare e risolvere una serie di problemi pratici: in primo luogo si tratta di stabilire quale diritto straniero utilizzare. La soluzione preferibile sembra quella di fare riferimento in prima istanza ai principi del diritto comune europeo. Tali principi, sebbene attualmente godano, come già ricordato, del rango di *soft laws*, appaiono preferibili rispetto ai singoli diritti nazionali per una serie di motivi: in primo luogo essi agevolano l'armonizzazione del diritto degli Stati membri e il raggiungimento di un tale obiettivo appare non soltanto auspicabile, ma anche conforme al progetto di costruzione di uno spazio giuridico comune europeo; a tale progetto l'Italia ha preso parte nel momento in cui ha aderito alle Comunità Europee prima e all'Unione Europea poi. Un altro motivo per preferire il diritto comune europeo al diritto nazionale è legato al fatto che le soluzioni in esso contenute appaiono più neutrali rispetto a quelle dei singoli ordinamenti nazionali, i quali normalmente accompagnano le regole formulate espressamente a implicite culturali (c.d. crittotipi) legati alla tradizione che ne determinano la concreta applicazione e che sono difficilmente conoscibili agli stranieri. Infine, i principi di diritto comune europeo sono frutto di un lavoro di selezione delle regole nazionali che appaiono più moderne ed efficienti per disciplinare le esigenze della moderna società; il ricorso a tali principi consente quindi, ragionevolmente, di avere accesso alle migliori regole disponibili. L'utilizzo del DCFR nella sua *full edition*, inoltre, appare un ausilio particolarmente funzionale per l'interprete, poiché ogni regola è commentata e accompagnata da note nelle quali sono indicate le soluzioni vigenti nei singoli ordinamenti nazionali⁵². In questo modo è più agevole avere una visione d'insieme dei singoli diritti nazionali e stabilire se la disposizione del diritto comune è effettivamente quella più indicata a suggerire una soluzione interpretativa o se, invece, sono preferibili le soluzioni offerte da altri ordinamenti, le quali appaiono più in sintonia con il diritto italiano o con la disciplina di specifici settori.

52 Il testo della full edition del DCFR può essere consultato gratuitamente online agli indirizzi seguenti:

Volumi 1 e 2 http://ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law_vols1_2_en.pdf

Volumi 3 e 4 http://ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law_vols3_4_en.pdf

Volumi 5 e 6 http://ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law_vols5_6_en.pdf

Il ricorso al diritto nazionale di un altro Stato, anziché ai principi di diritto comune, sembra invece consigliabile come soluzione residuale, da prediligere soltanto quando la regola risultante dal diritto comune europeo non sembri sufficientemente funzionale o appaia in contrasto rispetto al quadro sistematico vigente all'interno dell'ordinamento; oppure ancora quando il legislatore italiano, nel disciplinare una determinata materia, si sia espressamente ispirato al diritto di quell'ordinamento⁵³. In queste ipotesi appare quindi preferibile fare ricorso al diritto di un ordinamento che abbia maggiori punti di contatto con quello italiano e che sia quindi in grado di offrire una soluzione interpretativa che non appaia estranea al sistema.

Un altro aspetto sul quale merita svolgere qualche riflessione è legato alla conoscibilità del diritto straniero. Mentre è pacifico che il giudice possa disporre una CTU sul diritto straniero nel caso di una controversia in materia di diritto internazionale privato (art. 14 legge 218/95), maggiori dubbi sorgono sulla possibilità di disporre una CTU allo scopo di conoscere il diritto straniero al fine di individuare una disposizione che possa ispirare analogicamente la soluzione del caso specifico⁵⁴. Ammesso che in questo caso il principio *iura novit curia* non trovi applicazione e che il giudice possa teoricamente disporre una CTU o avvalersi degli strumenti di ausilio indicati dall'art. 14 della legge 218, dal punto di vista pratico appare difficilmente ipotizzabile che ciò avvenga nella realtà⁵⁵. Sembra invece più facilmente ipotizzabile che, qualora il giudice intenda ricercare una soluzione interpretativa facendo ricorso all'analogia con i principi generali dell'ordinamento o con un ordinamento straniero, sarà egli stesso a individuare le regole da prendere in considerazione. Evidentemente questa soluzione comporta il rischio che la regola straniera sia

Mentre all'indirizzo http://ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law_it.pdf è consultabile la traduzione in italiano dei principi, delle regole e dei commenti.

53 Su questo aspetto si veda U. DROBNIG, P. DOPFFEL, *Die Nutzung der Rechtsvergleichung durch den deutschen Gesetzgeber*, in *RabelsZ*, 46 (1982), p. 253 ss.

54 P.G. MONATERI, A. SOMMA, *op. cit.*, c. 52 concludono favorevolmente alla possibilità di disporre una CTU per stabilire l'esatta natura del diritto straniero che appaia idoneo a suggerire un'interpretazione analogica del diritto nazionale. Secondo gli autori in capo al giudice vi sarebbe un vero e proprio obbligo di accertare il diritto straniero, quando le parti abbiano allegato una disposizione di diritto straniero come argomento interpretativo dirimente per risolvere una determinata controversia. Si tratterebbe di un dovere assimilabile a quello di accertare la validità di un argomento storico che le parti sollevino come indicazione della soluzione interpretativa della controversia.

55 L'utilizzo e la circolazione del diritto e delle decisioni straniere è oggi agevolata dall'esistenza di banche dati online, che permettono un facile accesso a norme e sentenze. Sul tema si rimanda a S. FARO, *op. cit.*, p. 201 ss.

compresa in modo errato o incompleto. Poiché il diritto straniero è utilizzato per integrare quello italiano, la sua scorretta interpretazione non darà luogo a un motivo di ricorso, ma sarà rilevante solo se e in quanto si traduca in un vizio di ragionamento del giudice. La parte che intende impugnare, quindi, dovrà dimostrare che la falsa interpretazione del diritto straniero ha determinato una frattura dell'iter logico della decisione, esattamente come avviene nel caso di scorretta interpretazione di una CTU o di errata ricostruzione del fatto storico alla base del *decisum*⁵⁶.

4. Il DCFR come toolbox per le corti nazionali

Il *Draft Common Frame of Reference* (DCFR) abbraccia, come si è detto, vari settori del diritto delle obbligazioni e alcuni aspetti dei diritti reali che hanno particolare rilevanza per l'armonizzazione del diritto europeo (in particolare acquisto e perdita della proprietà, diritti di garanzia e trusts). Esso appare, tra i vari progetti di diritto comune, quello più completo e sistematico, anche perché dotato di una parte generale contenente i principi generali che devono guidare l'interprete nell'applicazione del *corpus* normativo.

Tramontata l'idea di un codice civile europeo, il DCFR è stato salutato come una *toolbox*, una scatola degli attrezzi, alla quale il legislatore europeo e quello nazionale avrebbero potuto fare ricorso nel momento in cui si accingevamo a disciplinare o a modificare la disciplina degli istituti del diritto privato. Il quadro comune di riferimento, infatti, non solo conteneva le regole risultanti dall'*acquis* comunitario, ma le rielaborava in modo sistematico, individuando soluzioni innovative che consentono di superare alcune criticità del diritto vigente. Nel corso degli anni la validità del DCFR come modello per il legislatore è apparsa consolidarsi; non solo il DCFR è stato utilizzato nei lavori di ricodificazione in alcuni ordinamenti europei, ma dal testo del DCFR è stato estrapolato il *feasibility text*, dal quale è stato tratto il testo del progetto per un diritto comune europeo della vendita (*Common European Sales Law* o CESL⁵⁷), poi abbandonato e sostituito da una serie di progetti di direttive ad armonizzazione massima, riguardanti alcuni peculiari settori del diritto dei contratti, in particolare quelli connessi al mercato digitale.

Il testo del DCFR è stato poi preso in considerazione in maniera sistematica anche dalla giurisprudenza di alcuni Stati membri dell'UE come

56 In questo senso si vedano P.G. MONATERI, A. SOMMA, *op. cit.*, c. 52 e 53.

57 Cfr. Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a *Common European Sales Law* COM(2011) 635 final 2011/0284 (COD)

Svezia⁵⁸, Spagna, Olanda⁵⁹ e dalla stessa Corte di Giustizia. Appare in proposito di notevole interesse riportare la traduzione in inglese di un passo di una decisione svedese del 2014, nella quale si afferma espressamente che «it is not naive to argue that the DCFR should rank if not on the same level, then at least just below the level of accepted sources. The Supreme Court rulings of the past five years indicate that law practitioners should familiarise themselves with the DCFR and a comprehensive knowledge of it might prove valuable in any commercial litigation or arbitration under Swedish law»⁶⁰. I giudici svedesi, del resto, godendo di un margine di discrezionalità maggiore rispetto a quello dei loro colleghi continentali, sono più inclini a ricercare nel diritto comparato le soluzioni più confacenti alla soluzione del caso concreto⁶¹; tuttavia, il fatto che si rivolgano a un testo di *soft law*, riconoscendo in esso una fonte quasi equiparabile a quella della legge, dimostra in modo significativo come i principi contenuti nel DCFR abbiano assunto un'estrema autorevolezza e una notevole rilevanza pratica.

Diversamente sono andate le cose in Spagna⁶²; in un primo momento le sentenze del *Tribunal Supremo* che utilizzavano il DCFR lo facevano perché influenzate dall'autorità della prof.ssa Roca Trías, che era divenuta giudice della Corte Suprema. Ritiratasi la professoressa Roca Trías, però, il DCFR ha continuato a essere utilizzato non soltanto dalla Corte Suprema, ma anche dalle Corti di merito, dimostrando in questo modo di essere divenuto una delle fonti attraverso le quali il formante giurisprudenziale interpreta e innova il diritto nazionale⁶³.

58 Sull'esperienza svedese si veda A. DE MARCO, *Alcune riflessioni a margine della sentenza 3 novembre 2009 della Corte Suprema di Svezia: un primo esempio applicativo del Draft Common Frame of Reference on European Contract Law*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2012, p. 236 ss.

59 Si veda per maggiori informazioni il capitolo curato da Tina Kalouta e tradotto da Giovanna Debernardi.

60 Il passaggio è riportato da E. CLIVE, *The Draft Common Frame of Reference in the Swedish Supreme Court*, in *European Private Law News*, 14 ottobre 2014 (<http://www.epln.law.ed.ac.uk/2014/10/14/the-draft-common-frame-of-reference-in-the-swedish-supreme-court/>).

61 B. THOMAEUS, *Draft Common Frame of Reference and the Supreme Court*, in international law office, <http://www.internationallawoffice.com/Newsletters/Company-Commercial/Sweden/Grde-Wesslau-Advokatbyr/Draft-Common-Frame-of-Reference-and-the-Supreme-Court?l=7M69R9A>, 13 ottobre 2014

62 Sulla peculiarità dell'esperienza spagnola si veda *infra* il contributo di Celia Martínez Escribano, tradotto da Ennio Piovesani.

63 Cfr. H. W. MICKLITZ, F. CAFAGGI (a cura di) *European Private Law After the Common Frame of Reference*, Celtenham – Northampton, 2010, p. 150 e. A. VAQUER ALOY, *El Soft Law europeo en la jurisprudencia española: doce casos*, in *Ars Iuris Salmanticensis*, vol.

L'esperienza spagnola evidenzia come il DCFR sia stato utilizzato dal formante giurisprudenziale per tre diverse finalità. La prima per rafforzare e legittimare una decisione che la corte avrebbe comunque preso, la seconda per giustificare un'interpretazione che si emancipa da quella codicistica e la terza per superare il diritto vigente attraverso un'interpretazione evolutiva dell'ordinamento che si legittima attraverso l'autorevolezza del *Draft common frame of reference*.

Dalla lettura della giurisprudenza nazionale che fa ricorso al DCFR emerge come l'utilizzo del quadro comune sia ristretta in particolar modo ai principi generali e alla materia contrattuale⁶⁴. Il motivo alla base di una tale tendenza è probabilmente individuabile nel fatto che, in queste materie, i giuristi e i giudici nazionali sono maggiormente abituati a lavorare con il diritto sovranazionale di derivazione eurounitaria⁶⁵. Negli altri settori disciplinati dal DCFR, invece, manca quest'attitudine mentale. Sembra quindi plausibile che il giudice nazionale, di fronte a un caso nuovo o dubbio che riguarda il diritto dei contratti e magari alcuni aspetti del contratto già disciplinati dal diritto europeo, percepisca il DCFR come una fonte di riferimento; mentre di fronte ad altre fattispecie, ad esempio la responsabilità civile, sia meno orientato a ricercare un ausilio nel quadro comune europeo, ma preferisca rivolgersi al formante dottrinale piuttosto che all'ausilio della comparazione con il diritto di ordinamenti nazionali affini.

5. Le finalità per le quali il diritto comune può essere utilizzato dal giudice nazionale

L'esame delle decisioni che hanno fatto menzione del DCFR consente di individuare alcune finalità che i giudici si proponevano di raggiungere attraverso il diritto comune.

In primo luogo le corti sono ricorse al DCFR per dimostrare la validità del ragionamento seguito nella decisione; l'utilizzo, in questo caso, è volto a

1, junio 2013, p. 93 ss.

64 Cfr. in particolare i casi citati da A. VAQUER ALOY, *op. loc. cit.*

65 In proposito è bene evidenziare come una particolare sensibilità per l'interpretazione uniforme nei vari Stati delle regole di derivazione eurounitaria sia l'unica forma di garanzia di un'uniformità di tutela per tutti i cittadini dell'Unione. In proposito si veda R. CALVO, *Il valore del precedente extrastatuale nell'interpretazione della disciplina sulle vendite al consumo*, in *Contratto e Impresa / Europa*, 2007, p. 289 ss.; ID., *Il precedente extrastatuale tra fonti comunitarie e unitarietà del sistema giuridico: spunti per un dibattito*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2008, p. 1 ss.

dar maggior forza alla *ratio decidendi*. Il giudice, nel momento in cui motiva ed esplica il ragionamento che lo ha portato a sposare una certa soluzione, afferma che essa è conforme ai principi del diritto comune europeo e quindi gode di maggior autorevolezza rispetto a una decisione che sia frutto del convincimento di una corte nazionale. Rispetto a questa prima forma di utilizzo del DCFR vi può anche essere un utilizzo a corollario, in base al quale le regole contenute nel quadro comune vengono utilizzate per prediligere una soluzione tra più soluzioni astrattamente possibili della medesima fattispecie⁶⁶. Nella motivazione leggeremo quindi che il giudice ha ritenuto preferibile una determinata soluzione rispetto alle altre opzioni interpretative alternative, perché queste ultime avrebbero finito per porre la sentenza in contrasto rispetto alle tendenze del diritto europeo.

Le regole contenute nel *Draft* possono essere utilizzate dalle corti per argomentare e giustificare un *overruling* giurisprudenziale. In questo caso la corte, ritenendo che le regole seguite fino a quel momento dalla giurisprudenza non siano più conformi alle esigenze sociali, legittima il cambiamento giurisprudenziale al quale intende dare corso affermando che esso armonizza il diritto vivente al diritto comune europeo.

Infine il DCFR può essere utilizzato, ma in *obiter dictum*, per segnalare al legislatore l'opportunità di modificare lo *ius condito* adeguandolo a nuove o mutate esigenze economico-sociali, suggerendo in via interpretativa eventuali modifiche al diritto vigente o segnalando il disagio dell'interprete nel continuare a seguire vecchie regole che ormai vengono percepite come non più corrispondenti alle esigenze della società.

Non sembra invece condivisibile l'utilizzo del DCFR per motivare una decisione che si discosti dal diritto vigente: il *Draft*, infatti, non ha valore di *ius conditum*; la sua vocazione è, piuttosto, quella di contribuire, *de iure condendo*, alla creazione di un diritto comune europeo, ma là ove il legislatore nazionale si sia espresso, le soluzioni prospettate nel quadro comune devono fare un passo indietro e non possono in alcun modo essere prese in

66 Un esempio dell'utilizzo del DCFR in questo senso è offerto da Cass. 1/07/2014, (ud. 08/05/2014, dep.11/07/2014), n. 16004, in *Giust. civ. mass.* 2014, secondo la quale «Questa impostazione, che dà risalto al profilo dell'inganno e alla sua concreta rilevanza causale nella formazione del consenso, è coerente sia con la tradizione codicistica comune dell'Unione Europea (di cui è espressione il c.d. *Draft Common Frame of Reference*), che considera *fraudolent misrepresentation* la dichiarazione negoziale intenzionalmente falsa e diretta ad indurre in errore il destinatario, sia con il principio *fraus omnia corrumpit* in base al quale il dolo decettivo conduce all'annullamento del contratto (come pure del negozio unilaterale) qualunque sia l'elemento sul quale il *deceptus* sia stato ingannato e, dunque, in relazione a qualunque errore in cui sia stato indotto, ivi compreso quello sul valore o sulle qualità del bene oggetto del negozio (Cass. n. 4065/2014) o sui motivi (Cass. n. 975/1995)».

considerazione dal formante giurisprudenziale per argomentare una decisione in contrasto con il diritto vigente.

6. Il ruolo dell'interpretazione giurisprudenziale nel processo di armonizzazione del diritto europeo

L'appartenenza dell'Italia all'Unione Europea e lo sforzo compiuto dall'Unione per l'armonizzazione del diritto europeo hanno radicalmente mutato il modo di operare del giurista negli ultimi decenni. Oggi, infatti, il giurista nazionale non può più limitarsi a conoscere il proprio diritto e a interpretarlo senza tenere conto delle fonti di derivazione eurounitaria e delle decisioni delle Corti di Strasburgo e di Lussemburgo.

Non solo, negli ultimi decenni, la creazione di progetti di diritto uniforme come i PECL o il DCFR ha fornito ai giuristi nazionali un vasto *corpus* normativo che può fornire utili indicazioni nell'interpretazione evolutiva del diritto nazionale.

È chiaro che il giudice nazionale, nell'applicare e nell'interpretare il diritto, è tenuto prima di tutto all'osservanza della legge vigente nel suo ordinamento e al rispetto del diritto eurounitario risultante dai trattati, dalle direttive e dai regolamenti; è altrettanto chiaro, però, che per osservare il diritto vigente occorre necessariamente un'operazione prodromica e cioè l'interpretazione del precetto che deve essere osservato. Nel fare ciò il giudice gode di un certo grado di discrezionalità. Inoltre è sempre possibile che lo stesso testo offra più soluzioni interpretative: in questo caso pare auspicabile che il giudice scelga l'interpretazione che uniforma il diritto italiano a quello europeo e, per garantire un tale risultato, appare consigliabile scegliere tra più interpretazioni possibili della norma domestica quella che si dimostra più conforme alle tendenze del diritto europeo risultanti dai testi di *soft law* esistenti⁶⁷.

Il grado di discrezionalità del giudice-interprete aumenta di fronte alle lacune tecniche, le quali non consentono di decidere in base a una norma di diritto positivo, bensì utilizzando il criterio analogico previsto dall'art. 12 comma 2 delle preleggi e quindi ricorrendo all'analogia *legis* o all'analogia *iuris*.

Il diritto comparato e i progetti di diritto uniforme, per quanto non siano ancora diritto positivo, possono tornare di estrema utilità quando il giudice deve fare ricorso all'analogia *legis*. In questi casi, infatti, sembra preferibile

⁶⁷ Sull'opportunità di utilizzare la comparazione al fine di agevolare l'uniformazione del diritto europeo risulta utile la lettura di M. GEBAUER, *Grundfragen der Europäisierung des Privatrechts*, Heidelberg, 1998.

considerare l’ordinamento italiano non già come autonomo e isolato rispetto agli altri ordinamenti europei, ma come un ordinamento coinvolto attivamente in un procedimento sovranazionale di armonizzazione e quindi prediligere tra più soluzioni possibili quella che più si adegua al diritto comune europeo, specialmente qualora si tratti di un settore in cui l’intervento del diritto dell’Unione gioca un ruolo rilevante come avviene, ad esempio, nella materia contrattuale. Attraverso questa scelta ermeneutica non solo si consolida il ruolo dell’Italia nel progetto eurounitario, che è volto alla creazione di uno spazio europeo di giustizia, nel quale i cittadini godano di analoghi diritti, ma si faciliterebbe anche uno sviluppo più sistematico del diritto privato europeo. Inoltre, l’interprete potrebbe contare sull’ausilio di un quadro di riferimento nell’interpretazione di regole che hanno la loro origine nel diritto europeo, ma che, data la loro settorialità, non godono di un sufficiente impianto sistematico che assicuri un’uniforme applicazione all’interno dei singoli ordinamenti nazionali.

Una simile prospettiva, peraltro, sembra conforme all’auspicio di Gorla, secondo il quale l’interpretazione del diritto va condotta in chiave storica, non creando istituti e concetti asettici che vivono al di fuori della realtà, ma cercando di interpretare le norme in chiave storica, addivenendo ad una concreta comprensione del diritto⁶⁸.

Prediligere, in assenza di disposizioni di diritto positivo nazionale contrastanti, soluzioni interpretative che armonizzino il diritto dei paesi membri dell’Unione appare una scelta conforme allo spirito dei Trattati europei e funzionale alla creazione dal basso di un sistema giuridico affine sul territorio dell’Unione. In questo modo si assicurerebbe ai cittadini europei un livello più elevato di certezza del diritto e una maggior armonizzazione delle soluzioni concretamente operanti nei singoli ordinamenti nazionali. In alcuni Stati membri⁶⁹ la giurisprudenza ha già intrapreso questa strada e, quando si è trovata a dover affrontare questioni nuove non ancora disciplinate dal legislatore, ha fatto ricorso al diritto comune europeo e in particolare al *Draft Common Frame of Reference* per trovare soluzioni ai problemi che la prassi propone. Attraverso il ricorso al diritto comune europeo, peraltro, la giurisprudenza nazionale si arricchisce di nuove prospettazioni e di soluzioni che possono rendere gli ordinamenti nazionali più moderni e coerenti tra loro.

Se la giurisprudenza facesse sistematicamente ricorso a principi che, ancorché privi di forza di legge, sono scritti e conoscibili *ex ante* e uniformi in tutta Europa aumenterebbe anche il livello di garanzie per il cittadino, il quale potrebbe fare affidamento sul fatto che il suo caso, pur non essendo

68 G. GORLA, *L’interpretazione*, cit., p. 97 e s.

69 Per maggiori dettagli si vedano ad esempio gli interventi di Tina Kalouta e di Celia Martínez Escribano.

disciplinato dal legislatore, verrà deciso in base a principi che egli può conoscere e dei quali può tenere conto nel valutare la fondatezza delle proprie pretese. Nel caso in cui la controversia venga decisa in base alle regole che il giudice ritiene applicabili analogicamente, invece, il grado di certezza e di predicibilità della decisione si riduce notevolmente. Spesso, infatti, si rivela difficile o impossibile prevedere *ex ante* quale regola la discrezionalità di un giudice potrà ritenere analogicamente applicabile al caso concreto.

Sembra auspicabile che l'utilizzo del DCFR da parte delle corti venga incentivato anche dall'avvocatura, la quale dovrebbe cominciare a familiarizzare con il testo del DCFR, utilizzandolo come argomento *ad adiuvandum* per segnalare alle corti eventuali soluzioni innovative che, pur non contrastando con lo *ius condito*, appaiano più conformi alle nuove esigenze sociali.

L'utilizzo del DCFR come *toolbox* da parte dei giudici nazionali, seppur non sia stato ipotizzato in prima battuta, appare oggi conferire all'opera maggior prestigio e attestare la sua rilevanza ai fini della creazione di un diritto comune europeo, che, lungi dall'essere imposto autoritativamente dalle istituzioni di Bruxelles, si crea su base volontaria dal basso e attraverso l'autorevolezza e la funzionalità delle soluzioni proposte.

GALATEIA (TINA) KALOUTA

Il DCFR nella giurisprudenza delle Corti – La rielaborazione del diritto comparato

Sommario: 1. Osservazioni introduttive; – 2. Modalità di applicazione del DCFR nella giurisprudenza; Sezione I. L'applicazione del DCFR nelle Corti nazionali; – 1 Libro I – Principi generali; – 1 a. Art. I. – 1 : 103 (2) DCFR; – Buona fede e correttezza nei rapporti contrattuali; – 2 Libro II I contratti e gli altri atti giuridici; – 2 a. L'interpretazione del contratto; – 2 b. Contenuto ed effetti del contratto; – 3 Libro III – Obbligazioni e diritti delle parti; – 3 a. Rimedi in caso di inadempimento; – 3 b. Cessazione degli effetti del contratto; -3 c. Danni ed interessi; – 3 d. Clausole risarcitorie per inadempimento del contratto; -3 e. Pluralità di obbligazioni; – 3 f. Prescrizione; -4 Libro IV – I contratti speciali e i diritti e doveri da essi derivanti; – 4 a. I contratti tipici; – 4 b. Cessazione del rapporto contrattuale; – 4 c. Ammontare dell'indennità; – 4 d. Garanzia personale dipendente; – 4 e. Diritto di revoca del donante; – Sezione II. L'applicazione del DCFR nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea; -1 Libro II. Contratti e altri atti giuridici; 1 a. Doveri informativi nei contratti B2C; – 1 b. Esistenza dell'accordo tra le parti; – 1 c. vendita a distanza; – 1 d. I contratti contrari ai principi fondamentali; – 1 e. Interpretazione del contratto; – 1 f. Responsabilità dell'intermediario; -1 g. Momento della conclusione del contratto; – 2. Libro III – Diritti e doveri; – 2 a. Interessi moratori; – 2 b. Responsabilità solidale; – 3 Libro IV Contratti tipici e diritti che da essi derivano; – 3 a. Mancanza di conformità; – 4. Libro VI. Responsabilità extracontrattuale derivante dal fatto altrui; – 4 a. Prevenzione; Responsabilità per perdita in caso di danni prevedibili; – 5. Analisi comparativa delle posizioni adottate dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea e dalle giurisprudenze nazionali; – 6. Una valutazione sugli approcci seguiti dalla Corte di Giustizia e dalle Corti nazionali; – 7 Osservazioni conclusive¹

¹ Ex cathedra Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Christian von Bar, FBA. Il lavoro è una traduzione

1. Osservazioni introduttive

Il “*Draft Common Frame of Reference*” (in prosieguo “DCFR”)² non è un semplice insieme di libri. Si tratta di un lungo lavoro accademico contenente principi³, definizioni⁴ e regole⁵ inerenti alle aree più importanti del diritto privato europeo, quali il diritto dei contratti, il diritto delle obbligazioni, l’ingiustificato arricchimento, ecc., meticolosamente commentati ed espliciti⁶. Tali analisi fanno costantemente riferimento sia alle diverse legislazioni dei singoli Stati membri sia alla normativa dell’Unione europea, dalle quali sono state ricavate le norme stesse del DCFR. Quest’ultimo può pertanto essere considerato, contemporaneamente, come una sorta di “antologia legale”, come una codificazione, un commentario, o ancora più semplicemente come un “*melting pot*” di norme e di principi europei.

Quanto alla sua genesi, il DCFR venne originariamente concepito come

con aggiornamenti del capitolo *DCFR in the Courts: The Remaking of Comparative Law*, in M. ANDENAS e D. FAIRGRIEVE (eds.) *Courts and Comparative Law*, Oxford, 2015. Traduzione italiana a cura di Giovanna Debernardi.

2 Il DCFR contiene i risultati del lavoro del Gruppo di Studio per un Codice civile europeo (il “Gruppo di Studio”) nonché del Gruppo di ricerca dedicato ai principi comuni vigenti in materia di diritto dei contratti (il “Gruppo *Acquis*”). La maggior parte delle norme contenute nei Libri II e III sono stata elaborate sulla base dei principi stabiliti dalla precedente commissione per il diritto dei contratti europeo (la “Commissione Lando”). V. *Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, edizione completa, diretta da C.VON BAR – E.CLIVE, Sellier European law publishers, 2009, Introd. 1, p. 1, nota 1.

3 Ossia norme generali, quali la libertà contrattuale o la buona fede. Rientrano altresì tra i principi fondamentali fondanti il DCFR la libertà, la sicurezza, la giustizia o ancora l’efficienza.

4 Queste sono principalmente contenute nel Libro I, contenente l’elenco della terminologia impiegata nel DCFR. V. in particolare DFCR I – 1:108 (“Le definizioni indicate nella lista sono applicabili in via generale, salvo disposizioni diverse”). V. *Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, op. cit., Intr. 22, p. 10, nota 23.

5 Norme, commentate ed annotate, che uniscono regole derivanti dagli ordinamenti degli Stati membri nonché, più in generale, dal diritto comune. Contrariamente alle definizioni, che delineano i concetti e la terminologia condivisi dai giuristi di trenta sistemi giuridici differenti, tali principi illustrano i valori fondamentali che ispirano la giurisprudenza dei vari Stati. V. *Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, ivi, Intr. 1, p. 1, nota 1.

6 Si precisa, tuttavia, che solo l’edizione completa/definitiva del DCFR è interamente commentata, diversamente dalla prima edizione nella quale i commenti riguardano la sola parte introduttiva ed i principi.

un lavoro preparatorio per il successivo “*Common Frame of Reference*” (in prosieguo “CFR”), presentato dalla Commissione europea nel febbraio 2003 nell’ambito della “Azione per un’armonizzazione europea del diritto contrattuale”. Il suo principale obiettivo era quello di sviluppare un CFR che potesse essere impiegato dalla Commissione sia al fine di una più ampia revisione del vigente diritto privato europeo dei contratti (il c.d. “*acquis*”), sia nell’elaborazione di nuove norme⁷. Seguendo tale prospettiva, in un successivo documento della stessa Commissione presentato nell’ottobre 2004 e denominato “Diritto dei contratti europeo e la revisione dell’*acquis*: la strada continua”, venne nuovamente disposto che il CFR avrebbe previsto “i principi fondamentali, le definizioni e le norme” necessarie per lo sviluppo del vigente “*acquis communautaire*”, i quali avrebbero formato le basi per un possibile strumento normativo opzionale. Suddette regole avrebbero quindi costituito il cuore del CFR, diventando in tal modo una vera e propria guida o “*tool box*” per il legislatore europeo e nazionale⁸.

Tale obiettivo ha pertanto condotto un gruppo di ricercatori provenienti da tutta Europa ad analizzare, sotto la direzione di illustri e rinomati Professori universitari, i dati inerenti ai diversi sistemi giuridici europei relativi ad una pluralità di tematiche. Ne è derivato così un lavoro di ampia portata, in quanto dedicato non solo alla comparazione delle varie famiglie giuridiche, ma altresì ad uno studio estremamente dettagliato delle normative interne ai diversi Stati membri, al fine di individuare “*the best solution*”⁹. A tal scopo sono stati ugualmente considerati i criteri e le politiche legislative proprie a ciascun sistema nazionale, onde poter così individuare eventuali elementi comuni tra gli ordinamenti europei in confronto (elementi che, peraltro, sono risultati ben più numerosi di quanto inizialmente immaginato).

Senonché, l’assenza di una legittimazione politica favorevole ad un’armonizzazione del diritto privato europeo ha fatto sì che il DCFR sia rimasto una semplice opera accademica¹⁰, diretta a promuovere i principi di diritto privato comparato tra le diverse giurisdizioni europee. Inoltre, accanto a questo primo e più generale obiettivo, il DCFR si è prefisso il più ampio scopo di dimostrare l’effettiva esistenza di un diritto privato di scala euro-

7 V. “Action Plan”, par. 72.

8 *Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, op. cit., Intr. 50, p. 19, nota 49.

9 Il criterio della “best solution” venne specialmente utilizzato nell’analisi comparata delle legislazioni nazionali interessate.

10 Si consideri invero che gli obiettivi del DCFR vanno ben oltre la mera funzione preparatoria al CFR individuata dalla Commissione europea; v. *Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, op. cit., Intr.30, p. 11, nota 30.

pea, giustificato dalla considerazione che gli ordinamenti nazionali, in modo più o meno consapevole, finiscono spesso con l'individuare soluzioni affini per risolvere questioni giuridiche comuni.

In secondo luogo poi tale progetto ha voluto fornire un aiuto per le supreme giurisdizioni nazionali e, più in generale, per le Corti europee o altri organi giurisdizionali, ivi compresi quelli esterni all'Unione europea, al fine di condurre così ad una vera e propria modernizzazione del diritto contrattuale e, in una prospettiva più ampia, del diritto privato¹¹. Le norme contenute nel DCFR potranno dunque difettare di autorità normativa, ma ciò non ne fa venir meno la relativa appartenenza alla c.d. “*soft law*” nella quale rientrano, peraltro, i principi europei di diritto dei contratti (c.d. “PECL”) diretti a favorire l'uniformizzazione europea in materia contrattuale (contrariamente al DCFR che aspira ad uniformare anche altri settori).

Alla luce delle descritte finalità del DCFR, il presente lavoro è quindi diretto ad illustrare l'impatto di tale strumento nell'ambito della giurisprudenza europea, mediante l'analisi delle decisioni emesse sia dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea, sia dalle supreme giurisdizioni interne agli Stati membri. Invero, sebbene il DCFR non costituisca uno strumento giuridico obbligatorio, vedremo che i suoi principi vengono spesso richiamati dai giudici nazionali in supporto alle motivazioni delle sentenze, o ancora in molti altri casi mediante il ricorso all'analogia, allorché il loro contenuto coincida con le disposizioni nazionali. Non mancano inoltre casi nei quali i giudici interni abbiano dato diretta applicazione alle norme del DCFR, conducendo in tal modo ad un aggiornamento della legislazione vigente.

Mediante i trenta casi pratici qui di seguito illustrati si tenterà pertanto di esaminare tutte le possibili applicazioni del DCFR, onde poter così fornire una serie di possibili soluzioni modello per la casistica futura. Al riguardo, peraltro, si avvisa fin da ora che in considerazione dell'ampiezza dei contenuti presentati nel DCFR il presente lavoro ne seguirà la relativa struttura, consentendo in tal modo al lettore di effettuarne una prima analisi d'insieme.

2. Modalità di applicazione del DCFR nella giurisprudenza

Come si è appena osservato, non mancano le decisioni delle Corti statali ed europee nelle quali i giudici hanno utilizzato il DCFR per interpretare il loro diritto nazionale. Il ricorso ai principi del diritto comune europeo non ha riguardato solo la giurisprudenza di merito, ma anche e soprattutto quella

¹¹ *Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, op. cit., Intr. 7, p. 4, nota 8.

delle Corti Supreme.

Così nell'ordinamento svedese, in ragione di una concezione del diritto maggiormente dinamica rispetto a quella di altri sistemi, il DCFR viene spesso richiamato sia negli articoli di dottrina¹², sia nelle relazioni ministeriali¹³. Gli stessi giudici della Suprema Corte, inoltre, tendono ad impiegare il DCFR non solo quale strumento ai fini dell'individuazione della legge applicabile al caso concreto, bensì anche quale vero e proprio mezzo per creare una nuova regola in ipotesi di lacuna legislativa. A tal proposito, in una delle sue ultime decisioni¹⁴, la Suprema Corte svedese ha ad esempio dato applicazione all'articolo VI – 6:101 (3) DCFR¹⁵ per poter prima determinare l'orientamento generalmente seguito negli altri ordinamenti in ordine alla questione controversa ed applicare quindi, in un secondo tempo, il medesimo principio al caso di specie. Similmente, in un'altra decisione¹⁶, sempre la Suprema Corte svedese ha statuito che la parte danneggiata è tenuta ad adottare le misure necessarie onde limitare le conseguenze del danno, pena il riconoscimento della sua responsabilità per non aver contenuto gli effetti del nocumento. Sul punto, i supremi giudici hanno fondato le proprie motivazioni sugli articoli III – 3:705¹⁷ e VI – 5:102 (1)¹⁸, ai sensi dei quali la parte danneggiata è tenuta ad adottare gli strumenti occorrenti ai fini del contenimento del danno. In un caso analogo¹⁹ sempre inerente alla limitazione della

12 V. ad esempio M.WALLIN, M.PÄRSSINEN, *Högsta domstolen om tolkning av standardvillkor i entreprenadavtal – Rättsfall*, in *Svensk Juristtidning* 2013:8, p. 815-818; O.SVENSSON, *En rättsfilosofisk studie om avtalsfrihet och rättvisa*, in *Ny juridik*, 2014:1, p. 21-34, H.ANDERSSON, *Hyresrättsligt ansvar för annans culpa (I) – tolkningsalternativ och HD's val*, in *Infotorg.se* (online) about Art. IV.B.-7:103 DCFR, O.J.SVANTE, *Betalningsdestination när flera fordringsförhållanden påstås föreligga – vad skall bevisas och av vem?*, in *Infotorg.se* (online) on Art. III.-2:110 DCFR.

13 V. ad esempio *Lösöreköp och registerpant*, SOU 2015:18; *Statens Offentliga Utredningar; Politisk information i skolan – ett led i demokratiuppdraget*, SOU 2016:4; *Statens Offentliga Utredningar and DS 2011:8, Departementsserien*.

14 Caso T 960-15, *Högsta domstolen Avd. 2*, in data 3 novembre 2016, NJA 2016 p. 945.

15 Tale articolo così dispone: “allorché un bene materiale sia stato danneggiato, il risarcimento dovuto è pari alla diminuzione del suo valore e non già ai costi per la sua riparazione, se questi ultimi sono manifestamente più elevati rispetto al deprezzamento subito. Tale norma si applica, in quanto compatibile, anche agli animali, tenuto conto dei motivi per i quali gli stessi sono detenuti”.

16 Entrambi nel caso T 230-15, *Högsta domstolen Avd. 1*, in data 7 febbraio 2017, NJA 2017, p. 9.

17 Art. III.-3:705 DCFR: Diminuzione del danno

18 Art. VI.-5:102 DCFR: Concorso di colpa e responsabilità

19 V. il caso T 3034-15, *Högsta domstolen Avd. 2*, in data 24 febbraio 2017, NJA 2017

responsabilità, nella specie in materia di trasferimento della proprietà immobiliare, la Suprema Corte svedese ha ugualmente ritenuto applicabile l'articolo III – 3:105, statuendo che la verifica ai fini dei limiti alla responsabilità deve considerare tutte le circostanze del caso concreto e che, in ogni caso, il riconoscimento di suddetti limiti non viola i principi generali in materia di contratti. In particolare, da un lato l'articolo III – 3:105 (1)²⁰, sancisce i principi di buona fede e leale comportamento, mentre dall'altro lato l'articolo III – 3:105 (2) prevede il risarcimento per i danni personali cagionati.

Tuttavia DCFR non è stato preso in considerazione dalle solo Corti svedesi. Invero, in una delle sue recenti decisioni²¹, la Corte Suprema olandese è stata chiamata a decidere se il debitore consapevole delle azioni intraprese dal creditore possa, successivamente, invocare il decorso del termine di prescrizione. A tal fine, i supremi giudici hanno dato applicazione all'articolo III – 7:401 DCFR, relativo al rinnovo del termine prescrizione in ipotesi di consapevolezza del debitore. Ancora, in un altro caso²² concernente i contratti di franchising, la Suprema Corte olandese ha impiegato il DCFR ai fini dell'interpretazione delle norme in materia, richiamando in particolare l'articolo II – 7:204 DCFR²³ in tema di obblighi di informazione del franchisor. Con riguardo invece ad un'ipotesi di responsabilità per danni evitabili, la Suprema Corte olandese ha applicato il DCFR onde stabilire sia l'entità della responsabilità (art. III – 3:703 DCFR), sia la prevedibilità dei danni cagionati.

Sezione I. L'applicazione del DCFR nelle Corti nazionali

1. Libro I – Principi generali

1 a. Art. I. – 1 : 103 (2) DCFR; Buona fede e correttezza nei rapporti contrattuali

Il rispetto degli obblighi di buona fede e correttezza è essenziale in materia di contratti. Trattandosi dunque di una questione inerente alle basi stesse del diritto contrattuale, ne deriva una casistica particolarmente ricca nella

p. 113.

20 Art. III.-3:105 DCFR: Norme dirette all'esclusione o alla limitazione dei mezzi.

21 Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2017:755, 16/01030, in data 27 gennaio 2017.

22 Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2017:311, 15/04399, in data 4 novembre 2016.

23 Tale norma riguarda la responsabilità per i danni cagionati per reticenza o in correttezza delle informazioni.

giurisprudenza delle Corti nazionali.

Esemplare al riguardo è un ricorso proposto avanti alla Corte Suprema spagnola in data 3 dicembre 2010²⁴. Nella fattispecie, i giudici di ultima istanza erano chiamati a pronunciarsi sulla pretesa di una parte ad invocare il proprio diritto di credito verso il debitore, nonostante fossero trascorsi diversi anni dalla scadenza del termine per la restituzione della somma data a prestito ma non fosse ancora intervenuta la prescrizione. Chiamata dunque a determinare se una tale azione integri gli estremi dell'abuso del processo, posto che nel frattempo gli interessi hanno continuato ad accumularsi raggiungendo così una somma particolarmente ingente, la Corte ha in primo luogo osservato che la Banca ha correttamente esercitato il suo diritto di credito una volta informata della reintegrata capacità economica del debitore. Pur tuttavia, ciò non fa venir meno l'incidenza del ritardo nell'esercizio della pretesa attorea, valutata come scorretta da parte dei giudici spagnoli sul fondamento della dottrina della buona fede, così come delineata all'articolo I. -1 : 103 (2) DCFR. Ai sensi di quest'ultima norma, infatti, si considera contrario alle obbligazioni di correttezza e buona fede la condotta della parte che agisce ignorando le disposizioni precedentemente pattuite, allorché la controparte abbia ragionevolmente confidato nella loro applicazione. Sicché, nell'ipotesi in cui uno dei contraenti abbia indotto l'altro a confidare ragionevolmente nella previsione di un termine di scadenza, l'eventuale suo agire in contrasto con tale previsione deve considerarsi contraria al dovere di buona fede contrattuale.

Nella specie, i giudici hanno precisamente individuato le ipotesi nelle quali il ritardo possa integrare una situazione di contrarietà alla buona fede. In particolare, simile violazione può accadere quando: (a) un certo lasso di tempo sia trascorso senza che alcuna pretesa sia stata avanzata dal creditore; (b) l'azione sia stata esercitata senza successo e (c) la controparte abbia ragionevolmente confidato nell'abbandono della pretesa²⁵.

Di conseguenza, poiché nel caso in questione il debitore aveva ragionevolmente confidato nella rinuncia al proprio diritto di credito da parte della banca, che era trascorso un ragionevole lasso di tempo e che nel mentre l'ammontare degli interessi non aveva cessato di crescere, l'avvio di un procedimento avverso il convenuto avrebbe condotto ad un inevitabile ed ingiustificato pregiudizio nei suoi confronti. Per tali motivi dunque, la Corte ha ritenuto il ritardo in esame ingiusto e quindi contrario al dovere di buona fede.

Simili conclusioni sono ugualmente state raggiunte in una successiva causa devoluta alla medesima Corte Suprema spagnola in data 12 dicem-

24 Tribunal Supremo (TS) 769/2010, Sala 1 de lo civil, 3 dicembre 2010.

25 Ivi, par. 4.

bre 2011²⁶, relativa ad una questione analoga ed inerente, questa volta, ad un contratto di mutuo. Nella specie la banca mutuante, avendo richiesto il pignoramento dello stipendio del debitore dopo 18 anni dalla pattuita *datio in solutum*, veniva convenuta in giudizio dal debitore per il risarcimento dei danni. La Corte, dopo aver osservato che, in seguito alla sua prima azione legale, la banca aveva ottenuto la promessa di una prestazione in luogo dell'adempimento, ha quindi concluso per l'illegittimità del successivo pignoramento perché esercitato con un irragionevole ritardo. Invero, ai sensi dell'articolo I. – 1 : 103 (2) DCFR, un diritto soggettivo non può essere esercitato, o un'azione proposta, se il relativo titolare non lo ha fatto valere per un notevole lasso di tempo. Tale negligenza, infatti, conduce la controparte a ritenere legittimamente abbandonata la pretesa del creditore e dunque non più esercitabile alcun diritto di credito nei suoi confronti²⁷.

In aggiunta, i giudici supremi hanno ritenuto opportuno chiarire la distinzione tra un ingiusto ritardo nell'esecuzione di una pretesa giudiziale e l'istituto della prescrizione: sebbene in entrambi casi si presupponga il decorso di un certo lasso di tempo senza che sia stato esercitato un diritto, nella prima ipotesi si aggiunge l'affidamento ragionevole del debitore sul fatto che il creditore abbia rinunciato ad ogni azione nei suoi confronti. A tal fine viene dunque richiamato il primario dovere della buona fede, al quale la giurisprudenza del Supremo Tribunale spagnolo vi fa riferimento non tanto in applicazione delle disposizioni nazionali, quanto piuttosto invocando il citato articolo I. – 1 : 103 (2) DCFR.

Pertanto, in applicazione dei principi sopra espressi, la Corte rigetta la richiesta di risarcimento dei danni avanzata dal debitore, non ritenendo che nel caso di specie l'attore abbia adeguatamente dimostrato la mala fede o la colpa grave della banca, prova indispensabile ai fini dell'accertamento del ritardo "ingiusto".

2. Libro II – I contratti e gli altri atti giuridici

2 a. L'interpretazione del contratto

Con particolare riferimento all'ammissibilità della prova di accordi preliminari è interessante osservare che nel sistema inglese i fautori di tale istituto spesso richiamano, oltre alla normativa interna, anche le disposizioni conte-

26 TS 872/2011, Sala 1 de lo civil, 12 dicembre 2011. Url: <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&datasematch=TS&reference=6223450&links=%221830/2008%22&optimize=20120102&publicinterface=true>. V. anche sentenza n° 95/2011, 9 marzo 2011, *Juzgado de lo Mercantil* n°1 in Las Palmas de Gran Canaria.

27 Ivi, par. 3.

nute nel DCFR. Così, nel caso “*Chartbrook vs Persimmon Homes*”²⁸, i Lords hanno dichiarato ammissibile la prova avente ad oggetto precedenti accordi pre-negoziali, non potendo altrimenti distinguere tra, da un lato, gli elementi concernenti la fase anteriore alle negoziazioni e, dall’altro lato, quelli contenuti negli accordi pre-contrattuali. Tale decisione ha così determinato un vero e proprio *revirement* in materia, giustificato dagli stessi giudici inglesi alla luce della tradizione, seguita in numerose giurisdizioni europee, di attribuire rilevanza, ai fini dell’interpretazione del contratto, all’esistenza di precedenti accordi pre-negoziali. La presente regola, comune ad una pluralità di ordinamenti, viene espressamente contemplata nel DCFR all’articolo II. – 8 : 102 DCFR.

Simile questione è poi stata affrontata dal Supremo Tribunal spagnolo in data 25 maggio 2009²⁹, nell’ambito di un caso inerente alla validità o meno di un contratto di distribuzione. A tal fine si è dunque reso necessario procedere all’interpretazione del negozio, posto che, mentre per il giudice di primo grado si sarebbe trattato di una parte di un diverso contratto, per la Corte d’appello essa avrebbe invece dovuto ricondursi alla figura del negozio atipico.

Al riguardo è opportuno premettere che nel sistema spagnolo, salva l’eccezione della Catalonia, ai fini della stipula di un contratto di distribuzione non è richiesta né una forma particolare, né una specifica denominazione. Di conseguenza, ad avviso dei giudici della suprema giurisdizione, nel caso di specie troverebbero applicazione tanto le norme contenute nel codice civile spagnolo, quanto le analoghe disposizioni previste nel DCFR per i contratti non solenni. Sicché, sulla base dell’articolo II. – 8 : 106 DCFR³⁰, ai sensi del quale è preferibile l’interpretazione più favorevole alla validità del contratto, il Supremo Tribunal ha ritenuto che il negozio in oggetto debba essere ricondotto alla categoria dei contratti atipici³¹. Invero, così come indicato dai commentatori del DCFR, se una clausola del negozio risulta ambigua e può dunque essere interpretata, alternativamente, in modo tale da condurre all’invalidità od alla validità dello stesso, quest’ultima opzione è da preferirsi (principio del “*favor negotii*”)³².

28 *Chartbrook Ltd v. Persimmon Homes Ltd and others*, House of Lords (2009), UKHL 38, Lord Hoffmann, par. 39, p. 15 – 16.

29 TS 366/2009, Sala 1 de lo civil, 25 maggio 2009, RAJ 2009, n. 2417, p. 5963 – 5965.

30 Tale norma dispone infatti il principio della preferenza dell’interpretazione maggiormente favorevole alla validità del contratto, allorché lo stesso possa essere interpretato in modo tale da risultare invalido.

31 Supremo Tribunal, 25 maggio 2009, par. 5.

32 *Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of*

2 b. Contenuto ed effetti del contratto

In un caso deciso in data 23 settembre 2011³³, la Corte Suprema svedese è stata chiamata a decidere se, nell'ipotesi di contratto avente ad oggetto una prestazione odontoiatrica malriuscita, le relative spese debbano essere sostenute prima dell'esecuzione dell'intervento riparatore. La questione controversa riguardava pertanto non già la sussistenza o meno dell'errore medico, sul quale non vi era discussione, bensì il momento del pagamento delle spese da parte del cliente. Al riguardo, ad avviso della clinica, dovrebbe farsi riferimento alle condizioni generali previste dal proprio regolamento interno, in base alle quali il pagamento della prestazione deve avvenire prima della sua esecuzione e non in un momento successivo.

Sul punto, sia i giudici della corte d'appello che la Suprema Corte hanno ritenuto non applicabile al caso in oggetto la normativa svedese in tema di tutela dei consumatori, considerato che la stessa non comprende, nel proprio ambito di applicazione, le prestazioni di natura medica. Conseguentemente, in assenza di una specifica disciplina applicabile, i supremi giudici hanno considerato opportuno richiamare sia i propri precedenti giurisprudenziali, sia l'articolo II. – 9 : 103 (1) DCFR, al fine di stabilire se il paziente sia vincolato o meno alle condizioni generali contenute nel regolamento interno alla struttura ospedaliera.

Nella specie, per l'ospedale i pazienti sarebbero tenuti al rispetto delle predette condizioni generali a partire dal momento stesso del loro ricovero, con il conseguente dovere di pagamento della prestazione in parte in modo anticipato, in parte durante il trattamento ospedaliero in funzione di garanzia. Tuttavia, ai sensi del citato articolo II. – 9 : 103 (1) e (3a), quando una clausola non sia stata negoziata tra le parti perché inserita anteriormente da una sola di esse, questa, a prescindere dalla sua natura standardizzata o meno, si considera come non apposta se ciò è richiesto dalla controparte³⁴.

Pertanto, alla luce di tale disposizione, la Suprema Corte ha concluso che le condizioni generali inserite in un contratto, affinché possano essere dotate di efficacia vincolante, devono essere note alla controparte prima della stipula del negozio. Sicché, considerato che nel caso di specie la struttura sanitaria non aveva preventivamente informato il paziente della norma generale relativa al momento del pagamento, questi non poteva considerarsi vincolato alla medesima. Di conseguenza, richiamando il citato articolo II

Reference (DCFR), op. cit., Book II, art. II – 8:106, p. 569.

³³ Corte Suprema svedese, 23 settembre 2011, caso n. T 4062 – 09, NJA, 2011, p. 600 (NJA 2011: 59).

³⁴ *Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, op. cit., Book II, art. II – 9:103, p. 589 – 591.

– 9 : 103 (1) DCFR³⁵, la Corte ha escluso l’inadempimento del paziente per non aver provveduto al pagamento prima dell’esecuzione della prestazione medica, non essendo lo stesso stato informato dell’esistenza della clausola generale sopra descritta.

In un caso non dissimile, la Suprema Corte olandese, pronunciata in data 11 maggio 2012³⁶, è stata chiamata a decidere se le condizioni generali inserite in un contratto debbano considerarsi vincolanti o meno per le parti. Nella specie, la controversia verteva in particolare sull’ambito di applicabilità delle suddette condizioni, nell’ipotesi in cui le stesse abbiano previsto una limitazione di responsabilità in favore del ricorrente. Sul punto, dopo aver richiamato la normativa di una pluralità di sistemi giuridici ed osservato l’assenza di una soluzione univoca in materia, i supremi giudici hanno ritenuto di poter applicare il citato articolo II – 9 : 103 DCFR³⁷, considerando così le condizioni generali come elementi estranei alla negoziazione e dunque non vincolanti per le parti contrattuali.

3. Libro III – Obbligazioni e diritti delle parti

3 a. Rimedi in caso di inadempimento

Con una decisione emessa in data 11 ottobre 2012, la Suprema Corte svedese è stata chiamata a pronunciarsi sul tema della liquidazione dei danni derivanti da un’ipotesi di responsabilità contrattuale. Nella specie, il ricorrente aveva concluso, unitamente ad una serie di altri sub-fornitori, un contratto avente ad oggetto la cessione di un terreno ai fini della successiva costruzione di una centrale elettrica. Il successivo negozio di esecuzione³⁸ elencava i doveri spettanti a ciascun sub-fornitore³⁹, nonché le norme in

35 La disposizione in esame, relativa alle clausole non negoziate dalle parti, così enuncia: (1) Le clausole previste da una sola parte e non oggetto di negoziazione possono essere produrre effetti nei confronti dell’altra soltanto se questa ne era a conoscenza, ovvero se la stessa sia stata resa adeguatamente edotta del loro inserimento, prima o dopo la conclusione del contratto... (3) Ai fini del presente articolo (a) “non negoziate” deve intendersi secondo la definizione datane all’articolo II – 1 : 110 (Clausole non negoziate dalle parti); (b) non si considerano note alla controparte quelle clausole meramente richiamate nel contratto, anche se questa lo abbia sottoscritto.

36 HR verdict, 11 maggio 2012, LJM : BW0730, NJ 2012, n. 318.

37 Una regola analoga è altresì dettata all’articolo 2 : 104, Principi europei in materia di contratti, così come all’articolo 70 CESL.

38 AB 92 – Condizioni generali in materia di contratti di costruzione ed installazione di impianti.

39 Tra i quali vi rientrano, in particolare, le obbligazioni di procurare ed installare il

tema di responsabilità del contraente principale nell'esecuzione del contratto. Senonché, il termine per la conclusione dei lavori non venne rispettato, con la conseguente impossibilità per la centrale elettrica di entrare in funzione alla data prestabilita. Tale ritardo, tuttavia, si sarebbe comunque prodotto anche se il contraente principale avesse adempiuto in termini, considerato che alcuni dei sub-fornitori non avevano provveduto ad eseguire la relativa prestazione nei termini prestabiliti⁴⁰.

Sul punto quindi, poiché la Corte non poteva basare la propria decisione sulla sola clausola penale, la quale avrebbe potuto formare l'oggetto di un'interpretazione non univoca, ha ritenuto necessario richiamare la dottrina avente ad oggetto i rimedi previsti in ipotesi di inadempimento contrattuale, riferendosi in particolar modo all'articolo III – 3 : 101 DCFR⁴¹. Pertanto, sebbene il ritardo nel completamento dei lavori non fosse interamente imputabile al solo convenuto, quest'ultimo è stato comunque ritenuto responsabile per i danni cagionati. In simili ipotesi infatti, come osservato dai supremi giudici, quando un medesimo danno sia dovuto a due eventi dannosi verificatisi nel medesimo momento, entrambi gli autori ne sono responsabili⁴². Sicché, riconoscendo la sussistenza di un concorso di responsabilità per i danni causati dal ritardo nell'esecuzione dei lavori⁴³, la Corte ha condannato al pagamento del risarcimento non solo il contraente principale, ma anche gli altri sub-contraenti inadempienti⁴⁴.

3 b. Cessazione degli effetti del contratto

In un caso sottoposto alla Suprema Corte spagnola⁴⁵ ed inerente ad un contratto di telefonia, la questione controversa era la seguente: ad avviso dell'attore la controparte avrebbe commesso una violazione del contratto, mentre per quest'ultima non vi sarebbe stato alcun inadempimento poiché

generatore della centrale.

40 Di conseguenza anche la consegna e la successiva installazione del generatore sarebbero avvenute in ritardo rispetto al termine convenuto.

41 Tale disposizione così statuisce: Rimedi possibili. (1) In caso di ingiustificato inadempimento all'obbligazione, il creditore può ricorrere ad ogni rimedio previsto nel presente capitolo. (2) In ipotesi di inadempimento dovuto a giusta causa, il creditore può invocare ognuno dei rimedi previsti, salvo quello per l'esatto adempimento. (3) Il creditore non può invocare alcuno dei rimedi previsti nell'ipotesi in cui abbia dato causa all'inadempimento del debitore.

42 HR verdict, 11 maggio 2012, LJM : BW0730, NJ 2012, n. 318, p. 9.

43 Ivi, par. 16.

44 Simile approccio richiama il principio in base al quale la parte danneggiata non può beneficiare, mediante il risarcimento, di un miglioramento della propria situazione patrimoniale rispetto a quella anteriore al verificarsi dell'evento dannoso (v. ivi, par. 15).

45 STS 4714/2010, 22 giugno 2010, appello n. 363/2006, decisione n. 380/2010.

il negozio aveva cessato di produrre i suoi effetti *ex tunc* e ne era dunque derivato un ingiustificato arricchimento per il ricorrente.

Al riguardo il Supremo Tribunale, dopo aver osservato che l'attore aveva usufruito del codice di accesso in modo irregolare beneficiando così di un ingiusto arricchimento, e che il convenuto, in base al contratto, era titolare della facoltà di risolvere il negozio in ipotesi di inadempimento da parte del cliente, ha concluso per il rigetto della domanda. Ad avviso dei giudici infatti, poiché il ricorrente aveva utilizzato il codice di accesso per una serie di servizi diversi da quelli pattuiti nel contratto, egli aveva quindi commesso una violazione dell'accordo, con la conseguente risoluzione dello stesso.

A tal fine vengono richiamati gli articoli III – 3 : 509 e 3 : 510 DCFR, ai sensi dei quali vi sono due tipologie di effetti derivanti dalla cessazione del contratto: l'estinzione dell'obbligazione e la restituzione di quanto ricevuto. Nel caso di specie, considerato che entrambe le parti avevano violato la normativa contrattuale, ne conseguiva che entrambe fossero tenute all'obbligo di restituzione di quanto ricevuto in attuazione del negozio. Con riferimento poi alla determinazione del momento a partire dal quale far produrre gli effetti della cessazione del contratto, tenuto conto che la restituzione delle prestazioni eseguite può ripercuotersi negativamente nella sfera giuridica dei terzi (in primis i consumatori), ne deriva che i suddetti effetti debbano decorrere *ex nunc*, a partire dal momento in cui interviene la causa estintiva del negozio. Di conseguenza, la Corte conclude che entrambe le parti hanno commesso un inadempimento contrattuale, che dunque entrambe sono tenute alla restituzione di quanto ricevuto e che gli effetti derivanti dalla cessazione del contratto operano *ex nunc*.

In altri due casi sempre posti all'attenzione della Suprema Corte spagnola⁴⁶, la questione ha riguardato l'acquisto, direttamente dal costruttore, di una serie di immobili ad uso vacanza nell'ambito di una struttura adibita a resort turistico. Nella specie, la controversia ha tratto origine da un provvedimento della pubblica amministrazione locale che, successivamente alla stipula del contratto, revocava il provvedimento autorizzatorio in precedenza concesso per l'apertura del resort, il quale diveniva così inutilizzabile per i suoi utenti.

Entrambi i precedenti ricorsi si erano conclusi con il riconoscimento dell'inadempimento contrattuale ad opera del costruttore. Nondimeno la Suprema Corte, ribaltando le decisioni di grado inferiore, ha ritenuto che la questione centrale riguardasse non già la responsabilità del costruttore, quanto piuttosto l'avvenuta cessazione del rapporto contrattuale. Di conseguenza, ad avviso dei supremi giudici, le norme invocate nei precedenti giudizi non sarebbero

46 TS 99/2012, Sala 1 de lo civil, 29 febbraio 2012 e TS 103/2012, Sala 1 de lo civil, 1° marzo 2012.

state correttamente applicate⁴⁷; sul punto, infatti, vengono richiamati sia i precedenti giurisprudenziali nazionali, sia l'articolo III – 3 : 510 (5) DCFR⁴⁸, ai sensi del quale la restituzione delle prestazioni ricevute, in ipotesi di inadempimento del contratto, si estendono anche ai frutti naturali e civili nel mentre maturati. Pertanto, la Corte conclude che gli effetti derivanti dalla cessazione del contratto non opererebbero *ex nunc*, bensì retroattivamente, onde consentire così il ripristino della situazione anteriore alla sua stipulazione. Ne deriva che ciascuna parte sia tenuta a restituire tutti quei benefici ricevuti in esecuzione del contratto poi risolto⁴⁹, garantendo in tal modo che in simili ipotesi le relative conseguenze siano ripartite tra le parti.

3 c. *Danni ed interessi*

Esemplare in materia è il caso n. T 5926 : 11 deciso dalla Suprema Corte svedese⁵⁰, ove in seguito ad un incidente ferroviario il ricorrente ha richiesto un risarcimento per le spese sostenute ai fini del soccorso. Nella specie, questi aveva concluso un contratto di trasporto con il convenuto, avente lo scopo di trasportare del gas clorino. A tal fine le parti avevano dato applicazione alle norme comuni dettate in materia di trasporto ferroviario di passeggeri (anche note con l'acronimo di "CIM"⁵¹) ed entrambe invocavano, in sede processuale, il risarcimento per le spese sostenute a causa delle operazioni di soccorso. Giova premettere che sulla questione non vi era mai stata alcuna pronuncia da parte delle giurisdizioni svedese e che, più in generale, la stessa non era mai stata affrontata in alcuno dei sistemi giuridici facenti parte della convenzione.

Chiamata a decidere se i costi sostenuti dal ricorrente per limitare gli effetti dell'inadempimento contrattuale siano rimborsabili o meno, la Suprema Corte ha primariamente osservato che sia il CIM, sia le altre convenzioni in

47 TS 99/2012, Sala 1 de lo civil, 29 febbraio 2012, par. 5-6.

48 Tale norma così enuncia: restituzione dei benefici derivanti dalle prestazioni ricevute. (5) L'obbligo di restituire un beneficio si estende ad ogni frutto civile o naturale da esso maturato.

49 TS 99/2012, Sala 1 de lo civil, 29 febbraio 2012, par. 6.

50 HD, 4 febbraio 2013, caso n. T 5926 – 11, Anne HANSEN, nota a T 5926 – 11, *Info Torg Juridik*, pubblicato in data 6 febbraio 2013.

51 Trattato sul trasporto internazionale ferroviario (COTIF), firmato del 1980. Esso contiene in primo luogo la regolamentazione del trasporto internazionale di beni e persone e vi comprende norme sia di diritto privato che di diritto pubblico. Si compone di un atto costitutivo, seguito da due appendici: il CIV, ossia le norme uniformi in tema di contratti aventi ad oggetto il trasporto ferroviario internazionale di passeggeri; il CIM, ossia le norme uniformi in tema di contratti aventi ad oggetto il trasporto ferroviario internazionale di beni. Il trattato di revisione della versione originaria, intervenuto nel 1999, non è ancora stata ratificato dalla Svezia.

tema di trasposto internazionale, non contengono disposizioni che regolano espressamente il risarcimento dei danni in ipotesi simili (ossia quando il beneficiario del trasporto abbia adottato una serie di misure per limitare determinati effetti dannosi). In sostanza non è dunque applicabile il citato CIM, prevedendo quest'ultimo il solo caso di rimborso per aver ricevuto beni danneggiati ovvero in ipotesi di ritardo della consegna.

Pertanto, in assenza di una regolamentazione apposita, e non potendo richiamare alcun precedente giurisprudenziale, la Suprema Corte svedese ha ritenuto opportuno riferirsi ai principi generali in materia di contratti e, più precisamente, all'articolo III – 3 : 705 DCFR. Il diritto al risarcimento è stato dunque ricollegato alla più generale obbligazione, spettante alla parte lesa, di adoperarsi, nel limite del ragionevole sacrificio, al fine di ridurre i danni cagionati dall'inadempimento dell'altro contraente⁵². In tale prospettiva inoltre si ritiene che, indipendentemente dall'esito favorevole o meno delle azioni condotte, la parte danneggiata ha comunque diritto al risarcimento per le lesioni subite, anche quando il rimedio adottato abbia determinato un peggioramento delle conseguenze dannose. L'obiettivo così perseguito mira non solo ad incoraggiare la parte lesa, tenuto conto della sua posizione generalmente più favorevole⁵³, a non rimanere inerte a fronte dell'inadempimento altrui, ma tutela altresì l'interesse della controparte inadempiente ad evitare un peggioramento dei danni causati.

In definitiva, nel caso in esame si è posto il problema di stabilire se le parti di un contratto di trasporto siano tenute ad adottare le misure necessarie per ridurre i danni cagionati dalla violazione del negozio ovvero se una tale pattuizione costituisca un'eccezione ai principi generali del contratto⁵⁴. Ebbene, posto che in materia non è applicabile il CIM e che manca una giurisprudenza consolidata sul tema, la Suprema Corte ha concluso per l'applicazione dei principi generali del contratto, così come richiamati nel DCFR⁵⁵.

A sostegno della propria decisione, i giudici svedesi hanno particolarmente insistito sull'esigenza di applicare la regola descritta, rischiando altrimenti di riconoscere al beneficiario del trasporto, parte lesa, l'ingiustificato vantaggio di non rispondere per gli ulteriori danni cagionati ai beni quando essi potevano essere evitati mediante l'adozione di tempestivi rimedi⁵⁶. Un

52 HD, 4 febbraio 2013, caso n. T 5926 – 11, sopra citata, par. 3.3 – 3.5. Si v. altresì *Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, op. cit., vol. I, p. 939 f.

53 HD, 4 febbraio 2013, caso n. T 5926 – 11, par. 3.6.

54 Ivi, par. 3. 12.

55 Ivi, par. 3. 13.

56 Ivi, par. 3. 11.

tale risultato, infatti, finirebbe col condurre ad esiti del tutto irragionevoli non solo da un punto vista generale, ma anche in una prospettiva di buon funzionamento degli scambi commerciali.

3 d. Clausole risarcitorie per inadempimento del contratto

Con riferimento al primo caso (caso T 4728 : 08⁵⁷), la Suprema Corte svedese, chiamata ad affrontare una questione inerente allo smarrimento di una chiave passepartout, ha dovuto stabilire se la clausola penale inserita nell'allegato del contratto debba essere considerata come uno strumento limitativo della responsabilità contrattuale e se il medesimo possa essere fatto valere contro la compagnia assicurativa.

Sul punto i giudicanti hanno primariamente osservato che nei modelli contrattuali standardizzati, così come nei contratti per la costruzione di impianti, la clausola penale viene generalmente considerata come parte integrante dell'obbligazione di pagare il risarcimento del danno in caso di ritardo nell'esecuzione della prestazione richiesta, salva la risoluzione del contratto.

Al riguardo, nondimeno, la dottrina scandinava rimane divisa, permanendo controverso se la parte danneggiata possa scegliere il risarcimento in luogo dell'azione per far valere la clausola penale, ovvero se, nell'ipotesi in cui l'interpretazione del contratto sia oscura, l'unico rimedio possibile sia costituito dalla predetta azione. Dubbi simili sono stati ugualmente prospettati dalla dottrina in altri paesi europei, in particolare è controverso se il risarcimento del danno debba essere liquidato in aggiunta alla penale ovvero se questa rappresenti il solo strumento possibile nel caso di mantenimento del contratto. Sul tema, l'articolo III – 3 : 712⁵⁸ DCFR ha optato per quest'ultima soluzione, condivisa dalla Suprema Corte svedese che vi ha dunque fatto riferimento per interpretare il contenuto dell'allegato in esame e concludere che la clausola penale costituisca l'unica forma di risarcimento prevista tra le parti. In conclusione, i giudici hanno dunque statuito favorevolmente al convenuto, tenuto a risarcire il danno da perdita del passepartout per un ammontare fisso e predeterminato nell'allegato del contratto⁵⁹.

57 Caso n. T 4728 – 08 Högsta Domstolens Dom p. 1 – 26 e Richard BYSTRÖM, *Vitesavtal begränsar skadeståndet för borttappad nickel*, in *InforTorg Juridik*, 27 dicembre 2010.

58 Art. III – 3 : 712 : Clausola penale. (1) Se il negozio dispone che in ipotesi di inadempimento il debitore è tenuto a risarcire il creditore per un determinato ammontare, questi ha diritto a ricevere la somma data indipendentemente dall'entità del danno. (2) La somma individuata nel contratto o altro atto giuridico può tuttavia, salva previsione contraria, essere proporzionalmente ridotta allorché il suo ammontare sia manifestamente iniquo considerata l'entità dei danni derivanti dall'inadempimento e tenuto di tutte le ulteriori circostanze del caso.

59 *Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, op. cit., vol. I, p. 964, articolo III – 3 : 712.

3 e. Pluralità di obbligazioni

Nel 2010, la Suprema Corte spagnola⁶⁰ è stata investita della questione inerente alla responsabilità sorta nell'ipotesi di un incidente d'auto verificatosi nel corso di un viaggio organizzato. Nella specie, i ricorrenti avevano prenotato un viaggio all'estero per il tramite di un'agenzia di viaggi (rivenditore) domiciliata nello Stato di residenza delle vittime; il pacchetto turistico, tuttavia, era stato interamente organizzato da un ente diverso (fornitore). Senonché, nel corso del viaggio il bus locato dal fornitore era incorso in un grave incidente, cagionando così diversi danni ai ricorrenti. La questione controversa può dunque così riassumersi: se la responsabilità per l'evento descritto debba imputarsi ad uno solo dei due organizzatori, ovvero se entrambi siano solidalmente responsabili.

Al riguardo, la direttiva comunitaria relativa alla materia in esame⁶¹ nulla dispone in merito all'eventualità che, in un'ipotesi come quella in oggetto, la responsabilità competa sia al fornitore, sia al rivenditore, rimettendo la questione alla discrezionalità di ciascun Stato membro. Ne deriva così che ciascun Stato, nell'attuazione della direttiva predetta all'interno del proprio ordinamento, sia libero di regolamentare la responsabilità in esame secondo le proprie scelte. Ebbene, poiché tale normativa europea è divenuta parte integrante del sistema giuridico spagnolo e che la questione non forma l'oggetto di precedenti giurisprudenziali, il Supremo Tribunale ha ritenuto opportuno richiamare le soluzioni adottate nelle altre legislazioni europee⁶², nonché, quali principi direttivi, le norme contenute del DCFR.

Così, i giudici hanno dato applicazione all'articolo III – 4 : 103 (2) DCFR, ai sensi del quale se nulla è disposto nel negozio, la responsabilità di due o più debitori per l'inadempimento ad una medesima obbligazione si presume solidale. Precisamente, la responsabilità è solidale allorché due o più debitori sono responsabili per la stessa obbligazione. Pertanto, i supremi giudici hanno ritenuto entrambi gli obbligati, ossia il rivenditore ed il fornitore, responsabili per i danni occorsi ai ricorrenti, garantendo in tal modo una maggior tutela dei consumatori.

In un caso non dissimile⁶³, sempre la Suprema Corte spagnola è stata nuovamente chiamata a pronunciarsi su una questione vertente, questa volta, sul ricorso proposto dall'acquirente di nove impianti di condizionamento nei confronti sia del venditore, sia dell'azienda fornitrice. In particolare, il ricor-

60 TS 870/2009, Sala 1 de lo civil, 2 gennaio 2010.

61 Direttiva 90/314/EEC.

62 Quali ad esempio l'Austria, l'Inghilterra, l'Italia o la Francia. In materia inoltre, il Supremo Tribunal ha ritenuto opportuno esaminare la normativa norvegese.

63 TS 597/2010, Sala 1 de lo civil, 8 ottobre 2010.

rente ha domandato: la risoluzione del contratto di vendita; la cancellazione dell'accordo di conciliazione; il risarcimento del prezzo pagato e dei danni subiti maggiorato degli interessi.

La successiva conciliazione è stata raggiunta unicamente tra il ricorrente ed il fornitore, consentendo così al venditore, essendo rimasto estraneo a tale secondo accordo, di continuare a negare qualsiasi inadempimento contrattuale. Nondimeno, ad avviso della Suprema Corte quest'ultimo sarebbe comunque responsabile in virtù del contratto di vendita, considerato che l'accordo di conciliazione riguarda i soli vizi di produzione e non anche quelli da prodotto difettoso, i quali rientrano nella garanzia fornita dal venditore⁶⁴.

È certo vero, come osservato dagli stessi giudici, che in tali ipotesi il venditore agisce di regola quale mero intermediario, spettando direttamente al fornitore la responsabilità per eventuali vizi dovuti a prodotti difettosi. Pur tuttavia, la prassi sviluppata in materia nella giurisprudenza spagnola rispecchia pienamente il contenuto del citato articolo III – 4 : 103 DCFR, ai sensi del quale se nulla è disposto nel negozio, la responsabilità di due o più debitori per l'inadempimento ad una medesima obbligazione si presume solidale.

In applicazione della norma suddetta dunque, la Corte ha considerato entrambi i convenuti responsabili per i danni lamentati, ritenendo necessario, sebbene le rispettive obbligazioni non siano pienamente identiche, privilegiare la tutela dell'acquirente⁶⁵. Di conseguenza, in virtù della responsabilità solidale sancita dall'articolo III – 4 : 103 DCFR, la Corte ha ugualmente ritenuto non fondato il successivo contro-ricorso proposto dal venditore.

3 f. Prescrizione

La casistica inerente alla tematica della prescrizione è particolarmente ricca. La questione è stata invero affrontata, ad esempio, nel caso E 265: 11⁶⁶ proposto avanti alla Suprema Corte svedese. Nella specie, il ricorrente sosteneva che il proprio debito nei confronti dell'Agenzia per la Previdenza Sociale svedese, avente ad oggetto il rimborso dei contributi versati a sostegno della famiglia, fosse ormai prescritto, con la conseguente inammissibilità di ogni azione nei suoi confronti.

Sul punto, la legge svedese⁶⁷ prevede, in via generale, un termine di prescrizione di cinque anni entro il quale il diritto può essere fatto valere.

64 Ivi, par. 6.

65 Ibidem.

66 Caso n. E 265 – 11, 20 giugno 2012, NJA 2012, p. 452 (NJA 2012 : 46).

67 Trattasi nel caso di specie dell'articolo 3, par. 1, Legge in materia di prescrizione del pagamento delle imposte (1982: 188).

Inoltre, in materia di rimborso dei contributi familiari, la medesima normativa sancisce che gli stessi debbono essere pagati entro dieci giorni dalla notifica al debitore. Pertanto, nel caso di specie, si è chiesto alla Corte di stabilire se, in un'ipotesi del genere, il *dies a quo* ai fini del maturare della prescrizione debba individuarsi nella data di notifica della richiesta di rimborso al debitore, senza tener conto del lasso di tempo intercorso tra la decisione dell'ente e la sua comunicazione al debitore, periodo che, nel caso in esame, è di almeno dodici anni.

Per risolvere la controversia in oggetto, la Corte ha ritenuto opportuno distinguere tra la durata massima della prescrizione ed il caso della prescrizione breve. Al riguardo, ha osservato che mentre la prima inizia a decorrere dalla data in cui il diritto viene leso, la seconda, invece, inizia a decorrere dalla data dovuta, ossia dalla data in cui sorge una certa obbligazione di adempiere. Il suo obiettivo dunque, diversamente dalla durata massima della prescrizione, è quello di favorire la soluzione più rapida possibile del debito controverso.

Orbene, alla luce delle predette osservazioni, la Corte ha concluso per una possibile combinazione di entrambe le prescrizioni, sul modello delle previsioni contenute nel DCFR. Tale normativa, invero, prevede un termine prescrizionale breve all'articolo III – 7 : 201⁶⁸, mentre la prescrizione generale è disciplinata all'articolo III – 7 : 307⁶⁹. Secondo i supremi giudici dunque, poiché il ricorso alle norme contenute nel DCFR impone una sua interpretazione conforme, ne discende che nel caso di specie il rimborso dei contributi familiari avrebbe dovuto essere richiesto entro il termine di dieci giorni dalla notificazione al debitore o, al più tardi, entro cinque anni dal momento in cui l'azione è stata proposta. Senonché, essendo trascorsi dodici anni dal giorno in cui il diritto era stato fatto valere, i termini di prescrizione erano già ampiamente decorsi e dunque nessuna richiesta di rimborso poteva validamente essere avanzata.

68 Tale articolo così dispone: Durata generale. La prescrizione decorre generalmente in tre anni.

69 Art. III – 7 : 307 DCFR: Durata massima della prescrizione – Qualora sopravvenga una causa di sospensione o di proroga della prescrizione al di là dei termini previsti nel presente capitolo, la sua durata non può in ogni caso superare dieci anni ovvero, in ipotesi di risarcimento per lesioni personali, trenta anni. La presente disposizione non si applica in presenza della causa di sospensione di cui all'articolo III – 7 : 302 (sospensione dei termini per l'avvio di un procedimento giurisdizionale).

4 Libro IV – I contratti speciali e i diritti e doveri da essi derivanti⁷⁰

4 a. I contratti tipici

In materia può citarsi un caso deciso dalla Suprema Corte olandese⁷¹ sul tema dell'applicabilità delle norme previste per la vendita di beni ai programmi di software. Sul punto, onde poter inquadrare tali strumenti sotto il profilo legale, i giudici hanno ritenuto opportuno ricorrere al DCFR ai fini di un'analisi comparata dell'istituto nelle varie legislazioni europee⁷². In particolare, la Corte ha richiamato l'articolo IV.A – 1 : 101 DCFR, il quale elenca i vari contratti di vendita dei beni. L'articolo IV.A – 1 : 101 (2) (d) DCFR invece, dispone specificatamente che il software può formare l'oggetto di un contratto di compravendita. Pertanto, i giudici olandesi hanno concluso che a tale strumento ben possa applicarsi la normativa prevista in tema di vendita di beni.

4 b. Cessazione del rapporto contrattuale

Nel caso T 3:08⁷³, la Suprema Corte svedese è stata chiamata ad individuare il momento in cui possa ragionevolmente risolversi un contratto di rivendita. La questione ha suscitato non poco interesse nell'ambiente giuridico svedese, considerato che in Svezia non è prevista alcuna regolamentazione specifica in tema di contratti di rivendita di beni.

Nella specie, il problema derivava dalla duplice circostanza che l'accordo era intervenuto soltanto sulla forma e che le parti non avevano previsto nulla con riguardo alla durata del rapporto. Al termine del settimo anno dunque, il panettiere fornitore aveva deciso di porre fine al contratto con efficacia immediata.

Sul punto, la Corte ha primariamente individuato la natura del rapporto controverso in un contratto di rivendita di beni, chiedendosi successivamente se, in ipotesi di recesso, sia necessaria una previa comunicazione della parte recedente. Tuttavia, in caso affermativo, si pone il problema ulteriore di stabilire quale sarebbe il termine massimo entro il quale tale comunicazione deve essere resa nota alla controparte. E se una tale comunicazione

⁷⁰ Si precisa tuttavia che i diritti e doveri discendenti dal contratto di vendita sono stati ugualmente delineati a livello europeo nel caso *Lloyds TSB Foundation for Scotland vs Lloyds Banking Group PCL* (2011), CSIH 87; 2012 SC 259, par. 29.

⁷¹ Hoge Raad (HR), sentenza emessa in data 27 aprile 2012, LJN: BV1301, NJ 2012, n. 293.

⁷² *Ibidem*, par. 3.10.2 (conclusioni).

⁷³ Decisione del 3 novembre 2009 (caso n. T 3-08), NJA 2009, p. 672; NJA 1989 A 7, *Svante O. Johansson, Avtalsrätt*, pubblicato in data 20 novembre 2009; C. RAMBERG, *The Supreme Court's silent coup*, 3 luglio 2009.

mancasse, la sua assenza potrebbe dar luogo ad un'ipotesi di inadempimento del contratto? Tali quesiti hanno costituito il cuore del ragionamento seguito dalla Corte, considerata l'assenza, come anticipato sopra, di alcuna minima regolamentazione dei contratti di rivendita del diritto svedese. Così, ad avviso dei supremi giudici, non solo è necessaria una previa comunicazione della volontà di recedere dall'accordo, ma quest'ultima deve altresì essere trasmessa alla controparte almeno tre mesi prima.

La presente decisione è stata considerata come un importantissimo *revisement* nella giurisprudenza svedese, posto che tale pronuncia si è opposta ad una precedente sentenza della medesima Suprema Corte avente ad oggetto la stessa materia⁷⁴. Attraverso la decisione del 2009 i supremi giudici hanno dunque creato un vero e proprio precedente vincolante per il tramite dell'applicazione di una nuova fonte normativa, il DCFR, nella specie nei suoi articoli IV.E – 2 : 302 e IV.E – 2 : 305.

Così, all'opposto della giurisprudenza passata, la Suprema Corte ha ritenuto di non dover basare il proprio ragionamento sulla natura dell'accordo concluso tra le parti. Al contrario, la Corte ha semplicemente statuito che “poiché il distributore ha acquistato il pane dal fornitore per poi rivenderlo a suo nome, ne deriva che non si tratti né di un contratto di agenzia, né di un contratto di mandato, bensì di un contratto di rivendita”. Tale decisione, sebbene fortemente criticata dalla dottrina, in particolare nella parte relativa alla natura dell'accordo, rappresenta nondimeno, come già anticipato, un vero e proprio precedente per la giurisprudenza svedese⁷⁵, fondato sull'applicazione dei citati articoli IV.E – 2 : 302 e IV.E – 2 : 305 DCFR. Ai sensi di tali disposizioni, in ipotesi di contratto di rivendita, ciascuna parte può recedere dal negozio previa comunicazione entro un termine ragionevole, senza dover risarcire alcun danno. Quanto al predetto termine, lo stesso può ritenersi ragionevole in considerazione di una pluralità di fattori, quali (a) la durata del rapporto contrattuale; (b) gli investimenti eseguiti da ciascuna parte; (c) la durata necessaria per individuare un'eventuale alternativa; (d) gli usi negoziali.

In definitiva, la Corte ha concluso che ai fini dell'esercizio del diritto di recesso, la parte è tenuta a darne previa comunicazione entro un termine ragionevole all'altro contraente. Eventuali accordi relativi al predetto termine e diversi da quelli conformi ai requisiti posti dai supremi giudici possono considerarsi validi, salva l'eventualità di una loro revisione secondo le direttive impartite dal DCFR. Nel caso di specie, infine, la Corte ha altresì ritenuto che il termine ragionevole entro il quale la parte recedente dovrebbe comunicare la sua volontà di recesso debba essere di tre mesi.

74 Contra NJA 1989 A 7.

75 *Svante O. Johansson, Avtalsrätt*, pubblicato in data 20 novembre 2009.

4 c. *Ammontare dell'indennità*

In un caso sottoposto all'attenzione della Suprema Corte olandese⁷⁶, si è trattato di stabilire l'ammontare dell'indennità dovuta in ipotesi di un contratto di agenzia. Nella specie, si trattava di un accordo in base al quale il ricorrente aveva ingaggiato un'agenzia ai fini della sua rappresentanza esclusiva in sede di procedimento arbitrale. Il ricorrente, nondimeno, aveva posto fine al rapporto contrattuale dopo tre anni. Di conseguenza, il convenuto reclamava il pagamento di una serie di somme di denaro sostenute nell'ambito di un procedimento arbitrale. La questione controversa riguardava quindi la determinazione del preciso ammontare delle somme reclamate dall'agenzia. Sul punto, la Suprema Corte ha annullato la decisione della Corte d'appello, rinviando a quest'ultimo giudice il compito di stabilire se siano risarcibili, e sulla base di quali fattori, le spese sostenute per i servizi di agenzia⁷⁷. Anche in tal caso i supremi giudici olandesi hanno ritenuto di dover richiamare le norme contenute nel DCFR al fine di individuare una soluzione conforme al quadro giuridico europeo⁷⁸. Pertanto, sebbene la Corte abbia ammesso che il DCFR non disponga di una forza vincolante, ha tuttavia ritenuto utile interpretare l'articolo 7 : 442 del Codice civile olandese⁷⁹ alla luce dell'articolo IV E – 3 : 312 DCFR⁸⁰.

76 HR, 2 novembre 2012, JIN : BW 9865, NJB 2012, 2307.

77 Quale il servizio di ricerca della clientela.

78 HR, 2 novembre 2012, JIN : BW 9865, cit., par. 2. 35 (conclusioni).

79 Burgerlijk Wetboek (BW).

80 Articolo IV.E – 3 : 312 DCFR. Ammontare dell'indennità – (1) L'agente di commercio ha diritto di ricevere un'indennità per aver agito in buona fede, sulla base dell'articolo IV.E – 2 : 305 (indennità per buona fede), calcolata secondo i seguenti parametri: (a) l'ammontare medio della commissione prevista per la conclusione di contratti con nuovi clienti e per l'aumento del volume d'affari con i clienti esistenti negli ultimi dodici mesi. Il risultato così ottenuto deve successivamente essere moltiplicato per (b) il numero di anni che il rappresentato ritiene di poter beneficiare in futuro dei vantaggi derivanti dai predetti contratti. (2) Tale indennità può essere modificata in presenza delle seguenti condizioni: (a) eventuali difficoltà nella ricerca dei clienti, sulla base della percentuale media degli spostamenti nel territorio operativo dell'agente; (b) lo sconto richiesto per ogni pagamento, sulla base dei tassi medi. (3) In ogni caso, l'indennità dovuta non può superare l'ammontare della remunerazione annuale, calcolata in riferimento agli ultimi cinque anni oppure, se il contratto è stato stipulato anteriormente, in considerazione della remunerazione media versata per tutto il periodo. (4) Le parti non possono, a discapito dell'agente, convenire la non applicazione del presente articolo o apportarvi delle deroghe.

4 d. Garanzia personale dipendente

Nel caso in precedenza citato ed inerente alla perdita della chiave passe-partout⁸¹, la Suprema Corte svedese ha ugualmente ritenuto che l'ente garante deve verificare, prima di procedere al pagamento, che il debitore non intenda proporre alcuna opposizione al diritto vantato dal creditore. In caso contrario, la sostituzione non è valida. Tale soluzione riprende le previsioni contenute nell'articolo IV.G. – 2 : 112 DCFR⁸².

4 e. Diritto di revoca del donante

In un caso sottoposto all'attenzione del Supremo Tribunal spagnolo⁸³, si è posta la questione di individuare quali siano le ipotesi di ingratitudine del donatario. Nella specie, il donante aveva chiesto la revoca della donazione per ingratitudine che, a suo avviso, sarebbe stata causata dalle accuse mosse dal convenuto nei suoi confronti.

Considerato che la questione aveva per lungo tempo diviso la dottrina spagnola, i giudici della suprema giurisdizione, dopo aver analizzato la normativa di altri paesi europei, hanno ugualmente esaminato l'articolo IV.H – 4 : 201 DCFR. Ai sensi del suo primo paragrafo, il contratto di donazione può essere revocato in ipotesi di manifesta ingratitudine del donatario, sussistente allorché il medesimo abbia cagionato una grave lesione al donante. Alla luce di tali osservazioni la Corte ha quindi verificato se le accuse al donante e mosse dal pubblico ministero rappresentino un illecito rilevante ai fini del sorgere della causa di ingratitudine. Al riguardo, i giudici hanno previamente statuito il divieto per il donatario di procedere ad indagini nei confronti del donante, posto che simili attività sono esercitabili d'ufficio dal pubblico ministero. Nondimeno, sul piano sostanziale, il Supremo Tribunal ha ritenuto non fondate le accuse di ingratitudine, sostenendo che le stesse non presenterebbero gli estremi di una grave lesione al donante, con la con-

81 V. nota 45.

82 Art. IV.G – 2 : 212 DCFR : Notificazione e richiesta del garante prima della prestazione. (1) Prima di procedere al pagamento nei confronti del creditore, il garante è tenuto a notificare al debitore la richiesta relativa all'ammontare della garanzia ed alle eventuali opposizioni o domande riconvenzionali contro il creditore. (2) In caso di mancato rispetto delle condizioni indicate nel precedente paragrafo (1) o nel caso in cui il debitore, per negligenza, non eserciti le sue facoltà di difese o le stesse siano conosciute dal garante per motivi diversi, il diritto del predetto garante di rivalersi nei confronti del debitore ai sensi dell'articolo IV.G. – 2 : 113 (diritti del garante per effetto della prestazione) è ridotto per un ammontare proporzionale alle perdite che il debitore ha subito per non aver esercitato le sue facoltà di difesa. (3) Simile ipotesi non comporta alcuna conseguenza per i diritti del garante nei confronti del creditore.

83 TS 261/2010, Sala 1 de lo civil, 13 maggio 2010.

seguinte impossibilità di revoca della donazione.

Sezione II. L'applicazione del DCFR nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea

1. Libro II. Contratti e altri atti giuridici

1 a. Doveri informativi nei contratti B2C

Nell'ambito di una questione preliminare indirizzata all'Avvocato Generale ed inerente all'interpretazione della Direttiva sulle pratiche commerciali scorrette nei confronti dei consumatori, è stato richiamato l'articolo II – 3 : 102 DCFR in luogo dell'articolo 7 (4), Direttiva 2005/29/EC, considerato poco chiaro dagli interpreti. In ragione del suo contenuto, l'Avvocato Generale Trstenjak ha quindi ritenuto opportuno riferirsi alla prima delle disposizioni citate, in virtù della quale il professionista è tenuto ad una serie di obblighi di informazione nei confronti del consumatore, specie in riferimento alle principali caratteristiche del prodotto ed ai servizi da esso derivanti. Ne deriva così un vero e proprio dovere di fornire informazioni veritiere ai consumatori in ordine ai prodotti o servizi acquistati. Inoltre, l'articolo citato avrebbe introdotto una norma di chiusura in tema di comunicazioni commerciali, migliorando e modificando in tal modo la Direttiva di cui sopra⁸⁴. L'Avvocato Generale ha dunque concluso per l'applicazione dell'articolo previsto dal DCFR, considerati numerosi dubbi interpretativi causati dalla normativa comunitaria.

1 b. Esistenza dell'accordo tra le parti

In un caso ancora diverso, sempre l'Avvocato Generale Trstenjak è stato investito della questione inerente all'esistenza o meno di un contratto. Al riguardo, è stata data applicazione all'articolo II – 4 : 101 DCFR, ai sensi del quale, ai fini della conclusione di un contratto, è essenziale l'esistenza di un serio e vincolante accordo tra le parti. Sicché, occorre verificare se vi sia stato lo scambio tra l'offerta e l'accettazione. A tal fine vengono richiamati gli articoli II – 4 : 201 e II – 4 : 204 DCFR, in virtù dei quali l'offerta determina la conclusione del contratto allorché sussistano tutti i requisiti generali richiesti per la stipulazione di un negozio. Così, tale offerta deve (a) dimostrare l'esistenza di un effettivo contratto e (b) definirne il contenuto in

⁸⁴ *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Full Edition, a cura di C. VON BAR, E. CLIVE, Monaco, 2009, Book II, art. II – 3 : 102, p. 206.

modo sufficientemente chiaro e completo. L'offerta deve poi essere resa nota ad uno o più destinatari specifici, ovvero al pubblico⁸⁵. Ogni dichiarazione o comportamento del destinatario che manifestino il suo consenso devono considerarsi come un'accettazione⁸⁶. Ad avviso dell'Avvocato Generale, inoltre, la questione della presenza o meno di un'offerta valida deve essere risolta prendendo come base il punto di vista del destinatario. Pertanto, la volontà di una parte di vincolarsi ad un contratto dipende dall'interpretazione che la medesima dà alle dichiarazioni o comportamenti della controparte offerente⁸⁷ (art. II – 4 : 102)⁸⁸.

1 c. vendita a distanza

In un caso ulteriore poi, relativo questa volta ad una vendita a distanza, si è trattato di decidere in ordine al risarcimento per diminuito valore intervenuto all'esito dei controlli dei prodotti venduti. Sul punto l'Avvocato Generale Trstenjak ha ritenuto applicabile l'articolo II – 5 : 201 (1), nonché l'articolo II – 5 : 201 (4), ai sensi dei quali in un rapporto a distanza il consumatore ha diritto di recedere entro 14 giorni dalla conclusione del contratto, diritto riconosciuto nell'intera Unione europea.

La questione in esame, nondimeno, viene affrontata in modo particolarmente esteso dal DCFR, il cui ambito applicativo include una serie di ipotesi non contemplate dalle Direttive comunitarie in tema di vendita a distanza e di vendita porta a porta, più limitate rispetto alla normativa propria ad alcuni Stati membri⁸⁹. In tale prospettiva quindi, il DCFR riprende i più ampi principi previsti nelle discipline nazionali, estendendo in tal modo l'ambito di applicazione delle direttive di cui sopra. Alla disposizioni del DCFR poc'anzi citate si aggiunge inoltre l'articolo II – 5 : 105 (4), relativo agli effetti dell'esercizio del diritto di recesso e funzionale a garantire il rimborso entro

85 *Principles, Definitions and Models Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, op. cit., Art. II – 4 : 201, p. 292.

86 V. Conclusioni dell'AG Trstenjak, 11 settembre 2008, caso C-180/06, *Renate Ilsinger v. Martin Dreschers* (curatore del fallimento *Schlank & Schrick GmbH*), par. 49, note 45 – 48.

87 *Principles, Definitions and Models Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, cit., Art. II – 4 : 204, p. 310.

88 V. Conclusioni dell'AG Trstenjak, 11 settembre 2008, cit., par. 51, nota 52. Le medesime conclusioni sono state sostenute nel caso *Chartbrook Ltd vs Persimmon Homes Ltd and others*, *House of Lords* (2009), UKHL 38, Lord Hoffmann.

89 Tra le ipotesi contemplate dal DCFR vi sono ad esempio quelle inerenti alla fornitura dei beni o alla prestazione dei servizi nelle strade e negli spazi pubblici. Sull'ambito di applicazione del DCFR, v. *Principles, Definitions and Models Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, op. cit., Art. II – 5 : 201, p. 388.

il termine di 30 giorni, paralizzando al contempo la pretesa della controparte di ricevere la prestazione dal contraente receduto⁹⁰.

Con particolare riferimento al caso di specie quindi, il ricorso viene rigettato in quanto la diminuzione del valore del bene, conseguente ad un ragionevole ed appropriato controllo dello stesso, esclude la responsabilità del consumatore (art. II – 5 : 105 (4)). Nello specifico, l'Avvocato generale si è soffermato sulla nozione di "interesse ragionevole", osservando che questo dipende da molteplici fattori, quali la conoscenza, o conoscibilità, della facoltà di recesso ad opera della parte che ne ha diritto⁹¹. Se dunque il consumatore non è stato per nulla, o comunque non adeguatamente, informato dell'esistenza del predetto diritto di recesso, questi non può ritenersi responsabile per la diminuzione di valore del bene, anche se la medesima è dovuta al normale utilizzo del prodotto (art. II – 5 : 105 (5))⁹². Di conseguenza, ad avviso dell'Avvocato generale Trestnajak, l'applicazione del DCFR importa che l'onere della prova spetti non già al consumatore, bensì al venditore che ha richiesto il risarcimento⁹³.

In conclusione, nel caso di specie si è ritenuto che il professionista debba rimborsare al consumatore il prezzo pagato, posto che, in applicazione dell'articolo II – 5 : 105, ogni pagamento effettuato dalla parte recedente deve essere restituito senza ritardo ed, in ogni caso, entro trenta giorni dal momento in cui il cui recesso è divenuto effettivo⁹⁴.

1 d. I contratti contrari ai principi fondamentali

In un diverso caso relativo alla distinzione tra la nullità e l'illiceità del contratto perché contrario ai principi fondamentali, l'Avvocato generale Trestnajak ha nuovamente dato applicazione al DCFR ed, in particolare, al suo articolo II – 7 : 301. Ai sensi di quest'ultima disposizione infatti, un contratto è vietato quando (a) viola principi riconosciuti come fondamentali nell'ordinamento di uno Stato membro dell'Unione europea e (b) tale violazione importa la nullità del contratto. Un simile negozio non sarà pertanto

90 *Principles, Definitions and Models Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, op. cit., Art. II – 5 : 105 (3), p. 374.

91 Poiché il diritto di recesso consente al titolare di compiere una scelta informata e consapevole, ne consegue che questi non abbia motivo di negare i controlli ed i tests sui prodotti acquistati. V. *Principles, Definitions and Models Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, op. cit., Art. II – 5 : 105 (3), p. 375.

92 *Principles, Definitions and Models Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, cit., Art. II – 5 : 105 (3), p. 375-376.

93 Conclusioni dell'AG Trstenjak, 18 febbraio 2009, caso C-489/07, *Pia Messner vs Firma Stefan Krüger*, par. 85, note 74, 78-80.

94 Conclusioni dell'AG Trstenjak, 8 settembre 2009, caso C-215/08, par. 69, nota 62.

idoneo a produrre alcun effetto, a prescindere da un'eventuale diversa volontà delle parti⁹⁵. In virtù di tale previsione quindi, l'Avvocato generale ha considerato vietati, ad esempio, i contratti conclusi a causa di un errore (art. II – 7 : 201), in caso di frode (art. II – 7 : 205) o in ipotesi di coercizione o minaccia sussistenti al momento della stipulazione del negozio (art. II – 7 : 206)⁹⁶.

1 e. Interpretazione del contratto

L'Avvocato generale Cruz Villalón ha sostenuto che la giurisprudenza della Corte di giustizia, ad avviso della quale il diritto al risarcimento dei danni sorgerebbe non già in conseguenza dell'inadempimento al contratto, bensì a causa di ogni comportamento costituente un atto ingiusto, è conforme ai principi generali comuni agli Stati membri. In particolare, con riferimento alle circostanze rilevanti ai fini dell'interpretazione del contratto, l'Avvocato generale ha applicato l'articolo II – 8 : 102 DCFR⁹⁷ nel quale vengono elencati una serie di fattori. Tra questi, gli accordi pre-contrattuali sono esplicitamente menzionati al punto I(a); tali accordi possono essere considerati dall'interprete, a meno che ciò non sia espressamente escluso da singole clausole specificatamente convenute tra le parti⁹⁸.

1 f. Responsabilità dell'intermediario

Sul tema può menzionarsi il parere dell'Avvocato generale Saugmandsgaard emesso in data 7 aprile 2016⁹⁹. Al riguardo, si trattava di una questione avente ad oggetto la responsabilità di un trader che aveva agito in qualità di intermediario per un venditore non professionista. Sul punto si poneva dunque il problema di analizzare la figura dell'intermediario, considerato il suo vasto ambito di applicazione nonché le diverse definizioni datane nei vari sistemi giuridici. Invero, sebbene tale questione sia già stata affrontata nell'ambito dei rapporti tra gli Stati membri¹⁰⁰, il concetto di

95 V. *Principles, Definitions and Models Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR), cit.*, Art. II – 7 : 301, p. 535 – 537.

96 Conclusioni dell'AG General Trstenjak, 8 settembre 2009, caso C-227/08, *Eva Martin Martin vs EDP Editores, S.L.*, par. 51, nota 40-44.

97 Conclusioni dell'AG Cruz Villalón, 15 novembre 2012, caso C-103/11 P, *European Commission vs Systran SA and Systran Luxembourg SA*, par. 73, nota.

98 V. *Principles, Definitions and Models Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR), cit.*, Art. II – 8 : 102, p. 561.

99 *Sabrina Wathelet v. Garage Bietheres & Fils SPRL*

100 Al riguardo, l'Avvocato generale rinvia, nella nota 6, all'opera *Principles. Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, 2009, Libro II, Capitolo 6, dedicato all'istituto della rappresentanza.

“intermediario” permane ancorato a ciascun diritto nazionale dei contratti, con le conseguenti difficoltà nel giungere ad una piena armonizzazione. Nel caso di specie inoltre, la corte adita non aveva nemmeno dato una propria definizione di “intermediario”, lasciando così il problema senza alcuna soluzione. Ciò ha dunque condotto l’Avvocato generale dapprima a rilevare un vero e proprio vuoto normativo in materia nella Direttiva 1999/44, tanto nei lavoratori preparatori quanto nell’interpretazione datane dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, per poi osservare la presenza di un’ulteriore lacuna in tema di responsabilità dell’intermediario nell’ambito dei contratti con i consumatori¹⁰¹. Orbene, quest’ultima lacuna può essere colmata mediante il ricorso al diritto comparato, analogamente alla nozione di trader che, come già rilevato, è definita in diverse altre direttive inerenti alla protezione dei consumatori ed include tanto la figura di colui che agisce in nome proprio, quanto quella di colui che agisce in nome di altri. Ebbene, ad avviso dell’Avvocato generale¹⁰², tale distinzione non farebbe altro che riprendere il contenuto degli articoli II – 6:106¹⁰³ e II – 6:105¹⁰⁴ DCFR, ai sensi dei quali i rappresentanti che agiscono in nome proprio sono vincolati dal contratto mentre quelli che spendono il nome altrui non vanno considerati come parti contrattuali¹⁰⁵.

Con riferimento al caso di specie quindi, l’Avvocato generale ha effettuato una comparazione tra, da un lato, l’ipotesi di un intermediario che ha agito in nome proprio e, dall’altro lato, quella contemplata dall’articolo II – 6:106 DCFR ove il rappresentante, che ha agito in nome e per conto di altri, sia apparso alla controparte come il vero venditore¹⁰⁶. In tal caso dunque, in applicazione della disposizione poc’anzi citata, l’Avvocato generale ha concluso che il trader, il quale abbia agito in qualità di intermediario in

101 V. par. 31, Conclusioni dell’AG Saugmandsgaardøe, presentate in data 7 aprile 2016, caso C-149/15.

102 Ivi, par. 32.

103 Tale disposizione così statuisce: «Rappresentanza diretta: “quando il rappresentante, pur provvisto di autorità, agisce in nome proprio o in maniera tale da indurre il terzo a convincersi di trattare con il reale contraente, il contratto produce gli effetti direttamente nei suoi confronti. (...)».

104 Tale articolo riguarda l’ipotesi in cui l’atto del rappresentante produce i suoi effetti nei confronti del rappresentato.

105 Par. 32, Conclusioni dell’AG Saugmandsgaardøe, emessa in data 7 aprile 2016, caso C-149/15. V. anche le note 9 e 10 nel medesimo parere.

106 Ivi, par. 51: “In tal caso il professionista appare, dal punto di vista del consumatore, come colui che vende beni di consumo in virtù di un contratto, nell’esercizio di un rapporto commerciale, di un affare o della sua professione. Simile ipotesi potrebbe dunque essere equiparata alla figura di un intermediario che agisce in nome proprio”.

favore del venditore non professionista è vincolato dal contratto, in virtù dell'articolo 1 (2)(c), Direttiva 1999/44¹⁰⁷.

1 g. Momento della conclusione del contratto

In materia può citarsi il parere dell'Avvocato generale Szpunar, emesso il 20 aprile 2017 nel caso C-135/2015¹⁰⁸.

Nella specie, si è trattato di interpretare la nozione di “conclusione del contratto” ai sensi e per gli effetti dell'articolo 28, Regolamento Roma I. Sul punto, dopo aver osservato che il diritto unionale non prevede alcuna disposizione inerente alla conclusione del contratto¹⁰⁹, l'Avvocato generale ha dunque ritenuto opportuno ricorrere alla dottrina sviluppatasi sul tema ed optare, infine, per la definizione del termine “contratto” così come ripreso dall'articolo II – 1:101 DCFR.

2. Libro III – Diritti e doveri

2 a. Interessi moratori

Nella causa C – 275/07, Commissione europea vs. Italia, si è posta la questione di stabilire se sussista o meno l'obbligazione di pagare gli interessi moratori in caso di ritardo nell'invio, all'autorità del luogo di origine, della prova di avvenuta spedizione dei beni all'autorità di destinazione¹¹⁰. In particolare, ci si è chiesti se lo Stato membro ove è situato l'ufficio delle dogane, il quale ha il dovere di tutelare il diritto dell'Unione di disporre di risorse sui conti comunitari, sia tenuto al pagamento degli interessi moratori a partire dalla data in cui è sorta l'obbligazione predetta e fino a quando la presunzione di debito dei dazi risulti infondata¹¹¹. Al riguardo, l'Avvocato generale non ha potuto individuare una soluzione immediata, considerato che i principi derivanti dai regolamenti in materia¹¹², così come i precedenti della Corte di giustizia¹¹³, sono applicabili nelle sole ipotesi in cui i debiti doganali esistano effettivamente ovvero ne sia presunta la loro esistenza.

107 Ivi, par. 51.

108 *Hellenic Republic v. Grigorios Nikiforidis*.

109 Par. 41, Conclusioni dell'AG Szpunar emesso in data 20 aprile 2017, C-136/15.

110 Caso C-275/07, Commissione europea vs Italia, par. 91.

111 Ibidem, par. 79.

112 Art. 11, Regolamento n° 1552/89 e art. 11, Regolamento n° 1150/2000.

113 V. caso C-275/07, *Commissione vs Italia*, nota 80; caso C-96/89, *Commissione vs Olanda*, par. 38; caso C-104/02, *Commissione vs Germania*, par. 45; caso C-392/02, *Commissione vs Danimarca*, par. 67.

Inoltre, è stato rilevato che non tutti i precedenti sarebbero comunque trasponibili al caso in esame¹¹⁴, posto che vi è una radicale differenza tra, da un lato, quelle situazioni ove il debito doganale esiste ma lo Stato membro non è in grado di pagarlo a causa di errori commessi dai propri uffici delle dogane, e, dall'altro lato, quelle ipotesi nelle quali il debito non esiste in origine¹¹⁵.

Per i motivi sopra esposti, l'Avvocato generale Trstenjak ha richiamato dapprima la legislazione comunitaria di secondo grado ed, in parallelo, il DCFR quale strumento volto ad uniformizzare il diritto europeo. Sul punto, il DCFR sancisce in primo luogo il principio dell'accessorietà degli interessi. In secondo luogo poi, l'Avvocato generale fa espresso riferimento all'articolo III – 3 : 708 (1)¹¹⁶ DCFR¹¹⁷, il quale dispone che il debitore è tenuto al pagamento degli interessi moratori soltanto quando è in ritardo nell'adempimento dell'obbligazione pecuniaria. Nondimeno, né il DCFR, né la normativa comunitaria di secondo grado¹¹⁸, prevedono che il creditore sia titolare del diritto a percepire gli interessi moratori allorché manchi del tutto un'obbligazione pecuniaria alla base¹¹⁹.

Di conseguenza l'Avvocato generale, dopo aver rilevato l'esistenza di un vero e proprio vuoto legislativo in materia di sanzioni per i casi di violazione dell'obbligo di ciascun Stato membro di “accrescere” le proprie risorse, ha concluso che in simili ipotesi colmare tale lacuna con l'imposizione di interessi moratori equivarrebbe a contraddirne del tutto la loro natura¹²⁰.

Pertanto, l'Avvocato generale ha invitato la Commissione a proporre un emendamento alla normativa vigente, onde poter così introdurre una sanzione effettiva alla violazione descritta, la quale rimanga ben distinta rispetto al pagamento degli interessi moratori. Infine, si è ugualmente os-

114 *De Haan Beheer*, caso C-61/98 (1999), ECR I-5003.

115 Caso C-275/07, Commissione europea vs Italia, par. 84.

116 Art. III – 3 : 708 (1) DCFR: Interessi moratori. In caso di mora nel pagamento di una somma di denaro, a prescindere dalla giustificabilità o meno del ritardo, il creditore ha diritto di ricevere gli interessi sulla somma predetta a partire dal termine ultimo per l'esecuzione della prestazione e fino alla data del pagamento, sulla base del tasso breve medio, in moneta corrente nello Stato ove la prestazione deve essere eseguita.

117 *V. Principles, Definitions and Models Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, a cura di C.von Bar and Others, Edizione provvisoria, Monaco, 2008, p. 170.

118 Simile previsione non è nemmeno contenuta nell'art. 4.507 (1), Principi europei in materia di contratti.

119 Caso C-275/07, Commissione europea vs Italia, par. 90.

120 *Ibidem*, par. 93.

servato che i principi di diritto civile, così come ripresi nell'articolo III – 3 : 708 (2) DCFR, non escludono la possibilità per il creditore di reclamare un risarcimento ulteriore al debitore, purché non collegato al pagamento degli interessi moratori¹²¹. Sicché, ad avviso dell'Avvocato generale, la Commissione dovrebbe fondare le modifiche normative sulla base dei citati principi di diritto civile, secondo le previsioni contenute nell'articolo III – 3 : 708 (2) DCFR¹²².

2 b. Responsabilità solidale

Sul tema può essere menzionato il parere dell'Avvocato Generale Bobek emesso in data 5 luglio 2017 relativamente al caso C-224/16¹²³.

Nell'ambito di una questione preliminare avente ad oggetto, tra gli altri, le conseguenze della solidarietà in materia di responsabilità solidale, l'Avvocato Generale ne ha richiamato la relativa nozione così come definita all'articolo III – 4:102 (1) DCFR¹²⁴, fondata sulle norme generali in materia ammesse nei diversi ordinamenti¹²⁵. Tale esempio dimostra quindi come il DCFR, ancora una volta, venga impiegato quale vero e proprio strumento per la determinazione della legge¹²⁶ generalmente applicabile nei diversi sistemi giuridici. Suddetti principi sono dunque stati ripresi per definire la natura della responsabilità solidale delle associazioni garanti, secondo la nozione datane dall'articolo 8(1), Convenzione TIR¹²⁷.

121 Ibidem, par. 94.

122 Art. III – 3 : 708: Interessi moratori. (2) Il creditore può, in aggiunta, richiedere un risarcimento dei danni per le perdite ulteriori. Pertanto, l'Avvocato generale ha ritenuto che lo Stato membro non ha l'obbligo di pagare gli interessi moratori dal giorno in cui sorge l'obbligazione di accredito al conto dell'Unione alla data di rigetto della presunzione (v. caso C-275/07, Commissione europea vs Italia, par. 95).

123 *Asotsiatsia na balgarskite predprizatia za mezhdunarodni prevozi I patishtata (AEBTRI) v. Nachalnik na Mitnitsa Burgas*

124 Tale disposizione stabilisce che “un'obbligazione è di natura solidale allorché ciascun debitore è tenuto ad adempiervi per l'intero ed il creditore ha la facoltà di chiederne la piena esecuzione ad ognuno di essi.”

125 Nota 16, Conclusioni dell'AG Bobek, caso C-224/16.

126 Secondo il Prof. Von Bar «il DCFR è diretto ad essere utilizzato quale fonte di ispirazione per la redazione, la determinazione e l'insegnamento delle norme giuridiche (...)».

127 Par. 44, Opinion of Advocate General Bobek, caso C-224/16.

3 Libro IV Contratti tipici e diritti che da essi derivano.

3 a. Mancanza di conformità

In materia è interessante citare il parere dell'Avvocato Generale Szpunar, emesso in data 6 aprile 2017 in merito al caso C-133/16¹²⁸.

Nella specie, si trattava di stabilire se la nozione di “vizio di conformità”, relativo ad un prodotto di seconda mano, rientrasse nell'ambito di applicazione della Direttiva 1999/44. Al riguardo, l'Avvocato Generale ha preliminarmente osservato che in alcuni ordinamenti non viene soltanto ammessa la responsabilità per vizi di conformità del bene, ma altresì la responsabilità per i vizi occulti, rilevando poi che in alcuni sistemi giuridici¹²⁹ la responsabilità è ugualmente prevista per i c.d. “vizi legali”¹³⁰. Ai fini della sua argomentazione dunque, l'Avvocato Generale ha richiamato il DCFR ed, in particolare, l'articolo IV.A – 2:305¹³¹, onde poter così individuare una normativa generalmente applicabile sul piano comparato. Pertanto, aderendo ai suddetti principi, l'Avvocato Generale ha concluso che l'avvenuta dimostrazione del diritto del terzo, o della fondatezza della relativa pretesa, rientri nella nozione di vizio di conformità del prodotto ai fini degli effetti del contratto¹³².

4. Libro VI. Responsabilità extracontrattuale derivante dal fatto altrui

4 a. Prevenzione; Responsabilità per perdita in caso di danni prevedibili

IL DCFR non è applicabile alle sole controversie contrattuali. Il suo ambito applicativo, invero, è ben più ampio e si estende anche alle ipotesi inerenti alla responsabilità extracontrattuale. Così, ad esempio, l'Avvocato generale Mengozzi ha applicato l'articolo VI – 6 : 302 DCFR ai fini della determinazione dell'ammontare del risarcimento per le spese sostenute, allorché queste siano ragionevoli e funzionali a prevenire il danno ovvero a limitarne le conseguenze¹³³. Alla luce di tale disposizione, l'Avvocato ge-

128 *Christian Ferenschild v. JPC Motor SA*.

129 Quali il sistema tedesco o polacco ad esempio.

130 Come indicato nel par. 38, un vizio giuridico viene generalmente individuato nell'ipotesi in cui un bene venduto appartiene ad un terzo ovvero ancora quando una terza persona è titolare di un diritto reale sul bene medesimo.

131 La prima parte dell'articolo dispone invero che “I beni venduti devono essere liberi da ogni diritto o ragionevole pretesa altrui”.

132 Nota 10, Conclusioni dell'AG Szpunar emessa in data 6 aprile 2017, caso C-133/16.

133 Conclusioni dell'AG Mengozzi, 11 gennaio 2007, caso C-282/05, p. I-2970, nota 58.

nerale ha dunque elaborato il seguente ragionamento: poiché la condotta negligente può, in talune ipotesi, interrompere il nesso di causalità tra l'atto illecito e l'evento danno, simile interruzione potrebbe ugualmente verificarsi nel caso in cui il medesimo soggetto abbia agito secondo diligenza. Pertanto, in ragione di tale diligenza sopravvenuta, il danno cagionato dal precedente fatto illecito avrà una portata diversa o addirittura inferiore a quello che ne sarebbe derivato in ipotesi normali¹³⁴.

5. Analisi comparativa delle posizioni adottate dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea e dalle giurisprudenze nazionali

In primo luogo, giova sottolineare che se una parte dei giudici di taluni Stati membri tendono a privilegiare un approccio aperto e liberale nell'individuazione della norma pertinente al singolo caso concreto, un'altra parte della giurisprudenza adotta una posizione ben più rigida in materia. Tale osservazione è peraltro valida anche per gli Avvocati generali, alcuni dei quali sono maggiormente propensi all'adozione di strumenti legali variegati ed innovativi rispetto a quelli tradizionali. Al riguardo, tuttavia, l'analisi dei casi pratici sopra esposti evidenzia una serie di differenze sul tema.

Sia la Corte di Giustizia che le corti nazionali tendono infatti a richiamare il DCFR tanto in caso di vuoto normativo o in assenza di precedenti giurisprudenziali, quanto per rafforzare la motivazione delle proprie decisioni, dimostrando la corrispondenza delle disposizioni interne rilevanti alle norme contenute del DCFR. La conformità a tale strumento permette così alla legge applicabile di acquisire maggior validità ed efficacia, confermando al tempo stesso lo sforzo armonizzatore perseguito dal DCFR, da intendersi quale vero e proprio lavoro diretto a promuovere e sviluppare principi e norme generali di diritto civile comuni agli ordinamenti europei.

In secondo luogo, è poi possibile osservare che entrambi i giudici nazionali ed europei ricorrono al DCFR principalmente per via analogica, allorché, ad esempio, una norma interna non preveda determinate ipotesi, ovvero quando il testo di un contratto difetti di chiarezza, o ancora nel caso in cui l'ambito di applicazione di una legge sia talmente limitato da condurre a possibili contrasti con i sistemi giuridici degli altri Stati membri. In simili situazioni dunque, il DCFR consente di porre rimedio a tali inconvenienti normativi, dimostrando in tal modo, nuovamente, che tale strumento viene ormai generalmente accettato come un vera e propria opera, funzionale a dar vita ad un quadro legale omogeneo all'interno dell'Unione europea.

134 Ibidem, pp. I-2969 – I-2970, par. 115.

Tuttavia il DCFR non interviene nei soli casi di lacuna legislativa; al contrario, si osserva che nella maggior parte delle ipotesi tale strumento viene essenzialmente impiegato quale fonte per la determinazione di nozioni e principi giuridici comuni agli ordinamenti europei.

Sul punto, nondimeno, un'eccezione è rinvenibile nelle giurisprudenze nazionali, le quali parrebbero, in taluni casi, maggiormente inclini ad applicare il DCFR non già per finalità definitorie o integrative, bensì semplicemente per interpretare norme nazionali tra loro confliggenti.

6. Una valutazione sugli approci seguiti dalla Corte di Giustizia e dalle Corti nazionali

L'analisi dei casi pratici relativi all'applicazione del DCFR dimostra un ulteriore dato particolarmente significativo. Invero, nell'ambito della citata controversia in materia di contratti di rivendita, la Suprema Corte svedese investita della questione si è dapprima soffermata sulla normativa rilevante prevista negli altri ordinamenti europei, per osservare poi che, salva l'eccezione nel diritto belga, alcun altro Stato europeo dispone di una legislazione ben definita sul tema. Di conseguenza, non potendosi dare applicazione ad una norma interna, i giudici hanno richiamato il DCFR per individuare la soluzione pertinente al caso concreto. Ebbene, simile ragionamento è un chiaro esempio della volontà delle Corti nazionali di riformare il diritto privato, onde permetterne così una migliore aderenza alle esigenze del mutato quadro giuridico odierno¹³⁵. Tale decisione pone inoltre nuovamente al centro del dibattito la questione della natura del DCFR: se in via generale viene considerato come un valido ed utile strumento, permane nondimeno un diffuso scetticismo quanto ad una sua possibile diretta applicazione nel caso concreto. Al riguardo infatti, secondo l'orientamento maggioritario, le disposizioni del DCFR andrebbero qualificate alla stregua di mere raccomandazioni¹³⁶, con la conseguenza che esso, sebbene ampiamente e comunemente apprezzato dalla comunità legale europea in ragione dei suoi obiettivi armonizzatori, difficilmente potrebbe essere applicato direttamente ed immediatamente al caso di specie.

È tuttavia innegabile che nell'esempio in ultimo menzionato il DCFR sia stato seriamente e principalmente preso in considerazione dalla Suprema Corte svedese ai fini della decisione finale, al punto da giustificare un revire-

135 C.RAMBERG, *The Supreme Court's silent coup*, op. cit., 3 luglio 2009.

136 Sentenza della Corte Suprema, 3 novembre 2009, NJA 2009, *Svante O. Johansson*, *Avtalsrätt*, 20 novembre 2009.

ment della propria giurisprudenza anteriore¹³⁷. Sicché, basandosi sulla diretta applicazione del DCFR, la Suprema Corte ha colmato la lacuna normativa in materia, creando così un vero e proprio precedente sul punto.

Infine, dallo studio dei casi pratici inerenti al DCFR emerge che la tendenza dei giudici nazionali a fare ricorso a tale strumento parrebbe ben più ampia nell'ambito delle controversie in materia contrattuale, salva l'eccezione della questione affrontata nel parere dell'Avvocato generale Mengozzi¹³⁸ sul tema della responsabilità civile da fatto illecito altrui. Pertanto, benché il DCFR sia certamente diretto a promuovere un'uniformizzazione del diritto privato generale, nella pratica esso finisce con l'essere impiegato, tanto a livello nazionale quanto sul piano europeo, fondamentalmente in materia contrattuale. Ne deriva così che, nonostante la sua portata più ampia, l'impiego giurisprudenziale del DCFR abbia primariamente contribuito ad uno sviluppo progressivo ed informale, se non addirittura ad una vera e propria opera di armonizzazione, del diritto civile dei contratti.

7. Osservazioni conclusive

Alla luce dell'analisi sopra svolta in merito ai casi giurisprudenziali citati, emerge in modo chiaro come il DCFR, nel quadro giuridico attuale, possa realmente contribuire allo sviluppo di un diritto privato europeo. Tale strumento infatti, considerato il suo contenuto particolarmente ampio, può agevolmente trovare applicazione in una variegata serie di ipotesi. Esso, invero, non solo disciplina il campo del diritto dei contratti e della responsabilità civile, ma costituisce altresì un nuovo strumento legale utilizzato sia dalle Corti nazionali che dai giudici comunitari. Inoltre, il DCFR può fungere da bussola per gli operatori del diritto, al fine di orientarli nell'individuazione di regole comuni ai diversi sistemi giuridici europei.

A tali funzionalità generalmente riconosciute si aggiunge poi l'utilizzo del DCFR, in alcuni casi, quale fonte direttamente applicabile al caso concreto, in particolare in quelle ipotesi ove le lacune lasciate dal legislatore hanno condotto o gli Avvocati generali, o le Supreme Corti nazionali, a colmare tale vuoto con le sue disposizioni. Orbene, in simili casi il DCFR acquista la posizione di vero e proprio strumento normativo, operante sia in prospettiva di riforma del diritto interno che per quella del diritto dell'Unione europea.

Senonché, la diretta applicazione del DCFR da parte delle Corti nazionali non è sempre pacificamente ammessa, posto che il carattere non legisla-

137 Idem.

138 Conclusioni dell'AG Mengozzi, 11 gennaio 2007, cit., p. I-2970, nota 58.

tivo di tale strumento potrebbe condurre taluno ad accusare i giudici interni di commettere in tal modo un abuso di potere. Certo, non può negarsi che simile operazione riduca inevitabilmente le distanze con il potere legislativo, ma è verò altresì che la giurisprudenza è la prima a dover prendere in considerazione i mutamenti di pensiero e le nuove esigenze della società. Pertanto, nell'adeguamento del sistema vigente ai cambiamenti sociali le Corti finiscono necessariamente con l'andare a modernizzare il diritto, invitando indirettamente il legislatore ad apportare le modifiche opportune.

Sul piano della giurisprudenza comunitaria poi, il DCFR ha a più riprese dimostrato di costituire un valido ausilio per la Corte di Giustizia. Al riguardo, infatti, sebbene i giudici di Lussemburgo abbiano osservato che, in assenza di un diritto civile europeo, la loro attività continui a dipendere dalle informazioni loro fornite dalle corti nazionali nelle varie tematiche affrontate, essi hanno ugualmente considerato validi, in via alternativa, i modelli legali elaborati a livello accademico, riferendosi in particolare proprio al DCFR. Quest'ultimo invero, ad avviso della Corte di giustizia, prevedendo una serie di norme comuni in tema di contratti consentirebbe una revisione più ampia della materia su scala europea¹³⁹. In ultimo inoltre, giova osservare che le considerazioni espresse nei pareri degli Avvocati generali e dirette alla Commissione europea non mirano semplicemente a trarre esempi dal DCFR, ma puntano più in generale a favorirne l'applicazione nella più ampia opera di riforma del diritto dell'Unione europea, specie in quelle materie non compiutamente disciplinate dalla normativa comunitaria vigente.

All'ora in cui si scrive sono peraltro diverse le giurisdizioni che hanno dato applicazione al DCFR: al di fuori della Corte di Giustizia dell'Unione europea, possono infatti citarsi le Supreme Corti spagnola, olandese e svedese. Tuttavia tale strumento ha suscitato l'interesse anche in altre giurisdizioni europee, quali quelle inglesi¹⁴⁰ e scozzesi¹⁴¹. Quanto all'Italia invece, sebbene il DCFR non abbia ancora trovato applicazione, è tuttavia interessante notare che le decisioni straniere che hanno applicato questo strumento hanno ricevuto il plauso di una parte della dottrina, per la quale esse costituirebbero un esempio da seguire per i giudici nazionali¹⁴².

Non parrebbe dunque avventato pronosticare un tendenziale aumento, in un futuro non troppo lontano, nell'applicazione del DCFR da parte delle

139 Conclusioni dell'AG Ms. Trstenjak, 6 luglio 2010, caso C-137/08, par. 96, nota 54.

140 *Chartbrook Ltd v Persimmon Homes Ltd* (2009), UKHL, 38.

141 Ad esempio *Lloyds Foundation for Scotland v Lloyds Banking Group plc* (2011), CSIH 87, 2012, SC 259.

142 A.DE MARCO, *Alcune riflessioni a margine della sentenza 3 novembre 2009 della Corte Suprema di Svezia: un primo esempio applicativo del Draft Common Frame of Reference*, in *Il diritto del commercio internazionale*, 2012, pp. 236 – 247.

Corti nazionali e della Corte di Giustizia dell'Unione europea. Tale previsione sarebbe peraltro confermata dall'evoluzione normativa attualmente in atto in numerosi ordinamenti: al riguardo basta citare il nuovo codice civile catalano o ungherese, o ancora la nuova normativa belga in tema di garanzia, oppure la futura riforma del diritto scozzese dei contratti o il nuovo codice civile ceco che ha incorporato al suo interno una serie di disposizioni proprie al DCFR. Ebbene, tali esempi non fanno che annunciare un imminente ed inevitabile cambiamento nel quadro giuridico europeo. Si aggiunga infine che il vento di riforma portato dal DCFR sembrerebbe aver superato persino gli stessi confini europei, al punto che, ad esempio, non solo il Procuratore generale australiano lo ha richiamato quale possibile fonte di ispirazione per la modifica del proprio ordinamento interno¹⁴³, ma addirittura il suo contenuto ne ha già ricevuto una traduzione in Corea ed in Giappone.

In definitiva quindi, è certo che il DCFR continuerà a trovare applicazione quale ausilio generale per l'odierno diritto europeo dei contratti. Nondimeno la sua funzione non si fermerà qui. Già oggi esso costituisce parte integrante della legislazione di diversi Stati membri. In tale prospettiva il DCFR potrà dunque non soltanto essere applicato direttamente dalle Corti, ma potrà incidere in modo più generale sull'evoluzione della giurisprudenza europea in materia civile.

143 Australian Government – Attorney General's Department, *Improving Australia's Law and Justice Framework: A discussion paper to explore the scope for reforming Australian contract law*, 22 marzo 2012, par. 5.1.

CELIA MARTÍNEZ-ESCRIBANO

L'incidenza del DCFR sulla giurisprudenza spagnola

Sommario: 1. Abstract; – 2. Introduzione; – 3. Anaisi del ruolo delle corti spagnole nel diritto privato; – 4. Considerazioni formali nello sviluppo della giurisprudenza che fa riferimento al DCFR; – 5. Il DCFR nelle sentenze della Corte Suprema; – 5.1 Materie interessate dal DCFR; – 5.1.1. *Buona fede e correttezza nelle trattative*; – 5.1.2. *Favor negotii*; – 5.1.3. *Risoluzione per inadempimento grave*; – 5.1.4 *Obbligazioni solidali*; – 5.1.5. *Revoca della donazione*; – 5.1.6. *Cause di invalidità dei contratti*; – 5.2. La funzione del DCFR nella giurisprudenza spagnola; – 6. DCFR e Giudici d'Appello; – 7. Conclusioni¹

1. Abstract

L'incidenza e l'importanza del DCFR all'interno degli ordinamenti europei è diversa. Nel caso spagnolo, i rinvii al DCFR sono stati operati a partire da due sentenze rese dal Tribunale supremo spagnolo (in prosieguo, anche "Corte Suprema") nel 2009, e, ancorché contenuti, tali rinvii continuano ad essere operati ad oggi. Questa prassi è sempre più seguita dai giudici d'appello e contribuisce, seppur lentamente, a rafforzare l'incidenza del DCFR sul diritto spagnolo.

Benché il DCFR rappresenti una semplice proposta di normazione e le

¹ Celia Martínez-Escribano è professore associato presso la facoltà di giurisprudenza dell'Università di Valladolid. Il presente articolo ha origine da una conferenza presso lo European Legal Studies Institute dell'Università di Osnabrück tenuta il 23 agosto 2016. L'autrice desidera ringraziare il Dr. Carlos Nóbrega per l'invito, nonché il professor von Bar e tutta la sua squadra per l'interessante dibattito che è seguito alla conferenza.

Traduzione italiana a cura di Ennio Piovesani.

sue regole non siano dunque direttamente applicabili in Spagna, alcune delle definizioni e soluzioni in esso contenute iniziano ad assumere rilievo nell'opera interpretativa del diritto spagnolo, così come nella composizione dei dibattiti dottrinari.

Il presente articolo si propone di esaminare e commentare i rinvii operati dalla giurisprudenza spagnola al DCFR e come gli stessi possano contribuire all'evoluzione del diritto privato spagnolo.

2. Introduzione

Il soft law non è vincolante, ma può ciononostante produrre effetti concreti e giuridici. Nell'ambito dell'UE, sono state attribuite diverse funzioni al soft law². In alcuni casi, considerata la natura non vincolante delle sue regole, il soft law rappresenta uno strumento informale per giungere all'unificazione del diritto ed assume particolare rilievo negli ambiti in cui l'UE non ha potere d'adottare norme di hard law³. Il soft law rispetta l'autonomia degli Stati, ma, al contempo, non nasconde di rivolgersi al legislatore nazionale, che può liberamente seguire o rifiutare le sue proposte.

Laddove l'UE sia sfornita della competenza necessaria per l'adozione di norme vincolanti, gli Stati adottano le proprie norme, e, nel farlo, possono decidere di seguire i principi accolti negli strumenti di soft law. A tal proposito, ad esempio, DCFR e PECL rappresentano semplici proposte di normazione che gli Stati sono liberi di adottare o meno. Eppure, il DCFR ed i PECL disciplinano materie la cui riforma a livello nazionale non è sempre agevole, in quanto richiederebbe la modifica di parti cruciali dei codici civili nazionali. Nonostante questo ostacolo, il soft law può condurre verso l'evo-

2 V. E. KORKEA-AHO, *EU Soft Law in Domestic Legal Systems: Flexibility and Diversity Guaranteed?* (2013) 58 Sc.St.L. 160,161. L'autore riflette sulle categorie di Senden: in primo luogo, il soft law può preannunciare il diritto vincolante; in secondo luogo, il soft law può perseguire l'elaborazione di termini del diritto vincolante (post-diritto); e, in ultimo luogo, il soft law può assurgere a vera alternativa al diritto vincolante (para-diritto). Vedi anche M. EMANE MEYO *La force normative «invisible» de la soft law para-législative de l'Union européenne en droit privé des contrats* (2014) 575 *Revue de l'Union Européenne* 95, laddove si fa riferimento alla classificazione di Hachez's: soft law *péri-législative*, soft law *intra-législative*, soft law *para-législative*.

3 Il problema della mancanza di competenze in materia di diritto privato è stato evidenziato da S. SÁNCHEZ LORENZO, *Vías y límites a la unificación del Derecho privado europeo: «soft law versus hard law» o «Comisión contra Parlamento»* in M. R. Díaz Romero et al., *Derecho privado europeo: estado actual y perspectivas de futuro* (Madrid: Civitas, 2008) 382. V. anche E. KORKEA-AHO, *op. cit.* 165; M. EMANE MEYO, *op. cit.*

luzione del diritto privato per altre vie⁴.

La strada lungo la quale il soft law può efficacemente plasmare il diritto privato contemporaneo è quella della giurisprudenza. Considerato che le norme generali sono suscettibili di più interpretazioni, le corti possono adottare l'interpretazione che meglio si coniuga con i suggerimenti o le indicazioni del soft law.

Conformemente a questo pensiero, il proposito del presente articolo è quello di dimostrare come l'influenza del DCFR sulla giurisprudenza spagnola possa determinare l'evoluzione del diritto privato in assenza di riforme legislative. Se una simile evoluzione avesse luogo in altre giurisdizioni, i paesi giungerebbero ad una analisi del diritto privato alla luce degli strumenti di soft law come il DCFR.

3. Analisi del ruolo delle corti spagnole nel diritto privato

Il codice civile spagnolo (in prosieguo, anche “c.c.s”) è entrato in vigore nel 1889 ed è rimasto in gran parte inalterato. La maggior parte delle norme sul diritto dei contratti e della proprietà sono ancora quelle formulate quando il c.c.s. è entrato in vigore. Queste norme obsolete del diciannovesimo secolo sono in alcuni casi incompatibili con l'attuale condizione socio economica, nonché formulate con un linguaggio desueto. Sebbene l'esigenza di rinnovare questo ambito del diritto spagnolo sia già stata segnalata dalla dottrina⁵, profonde riforme in materia sono lungi dall'essere compiute.

4 v. E. KORKEA-AHO, *op. cit.*, 175: «we need to add variety to EUsoft law research, which has traditionally focused on, and to a certain extent overstated, the role of EUcourts in giving effect to soft law...soft law constitutes a potentially legitimate vehicle for shaping European integration in the name of flexibility and diversity» (trad. “dobbiamo aggiungere varietà alla ricerca sul soft law europeo, che si è tradizionalmente concentrata, e in certa misura sopravvalutando, il ruolo delle corti europee nel dare efficacia al soft law... Il soft law costituisce un mezzo potenzialmente legittimato a plasmare l'integrazione europea nel nome della flessibilità e della diversità”). Altri autori hanno evidenziato l'uso di regole del soft law da parte di soggetti nei loro rapporti economici e giuridici; v. M. EMANE MEYO, *op. cit.*, 99; oppure l'uso della soft law da parte di avvocati e giudici, v. D. BUSCH *The Principles of European Contract Law before the Supreme Court of the Netherlands- On the Influence of the PECL in Dutch Legal Practice*, (2008) 3 ZEuP 550.

5 v., a.e., A. M. MORALES MORENO, *La modernización del derecho de obligaciones* (Madrid: Thomson-Civitas, 2006). Attualmente, in Spagna, l'Associazione di Professori di Diritto Civile lavora ad una bozza di codice civile, tenendo a mente il soft law (sostanzialmente i PECL ed il DCFR). La parte relativa alle obbligazioni ed ai contratti è già stata pubblicata: *Propuesta de Código Civil. Libros Quinto y Sexto* (2016: Valencia, Tirant Lo Blanch)

Le corti spagnole, Corte Suprema inclusa, risolvono le controversie loro sottoposte facendo ricorso a norme obsolete, pur sforzandosi di offrire soluzioni adeguate alle caratteristiche della società corrente. Ai sensi dell'art. 1.7 c.c.s., "I giudici ed i Tribunali hanno l'ineludibile dovere di risolvere in ogni caso le questioni sottoposte alla loro cognizione, conformandosi al sistema delle fonti stabilito".

Il "sistema delle fonti" è stabilito all'articolo 1.1 c.c.s.: "leggi, consuetudini e principi generali del diritto". Tali fonti sono poste in ordine gerarchico tra loro, cosicché il giudice deve prima applicare le leggi; in loro assenza, le consuetudini; e, soltanto se né una legge né una consuetudine si applicano alla controversia, il giudice è tenuto a risolverla applicando i principi generali del diritto.

Se una questione è disciplinata dalla legge, non è possibile che un giudice giunga ad una soluzione diversa da quella cui si giungerebbe applicando tale legge. Così, ad esempio, allorché una controversia sorga dall'inadempimento di un contratto, il giudice dovrà risolverla applicando le regole del codice civile. Poiché in molti casi si deve ricorrere a norme obsolete, la soluzione che da esse si trae potrebbe essere incompatibile con le attuali condizioni socio economiche. Ad ogni buon conto, la soluzione delle controversie è tutt'altro che matematica. La decisione del giudice può muoversi entro uno spazio delimitato dal compito giudiziale di interpretare ed applicare la legge. Dato che le leggi sono formulate in modo astratto, a volte è possibile fornire interpretazioni diverse della stessa regola e tra queste il giudice dovrà preferire l'interpretazione più adatta per giungere ad una soluzione equa.

Il codice civile disciplina i criteri ermeneutici all'articolo 3.1:

"Le norme saranno interpretate secondo il senso proprio delle loro parole, in relazione al contesto, agli antecedenti storici e legislativi e alla realtà sociale del tempo in cui devono essere applicate, attenendosi principalmente al loro spirito ed alla loro finalità".

Il riferimento alla "realtà sociale del tempo in cui devono essere applicate" è lo strumento chiave che permette di adeguare l'interpretazione di norme obsolete alla contemporaneità. Considerato che le norme si prestano a più interpretazioni, come nel caso delle norme generali sul contratto e sulla proprietà, il giudice può adottare l'interpretazione che ritiene più adatta al caso, e ciò consente al diritto di evolversi anche in assenza di riforme legislative.

Dall'altro lato, l'art. 3.2 c.c.s. statuisce: "L'equità deve essere presa in considerazione nell'applicare le norme, ma le pronunce dei Tribunali potranno essere fondate esclusivamente sulla stessa quando la legge lo permetta espressamente". Questo è un ulteriore elemento che dimostra come l'applicazione della legge sia tutt'altro che rigorosa o automatica: al contrario,

esiste uno spazio, seppur ristretto, entro il quale la decisione può muoversi, sulla scorta dell'equità, per giungere alla soluzione appunto più equa.

Uno strumento che le corti usano per adeguare l'interpretazione della legge è il soft law. Non solo il DCFR, ma anche i PECL sono stati presi in considerazione (anche prima della pubblicazione del DCFR) per giustificare una diversa interpretazione di norme obsolete, al fine di adeguarle alla contemporaneità. Nel frangente di questa evoluzione del diritto privato, deve essere sottolineato il ruolo ricoperto della Corte Suprema. Come si vedrà nel corso dell'articolo, nonostante l'inerzia del legislatore spagnolo rispetto all'ammodernamento del codice civile, il diritto privato si evolve e le controversie cominciano ad esser risolte secondo una diversa comprensione del diritto. In tal senso, Roca Trías e Fernández Gregoraci hanno evidenziato che «Il diritto spagnolo non è distante dall'approccio del “diritto moderno delle obbligazioni”»⁶. Come osservano gli autori, la modernizzazione del diritto privato è stata raggiunta in diversi modi, ad esempio, tramite l'introduzione di regole di diritto privato settoriali, le quali risultano dall'impegno della Spagna nel contesto internazionale ed europeo⁷; oppure, tramite lo sforzo degli accademici nell'avanzare nuove proposte normative, fondamentalmente nell'ambito del diritto contrattuale ed extracontrattuale⁸.

Nello specifico, una questione irrisolta nel diritto privato spagnolo riguarda il conflitto tra le soluzioni adottate dalle regole di origine internazionale ed europea e quelle adottate all'interno del codice civile negli stessi settori. Ciò conduce ad un ampio scarto tra le prime e le seconde norme che mina la coerenza dell'ordinamento, posta la conseguente discrepanza tra le regole settoriali e quelle generali.

D'altro canto, gli accademici avanzano proposte normative per superare le difficoltà nell'applicazione di norme obsolete a fattispecie contemporanee. Tra queste proposte, figurano importanti sforzi a livello europeo che hanno avuto una certa incidenza in Spagna, ossia, in sostanza, i PECL ed il DCFR. Questo articolo si concentra sull'incidenza di quest'ultimo sulla giurisprudenza spagnola.

Nelle prossime pagine, si osserverà come il diritto privato spagnolo stia subendo un processo di modernizzazione veicolato dalla giurisprudenza. Il presente articolo si concentra essenzialmente sulle pronunce della Corte Suprema, dato il suo ruolo preminente e speciale rispetto a quello ricoperto

6 v. E. ROCA TRÍAS e B. FERNÁNDEZ GREGORACI, *The Modern Law of Obligations in the Spanish High Court* (2009) 1 ERCL 45. Analogamente, v. A. VAQUER ALOY, *El Soft Law europeo en la jurisprudencia española: doce casos* (2013) 1 Ars Iuris Salmanticensis 94.

7 Ad esempio, la Convenzione sulla vendita interazionale di beni mobili e l'attuazione delle direttive europee, principalmente nell'ambito del diritto consumeristico.

8 v. E. ROCA TRÍAS e B. FERNÁNDEZ GREGORACI, *op. cit.*, 45-46.

dalle altre corti spagnole. Come statuisce l'art. 1.6 c.c.s., “Le regole giurisprudenziali completeranno l'ordinamento giuridico con la dottrina che, costantemente coadiuverà il Tribunale Supremo nella sua interpretazione ed applicazione della legge, delle consuetudini e dei principi generali del diritto”.

In virtù di questa regola, si considera una regola giurisprudenziale quella enunciata da due sentenze dalla Corte Suprema che adottino la stessa interpretazione normativa. Considerato che le regole giurisprudenziali non figurano tra le fonti del diritto, a prima vista, si potrebbe ritenere che queste svolgano un ruolo limitato alla modernizzazione del diritto. Al contrario, la Corte Suprema ha reso importanti decisioni che hanno comportato un cambiamento nel modo di affrontare certe questioni controverse. Non solo, ai sensi dell'art. 1.6 c.c.s., la Corte Suprema determina quale interpretazione dovrebbe prevalere e gli altri giudici sono vincolati ad essa, potendovisi discostare soltanto nel caso in cui offrano una dettagliata motivazione a sostegno della diversa scelta operata. Ciò significa che la forza del diritto nel plasmare la realtà non si fonda soltanto sulle norme, ma anche nel modo in cui esse sono interpretate e applicate. Ed in tale frangente, la Corte Suprema ha colto l'opportunità di introdurre innovazioni. L'uso del soft law nelle corti spagnole non è sporadico, ma diviene ricorrente⁹.

Anche le decisioni di altri giudici rilevano, seppur in modo minore (non sono “giurisprudenza” in senso stretto, i.e., un complemento dell'ordinamento ancorché fonte di legge). Tali decisioni sono importanti da un punto di vista pratico, in quanto offrono la soluzione del caso concreto e perché sono capaci di plasmare la realtà fintantoché non siano cassate da una decisione della Corte Suprema. I riferimenti al DCFR si stanno moltiplicando rapidamente nei giudizi dei giudici d'appello ed anche per questo meritano attenzione in questo articolo

4. Considerazioni in merito allo sviluppo della giurisprudenza che fa riferimento al DCFR

Prima di esaminare la giurisprudenza e l'incidenza del DCFR sullo sviluppo del diritto privato spagnolo, è opportuno svolgere alcune considerazioni di tipo formale.

⁹ La sentenza della Corte di Appello di Madrid del 31 maggio 2012, statuisce: «es habitual también la invocación en la jurisprudencia de los Principios del Derecho europeo de contratos (Pecl), y su utilización como texto interpretativo de las normas vigentes en esta materia en nuestro Código Civil». V. A. VAQUER ALOY, *op. cit.*, 94.

Il presente studio si concentra, principalmente, sull'esame di 10 sentenze della Corte Suprema che fanno riferimento al DCFR¹⁰. La prima è stata pubblicata il 25 maggio 2009 e molte di queste decisioni sono state rese negli anni seguenti, tra il 2010 ed il 2012, e, dopo una breve pausa, a partire dal 2016.

È interessante rilevare come in tutti i casi del primo e più fruttuoso periodo (i.e., il periodo tra il 25 maggio 2009 ed il 29 febbraio 2012), il giudice estensore sia sempre stato lo stesso¹¹: Encarnación Roca Trías, uno degli esperti che ha preso parte ai lavori di redazione del DCFR. Si potrebbe pertanto sostenere che, la ragione di introdurre riferimenti al DCFR nella giurisprudenza della Corte Suprema, sia la profonda conoscenza del giudice estensore del DCFR, dovuta al suo coinvolgimento nei lavori di redazione dello strumento di soft law. Difatti, dopo che il giudice estensore venne trasferito alla Corte Costituzionale nel 2012, la Corte Suprema cessò di operare rinvii al DCFR nella propria giurisprudenza. Eppure, i riferimenti sono ricomparsi in due successive sentenze della Corte Suprema, entrambe del 2016, ad opera di giudici diversi.

10 Apparentemente sono 14, ma una è stata pubblicata con due date e due numeri riferimento diversi (29 febbraio 2012, n.ro 99/2012; 1° marzo 2012, n.ro 103/2012). Nella sentenza della Corte Suprema del 3 settembre 2010, il riferimento al DCFR non è fatto per fondare la decisione ma per sostenere la liceità del comportamento della parte che aveva offerto all'altra la riduzione del prezzo, in conformità all'art. III.3:601 DCFR. Qui il riferimento fatto al DCFR non è parte della motivazione in diritto bensì una citazione nella parte in fatto. E nella sentenza del 15 giugno 2015, n.ro 333/2015 il riferimento al DCFR non è fatto dalla Corte Suprema, bensì dal giudice d'appello la cui decisione viene in parte trascritta. Per queste ragioni dalle banche dati sembrerebbero 13, mentre attualmente ve ne sono 11. Tuttavia, una, la sentenza del 6 maggio 2011, n.ro 306/2011, inerisce ad un caso di arricchimento indebito, ma fa riferimento all'articolo II.-7:102 DCFR sull'"Impossibilità originaria o mancanza del diritto o del potere di disporre". Si tratta chiaramente di un errore, visto che dell'indebito arricchimento si tratta nel Libro VII° del DCFR. Ad ogni modo, l'errore rende oscuro il significato della scelta della Corte Suprema, e perciò la sentenza in parola è esclusa dall'esame del presente articolo.

11 Analogamente, in diritto svedese l'influenza del DCFR ed altre norme di soft law nella giurisprudenza è stata collegata all'estensore delle decisioni, siccome alcuni giudici (fondamentalmente Håstad, che aveva fatto parte degli accademici autori del DCFR) appaiono propensi allo sviluppo del diritto privato nazionale nell'ambito del contesto europeo. V. J. MONUKKA *Transnational Contract Law Principles in Swedish Case Law – PICC, PECL and DCFR*, (2012) 57 Sc.St.L. 229-252.

Anche l'influenza dei PECL sulla giurisprudenza olandese è dovuta al fatto che un giudice (Hartkamp) è stato membro della Commissione Lando. V. D. Busch "The Principles of European Contract Law before the Supreme Court of the Netherlands- On the Influence of the PECL in Dutch Legal Practice" (2008) 3 ZEuP 552.

D'altro canto, i giudici d'appello spagnoli hanno accolto positivamente il DCFR nelle proprie decisioni¹². Ad oggi 115 sentenze fanno menzione del DCFR. I giudici d'appello hanno introdotto i riferimenti al DCFR sulla scorta della giurisprudenza della Corte Suprema, di cui hanno inizialmente riportato le massime per poi invece operare propri rinvii.

Si deve quindi rimarcare l'incidenza del DCFR sulla giurisprudenza della Corte Suprema spagnola e il modo con cui i riferimenti fatti al DCFR si siano moltiplicati nelle decisioni d'appello.

5. Il DCFR nelle sentenze della Corte Suprema

Nelle pagine seguenti si esaminerà la nuova interpretazione fornita dalla Corte Suprema di obsolete norme del codice civile, alla luce del DCFR, e come tale interpretazione sia stata accolta dai giudici d'appello. Le decisioni della Corte Suprema che trattano del DCFR si concentrano, in sostanza, su cinque materie, ma i giudici d'appello hanno svolto proprie riflessioni sul DCFR che si estendono ad altre materie di cui si darà conto *infra*.

5.1 Materie interessate dal DCFR

5.1.1. Buona fede e correttezza nelle trattative

Corte Suprema, 3 dicembre 2010, n.ro 769/2010, estensore: E. Roca Trías.

Un'impresa si rivelava inadempiente rispetto a un contratto di mutuo concluso con la banca BBVA. La banca agiva in giudizio, ma la procedura si interrompeva nel 1994 per ragioni di ordine processuale. Nel 2000, in un diverso giudizio, la BBVA veniva condannata a risarcire l'impresa mutuataria che quindi portava in esecuzione la relativa sentenza in data 2 maggio 2005. Il 21 settembre 2005, la BBVA agiva per il recupero della somma mutuata all'impresa e che questa avrebbe dovuto restituire sin dal 1993, oltre interessi. L'impresa resisteva in giudizio lamentando come la pretesa fosse contraria all'art. 7 c.c.s.: "I diritti devono essere esercitati secondo i requisiti di buona fede".

La questione centrale in questo caso è stata quindi quella di interpretare

12 Lo stesso è accaduto con i PECL: sono stati recepiti dalla Corte Suprema e si sono poi rapidamente sparsi tra i giudici d'appello. V. M. P. PERALES VISCASILLAS, *Aplicación jurisprudencial de los principios del derecho contractual europeo*, in M. R. Díaz Romero et al., *Derecho privado europeo: estado actual y perspectivas de futuro* (Madrid: Civitas, 2008) 463.

l'art. 7 c.c.s., regola generale che riguarda non già il solo diritto contrattuale, bensì l'esercizio di qualsiasi pretesa derivante da un rapporto di diritto privato. Il linguaggio impiegato dall'articolo è alquanto vago laddove non stabilisce quali siano i "requisiti" di buona fede. L'interpretazione della norma e la sua applicazione per accertare la conformità del comportamento ai requisiti di buona fede è stata fonte di incertezze sin dall'entrata in vigore del codice civile. La dottrina sottesa alla formulazione dell'articolo è quella della *Verwirkung* tedesca. Si ritiene pertanto che, secondo l'articolo 7 c.c.s., un diritto non possa essere esercitato allorché il suo titolare non l'abbia esercitato per molto tempo ed il suo comportamento abbia oggettivamente ingenerato nella sua controparte l'affidamento che egli non l'avrebbe più esercitato. Tutto ciò non figura nel testo della norma che rappresenta piuttosto una regola generale. Tuttavia, tale interpretazione è stata avallata dai PECL e dai principi UNIDROIT, ai quali la Corte Suprema ha talora fatto riferimento per fondare la stessa interpretazione dell'articolo 7 c.c.s.¹³. Più di recente, tale interpretazione ha trovato sostegno nell'art I.-1:103 (2) DCFR: Buona fede e correttezza:

“In particolare contrasta con la buona fede e la correttezza l'agire in modo incoerente rispetto ad una propria precedente dichiarazione o condotta, a svantaggio della parte che su tale dichiarazione o condotta abbia fatto un ragionevole affidamento.”

La sentenza in esame fa specifico riferimento all'art. I.-1:103 (2) DCFR per fondare l'interpretazione dell'articolo 7 c.c.s. e, nel caso di specie, qualifica il comportamento del creditore quale contrario a buona fede.

Corte Suprema, 12 dicembre 2011, n.ro 872/2011, estensore: E. Roca Trías

Nel 1985, un mutuatario non adempiva al suo obbligo di restituire la somma lui mutuata dalla banca sulla scorta di un contratto di mutuo ipotecario. Le parti quindi si accordavano affinché il debito fosse soddisfatto per il tramite dell'immobile ipotecato. Nel 2003, la banca però pretendeva nuovamente il pagamento del debito e il debitore eccepiva la contrarietà a buona fede del comportamento tenuto dalla creditrice.

Nella sua decisione, la Corte Suprema fa riferimento all'articolo I.- 1:103 (2) DCFR: Buona fede e correttezza nelle trattative, ed alla dottrina sottesa all'art. 7 c.c.s., secondo la quale il decorso del tempo, senza che il diritto sia stato esercitato, ingenera il legittimo affidamento nella controparte sul fatto che il diritto non verrà esercitato. A tal fine, non rileva se il comportamento sia volto a danneggiare il debitore: è sufficiente l'aver agito in violazione di

¹³ v. E. ROCA TRÍAS e B. FERNÁNDEZ GREGORACI, *op. cit.*, 58, dove si fa riferimento alle decisioni del 4 luglio 2006 e 11 luglio 2011. V. anche A. VAQUER ALOY *op. cit.*, 96, 97.

questa regola di buona fede oggettiva.

Nel caso di specie, dopo aver esaminato le circostanze, la corte qualifica il comportamento della banca come contrario a buona fede.

L'orientamento che interpreta il concetto di buona fede secondo il DCFR è stato ampiamente accolto da parte dei giudici d'appello. Ad oggi, 65 sentenze d'appello fanno riferimento all'articolo I.-1:103 (2) DCFR, in molti casi, con espresso riferimento alle due sentenze della Corte Suprema all'origine di questo orientamento sul concetto di buona fede. Dunque, oggi, il criterio o paradigma per determinare se il comportamento è conforme ai requisiti di buona fede è il DCFR. Invero, alle espressioni generiche di cui all'articolo 7 c.c.s. è attribuito lo stesso significato che veniva attribuito prima del DCFR. Tuttavia, se un tempo tale interpretazione si fondava sul diritto comparato (i.e. sulla *Verwirkung* tedesca), successivamente, hanno assunto rilievo i riferimenti al soft law. Ed ora, dato che il DCFR adotta lo stesso orientamento, viene evocato per giustificare o persino per legittimare quest'interpretazione dell'articolo 7 c.c.s. che aggiunge dettaglio alle generiche espressioni impiegate dalla norma.

5.1.2. Favor negotii

Corte Suprema, 25 maggio 2009, n.ro 366/2009, estensore: E. Roca Trías

La controversia sottesa alla pronuncia in commento ha ad oggetto un contratto con il quale dei soggetti si impegnavano a mantenere i propri genitori sino alla loro morte, in cambio di beni elargiti da questi ultimi. Morti i genitori, sorsero dei problemi di compatibilità tra il contratto ed il testamento lasciato dalla madre. Un simile contratto non trova alcuna disciplina in diritto spagnolo, e si è trattato quindi di determinarne la validità. La corte ha ritenuto che l'accordo fosse valido sulla scorta dell'articolo 1284 c.c.s. (in cui si stabilisce una preferenza per l'interpretazione che garantisca efficacia al contratto), dell'articolo 5:106 PECL, nonché dell'articolo II.-8:106 DCFR: Preferenza per l'interpretazione che rende le clausole efficaci.

Tutte queste norme contengono il principio del *favor negotii*. Nella decisione della corte, il riferimento al DCFR ha scopo di conferma della soluzione già adottata in diritto contrattuale spagnolo, contenuta anche nei PECL e nello stesso DCFR.

5.1.3. Risoluzione per inadempimento grave

Corte Suprema, 22 giugno 2010, n.ro 380/2010, estensore: E. Roca Trías

Un "contratto di servizi di valore aggiunto" veniva sottoscritto da un'impresa telefonica (Telefónica) e Coprinus, un'impresa che sosteneva di poter predire il futuro. Telefonando a un numero speciale il cliente che si fosse rivolto alla Coprinus, avrebbe beneficiato di un servizio per la predizione del proprio futuro. Tuttavia, in relazione a tale attività, Coprinus non aveva fatto

uso del prefisso richiesto perché l'ulteriore costo fosse addebitato ai propri clienti. Quando Telefónica se ne accorse, interruppe i pagamenti in favore Coprinus ed agì affinché il contratto con la stessa fosse dichiarato risolto. L'inadempimento risultò nella risoluzione del contratto e nella restituzione dei profitti sulla scorta degli articoli 1124 c.c.s., III.-3:509 e 3:510 DCFR.

Ai sensi di questa regola, la Corte Suprema ha argomentato che tutti gli importi pagati da Telefonica a Coprinus sarebbero dovuti essere restituiti, in quanto Coprinus non aveva mai adempiuto alle sue obbligazioni mentre Telefonica aveva per un certo periodo adempiuto alle sue.

Si sarebbe potuti giungere ad una simile soluzione percorrendo l'orientamento già sviluppato nell'interpretazione dell'articolo 1124 c.c.s. alla luce di altri strumenti di soft law, ossia, fondamentalmente, i PECL¹⁴. Ciononostante, in questo caso, il DCFR ha rappresentato un elemento ulteriore per interpretare le espressioni generiche contenute nell'articolo 1124 c.c.s.

Corte Suprema, 29 febbraio 2012, n.ro 99/2012, estensore: E. Roca Trías¹⁵

In questo caso la controversia sottostante alla pronuncia riguardava un contratto di vendita di appartamenti per turisti. A seguito della consegna degli appartamenti e del pagamento del prezzo, il Comune negò la licenza per la loro destinazione turistica, sicché i compratori decisero di risolvere il contratto nonostante la proprietà degli stessi appartamenti fosse già stata trasferita. I compratori pretendevano la restituzione del prezzo pagato e l'indennizzo dei danni subiti.

La Corte Suprema ha affermato che la risoluzione del contratto aveva comportato lo scioglimento delle obbligazioni e l'obbligo di restituzione, con possibile risarcimento dei danni. La Corte Suprema ha fatto menzione l'art. III.-3:510 per rafforzare la sua decisione, alla quale si sarebbe potuto giungere anche attraverso la tradizionale interpretazione degli articoli 1122 e 1124 c.c.s.

Corte Suprema, 25 maggio 2016, estensore: F. Pantaleón Prieto

Il caso controverso riguardava un contratto risolto per l'inadempimento dell'obbligo di consegna e tale inadempimento era stato anticipato al momento in cui, dal comportamento dell'inadempiente, si era inferito che non

14 L'interpretazione dell'art. 1124 c.c.s. alla luce dei PECL è stata evidenziata da diversi autori, tra i quali, ad esempio, M. P. PERALES VISCASILLAS, *Aplicación jurisprudencial de los principios del derecho contractual europeo*, in M. R. Díaz Romero et al., *Derecho privado europeo: estado actual y perspectivas de futuro* (Madrid: Civitas, 2008) 494.

15 La stessa decisione è stata pubblicata con diversa data: 1° marzo 2012, e numero: 103/2012.

avrebbe adempiuto. La decisione fa riferimento all'articolo 8:103 PECL e all'articolo III.-3:502 (2)(b): Risoluzione per inadempimento grave:

“è doloso, o dovuto a grossolana imprudenza, e il creditore ha ragione di credere di non poter fare affidamento sul futuro adempimento da parte del debitore.”

Secondo l'interpretazione tradizionale del diritto contrattuale spagnolo, la colpa del debitore rappresenta un elemento essenziale per l'inadempimento grave, e la difficoltà di dimostrarla è mitigata tramite delle presunzioni. La giurisprudenza ha adottato un'interpretazione moderna, dove la colpa del debitore non è più elemento essenziale nei casi di risoluzione del contratto per inadempimento grave. Questo cambiamento è stato preannunciato dai PECL e dai principi UNIDROIT, ancor prima del DCFR¹⁶, il quale ora rappresenta un elemento ulteriore per fondare l'attuale interpretazione delle norme spagnole sull'inadempimento contrattuale. Dunque, il riferimento al DCFR è fatto soltanto per rafforzare l'interpretazione già adottata. Come ha aggiunto la decisione, il DCFR equipara l'inadempimento intenzionale a quello colposo, dove non si ha specifico riguardo all'intenzione nell'inadempimento.

In tutti questi casi di risoluzione del contratto per inadempimento grave, il DCFR è un elemento aggiuntivo a sostegno dell'attuale interpretazione adottata in tale frangente dalla giurisprudenza spagnola. Il cambiamento nel modo di interpretare le norme ha avuto luogo ancor prima del DCFR, sulla scorta di altri strumenti di soft law. Siccome ora il DCFR offre una soluzione analoga, allora viene citato dalla giurisprudenza, probabilmente per evidenziare come anche le ultime proposte di soft law offrano tale soluzione. Ciò serve ad avvalorare l'interpretazione proposta dalla Corte Suprema e forse le conferisce persino maggiore autorità, conformandola al contesto europeo.

5.1.4 Obbligazioni solidali

Corte Suprema, 20 gennaio 2010, n.ro 870/2009, estensore: E. Roca Trías

Nell'ambito di un contratto di viaggio “tutto compreso”, a fronte di un incidente del furgone sul quale viaggiavano, i passeggeri avevano lamentato danni di cui chiedevano il risarcimento all'organizzatore e ai due rivenditori. La questione consisteva nel determinare se l'obbligazione di risarcire i danni fosse solidale o parziaria.

La direttiva n.ro 90/314/CEE concernente i viaggi, le vacanze ed i circuiti «tutto compreso» non specifica nulla sul punto, lasciando gli Stati Membri liberi di adottare la soluzione che ritengono più opportuna. Dopo aver esaminato la legislazione dei diversi Stati Membri in tema di responsabilità

16 v. E. ROCA TRIÁS e B. FERNÁNDEZ GREGORACI, *op. cit.*, 48-50; A. VAQUER ALOY, *op. cit.*, 100-105; C. VENDRELL CERVANTES, *The Application of the Principles of European Contract Law by Spanish Courts* (2008) 3 ZEuP 535.

per danni, la Corte Suprema ha osservato tra loro grandi differenze, dovute alle diverse interpretazioni che possono esser date alle direttive. Ma la legge di trasposizione spagnola sui contratti “tutto compreso” non forniva una soluzione alla questione. Fino alla decisione della Corte Suprema, i giudici d’appello avevano affrontato la questione senza giungere ad una soluzione unitaria. I giudici erano divisi, e, se in alcune loro sentenze avevano ritenuto che la responsabilità fosse solidale, in altre l’obbligazione dell’organizzatore veniva distinta da quella del rivenditore, secondo l’ambito specifico della rispettiva attività.

Discostandosi da questa regola, la Corte Suprema ha sostenuto che, in questo caso, la solidarietà avrebbe dovuto prevalere. Non è il primo caso in cui la Corte Suprema ha ritenuto che la responsabilità sia solidale nonostante la regola generale accolga il principio della parziarietà delle obbligazioni. Ma, come la corte ha riconosciuto nella sua stessa decisione, quanto ritenuto in altri giudizi non rappresenta una regola generale, in quanto ciascuna decisione è fondata su fattispecie concrete diverse. Con questa decisione la Corte Suprema ha aggiunto nuovi elementi a sostegno del principio di solidarietà delle obbligazioni. Il primo di questi elementi è la considerazione per cui il diritto del consumo riconosce una regola generale di solidarietà quando più persone sono responsabili per danni verso il consumatore. E, al fine di consolidare questo orientamento, la Corte Suprema ha indicato come anche il DCFR ponga la solidarietà quale regola generale. Nello specifico la corte menziona l’articolo III.4:103 (2) DCFR: Fonti dei diversi tipi di obbligazione:

“Se le norme non dispongono in merito, la responsabilità in capo a due o più debitori circa l’adempimento della medesima obbligazione è solidale. In particolare, la responsabilità è solidale quando due o più persone sono responsabili per il medesimo fatto dannoso”.

In questo caso, la Corte Suprema non ha applicato l’art. 1137 c.c.s., ossia, la regola generale sulla parziarietà delle obbligazioni. La corte ha esaminato il contesto dei contratti “tutto compreso”, in cerca di appigli che giustificassero la solidarietà, oltre a riferirsi al DCFR per giustificare l’abbandono delle regole del secolo XIX e la prevalenza della solidarietà.

Non vi è alcun dubbio che questo orientamento protegga più efficacemente il consumatore, rendendo più agevole la sua azione in giudizio: il danneggiato può agire con un’unica azione nei confronti dei rivenditori e degli organizzatori, a prescindere dalle loro specifiche obbligazioni contrattuali. E ciò tutela maggiormente il danneggiato, in quanto non dovrà più sopportare il rischio di insolvenza di uno dei debitori, i cui effetti colpiscono invece l’altro debitore¹⁷.

17 A tal proposito, v. C. I. GÓMEZ LIGÜERRE, *Liability for damages caused to consumer of*

La decisione è importante per aver dissipato i dubbi circa la configurazione della responsabilità nell'ambito dei contratti "tutto compreso" nel diritto spagnolo, a fronte della poca chiarezza delle norme in materia¹⁸. Tuttavia, è bene notare come la trasformazione delle obbligazioni parziarie in solidali sia un processo che si sviluppa nell'ambito di un più ampio quadro. Anche in altri campi, diversi da quello dei contratti "tutto compreso", la solidarietà è prevalsa in giurisprudenza, nonostante l'art. 1137 c.c.s.¹⁹. Poco alla volta, è stata abbandonata la regola generale sulla parziarietà delle obbligazioni, a scapito dell'articolo 1137 c.c.s.. In tal senso, è importante la sentenza della Corte Suprema del 31 ottobre 2005, n.ro 802/2005, in cui si afferma che l'articolo 1137 c.c.s. è troppo rigido nel contesto delle relazioni commerciali, dove si richiede di fornire maggiori garanzie al creditore. In quest'ultimo caso, la Corte Suprema ha cambiato la regola in favore della solidarietà fondandosi sui PECL²⁰. E con la sentenza del 20 gennaio 2010, la corte ha esteso l'applicabilità della solidarietà al contesto delle relazioni consumeristiche basandosi sul DCFR.

travel packages in Spain (2001) 2 ZEuP 421,422.

18 v. anche C. I. GÓMEZ LIGÜERRE, *op. cit.*, 427.

19 Ad esempio, il fatto che le obbligazioni parziarie non consentano di raggiungere risultati equi ha condotto la Corte Suprema ad abbandonare la regola generale di cui all'articolo 1137 c.c.s. nel campo della responsabilità per vizi di costruzione già nei tardi anni Sessanta dello scorso secolo, e la regola è stata riconosciuta legislativamente soltanto nel 1999 con la Legge sulla regolamentazione dell'edilizia. Mentre la sentenza della Corte Suprema Spagnola del 19 febbraio 1959 (RJ 1959\486) chiaramente giustifica la parziarietà delle obbligazioni, con la sua sentenza del 5 maggio 1961 (RJ 1961\2310), la corte virò verso la solidarietà, dando il via ad un filone giurisprudenziale consolidato sino alla riforma legislativa.

20 "La rígida norma del artículo 1137 Código civil ha sido objeto de una interpretación correctora por parte de este Tribunal y muy especialmente en relación con las obligaciones mercantiles en las que, debido a la necesidad de ofrecer garantías a los acreedores, se ha llegado a proclamar el carácter solidario de las mismas, sobre todo cuando se busca y se produce un resultado conjunto (sentencias de 27 de julio de 2000 y 19 de abril de 2001). Ello está de acuerdo con lo que la sentencia de 27 de octubre de 1999 denomina «el acervo comercial de la Unión Europea», en la que el artículo 10: 102 de los Principios del Derecho europeo de contratos recoge el principio de la solidaridad cuando hay varios deudores obligados, principio tradicionalmente aplicado por este Tribunal cuando se trata de obligaciones mercantiles."

V. anche E. ROCA TRÍAS e B. FERNÁNDEZ GREGORACI, *The Modern Law of Obligations in the Spanish High Court* (2009)1 ERCL 57; A. VAQUER ALOY, *op. cit.*, 107, 108; C. VENDRELL CERVANTES, *op. cit.*, 544.

Corte Suprema 8 ottobre 2010, n.ro 597/2010, estensore: E. Roca Trías

A fronte della vendita di condizionatori rivelatisi malfunzionanti, si è dovuta accertare la responsabilità del venditore e del produttore. Come nel caso dei contratti “tutto compreso”, la corte ha affermato che la responsabilità è solidale malgrado la regola generale di cui all’articolo 1137 c.c.s.; tale principio fu espresso sulla scorta dell’art. III.-4:103 DCFR. La soluzione favorisce con evidenza la posizione del creditore.

La decisione è importante perché ha consolidato l’orientamento già sostenuto, e, quindi, in conformità all’art. 1.6 c.c.s., si può concludere che sul punto sia sorta una regola giurisprudenziale in senso stretto (“orientamento ripetutamente seguito dalla Corte Suprema”). Fino a questa decisione erano state soltanto due le sentenze in cui si era ricorsi al soft law per giustificare la solidarietà delle obbligazioni: 1) un caso nel contesto di relazioni commerciali, sulla scorta dei PECL (Corte Suprema Spagnola, 31 ottobre 2015) 2) un caso nell’ambito del diritto del consumo, facendo riferimento al DCFR (Corte Suprema Spagnola, 20 gennaio 2010). Ma i casi erano tra loro diversi, in quanto muovevano da contesti distinti e non collegati così che non si poteva sostenere fossero fondati sullo stesso orientamento. D’altronde, in decisioni precedenti al DCFR e ai PECL, la Corte Suprema aveva considerato giustificata la solidarietà, nonostante l’articolo 1137 c.c.s. e sulla base di argomentazioni diverse. È interessante come nella sentenza della Corte Suprema Spagnola dell’8 ottobre 2010, la corte abbia sostenuto la tesi della solidarietà in ipotesi di collegamento tra debitori, citando diverse decisioni, pronunciate a partire dal 1981 e concernenti casi apparentemente isolati, nonché sulla scorta dell’autorevolezza di un testo di soft law: il DCFR. La Corte Suprema chiaramente riconobbe, facendo ricorso al DCFR, un criterio di solidarietà non contenuto specificatamente nel c.c.s.. Ora si può sostenere che quando le obbligazioni sono tra loro collegate, la regola generale è la solidarietà, malgrado l’articolo 1137 c.c.s.

Si può concludere che il soft law, e, negli ultimi tempi, in particolar modo il DCFR, consolidi questo orientamento sulla responsabilità, nonostante il contrastante dettato dell’articolo 1137 c.c.s. Ciò rappresenta un chiaro caso di evoluzione del diritto privato che si realizza tramite la giurisprudenza, la quale interviene al fine di supplire all’inerzia del legislatore che dal diciannovesimo secolo non ha ancora riformato parti importanti del codice civile. Con le stesse parole di Gómez Ligüerre: “questa tendenza riflette un approccio della Suprema Corte Spagnola aperto all’uniformazione del diritto privato in Europa. Un esempio che dovrebbe essere seguito”²¹.

La tendenza ad estendere le ipotesi di solidarietà delle obbligazioni è sta-

21 v. C. I. GÓMEZ LIGÜERRE, *Liability for damages caused to consumer of travel packages in Spain* (2001) 2 ZEuP 431.

ta ben accolta dai giudici d'appello. A partire dalla sentenza della Suprema Corte Spagnola dell'8 ottobre 2010, n.ro 597/2010, tre sentenze d'appello hanno espressamente riconosciuto la solidarietà sulla scorta delle decisioni della giurisprudenza e del DCFR²².

In breve, la reiterazione di un orientamento della Suprema Corte in favore della solidarietà ed il recepimento di questa regola giurisprudenziale da parte dei giudici d'appello può condurre a ritenere che, in termini generali, vi sia stato un cambiamento della regola generale che è passata dalle obbligazioni parziarie a quella delle obbligazioni solidali.

5.1.5. Revoca della donazione

Corte Suprema, 13 maggio 2010, n.ro 261/2010, estensore: E. Roca Trías

Nel caso in esame, la convenuta aveva ricevuto una donazione da parte dei suoi genitori. Successivamente, nel contesto di una crisi coniugale, il padre della convenuta morì e della sua morte fu accusata la moglie. Nel relativo giudizio penale la convenuta accusò la madre dell'omicidio del padre. La madre quindi chiese la revoca della donazione a causa di grave ingratitudine.

L'articolo 648, secondo comma, c.c.s. contempla, quale causa di revocazione, l'attribuzione da parte del donatario di un delitto in capo al donatario, anche se sia in grado di provare la sua accusa, a meno che si tratti di un reato contro lo stesso donatario, il suo coniuge od i propri figli.

Tradizionalmente, sono sorti dubbi nell'interpretazione dell'espressione "attribuire un delitto", in quanto questa non chiarisce se sia sufficiente accusare il donante o se invece sia anche necessario formalizzare tale accusa oppure l'avvio di un processo penale promosso dal donatario. In effetti, la norma spagnola è molto cavillosa e non disciplina un'ipotesi generale di causa di revocazione.

La Corte Suprema afferma che la regola è diversa rispetto a quella adottata in altri ordinamenti europei, per poi far riferimento all'art. IV. H.- 4:201: Ingratitudine del donatario

"Il contratto di donazione di beni può essere revocato se il donatario è responsabile di grave ingratitudine, per aver commesso intenzionalmente un grave illecito nei confronti del donante."

Il DCFR richiede la commissione intenzionale di un "grave illecito". I commenti al DCFR affermano: "grave illecito è intenzionalmente lasciato indefinito in modo da lasciare una notevole discrezione alle corti"²³.

22 v. Corte d'Appello di Málaga, Sez. IV, 14 aprile 2011, n.ro 198/2011; Corte d'Appello di Illes Balears, Sez. IV, 17 luglio 2012, n.ro 342/2012; Corte d'Appello di Tarragona, Sez. I, 3 marzo 2016, n.ro 103/2016.

23 *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)* edizione completa, vol. 3, ed. C. von Bar and E. Clive (Munich:

In conformità al DCFR, la Corte Suprema ha deciso che l'interpretazione dell'articolo 648 c.c.s. deve essere restrittiva. In questo caso la corte penale ritenne che la figlia non fosse legittimata a dar impulso al processo per la persecuzione del reato, e la Corte Suprema pertanto ha affermato, con un'interpretazione restrittiva, che non si fosse realizzata un'ipotesi di grave ingratitudine. Il comportamento della figlia, da un punto di vista processuale non rilevava, ma l'esistenza di un illecito grave sì. La Corte Suprema non ha approfondito l'interpretazione da dare all'"attribuzione di un delitto", come era tradizionalmente avvenuto, ma piuttosto quella grave illecito. La corte ha così abbandonato l'approccio cavilloso del codice civile e ha accolto la soluzione adottata nel DCFR che fornisce una regola generale, decidendo, caso per caso, se si tratti di un illecito abbastanza grave da giustificare la revoca della donazione²⁴.

La corte ha sostenuto che, in quanto la figlia era sfornita della legittimazione necessaria per promuovere il giudizio penale, non avrebbe potuto causare alcun danno, sicché difettava anche il grave illecito. Quel che ha fatto la corte, forte della discrezione riconosciuta anche dai commenti del DCFR, è stato fornire un'interpretazione dell'articolo 648.2 c.c.s. secondo la quale soltanto i comportamenti che davvero cagionano un illecito grave rientrano nelle ipotesi disciplinate dalla norma. In questo caso, quindi, il DCFR è stato usato per correggere una norma obsoleta e per superare le difficoltà ermeneutiche da essa emergenti.

5.1.6. Cause di invalidità dei contratti

Corte Suprema, 12 febbraio 2016, n.ro 59/2016, estensore: F.J. Orduña Moreno

Nell'ambito di una controversia successoria, un erede lamentava la nullità del testamento nella parte in cui attribuiva al coerede una casa all'interno di un fondo di proprietà altrui, in contrasto con le norme urbanistiche applicabili.

La Corte Suprema ha risolto la controversia applicando il principio *favor partitionis*, e fondando la propria decisione anche sull'articolo II-7:101 (Cause di invalidità dei contratti) per affermare la validità della ripartizione.

Si tratta di un caso interessante in quanto la stessa soluzione sarebbe potuta esser raggiunta semplicemente applicando il principio *favor partitionis*. Eppure, in aggiunta, la Corte Suprema ha fatto riferimento al DCFR e, in particolare, alla parte in cui lo strumento di soft law propone una disciplina diversa rispetto a quella del c.c.s.. Questo potrebbe forse essere il tentativo di evidenziare che quest'orientamento sulle cause di invalidità dei contratti do-

Sellier 2009) 2867.

24 Nello stesso senso, A. VAQUER ALOY, *op. cit.*, 110,111.

vrebbe prevalere sulle posizioni tradizionali in diritto contrattuale spagnolo.

5.2. La funzione del DCFR nella giurisprudenza spagnola

Dopo aver esaminato le decisioni della Corte Suprema che fanno riferimento al DCFR, giungiamo alla conclusione che tali rinvii sono operati sostanzialmente a due fini diversi tra loro:

a.- In alcuni casi il DCFR è impiegato quale elemento ulteriore per rafforzare un orientamento già esistente. Questo è il caso degli articoli I.-1:103 (2): Buona fede e correttezza; II.-8:106: Preferenza per l'interpretazione che rende le clausole effetti; III.3-509 e 3:5010: Effetti della risoluzione. In questi casi, il DCFR serve per rafforzare un orientamento già avviato facendo ricorso ai PECL. In questo modo i principi di soft law sono utilizzati per avallare una specifica interpretazione delle norme, allorché i termini impiegati dalle stesse siano generali e siano prospettabili più interpretazioni. Probabilmente, in questi casi, la soluzione sarebbe stata la stessa anche senza il DCFR, che però viene menzionato per rafforzare una determinata interpretazione della legge.

b.- In altri casi, il DCFR è un elemento posto a sostegno di una soluzione diversa rispetto ad una disciplina obsoleta ed inadeguata. Si tratta, ad esempio, del caso dell'articolo IV.H.-4:201: Ingratitudine del donatario: e dell'articolo III.-4:103: (2) Fonti dei diversi tipi di obbligazione. Ancora, il riferimento all'articolo II.-7:101, sulle cause di invalidità dei contratti, può esser utile per introdurre una nuova interpretazione del diritto spagnolo. Tuttavia, si deve notare che, in questo caso, alla diversa soluzione si sarebbe potuti giungere applicando il principio *favor partitionis*. Il riferimento all'articolo II.-7:101 potrebbe esser stato introdotto per incentivare un cambiamento in questa materia.

La dottrina spagnola ha sottolineato come il DCFR sia utilizzato come un argomento giuridico idoneo a giustificare la giurisprudenza della Corte Suprema, e specialmente per avallare l'attuale interpretazione del diritto²⁵. Ma la legittimità del secondo gruppo di decisioni potrebbe essere messo in discussione. Come si è già detto, le regole giurisprudenziali sono create attraverso i criteri enunciati dalla Corte Suprema nell'interpretazione e applicazione di norme scritte, consuetudini e principi generali del diritto. A prima vista, potrebbe esser difficile ammettere che uno strumento di soft law come il DCFR possa giustificare un cambiamento nella giurisprudenza tale da contraddire il dettato del codice civile. È facile accettare l'utilità del soft law nell'interpretazione di norme generali o al fine di riempire una lacuna nel diritto, ma potrebbe essere più difficile ammettere la possibilità che il

²⁵ A tal proposito, v. A. VAQUER ALOY, *op. cit.*, 111-113.

soft law possa essere utilizzato per modificare norme positive²⁶. È improbabile che la giurisprudenza si spinga sino ad affermare, in termini generali, che uno specifico articolo del codice civile debba essere sostituito dal soft law quando quest'ultimo disciplini la stessa materia in modo diverso dal primo. Ma, come accennato, uno dei criteri per interpretare la legge è la realtà sociale del tempo in cui la regola deve essere applicata (articolo 3.1 c.c.s.)²⁷, e l'applicazione della legge può essere plasmata in certa misura dall'equità (articolo 3.2 c.c.s.). Si ritiene che questi due elementi che guidano l'opera dei giudici siano cruciali al fine di rendere decisioni dove il DCFR è usato per giungere a risultati diversi rispetto a quelli cui si giungerebbe impiegando le espressioni di certi articoli del codice civile. Se la Corte Suprema (o altra corte spagnola) fornisse abbastanza argomenti a dimostrazione del fatto che il DCFR offre una soluzione migliore rispetto a quella proposta dalle tradizionali regole novecentesche del codice civile, potrebbe essere legittimata ad adottare una soluzione basata sul DCFR, purché coerente con il contesto giuridico del caso²⁸. Inoltre, probabilmente, si potrebbe sostenere che sia un dovere delle corti quello di ricercare una soluzione improntata all'equità con l'aiuto di un'interpretazione del diritto che tenga conto della realtà sociale. E al fine di sviluppare questi compiti, il soft law potrebbe essere una guida o un faro idoneo ad ispirare la soluzione. Ad esempio, nel caso di obbligazioni solidali, la soluzione non è basata soltanto sul DCFR, ma la Corte Suprema dimostra che esistono altri strumenti che fondano la soluzione, fornendo ulteriori argomentazioni con riferimento ad altre regole del diritto nazionale. Ad ogni modo è importante che la decisione sia ben argomentata, cosicché ogni ombra di arbitrarietà sia dissipata.

26 M. P. PERALES VISCASILLAS, *Aplicación jurisprudencial de los principios del derecho contractual europeo* in M. R. Díaz Romero et al., *Derecho privado europeo: estado actual y perspectivas de futuro* (Madrid: Civitas, 2008) 476.

27 E. ROCA TRÍAS e B. FERNÁNDEZ GREGORACI, *op. cit.*, 59. Secondo gli autori, il fondamento giuridico per l'impiego del soft law nell'interpretare il codice civile potrebbe essere l'art. 3.1 c.c.s. e la realtà sociale. Gli autori fanno espresso riferimento alla decisione del 31 ottobre 2005, dove si è espressamente adottata un'interpretazione della norma in conformità con la realtà sociale del momento in cui è stata applicata per giustificarne il riferimento ai PECL. Lo stesso argomento è valido oggi in riferimento al DCFR.

28 Il ricorso al diritto comparato per risolvere le controversie è stato esaminato da J. M. SMITS: *Comparative Law and its Influence on National Legal Systems* in M. Reimann e R. Zimmermann (eds.) *The Oxford Handbook of Comparative Law* (2008: Oxford, Oxford University Press). Sul DCFR nella giurisprudenza, v. A. VAQUER ALOY, *op. cit.*, 111-112.

6. DCFR e Giudici d'Appello

Ad oggi sono 115 le sentenze d'appello che fanno riferimento al DCFR²⁹. La comparsa del DCFR nelle sentenze pronunciate dai giudici d'appello è motivata dai rinvii operati allo stesso all'interno delle sentenze della Corte Suprema. I primi casi menzionavano soltanto il DCFR, quando riproducevano le stesse parole delle decisioni della Corte Suprema menzionate sopra. La maggior parte faceva riferimento all'art. I.-1:103 DCFR (62 sentenze), e così il DCFR veniva utilizzato soltanto per rafforzare la consueta soluzione adottata in diritto spagnolo. Tuttavia, poco a poco, i giudici d'appello hanno iniziato ad introdurre le loro osservazioni sul DCFR, anche in materie in cui la Corte Suprema non l'aveva ancora menzionato. Ciò dimostra che lo strumento è sempre più utilizzato nell'interpretazione ed applicazione del diritto privato da parte delle corti spagnole. Si considerino i seguenti esempi di sentenze d'appello dove si svolgono osservazioni originali sul DCFR.

1°.- *Corte d'Appello di Las Palmas, Sez. IV, n.ro 216/2013, 10 giugno*

Nell'ambito di un contratto di swap finanziario la corte fu chiamata a decidere se uno dei contraenti avesse dolosamente ritenuto delle informazioni. La soluzione adottata si è fondata sulla legge che regola il mercato azionario spagnolo, dove si riconosce un generale obbligo di informazione, nonché sull'articolo II-7:205: Dolo (2) DCFR, che è più preciso ed afferma:

«La dichiarazione o il comportamento sono dolosi quando sono formulati o tenuti con la consapevolezza o la convinzione che siano ingannevoli, cioè diretti ad indurre l'altra parte in errore. La reticenza è dolosa quando è diretta ad indurre in errore la persona a cui l'informazione non viene comunicata».

Che una delle parti si comporti con dolo allorché induca in errore l'altra parte è latente nelle norme, ma non è sempre espresso. Invece, il DCFR è chiaro sul punto e sembra che la corte si riferisca alla norma di soft law per conferire maggior autorevolezza all'interpretazione adottata. In questo caso, la corte ha desunto l'obbligo generale di informazione dalla norma di soft law sul dolo. Nel caso di specie, la combinazione di regole nazionali con il soft law ha condotto la corte a ritenere che il comportamento del contraente fosse effettivamente doloso.

2°.- *Corte d'Appello di Pontevedra, Sez. 1, n.ro 451/2013, 3 dicembre*

A fronte di un contratto di locazione a tempo indeterminato si pose il problema di determinarne la durata. La corte ha fatto riferimento all'art. IV.B.2:102 DCFR “una locazione a tempo indeterminato si conclude nel momento indicato in una disdetta inviata da una delle parti”, giungendo cio-

²⁹ Il presente articolo è aggiornato al settembre del 2016.

nonostante alla soluzione tramite il diverso criterio di cui all'art. 1128 c.c.s., che impone di determinare la durata contrattuale indagando l'intenzione delle parti. In questo caso, la corte ha ritenuto che il contratto sarebbe durato fintantoché il conduttore avesse voluto svolgere la propria attività professionale nell'immobile locato.

Malgrado la soluzione non sia stata fondata sul DCFR, il giudizio riflette la conoscenza del testo da parte di giudici spagnoli e la sua presa in considerazione quando siano chiamati a risolvere una controversia. Purtuttavia la corte non si è sentita abbastanza legittimata per risolvere la controversia sulla scorta del soft law laddove il codice civile fornisca una soluzione diversa. Quest'ultimo tipo di decisioni sono proprie della Corte Suprema, che gode di una maggiore autorità nel campo dell'interpretazione e dell'applicazione del diritto.

3°- Corte d'Appello di Granada, Sez. III, n.ro 143/2011, 31 marzo

Nell'ambito di un contratto di locazione di due autovetture, il conduttore smise di pagare il canone, cosicché il locatario decise di risolvere il contratto prima del termine pattuito nello stesso.

In diritto spagnolo è ammesso che in caso di inadempimento del contratto, la parte che subisce lo stesso abbia diritto alla risoluzione ed è pertanto possibile la risoluzione stragiudiziale del contratto. Questo orientamento è già stato accolto e consolidato prima del DCFR, sulla scorta di altri testi di soft law³⁰. In questo caso, la corte ha affermato anche che il diritto contrattuale contemporaneo contempla la risoluzione stragiudiziale del contratto, con espresso riferimento all'art. III.-3:507 DCFR: Comunicazione della risoluzione: "Il diritto di risolvere il rapporto contrattuale ai sensi della presente Sezione si esercita mediante comunicazione al debitore".

Come in altri casi, si sarebbe potuti giungere alla medesima soluzione senza il riferimento al DCFR in quanto essa è già operante in diritto spagnolo. Ma il riferimento al DCFR è stato fatto per sostenere e riaffermare l'attuale interpretazione del diritto e per darvi legittimazione.

Quel che è interessante in questi casi è che i giudici d'appello non si sono limitati a riprodurre quanto affermato dalla Corte Suprema, ma hanno operato nuovi rinvii al DCFR. Ciò significa che non solo i giudici della Corte Suprema maneggiano il DCFR: la conoscenza dello strumento si è sparsa tra i giudici spagnoli e si riflette nelle loro decisioni. Tuttavia, un cambiamento nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto privato può esser legittimata dalla Corte Suprema per potersi chiamare giurisprudenza in senso stretto.

30 v. A. VAQUER ALOY, *op. cit.*, 105-106.

7. Conclusioni

Sebbene non sia vincolante, il DCFR lentamente influenza la giurisprudenza spagnola. Anche se le regole del DCFR non sono *hard law*, sono dotate di una certa autorevolezza e possono essere adottate volontariamente dai legislatori europei. Nel caso spagnolo, è frequentemente usato come strumento per rafforzare la corrente interpretazione del diritto nell'ambito di un processo che si sviluppa dalla Corte Suprema verso i giudici d'appello e viceversa. Il DCFR è menzionato nelle decisioni probabilmente perché conferisce una maggiore autorevolezza alla giurisprudenza, senza che ciò di norma comporti un cambiamento sostanziale del diritto privato. La controversia sarebbe stata risolta allo stesso modo senza riferimento al DCFR che però viene menzionato per rafforzare la legittimazione nell'interpretazione del diritto offerta nella sentenza.

In altri casi invece il riferimento al DCFR è accompagnato da ulteriori argomentazioni volte ad abbandonare alcune obsolete norme del codice civile per adottare nuove soluzioni che meglio si adeguano ai bisogni del mercato ed ai valori giuridici contemporanei. In questi casi, il *soft law* gioca un importante ruolo nell'evoluzione del diritto privato spagnolo, verso le tendenze del diritto privato europeo. Questi sono casi in cui il diritto spagnolo si è rilevato inadeguato, e alcune eccezioni alle regole generali sono state introdotte caso per caso. Ma il riferimento al DCFR con ulteriori argomentazioni serve a dare autorevolezza al cambiamento della giurisprudenza.

Di conseguenza, il diritto spagnolo accoglie le proposte di diritto privato comune di cui al DCFR. Se gli ordinamenti liberamente decidessero di agire seguendo le stesse regole, usando il DCFR come criterio per interpretare il diritto, le soluzioni di armonizzazione nel diritto privato potrebbero essere indirettamente raggiunte tramite la giurisprudenza.

