Cammino Diritto Rivista giuridica telematica · Anno IX
GIUR-09/A · DIRITTO INTERNAZIONALE ISSN 2421-7123

CONTRIBUTO DIVULGATIVO

Lo sviluppo della Restgultigkeitstheorie: l´approccio tedesco alla battle of forms

The development of Restgultigkeitstheorie: the German approach to the battle of forms

Marco Taffarello

Praticante Avvocato · Università degli Studi di Torino

IDENTIFICATIVO
Contributo n. 8890
ISSN 2421-7123

LICENZA
Accesso aperto · gli autori conservano i propri diritti

STORIA EDITORIALE
Pubblicato il 16 novembre 2022
Contributo divulgativo

COME CITARE
MARCO TAFFARELLO, *Lo sviluppo della Restgultigkeitstheorie: l´approccio tedesco alla battle of forms*, in Riv. Cammino Diritto, ISSN 2421-7123.

ABSTRACT

Il crescente utilizzo della contrattazione standardizzata nell´ambito delle vendite internazionali ha dato vita al fenomeno della battle of forms, ossia la circostanza in cui entrambe le parti tentano di includere nel contratto proprie condizioni generali uniformi. In questi casi, è molto facile, quasi inevitabile, che tali termini si contraddicano a vicenda creando tra loro un contrasto. Se può ormai darsi per pacifica la validità del contratto, diverse soluzioni sono state per i riflessi che tale contrasto comporta sulla sua composizione. Una tra le più apprezzate teorie è la soluzione sviluppatasi in ambiente dottrinale e giurisprudenziale tedesco, comunemente detta knock out.

The increasing use of standardized contracting in international sales (but the same is true for domestic sales) has given rise to the phenomenon of the battle of forms, i.e., the circumstance in which not only one but both parties attempt to include their own uniform general terms and conditions in the contract. In such cases, it is very easy, almost inevitable, for these terms to contradict each other, creating a conflict between them. While the validity of the contract can now be taken for granted, different solutions have been put forward for the quantum of the agreement, i.e., for the repercussions of such a contrast onThe growing use of standardized bargaining in international sales has given rise to the phenomenon of the battle of forms, ie the circumstance in which both parties try

SOMMARIO

1. Il fenomeno della battle of forms; 2. La Restgultigkeitstheorie; 3. Preistoria e sviluppo della Restgultigkeitstheorie; 4. L'ultimo sviluppo della Restgultigkeitstheorie: una recente decisione della Suprema Corte tedesca.

1. Il fenomeno della battle of forms

La situazione “classica” del contratto per adesione si caratterizza per un’asimmetria di potere tra le parti: la parte forte predispone ed include nel contratto le proprie condizioni generali, mentre la parte debole non può far altro che aderirvi *in toto* o rinunciare alla stipulazione dell’accordo. Tuttavia, non è da escludersi una situazione nella quale le parti godono di un certo equilibrio di potere sul piano sostanziale (e quindi il divario tra contraente forte e contraente debole si attenua notevolmente). Si assiste in questo caso ad uno scenario caratterizzato dalla predisposizione e tentata inclusione bilaterale di termini *standard*, dove non una sola ma entrambe le parti si avvalgono di condizioni generali uniformi ai fini della stipulazione del contratto. Tuttavia, è molto facile – quasi inevitabile - che queste si contraddicano a vicenda: di qui l’immagine della *battle of forms* (o, in italiano, battaglia dei formulari)[1].

Nonostante i termini *standard* siano in contrasto tra loro, e quindi benché non si sia formato alcun consenso integrale sull’uno o sull’altro testo delle condizioni generali, le parti spesso procedono all’esecuzione materiale del contratto. Alla luce del principio della *mirror image rule* che impernia la maggior parte degli ordinamenti nazionali, e che presuppone una perfetta corrispondenza tra offerta ed accettazione, ci si è interrogati se la nascita di questo conflitto impedisca la conclusione del contratto e, nel caso di risposta negativa, quali riflessi abbia sulla composizione dell’accordo[2].

Dottrina e giurisprudenza maggioritaria a livello internazionale hanno adottato una soluzione comune in relazione all'*an* della questione, ritenendo che l’esecuzione materiale del contratto sia una chiara dimostrazione della volontà delle parti di voler stipulare un accordo vincolante nonostante vi sia una contraddizione tra i rispettivi formulari. Per quanto riguarda invece il *quomodo,* ossia la misura in cui i rispettivi formulari sono entrati a comporre l'accordo, c'è attualmente disaccordo tra studiosi, così come non esiste uniformità di pensiero tra i giudici dei diversi ordinamenti nazionali. Le stesse legislazioni nazionali nella maggior parte dei casi sono si sono dimostrate incapaci di risolvere il problema.

2. La Restgultigkeitstheorie

Una soluzione al problema della *battle of forms* è quella che si è andata sviluppando in ambito dottrinale e giurisprudenziale tedesco, e che prende il nome di *Restgultigkeitstheorie* (o, in inglese, *knock out rule*).

Questa teoria prevede che entrambi i *set* di termini *standard* entrino a far parte del regolamento contrattuale, cosicché questo risulterà composto dalle clausole di entrambe le parti. I termini che risulteranno tra loro contraddittori andranno però incontro ad esclusione, sono cioè destinati ad espellersi a vicenda (*knocked out*), in modo che solo i termini concordi, o comunque non incompatibili, restino a comporre il contenuto contrattuale.

Questa soluzione segue la *ratio* secondo cui le parti, benché non siano riuscite a raggiungere un accordo sugli elementi *standard*, e quindi benché risulti un conflitto tra le relative condizioni generali, hanno comunque dimostrato, tramite l'esecuzione della prestazione, la volontà di portare a conclusione il contratto. Raggiunto l’accordo sugli elementi essenziali del negozio, le parti non avrebbero subordinato la

1. *E. FERRANTE,* La vendita nell’unità del sistema ordinamentale, *Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2018, pp. 146 ss.*
2. *Cfr. U. MAGNUS,* Incorporation of Standard Terms, *in L.A. DIMATTEO, A. JANSSEN, U. MAGNUS e R. SCHULZE,* International sales law: contract: principles & practice, *Baden – Baden, Nomos, 2015, p. 265 § 92*

formazione di questo alla piena compatibilità dei rispettivi formulari[3]. Il contratto risulterà quindi concluso sulla base dei termini essenziali dell'accordo e dai soli termini *standard* che non siano tra loro in contraddizione, sulla presunzione che su questi le parti siano riuscite a trovare un'intesa.

Circa le clausole contrastanti, data la mancanza di un accordo, esse non potranno invece entrare a far parte del contratto. La lacuna aperta dalle clausole contraddittorie verrà però colmata, pena un vuoto di disciplina, ricorrendo al diritto suppletivo[4].

3. Preistoria e sviluppo della Restgultigkeitstheorie

Nel sistema giuridico tedesco, fino agli anni '70, grazie al principio di conformità tra proposta ed accettazione che permea anche questo ordinamento all'art. 150 c, 2 BGB, nonché sulla base dell'articolo 151 BGB che ammette la conclusione del contratto per comportamento concludente, era generalmente applicata la teoria della *last shot rule*. Lo sviluppo successivo della giurisprudenza ha però portato a creare e preferire la soluzione della *knock out rule***.** In una prima decisione della Corte Suprema Tedesca[5], i giudici sostennero che il contratto doveva ritenersi validamente concluso in quanto entrambi i contraenti avevano dimostrato, procedendo alla sua esecuzione materiale, che il loro dissenso sulle clausole *standard* non inficiava l'accordo raggiunto sugli elementi essenziali. Aggiunse inoltre che nessuno dei formulari delle parti avrebbe dovuto trovare applicazione nel contratto. Con questa decisione il *Bundesgerichtshof* aveva mosso un primo passo verso il superamento della *last shot rule*, senza tuttavia spingersi oltre, indicando come si sarebbe dovuto determinare il contenuto del contratto per quella parte relativa alle clausole contrastanti. Fu la Corte d'Appello di Colonia, in una sentenza del 1980[6], a fornire una precisazione su questo punto.

La Corte - oltre ad affermare la valida conclusione del contratto - si spinse fino a dettare le regole per determinare il contenuto contrattuale: questo doveva essere composto, per un verso, dai termini *standard* di entrambe le parti che fossero tra loro concordanti o comunque non in contraddizione e, per il resto, dalle norme dispositive di legge applicabili in materia. L'approccio della Corte d'Appello di Colonia fu infine condiviso e fatto proprio dalla Corte Suprema in una decisione del 1985[7]. Ciò permise alla *Restgultigkeitstheorie* di consolidarsi definitivamente all'interno dell'ordinamento tedesco.

Il fondamento che ha permesso al sistema tedesco di elaborare la teoria della *knock out rule* è rintracciabile nell'interpretazione innovativa degli articoli 154, c. 1 e 155 BGB. In breve, ove le parti siano a conoscenza del contrasto tra le rispettive condizioni, in virtù dell'articolo 154, comma 1 BGB, il contratto risulterà validamente concluso, se il dissenso verte su elementi secondari, ossia per i quali, per dichiarazione degli stessi contraenti, il consenso non doveva essere senz'altro raggiunto. Nel caso in cui il dissenso sia invece rimasto occulto nel corso delle trattative l'articolo 155 BGB considera valido il contrattato, ove risulti che le parti stesse ritengono concluso l'accordo e che lo avrebbero concluso anche in mancanza di una pattuizione sugli elementi che risultano controversi. Tanto nell'ipotesi di dissenso palese, quanto in quello in cui il contrasto tra le condizioni generali rimane occulto, le clausole contraddittorie escono dal contenuto contrattuale e sono sostituite, ove occorra, dalle norme di legge suppletive[8].

3. *E. FERRANTE*, La vendita nell'unità del sistema ordinamentale, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2018, *p. 160*
4. *Cfr: A.T. VON MEHREN*, The Battle of the Forms: A Comparative View, *American Journal of Comparative Law, vol. 38, n. 2, 1990, p. 277*
5. Bundesgerichtshof, *26 settembre 1973*
6. Oberlandesgericht, Koln, 19 marzo 1980
7. Bundesgerichtshof, 20 marzo 1985

4. L'ultimo sviluppo della Restgultigkeitstheorie: una recente decisione della Suprema Corte tedesca

L'applicazione della *knock out rule* demanda ai giudici il compito di confrontare i formulari delle parti al fine di individuare ed eliminare le clausole contrastanti. Tuttavia, bisogna considerare il fatto che un'analisi fatta singolarmente, clausola per clausola, non sempre porterà ad un disegno finale del regolamento contrattuale equilibrato e corretto. Tale problema è stato affrontato, tra le altre cose, dal *Bundesgerichtshof* in *Milk powder Case*[9]. Nella motivazione della sua decisione, il *Bundesgerichtshof*, in primo luogo, stabilisce che "*il fatto che i termini e le condizioni generali di entrambe le parti siano in parziale contrasto tra loro non impedisce l'effettiva conclusione del contratto di vendita, poiché le parti non hanno considerato tale contraddizione come un ostacolo all'esistenza del contratto*". Fatta questa premessa e risolto l'*an* del problema, rimaneva aperta la questione di quali clausole fossero poi effettivamente entrata a far parte del regolamento contrattuale.

Il *Bundesgerichtshof* nella sua motivazione così prosegue: "*La questione della misura in cui i termini e le condizioni generali contrastanti diventano parte del contratto nell'ambito della CISG trova una risposta diversa nella letteratura. Secondo l'opinione prevalente, condizioni generali parzialmente divergenti entrano a far parte del contratto nella misura in cui non si contraddicono tra loro; diversamente valgono le norme suppletive. L'esistenza di una tale contraddizione che ne impedisca l'inclusione non può essere determinata unicamente sulla base della formulazione delle singole clausole, ma solo sulla base di una valutazione complessiva di tutte le regole pertinenti".*

Un tale approccio alla *battle of forms* significa che il raffronto tra i formulari non deve farsi semplicemente in ragione del tenore letterale delle singole clausole, sminuzzano i formulari dell'una o dell'altra parte per isolare le clausole contraddittorie, bensì deve coinvolgere una valutazione complessiva di tutte le regole contrapposte[10]. Come sostenuto dalla Suprema Corte tedesca il raffronto tra i formulari deve essere fatto globalmente, in modo unitario, prendendo in considerazione tutte le clausole nel loro insieme, così da valutare gli effetti che nel complesso si produrrebbero.

8. *E. FERRANTE*, La battle of forms nella Convenzione di Vienna: una recente decisione del Tribunale federale tedesco, *Padova, CEDAM, 2003, pp. 492 ss.*

9. Milk powder Case, Bundesgerichtshof, Germany, 09 gennaio 2002

10. *S. KROLL*, German Country Analysis: Good Faith, Formation and Conformity of Goods, *in L.A. DIMATTEO*, International Sales Law: a global challenge, *New York, Cambridge university press, 2014, p. 370*