

PARTE I

MERCATO E IMPRESE

CAPITOLO I

COMMERCIO INTERNAZIONALE INTRA UE

Marco Torsello

SOMMARIO: 1. La disciplina del commercio internazionale tra diritto globale, diritto locale e diritto regionale. – 2. Il quadro istituzionale. – 3. Il quadro internazional-privatistico. – 4. L'autonomia privata come fonte principale della disciplina del commercio internazionale *intra* UE. – 5. I limiti all'autonomia privata e l'individuazione delle norme imperative applicabili al commercio internazionale *intra* UE. – 6. Fonti normative suppletive applicabili al commercio internazionale *intra* UE.

1. *La disciplina del commercio internazionale tra diritto globale, diritto locale e diritto regionale*

Il commercio internazionale, per sua natura, trascende i confini nazionali e segue percorsi, dinamiche e logiche difficilmente governabili dai singoli ordinamenti locali. Per questa ragione la frammentazione del diritto seguita alla sua statualizzazione e alle grandi codificazioni dell'Ottocento ha favorito, con riguardo alla disciplina del commercio, da un lato, la valorizzazione del contratto e dell'autonomia privata quale strumento principale di disciplina dei rapporti commerciali internazionali¹ e, dall'altro, un moto verso la riconduzione ad unità (o quanto meno verso una più armoniosa coesistenza) dei diversi ordinamenti giuridici, rendendo per molti aspetti auspicabile il superamento della “Babele dei diritti nazionali” attraverso l'emersione di una nuova *lex mercatoria*².

¹ Per ulteriori approfondimenti a questo riguardo, sia consentito rinviare a A. FRIGNANI-M. TORSSELLO, *Il contratto internazionale. Diritto comparato e prassi commerciale*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. GALGANO, vol. XII, 2^a ed., Padova, 2010, p. 11 ss.

² Come noto, la nozione di “*lex mercatoria*” richiama quella dello *ius mercatorum* medioevale, ossia di un diritto creato dai mercanti e destinato a disciplinare i rapporti mercantili, le cui fonti erano gli statuti delle corporazioni mercantili, le consuetudini mercantili e la giurisprudenza delle *curiae mercatorum*, di modo che l'uso odierno di tale nozione allude al fenomeno di formazione di regole commerciali uniformi sovranazionali, affermatesi attraverso prassi contrattuali, usi del commercio internazionale, e giurisprudenza dei tribunali arbitrali internazionali, senza la mediazione del potere politico espresso dai legislatori nazionali. Il riferimento è, in particolare, a F. GALGANO, *Storia del diritto commerciale*, Bologna, 1976, p. 71 ss.; ID., *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005, p. 49 ss.; per un uti-

I modi in cui questo fenomeno si è manifestato nel tempo sono molteplici e, poiché si tratta di un fenomeno in continua evoluzione, non avrebbe senso cercare di individuare (o indovinare) i futuri punti di caduta della parabola, ma è preferibile, invece, limitarsi a descrivere le linee di tendenza del fenomeno.

Si devono, quindi, introdurre alcune distinzioni, partendo dalla considerazione dei vantaggi e degli svantaggi, rispettivamente, dell'unificazione del diritto e della frammentazione e delocalizzazione dello stesso³. In termini essenziali, si può affermare che l'unificazione del diritto produce economie di scala, semplificazione e maggiore prevedibilità delle regole giuridiche applicabili. La frammentazione e la delocalizzazione del diritto producono specializzazione delle regole giuridiche ed un benefico fenomeno di concorrenza tra ordinamenti giuridici nella produzione o nella riforma delle regole, particolarmente apprezzabile in materia commerciale⁴.

Quando si parla di uniformazione del diritto commerciale, poi, è opportuno introdurre un'ulteriore distinzione, frequentemente descritta attraverso l'uso di nozioni diverse per descrivere il diverso grado di integrazione dei diversi ordinamenti coinvolti⁵. Si parla, così, di *armonizzazione* del diritto quando diversi ordinamenti giuridici adottano regole giuridiche analoghe, ma non identiche⁶, in quanto, ad esempio, ispirate a leggi-modello o ad altri strumenti di c.d. "soft law", che ciascun ordinamento introduce nel proprio sistema con le modifiche o gli adattamenti ritenuti necessari; si parla di *uniformazione* del diritto quando diversi ordinamenti giuridici adottano il medesimo testo normativo per effetto dell'adozione di un Trattato o di una Convenzione internazionale⁷, di modo che la norma applicabile nei diversi ordinamenti è la stessa, ma essa si inserisce nell'ambito di ordinamenti che rimangono distinti e viene applicata autonomamente dai tribunali (o dagli altri organi o istituzioni chiamati ad applicarla) di ciascuno Stato contraente; si parla, infine, di *unificazione* quando le regole comuni uniformi non sono create attraverso una Convenzione internazionale, ma sono il frutto di una produzione normativa realizzata da un'istituzione centralizzata, alla quale vari Stati hanno devoluto una porzione della loro pote-

le approfondimento e per ulteriori riferimenti bibliografici, si veda anche F. MARRELLA, *La nuova Lex mercatoria. Principi Unidroit ed usi dei contratti del commercio internazionale*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. GALGANO, vol. XXX, Padova, 2003, in particolare p. 162 ss.

³ Sul tema, si veda, tra gli altri, R. SACCO, *Il diritto tra uniformazione e particolarismi*, Napoli, 2011.

⁴ Si vedano, su tema della concorrenza tra ordinamenti, i saggi di G. ALPA, S. CASSESE, M.R. FERRARESE, N. LIPARI, S. LOMBARDO, R. LUPI, P.G. MONATERI, G.B. PORTALE, A. SOMMA, L. TORCHIA e A. ZOPPINI raccolti in A. ZOPPINI (a cura di), *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, Roma-Bari, 2004.

⁵ Cfr. M.J. BONELL, *Comparazione giuridica e unificazione del diritto*, in G. ALPA-M.J. BONELL-D. CORAPI-L. MOCCIA-V. ZENO-ZENCOVICH-A. ZOPPINI, *Diritto privato comparato. Istituti e problemi*, Roma-Bari, 2008, p. 3 ss.

⁶ Nello stesso senso anche G. BENACCHIO, *Diritto privato della Unione europea. Fonti, modelli, regole*, 6^a ed., Padova, 2013, pp. 19-21.

⁷ Per un approfondimento del tema dell'uniformazione del diritto attraverso convenzioni di diritto commerciale uniforme, sia consentito rinviare a M. TORSSELLO, *Common Features of Uniform Commercial Law Conventions. A Comparative Study Beyond the 1980 Uniform Sales Law*, Munich, 2004.

stà normativa affinché tale istituzione centralizzata provveda alla creazione delle regole uniformi, nonché, in alcuni casi, ne curi l'applicazione e l'osservanza da parte dei soggetti destinatari dei precetti⁸.

In questo quadro, la tradizionale alternativa tra uniformazione (nelle sue varie declinazioni) del diritto commerciale e frammentazione dello stesso non sembrerebbe lasciare spazio a soluzioni intermedie. In altre parole, il lettore potrebbe essere indotto a ritenere che il problema della disciplina del commercio internazionale sia sostanzialmente riconducibile al problema del rapporto tra *global law* e *local law* ed ai criteri di definizione del ruolo di ciascuno⁹. Tale approccio, tuttavia, risulterebbe fuorviante, posto che da tempo è in atto un processo di valorizzazione delle esperienze di *unificazione* (anche *regionale*) del diritto¹⁰. Si tratta, in un certo senso, della riscoperta di un fenomeno antico, giacché molti dei trattati e delle convenzioni di diritto uniforme conclusi tra la fine dell'Ottocento e l'inizio del Novecento avevano carattere eminentemente regionale¹¹. La ragione era, allora come oggi, da ricercare nella maggiore somiglianza degli ordinamenti giuridici in un ambito regionale circoscritto, nonché nella più stretta comunanza di interessi economici nell'ambito di tali ordinamenti, che rendeva più agevole la condivisione di regole giuridiche uniformi.

Anche se in tempi a noi più vicini (ed in particolare a partire dagli anni Settanta del Novecento) la progressiva globalizzazione dell'economia ha spinto a perseguire obiettivi di uniformazione a livello prevalentemente globale¹², tale nuovo e più ampio scenario non ha comunque fatto venire meno le ragioni ed i vantaggi di un'uni-

⁸ Cfr., oltre agli autori citati nelle note precedenti, S. FERRERI, voce *Unificazione, uniformazione*, in *Digesto civ.*, vol. XIX, 4^a ed., Torino, 1999, p. 504.

⁹ Al tema venne dedicato il XVII colloquio biennale dell'Associazione italiana di diritto comparato tenutosi a Brescia dal 12 al 14 maggio 2005. Gli atti del convegno sono ora raccolti in C. AMATO-G. PONZANELLI (a cura di), *Global Law c. Local Law*, Torino, 2006.

¹⁰ Non a caso, ad esempio, il congresso celebrativo del 75° anniversario della fondazione dell'Istituto per l'unificazione del diritto privato (UNIDROIT), tenutosi a Roma il 27-28 settembre 2002 venne dedicato al tema "*Worldwide Harmonization of Private Law and Regional Economic Integration*". Gli atti del convegno sono raccolti e pubblicati in *Unif. L. Rev.-Rev. dr. unif.*, 2003, 1/2.

¹¹ Si pensi, ad esempio, alla *Convenzione di Parigi per la protezione della proprietà intellettuale* del 20 marzo 1883 e alla *Convenzione di Berna per la protezione delle opere letterarie e artistiche* del 9 settembre 1886, nonché alla *legge uniforme sulla compravendita* adottata agli inizi del Novecento dai Paesi scandinavi (dalla Svezia nel 1905, dalla Danimarca nel 1906, dalla Norvegia nel 1907 e dall'Islanda nel 1922), seguita qualche anno più tardi da una più ampia *legge uniforme sui contratti* (adottata da Svezia, Danimarca, Norvegia e Finlandia tra il 1915 e il 1919) – cfr. sul punto A. NEGRI, in AA.VV. (con introduzione di G. CRESPI REGHIZZI), *Sistemi giuridici nel mondo*, Torino, 2016, p. 85 –; ma si pensi anche, fuori dal continente europeo, al *Trattato di Lima* del 1878 istitutivo di *Regole uniformi di diritto internazionale privato*.

¹² Vale la pena richiamare, a questo riguardo, l'iniziativa assunta dal Segretariato dell'UNIDROIT nel 1970, quando sottopose alla neo-costituita (1966) Commissione delle Nazioni Unite per il diritto del commercio internazionale (UNCITRAL) un documento inteso ad illustrare le ragioni a sostegno di una codificazione sovranazionale del diritto del commercio internazionale: UNIDROIT, *Progressive Codification of the Law of International Trade: Note by the Secretariat of the International Institute for the Unification of Private Law (Unidroit)*, in *UNCITRAL Yearbooks*, 1968-1970, p. 285, U.N. doc. A/CN.9/L.19.

formazione del diritto commerciale perseguita anche a livello regionale¹³. Benché numerose siano le iniziative in diversi continenti che possono essere menzionate a conferma di quanto appena affermato (si pensi, ad esempio, al MERCOSUR in America Latina¹⁴, all'OHADA e alla CEMAC in Africa centrale¹⁵ e all'ASEAN nel sud-est asiatico¹⁶), non vi è dubbio che l'esempio più rilevante di unificazione regionale, oltre che quello che ha prodotto i risultati più significativi, è costituito dal lungo processo che dall'istituzione della Comunità economica europea, con il Trattato di Roma del 25 marzo 1957¹⁷, ha condotto sino al livello di integrazione dell'odierna Unione europea, come risultante dalle modifiche da ultimo introdotte con il Trattato di Lisbona del 2007¹⁸.

Oggi, dunque, non è possibile affrontare in modo soddisfacente qualsivoglia profilo del diritto del commercio internazionale senza tenere in considerazione la concorrenza di fenomeni normativi scaturenti da almeno tre distinti livelli di fonti di produzione delle norme. Il commercio internazionale, infatti – ed il commercio *intra* UE non fa eccezione – è interessato sia dal diritto *globale*, sia dal diritto *regionale* europeo, sia dal diritto *locale* dei singoli Stati membri dell'Unione¹⁹.

Ne consegue che la piena comprensione del fenomeno della disciplina del commercio internazionale *intra* UE richiede, preliminarmente, la definizione del quadro istituzionale entro il quale si collocano e concorrono le diverse fonti di produzione normativa. Compiuta tale ricognizione, seguirà la descrizione dell'impianto internazionale-privatistico di selezione delle norme applicabili. Tali preliminari considerazioni consentiranno, poi, di affrontare il tema del ruolo dell'autonomia privata nel commercio internazionale *intra* UE e, rispetto a questo, del ruolo, limitativo o suppletivo, svolto rispettivamente dal diritto dell'Unione europea, dal diritto degli Stati membri e dal diritto creato attraverso fonti globali.

¹³ Per fare un esempio tra i molti possibili, si pensi al grado di uniformazione raggiunta a livello globale, con riferimento al contratto di compravendita internazionale di beni mobili, attraverso la Convenzione delle Nazioni Unite del 1980 sulla vendita internazionale di beni mobili, oggi in vigore in 85 Paesi, che tuttavia non ha impedito che si susseguissero progetti per l'uniformazione regionale del diritto della vendita. Cfr. U. MAGNUS (a cura di), *CISG vs. Regional Sales Law Unification. With a Focus on the New Common European Sales Law*, Munich, 2012.

¹⁴ Cfr. S. RIVERA, *Latin American Unification: A History of Political and Economic Integration Efforts*, Jefferson, NC, 2014.

¹⁵ Sulla *Organization of Harmonization of Business Law in Africa* (OHADA) e sulla *Economic and Monetary Community of Central African States* (CEMAC) si veda, da ultimo, E.T. GATSI, *L'espace judiciaire commun CEMAC en matière civile et commerciale*, in *Unif. L. Rev.*, 2016, p. 101.

¹⁶ Cfr. P. MALANCZUK, *Association of Southeast Asian Nations (ASEAN)*, in R. WOLFRUM (dir.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford, 2008.

¹⁷ E, prima ancora, con l'istituzione ad opera del Trattato di Parigi del 18 aprile 1951 della Comunità europea per il Carbone e l'Acciaio (CECA).

¹⁸ E al netto di quello che sarà l'esito – oggi ancora non prevedibile – del voto del Regno Unito sulla c.d. "Brexit", destinato a portare all'uscita della Gran Bretagna dall'Unione.

¹⁹ Si veda, in questo senso, la lucida ricostruzione del rapporto tra le fonti operata da J. BASEDOW, *Worldwide Harmonization of Private Law and Regional Economic Integration. General Report*, in *Unif. L. Rev.*, 2003, p. 31 ss.

2. Il quadro istituzionale

Al fine di comprendere in che misura il diritto dell'Unione europea si occupa del commercio internazionale *intra* UE e sino a che limite l'intervento del legislatore europeo è consentito a discapito dell'autonomia normativa degli Stati membri (comprensiva, in questo senso, anche dell'autonomia dei singoli Stati di concludere trattati internazionali bilaterali o multilaterali in ambito commerciale), è necessario preliminarmente descrivere il quadro istituzionale relativo alla ripartizione del potere normativo e regolamentare nell'ambito dell'Unione europea, che si caratterizza per un'articolata allocazione delle rispettive competenze tra l'Unione ed i singoli Stati membri.

Il principio guida adottato a tal fine è il "principio di sussidiarietà"²⁰, oggi declinato, tra l'altro, nel principio espresso dall'art. 4 del Trattato sull'Unione europea ("TUE"), il cui primo comma sancisce che «*qualsiasi competenza non attribuita all'Unione nei trattati appartiene agli Stati membri*». Tale norma svolge la fondamentale funzione di distribuire le competenze normative tra l'Unione e gli Stati membri²¹.

Il principio di sussidiarietà, tuttavia, può essere declinato secondo due distinte prospettive, con implicazioni parzialmente diverse²². Da un lato, infatti, esso stabilisce un criterio rigido di ripartizione delle competenze tra l'Unione europea, in tal senso intesa come un sistema quasi-federale, e gli Stati membri; dall'altro lato, il principio di sussidiarietà offre uno strumento dinamico, da utilizzare come criterio di allocazione delle competenze nell'ambito di un sistema di condivisione dei ruoli tra legislatore federale e singoli Stati²³.

La prima delle prospettive richiamate con riguardo alla nozione di sussidiarietà viene valorizzata attraverso il collegamento funzionale con l'ulteriore "principio di attribuzione", affermato dall'art. 5, 2° comma, del TUE. In virtù del principio di attribuzione – chiarisce il Trattato – «*l'Unione agisce esclusivamente nei limiti delle competenze che le sono attribuite dagli Stati membri nei trattati per realizzare gli obiettivi da questi stabiliti. Qualsiasi competenza non attribuita all'Unione nei trattati appartiene agli Stati membri*». Nella logica di un sistema quasi-federale, dunque, tale nozione di sussidiarietà (collegata al principio di attribuzione) fonda una presunzione di prevalenza delle fonti normative decentrate²⁴, di modo che la funzione normativa

²⁰ Il principio di sussidiarietà, introdotto nel diritto europeo sin dal Trattato di Maastricht, risulta fortemente rafforzato all'esito del Trattato di Lisbona, che ha instaurato diversi meccanismi di controllo per verificarne la corretta applicazione. Cfr. il *Protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità*, allegato al Trattato di Lisbona, Doc. 2010/C 83/1.

²¹ Cfr. G. TESAURO, *Sovranità degli Stati e integrazione comunitaria*, in *Dir. un. eur.*, 2006, p. 239 ss.

²² Per un'analisi del principio nell'ambito del Trattato di Lisbona, v. anche R. SCHÜTZE, *Subsidiarity after Lisbon: reinforcing the safeguards of federalism?*, in *Cambridge L. J.*, 2009, p. 525 ss.

²³ Per un approfondimento del tema, si veda A. MILLS, *Federalism in the European Union and the United States: Subsidiarity, Private Law, and the Conflict of Laws*, in *32 Univ. Pa. J. Int'l L.*, 2010, p. 369.

²⁴ Fondata principalmente sulla valorizzazione dei benefici dell'autonomia, dei meccanismi di con-

risulta attribuita agli Stati membri, a meno che non sussista una specifica giustificazione perché l'iniziativa sia assunta al livello dell'Unione.

Osservato da una diversa prospettiva, tuttavia, il principio di sussidiarietà si presenta come un criterio dinamico di ripartizione delle competenze, soprattutto con riferimento all'ampio ambito delle competenze condivise tra l'Unione e i singoli Stati membri. In questa prospettiva il principio di sussidiarietà e, più in generale, il diritto dell'Unione europea, implicano il riconoscimento della supremazia del diritto dell'Unione rispetto al diritto degli Stati membri²⁵, ma nel contempo offrono lo strumento per delimitare l'ambito della competenza e dell'intervento normativo dell'Unione europea rispetto agli Stati membri, precisando che l'intervento non deve eccedere ciò che è strettamente necessario al fine di raggiungere gli obiettivi posti dai trattati²⁶.

A questo fine, il principio di sussidiarietà si lega indissolubilmente all'ulteriore "principio di proporzionalità" e non a caso l'art. 5 del TUE li enuncia l'uno in stretta successione rispetto all'altro, ai commi 3° e 4° del già citato art. 5²⁷.

Ai sensi del 3° comma, infatti, «*in virtù del principio di sussidiarietà, nei settori che non sono di sua competenza esclusiva l'Unione interviene soltanto se e in quanto gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere conseguiti in misura sufficiente dagli Stati membri, né a livello centrale né a livello regionale e locale, ma possono, a motivo della portata o degli effetti dell'azione in questione, essere conseguiti meglio a livello di unione*».

Ai sensi del successivo 4° comma dell'art. 5, «*in virtù del principio di proporzionalità, il contenuto e la forma dell'azione dell'unione si limitano a quanto necessario per il conseguimento degli obiettivi dei trattati*».

Orbene, l'applicazione dei principi ora richiamati all'ambito dei rapporti privati di natura civile e commerciale conduce ad alcune considerazioni di grande rilevanza²⁸. In primo luogo, infatti, esiste un ambito di competenza normativa riservata all'Unione, identificata all'art. 3 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea ("TFUE"), che include i settori (a) dell'unione doganale, (b) delle regole della

trollo, dell'efficacia organizzativa e delle diversità locali in tema di preferenze e identità: cfr. G. BERGMANN, *Taking Subsidiarity Seriously: Federalism in the European Community and the United States*, in 94 *Columbia L. Rev.*, 1994, p. 340.

²⁵ Cfr. Corte di giustizia, 9 marzo 1978, C-106/77, *Amministrazione delle Finanze dello Stato c. Simmenthal S.p.A.*; nonché Corte di giustizia, 15 luglio 1964, C-6/64, *Flaminio Costa c. ENEL*.

²⁶ S. VAN PRECHAL-B. ROERMUND, *The Coherence of EU Law: The Search for Unity in Divergent Concepts*, Oxford, 2008.

²⁷ Il principio di proporzionalità è stato riconosciuto come uno di principi generali del diritto dell'Unione europea (e, prima, del diritto comunitario) sin dall'origine. In particolare, la Corte di giustizia ha avuto modo di sottolineare il ruolo e la rilevanza del principio con riferimento alla CECA a partire dalla decisione resa nel caso C-8/55, *Federation Charbonniere de Belgique c. High Authority*, in *Raccolta* 1954, 245.

²⁸ Per un approfondimento del tema, si veda, in particolare, G. DE BÚRCA, *Subsidiarity and Proportionality as General Principles of Law*, in J. NERGELIUS – U. BERNITZ (eds.), *The General Principles of EC Law*, The Hague, 2000.

concorrenza necessarie al funzionamento del mercato interno, (c) della politica monetaria (limitatamente ai Paesi che hanno adottato l'euro quale moneta comune), (d) della conservazione delle risorse biologiche del mare e (e) della politica commerciale comune. Si tratta di ambiti di indubbia rilevanza per il commercio in generale, ma con la precisazione che l'attribuzione di competenza esclusiva è limitata ai profili pubblicistici di regolamentazione e non si estende alla regolamentazione dei rapporti di diritto privato.

Per profili privatistici dei rapporti commerciali, così come più in generale per i rapporti di natura privatistica, non sussiste una competenza esclusiva dell'Unione, ma, ai sensi dell'art. 4 del TFUE, l'Unione ha una competenza concorrente con quella degli Stati membri tutte le volte in cui si ricada in uno dei numerosi settori elencati al 2° comma del medesimo art. 4²⁹. In tale situazione la definizione dell'ambito di possibile intervento del legislatore europeo va compiuta sulla base dei già ricordati principi di sussidiarietà e proporzionalità, di modo che, in questo senso, la prospettiva si rovescia e la funzione di tali principi è principalmente quella di limitare l'ambito di intervento del legislatore europeo a tutela delle competenze nazionali³⁰.

Laddove sussista la competenza del legislatore dell'Unione, è noto che la produzione normativa europea avviene attraverso fonti diverse, tra le quali, oltre alla fonte primaria costituita dai trattati, rilevano in questa sede, in particolare, i regolamenti e le direttive. Sono gli stessi trattati che pongono alcune delle regole di natura pubblicistica più rilevanti in materia di commercio, ivi comprese, in particolare, quelle relative alla tutela della concorrenza nel mercato unico³¹, nonché quelle che identificano e proteggono le libertà fondamentali di libera circolazione di merci, persone, servizi e capitali, "nonché" la libertà di stabilimento³².

Le libertà fondamentali assumono un ruolo determinante in un sistema quasi-fe-

²⁹ L'art. 4, 2° comma, precisa che «L'Unione ha una competenza concorrente con quella degli Stati membri nei principali seguenti settori: // a) mercato interno, // b) politica sociale, per quanto riguarda gli aspetti definiti nel presente Trattato, // c) coesione economica, sociale e territoriale, // d) agricoltura e pesca, tranne la conservazione delle risorse biologiche del mare, // e) ambiente, // f) protezione dei consumatori, // g) trasporti, // h) reti transeuropee, // i) energia, // j) spazio di libertà, sicurezza e giustizia, // k) problemi comuni di sicurezza in materia di sanità pubblica, per quanto riguarda gli aspetti definiti nel presente Trattato».

³⁰ È opportuno menzionare, a questo riguardo, la nota sentenza resa dalla Corte di giustizia nel caso c.d. "Tobacco advertising", Corte di giustizia, 5 ottobre 2000, C-376/98, *Repubblica federale di Germania c. Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea*, in cui il Governo tedesco risultò vittorioso in un procedimento per l'annullamento di una direttiva comunitaria in materia di pubblicità e sponsorizzazione di prodotti del tabacco.

³¹ Per un approfondimento, oltre a G.A. BENACCHIO, *op. cit.*, n. 6, p. 453 ss., si vedano, *ex multis*, A. FRIGNANI-S. BARIATTI, *Disciplina della concorrenza nella UE*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. GALGANO, vol. LXIV, Padova, 2013; F. GHEZZI-G. OLIVIERI, *Diritto antitrust*, Torino, 2013; A. PAPPALARDO, *Il diritto comunitario della concorrenza. Profili sostanziali*, Torino, 2007; C. OSTI, *Diritto della concorrenza*, Bologna, 2007.

³² Per un ampio approfondimento, si veda A. ARENA-F. BESTAGNO-G. ROSSOLILLO, *Mercato unico e libertà di circolazione nell'Unione europea*, Torino, 2016.

derale fondato su un modello di federalismo competitivo. In un sistema siffatto gli Stati membri mantengono la competenza normativa con riguardo a materie diverse e rilevanti, quali gli standard dei prodotti, l'abilitazione all'esercizio di attività professionali, il diritto del lavoro e altre, nella misura in cui le regole nazionali non interferiscano con i principi fondamentali posti a livello (quasi-)federale dall'Unione. Il più rilevante di tali principi consiste nel principio di "non-discriminazione"³³, oggi declinato ed applicato soprattutto sulla base del c.d. "market access" test³⁴.

Le regole dell'Unione europea, dunque, danno vita ad un modello di allocazione normativa prevalentemente decentrato, in cui la competenza regolamentare è lasciata agli Stati membri, purché questi rispettino i limiti posti dalle regole uniformi dell'Unione europea a tutela del mercato unico. L'effetto delle regole dell'Unione sulla libera circolazione di merci, persone, servizi e capitali, dunque, è quello di creare un meccanismo di federalismo competitivo, in cui gli individui e le imprese che non sono soddisfatti dalle regole di uno Stato membro sono libere di spostarsi in un altro Stato membro che abbia un regime giuridico più soddisfacente³⁵.

Anche la legislazione secondaria dell'Unione europea, quindi, si conforma principalmente al modello del federalismo competitivo, di modo che la funzione della legislazione europea è quella di tutelare valori fondamentali, prevenendo una "race to the bottom" nei rapporti tra i diritti dei diversi Stati membri, ferma restando, per altro verso, la generale prerogativa dei singoli Stati membri di definire i valori fondamentali tutelati come ordine pubblico interno e internazionale. In altri termini, un modello centralizzato di produzione normativa da parte del legislatore europeo (quasi-)federale si sostituisce al modello decentrato in presenza di "fallimenti del mercato" delle regole create secondo il modello competitivo, secondo i principi di sussidiarietà e proporzionalità posti dall'art. 5 TUE.

³³ Cfr. la decisione della Corte di giustizia, 20 febbraio 1979, C-12/78, *Rewe Centrale c. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein* ("Cassis de Dijon"), in *Raccolta* 1979, 649.

³⁴ In virtù di tale principio, ad esempio, nella decisione della Corte di giustizia, 30 novembre 1995, C-55/94, *Gebhard c. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, in *Raccolta* 1995, I-4195, la decisione della Corte in ordine all'ammissibilità dell'esercizio della professione forense in Italia da parte di un legale qualificato in altro Stato membro si fondò sull'affermazione della necessità di garantire la fondamentale libertà di stabilimento nell'ambito della Comunità. Nella successiva decisione della Corte di giustizia, 10 febbraio 2009, C-110/05, *Commission c. Repubblica italiana*, in *Raccolta* 2009, I-519, la Corte affermò espressamente il principio per cui qualsiasi misura che impedisca a prodotti originari di uno Stato membro l'accesso ad un altro Stato membro è contraria all'art. 34 TFUE.

³⁵ Il principio è stato chiarito, ad esempio nella decisione resa dalla Corte di giustizia nel caso *Centros*: Corte di giustizia, 9 marzo 1999, C-212/97, *Centros Ltd c. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*, in *Raccolta* 1999, 1459; ovvero, più recentemente, in materia di libertà di stabilimento dei prestatori di servizi legali, nel caso *Torresi*: Corte di giustizia, 17 luglio 2014, C-58/13 e C-59/13, *Angelo Alberto Torresi e Pierfrancesco Torresi c. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Macerata*, in *Raccolta* 2014, 2088.

3. Il quadro internazional-privatistico

Un mercato unico fondato sul modello di federalismo competitivo può funzionare efficacemente soltanto se gli utenti del “mercato delle regole” sono effettivamente in grado di scegliere tra le diverse offerte dei vari produttori (di regole) e se i meccanismi di risoluzione delle controversie offerti dagli ordinamenti nazionali sono in grado di essere posti in esecuzione anche negli altri ordinamenti giuridici³⁶. Tale considerazione dà conto dell'importanza del quadro internazional-privatistico nell'ambito dell'Unione, la cui fondamentale funzione è quella di garantire la libera circolazione delle decisioni³⁷, di allocare secondo regole condivise la competenza giurisdizionale e di individuare il diritto applicabile, assicurando alle parti di rapporti di natura civile e commerciale la più ampia possibilità di scegliere sia il giudice competente che il diritto applicabile³⁸: in altre parole, di scegliere l'ordinamento al quale sottoporre le proprie transazioni commerciali.

Con particolare riguardo all'individuazione del diritto applicabile, occorre osservare che essa assolve a due rilevanti funzioni, tra loro strettamente connesse, ma distinte. Da un lato, l'individuazione del diritto applicabile consente agli operatori economici di definire lo spazio di operatività della loro libertà contrattuale, di modo che, identificata la legge applicabile e le norme imperative da quella previste, essi potranno conoscere i limiti entro i quali sono liberi di strutturare la loro operazione commerciale³⁹. Dall'altro lato, l'individuazione del diritto applicabile consente agli operatori di identificare le regole suppletive (o di *default*) che risultano applicabili in assenza di regole contrattuali (*tailor-made*) condivise tra le parti⁴⁰.

³⁶ Per un'analisi delle molteplici implicazioni di tale affermazione si vedano i numerosi contributi raccolti in H. EIDENMÜLLER (a cura di), *Regulatory Competition in Contract Law and Dispute Resolution*, Munich, 2013.

³⁷ Tale principio è oggi solennemente affermato all'art. 67, 4° comma, TFUE, ai sensi del quale «[l]’Unione facilita l’accesso alla giustizia, in particolare attraverso il principio di riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie ed extragiudiziali in materia civile», a cui fa eco l'art. 81 TFUE, che prevede che «[l]’Unione sviluppa una cooperazione giudiziaria nelle materie civili con implicazioni transnazionali. Tale cooperazione può includere l’adozione di misure intese a ravvicinare le disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri. [...]». Sul processo di formazione del diritto internazionale privato e processuale europeo, si veda A. BONOMI, *Il diritto internazionale privato dell'Unione europea: considerazioni generali*, in A. BONOMI (a cura di), *Diritto internazionale privato e cooperazione giudiziaria in materia civile, Trattato di diritto privato dell'Unione europea*, diretto da G. AJANI e G.A. BENACCHIO, Torino, 2009, p. 1 ss.

³⁸ In termini generali, si veda S.M. CARBONE (con la collaborazione di C. AMALFITANO e C. TUO), *Lo spazio giudiziario europeo in materia civile e commerciale. Da Bruxelles I al regolamento CE n. 805/2004*, 5ª ed., Torino, 2006.

³⁹ Cfr. P. NYGH, *Autonomy in International Contracts*, Oxford, 1999, p. 46 ss.

⁴⁰ Cfr. G. RÜHL, *Party Autonomy in the Private International Law of Contracts. Transatlantic Convergence and Economic Efficiency*, in E. GOTTSCHALK-R. MICHAELS-G. RÜHL-J. VON HEIN (a cura di), *Conflict of Laws in a Globalized World*, Cambridge, 2007, p. 153.

È noto, a questo riguardo, che uno dei maggiori problemi del diritto del commercio internazionale scaturisce dalla difficoltà della individuazione *ex ante* del diritto applicabile in ragione della varietà di criteri di scelta della legge adottati nei diversi ordinamenti. Il diritto applicabile, infatti, è individuato sulla base delle norme di diritto internazionale privato e in ciascun ordinamento le Corti nazionali chiamate a valutare rapporti contrattuali transnazionali sono tenute a fare applicazione del proprio diritto internazionale privato interno⁴¹. Ne consegue che la diversità delle regole nazionali di diritto internazionale privato si può tradurre nell'applicazione di diritti nazionali diversi da parte di Corti diverse (nell'ipotesi non infrequente in cui le norme di diritto internazionale privato divergono, portando all'applicazione di diversi diritti nazionali⁴²), di modo che la concorrenza di competenza giurisdizionale di più Corti diverse⁴³ (ciascuna chiamata ad applicare il proprio diritto internazionale privato interno) si traduce nella concreta possibilità di soluzioni tra loro confliggenti in Corti diverse e, dunque, in una grave incertezza in ordine alla regola sostanziale applicabile in conseguenza della possibile diversità di tale regola in ordinamenti diversi⁴⁴.

La situazione appena descritta contrasta in modo evidente con l'esigenza di un mercato interno europeo ben funzionante e con costi transattivi ridotti, così come contrasta con l'esigenza di attuare il mercato interno europeo anche qualsiasi ostacolo alla libera circolazione delle decisioni in materia civile e commerciale all'interno dello spazio giudiziario europeo. L'esigenza, dunque, di una compiuta realizzazione del mercato unico ha richiesto un significativo intervento da parte del legislatore dell'Unione sul piano delle regole in materia di giurisdizione e riconoscimento ed esecuzione delle decisioni, nonché in materia di diritto applicabile⁴⁵.

Non a caso gli Stati membri della (allora) Comunità economica europea sin dagli anni Sessanta sentirono l'esigenza di coordinare i criteri di determinazione della competenza giurisdizionale in materia civile e commerciale e di consentire il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni straniere secondo meccanismi rapidi e sem-

⁴¹ In questo senso, ad esempio, F. FERRARI, *What sources of law for contracts for the international sale of goods? Why one has to look beyond the CISG*, in *Int'l Rev. L. & Econ.* 314 (2005).

⁴² Secondo il principio generale per cui ciascuna Corte nazionale può, in base al proprio diritto internazionale privato interno, essere chiamata ad applicare un diritto straniero: cfr. S. GEEROMS, *Foreign Law in Civil Litigation. A Comparative and Functional Analysis*, Oxford, 2004.

⁴³ Sul tema dei conflitti transnazionali di giurisdizione, si veda, ad esempio, M. LUPOI, *Conflitti transnazionali di giurisdizioni*, vol. I e II, Milano, 2002.

⁴⁴ In altre parole, il meccanismo di identificazione del diritto sostanziale applicabile è sempre basato sul triplice passaggio per cui occorre identificare il giudice giurisdizionalmente competente in quanto tale giudice fa comunque applicazione delle proprie norme di diritto internazionale privato; così individuate le norme di diritto internazionale privato, è possibile identificare il diritto nazionale applicabile e nell'ambito di tale diritto nazionale si possono trovare le regole sia imperative, sia suppletive applicabili al rapporto. Se, tuttavia, vi è incertezza in ordine al punto di partenza dell'analisi (ossia il foro competente), è chiaro che tale incertezza si riflette "a cascata" sino al contenuto della regola sostanziale.

⁴⁵ Per un'analisi fondata sulla individuazione di valori comuni europei in questo ambito, si veda S. MARINAI, *I valori comuni nel diritto internazionale privato e processuale comunitario*, Torino, 2007, *passim*.

plici. Si pervenne, così, all'adozione della Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968 concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile commerciale⁴⁶, la cui forma giuridica (convenzione) è giustificata dal fatto che a quel tempo l'uniformazione delle regole in materia di giurisdizione era certamente esclusa dall'ambito delle competenze della Comunità. Successivamente, dopo che il Trattato di Amsterdam attribuì alla Comunità competenze connesse con la creazione di un'area di libertà, sicurezza e giustizia, la Convenzione di Bruxelles venne sostituita nel 2000 da un regolamento (c.d. Regolamento *Bruxelles I*)⁴⁷, oggi a sua volta sostituito dal Regolamento (UE) n. 1215/2012 (c.d. Regolamento *Bruxelles I-bis*)⁴⁸.

Come già ricordato, il Regolamento Bruxelles *I-bis*, oltre a consentire un riconoscimento pressoché automatico delle decisioni all'interno dello spazio giudiziario europeo, provvede a fornire criteri di determinazione della giurisdizione delle Corti nazionali nel caso di rapporti transnazionali intra-europei. Con ciò, il regolamento raggiunge lo scopo, da un lato, di prevenire il contrasto di giudicati e, dall'altro, di introdurre criteri uniformi nell'Unione europea per la determinazione del giudice competente. Il primo obiettivo è raggiunto attraverso l'introduzione di un criterio di priorità temporale, in virtù del quale quand'anche più giudici fossero giurisdizionalmente competenti in via concorrente, al giudice adito per primo è dato di proseguire nella valutazione della vertenza, mentre ogni diverso giudice nazionale è tenuto sospendere il giudizio e, ove il primo giudice assuma una decisione, a declinare la propria giurisdizione⁴⁹. Il secondo obiettivo, relativo all'uniformazione delle regole di giurisdizione, si fonda, in assenza di una scelta del foro operata dalle parti, sulla regola generale della competenza del foro del convenuto, alla quale si sommano i criteri di giurisdizione speciale e concorrente previsti dagli artt. 7, 8 e 9.

Il problema posto dalla regola giurisdizionale europea è che essa è concepita secondo una condivisibile logica processuale, ma non invece quale regola con rilevanti

⁴⁶ Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968 *concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale*, in GUCE C 27 del 26 gennaio 1998 p. 1 nel testo modificato a seguito delle convenzioni di adesione di nuovi Stati membri.

⁴⁷ Regolamento (CE) n. 44/2001 del Consiglio del 22 dicembre 2000 *concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale*, in GUCE L 12 del 16 gennaio 2001 p. 1; per un commento al Regolamento, si veda F. SALERNO, *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel Regolamento (CE) n. 44/2001*, Padova, 2003.

⁴⁸ Regolamento (UE) n. 1215/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2012 *concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale*, in GUUE L 351 p. 1; per un commento al regime introdotto dal Regolamento, si vedano: U. MAGNUS-P. MANKOWSKI, *Brussels I Regulation*, 2^a ed., Munich, 2012; F. FERRARI-F. RAGNO, *Cross-Border Litigation in Europe: the Brussels I Recast Regulation as a panacea?*, Padova, 2015.

⁴⁹ Per maggiori approfondimenti, si pure con riferimento al Reg. (CE) n. 44/2001 (parzialmente modificato sul punto dal Reg. n. 1215/2012) si veda G.P. ROMANO, *Litispendenza e connessione di cause nel Regolamento n. 44*, in A. BONOMI (a cura di), *Diritto internazionale privato e cooperazione giudiziaria in materia civile, Trattato di diritto privato dell'Unione europea*, diretto da G. AJANI e G.A. BENACCHIO, Torino, 2009, p. 103 ss.

implicazioni sul piano delle regole di diritto internazionale privato rilevanti e, dunque, sul diritto sostanziale applicabile⁵⁰. L'individuazione del giudice competente, infatti, è funzionale all'individuazione delle regole di diritto internazionale privato e, attraverso di queste, delle regole sostanziali applicabili al rapporto, di modo che l'esigenza di conoscere univocamente il giudice competente precede temporalmente il momento di instaurazione del giudizio. È pur vero che, ai sensi dell'art. 25 del regolamento le parti possono scegliere il foro competente⁵¹, ma è anche vero che in molte occasioni tale scelta non ha luogo e che anche in presenza di una scelta può talora permanere il dubbio in merito alla sua efficacia.

Opportunamente, dunque, il legislatore dell'Unione europea non si è fermato all'uniformazione delle regole sulla giurisdizione, ma ha proceduto anche ad uniformare le regole di diritto internazionale privato attraverso le quali è possibile identificare il diritto applicabile ai singoli rapporti in materia civile e commerciale. In questo modo l'identificazione del diritto nazionale applicabile e, dunque, delle regole sostanziali applicabili in ambito europeo porta al medesimo risultato⁵² indipendentemente da quale giudice nazionale europeo venga adito, posto che ciascuno è chiamato ad applicare i medesimi criteri di soluzione del conflitto di leggi. Rileva in questo contesto la Convenzione di Roma del 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali⁵³, oggi sostituita dal Regolamento (CE) n. 593/2008 (c.d. Regolamento *Roma I*)⁵⁴, il quale afferma il principio di un'ampia autonomia delle parti nella determinazione della legge nazionale applicabile al contratto, prevedendo che in assenza di scelta si ricorra alla legge del Paese dove è domiciliata la parte che deve effettuare la prestazione caratteristica e identificando specificamente, per le principali tipologie contrattuali, la legge applicabile in ossequio al criterio predetto⁵⁵.

È fondamentale osservare che il sistema europeo di diritto internazionale privato

⁵⁰ Per un simile rilievo, cfr. R. BRAND, *Transaction Planning Using Rules on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments*, Pocketbooks of the Hague Academy of International Law, 2014, p. 25.

⁵¹ Sulla facoltà di scelta del foro e sulle sue implicazioni si veda T. HARTLEY, *Choice-of-Court Agreements under the European and International Instruments*, Oxford, 2013.

⁵² Ciò è vero, oggi, sia pure se con alcune eccezioni dovute all'operatività della previsione contenuta nell'art. 25 del Regolamento "Roma I", che fa salva, a certe condizioni, l'applicabilità di convenzioni internazionali preesistenti, quale la Convenzione dell'Aja del 1955 sul diritto applicabile alla vendita internazionale.

⁵³ Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 sulla *legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, versione consolidata pubblicata in GUUE C 334 del 30 novembre 2005 p. 1.

⁵⁴ Regolamento (EC) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla *legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I)*, in GUUE L 177 p. 6.

⁵⁵ Per un commento al Regolamento Roma I, si vedano, *ex multis*, i contributi raccolti in F. FERRARI-S. LEIBLE (a cura di), *Roma I Regulation. The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, Munich, 2009, nonché B. UBERTAZZI, *La legge applicabile alle obbligazioni contrattuali nel Regolamento "Roma I"*, in A. BONOMI (a cura di), *Diritto internazionale privato e cooperazione giudiziaria in materia civile, Trattato di diritto privato dell'Unione europea*, diretto da G. AJANI e G.A. BENACCHIO, Torino, 2009, p. 345.

applicabile ai rapporti commerciali si fonda, in primo luogo, sulla più ampia libertà attribuita alle parti di scegliere la legge applicabile. Si tratta non soltanto di un principio giuridico ampiamente condiviso a livello globale da gran parte degli ordinamenti giuridici, ma anche di un principio imprescindibile per una efficace implementazione di un sistema fondato sul modello di federalismo competitivo, posto che tale competizione si fonda necessariamente sulla capacità delle parti di scegliere il regime giuridico maggiormente appropriato a disciplinare l'operazione economica nella quale sono coinvolti.

4. *L'autonomia privata come fonte principale della disciplina del commercio internazionale intra UE*

Nel quadro che si è delineato, la principale fonte di disciplina del commercio internazionale *intra* UE va certamente rinvenuta nell'autonomia privata delle parti⁵⁶. Ciò non può sorprendere ove si consideri il ruolo imprescindibile del contratto nei rapporti commerciali⁵⁷. Tuttavia, in questo contesto l'ambito di operatività dell'autonomia privata non si riduce esclusivamente alla libertà contrattuale, ma si estende anche (ed, anzi, in certo modo attiene soprattutto) alla facoltà riconosciuta alle parti di scegliere il diritto applicabile ai loro rapporti commerciali, di scegliere il giudice nazionale chiamato a dirimere le eventuali controversie, ovvero di sottrarre tali controversie alla giurisdizione di giudici nazionali per demandarne la decisione in arbitrato.

È certo che l'autonomia contrattuale costituisce un principio indiscusso e fondamentale nell'ambito dell'Unione europea e di tutti gli Stati membri⁵⁸. In virtù di tale principio, entro i limiti per così dire esterni posti dalle norme imperative applicabili, le parti sono libere di scegliere se assumere o meno un vincolo contrattuale, di selezionare quale tipologia di contratto concludere, ovvero di creare *ex novo* un contratto innominato, nonché di definire le regole applicabili al contratto, scrivendole direttamente nel documento contrattuale, ovvero incorporando *per relationem* condizioni generali di contratto, modelli di contratto preesistenti, raccolte di regole, o singole clausole contrattuali⁵⁹.

L'autonomia delle parti, sotto diverso profilo, può esplicarsi nella scelta del diritto

⁵⁶ In questo senso, tra i molti, oltre a P. NYGH, *supra* n. 39, *passim*, si vedano J.M. JACQUET-PH. DELEBECQUE-S. CORNELOUP, *Droit du commerce international*, Paris, 2007, p. 17.

⁵⁷ Sia consentito rinviare a A. FRIGNANI-M. TORSELLO, *supra* nt. 1, *passim*, ma in particolare p. 3 ss. e 101 ss.

⁵⁸ Cfr. G. SICCHIERO (a cura di), *Autonomia contrattuale e diritto privato europeo*, Padova, 2005.

⁵⁹ Cfr. G. ALPA-M. ANDENAS, *Fondamenti del diritto privato europeo*, Milano, 2005, p. 358 ss.; A. ORESTANO, *L'autonomia privata nella preparazione del contratto: alcune ipotesi*, in P. CENDON (a cura di), *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale*, I. *Questioni generali*, *Il diritto privato nella giurisprudenza*, Torino, 2004, p. 61 ss.