

Contratto e impresa / Europa

1

anno ottavo

a cura di

F. Galgano e M. Bin

Nuovo Regolamento Auto: un dibattito

Spazio giuridico europeo

Biotecnologie

Concorrenza

Società: diritto di stabilimento; trasformazione
di S.p.A. in società europea

Obbligazioni e contratti: la riforma in Germania;
inequality of bargaining power;
unconscionability, battle of forms; subfornitura;
factoring e franchising internazionali (legge
applicabile); compravendita di calciatori; il
«Piano d'azione» sul diritto contrattuale
europeo

Danno morale da vacanza rovinata

Ambiente

Attuazione della direttiva sulla parità di
trattamento in materia di lavoro

La legge comunitaria (2003)

2003

CEDAM

anno ottavo

a cura di

F. Galgano e M. Bin

INDICE SOMMARIO

DIBATTITI

TREDICI VOCI SUL NUOVO REGOLAMENTO AUTO

IL REGOLAMENTO 1400/2002 E LE VIE SEGUITE DALLA COMMISSIONE PER LA TUTELA DELLA CONCORRENZA NEL SETTORE AUTOMOBILI di Paolo Mengozzi . pag. 1

1. L'applicazione del par. 3 dell'art. 81 CE e il caso Ford » 1

2. L'incoraggiamento a configurare comportamenti unilaterali dei produttori come elementi integranti in un accordo venuto da una affermazione contenuta *ad abinitiam* nella sentenza Ford » 2

3. L'ulteriore incoraggiamento a utilizzare una larga nozione di accordo venuto alla Commissione dalle sentenze BMW e Volkswagen » 4

4. L'inserirsi delle sentenze richiamate nei paragrafi precedenti nel contesto di una giurisprudenza relativa ad accordi verticali subordinante il sanzionamento di comportamenti unilaterali dei produttori ad una loro accettazione o ad un'acquiescenza ad essi dei distributori e la valutazione che il Tribunale di Primo Grado ha dato della nozione di accordo sostenuta dalla Commissione » 5

5. I limiti che, a seguito della sentenza Bayer, si profilano per lo sforzo della Commissione di utilizzare una larga nozione di accordo e l'ampio e innovativo contenuto del Regolamento della Commissione 1400/2002 » 7

6. Il comportamento unilaterale di fornitori di autoveicoli che il 2° comma dell'art. 4 del Regolamento considera come causa di esclusione dell'esenzione » 10

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

© Copyright 2003 by Cedam - Padova

A norma della legge sul diritto d'autore e del codice civile è vietata la riproduzione di questo libro o di parte di esso con qualsiasi mezzo, elettronico, meccanico, per mezzo di fotocopie, microfilms, registrazioni o altro.

La Casa Editrice CEDAM S.p.A.
opera con un Sistema Qualità conforme alle norme
UNI EN ISO 9001 certificato da CISO CERT con numero 1.354



7. L'ampio e generico linguaggio con cui il Regolamento esprime la propria nozione di accordo	pag. 12
8. Gli interrogativi determinati dalla virata che la Commissione dopo la sentenza Bayer ha fatto verso un uso molto incidente del potere di adottare un Regolamento generale di esenzione	» 12
NOVITÀ ED OBIETTIVI DEL NUOVO REGOLAMENTO DI ESENZIONE PER CATEGORIA NEL SETTORE DEGLI AUTOVEICOLI di <i>Gianfranco Rocca</i>	» 15
1. Introduzione	» 15
2. Necessità di un Regolamento specifico all'industria automobilistica	» 15
3. Le principali caratteristiche del Regolamento n. 1400/2002	» 18
4. La riorganizzazione della distribuzione di autoveicoli	» 19
5. La riorganizzazione dei servizi di assistenza post-vendita	» 23
6. Conclusioni	» 26
UN PRIMO COMMENTO AL NUOVO REGOLAMENTO AUTO di <i>Marco Bianchi</i>	» 28
1. Il rapporto tra il Regolamento Auto e il Regolamento Accordi Verticali	» 28
2. Il Regolamento Auto ed i limiti dell'approccio «economicistico» adottato dalla Commissione	» 31
3. Le ragioni di un nuovo Regolamento Auto e le presunzioni adottate dalla Commissione	» 32
4. Quali ragioni di preoccupazione per il settore automobilistico dopo l'entrata in vigore del Regolamento Auto	» 35
NELLE PIEGHE DEL REGOLAMENTO SULLA DISTRIBUZIONE AUTOMOBILISTICA di <i>Cristoforo Ossi</i>	» 38
1. Introduzione	» 38
2. Le disposizioni in questione	» 38
3. Critica della posizione della Commissione e suo nuovo corso in materia di restrizioni verticali	» 39
4. La grande riforma	» 41
5. Archeologia delle restrizioni verticali	» 42
6. Libertà, contratto e concorrenza	» 45
LA DISTRIBUZIONE AUTOVEICOLI: LA SUA EVOLUZIONE DAGLI ALBORI AD OGGI di <i>Piero A. Papp</i>	» 52
1. Introduzione	» 52
2. La distribuzione autoveicoli: aspetti essenziali dei sistemi e prime indicazioni della regolamentazione precedente al nuovo regolamento	» 53
3. Origine del sistema di distribuzione autoveicoli e prima fase evolutiva	» 55

4. Situazione della distribuzione degli autoveicoli in Europa e sua regolamentazione a livello di Unione Europea	pag. 57
5. Il nuovo Regolamento n. 1400/2002: possibile impatto della nuova regolamentazione sui sistemi distributivi	» 65
6. Conclusioni	» 69
DISTRIBUZIONE SELETTIVA ED ESCLUSIVA NEL REGOLAMENTO 1400/2002: VERSO UNA NUOVA CONFIGURAZIONE DEL CONCESSIONARIO DI AUTOVEICOLI di <i>Fabio Bertolotti</i>	» 71
1. Premessa	» 71
2. Le nozioni di distribuzione selettiva ed esclusiva	» 73
3. Possibilità di cumulo tra forme di distribuzione selettiva ed esclusiva. La situazione precedente al regolamento 2790/99	» 77
4. Il cumulo tra distribuzione esclusiva e selettiva nel regolamento 2790/99	» 81
5. La nuova disciplina introdotta nel regolamento 1400/02	» 84
6. L'obbligo di non concorrenza	» 87
7. Conclusioni	» 88
LA NUOVA DISCIPLINA COMUNITARIA IN MATERIA DI DISTRIBUZIONE DEGLI AUTOVEICOLI: REGOLAMENTO DI ESENZIONE O REGOLAMENTAZIONE SETTORIALE? di <i>Stefano Bastianon</i> e <i>Bruno Nascimbene</i>	» 90
1. Le ragioni di una disciplina <i>ad hoc</i> . I profili fiscali	» 90
2. Un <i>tertium genus</i> fra i regolamenti di esenzione?	» 92
3. La tutela contrattuale	» 93
4. L'obbligo di non concorrenza	» 94
5. Le c.d. restrizioni fondamentali	» 95
6. Profili generali e particolari: perplessità	» 96
7. In particolare, la tutela dei consumatori	» 97
8. Profili innovativi e lacune non colmate	» 98
IL REG. 1400/2002: ESENZIONE ANTITRUST O REGOLAZIONE DI SETTORE? di <i>Tommaso Salonicco</i> e <i>Gian Luca Zampa</i>	» 100
I. Introduzione	» 100
II. Esenzione antitrust o regolazione di settore	» 101
MODERNIZZAZIONE DEI REGOLAMENTI DI ESENZIONE: I CONFINI RISPETTO ALLA REGOLAZIONE SETTORIALE di <i>Giuseppa Bruzzone</i> e <i>Ariova Safja</i>	» 108
1. Disciplina generale delle intese verticali e specificità settoriali: un rapporto di evoluzione	» 108

2. Un regolamento, molti obiettivi	pag. 112	9. Il recupero di uno spazio di liceità per gli obiettivi nella versione definitiva del regolamento	pag. 158
3. I regolamenti di esenzione nella modernizzazione del diritto della concorrenza	» 116	10. Conclusioni	» 160
IL CAMPO DI APPLICAZIONE DEL NUOVO REGOLAMENTO AUTO: ALCUNE OSSERVAZIONI IN TEMI DI PEZZI DI RICAMBIO E SERVIZI DI RIPARAZIONE di <i>Mario Shagusa</i> e <i>Pietro Merlino</i>			
1. Introduzione	» 119	ESISTE UNA REALE POSSIBILITÀ DI SCELTA TRA SISTEMA ESCLUSIVO E SISTEMA SELETTIVO? di <i>Antonio Scognamiglio</i>	» 163
2. Il campo di applicazione del Nuovo Regolamento	» 119	1. Il principio della libertà del distributore e del riparatore di decidere a quali clienti e in quale territorio vendere i prodotti o prestare i servizi, salvo le eccezioni espressamente consentite dal Regolamento	» 163
3. Le conseguenze dell'applicazione di Nuovo Regolamento ad accordi che non fanno capo a costruttori di autoveicoli: il caso delle reti in <i>franchising</i> di riparazioni rapide	» 123	2. Distribuzione Esclusiva	» 163
4. Conclusione	» 127	3. Distribuzione Selettiva	» 164
RIFLESSIONI INTORNO ALLE DEFINIZIONI DI MERCATO RILEVANTE NEL SETTORE DEGLI AUTOVEICOLI AI FINI DELL'APPLICAZIONE DEL NUOVO REGOLAMENTO AUTO di <i>Monica Dal Prà</i>			
1. Premessa	» 130	4. Divieto del Patto di Non Concorrenza	» 164
2. Soglie di mercato e calcolo delle quote di mercato	» 131	5. Quota di Mercato	» 165
3. Mancanza di chiarezza ed uniformità nella prassi esistente in materia di distribuzione di autoveicoli, di pezzi di ricambio e di fornitura di servizi di riparazione e manutenzione	» 133	6. Protezione Contrattuale del Distributore Autoveicoli Nuovi e del Riparatore Autorizzato	» 165
4. Il valore da attribuire alle nuove definizioni contenute nel regolamento	» 142	7. Sistema Esclusivo o Sistema Selettivo?	» 166
5. Il metodo di calcolo proposto nel nuovo regolamento auto	» 143	 	
6. Conclusione: possibile disomogeneità d'applicazione	» 145	DIRITTO COMUNITARIO	
OBIETTIVI DI PENETRAZIONE SUL TERRITORIO E OBIETTIVI DI VENDITA PARTITI TRA FORNITORI E DISTRIBUTORI, ALLA LUCE DEL NUOVO REGOLAMENTO DI ESENZIONE DI ACCORDI VERTICALI E PRATICHE NEL SETTORE AUTOMOBILISTICO di <i>Aldo Frignani</i>			
1. Premessa	» 145	PRINCIPI, PROCEDURA E RESTRIZIONI ACCESSORIE NEL DIRITTO AMMINISTRATIVO E ANTITRUST COMUNITARIO: NOTE SULLA SENTENZA <i>L'AGARDÈRE</i> di <i>Luca Anandò</i>	» 168
2. Cenni sulla teoria economica relativa alle esclusive territoriali	» 146	1. Introduzione	» 168
3. La disciplina previgente	» 147	2. Fatti e argomenti del contendere	» 169
4. Il progetto di regolamento e le incertezze circa l'essenzialità dell'imposizione di obiettivi di vendita ai distributori	» 149	3. Le valutazioni del Tribunale	» 170
5. La disciplina ipotizzata dal progetto di regolamento	» 150	4. <i>Segue</i> : grammatica decisionale e principi generali	» 171
6. Fisiologia e patologia degli obiettivi di penetrazione e degli obiettivi di vendita	» 152	5. <i>Segue</i> : il trattamento delle restrizioni accessorie	» 175
7. Obiettivi parametrati all'intero mercato unico: una scelta non del tutto convincente	» 156	6. <i>Segue</i> : la revoca di decisioni della Commissione	» 179
8. Gli obblighi di approvvigionamento (visti dal lato del distributore) e di fornitura (visti dal lato del produttore)	» 157	7. Conclusioni	» 181
SAGGI			
SPAZIO GIURIDICO EUROPEO			
SERGIO M. CARBONE, <i>Base giuridica e criteri interpretativi delle norme comunitarie sullo spazio giudiziario europeo</i>			
» 183			
SOMMARIO: Premessa. - 1. L'evoluzione storica del sistema normativo della Convenzione di Bruxelles. - 2. I criteri interpretativi della Convenzione di Bruxelles e del Reg. 44/2001 nell'ambito dei principi del Trattato CE. - 3. Le procedure rivolte a garantire un'interpretazione uniforme nel sistema normativo in esame.			

CONCORRENZA

PAOLO MENGGOZZI, *La giurisprudenza del Tribunale delle Comunità Europee in materia di concorrenza e l'applicabilità da parte dei giudici nazionali del Regolamento del Consiglio n. 1/2003* pag. 210

SOMMARIO: 1. Le questioni affrontate dal Tribunale che potranno porsi a giudici nazionali nel quadro dell'applicazione del Regolamento 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002. - 2. La nozione di impresa. - 3. Le nozioni di intesa e di pratica concordata. - 4. L'interpretazione degli altri elementi contenuti nel 1° comma dell'art. 81 CE. - 5. Il mercato rilevante. - 6. Il criterio statunitense della «rule of reason» e le precisazioni quanto alla sua applicabilità per coordinare tra loro il 1° e il 3° paragrafo dell'art. 81 CE che si possono evincere dalla pronuncia Metropole Télévision del 18 settembre 2001. - 7. Il carattere marginale che il Tribunale ritiene abbia il suo controllo sull'applicazione che la Commissione fa dell'art. 81 e i poteri che dovranno essere riconosciuti ai giudici di primo grado che saranno chiamati ad applicare direttamente il par. 3 dell'art. 81 CE. - 8. Il caso UPS e la possibilità che un'impresa provvista di diritti esclusivi in un mercato riservato concreto abuso di posizione dominante entrando in un mercato vicino concorrenziale. - 9. Il caso relativo ai tubi di teleriscaldamento e l'art. 23 del Reg. 1/2003 in materia di ammende. - 10. La risarcibilità dei danni causati da pratiche anticoncorrenziali. - 11. L'invocabilità di una violazione degli artt. 81 e 82 CE in sede di impugnazione di lodi arbitrali. - 12. Conclusioni.

LAURA PIGNATARO, *La riforma del diritto comunitario della concorrenza: il regolamento n. 1/2003 sull'applicazione degli articoli 81 e 82 del Trattato CE* pag. 233

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Il regime esistente e le ragioni della riforma. - 3. Il Libro Bianco sulla modernizzazione delle norme per l'applicazione degli articoli 85 e 86 del Trattato CE: le possibili opzioni. - 4. La proposta della Commissione. - 5. Il regolamento 1/2003: elementi fondamentali e principali differenze rispetto alla proposta della Commissione. - 6. L'applicazione del regolamento e il funzionamento del network di autorità di concorrenza: principi guida espressi nella dichiarazione congiunta del Consiglio e della Commissione. - 7. Conclusioni.

BIOTECNOLOGIE

BRUNO NASCIBENE, *Biotechnologie, principi di diritto comunitario e giurisprudenza della Corte di giustizia* pag. 266

SOMMARIO: 1. Norme in materia e problemi di definizione. I principi di prossimità e sussidiarietà. - 2. Il «coinvolgimento» del singolo nella formazione delle norme rilevanti. - 3. Biotecnologie, sicurezza alimentare e

norme internazionali. - 4. Quadro normativo: lacune e previsione di principi essenziali; in particolare il principio di precauzione. - 5. La definizione della base giuridica. - 6. La tutela e il contenimento di una pluralità di interessi.

FRANCESCO ROSSI DAL POZZO, *Biotechnologie, contenzioso comunitario e norme italiane* pag. 280

SOMMARIO: 1. Principi del diritto comunitario e sentenze della Corte di giustizia in argomento: in particolare il caso *Paesi Bassi c. Commissione*. - 2. Il principio di precauzione e il caso *Greenpeace*. - 3. Norme italiane (in particolare il D.P.C.M. 4 agosto 2000) e sindacato della Corte di giustizia.

MASSIMO SCUFFI, *La protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche: dalla Convenzione di Monaco sul brevetto europeo al disegno di legge delega italiana per il recepimento della direttiva 98/44 CE* pag. 296

SOMMARIO: 1. Biotecnologie e monopolio brevettuale. - 2. Tutela giudiziaria nazionale e comunitaria. - 3. Animali e razze animali. - 4. Il corpo umano e le sue parti. - 5. Piante e varietà vegetali. - 6. Tecniche brevettuali: brevetto di prodotto e di procedimento. - 7. Esclusiva di prodotto: metodi ed usi. - 8. Esclusiva di procedimento e risultato. - 9. *Product-by-process patent*. - 10. Estensione di protezione e licenze. - 11. La legge delega per il recepimento della direttiva comunitaria 98/44 CE sulla protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche.

SOCIETÀ

ALDO BERLINGUER, *Alla ricerca del diritto comunitario: appunti sul diritto di stabilimento delle società di capitali alla luce del D. lgs. n. 6 del 2003* pag. 342

SOMMARIO: 1. La circolazione delle società di capitali nel D. lgs. 6/2003. - 2. Il nuovo art. 2507 c.c. ed il richiamo all'ordinamento CE. - 3. *Segue*. I suoi effetti sulle norme collegate: gli artt. 25 l. 218/1995 e 16 disp. prel. c.c. - 4. L'ordinamento richiamato. Circolazione e stabilimento delle persone giuridiche nella CE: da *Daily mail a Überseering Bv.* - 5. Rilievi di insieme.

ALESSANDRA ZANARDO, *La trasformazione di S.p.A. in società europea alla luce del Regolamento comunitario 2157/2001* pag. 361

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. La costituzione di una Società europea. Individuazione delle singole fattispecie e centralità del procedimento di tra-

sformazione. - 3. Nozione di trasformazione alla luce delle disposizioni del regolamento CE. - 4. *Segue*: presupposti e limiti dell'applicazione della disciplina in esame. - 5. Il procedimento di trasformazione. - 6. Riflessioni in merito alla tutela dei soci di minoranza e dei lavoratori. - 7. Considerazioni conclusive.

OBBLIGAZIONE E CONTRATTI

✕ IGOR TACCANI, *La riforma del diritto delle obbligazioni in Germania: la nuova disciplina in materia di inadempimento e di impossibilità* pag. 379

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. Genesi e obiettivi della riforma. - 3. La nuova disciplina in materia di inadempimento della prestazione. - 3.1. La portata innovatrice della *General Klausel* inserita nel § 280 BGB. - 3.2. Il § 280 BGB. - 3.3. Il risarcimento del danno in luogo della prestazione. - 3.4. Il *Rücktrittsrecht* in caso di inadempimento o adempimento inesatto della prestazione (§ 323 BGB). - 4. La nuova disciplina in materia di impossibilità della prestazione. - 4.1. Cenni ai travagli della categoria dell'impossibilità della prestazione. - 4.2. La norma del § 275 BGB. - 4.3. Le eccezioni di cui ai commi 2 e 3 del § 275 BGB. - 4.4. Effetti dell'impossibilità della prestazione nei contratti sinallagmatici (§ 326 BGB). - 5. Considerazioni comparative con l'ordinamento italiano. - 5.1. Cenni comparatistici sulla nuova disciplina in materia di inadempimento. - 5.2. Cenni comparatistici sulla disciplina della impossibilità della prestazione. - 6. Conclusioni.

✕ ANNARITA RICCI, *Inequality of bargaining power* pag. 414

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. La libertà contrattuale in *Common Law*. - 3. Il *leading case*: *Lloyds Banks v. Bundy* (1975) - Analisi della sentenza e commento di Lord Denning. - 4. Critica alla posizione di Lord Denning. - 5. L'attuale posizione della dottrina e della giurisprudenza nelle principali esperienze di *Common Law*. - 6. Conclusioni.

✕ MATTEO BONINI BARALDI, *Unconscionability (diritto nordamericano)* pag. 443

SOMMARIO: Sezione I - 1. Introduzione. - 2. Le figure affini: *duress* e *undue influence*. - 3. *Segue*: *consideration*. - 4. *Segue*: *fundamental breach*. - Sezione II - 1. Condizioni personali e sociali della parte debole nella dottrina tradizionale. - 2. *Fairness* e *presumption of fraud* negli sviluppi successivi. - 3. L'elaborazione di Lord Denning in *Lloyds Bank v. Bundy*. - 4. Ambito di applicazione. - 5. L'*unconscionability* nel *Trade Practice Act* della British Columbia. - Sezione III - 1. I limiti dell'*unconscionability*. - 2. Lo *Uniform Commercial Code*: teorie a confronto. Conclusioni.

✕ EDOARDO FERRANTE, *La battle of forms nella Convenzione di Vienna: una recente decisione del Tribunale federale tedesco* pag. 485

SOMMARIO: 1. Un nuovo paradigma contrattuale: predisposizione multilaterale di clausole uniformi e *battle of forms*. - 2. I criteri astratti per risolvere lo scontro dei formulari. - 3. *Segue*: incongruenza della regola di speculazione perfetta fra proposta ed accettazione e suoi temperamenti. - 4. Un caso di *battle of forms* nella Convenzione di Vienna. - 5. Il dissenso non sostanziale sulle condizioni generali ed il rafforzamento dell'accordo mediante esecuzione. - 6. L'interpretazione del conflitto secondo buona fede: neutralità della *ratio decidendi* rispetto ai criteri astratti. - 7. Inquietudini rimaste obiter.

✕ FRANCESCO L. GAMBARO-ANTONIO MARTINI, *La subfornitura cinque anni dopo* pag. 512

SOMMARIO: 1. L'entrata in vigore della legge 18 giugno 1998 n. 192. Considerazioni preliminari. - 2. L'ambito di applicazione della disciplina dei provvedimenti giudiziari in materia di subfornitura. La *ratio* della legge, la dipendenza tecnica-tecnologica-progettuale. - 3. I requisiti formali e contestuali dei contratti di subfornitura industriale. - 4. Il regime delle nullità. - 5. Abuso di dipendenza economica. - 6. Ambito comparatistico. - 7. Considerazioni conclusive.

✕ SARA TONOLO, *La legge applicabile ai nuovi contratti: i casi del factoring e del franchising internazionale* pag. 542

SOMMARIO: 1. Osservazioni introduttive. - 2. Disciplina del *factoring* internazionale. Coordinamento tra la Convenzione di Ottawa del 28-5-1988 e la Convenzione di Roma del 19-6-1980. Ambito d'applicazione della Convenzione di Ottawa. - 3. *Segue*: esclusione dell'applicabilità della Convenzione. - 4. *Segue*: aspetti regolati. In particolare: il rapporto tra fornitore e *factor*. - 5. *Segue*: il rapporto tra debitore e *factor*. Eccezioni. - 6. La Convenzione di Roma del 19-6-1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali. Aspetti regolati. - 7. *Segue*: applicabilità della *lex contractus*. - 8. *Segue*: applicabilità della *lex obligationis*. - 9. Determinazione della legge applicabile al contratto di *franchising* internazionale. *Electio iuris*. - 10. *Segue*: la disciplina dell'accordo con cui si dispone la scelta della legge applicabile al contratto. - 11. *Segue*: limiti. - 12. *Segue*: legge applicabile in assenza di *electio iuris*.

GABRIELE MAZZANTINI, *Le competenze dell'Antitrust in materia di compravendite dei calciatori* pag. 574

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. La condizione del calciatore professionista. - 3. Giocatori e diritto d'immagine. - 4. Giocatori come «imprese». -

5. Calcio e antitrust. - 6. Concorrenza e competizione sportiva. - 7. Problematice: il mercato rilevante e la valutazione della concentrazione. - 8. Più competenze o più collaborazione. - 9. Conclusioni.

RESPONSABILITÀ

PIERALBERTO MENGOLZI, *Il risarcimento del danno morale da vacanza rovinata dopo la sentenza della Corte di Giustizia CE del 13 marzo 2002* pag. 589

SOMMARIO: 1. Il caso che ha portato la Corte di giustizia a pronunciarsi in materia e la posizione da essa presa. - 2. Il principio di tutela consumeristica che si pretende la sentenza abbia sancito ad integrazione delle direttive comunitarie in materia di tutela dei consumatori. - 3. La smentita che l'indicata pretessa trova a) nella prassi applicativa del principio di interpretazione conforme. - 4. *Segue*: e b) nella ricostruzione del reale contenuto della sentenza. - 5. La necessità di continuare a ricercare nel diritto degli Stati membri la soluzione del problema della risarcibilità di danni morali causati a consumatori in ambiti diversi rispetto a quello di applicazione della Direttiva 90/314/CEE. - 6. Le diverse posizioni relative al modo in cui il principio della risarcibilità del danno da vacanza rovinata, affermato dalla Corte di giustizia, può concretamente trovare applicazione nell'ordinamento italiano. - 7. *Segue*: la qualificazione del danno in questione come danno patrimoniale. - 8. *Segue*: il coordinamento dell'art. 2059 c.c. con le norme risultanti dall'adattamento dell'ordinamento italiano alla CCV. - 9. L'applicabilità dell'art. 2059 c.c. in ragione del suo coordinamento con gli artt. 5 e 16 del d. legisl. 111 del 1995 intesi alla luce della sentenza della Corte di giustizia del 12 Marzo 2002. - 10. La sintonia della conclusione raggiunta nel paragrafo precedente con la sentenza n. 372 del 1994 della Corte costituzionale. - 11. La determinazione che, a norma dell'art. 2059 c.c., devono essere compiute per stabilire la risarcibilità di un danno non patrimoniale. - 12. La prova che un turista deve fornire per ottenere il risarcimento di un preteso danno morale da vacanza rovinata. - 13. La possibilità di limitazioni contrattuali della responsabilità dell'organizzatore di viaggi. - 14. I dubbi che la soluzione prospettata può lasciare in ragione di una particolare caratteristica del contratto di viaggio tutto compreso.

AMBIENTE

FRANCESCO BRUNO, *La gestione "negoziata" dell'ambiente: i contratti territoriali e la politica di sviluppo rurale dell'Unione Europea* » 612

SOMMARIO: 1. Il ruolo della pubblica amministrazione nel governo dell'agricoltura: dai meccanismi di intervento automatici ai contratti territoriali. - 2. I contratti della pubblica amministrazione. Dalle tesi unilaterali alle tesi dualistiche. - 3. *Segue*: le tesi panprivatistiche e le tesi del contratto di di-

ritto pubblico. - 4. Dopo l'art. 11 della legge 7 agosto 1990, n. 241: il riconoscimento legislativo dei contratti di diritto pubblico. - 5. I contratti di diritto pubblico e i relativi indici di riconoscimento. - 6. Valutazioni sulla formazione e sulla esecuzione dei contratti di diritto pubblico: le differenze rispetto ai contratti di diritto privato dell'amministrazione. - 7. La nuova politica di sviluppo del territorio rurale e dell'ambiente dell'Unione Europea. - 8. I servizi di tutela dell'ambiente tra attività di impresa e intervento pubblico in economia. - 9. I contratti di collaborazione tra imprenditori agricoli e P.A. per la promozione del territorio, le convenzioni nel settore della pesca e il ruolo dei distretti. - 10. *Segue*: i contratti di promozione e le convenzioni tra P.A. e imprenditori per la tutela del territorio. - 11. I contratti territoriali e gli strumenti della programmazione negoziata. - 12. I contratti territoriali e i *contrats territoriaux d'exploitation*. - 13. Conclusioni: il nuovo ruolo dello scambio nella politica di gestione del territorio e dell'ambiente.

OSSERVATORIO SUL DIRITTO EUROPEO

BREVI NOTE A MARGINE DEL «PIANO D'AZIONE» SUL DIRITTO CONTRATTUALE EUROPEO di <i>Edoardo Ferrante</i>	pag. 677
1. Un manifesto per la riduzione ad unità del diritto contrattuale	» 677
2. «Non occorre abbandonare l'attuale approccio settoriale». I molti punti deboli dell' <i>acquis</i> comunitario: esempi d'attualità, tratti dalla direttiva 44/1999/CE	» 681
3. Il «quadro comune di riferimento» ed il repertorio europeo di clausole contrattuali standard	» 690
4. Un codice europeo dei contratti? L'antipositivismo del Piano	» 694

OSSERVATORIO SULL'ATTUAZIONE IN ITALIA DELLA NORMATIVA COMUNITARIA

VERSO LA «LEGGE COMUNITARIA 2003» di <i>Alessandro Mantelero</i>	» 699
1. Premessa	» 699
2. Disposizioni di adempimento particolari e criteri specifici di delega	» 701
3. Direttive oggetto di delega al Governo per l'attuazione	» 707

NOTE MINIME SULL'ATTUAZIONE DELLE DIRETTIVE COMUNITARIE 2000/43/CE E 2000/78/CE IN MATERIA DI PARITÀ DI TRATTAMENTO di <i>Alessandro Mantelero</i>	» 709
----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-------

Autonomia privata e contratti internazionali

SOMMARIO: 1. Introduzione: Il libro verde della Commissione «sulla trasformazione in strumento comunitario della Convenzione di Roma del 1980 applicabile alle obbligazioni contrattuali e sul rinnovamento della medesima». - 2. L'irresistibile espansione contrattuale e sul rinnovamento della medesima». - 3. Gli elementi fondamentali dell'autonomia contrattuale «interna». - 4. L'autonomia di diritto internazionale privato. - 4.1. L'autonomia nella scelta della *lex contractus* nella Convenzione di Roma del 1980. - 4.2. (Segue): *lex mercatoria* e Principi Unidroit nella Convenzione di Roma del 1980. - 5. Autonomia e convenzioni di diritto materiale uniforme. - 6. Sviluppo del diritto internazionale privato comunitario e suo impatto sul principio di autonomia contrattuale. - 7. La deroga alla giurisdizione e l'autonomia nel contesto arbitrale. - 8. (Segue): la rilevanza della *lex mercatoria* alla luce della nuova disciplina dell'arbitrato internazionale.

1. - «In materia di commercio internazionale, sempre più spesso le parti fanno riferimento, non già alla legge di questo o quello Stato, ma direttamente alle norme di una Convenzione internazionale come la Convenzione di Vienna dell'11 aprile 1980 sulla vendita internazionale di merci, alle consuetudini invalse nel commercio internazionale, ai principi generali del diritto, alla *lex mercatoria* o ancora a codici privati recenti come i principi UNIDROIT relativi ai contratti del commercio internazionale» (2). Tale constatazione, contenuta nel recentissimo libro verde della Commissione Europea, suggerisce alcuni spunti di riflessione sul principio dell'autonomia contrattuale con riferimento ai contratti internazionali ed alle prospettive di riforma della Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali del 1980 (3).

(1) Docente di diritto internazionale e di diritto della navigazione, Università «Cà Foscari» di Venezia e *Venice International University*. Prof. a cont. di diritto del commercio internazionale presso *l'Institut des Hautes Etudes De L'Amérique latine (IHEAL)* all'Università di Parigi III - La Sorbonne Nouvelle.

(2) *Libro verde sulla trasformazione in strumento comunitario della convenzione di Roma del 1980 applicabile alle obbligazioni contrattuali e sul rinnovamento della medesima*, del 14 gennaio 2003 (COM (2002)). In argomento cfr. GALGANO, MARRELLA, *Diritto del commercio internazionale*, Padova, 2004.

(3) Cfr. F. MARRELLA, *La nuova lex mercatoria. Principi Unidroit ed usi dei contratti del commercio internazionale*, in *Tratt. dir. comm.* diretto da GALGANO, Padova, 2003, *passim*.

serva che in molti casi si tratta di clausole predisposte dal fabbricante ed imposte ai propri distributori; in altri si tratta di casi in cui il potere contrattuale del fabbricante sui propri distributori è tale da scoraggiare qualsiasi iniziativa da parte di questi; in altri ancora le clausole danneggiano solo le imprese più piccole.

La questione è aperta, e la Relazione rinvia alle risposte al questionario da cui potranno derivare indicazioni utili per la redazione di una disciplina unitaria.

15. - Le esperienze considerate - che meriterebbero ulteriori approfondimenti, ovviamente - già per le prime impressioni che suscitano appaiono estremamente interessanti, e mostrano una vitalità dei modelli stranieri assai più significativa di quella che può esibire il modello italiano.

Non possiamo ignorare, per quanto ci riguarda, l'operato delle Camere di commercio. Né possiamo sottacere i protocolli d'intesa che le associazioni dei consumatori hanno siglato con ABI e ANIA. E neppure il ruolo sempre più consistente assunto dall'*Ombudsman* bancario. Ma basta navigare sui siti degli organismi inglesi e su quelli delle Commissioni francese e belga per rendersi conto che le iniziative, le attività concretamente svolte, i progetti di intervento nel loro complesso testimoniano una attenzione per le clausole vessatorie molto più consistente di quella che gli osservatori stranieri potrebbero registrare nella nostra esperienza.

Quando si parla di contratto, oggi, si deve precisare se si tratti di contratto interno od internazionale, poiché l'autonomia della volontà acquista diversa efficacia a seconda che si tratti dell'un tipo o dell'altro. Così, nel caso di un contratto internazionale, in base al principio di autonomia contrattuale, le parti possono attribuire particolari effetti al medesimo proiettando la loro volontà, sia nel contesto della determinazione del diritto applicabile al rapporto giuridico che le lega, sia nella sfera processuale pattuendo, *ex ante*, lo stesso modo di risoluzione delle eventuali controversie⁽⁴⁾.

Esigenze di economia espositiva su un tema oggetto di vivace dibattito in dottrina⁽⁵⁾ impongono di esaminare il binomio contratto interno-contratto internazionale dando rilievo agli aspetti più innovativi in materia di disciplina internazionalprivatistica dei contratti *business to business* (B2B) e *business to consumers* (B2C).

2. - Il ruolo da assegnare all'autonomia della volontà delle parti, in un contesto internazionalprivatistico, è stato un tema estremamente controverso lungo l'arco di tutto il ventesimo secolo⁽⁶⁾. Oggi, secondo l'opinio-

(4) L'esame della nozione di contratto internazionale esula, ovviamente, dai limiti del presente studio. Tra le moltissime opere in materia v. DE NOVA, *Quando un contratto è internazionale?*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1978, pp. 665-680; PICCHIO FORLATI, voce *Contratto (diritto internazionale privato)*, in *Dig. priv. sez. civ.*, 1989, pp. 196-235 anche in *Id.*, *La convenzione di Roma del 1980 sulla legge applicabile ai contratti nell'ordinamento italiano*, in JAVME, PICCHIO FORLATI, *Giurisdizione e legge applicabile ai contratti nella CEE*, Padova, 1995; FRIGNANI, *Il contratto internazionale*, in Trattato Galgano v. XII, Padova, 1990, p. 1 ss., e biografia ivi citata; CARBONE, LUZZATTO, *Il contratto internazionale*, Torino, 1994, p. 1 s.;

(5) In argomento GHARDINA, *L'autonomia delle parti nel commercio internazionale*, in Fonti e tipi del contratto internazionale, Milano, 1991, p. 33 ss.; cfr. CARBONE, *Autonomia privata e contratti internazionali*, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 1992, II, p. 282 ss.; CARBONE, LUZZATTO, *Autonomia in diritto internazionale privato*, in Alpa, Bessone, *Il contratto*, aggiornamento, pp. 47-73, ove ampi riferimenti BOSCHERO *Obbligazioni contrattuali (d. i. pr.)*, in *Enc. dir.*, IV agg. Milano, 2001, p. 830 ss. Tra la dottrina straniera v. in particolare LANDO, *Contracts*, in *International Encyclopedia of Comparative Law*; JACQUET, *Principe d'autonomie et contrats internationaux*, Paris, 1984, p. 1 ss.; POMMER, *Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel*, Paris, 1992, *passim*, p. NYOH, *Autonomy in international contracts*, Oxford, 1999, p. 1 ss.; HARTENSTEIN, *Die Privatautonomie im internationalen Privatrecht als Störung des europäischen Entscheidungsseinsklangs: neueste Entwicklungen in Frankreich, Deutschland und Italien*, Tübingen, 2000, p. 1 ss.; MCCONNAUGHAY, *The scope of autonomy in international contracts and its relation to economic regulation and development*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, 2002, pp. 595-656.

(6) Nel 1908, ad esempio, l'IDI ammetteva che l'autonomia contrattuale si estendesse alla disciplina degli effetti del contratto ad esclusione della legge applicabile alla materia

ne dominante, il principio di autonomia contrattuale trova la sua radice nel singolo ordinamento dal cui punto di vista ci si colloca per valutare una data fattispecie. Muovendo da tale presupposto, i confini sia della *matrimoniale* che della *kollisionsrechtliche verweisung* si trovano automaticamente tracciati non appena si consideri che «in entrambi i casi si tratta semplicemente di effetti ricollegati dal sistema giuridico di uno Stato alla volontà dei privati interessati e dunque una questione da risolversi in base al diritto positivo»⁽⁷⁾.

Dalle medesime considerazioni, tuttavia, discende anche che l'autonomia contrattuale subisce una diversa estensione nell'ottica degli Stati *uni singuli* e quindi ci si trova inevitabilmente dinanzi ad una variabile comparatistica.

La nota all'art. 1:102 dei Principi di diritto europeo dei contratti (d'ora in avanti PECL), destinato a divenire il fulcro del futuro codice europeo dei contratti, dà atto della diversa estensione del principio di autonomia contrattuale nell'ordinamento degli Stati membri, e quindi propone l'introduzione di una nozione ulteriore e distinta (per non dire «autonomia») da quella utilizzata dagli ordinamenti nazionali. In base alla predetta norma:

Le parti sono libere di stipulare contratti e di determinarne il contenuto, nel rispetto della buona fede e della correttezza nonché delle norme imperative contenute nei Principi. Le parti possono escludere l'applicazione di una qualsiasi norma contenuta nei Principi o derogarvi o modificarne gli effetti, salvo che non sia altrimenti previsto nei Principi.

Orbene, con l'aumentare del volume e del tipo degli scambi, il principio di autonomia contrattuale ha ricevuto, con il *placet* degli Stati, una forte espansione in senso multidimensionale.

Giunti all'alba del terzo millennio, il principio di autonomia contrattuale della conclusione del contratto che restava al di fuori della disponibilità delle parti. Ulteriori discussioni sorte a proposito del progetto di convenzione sulla legge applicabile alla vendita internazionale rilanciarono il dibattito autonomistico in tutta la sua ampiezza. La proclamazione di una «tridimensionalità totale» dell'autonomia della volontà, in seno all'IDI, è venuta alla luce attraverso la risoluzione di Basilea del 1991 su cui v. *infra* nota B. V., in merito a queste vicende, VON OVERBECK, *L'irresistibile extension de l'autonomie en droit international privé*, in *Hommage Rigaux*, 1992, p. 618s.

(7) CARBONE, LUZZATTO, *L'autonomia privata e i contratti internazionali*, in Alpa e Bessone (a cura di), *I contratti in generale. Aggiornamento 1991-1998*, v. I, in *Giur. Sist. dir. civ. e comm.*, diretta da Bigliani, Torino, 1999, p. 59.

tuale va dunque scomposto in 1) autonomia "interna"; 2) autonomia di diritto internazionale privato e processuale avente per oggetto (a) la scelta del diritto sostanziale applicabile; (b) la scelta del tipo di organo giudicante (arbitro o giudice con l'ulteriore possibilità di proroga della competenza) (art. 23 del regolamento n° 44/2001); (c) la definizione di numerosi elementi caratterizzanti il procedimento arbitrale transnazionale.

3. - Nell'ordinamento italiano, le esigenze del commercio hanno ricevuto, da sempre, un riconoscimento formale attraverso il principio di autonomia contrattuale sancito dagli artt. 41 cost. e 1322 c.c.. Autonomia contrattuale «interna» significa, dunque, possibilità per le parti di costituire, regolare od estinguere dei rapporti giuridici patrimoniali di diritto interno⁽⁸⁾. Ciò, come ha acutamente rilevato Galgano, comporta, in senso *negativo*, che nessuno può essere spogliato dei propri beni o essere obbligato ad eseguire prestazioni indipendentemente dalla propria volontà ed in senso *positivo*, invece, che l'autonomia contrattuale, esercitata nel rispetto delle norme imperative, dell'ordine pubblico e del buon costume, si sviluppa secondo tre direzioni fondamentali⁽⁹⁾:

- a) autonomia nella scelta di un contratto tipico
- b) autonomia di determinare il contenuto del contratto
- c) autonomia di concludere contratti atipici.

Nella prima accezione, l'autonomia della volontà si manifesta, in primo luogo, come libertà delle parti di scegliere fra i diversi tipi contrattuali predisposti dalla legge (ad esempio vendita invece di somministrazione o di permuta etc.); nella seconda accezione, l'autonomia dei contraenti

porta alla libera determinazione di alcune clausole del contratto individuato *sub a*), ad esempio determinando il prezzo della vendita o i termini di consegna della cosa venduta.

Infine, nella terza accezione, autonomia contrattuale di diritto interno significa libertà di concludere contratti atipici o innominati, cioè contratti *diversi* dai tipi previsti dal codice civile e dalle leggi speciali⁽¹⁰⁾. È su quest'ultimo tipo di autonomia che si innesta parte del discorso giuridico sulla *lex mercatoria*, in forza della quale trovano riconoscimento giuridico «interno» tutti quei modelli contrattuali internazionalmente diffusi che vengono ideati e praticati nel mondo degli affari. In tale contesto, gli artt. 1322 e 1323 c.c. adempiono, dunque, ad una funzione ben precisa: quella di impedire al giudice interno di dichiarare nullo un accordo per il solo fatto che esso non rientri in nessuno dei tipi disciplinati dalla *lex fori*⁽¹¹⁾. E, una volta superata la barriera causale, il *contratto atipico* - dal punto di vista della *lex fori* ma tipico del commercio internazionale e quindi elemento fondamentale della *lex mercatoria* - vive giuridicamente nell'ordinamento interno alle stesse condizioni degli altri contratti legislativamente tipizzati. In tale contesto si realizza l'uniformazione spontanea del diritto del commercio internazionale.

In Italia, peraltro, il fenomeno era particolarmente visibile prima dell'entrata in vigore della disciplina in materia di tutela del consumatore. Per contratto, infatti, i mezzi di comunicazione di massa hanno dato vita ad un codice di autodisciplina pubblicitaria devolvendo le controversie insorte tra le parti e tra queste ed i consumatori ad un apposito *Giuri* di autodisciplina⁽¹²⁾. Ma il contenuto del contratto su cui poggia l'autodisciplina

⁽⁸⁾ V. art. 1322 c.c. su cui da ultimo Cass., 21 ottobre 1994, n. 8657, in *Vita not.*, 1996, I, pp. 77-101, con nota di Russo TOMMASO, *Il contratto di ormeggio tra atipicità contrattuale, tipizzazione social-giurispriudenziale e interpretazione di buona fede*; nonché sulle c.d. *paramount clauses* Cass. sez. I, civ., 20 dicembre 1995, n. 13018, in *Giust. civ.*, 1996, I, p. 691, con nota di GARIGOLI, *Rilevanza dell'autonomia privata nella realtà normativa del trasporto marittimo internazionale di merci*, in cui la Cassazione ha stabilito che l'inserimento della clausola *Paramount* in un contratto di *charter party* comporta il recepimento contrattuale della Convenzione di Bruxelles del 25 agosto 1924 in materia di polizza di carico, nel rapporto tra le parti originarie del contratto. In *La nuova lex mercatoria*, op. cit., p. 258, chi scrive propone, ai fini del giudizio di meritevolezza ex art. 1322 c.c., un'analisi bidirezionale rivolta sia alla tipizzazione statale del contratto ricavabile dagli ordinamenti statali di civiltà giuridica affine, sia alla prassi del commercio internazionale con particolare riferimento alla giurisprudenza arbitrale.

⁽¹¹⁾ SACCO, DE NOVA, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile* diretto da SACCO.

⁽¹²⁾ GALGANO, *Diritto ed economia alle soglie del nuovo millennio*, cit., p. 189 s.

⁽⁹⁾ GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, I, p. 142 s.; SACCO, voce *Autonomia nel diritto privato*, in *Dig. disc. civ.*, pp. 517-523; S. PUGLIATTI, *Autonomia privata*, in *Enc. dir.*, IV, pp. 366-369; P. BARCELLOANA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969; e, tra una letteratura vastissima, da ultimi F. SCHLESINGER, *L'autonomia privata e i suoi limiti*, in *Giur. it.*, 1999, pp. 229-232; FRANZESSE, *Contratto, negozi e lex mercatoria tra autonomia ed eteronomia*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, pp. 771-800; nonché MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, Relazione al XVI convegno dell'Associazione per gli scambi culturali tra giuristi italiani e tedeschi, Brema 11-13 ottobre 1996, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, I, pp. 1-20; G. SICCHIERO, *Il contratto con causa mista*, Padova, 1996 p. 38 ss.; A. SOMMA *Autonomia privata* in *Riv. dir. civ.*, 2000, pp. 597-229; G.B. FERRI, C. ANGELICI, *Studi sull'autonomia dei privati*, Torino, 1971; E. GABRIELLI, *I contratti in generale*, I, 1999, p. 48 ss.; F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, 2ª ed.; in *Trattato di dir. civ. e comm.* coordinato da P. SCHLESINGER, MILANO, 2002, p. 433 ss. *correnza nel Diritto italiano*, in *Riv. dir. comm.*, 2002, p. 433 ss.

⁽⁹⁾ GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, cit., p. 142.

na pubblicitaria è, solo dal punto di vista formale, un fenomeno generato-
si all'interno dell'ordinamento italiano. Il contenuto di quel contratto, in-
fatti, lungi dall'essere originale, ripete quello di altri atti redatti presso la
Camera di Commercio Internazionale dalla *societas mercatorum* degli
operatori pubblicitari del mondo, sin dal lontano 1937, allo scopo di unifor-
care e di disciplinare le «pratiques loyales en matière de publicité».

4. - Una comparazione tra la disciplina del contratto interno e quella
del contratto internazionale evidenzia la più grande estensione del princi-
pio di autonomia in materia contrattuale-transnazionale rispetto a quella
riconosciuta dal legislatore per il contratto interno.

Le esigenze del commercio internazionale, infatti, hanno imposto ai
singoli Stati una crescente diversificazione della disciplina del principio di
autonomia contrattuale al fine di consentire la partecipazione dei singoli
al traffico giuridico transnazionale⁽¹³⁾. A monte della diversificazione del-

(13) V. già BATTIFOL, *Les conflits de lois en matière de contrats. Etude de droit internatio-
nal privé comparé*, Paris, 1938, p. 13: «Le commerce international a ses nécessités, différen-
tes de celles du commerce interne». La risoluzione di Basilea del 26 agosto-3 settembre
1991, in materia di «autonomia della volontà delle parti nei contratti internazionali stipula-
ti tra persone private» facendo un esplicito riferimento alle fattispecie caratterizzate da
scelta del diritto applicabile di tipo *statuale*, ammette, altrettanto espressamente nel proprio
preambolo, l'esistenza di scelte del diritto *astutiale* caratterizzate dall'applicazione di «nor-
me di diritto» (*règles de droit*) nei procedimenti arbitrali. Infatti, nella risoluzione si stabi-
sce, *inter alia*, quanto segue: «Soulignant l'importance primordiale du droit international
privé pour le développement du commerce et des relations entre les personnes privées sur
le plan international; Considérant que l'autonomie de la volonté des parties est l'un des
principes de base du droit international privé; Reconnaissant que l'autonomie de la volonté
des parties est également consacrée comme liberté individuelle par plusieurs conventions
et par diverses résolutions des Nations Unies; Réserveant, de manière générale et notam-
ment dans les procédures arbitrales, la question du choix par les parties et de l'application
de règles de droit autres que les lois étatiques... Omissis... art. 2. Les parties ont le libre
choix de la loi applicable à leur contrat. Elles peuvent convenir de l'application de tout droit
étatique. Aux fins de la présente résolution, une unité territoriale est assimilée à un Etat
lorsqu'elle dispose d'un droit matériel des contrats. La loi choisie par les parties s'applique
à l'exclusion de ses règles de conflit, sauf volonté expresse contraire. art. 3. Le choix de la
loi applicable résulte de l'accord des parties. En l'absence d'un accord expresse, ce choix
doit résulter de circonstances significatives qui indiquent clairement la volonté des parties.
Lorsque le contrat n'est pas valable selon la loi choisie par les parties, le choix de cette loi
est privé de tout effet. art. 4. L'existence et la validité du consentement des parties quant au
choix de la loi applicable sont déterminées conformément à la loi désignée par les parties.
Toutefois, la partie qui ne répond pas à l'offre de conclure un contrat peut demander que
les effets de son silence soient régis par le droit de l'Etat dans lequel elle a sa résidence na-
bituelle. art. 5. La loi applicable peut être désignée par les conditions générales du contrat

l'estensione del principio di autonomia si colloca un'ulteriore considera-
zione - nota, in realtà, sin dai tempi del Molinaeus - da cui discendono
importanti conseguenze. Mentre nell'esercizio dell'autonomia contrattua-
le «interna» le parti non dispongono della legge applicabile⁽¹⁴⁾, ciò, inve-
ce, avviene tipicamente nei contratti transnazionali ove la volontà delle
parti si proietta anche nella sfera della determinazione della giurisdizione
e della *lex contractus*.

4.1. - Proiettata sul piano internazionalprivatistico, l'autonomia con-
trattuale di diritto interno (di scegliere un contratto atipico, di determina-
re il contenuto del contratto e di concludere contratti atipici) si arricchisce
di un'ulteriore dimensione, quella conflittualistica, dimensione che, col-
locandosi a monte rispetto a tutte le altre, finisce con l'assorbirle e deter-
minarne i confini. La volontà, in questo contesto, funge da criterio di col-
legamento e la funzione della volontà espressa nel contratto transazio-
nale si estrinseca nell'individuare l'ordinamento a partire dal quale deter-
minare l'esatta estensione delle obbligazioni delle parti⁽¹⁵⁾.

pourvu que les parties aient consenti à celles-ci. Ce consentement doit être exprimé par
écrit, ou d'une manière conforme aux habitudes établies entre les parties, ou selon les usa-
ges professionnels dont elles ont connaissance. art. 6. Les parties peuvent, après la conclu-
sion du contrat, choisir la loi applicable ou modifier leur choix antérieur. Elles sont libres
de donner un effet rétroactif à ce choix, sous réserve des droits acquis par des tiers... Omissis... art. 8. Si les parties conviennent que la loi choisie doit être entendue comme celle en
vigueur au moment de la conclusion du contrat, ces dispositions seront appliquées comme
clauses matérielles incorporées dans le contrat; si, toutefois, cette loi a été modifiée ou
abrogée des règles qui entendent impérativement régir les contrats en cours, ces règles doi-
vent être appliquées. art. 9. La loi choisie s'applique sans préjudice des dispositions de la loi
du for qui régissent impérativement la situation, qu'elle que soit la loi applicable au con-
trat. S'il y a lieu de prendre en considération les dispositions impératives, au sens du para-
graphe précédent, d'un droit autre que la loi du for ou la loi choisie par les parties, ces di-
positions ne peuvent écarter l'application de la loi choisie que s'il existe un lien étroit en-
tre le contrat et le pays de ce droit et que si elles poursuivent des fins généralement ac-
ceptées par la communauté internationale».

(14) Fatta salva l'ipotesi contemplata dall'art. 3, paragrafo 3, della Convenzione di Roma
del 1980 su cui parte della dottrina ritiene ci si trovi in presenza di un contratto interno, non
ritenendo sufficiente per l'«internazionalizzazione» del contratto la sola scelta del diritto
applicabile al di fuori dell'ordinamento in cui convergono gli altri punti di collegamento.
Altra parte della dottrina ritiene, tuttavia, ci si trovi comunque in presenza di un rapporto
dotato di un elemento di estraneità e quindi dinanzi ad un contratto transnazionale.

(15) Su tali aspetti si vedano in generale BALLADORE FALLIERI, *L'autonomia dei con-
tratti nel diritto internazionale privato*, in *Dir. int.*, 1963, I, p. 158 s.; Id., *Diritto internazio-
nale privato*, Padova, 1956, p. 134 s.; VENTURINI, *Diritto internazionale privato*, Padova, 1956, p.

principio che esprime tutto il proprio vigore nell'ambito dei contratti *business to business*. In base ad esso «il contratto è regolato dalla legge scelta dalle parti», con ciò intendendosi che la libertà di scelta della *lex contractus*, ad opera dei contraenti, può investire qualunque ordinamento statale (perfino di uno Stato non contraente ai sensi dell'art. 2), anche non oggettivamente collegato alla fattispecie, fatto salvo il correttivo a scopo «antielusivo» di cui al paragrafo 3. Inoltre, attraverso l'art. 15 della Convenzione medesima si precisa che l'ordinamento statale richiamato va inteso riferito esclusivamente alle norme giuridiche materiali in vigore escludendo con ciò dall'ambito dell'autonomia contrattuale l'ipotesi dell'*electio iuris* di un diritto abrogato nonché il c.d. rinvio⁽²⁰⁾.

La medesima Convenzione prevede anche la possibilità di scelte parziali nel quadro del c.d. *depeçage* che porta alla diversificazione delle leggi applicabili a clausole o a gruppi di clausole contrattuali.

Quanto alle *modalità* della scelta della *lex contractus*, oltre alla scelta positiva espressa viene prevista anche quella *implicita* qualora la manifestazione di volontà in ordine all'*electio iuris* risulti «in modo ragionevolmente certo dalle disposizioni del contratto o dalle circostanze».

Quanto al *momento* della scelta - ulteriore dimensione del principio di autonomia contrattuale di d.i.p.r. - l'*electio iuris*, sia essa espressa o tacita, può avvenire anche dopo la conclusione del contratto nella misura in cui si tratti, evidentemente, della volontà comune dei contraenti e non di quella di uno di essi⁽²¹⁾.

In caso di *assenza* di scelta (esplicita o implicita) della *lex contractus*, alla mancata esplicitazione del principio di autonomia soccorrono altre norme della Convenzione di Roma (art. 4) le quali sottopongono la fatti-

(20) L'art. 15 stabilisce che, quando la «convenzione prescrive l'applicazione della legge di un Paese, essa di riferisce alle norme giuridiche in vigore in questo Paese, ad esclusione delle norme di diritto internazionale privato». Viene dunque esclusa, in materia contrattuale, la possibilità sia del «rinvio indietro», che del «rinvio oltre», che hanno luogo rispettivamente nel caso in cui le norme di conflitto dell'ordinamento statale richiamato richiedano la soluzione della controversia alla legge del foro (rinvio indietro) oppure a quella di uno stato terzo (rinvio oltre). Cfr. BARATTA, *op. cit.*, p. 257.

(21) Su questo punto, con riferimento al regime prevalente, la Cassazione, con sentenza n. 1680 del 28 giugno 1966, aveva adottato una soluzione opposta affermando che una volta che le parti abbiano determinato, ai sensi dell'art. 25 disp. gen., la legge regolatrice del loro contratto, devono ritenersi irrilevanti le successive pattuizioni tra le stesse parti intese a modificare tale primitiva designazione. Nello stesso senso v. Cass. 11 giugno 1986, n. 3873. In argomento v. VITTA, *La convenzione C.E.E. sulle obbligazioni contrattuali e l'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1981, p. 841.

specie contrattuale all'ordinamento del Paese con il quale presenta il collegamento più stretto. Segue un sistema di presunzioni volte a permettere la non sempre agevole individuazione dell'ordinamento con cui la fattispecie è oggettivamente collegata facendo riferimento prevalentemente ai criteri del luogo di residenza abituale o della sede dell'amministrazione centrale della parte che deve fornire la prestazione caratteristica⁽²²⁾. Si tratta in tutti questi casi di effetti ricolligati dalla Convenzione all'assenza di manifestazione di volontà delle parti che, come tali, superano i limiti imposti al presente scritto⁽²³⁾.

Rientrano, invece, nel discorso sull'autonomia contrattuale le disposizioni della Convenzione di Roma in materia di contratti conclusi con i consumatori, nonché di contratti di lavoro ove le parti abbiano manifestato la loro volontà di designare la *lex contractus*. Per tali fattispecie sorge la questione di stabilire se, data la peculiarità di quei rapporti, valgano considerazioni diverse rispetto a quelle evidenziate all'art. 3 della Convenzione di Roma⁽²⁴⁾. Orbene, a differenza delle soluzioni precedentemente evidenziate, qui la sfera di autonomia contrattuale viene compressa al fine di realizzare forme di tutela internazionalprivatistica del contraente debole, cioè, rispettivamente, il consumatore ed il lavoratore. Inoltre, la tutela internazionalprivatistica del contraente debole si realizza, oltre che attraverso le norme di conflitto di legge anche attraverso quelle relative alla competenza giurisdizionale contenute nel regolamento (CE) n. 44/2001⁽²⁵⁾.

I contratti internazionali del consumatore vengono definiti alla stregua di quei rapporti aventi per oggetto la fornitura di beni mobili materiali o di servizi (e i contratti destinati al finanziamento di tali forniture) pei-

(22) Norme speciali sono previste dalla convenzione relativamente a fattispecie puntualmente evidenziate. Così, quando il contratto ha per oggetto un bene immobile, si presume che la legge applicabile sia quella del Paese in cui è situato l'immobile (*lex rei sitae*) mentre per i contratti di trasporto di merci, la legge applicabile è quella del luogo di carico o scarico o della sede principale del vettore.

(23) In argomento cfr. BARATTA, *Il collegamento più stretto nel diritto internazionale privato dei contratti*, Milano, 1991.

(24) Cfr. art. 5 e 6 della Convenzione di Roma.

(25) Regolamento (CE) n. 44/2001 del Consiglio, del 22 dicembre 2000, relativo alla competenza giudiziaria, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, che sostituisce la convenzione di Bruxelles del 1968, la cui versione consolidata è stata pubblicata nella *G.U.C.E.* n. C. 27, 26 gennaio 1998, pp. 1-18. La convenzione di Bruxelles del 1968 resta nondimeno in vigore per le relazioni tra la Danimarca e gli altri Stati membri.

un uso che può considerarsi estraneo all'attività professionale. Per tali rapporti, ai sensi dell'art. 5 della Convenzione di Roma e in deroga al precitato art. 3 «la scelta ad opera delle parti della legge applicabile non può aver per risultato di privare il consumatore della protezione garantita dalle disposizioni imperative della legge del Paese nel quale risiede abitualmente: - se la conclusione del contratto è stata preceduta in tale Paese da una proposta specifica o da una pubblicità e se il consumatore ha compiuto nello stesso Paese gli atti necessari per la conclusione del contratto o se l'altra parte o il suo rappresentante ha ricevuto l'ordine del consumatore nel Paese di residenza o se il contratto rappresenta una vendita di merci e se il consumatore si è recato dal Paese di residenza in un Paese straniero e vi ha stipulato l'ordine, a condizione che il viaggio sia stato organizzato dal venditore per incitare il consumatore a concludere una vendita». Tali tipi di contratto sono regolati dal principio di autonomia della volontà, ma la scelta della *lex contractus* operata dalle parti non può avere per risultato di danneggiare il consumatore, privandolo della protezione garantita dal diritto del Paese in cui risiede abitualmente, soluzione che si allinea con quella già prevista dagli artt. 13 ss. della Convenzione di Bruxelles ed ora presente agli artt. 15-17 del regolamento n° 44/2001 realizzando così un coordinamento tra i criteri per individuare il giudice competente e la legge applicabile⁽²⁶⁾. Così facendo, si favorisce l'accesso alla giustizia da parte del consumatore consentendogli di agire in giudizio dinanzi al giudice del luogo in cui risiede e di beneficiare dello «scudo» delle disposizioni imperative della *lex fori*, qualunque sia stata la scelta della legge applicabile al contratto.

Un modello di tutela analogo viene previsto per il contratto individuale di lavoro - cui possiamo solo accennare in questa sede - ove, ai sensi dell'art. 6 della Convenzione di Roma, la scelta ad opera delle parti della *lex contractus* non vale a privare il lavoratore della protezione assicurata dalle norme che regolerebbero il contratto in mancanza di tale scelta e cioè le disposizioni della legge del Paese in cui il lavoratore svolge abitualmente il suo lavoro, ovvero la legge del Paese in cui si trova la sede che ha proceduto all'assunzione del lavoratore, ovvero il Paese con il quale il contratto di lavoro presenta un collegamento più stretto⁽²⁷⁾.

Al di là delle ipotesi ora evidenziate, l'autonomia contrattuale subisce

(26) In argomento v., *ante litteram*, ZANOBETTI, *La protezione del consumatore e disciplina della giurisdizione nella CEE*, in JAYME, PICCHIO FORLATI, *Giurisdizione e legge applicabile ai contratti nella CEE*, cit., p. 61 ss.

(27) A tale disposizione corrispondono gli artt. 18-21 del reg. 44/2001.

sempre gli ulteriori limiti delle norme di applicazione necessaria e dell'ordine pubblico internazionale.

Nel primo caso ci si riferisce a quelle norme sostanziali funzionalmente limitate poste a salvaguardare l'organizzazione politica, sociale ed economica dello Stato del foro⁽²⁸⁾. Tali norme predispongono diretta-

(28) Cfr. art. 17 della l. 31 maggio 1995, n. 218. Secondo la celebre definizione di PH. FRANCESCAXIS, le norme di applicazione necessaria sono «*les lois dont l'observation est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale et économique du pays*» in ID., *Quelques précisions sur les lois d'application immédiate et leurs rapports avec les règles de conflit des lois*, in *Rev. crit. dip.*, 1966, p. 1. In argomento v., tra una letteratura vastissima: AGO, *Lezioni di diritto internazionale privato*, Milano, 1939, p. 303 s.; RABEL, *The conflict of laws. A comparative study*, Chicago, II, 1945, p. 558 s.; NEUMAYER, *Autonomie de la volonté et dispositions impératives en droit international privé des obligations*, in *Rev. crit. dip.*, 1957, p. 579 s.; BALLARINO, *Norme di applicazione necessaria e forma degli atti*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1967, p. 707 s.; NOVA, *I conflitti di leggi e le norme sostanziali funzionalmente limitate*, ivi, 1967, p. 699; SPERDUTI, *Norme di applicazione necessaria e ordine pubblico*, ivi, 1976, p. 473 s.; P. MENGIOZZI, *Norme di applicazione necessaria e progetto di Convenzione CEE sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (la Conflict of Laws Revolution attraverso l'oceano)*, in *Arch. Giur. F. Serafini*, 1979, p. 3 s.; PAU, *Le norme imperative nella Convenzione CEE sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, in *Riv. dir. int.*, 1982, p. 868 s.; TREVES, *Norme imperative e di applicazione necessaria nella convenzione di Roma del 19 giugno 1980*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1983, p. 25 s.; MENGIOZZI, *La convenzione Cee sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, il notato e le norme di applicazione necessaria, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1984, p. 165 s.; CASSONI, *Spunti in tema di norme di applicazione necessaria*, in *Giur. it.*, 1986, IV, p. 354 s.; MOSCONI, *Exceptions to the operation of choice of law rules*, in *RCADI*, 1989/V, v. 217, pp. 9-214; cfr. BUCHER, *L'ordre public et le but social des lois en droit international privé*, in *RCADI*, 1993/II, pp. 9-116; BATHFOL, P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, cit., I, 1993, p. 425 s.; LOWENFELD, *International litigation and the quest for reasonableness*, in *RCADI*, 1994/I, v. 245, pp. 9-320; FRIGO, *La determinazione della legge applicabile in mancanza di scelta dei contraenti e le norme imperative della Convenzione di Roma*, in SACERDOTI, FRIGO, *La Convenzione di Roma sul diritto applicabile ai contratti internazionali*, 2° ed., Milano, 1994, p. 21 s.; TREVES, art. 17 (*Norme di applicazione necessaria*), in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1995, n. BOSCHERO, artt. 14-17, in Barattati (a cura di), *Legge 31 maggio 1995, n. 218, in NLCC*, 1996, p. 1035 s.; HARTLEY, *Mandatory rules in international contracts: the Common Law approach*, in *RCADI*, 2° ed., cit., v. 266, pp. 337-426; CARBONE, LUZZATTO, *Il contratto internazionale*, 3° ed., cit., v. p. 103; BALLARINO, *Diritto internazionale privato 2° ed.*, cit., p. 187, il quale precisa che la caratteristica principale delle norme di applicazione necessaria è quella di «volere essere applicate anche quando il rapporto giuridico sul quale incidono è sottoposto ad un ordinamento straniero, in deroga a quanto previsto dalle norme di conflitto bilaterali». V. inoltre AUDIT, *Diritto internazionale privato*, Paris, 1997, p. 97 s.; BONOMI, *Le norme imperative nel diritto internazionale privato*, Zurich, 1998, p. 1 ss.; MINGHORINO, *Norme di applicazione necessaria del foro e convenzioni di diritto internazionale privato*, in *Studium iuris*, 1998, p. 109 s.; MAYER, *Lois de police*, in *Rép. dr. int.*, 1998; cfr. LOUSOUARN, BOUREL, *Diritto internazionale privato*, cit., 1999, p. 128 ove viene criticata la definizione

mente la disciplina sostanziale applicabile a determinate fattispecie, neutralizzando il funzionamento normale delle norme di conflitto⁽²⁹⁾. Trattasi, dunque, di norme autofinite in quanto il loro campo di applicazione è stabilito, in modo unilaterale, dall'ordinamento statale di cui risultano espressione.

Le norme di applicazione necessaria, costituiscono, così, un limite al funzionamento del diritto internazionale privato del foro (c.d. *fattori di interferenza*), limite che interferisce con l'applicazione del diritto straniero richiamato dalla norma di conflitto; per le medesime ragioni vanno considerate come un limite al principio di autonomia della volontà in senso internazionale-privatistico.

Tali considerazioni trovano particolare rilievo nel sistema della Convenzione di Roma del 1980. Qui, infatti, il principio della autonomia della volontà subisce il limite delle norme imperative e di quelle di applicazione necessaria⁽³⁰⁾. Le prime, variamente configurate agli articoli 3, paragrafo 3; 5 paragrafo 2 e 6 paragrafo 1, della predetta Convenzione, intervengono, rispettivamente, come limite all'applicazione della legge scelta dalle parti qualora tutti gli altri dati di fatto si riferiscano ad un unico Paese; in materia di contratti conclusi con i consumatori ed in materia di contratto individuale di lavoro.

Le norme di applicazione necessaria costituiscono, invece, un limite all'applicazione del diritto straniero e vengono individuate all'art. 7 della Convenzione citata, ripartendosi tra norme appartenenti alla *lex fori* e norme appartenenti ad ordinamenti statali terzi.

di Francescakis per la sua vaghezza proponendo un approccio casistico; TROMBETTA PANIGADI, *Le norme di applicazione necessaria nel nuovo sistema italiano di diritto internazionale privato*, *Studium Iuris*, 1999, p. 750 s., Id., *Legge regolatrice del contratto e rilevanza di norme di altri ordinamenti: ordine pubblico e norme di applicazione necessaria*, in CENDON, *Il diritto privato nella giurisprudenza*, I, 2000, pp. 240-249; MOSCONI, *Diritto internazionale privato*, 2^a ed., cit., p. 174 s., p. 244 s.

⁽²⁹⁾ B. AUDIT ha efficacemente osservato che: «on parle de lois de police pour désigner le mécanisme d'application d'une règle interne à une situation internationale en fonction de sa volonté d'application et indépendamment de sa désignation par une règle de conflit», *Droit international privé*, cit., p. 97.

⁽³⁰⁾ A tale proposito è appena il caso di ricordare che, nei testi ufficiali della Convenzione di Roma si individuano le accezioni *dispositions impératives* e *lois de police*; nel testo tedesco *zwingende Bestimmungen* e *zwingende Vorschriften*, mentre la versione inglese della Convenzione di Roma impiega in ambedue i casi il termine di *mandatory rules*. Poiché anche nel testo italiano della Convenzione di Roma viene impiegato il termine di «norme imperative», la distinzione tra norme imperative e norme di applicazione necessaria deve ritenersi implicita.

In relazione alla prima categoria di norme l'art. 7, paragrafo 2, della Convenzione di Roma, stabilisce che:

La presente Convenzione non può impedire l'applicazione delle norme in vigore nel Paese del giudice, le quali disciplinano imperativamente il caso concreto indipendentemente dalla legge che regola il contratto.

Trattasi, dunque, di norme a colorazione fortemente imperativa appartenenti all'ordinamento del giudice adito, applicabili a rapporti transnazionali a prescindere dalla tipologia di *lex contractus*.

Più complesso è, invece, il caso delle norme di applicazione necessaria appartenenti ad ordinamenti statali terzi, cui fa riferimento l'art. 7, paragrafo 1, della Convenzione:

Nell'applicazione, in forza della presente Convenzione, della legge di un Paese determinato potrà essere data efficacia alle norme imperative di un altro Paese con il quale la situazione presenti uno stretto legame, se e nella misura in cui, secondo il diritto di quest'ultimo Paese, le norme stesse siano applicabili quale che sia la legge regolatrice del contratto. Ai fini di decidere se debba essere data efficacia a queste norme imperative, si terrà conto della loro natura e del loro oggetto nonché delle conseguenze che deriverebbero dalla loro applicazione o non applicazione⁽³¹⁾.

La disciplina ora evidenziata prevede non un obbligo, bensì un mero potere discrezionale del giudice nel dare efficacia alle norme di applicazione necessaria di ordinamenti diversi da quello della *lex fori*. Piuttosto, sull'applicazione dell'art. 7, paragrafo 1, è stata espressa un'apposita riserva da parte della Gran Bretagna e della Germania, ma non dall'Italia. Ciò non giova alla solidità della regola in esame, posto che gli esempi di efficacia di norme di applicazione necessaria di Stati terzi, in giurisprudenza, vengono tratti principalmente da quegli ordinamenti⁽³²⁾. Eppure, la *ratio* della norma *de qua* merita grande rilievo, posto che, come ebbe ad osservare la Cassazione olandese nel celebre caso *Alnati*, nonostante la legge applicabile si imponga alle parti di un contratto a carattere internazionale

⁽³¹⁾ Corsivo aggiunto.

⁽³²⁾ Trattasi principalmente dei casi *Regazzoni v. Seitha* e di *Allgemeine Versicherungs-Gesellschaft v. E. K.* (caso delle statuettes nigeriane), cfr. *Relazione sulla Convenzione relativa alla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali* (Relazione Giuliano-Lagarde), in G.U.C.E., C 282, 31 ottobre 1980, p. 1 s., sub art. 7. All'art. 7 della Convenzione di Roma corrisponde l'art. 18 della LDIP svizzera. In argomento v. VON OVERBECK, *Le norme di applicazione necessaria*, in Broggin (a cura di), *Il nuovo diritto internazionale privato in Svizzera*, Milano, 1990, p. 23 s.

«può accadere che, per uno Stato estero, l'osservanza di alcune di tali norme, anche al di fuori del suo territorio, abbia un'importanza tale che i giudici... debbano tenerne conto e quindi applicare le norme stesse con priorità rispetto al diritto di un altro Stato che sia stato scelto dalle parti per regolare il contratto»⁽³³⁾. Ammettendo allora, per un istante, l'ipotesi che la *lex mercatoria* possa costituire oggetto di richiamo internazionale privatistico, tramite la Convenzione di Roma, si otterrebbe automaticamente la soggezione della medesima, alle norme di applicazione necessaria al pari di qualunque altro diritto straniero di tipo statale⁽³⁴⁾.

Dalle considerazioni appena esposte si evince che, qualora si ammetta, nella nozione di «diritto straniero» richiamato dalle norme di conflitto del regolamento comunitario destinato ad assorbire la Convenzione di Roma, la *lex mercatoria* e i Principi Unidroit, si ha che l'autonomia contrattuale espressa in senso internazionalprivatistico - e quindi la scelta del diritto applicabile - resta comunque soggetta alle «interferenze» delle norme di applicazione necessaria e di quelle norme imperative che, nel sistema della Convenzione di Roma, bilanciano il liberalismo insito nello sganciamento dell'ordinamento competente per volontà delle parti da quello cui il contratto è strettamente collegato dal punto di vista oggettivo⁽³⁵⁾.

A conferma delle osservazioni che precedono soccorre, fra l'altro, l'art. 1.4 dei Principi Unidroit, secondo il quale:

Nessuna disposizione di questi Principi è intesa a limitare l'applicazione delle norme imperative di origine nazionale, internazionale o sovranazionale, applicabili secondo le norme di diritto internazionale privato.

⁽³³⁾ Rel. Giuliano-Lagarde, *loc. cit.* Quanto detto, però, vale più per il giudice interno che per l'arbitro internazionale poiché quest'ultimo non pronuncia il lodo in nome di uno Stato determinato e quindi affronta il problema dell'efficacia delle norme di applicazione necessaria da un punto di vista parzialmente diverso da quello ora descritto.

⁽³⁴⁾ E qualora l'unico elemento di estraneità nella fattispecie fosse la scelta della *lex mercatoria* si avrebbe senz'altro la soggezione della stessa alle norme imperative dell'ordinamento statale competente ai sensi dell'art. 3, paragrafo 3, della Convenzione di Roma.

⁽³⁵⁾ Mi riferisco agli artt. 3, paragrafo 3; 5, paragrafo 2, e 6, paragrafo 1, della Convenzione di Roma del 1980: norme che, appunto, consentono di ridimensionare la portata della scelta di legge, di cui all'art. 3, riequilibrando il principio di autonomia contrattuale (asunto in senso internazionalprivatistico) con le norme imperative dell'ordinamento altrimenti competente qualora si verificasse la convergenza degli elementi oggettivi del contratto verso un unico ordinamento, ovvero si trattasse di contratti conclusi con un consumatore o con un lavoratore.

Ed anche su scala internazionale-regionale, è certo con formulazione non particolarmente felice - così si esprime:

Quando la legge applicabile lo consente, le parti possono decidere che il contratto sia regolato dai Principi: in tal caso le norme imperative nazionali non sono applicabili. In ogni caso troveranno applicazione quelle norme imperative della legge nazionale, del diritto sovranazionale e internazionale la cui applicabilità, secondo le norme proprie di diritto internazionale privato, non dipende dalla legge che regola il contratto.

Nel commento ufficiale a quest'ultimo articolo si parla a vario titolo di *norme imperative*, *norme imperative dei Principi* e *norme imperative di applicazione diretta*, impiegando contestualmente categorie concettuali diverse, nella illusoria convinzione della inderogabilità intrinseca delle norme imperative dei PECL. Ma, come è stato acutamente rilevato, l'imperatività autodichiarata da alcune norme dei Principi Unidroit e dei PECL, al momento attuale, distinta da quella del diritto statale o di una convenzione internazionale di diritto uniforme⁽³⁶⁾. Né poi è possibile spiegare la particolare coerenza dei Principi sulla base dell'esistenza di particolari norme imperative della *lex mercatoria* in quanto la dottrina letteraria ha sviluppato solo la nozione dell'ordine pubblico transnazionale⁽³⁷⁾. La natura e la funzione delle norme di applicazione necessaria si comprende, infatti, solo alla luce di una determinata politica legislativa statale o di un accordo intergovernativo cui segue un impulso prece-

⁽³⁶⁾ GIARDINA, *Les Principes d'Unidroit sur les contrats internationaux*, in *JDI*, 1995, p. 547 s.; spec. p. 550. Le norme che i Principi autodichiarano imperative sono ad es. l'art. 1.7 in materia di buona fede; le norme del capitolo 3 sulla validità sostanziale, salvo quelle in materia di errore e di impossibilità iniziale; quelle dell'art. 5.7, paragrafo 2, in materia di determinazione del prezzo; dell'art. 7.4.13, paragrafo 3, in materia di indennità per inadempimento contrattuale; nonché l'art. 7.1.6 in materia di clausole di esonerazione di responsabilità. Sul punto cfr. BONELLI, *Un «codice» internazionale per il diritto dei contratti*, Milano, 1995, p. 72 s.

⁽³⁷⁾ V. in particolare DEBAINS, *L'ordre public et le droit applicable au fond du litige dans l'arbitrage international*, in *Rev. Arb.*, 1986, pp. 375-414; LALIVE, *Ordre public transnational (ou réellesment international) et arbitrage international*, *Rev. Arb.*, 1986, p. 329; LANDO, *The Lex Mercatoria in International Arbitration*, in *ICLQ*, 1985, p. 765; WEIGAND, *Evading EC Conventional Law by Resorting to Arbitration?*, in *Arb. Int.*, 1993, pp. 249-258; BLESSING, *Mandatory rules of law versus party autonomy in international arbitration*, in *J. Int. Arb.*, 1997, p. 24 s.; KAHN, *Les Principes d'Unidroit comme droit applicable aux contrats internationaux*, in BONELLI, BONELLI, *Contratti commerciali internazionali e Principi Unidroit*, cit., p. 39 s.; LANDO, *The Role of Party Autonomy and the Relevance of Usages*, ivi, pp. 107-122; DROBING, *Protection of the weaker party*, ivi, p. 215 s.; FONTAINE, *Du droit «mou»... impératif?*, in *Etudes offertes à Barthélemy Mercadal*, Paris, 2002, pp. 159-167.

tivo che diviene parte dell'ordine economico internazionale (38). L'imperatività dei Principi Unidroit o dei PECL è dunque destinata a soggiacere alla volontà delle parti.

Va ricordato, altresì, che un'ulteriore limite all'autonomia privata è imposto dalla clausola generale dell'ordine pubblico.

Nella teoria generale del diritto internazionale privato, le norme a tutela dell'ordine pubblico costituiscono un'eccezione alle norme di conflitto di un dato ordinamento (statale), essendo poste esclusivamente a difesa degli interessi fondamentali dello Stato di cui il giudice è espressione (39).

Risulta difficile immaginare, in un'ottica comparatistica, l'unificazione mondiale della nozione di ordine pubblico, trattandosi, in definitiva, dell'ultimo baluardo dell'ordinamento statale opponibile all'ingresso di valori e di soluzioni ad esso aliene. Ogni Stato ha il suo patrimonio di valori e quindi il concetto dell'ordine pubblico è inesorabilmente destinato a variare nello spazio e nel tempo (40).

(38) In argomento v. PICCHIO FORLATI, *Economic Sanctions in International Law*, The Hague, 2002, p. 129 ss. ove ampi riferimenti.

(39) Cfr. tra una letteratura vastissima FIORE, *Trattato di diritto internazionale*, I, Torino, 1888, p. 63 s.; DIENA, *Sui limiti all'applicabilità del diritto straniero*, in *Studi Senesi*, 1898, p. 1 s.; HEALY, *Théorie générale de l'ordre public*, cit., p. 411 s.; ANZILOTTI, *Corso di lezioni di diritto internazionale (diritto privato)*, Roma, 1918, p. 163 s.; AGO, *Teoria del diritto internazionale privato*, Padova, 1934, p. 276 s. Tra la letteratura italiana recente v. BADIALI, *Ordine pubblico e diritto straniero*, Milano, 1962, *passim*; PALAIA, *L'ordine pubblico « internazionale »*, Padova, 1972, p. 1 s.; VITTA, *Diritto internazionale privato*, I, Torino, 1972, p. 371 s.; BARILE, *Principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e principi di ordine pubblico internazionale*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1986, pp. 5-20; ZICCARDI, *Disposizioni imperative e ordine pubblico nella Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, in *Foro pad.*, 1987, II, pp. 7-14; PICCHIO FORLATI, *Territorio giudiziario comunitario e insindacabilità del ricorso all'ordine pubblico: radicalizzazioni di segno opposto?*, in *Jus*, 1990, pp. 71-73; MOSCONI, *sub art. 16*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1995, pp. 979-986; in BOSCHIERO, *Commento all'art. 16*, in *Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato* (l. 31 maggio 1995, n. 218), in *NLCC*, 1996, n. 5-6, pp. 1046-1062; CARBONE, LUZZATTO, *I contratti del commercio internazionale*, in *Trattato di diritto privato* a cura di Rescigno, 2^a ed., Torino, 2000, p. 146 s.; MOSCONI, *Diritto internazionale privato e processuale*, cit., p. 165 s. che rileva come il fine principale della clausola di ordine pubblico consista nel « preservare l'armonia interna dell'ordinamento » precludendo l'applicazione di norme straniere « suscettibili di produrre effetti inaccettabili, ossia effetti non compatibili con i principi etici, economici, politici e sociali che condizionano il modo d'essere (degli istituti) del nostro ordinamento giuridico: in ogni campo della convivenza sociale, dalle relazioni familiari a quelle di lavoro e a quelle commerciali ».

(40) La consultazione dei primi corsi tenuti all'Accademia di diritto internazionale del-

Nell'ordinamento italiano, la categoria dell'ordine pubblico internazionale ha origine giurisprudenziale e tendenza evolutiva (41). L'evoluzione

l'Ala negli anni '20 ed il loro raffronto con la letteratura contemporanea consente di cogliere appieno l'evoluzione della nozione sia nel diritto internazionale privato generale che nel contesto arbitrale: cfr. HEALY, *Théorie générale de l'ordre public*, *RCADI*, 1925/IV, t. 9, pp. 407-558; nonché soprattutto BALLADORE PALLIERI, *L'arbitrage privé dans les rapports internationaux*, *RCADI*, 1935/I, t. 51, pp. 287-404, a cui cfr. RUNDSTEIN, *L'arbitrage international en matière privée*, *RCADI*, 1928/III, t. 23, pp. 327-462; adde GUGGENHEIM, *Les mesures conservatoires dans la procédure arbitrale et judiciaire*, in *RCADI*, 1932/II, t. 40, 1932, pp. 645-764; BOREL, *Les votes de recours contre les sentences arbitrales*, *RCADI*, 1935/II, t. 52, pp. 1-104; DE TAUBE, *Les origines de l'arbitrage international: Antiquité et Moyen Age*, *RCADI*, 1932/IV, t. 42, pp. 1-116; e, più in generale, VITTA, *La défense internationale de la liberté et de la moralité individuelles*, *RCADI*, 1933/III, t. 46, pp. 557-666. Cfr. altresì JOBARD-BACHELLIER, *De GROUPE DE LA PRABELLE*, voce *Ordre public international*, in *Juris. dr. int.*, t. 3: «partout l'appel à l'ordre public évoque des grands principes, des intérêts généraux, même, des valeurs très hautes - en un mot, l'ordre au sens le plus élevé du terme, dont chacun comprend l'importance et qui mérite certain sacrifices. Mais cet ordre, fondamentalement bénéfique, est "public" avant tout, les intérêts qu'il sert, les principes qui l'expriment, les valeurs qui l'inspirent ont l'autorité publique pour gardienne». Analoga definizione in CHESHIRE & NORTH, *Private international law*, 13th ed., London, 1999, p. 123, secondo i quali tale nozione tutela: « some moral, social or economic principle so sacrosanct... as to require its maintenance at all costs and without exception ». Contrariamente a quanto ritenuto da alcuni autori britannici, va distinta la nozione di norme di applicazione necessaria da quella dell'ordine pubblico in quanto risulta pacifico che se tutti i principi costitutivi dell'ordine pubblico costituiscono altrettante norme di applicazione necessaria, non è vero il contrario, v. *amplius* VAN DEN BERG (ed.), *Comparative arbitration practice and public policy in arbitration*, ICCA Congress Ser. n. 3, 1987, p. 1 s.; MAYER, *La sentence contraire à l'ordre public au fond*, in *Rev. arb.*, 1994, p. 615 s.; ZHULSOV, *Mandatory and public policy rules in international commercial arbitration*, in *NILR*, 1995, pp. 81-119; RACINE, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, Paris, 1999, *passim*.

(41) Si fa strada in modo sempre più nitido nella giurisprudenza italiana una nozione di ordine pubblico tesa ad individuare « principi comuni alle nazioni di civiltà affine ed intesi alla tutela dei diritti fondamentali dell'uomo » v. ad es. Cass. 24 novembre 1989, n. 5974. Sottorilevati c. Monass, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1991, p. 155s. V. in dottrina F. MOSCONI, *art. 16 - Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato: legge 31 maggio 1995 n° 218 - Commentario*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1995, p. 981; Id., *Exception to the operation of choice of law rules*, in *RCADI*, 1989/V, p. 9 ss.; BADIALI, voce *Ordine pubblico (diritto internazionale privato e processuale)*, in *Enc. giur.*, XXII, Roma, 1990; BARILE, voce *Ordine pubblico (diritto internazionale privato e processuale)*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, p. 1106 ss.; I principi fondamentali della comunità statale ed il coordinamento statale (l'ordine pubblico internazionale), Padova, 1969, *passim*; P. BENVENUTI, *Comunità statale, comunità internazionale e ordine pubblico internazionale*, in *Riv. dir. int.*, 1954, p. 82 ss.; Id., *Sul limite dell'ordine pubblico ed ordine pubblico interno*, in *Riv. dir. int.*, 1954, p. 82 ss.; Id., *Sul limite dell'ordine pubblico ed ordine pubblico interno*, in *Riv. dir. int.*, 1960, p. 303 s.; Id., *Norme di applicazione necessaria e ordine pubblico*, cit., p. 473 ss. Quest'ultimo autore ha visto in modo nitido la possibilità se non l'esigenza

giurisprudenziale della nozione dell'ordine pubblico internazionale può farsi risalire all'inizio degli anni '80, quando la Cassazione ha precisato che, a differenza dell'ordine pubblico interno, attinente all'insieme delle norme imperative, quello internazionale attiene a principi generali che sono espressione di esigenze fondamentali della società destinate a variare secondo il momento storico in cui si tratta di tenerne conto (42).

Tale elaborazione culmina nella sentenza dell'8 gennaio 1981, n° 189 (43) ove la Suprema Corte ha definito l'ordine pubblico interno come il complesso dei principi fondamentali caratterizzanti la struttura etico-sociale della comunità nazionale in un dato momento storico, distinguendo da esso l'ordine pubblico internazionale che è costituito dai principi comuni alle nazioni di civiltà affine, intesi alla tutela di alcuni diritti fondamentali dell'uomo. Tali principi risultano sanciti in Dichiarazioni o Accordi internazionali quali, ad esempio, la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 10 dicembre 1948, la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, del 4 novembre 1950 (44), il Patto internazionale del 16 dicembre 1966 relativo ai diritti civili e politici (45) nonché quello relativo ai diritti economici, sociali e culturali (46). Viene ulteriormente precisato che, mentre l'ordine pubblico interno costituisce un limite all'autonomia privata nell'ordinamento giuridico italiano, quello internazionale rileva come limite all'applicazione di norme straniere operanti nel nostro ordinamento per mezzo delle disposizioni di diritto internazionale privato. La mera difformità delle norme straniere da quelle italiane, incluse quelle incarnanti l'ordine pubblico interno non impedisce l'applicazione del diritto straniero. Quest'ultimo, infatti, subisce solo il limite dell'ordine pubblico internazionale (47).

che i principi costitutivi dell'ordine pubblico debbano rispondere a concezioni universalmente accettate ed essenziali per ogni convivenza umana e civile.

(42) Mi riferisco a Cass., 14 aprile 1980, n° 2414, *Facchinetti Morellini, Moresi c. Cortex Chemical*, in CAPOTORTI, STARACE, *La giurisprudenza italiana di diritto internazionale privato e processuale 1967-1990*, Milano, 1991, p. 1401 s.

(43) Cass. 8 gennaio 1981, n° 189, in *Riv. dir. int. proc.*, 1981, p. 787 s.

(44) Adottata a Roma, il 4 novembre 1950, ratificata dall'Italia con L. 4 agosto 1955, n. 848 (in G.U., 24 settembre 1955, n. 221), entrata in vigore per l'Italia il 26 ottobre 1955.

(45) Adottato a New York, il 16 dicembre 1966, ratificato dall'Italia con L. 25 ottobre 1977, n. 881 (in G.U., 7 dicembre 1977, supp. ord.), entrato in vigore per l'Italia il 15 dicembre 1978.

(46) Adottato a New York, il 16 dicembre 1966, entrato in vigore sul piano internazionale il 3 gennaio 1976, ratificato dall'Italia con L. 25 ottobre 1977, n. 881 (in G.U., 7 dicembre 1977, supp. ord.), entrato in vigore per l'Italia il 15 febbraio 1978.

(47) V. App. Genova, 24 maggio 1973, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1974, p. 139 s. ove si pre-

4.2. (Segue) - Ricollegandoci alle considerazioni innovative espresse nel libro verde della Commissione Europea, occorre ora chiedersi se la *lex mercatoria* e i Principi Unidroit possano, allo stato attuale del diritto positivo, valere come *lex contractus*.

La Convenzione di Roma del 1980 non prevede alcun riferimento espresso alla *lex mercatoria* ed anzi, sia i lavori preparatori, che la Relazione Giuliano-Lagarde sembrano escludere proprio questa specifica possibilità (48). Va osservato, altresì, che i lavori del Gruppo Europeo di diritto internazionale privato relativi alla riforma della Convenzione di Roma vanno nella medesima direzione anche se si evidenzia una crescente esitazione tra i membri (49).

cisa che l'ordine pubblico internazionale va assunto quale concetto più ristretto di quello interno; nonché Cass., 3 maggio 1984, n° 2682, in CAPOTORTI, STARACE, *op. cit.*, p. 1403 s.

(48) V. tra una letteratura vastissima BOSCHERO, voce *Obbligazioni contrattuali (diritto internazionale privato)*, in *Enc. dir.*, Agg. IV, 2000, pp. 801-855 e bibliografia ivi citata; SARAVALLE, *Commento all'art. 3*, in *Commentario alla Convenzione di Roma del 1980*, in N. 1995, p. 942 s.; Id., *Clauseole con scelta di legge variabile e convenzione di Roma del 1980*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1995, p. 17 s.; BALLARINO e BONOMI, *Sulla disciplina delle materie escluse dal campo di applicazione della convenzione di Roma*, in *Riv. dir. int.*, 1993, p. 939 s.; MANN, *The proper law of contract. An obituary*, in *L.Q.R.*, 1991, v. 107, p. 353 s.; RUGAUX, *Examen de quelques questions laissées ouvertes par la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles*, in *Col. dr. eur.*, 1988, p. 306 s.; un panorama del dibattito nel periodo della redazione della Convenzione di Roma si può reperire in NORRH (ed.), *Contract conflicts: EEC Convention on the law applicable to contractual obligations. A comparative study*, Amsterdam, 1982.

(49) V. il *compte-rendu* della riunione di Parigi del 20-22 settembre 2002, ove, rispetto all'ipotesi di modifica dell'art. 3 della Convenzione di Roma del 1980, viene riportato quanto segue: «Le débat a porté sur la portée du choix de la loi applicable et sur celle des modalités de son expression. Sur les deux points, le Groupe propose de laisser le texte inchangé, s'écartant des propositions du sous-groupe. 1. Choix de normes non étatiques Le sous-groupe propose une règle propre au choix de règles non étatiques, mais sans être parvenu à une position unanime. Après avoir rappelé que la doctrine majoritaire assimile le choix de normes non étatiques (*lex mercatoria*, principes Unidroit, principes de droit européen des contrats, loi étatique assortie d'une clause de stabilisation excluant les modifications de cette loi postérieures à la conclusion du contrat) à un simple choix de droit matériel, dépendant dès lors de la loi applicable, le sous-groupe a hésité — notamment en raison de l'incidence sur l'arbitrage — sur la nécessité de codifier cette interprétation en ajoutant, après la première phrase du paragraphe premier, la précision suivante: «La portée du choix d'un corps de règles non étatiques ou d'une loi étatique stabilisée au jour du contrat est déterminée par la loi étatique objectivement applicable au contrat». L'examen de cette proposition a donné lieu à un échange d'arguments de deux types, ceux qui constatent les faiblesses d'un choix de normes non étatiques et ceux qui soulignent leur capacité d'évolution. Les premiers ont trait soit à la légitimité soit à la complétude des normes non étatiques, no-

Secondo la dottrina internazionalistica prevalente, l'elezione della *lex mercatoria* corrisponde, nel sistema della Convenzione di Roma, alla fattispecie dell'assenza di scelta della legge applicabile ai sensi dell'art. 4 della Convenzione medesima⁽⁵⁰⁾. Si è evidenziato, in particolare, che il silenzio della Convenzione di Roma in merito a questioni di fondamentale importanza per il commercio internazionale sia da considerare senz'altro equivalente al rigetto da parte dei redattori delle soluzioni facenti riferimento a sistemi normativi non statuali in senso lato⁽⁵¹⁾. Allo stesso modo, si rifeva che l'assenza di riferimenti in merito alle note problematiche della «internazionalizzazione» o «delocalizzazione» dei contratti non può essere involontaria, data l'esperienza in materia di commercio internazionale tanto dei negoziatori della Convenzione quanto del gruppo di esperti governativi. Perciò, nel sistema della Convenzione di Roma, è, quindi, dinanzi al giudice di uno degli Stati in cui essa sia in vigore, la *lex mercatoria* non può assumere rilievo alla stregua di una legge applicabile bensì soltanto attraverso l'istituto degli *usi* ammesso dalla *lex contractus* statale preventivamente determinata⁽⁵²⁾. Quanto detto vale, peraltro, sia

tamment les principes européens du droit des contrats. Problème de légitimité puisque, quelle que soit la compétence des juristes rédacteurs de normes non étatiques, il paraît délicat, non d'accepter que des parties choisissent leur œuvre, mais de donner à celle-ci la même valeur qu'une loi étatique. Problème de complétude ensuite puisque, selon les principes susvisés eux-mêmes, il est renvoyé, pour les dispositions impératives, à la loi applicable, le choix de droit international privé étant ainsi liminaire. A ce constat s'oppose l'avenir prévisible, qui se veut ouverture. Ouverture d'abord vers l'évolution générale de l'Union européenne: comment peut-on encore parler de loi «étrangère» dans un texte appelé à devenir du droit communautaire, ce d'autant plus que ce qualificatif exclut tout choix de principes européens communs. Ouverture ensuite vers le reste du monde, et notamment l'unification du droit privé réalisée par exemple par la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises, la crainte étant que la nécessité d'un choix de loi applicable exclue celui d'un droit matériel.

(50) V. in particolare Treves (a cura di), *Verso una disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti*, Padova, 1983, con premessa ed osservazioni introduttive di CAPOTORTI e GIULIANO e contributi di GIARDINA, TREVES, MOSCONI, LUZZATTO, SACERDOTI, RADICCHI DI BROZOLO, BONELLI, PICCHIO FORLATI, PARISSOTTI, ZANELLI, MENGOLZI, ROMANELLI, BERLINGERI, VILLANI, POCAR, e ALPA. Cfr. BAXTER I., *International business and choice of law*, in *ICLQ*, 1987, p. 92 s.

(51) Vengono individuate tre questioni: quella del se e della misura in cui le parti possano richiamare le consuetudini e gli usi del commercio internazionale; del se si possa configurare un *contrat sans loi*, sottoposta solamente ai principi generali di diritto o del diritto internazionale; se sia possibile, infine, stabilizzare o cristallizzare nel tempo il diritto applicabile, v. GIARDINA, in Treves (a cura di), *Verso una disciplina...*, cit., p. 7.

(52) Ivi, pp. 8-9, secondo il quale «in una loro accezione minimalista, tali usi e consue-

nel caso in cui le parti volessero scegliere, esplicitamente o implicitamente, ordinamenti giuridici diversi da quelli statuali (ai sensi dell'art. 3 della Convenzione), sia, *a fortiori*, nell'ipotesi di assenza di scelta della legge applicabile (ex art. 4 conv. cit.). In base ai principi ispiratori della Convenzione di Roma del 1980, il principio di autonomia della volontà opera infatti solo come criterio di collegamento ad ordinamenti statali, nel senso che i limiti segnati dalle norme di conflitto prevedono solo che l'ordinamento straniero richiamato debba essere di diritto privato e debba possedere il requisito della statualità. In tal modo, anche qualora le parti avessero scelto come diritto applicabile un ordinamento che si autodichiari, conforme alla *lex mercatoria*, come ad esempio, la *Common law* inglese, tale scelta si rivelerebbe inefficace nella misura in cui il giudice sarebbe

tudini rappresentano una semplice integrazione di sistemi di origine essenzialmente legislativa o giurisprudenziale. In una loro accezione più pregnante e che ormai ha largo seguito in dottrina e nella giurisprudenza specialmente arbitrale, questi usi e consuetudini costituiscono ormai un vero e proprio sistema normativo, composta sia da principi che da regole di dettaglio, che non ha più bisogno dell'"aggancio" ad un sistema giuridico statale per poter regolare i rapporti contrattuali fra soggetti. Questo secondo modo di intendere la *lex mercatoria* appare certamente non utilizzabile nell'interpretazione della Convenzione. In effetti, il riferimento alla "legge del Paese" può essere considerato comprensivo di quegli usi e consuetudini del commercio, anche internazionale, che praticano gli operatori economici che in tale Paese si trovano. Diversamente non sembra ammissibile che le parti facciano rinvio ad usi e consuetudini del commercio senza collegarle ad un determinato Paese, senza subordinarle, cioè, alla loro vigenza quale diritto recepito ed applicato in un ordinamento statale. L'indicazione pura e semplice della sottoposizione del contratto ai soli principi generali o alla *lex mercatoria* equivale dunque, nell'ottica dell'art. 3 della Convenzione, ad una non scelta. Questo implica che il giudice o l'interprete dovranno procedere all'individuazione della legge regolatrice sulla base del principio generale e delle connesse presunzioni stabilite dall'art. 4 della Convenzione stessa». In senso conforme v. PICCHIO FORLATI, *La legge applicabile ai contratti di assicurazione*, in TREVES (a cura di), *Verso una disciplina comunitaria...*, cit., p. 152 s.; LORENZ, *Vom alten zum neuen internationalen schiedsgerichtlichen Recht*, in *IPRax*, 1987, p. 272 s.; SPICKOFF, *Internationales Handelsrecht vor Schiedsgerichten und staatlichen Gerichten*, in *RabelsZ*, 1992, p. 116 s., spec. pp. 133-134; nonché KASSIS, *Le nouveaux droit européen des contrats internationaux*, Paris, 1993, p. 373 s. che essendo uno dei più convinti oppositori della teoria della *lex mercatoria* saluta con grande soddisfazione la soluzione adottata nella Convenzione di Roma del 1980. In senso contrario v. CARBONE, *Il contratto senza legge e la Convenzione di Roma del 1980*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1983, pp. 279-287, e bibliografia ivi citata. V. altresì J. FOYER, *L'avant projet de Convention CEE sur la loi applicable aux obligations contractuelles et non contractuelles*, in *JDJ*, 1976, pp. 597-658, la mancata considerazione della *lex mercatoria* determina *ipso facto* l'esclusione di un gran numero di contratti dalla sfera di applicazione della convenzione. Tale posizione è stata tuttavia abbandonata dallo stesso autore in *Id.*, *Le contrat d'electio juris a la lumière de la Convention de Rome du 19 juin 1980*, in *Mélanges Louissouarn*, 1994, pp. 169-179.

unamato ad applicare non la *Law Merchant* bensì il diritto privato (statuale) vigente in Inghilterra, dando eventualmente rilevanza alla *lex mercatoria* solo in conformità a quanto disposto dall'ordinamento inglese.

L'esclusione della *lex mercatoria* e dei Principi Unidroit dalla nozione di legge applicabile posta dalla Convenzione di Roma non soddisfa, tuttavia, pienamente nella misura in cui, pur innovando rispetto all'impostazione internazionale privatistica classica⁽⁵³⁾, la Convenzione medesima ammette, nel caso di scelta espressa della *lex contractus* e nei limiti imposti dall'art. 3, paragrafo 3, la più ampia libertà di *electio iuris* a prescindere dall'eventuale presenza di elementi di collegamento con un ordinamento determinato⁽⁵⁴⁾. Inoltre, l'ammissione del *depeçage*, sia in caso di scelta espressa che di assenza di scelta della legge applicabile, unita all'ulteriore libertà delle parti rispetto al *tempus eligendi iuris*, è frutto di un liberalismo cieco ed operante solo a favore del diritto statale, nonostante le complicazioni che il *depeçage* comporta nel suo pratico operare⁽⁵⁵⁾.

A conferma di quanto detto si aggiunga che le scelte di fondo della Convenzione di Roma del 1980 sono in via di superamento nelle più moderne convenzioni internazionali portanti norme di conflitto uniformi in materia contrattuale, a favore di soluzioni transnazionali. È il caso, in particolare, della *Convenzione interamericana sulla legge applicabile ai contratti internazionali*, del 17 marzo 1994, varata recentissimamente nell'ambito della *quinta conferenza specializzata interamericana sobre derecho internacional privado* (c.d. CIDIP - V) tenutasi a Città del Messico⁽⁵⁶⁾. In detta

⁽⁵³⁾ Cfr. Ago, *Lezioni di diritto internazionale privato*, Milano, 1955, p. 47 s.; MORELLI, *op. cit.*, p. 61 s.

⁽⁵⁴⁾ Tale orientamento risulta pacifico in dottrina. V. ad es. VILLANI, *La convenzione di Roma sulla legge applicabile ai contratti*, Bari, 1997, p. 74 s.; BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, 3ª ed., Padova, p. 616 s.

⁽⁵⁵⁾ È difficile continuare a sostenere che si garantisce la certezza del diritto operando un *depeçage* che porta all'applicazione simultanea di tre o quattro ordinamenti. L'incertezza causata dai *depeçages* complessi è sicuramente maggiore dell'incertezza lamentata dai cittadini della *lex mercatoria* quando si discute dell'applicabilità di quest'ultima. Se poi il discorso si sposta sul piano dell'aderenza al fenomeno socio-economico che si vuole disciplinare il *depeçage* rivela tutta la propria artificialità a beneficio della *lex mercatoria* e, soprattutto, dei Principi Unidroit.

⁽⁵⁶⁾ Da ultimo v. p. DE MIGUEL ASENSIO, *Armonización normativa y régimen jurídico de los contratos mercantiles internacionales*, in *Dir. com. int.*, 1998, pp. 859-883; nonché amplius BERRU BRICENO, *Comentarios a la Convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales de México de 1994 en perspectiva comparada con la Convención de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales*, in *Dir. com. int.*, 1997, pp. 1003-1022; PEREZNETO CASTRO, *Introducción a la convención interamericana sobre derecho*

Convenzione viene opportunamente sostituito il termine *legge applicabile* con quello di *diritto applicabile* stabilendo, all'art. 7, in caso di scelta espressa delle parti, quanto segue:

El contrato se rige por el derecho elegido por las partes. El acuerdo de las partes sobre esta elección debe ser expreso o, en caso de ausencia de acuerdo expreso, debe desprenderse en forma evidente de la conducta de las partes y de las cláusulas contractuales, consideradas en su conjunto. Dicha elección podrá referirse a la totalidad del contrato o a una parte del mismo.

La selección de un determinado foro por las partes no entraña necesariamente la elección del derecho aplicable.

E, nel caso la scelta delle parti risultasse assente, si prevede una tecnica di localizzazione nell'ordinamento statale con cui la fattispecie è dotata del collegamento più stretto, tecnica che, seppure analoga a quanto previsto dall'art. 4 della Convenzione di Roma del 1980, se ne distacca per introdurre, all'art. 9, novità di tutto rilievo volte ad ammettere l'applicazione di *principi generali di diritto commerciale internazionale* « *aceptati da organismi internacionales* ». Detti principi, dunque, sono destinati ad operare nell'ambito di un ragionamento conflittualistico classico e testimoniano le profonde innovazioni subite dal diritto internazionale privato contemporaneo. La nuova *lex mercatoria*, così come espressa nei Principi Unidroit, acquista dunque parziale vigenza nel sistema della Convenzione di Città del Messico ove, all'art. 9, si stabilisce che:

Si las partes no hubieran elegido el derecho aplicable, o si su elección resultara ineficaz, el contrato se regirá por el derecho del Estado con el cual tenga los vínculos más estrechos.

El tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar el derecho del Estado con el cual tiene vincu-

aplicable a los contratos internacionales, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1994, pp. 765-776, nonché soprattutto JUENGER, *The Inter-American Convention on the Law applicable to International Contracts: some highlights and comparisons*, in *A. J. Comp. L.*, 1994, p. 601 s., quest'ultimo autore faceva parte della delegazione statunitense la quale aveva proposto di redigere l'art. 9, comma 2, secondo la formula « If the parties have not selected the applicable law or if this election proves to be ineffective, the contract shall be governed by the general principles of international commercial law accepted by international organizations » (così BONNELL, *Vi è spazio per una lex mercatoria?*, in *Sint. La riforma del diritto internazionale privato*, Napoli, 1997, p. 199). *Adde* F. JUENGER, *The lex mercatoria and private international law*, in *La. L. Rev.*, 2000, p. 1133 s.

los más estrechos. También tomará en cuenta los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales.

No obstante, si una parte del contrato fuera separable del resto del contrato y tuviese una conexión más estrecha con otro Estado, podrá aplicarse, a título excepcional, la ley de este otro Estado a esta parte del contrato (57).

L'apertura verso soluzioni lexmercatoristiche - seppur con l'intelligentecorrettivo del filtro della preventiva «accettazione» da parte di organismi intergovernativi - culmina con l'art. 10 in cui si afferma, *inter alia*, che:

Además de lo dispuesto en los artículos anteriores, se aplicarán, cuando corresponda, las normas, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto.

5. - Altra direzione di sviluppo del principio di autonomia contrattuale si riscontra nell'ambito di alcune convenzioni internazionali di diritto materiale uniforme. Tra le moderne convenzioni portanti norme di diritto internazionale privato materiale in materia contrattuale si afferma sempre più la tendenza ad attribuire alle parti contraenti il potere specifico di *escludere* l'applicazione integrale di dette convenzioni al contratto da esse stipulato.

Si possono distinguere, pertanto, *convenzioni internazionali di d. i. pr. materiale uniforme a contenuto imperativo* e convenzioni in cui alcune delle norme di diritto uniforme in esse contenute assumono valore *dispositivo*, nella misura in cui le parti, attraverso un atto di manifestazione della propria volontà, possono escluderne gli effetti. Un esempio emblematico del primo tipo di convenzioni il cui contenuto è inderogabile, si reperisce

(57) La convenzione è stata firmata da Messico, Bolivia, Brasile, Uruguay e Venezuela ed è entrata in vigore il 15 dicembre 1996. Gli Stati Uniti dovrebbero aderirvi nel medio termine. Le disposizioni più interessanti si reperiscono nel capitolo secondo della Convenzione citata, intitolato «*Determinación del derecho aplicable*». Oltre al precitato art. 7 si leggono i seguenti articoli: Articolo 8 - En cualquier momento, las partes podrán acordar que el contrato quede sometido en todo o en parte a un derecho distinto de aquel por el que se regía anteriormente, haya sido o no éste elegido por las partes. Sin embargo, dicha modificación no afectará la validez formal del contrato original ni los derechos de terceros: [...] Artículo 11 - No obstante lo previsto en los artículos anteriores, se aplicarán necesariamente las disposiciones del derecho del foro cuando tengan carácter imperativo. Será decisión del foro, cuando lo considere pertinente, aplicar las disposiciones imperativas del derecho de otro Estado con el cual el contrato tenga vínculos estrechos.

nella Convenzione delle Nazioni Unite sul trasporto internazionale multimodale di merci, firmata a Ginevra il 24 maggio 1980, al cui art. 3, si stabilisce che:

1. When a multimodal transport contract has been concluded which according to article 2 shall be governed by this Convention, the provisions of this Convention shall be mandatorily applicable to such contract.

2. Nothing in this Convention shall affect the right of the consignor to choose between multimodal transport and segmented transport (58).

Altri esempi di convenzioni a contenuto imperativo, tutte in vigore per l'Italia, si reperiscono nella Convenzione di Bruxelles del 1924 sulla polizza di carico (e successive modifiche contenute nelle c.d. «Regole dell'Alia-Visby») (59); nella Convenzione di Varsavia del 1929 (60), in materia di trasporto aereo; nella convenzione di Ginevra del 1956 (CMR) (61), sul trasporto di merci su strada.

L'esempio più rilevante del secondo tipo di convenzioni in cui, appunto, si delinea una nuova forma di autonomia di d. i. pr. viene offerto dalla Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale del 1980 (d'ora in avanti CVIM) (62) ove, all'art. 6, si prevede che:

Le parti possono escludere l'applicazione della presente Convenzione o, con riserva delle disposizioni dell'art. 12, derogare a una qualsiasi delle sue disposizioni o modificarne gli effetti:

(58) L'articolo 2 della convenzione medesima così stabilisce: «The provisions of this Convention shall apply to all contracts of multimodal transport between places in two States, if: (a) The place for the taking in charge of the goods by the multimodal transport operator as provided for in the multimodal transport contract is located in a Contracting State, or (b) The place for delivery of the goods by the multimodal transport operator as provided for in the multimodal transport contract is located in a Contracting State». La convenzione di Ginevra del 1980 non è ancora entrata in vigore.

(59) Cfr. art. 3, paragrafo 8 e 4 bis.

(60) Cfr. artt. 23, 24 e 32.

(61) Cfr. art. 41.

(62) Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di beni mobili dell'11 aprile 1980, ratificata dall'Italia con legge 11 dicembre 1985, n. 765 (suppl. G.U., 27 dicembre 1985, n. 303) ed entrata in vigore il 1° gennaio 1988. In argomento cfr. BOSCHERO, *Il coordinamento delle norme in materia di vendita internazionale*, Padova, 1990; FERRARI, *La vendita internazionale, applicabilità ed applicazioni della Convenzione di Vienna del 1980*, in *Tratt. di dir. comm. dir. da GALGANO*, Padova, 1997, passim *The 1980 Uniform Sales Law. Old issues revisited in The Light of Recent Experiences*, Milano, 2003.

I contraenti, pertanto, possono escludere l'applicazione della CVIM quando quest'ultima risulti automaticamente applicabile (esclusione esplicita) ovvero possono escludere implicitamente una o più norme della CVIM adottando delle clausole contrarie alla medesima (esclusione implicita).

Esistono, altresì, delle varianti alla schematizzazione ora proposta, come si può constatare esaminando il contenuto delle recentissime convenzioni in materia di *leasing* e *factoring* internazionali ⁽⁶⁵⁾. La Convenzione di Ottawa, del 28 maggio 1988, sul *leasing finanziario internazionale*, all'art. 5, così dispone:

1. - L'applicazione della presente Convenzione può essere esclusa solo con il consenso di ciascuna delle parti del contratto di fornitura e di ciascuna delle parti del contratto di *leasing*.

2. - Quando l'applicazione della presente Convenzione non sia stata esclusa, in conformità al precedente paragrafo, le parti possono, nelle loro reciproche relazioni, derogare a qualunque delle sue disposizioni o modificarne gli effetti ad eccezione di quanto previsto nel paragrafo 3 dell'art. 8, nell'alinea b) del paragrafo 3 e nel paragrafo 4 dell'art. 13.

Analogamente, la Convenzione di Ottawa, del 28 maggio 1988, sul *factoring internazionale* ⁽⁶⁶⁾, prevede all'art. 3 quanto segue:

1. - L'applicazione delle disposizioni della presente Convenzione può essere esclusa: a) dalle parti del contratto di *factoring*; o b) dalle parti del contratto di vendita di merci per quanto concerne i criteri che ne derivano o al momento in cui la comunicazione scritta di questa esclusione sia stata fatta al cessionario o successivamente

2. - Quando l'applicazione della presente Convenzione sia esclusa in conformità al precedente paragrafo, questa esclusione non può che riguardare la totalità della Convenzione.

Il principio di autonomia della volontà, nell'ambito ora precisato, incontra dunque dei limiti specifici nelle stesse convenzioni internazionali

⁽⁶⁵⁾ Cfr. F. FERRARI, che osserva in *Principi generali inseriti nelle convenzioni internazionali di diritto uniforme: l'esempio della vendita, del factoring, e del leasing internazionali*, in *Contr. e impresa/Europa*, 1997, p. 137 s., che la possibilità di derogare alle convenzioni de quibus conduce a dubitare se sia possibile annoverare il principio di autonomia delle parti tra i principi generali sui quali le convenzioni si basano ed a cui si deve fare ricorso per colmare le c.d. «lacune interne».

⁽⁶⁶⁾ Ratificata in Italia con legge 14 luglio 1993, n. 260 (*G.U.*, suppl. ord. n. 178 del 31 luglio 1993).

le quali definiscono, volta per volta, il tenore dispositivo ovvero imperativo delle loro norme ⁽⁶⁵⁾. Pertanto, le linee di confine fra un *tipo* e l'altro di autonomia contrattuale sono segnate, *coeteris paribus*, da ciascuna Convenzione internazionale in materia individuando, così, specifici fattori di interferenza dell'autonomia contrattuale di d.i.p.i.

6. - Ulteriori limiti al principio di autonomia della volontà sono dettati da fonti di diritto internazionale di terzo grado rientranti nell'alveo del diritto internazionale privato comunitario ⁽⁶⁶⁾. Da qualche tempo, infatti, il legislatore comunitario provvede a formulare speciali norme di conflitto che vanno ad arricchire il quadro generale in cui opera, *inter alia*, la Convenzione di Roma e che con essa interagiscono attraverso il meccanismo posto all'art. 20 della Convenzione medesima ⁽⁶⁷⁾. Così, si è formata una

⁽⁶⁵⁾ V. l'art. 6 della CVIM e cfr. art. 5 della Convenzione sul *leasing* ove si stabilisce che le parti possano escludere la convenzione nella sua totalità; art. 3 della Convenzione sul *factoring*.

⁽⁶⁶⁾ In argomento v. JAYME, KOHLER, *L'interaction des règles de conflits contenues dans le droit dérivé de la Communauté européenne et des conventions de Bruxelles et de Rome*, in *Rev. crit. dr. int. privé*, 1995, p. 1 ss.; KOHLER, *Interrogations sur les sources du droit international privé européen après le Traité d'Amsterdam*, ivi, 1999, p. 17 ss.; FALLON, *Proposition de modification des articles 3, 5 et 7 de la Convention de Rome du 19 juin 1980*, et de l'article 15 de la Proposition de Règlement 'Bruxelles I', ivi, 2000, pp. 929-933; DE VARELLES-SOMMIÈRES, *Un droit international privé européen?*, in VARELLES-SOMMIÈRES (ed.), *Le droit privé européen*, Paris, 1998, p. 136 ss.; THORN, *Verbraucherschutz bei Verträgen im Fernabsatz*, in *IPRax*, 1999, pp. 1-9; BOLE-WOELKI, *Unification and Harmonization of Private International Law in Europe*, in BASEDOW, MEIER, SCHNYDER, EINHORN GIRSBERGER (eds.), *Private Law in the International Arena (From National Conflict Rules Towards Harmonization and Unification)*, in *Liber Amicorum K. Siehr*, The Hague, 2000, pp. 62 ss.; KESSEDJIAN, *La Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles - Vingt ans après*, p. 329 ss.; FALLON, FRANCO, *Towards Internationally Mandatory Directives for Consumer Contracts?*, p. 177 ss.; BASEDOW, *Communitarization of the Conflict of Laws under the Treaty of Amsterdam*, in *Common Market Law Review*, 2000, p. 687 ss.; POCAR, *La comunitarizzazione del diritto internazionale privato: una «european conflict of laws revolution?»*, in *Rev. dir. int. Priv. Proc.*, 2000, pp. 873 ss.; CLERICI, Art. 65 in POCAR (a cura di), *Commentario Breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione Europea*, Padova, 2001, p. 308 ss.; BARIATTI, *Casi e Materiali di diritto internazionale privato comunitario*, Milano, 2003; LAGARDE, *Heurs et malheurs de la protection internationale du consommateur dans l'Union européenne*, in *Le contrat au début du XXI^e siècle. Etudes offertes à J. Ghestin*, Paris, 2001, p. 511 s. V. pure il dossier: *Le droit international privé communautaire*, in *Rev. Aff. Eur.*, 2002, pp. 411-479 P. DE CESARI *Diritto Internazionale Privato Comunitario*, Torino, 2003; R. CLERICI, *L'«Acquis communautaire» nel Diritto Internazionale Privato*, in GANINO VENTURINI (a cura di), *L'Europa di domani: verso l'allargamento dell'Unione*, Milano, 2002, p. 455 ss.

⁽⁶⁷⁾ Ai sensi dell'art. 20 della Convenzione di Roma «La presente convenzione non

me si avrebbe che la persistente disomogeneità della tutela del consumatore tra i singoli ordinamenti degli Stati membri porterebbe a soluzioni difformi che si porrebbero in contraddizione con l'idea di mercato unico europeo: senza un *consumatore europeo* non c'è mercato unico europeo⁽⁷⁰⁾.

Si aggiunga, altresì, che la tutela internazionalprivatistica del consumatore, realizzabile attraverso l'art. 5 della Convenzione di Roma sopra citato, viene prevista solo in ipotesi ben circoscritte che appaiono superate dall'avvento del commercio elettronico, fenomeno praticamente sconosciuto quando la Convenzione di Roma venne negoziata agli inizi degli anni '80. Le fattispecie contemplate dall'art. 5 riguardano, innanzitutto, contratti di fornitura di beni mobili materiali o di servizi, inclusi quelli destinati al finanziamento di tali forniture, e la tutela diviene efficace in presenza di ulteriori condizioni.

La prima ipotesi è quella della conclusione di un contratto preceduta, nel Paese in cui il consumatore risiede abitualmente, da una proposta specifica (è il caso di scuola dell'invio di un catalogo) ovvero da una pubblicità (alla radio, alla televisione, sulla stampa o mediante affissione), sempré il consumatore abbia compiuto in altro Paese gli atti necessari alla conclusione del contratto.

La seconda ipotesi è quella dell'operatore commerciale che abbia ricevuto un ordine nel Paese in cui il consumatore risiede abitualmente: qui il venditore o il suo rappresentante si spostano verso l'ordinamento di residenza abituale del consumatore. Nel terzo caso, il professionista attrae il consumatore verso di sé organizzando una «escursione transfrontaliera» nell'intento di incitare il consumatore a concludere il contratto.

In tali circostanze, il principio di autonomia contrattuale viene compreso per permettere l'applicazione delle norme imperative di tutela vigenti nell'ordinamento in cui il consumatore è situato, ma, ragionando a contrario, è pur vero che al di fuori di tali fattispecie - si pensi solamente

⁽⁷⁰⁾ Ciò in quanto le direttive in materia di tutela dei consumatori disciplinano singoli aspetti della materia mancando un quadro generale di riferimento. Inoltre, significative divergenze possono sussistere, sia pure temporaneamente, in caso di mancata trasposizione di una direttiva ad opera di uno Stato membro. Poiché le direttive non possiedono effetto orizzontale diretto, il consumatore non può invocare a proprio vantaggio, dinanzi al giudice nazionale, le norme di una direttiva non trasposta nei rapporti con la controparte «professionale». V. al riguardo la Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento Europeo sul diritto contrattuale europeo, dell'11 luglio 2001 (Com. 2001) 398, in G.U.C.E., C 255 13 settembre 2001, pp. 31-32.

vera e propria disciplina settoriale di diritto derivato contenente norme di diritto internazionale privato «a colorazione materiale» del tutto particolari⁽⁶⁸⁾. Attraverso tali norme speciali si punta, essenzialmente, a rafforzare la tutela del consumatore (o del lavoratore) attraverso la predisposizione di una sorta di *minimum standard* fissati a livello comunitario, destinati ad avviare alla difformità delle normative nazionali in materia cui la consueta tecnica della localizzazione conduce⁽⁶⁹⁾. In assenza di tali nor-

pregiudica l'applicazione delle disposizioni che, in materie particolari, regolano i conflitti di leggi nel campo delle obbligazioni contrattuali e che sono contenute in atti emanati o emanati dalle istituzioni delle Comunità europee o nelle legislazioni nazionali armonizzate in esecuzione di tali atti». *Contra* v. però BOSCHERO, voce *Obbligazioni contrattuali*, cit., p. 833 ss.

⁽⁶⁸⁾ Il riferimento è all'art. 3 della direttiva 96/71/CE del 16 dicembre 1996 sul distacco di lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi; alla direttiva 93/13/CEE del 5 aprile 1993, in materia di clausole abusive (v. *infra*); alla direttiva 94/47/CEE del 26 ottobre 1994, sul diritto di godimento a tempo parziale; alla direttiva 97/7/CE, del 20 maggio 1997, sulla protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza (v. *infra*); direttiva 1999/44/CE, del 25 maggio 1999, su alcuni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo. Apposite norme di conflitto regolano specifici aspetti del settore assicurativo: cf. gli artt. 7-8 della direttiva 88/357/CEE del 22 giugno 1988, «assicurazione non vita», modificata dalle direttive 92/49/CEE e 2002/13/CE; l'art. 4 della seconda direttiva «assicurazione vita» (90/619/CEE dell'8 novembre 1990), quale modificata dalle direttive 92/96/CEE e 2002/12/CE. Su quest'ultimo tema v. FRIGESSI DI RATTALMA, *La legge applicabile al contratto di assicurazione nell'attuazione delle direttive comunitarie*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1996, p. 19 ss.

⁽⁶⁹⁾ Cfr. *inter alia*, l'art. 6 della direttiva 93/13/CEE del Consiglio concernente le clausole abusive nei contratti stipulati coi consumatori ai sensi del quale: «Gli Stati membri prendono le misure necessarie affinché il consumatore non sia privato della protezione assicurata dalla presente direttiva a motivo della scelta della legislazione di un paese terzo come legislazione applicabile al contratto, laddove il contratto presenti un legame stretto con il territorio di uno Stato membro». V. pure l'art. 9 della dir. 94/47/CE concernente la tutela dell'acquirente per taluni aspetti dei contratti relativi all'acquisizione di un diritto di godimento a tempo parziale di beni immobili: «Gli Stati membri prendono le misure necessarie affinché, indipendentemente dalla legislazione applicabile, l'acquirente non sia privato della tutela accordata dalla presente direttiva, se il bene immobile è situato nel territorio di uno Stato membro; o ancora l'art. 12 della dir. 97/7/CE riguardante la protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza»: Gli Stati membri prendono le misure necessarie affinché il consumatore non sia privato della tutela assicurata dalla presente direttiva a motivo della scelta della legge di un paese terzo come legislazione applicabile al contratto, laddove il contratto presenti un legame stretto con il territorio di uno o più Stati membri. *Adde* la direttiva 1999/44/CE, del 25 maggio 1999, su alcuni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo; la direttiva 2002/65/CE, del 23 settembre 2002, sulla commercializzazione a distanza di servizi finanziari presso i consumatori.

al consumatore che si reca *sua sponte* in un altro Paese per concludere un contratto - l'autonomia delle parti riprende vigore rimanendo soggetta solo ai più ampi limiti delle norme di applicazione necessaria di cui all'art. 7 della Convenzione di Roma. Aggiungasi l'ulteriore rilievo, evidenziato nel libro verde della Commissione, secondo il quale appare scontata, nell'art. 5, la localizzazione di atti quali la pubblicità, la firma del contratto, il ricevimento della proposta contrattuale: tutti elementi il cui posizionamento spaziale non è ancora certo nell'ambito del commercio elettronico.

Va infine osservato che, dinanzi allo sviluppo del commercio internazionale, la produzione normativa della Comunità Europea ha ricevuto un forte slancio adottando, sulla base dell'articolo 61, lettera c) del TUE, ulteriori regolamenti nel settore della cooperazione giudiziaria in materia civile (c.d. reg. «Bruxelles II»), in materia fallimentare⁽⁷¹⁾, di notificazioni e trasmissione degli atti⁽⁷²⁾; di assunzione delle prove⁽⁷³⁾. Tale attività è culminata nella trasformazione, come si è detto sopra, della «storica» Convenzione di Bruxelles del 1968 in regolamento comunitario (il reg. n° 44/2001). Sempre in quest'ottica la Commissione sta per varare un regolamento comunitario sulla legge applicabile alle relazioni extracontrattuali (c.d. regolamento «Roma II») e, perciò la trasformazione della Convenzione di Roma del 1980 in regolamento comunitario appare indispensabile.

Per convincersene si pensi che le norme sulla giurisdizione e quelle di conflitto relative alle obbligazioni contrattuali ed extracontrattuali costituiscono logicamente un sistema unitario che, come tale, necessita di coerenza anche sul piano formale⁽⁷⁴⁾. Diversamente, qualora la Convenzione

di Roma non fosse trasformata in regolamento comunitario, l'attesa uniformità normativa - in senso internazionalprivatistico - verrebbe messa in scacco dal diverso regime previsto in materia di interpretazione di quelle norme. Mentre l'interpretazione degli atti in materia di giurisdizione e di responsabilità extracontrattuale rientrerebbe nella competenza del giudice comunitario, l'interpretazione della Convenzione di Roma resterebbe nelle mani dei giudici nazionali a causa della mancata entrata in vigore dei due protocolli di Bruxelles del 1988⁽⁷⁵⁾. Certo, resta fermo l'obbligo fissato all'art. 18 della Convenzione di Roma, diretto a garantire l'interpretazione delle norme da parte dei giudici nazionali tenendo conto «del loro carattere internazionale e dell'opportunità che siano interpretate ed applicate in modo uniforme», obbligo peraltro rafforzato dalla norma generale posta all'art. 2 della legge italiana di riforma del diritto internazionale privato (1.218/95); tuttavia, appare quantomeno improbabile - almeno sul piano comparatistico - che si raggiunga una piena uniformità di giudicati. L'opera della Corte di Giustizia e del Tribunale di primo grado risulta perciò - qui più che altrove - indispensabile al fine della unificazione su scala comunitaria di nozioni fondamentali quali quelle di contratto, consumatore, lavoratore, scelta tacita della *lex contractus*, norme di applicazione necessaria, ordine pubblico, assicurando una maggiore certezza del diritto dei contratti internazionali.

7. - Come si è accennato, dall'autonomia di d. i. pr. avente per oggetto la determinazione del diritto applicabile alle obbligazioni contrattuali si

convenzioni di adesione che si sono succedute nel tempo (il testo consolidato si reperisce in G.U.C.E., C 26 gennaio 1998, p. 34 ss.).

(75) Com'è noto i due protocolli del 1988, relativi all'interpretazione a titolo pregiudiziale della convenzione da parte della Corte di giustizia delle Comunità europee, non sono ancora entrati in vigore. Inoltre, un terzo protocollo, firmato nel 1980 e modificato da ultimo nel 1996, autorizza Danimarca, Svezia e Finlandia a mantenere in vigore le disposizioni nazionali relative alla legge applicabile alle questioni concernenti il trasporto di merci per mare. Alla convenzione sono comunque allegati quattro dichiarazioni comuni ove alcuni Stati membri si sono dichiarati d'accordo per organizzare uno scambio d'informazioni tra gli Stati contraenti e la Corte di giustizia in materia di sentenze passate in giudicato pronunciate in applicazione della convenzione sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali. In argomento v. LUZZATTO, *L'interpretazione della convenzione e il problema della competenza della Corte di Giustizia della Comunità*, in TREVES, *Verso una disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti*, Padova, 1983, p. 61 ss.; TIZZANO, *Relazione sui Protocolli relativi all'interpretazione da parte della Corte di Giustizia della Convenzione di Roma del 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, in G.U.C.E., 3 settembre 1990, n. C, p. 5 ss.

(71) Regolamento (CE) n. 1346/2000 del Consiglio, del 29 maggio 2000, relativo alle procedure d'insolvenza, in G.U.C.E., L 160 30 giugno 2000, p. 1 s.

(72) Regolamento (CE) n. 1348/2000 del Consiglio, del 29 maggio 2000, relativo alla notificazione e alla comunicazione negli Stati membri degli atti giudiziari ed extragiudiziali in materia civile o commerciale, in G.U.C.E., L 160 30 giugno 2000, p. 37.

(73) Regolamento (CE) n. 1206/2001 del Consiglio, del 28 maggio 2001, relativo alla cooperazione fra le autorità giudiziarie degli Stati membri nel settore dell'assunzione delle prove in materia civile o commerciale, G.U.C.E., L 174 27 giugno 2001, p. 1.

(74) Attualmente, infatti, la convenzione di Roma, è un trattato internazionale e come tale prevede apposite norme in materia di riserve (v. art. 7, paragrafo 1; art. 10, paragrafo 1, lettera e), art. 22); consente agli Stati membri, ai sensi dell'art. 23, la possibilità di adottare norme nazionali di conflitto per determinate classi contrattuali; fa salvo il diritto degli Stati membri, a norma dell'articolo 24, di aderire a convenzioni multilaterali in materia di conflitti di legge; ed in particolare prevede un ambito di applicazione temporale di durata limitata (ancorché rinnovabile) della convenzione (art. 30). Ulteriori problematiche derivano dalle modifiche subite dal testo originario della convenzione di Roma a seguito delle varie

deve distinguere un'ulteriore fondamentale *species* avente oggetto processuale.

In quest'ultima accezione, le parti godono di autonomia nella misura in cui l'ordinamento statale consenta alle parti di derogare alla giurisdizione del giudice interno disponendo, appunto, che l'eventuale controversia tra loro insorta venga risolta o da un giudice statale straniero oppure da arbitri. Si tratta, qui, di una forma di autonomia che si sviluppa in due direzioni: (a) la deroga alla giurisdizione in favore del giudice statale straniero e (b) la deroga in favore dell'arbitrato internazionale.

Il primo caso è coperto dal reg. 44/2001 sulla competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale ove, al 14 considerando si ammette che:

Fatti salvi i criteri di competenza esclusiva previsti dal presente regolamento, deve essere rispettata l'autonomia delle parti relativamente alla scelta del foro competente per i contratti non rientranti nella categoria dei contratti di assicurazione, di consumo e di lavoro in cui tale autonomia è limitata.

In forza dell'art. 23, le parti possono specificamente stabilire *ex contractu* quale sarà il giudice competente in via esclusiva a conoscere le controversie, presenti o future, relative ad un determinato rapporto giuridico⁽⁶⁾. Il sistema della *prorogatio fori* è destinato ad interagire con quello della Convenzione di Roma del 1980 sopra citata realizzando, tra gli Stati contraenti, una maggiore certezza del diritto (statale) sotto il profilo internazionale/privatistico. A criteri uniformi per la determinazione della giurisdizione si aggiungono, infatti, criteri altrettanto uniformi nella determinazione del diritto applicabile ad un dato contratto internazionale. Ma attraverso la Convenzione di Roma del 1980 il giudice statale, di qualsiasi Stato membro della UE, dovrà escludere la *lex mercatoria* dalla nozione di *lex contractus* come si è visto poc'anzi. Opposte valutazioni si impongono in caso di deroga alla giurisdizione del giudice interno a favore dell'arbitro internazionale⁽⁷⁾.

⁽⁶⁾ Cfr. F. MOSCONI, *Diritto internazionale privato e processuale*, op. cit., p. 51: «è indubbio che questa soluzione rappresenti una valorizzazione del ruolo dell'autonomia contrattuale come titolo di giurisdizione, ossia come criterio idoneo a risolvere una controversia civile e commerciale»; cfr. S.M. CARBONE, *Autonomia privata e accordi sulla competenza giurisdizionale*, in *Contratto e Impresa*, 2002, p. 285 ss.

⁽⁷⁾ Il punto sembra pacifico. Come osserva FAZZALARI (voce *arbitrato*, in *Dig. priv., sez. civ.*, agg. 1, p. 81) «deferire la controversia ad arbitri piuttosto che ad un giudice statale costituisce manifestazione di autonomia di diritto privato (cioè concessa al privato dalle leggi

8. (Segue) - Con la legge del 5 gennaio 1994, n. 25, il legislatore italiano ha riformato la disciplina dell'arbitrato introducendo apposite norme in materia di «arbitrato internazionale», norme su cui si è formata una vasta letteratura ma che lascia ancora insoluta la questione più complessa e controversa della materia, quella delle norme applicabili al merito di cui all'art. 834 c.p.c. È una questione che conduce direttamente al cuore dei processi di mondializzazione, in precedenza accennati⁽⁸⁾.

L'espressione «arbitrato internazionale», introdotta *ex novo* nell'ordinamento italiano dalla recentissima riforma, costituisce l'arco di volta di un'apposita disciplina di favore per la risoluzione delle controversie economiche transnazionali: disciplina che, superando le concezioni più tradizionali, è destinata ad allineare il sistema italiano a quello dei Paesi economicamente più avanzati⁽⁹⁾. L'ordinamento italiano prevede, dunque, dello Stato) nella gestione del patrimonio... la scelta di rivolgersi ad arbitro, anziché al giudice, incontra gli stessi limiti di tale autonomia: come non può, per volontà di legge, disporre di alcuni diritti indisponibili, così il privato non può deferire ad arbitri la controversia che abbia ad oggetto uno di tali diritti». Con specifico riferimento al parallelismo di Ruoli dell'arbitro internazionale e giudice straniero occorre, poi, rilevare che, ragioni di indole politica, fanno sì che sia più gravosa - o reitante - la delibazione della sentenza straniera, atto proveniente da un organo di un altro Stato, rispetto al riconoscimento ed esecuzione del lodo arbitrale. L'Arbitro essendo un giudice privato risulta *ipso facto* completamente svincolato - e di conseguenza favorito rispetto al giudice straniero - dall'assetto contingente delle relazioni tra Stati.

⁽⁸⁾ Legge 5 gennaio 1994 n. 25, recante «Nuove disposizioni in materia di arbitrato e disciplina dell'arbitrato internazionale», in G.U. 17 gennaio 1994 n. 12. La bibliografia in materia è vastissima. v. per tutti BERNARDINI, DE NOVA, NOBILI, PUNZI, *La riforma dell'arbitrato: legge 5 gennaio 1994 n. 25* Milano, 1994; BRUGLIO, FAZZALARI, MARENGO, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, Milano, 1994; PICARDI, *Commentario al codice di procedura civile*, Milano, 1994; PUNZI, *Arbitrato rituale e irrituale*, in *Enc. giur.*, II, Roma, 1995; TARZIA, LUZZATTO, RICCI, *Legge 5 gennaio 1994 n. 25*, Padova, 1995; MARRELLA, *International business law and international arbitration: the Italian approach*, in *ADR Law Journal*, 1997, pp. 25-36; p. BERNARDINI, *Arbitrato commerciale internazionale*, in *Enc. dir.*, Agg. I, 1997; FAZZALARI, *L'arbitrato*, Torino, 1997; G. GAJA, *L'arbitrato in materia internazionale tra la legge n. 25 e la riforma del diritto internazionale privato*, in SIDI, *La riforma del diritto internazionale privato*, Napoli, 1997, pp. 249-261; MIRABELLI, GIACOBBE, *Diritto dell'arbitrato. Notezioni generali*, Napoli, 1997; BERNARDINI, *Il diritto dell'arbitrato*, Roma, 1998; PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit.; VERDE, *Diritto dell'arbitrato (rituale)*, Torino, 2000; p. BERNARDINI, *L'arbitrato commerciale internazionale*, Milano, 2000; FAZZALARI, *L'arbitrato nell'era della mondializzazione*, in *Riv. arb.*, 2000, pp. 227-233; CARPI (a cura di), *Arbitrato*, Bologna, 2001.

⁽⁹⁾ Sul punto vedi, tra una vasta letteratura, cfr. FOUCHARD, *Quand un arbitrage est-il international?*, in *Rev. arb.*, 1970, p. 59 s.; FAZZALARI, GIARDINA, MIRABELLI, RECCHIA, *Il progetto governativo di riforma dell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 1991, p. 904 s.; GIARDINA, *L'arbitrato*

per l'arbitrato interindividuale avente carattere di internazionalità, una disciplina speciale⁽⁸⁰⁾. La filosofia che anima il legislatore italiano dell'arbi-

to internazionale, in *Riv. arb.*, 1992, p. 21 s.; MARENCO, *Profilo dell'arbitrato commerciale internazionale*, in *Riv. arb.*, 1993, p. 597 ss.; BERNARDINI, *La recente riforma dell'arbitrato in Italia*, in *Dir. comm. int.*, 1994, p. 1 ss.; BRUGLIO, *La nuova disciplina dell'arbitrato internazionale*, in *Giur. comm.*, II, 1994, p. 295 ss.; GIARDINA, *La l. 25 del 1994 e l'arbitrato internazionale*, in *Riv. arb.*, 1994, p. 257 ss. Quest'ultimo Autore, mette opportunamente in rilievo (in *L'arbitrato internazionale*, cit., p. 21 s.) che l'impiego, da parte del legislatore italiano, dell'aggettivo «internazionale», non rimette in discussione «il dato fondamentale secondo cui l'espressione arbitrato internazionale in senso proprio si riferisce esclusivamente all'arbitrato fra Stati e/o fra soggetti del diritto internazionale. L'espressione va, inoltre, correttamente estesa anche alle ipotesi di arbitrato fra Stati ed individui istituiti mediante accordi internazionali. A questo ultimo proposito una speciale menzione è d'obbligo per l'arbitrato in materia d'investimenti istituito dalla Convenzione di Washington del 15 marzo 1965 e per l'arbitrato Iran - Stati Uniti istituito dagli Accordi di Algeri del 20 gennaio 1981». In effetti, il legislatore ha stranamente preferito la qualifica di «internazionale» *tout court* rispetto a quella più consueta (ed inaugurata dalla legislazione in materia arbitrale vigente in Francia, Svizzera, Olanda, Spagna e Portogallo) anche se non meno controversa in dottrina, di *arbitrato commerciale internazionale*. Meglio, dunque, sarebbe stato adottare la qualifica di *arbitrato transnazionale*. Sui rapporti fra la l. 25 gennaio 1994, n. 25 e la legge di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato cfr., in particolare, GALA, *L'arbitrato in materia internazionale tra la legge n. 25/1994 e la riforma del diritto internazionale privato*, in *Riv. arb.*, 1996, p. 487 s.; cfr. LUZZATTO, *L'arbitrato internazionale e i lodi stranieri nella nuova disciplina legislativa italiana*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1994, p. 257 s.; ID., *L'impugnazione del lodo arbitrale «internazionale»*, in *Riv. arb.*, 1997, p. 89 s.; VISMARA, *Arbitrato interno ed internazionale nella legge 5 gennaio 1994, n. 25*, in *Studium Iuris*, 1997, p. 651 s.; BENEDETTI, *L'arbitrato commerciale internazionale tra autonomia privata e coordinamento di sistemi giuridici: riflessioni in margine al nuovo regolamento di arbitrato della Camera di Commercio Internazionale*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1997, p. 898 s.; GIARDINA, *Le convenzioni di diritto internazionale privato e di diritto uniforme nella pratica dell'arbitrato commerciale internazionale*, in *Riv. arb.*, 1998, p. 191 s.

(80) In argomento cfr. LUZZATTO, *Accordi internazionali e diritto interno in materia di arbitrato: la Convenzione di New York del 1958*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1968, p. 24; GIARDINA, *L'applicazione in Italia della Convenzione di New York sull'arbitrato*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1971, p. 268 s.; LUZZATTO, *Accordi internazionali e diritto interno in materia di arbitrato: la Convenzione di Ginevra del 21 aprile 1961*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1971, p. 47 s.; p. MANCINI, *Per l'arbitrato internazionale*, in *Riv. dir. int.*, 1973, p. 474; Fois, *Primi orientamenti giurisprudenziali in Italia circa l'interpretazione della Convenzione di New York sull'arbitrato*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1976, p. 299 s.; SACERDOTI, *Il diritto dell'arbitrato commerciale internazionale nei nuovi regolamenti della Camera di commercio internazionale e dell'Unctral*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1976, p. 222 s.; LUZZATTO, *Una questione sempre aperta: la «forma» della clausola compromissoria per arbitrato estero*, in *Dir. mat.*, 1977, p. 403 s.; DI BLASE, *Gli «ammodernamenti» alla disciplina italiana dell'arbitrato e le convenzioni internazionali*, in *Riv. dir. int.*, 1983, p. 859 s.; RUBINO-SAMMARTANO, *Arbitrati internazionali e nazionali in Italia*, in *Foro pad.*, 1983, II, p. 39 s.; FUMAGALLI, *La legge applicabile al merito della contro-*

trato internazionale si ispira alla flessibilizzazione della disciplina dell'arbitrato rituale domestico, su aspetti cruciali del procedimento puntualmente indicate agli artt. 832 - 838 del codice di rito, concernenti la forma dell'accordo compromissorio, la determinazione del diritto sostanziale applicabile, la lingua dell'arbitrato, la ricusazione degli arbitri, la fase di deliberazione del lodo, la impugnabilità del medesimo⁽⁸¹⁾. Così, la clau-

sia nell'arbitrato commerciale internazionale, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1985, p. 465 s.; SARAVALLE, *Arbitrato internazionale e leggi anititrusi: il caso Mitsubishi*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1986, p. 597 s.; RUBINO-SAMMARTANO, *La prova nell'arbitrato internazionale*, in *Foro pad.*, 1987, II, p. 85 s.; ID., *Arbitrato internazionale ed arbitrato estero. Analisi e distinzioni*, in *Foro pad.*, 1988, II, p. 203 s.; VIGORINI, *L'arbitrato internazionale in Italia*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, I, p. 567 s.; BROGGINI, *Il lodo nell'arbitrato commerciale internazionale*, in *Riv. arb.*, 1992, p. 627 s.; BERNARDINI, *Arbitrato internazionale e misure cautelari*, in *Riv. arb.*, 1993, p. 13 s.; LANZANI, *Note in tema di arbitrabilità della controversia nell'arbitrato commerciale internazionale*, in *Riv. arb.*, 1993, p. 675 s.; BROGGINI, *L'equità nell'arbitrato commerciale internazionale*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1994, p. 1125 s. A seguito della riforma l'ordinamento italiano conosce tre tipi di arbitrato: interno, internazionale e estero. Dal punto di vista dell'ordinamento italiano, l'arbitrato è «internazionale» quando ricorra, alternativamente, uno dei seguenti requisiti: la residenza o la sede di almeno una parte all'estero alla data della sottoscrizione della clausola compromissoria o del compromesso; l'esecuzione all'estero di una parte rilevante delle prestazioni nascenti dal rapporto al quale la controversia si riferisce. L'art. 832 c.p.c., dispone che «qualora alla data della sottoscrizione della clausola compromissoria o del compromesso almeno una delle parti risieda o abbia la propria sede effettiva all'estero oppure qualora debba essere eseguita all'estero una parte rilevante delle prestazioni nascenti dal rapporto al quale la controversia si riferisce, le disposizioni dei capi da 1 a 3 del presente titolo si applicano all'arbitrato in quanto non derogate dal presente capo». La Convenzione di Ginevra del 1961 identifica, invece, l'arbitrato internazionale nell'arbitrato traente origine, cumulativamente, e non alternativamente, come invece previsto dalla legge 5 gennaio 1994 n. 25, dalla residenza o sede delle parti contraenti della convenzione arbitrale in due Stati contraenti diversi, e dalla provenienza della controversia da operazioni del commercio internazionale.

(81) Numerose modifiche apportate dalla legge 5 gennaio 1994 n. 25 alla disciplina dell'arbitrato rituale contenuta nel codice di procedura civile rispondono ad esigenze emerse, particolarmente, nella prassi del commercio internazionale. Tra queste: il riconoscimento della validità dell'accordo compromissorio stipulato per telegrafo o telexscrivente (art. 807, comma 2, ed art. 808, comma 1); l'esplicita conferma del principio di autonomia della clausola compromissoria (art. 808, comma 3); la possibilità che la indicazione di un numero pari di arbitri nell'accordo compromissorio, piuttosto che determinare l'inefficiacia del medesimo, sia integrata *ex lege* (art. 809, comma 2); l'esplicita previsione della sostituzione dell'arbitro che ometta o ritardi l'esercizio delle proprie funzioni (art. 813, comma 2); l'eliminazione della *vis attractiva* della giurisdizione ordinaria (art. 819 *bis*); l'apposita disciplina relativa alla assunzione della prova testimoniale, in particolare, la possibilità di acquisire deposizioni scritte (art. 819 *ter*); la rimessione agli stessi arbitri della correzione del lodo non depositato (art. 826, comma 1); l'esplicita previsione del lodo parziale (art. 830, comma 1).

sola compromissoria, contenuta in condizioni generali di contratto, risulta valida ed efficace, ex art. 833 c.p.c., non occorrendo l'approvazione specifica di cui agli artt. 1341 e 1342 del Codice civile (82). Inoltre, lo stesso articolo, innovando rispetto alla giurisprudenza previgente, dispone la validità della clausola compromissoria stipulata *per relationem* e contenuta in condizioni generali di contratto.

Ai fini del presente scritto assume, inoltre, un'importanza cruciale l'esegesi della nuova norma contenuta nell'art. 834 c.p.c. che così dispone:

Le parti hanno facoltà di stabilire d'accordo tra loro le norme che gli arbitri debbono applicare al merito della controversia oppure di disporre che gli arbitri pronuncino secondo equità. Se le parti non provvedono, si applica la legge con la quale il rapporto è più strettamente collegato.

In entrambi i casi gli arbitri tengono conto delle indicazioni del contratto e degli usi del commercio.

In prima approssimazione, in materia di arbitrato rituale secondo diritto, l'articolo richiamato distingue due situazioni fondamentali caratterizzate rispettivamente dalla presenza e dall'assenza di scelta del diritto applicabile ad opera delle parti.

Nel primo caso la volontà delle parti, assunta quale criterio di collegamento, si esplica in pieno e può avere per oggetto la scelta di qualunque ordinamento giuridico statale - sulla scia di quanto previsto all'art. 3 della Convenzione di Roma del 1980 - a prescindere dal possibile collegamento oggettivo esistente tra lo stesso e la *lex causae*. Inoltre, sempre in caso di scelta positiva della legge applicabile, sembra pacifica l'ammissibilità della c.d. *scelta successiva* della legge applicabile ovvero l'*electio iuris* che venisse manifestata dalle parti durante il procedimento arbitrale (83).

(82) Ai sensi dell'art. 833 c.p.c.: « La clausola compromissoria contenuta in condizioni generali di contratto oppure in moduli o formulari non è soggetta alla approvazione specifica prevista dagli artt. 1341 e 1342 del codice civile. È valida la clausola compromissoria contenuta in condizioni generali che siano recepite in un accordo scritto delle parti, purché le parti abbiano avuto conoscenza della clausola o avrebbero dovuto conoscerla usando l'ordinaria diligenza ». La ratio della deroga alla tutela dell'imprenditore-contrante debole disposta all'art. ora richiamato - e tuttora in vigore per i contratti interni - si ricollega alla presunzione di competenza professionale degli operatori del commercio internazionale, cfr. M. FRIGO, art. 833 c.p.c. in TARZIA, LUZZATTO, RICCI, *Legge 5 gennaio 1994*, n. 23, Padova, 1995, p. 200 s. ove riferimenti; cfr. PUNZI, *Disegno sistematico...*, cit., II, p. 294 s.

(83) Cfr. in particolare: FUMAGALLI, art. 834 c.p.c., in TARZIA, LUZZATTO, RICCI, cit., p. 213 s.; GIARDINA, *L'arbitrato internazionale*, cit., p. 33 s.; GAMA, *Sulle norme applicabili al merito...*, cit., p. 433 s.; ID., *L'arbitrato in materia internazionale tra la legge n. 23 e la riforma del*

Sembra ammissibile, altresì, la scelta positiva tacita della *lex contractus*, sempreché si riscontri una volontà reale ed effettiva delle parti sia pure espressa mediante comportamenti inequivoci (84). È, sempre con riferimento all'oggetto della scelta del diritto applicabile, sembra altrettanto pacifico, ai sensi della norma in esame, che le parti possano operare il c.d. *depeçage* e, quindi, oltre a richiamare la disciplina straniera nel suo complesso, possano riferirsi a singole norme o complessi di norme tratti da ordinamenti (statali) diversi. Orbene, l'espressione legislativa « norme di diritto », in luogo della più tradizionale accezione « legge applicabile », assume significato tecnico e porta direttamente al cuore del dibattito dottrinale sulla *lex mercatoria* ed i Principi Unidroit. Una parte della dottrina ha, recentemente, espresso forti perplessità, circa ogni possibilità di richiamo della *lex mercatoria* e quindi anche dei Principi Unidroit, ai sensi dell'art. 834 c.p.c., nel vigore della Convenzione di Roma del 1980 (85). Esigenze di

diritto internazionale privato, in SIDI, *La riforma del diritto internazionale privato*, cit., p. 252.

(84) Cfr. p. BERNARDINI, *L'arbitrato*, cit., p. 197, il quale rileva che « tra gli indizi che consentono di ricavare la volontà di designare una data legge, si citano normalmente: - l'adozione di un determinato contratto-tipo (quale il formulario FIDIC per contratti di appalto o un modello di charter party inglese; - il fatto che le parti, anteriormente ai contratti abbiano concluso una serie di contratti aventi ad oggetto le stesse prestazioni e contenenti la scelta espressa dalla *lex causae* legge applicabile, in circostanze che non denotano alcun cambiamento nel loro intento ».

(85) Secondo la dottrina dominante, la scelta della *lex mercatoria* o dei Principi Unidroit o ancora di qualunque ordinamento non statale corrisponde nel sistema della Convenzione di Roma del 1980 ad una non scelta e, quindi, conduce all'applicazione delle norme in materia di assenza di scelta della legge applicabile, (cfr. tra una dottrina vastissima, GIARDINA, *Volontà delle parti, prestazione caratteristica e collegamento più significativo*, in T. TREVISSA (a cura di), *Verso una disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti*, Padova, 1983, p. 3 s.; LAGARDE, *Le nouveau droit international privé des contrats*, in *Rev. crit. dip.*, 1991, pp. 300-301; SPICKOFF, *Internationales Handelsrecht vor Schiedsgerichten und Staatlichen Gerichten*, in *Rabels Z.*, 1992, p. 116, spec. pp. 133-134; KASSIS, *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, Paris, 1993, p. 133 s.; GAUDEMET-TALLON, *Convention de Rome du 19 juin 1980*, in *Jur. dr. int.*, fasc. 3201, 1996; contra v. CARBONE, *Il « contratto senza legge » e la Convenzione di Roma*, in *Riv. dr. int. priv. proc.*, 1983, p. 279 s., spec. p. 284 s.). Ciò, tuttavia, non deve portare a concludere a favore dell'irrilevanza della *lex mercatoria*. Il sistema della Convenzione di Roma, in luogo di equiparare la *lex mercatoria* al diritto statale, sposta in realtà a valle del ragionamento conflittualistico la questione della rilevanza della stessa nel senso di lasciare che l'ordinamento statale richiamato decida in che misura occorra attribuire efficacia alla *lex mercatoria* (sul punto cfr. ad es. RIGAUX, *Examen de quelques questions laissées ouvertes par la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles*, in *Cah. dr. eur.*, 1988, p. 318).

interpretazione sistematica porterebbero, secondo un autore, a considerare che la Convenzione di Roma si applichi all'arbitrato rituale secondo diritto e tale rilievo troverebbe puntuale conferma nel fatto che l'art. 1, paragrafo 2, lettera d, della Convenzione citata esclude dal proprio ambito di applicazione solo i compromessi e le clausole compromissorie e non l'intero istituto arbitrale⁽⁸⁶⁾. Muovendo da tale presupposto si giungerebbe alla conclusione secondo la quale, essendo la Convenzione di Roma *lex specialis* rispetto al diritto comune interno, risulterebbe speciale anche rispetto all'art. 834 c.p.c. e quindi a quest'ultimo resterebbe solo un ambito di applicazione residuale. Nell'arbitrato internazionale-domestico, si concluderebbe, l'ambito di applicazione dell'articolo 834 c.p.c. appare estremamente ristretto « perché opera solo rispetto alle obbligazioni che sono escluse dal campo proprio della Convenzione di Roma. Per tali obbligazioni non dovrebbe venire in considerazione l'art. 57 della legge di riforma del diritto internazionale privato nella parte in cui estende l'applicabilità della Convenzione; l'art. 834 c.p.c. deve essere infatti configurato, rispetto all'art. 57 della legge di riforma, come una norma speciale »⁽⁸⁷⁾.

Sembra possibile, a chi scrive, tuttavia, un'ulteriore lettura del coordinamento normativo appena esaminato in base alla quale, ferma restando l'esigenza dell'interpretazione sistematica, si giunge ad una soluzione in linea con l'orientamento praticamente unanime nella dottrina specialistica europea.

L'arbitrato del commercio internazionale esula dal campo di applicazione della Convenzione di Roma e l'art. 834 c.p.c. possiede un campo di applicazione assai più vasto di quello appena delineato. Certo, il rinvio recettizio operato dall'art. 57 della legge di riforma del diritto internazionale privato (l. 218/95) comporta un'estensione della Convenzione di Roma che non trova equivalenti negli altri ordinamenti europei e quindi merita un'attenzione particolare. Senonché, è altrettanto vero che la Convenzione di Roma è *lex specialis* solo in quanto disciplini fattispecie che ricadano nel proprio ambito di applicazione. Perciò, muovendo da tale presupposto, appare evidente che il rinvio recettizio operato dall'art. 57 della legge di riforma del diritto internazionale privato (l. 218/95) costituisce una

⁽⁸⁶⁾ GAJA, *L'arbitrato in materia internazionale tra la legge n. 25 e la riforma del diritto internazionale privato*, cit., pp. 250-251. Nel contempo, osserva l'Autore, l'art. 832 c.p.c. « che pre il capo VI relativo all'arbitrato internazionale, stabilisce che "sono in ogni caso salve le norme stabilite in convenzioni internazionali" ».

⁽⁸⁷⁾ GAJA, cit., pp. 250-251. Cfr. MIRABELLI, GIACOBBE, *Diritto dell'arbitrato*, 1994, p. 201 s.

norma generale che il legislatore italiano si è dato ma che viene automaticamente limitata ai casi in cui lo stesso legislatore non disponga altrimenti con proprie norme speciali.

In conclusione, attraverso le norme di conflitto contenute all'art. 834 c.p.c. il legislatore italiano si è dotato, appunto, di norme di conflitto speciali valide in materia di arbitrato internazionale sicché il rinvio operato dall'art. 57 non scalfisce la normativa arbitrale.

Al di là delle considerazioni appena espresse, una tesi più moderata afferma che il legislatore italiano ha impiegato una formula neutrale, non intendendo prendere parte né a favore né contro le elaborazioni scientifiche in tema di *lex mercatoria*, elaborazioni che non risulterebbero ancora mature per una adeguata sistemazione legislativa. In base a tale assunto, che comunque rinvia la soluzione della questione alla elaborazione giurisprudenziale, si giunge ad ammettere il ricorso alla *lex mercatoria* ed ai Principi Unidroit ma, nel contempo, si induce l'interprete a prediligere la soluzione meno controversa, cioè quella dell'ammissibilità dell'applicazione della *lex mercatoria* a fine interpretativo del diritto statale applicabile⁽⁸⁸⁾.

Va puntualizzato comunque che, secondo l'orientamento dominante tra gli specialisti europei, occorre leggere l'espressione « norme di diritto », adottata dall'art. 834 c.p.c., nel senso di includere complessi normativi più ampi di quelli esistenti negli ordinamenti statali⁽⁸⁹⁾. Siffatta interpretazione, che risulta confortata dalla prassi arbitrale ed in parte anche dalla relazione parlamentare⁽⁹⁰⁾ - oltre che dai lavori preparatori di con-

⁽⁸⁸⁾ Cfr. GIARDINA, *L'arbitrato internazionale*, cit., p. 37; BRIGUGLIO, *La nuova disciplina dell'arbitrato internazionale*, cit., p. 96.

⁽⁸⁹⁾ Cfr. in tal senso FUMAGALLI, *Commento all'art. 834*, cit., p. 288; LUZZATTO, *L'arbitrato internazionale e i lodi stranieri nella nuova disciplina legislativa italiana*, cit., 1994, p. 257 s.; p. BERNARDINI, *op.cit.*, p. 196; BONELLI, *Vi è spazio per una lex mercatoria?*, in SINDI, *La riforma del diritto internazionale privato*, cit., p. 200 s.; MARENGO, *Profili dell'arbitrato commerciale internazionale*, cit., p. 597 s.; Id., in BRIGUGLIO, MARENGO, FAZZALARI, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., p. 299; GALGANO, voce *Lex mercatoria*, in *Enc. dir.*, Agg. V 2001, p. 721-729. Secondo altri, invece, (cfr. P. BIAVATI, in F. CARPI, *Arbitrato*, cit., p. 761) il riferimento alle « norme di diritto » sarebbe da leggere nel senso « che i contraenti del patto di arbitrato si possano riferire direttamente agli usi di un dato settore commerciale e quindi alla *lex mercatoria*. Ciò consentirebbe alla volontà delle parti di anticipare, in modo pieno, quel risultato che il 2° comma dell'articolo qui commentato si propone comunque di conseguire ».

⁽⁹⁰⁾ La relazione della II Commissione parlamentare sui d.d.l. nn. 663 e 873-A (comunicata alla Presidenza il 30 luglio 1993) all'art. 834 c.p.c. prevede, *expressis verbis*, che « si è sostituita la locuzione "le norme" alla locuzione "la legge", con il che si è previsto il caso, per

venzioni internazionali vigenti e della legge modello dell'Uncitral⁽⁹¹⁾ - appare in linea con le più recenti ed avanzate esperienze legislative straniere e con i rilievi contenuti nel libro verde della Commissione⁽⁹²⁾ ed in dividua, dunque, il riconoscimento legislativo formale della nuova *lex mercatoria* e dei Principi Unidroit alla stregua del diritto applicabile al merito della controversia.

Peraltro, nel quadro dell'art. 834 c.p.c., distinta dall'arbitrato secondo diritto, resta ferma la nozione di arbitrato secondo equità, categoria nella quale è possibile evidenziare ulteriori applicazioni sia della *lex mercatoria* che dei Principi Unidroit⁽⁹³⁾.

Assai più controverso è, invece, il tema dell'applicabilità della *lex mercatoria* e dei Principi Unidroit alla stregua di norme applicabili al merito in ipotesi di assenza di *electio iuris* delle parti. Abbandonando l'orizzonte della *vote directe* individuato dall'art. 1496 n. C.P.C. francese, secondo il quale gli arbitri possono applicare d'ufficio le «regole di diritto» che ritengono appropriate alla fattispecie, la lettera dell'art. 834 c.p.c. prevede che, in caso di assenza di scelta della *lex contractus*, gli arbitri dovranno

nettamente ammissibile, che le parti possano indicare non tanto la legge di un determinato Stato alla quale gli arbitri debbano fare riferimento, ma norme di diversa origine anche non propriamente statuale tratte da una pluralità di ordinamenti» cit. da GAMA, *Sulle norme applicabili al merito secondo la nuova disciplina dell'arbitrato internazionale*, in *Riv. arb.*, 1995, p. 439. Cfr. altresì la Relazione della Commissione Giustizia al Senato del 30 luglio 1993.

⁽⁹¹⁾ Cfr. in particolare l'art. VII della Convenzione di Ginevra del 1961, nonché l'art. 42, paragrafo 1, della Convenzione di Washington del 1965; l'art. 28 della Legge modello sull'arbitrato commerciale internazionale dell'Uncitral.

⁽⁹²⁾ V. in particolare l'art. 1496 NC.P.C. francese e l'art. 187, paragrafo 1, della legge federale svizzera sul diritto internazionale privato del 18 dicembre 1987.

⁽⁹³⁾ Anzi, la tesi dell'ammissibilità della *lex mercatoria* nel solo arbitrato secondo equità viene sostenuta dalla dottrina tedesca maggioritaria. Tuttavia, il dato giurisprudenziale oltre che quello dottrinale di altri paesi come la Francia, l'Olanda e, più recentemente gli Stati Uniti d'America (California), porta a concludere senz'altro a favore della configurabilità della *lex mercatoria* e dei Principi Unidroit sia nell'arbitrato secondo diritto che in quello secondo equità. La migliore dottrina italiana ha, del resto, dimostrato che il giudizio arbitrale secondo equità può basarsi anche su principi e norme giuridiche. Ciò deve valere sia che le norme giuridiche impiegate nell'arbitrato secondo equità appartengano ad un ordinamento giuridico statale, sia che siano ascrivibili alla *lex mercatoria* o ai Principi Unidroit. V.F. GALIANO, *Diritto ed equità nel giudizio arbitrale*, in *Contr. e Imp.*, 1991, p. 461 ss.; cfr. G. BROGGINI, *L'equità nell'arbitrato commerciale internazionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, pp. 1125-1154 a favore della tesi tedesca; LA CHINA, *L'arbitrato e la riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, in *Riv. arb.*, 1995, p. 643 s.; cfr. con riferimento anche ai Principi Unidroit, FRANZONI, *Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto*, in *Contr. e imp.*, 1999, pp. 83-97.

applicare «la legge» con cui il rapporto controverso è più strettamente collegato. Qui, il riferimento alla «legge» porta, indubbiamente, ad escludere qualunque collegamento diretto con complessi normativi non statali come, appunto, la *lex mercatoria* ed i Principi Unidroit, rilanciando, invece, al di fuori delle fattispecie ricomprese nell'ambito di applicazione della Convenzione di Ginevra del 1961⁽⁹⁴⁾, l'applicazione analogica di meccanismi di soluzione conflittualistica tradizionali operativi attraverso la Convenzione di Roma del 1980⁽⁹⁵⁾. Il che, tuttavia, non porta ad escludere *vis et simpliciter* l'applicabilità della *lex mercatoria*, bensì ne demanda le modalità di applicazione all'ordinamento statale che presenta il collegamento più stretto con la controversia.

Senonché, l'ampiezza del principio di autonomia contrattuale fissato all'art. 834 c.p.c., porta a considerare la sola scelta del regolamento di arbitrato amministrato equivalente ad una scelta delle «norme di diritto» di cui al primo comma dell'articolo *de quo*. Seguendo tale impostazione, poiché le parti hanno previsto l'arbitrato amministrato per la risoluzione delle proprie controversie e, nel contempo, non hanno indicato la *lex contractus*, ne segue che il richiamo del regolamento di arbitrato ed in particolare delle norme di conflitto in esso contenute porta ad applicare queste ultime senza, dunque, ricorrere alla norma in materia di assenza di scelta di cui all'art. 834 c.p.c. Orbene, poiché i principali regolamenti arbitrali del mondo, in primis quelli della CCI, della LCIA o della AAA, prevedono l'applicazione d'ufficio delle «regole di diritto» che l'arbitro ritiene essere più appropriate al merito della controversia, ne discende che la *lex merca-*

⁽⁹⁴⁾ V. sul punto l'art. VII della Convenzione di Ginevra del 1961 ove si prevede che, in assenza di designazione delle parti, gli arbitri devono applicare le norme di conflitto più appropriate alla soluzione del caso concreto. Cfr. sul punto BONSIGNORI, *L'arbitrato internazionale fra convenzione di Ginevra e codice di rito*, in *Riv. arb.*, 1995, p. 390 s.

⁽⁹⁵⁾ V., in particolare, l'art. 4 della Convenzione di Roma del 1980. Accogliendo la tesi dell'autonomia dell'art. 834 rispetto al sistema della Convenzione di Roma del 1980, resta comunque auspicabile che la relativa discrezionalità degli arbitri nell'apprezzamento del «collegamento più stretto» venga orientata dal modello della Convenzione di Roma (cfr. in tal senso FUMAGALLI, cit., p. 224 s.; GAMA, *L'arbitrato in materia internazionale...*, cit., p. 254). Cfr. l'art. 28, paragrafo 2, della legge modello dell'Uncitral, nonché l'art. 7 della Convenzione di Ginevra del 1961 ove, si attribuisce all'arbitro il potere di applicare le norme di conflitto che egli ritiene essere «più appropriate» alla soluzione del caso di specie con ciò promuovendo un modello macchinoso (e poco savigliano) che, pur se in sintonia con le teorie delle norme di diritto internazionale privato a colorazione materiale statunitensi, non sembra possa favorire la certezza del diritto del commercio transnazionale sul piano della prevedibilità delle soluzioni.

stituisce un segno indelebile della presa in considerazione della *lex mercatoria* o, comunque, delle esigenze del commercio internazionale ad opera dello Stato. Proprio attraverso tale disciplina, si è già potuto osservare che il legislatore italiano, sulla scia di quello di altri Paesi economicamente avanzati, ha notevolmente ampliato l'autonomia contrattuale delle parti in quanto l'ordinamento statale riconosce sia la facoltà delle parti contraenti di deferire la cognizione delle controversie commerciali internazionali all'arbitro, sia il potere di quest'ultimo di decidere la lite riferendosi a complessi normativi più vasti del diritto statale⁽⁹⁷⁾.

Le considerazioni appena esposte sono rafforzate dalla lettura della disciplina dell'impugnazione del lodo internazionale⁽⁹⁸⁾. In tale ipotesi, il legislatore italiano, a differenza di quanto previsto per il lodo interno *inter alia*, escluso, salvo diverso accordo delle parti, l'impugnabilità del lodo internazionale per violazione delle norme di diritto da parte degli arbitri, con il risultato concreto di eliminare il controllo del giudice di merito su tale punto cruciale⁽⁹⁹⁾. Ne segue, a fortiori, che il lodo internazionale, deciso in base alla *lex mercatoria* od ai Principi Unidroit, risulta sottratto al sindacato di merito del giudice dell'*exequatur*⁽¹⁰²⁾, divenendo, perciò, idoneo a produrre effetti nell'ordinamento statale italiano, al pari di un lodo internazionale deciso in base alla legge straniera.

(97) Cfr. ad es. POMMIER, *Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel*, cit., pp. 239-315; PARRA, *The Limits of Party Autonomy in Arbitration Proceedings under the ICSID Convention*, in *ICC Bull.*, 1999, v. 10, n. 1, p. 1 s.

(98) art. 839 c.p.c.: «All'arbitrato internazionale non si applicano le disposizioni dell'art. 829, secondo comma, dell'art. 830, secondo comma, e dell'art. 831 se le parti non hanno diversamente convenuto». Con riferimento alla disciplina previgente v. F. LATTANZI, *L'impugnativa per nullità nell'arbitrato commerciale internazionale*, Milano, 1989, p. 23 s.; cfr. sulla nuova normativa LUZZATTO, *sub art. 838*, in TARZIA, LUZZATTO, RICCI, cit., p. 251 s.

(99) Secondo parte della dottrina l'errore degli arbitri nell'individuazione della normativa applicabile ai sensi dell'art. 834 c.p.c. è impugnabile ai sensi dell'art. 829, comma 1, n. 4, c.p.c. Cfr. p. BIAVATI, cit., p. 763.

(102) Cfr. in tal senso BONELLI, *Vi è spazio per una lex mercatoria?*, cit., p. 203. Diverse valutazioni si importerebbero, invece, con riferimento al lodo in violazione di norme di applicazione necessaria o in contrasto con l'ordine pubblico. Sembra ammissibile l'impugnazione del lodo basato sulla *lex mercatoria* o i Principi Unidroit per violazione delle norme di applicazione necessaria di cui all'art. 17 della l. n. 218/95 o per contrasto con l'ordine pubblico internazionale-italiano di cui all'art. 16 della legge citata. Valgono, infatti, qui, i principi tradizionali in materia di limiti all'applicazione della legge straniera, ampiamente studiati dalla dottrina internazionalprivatistica, limiti che, in quanto tali, sono destinati ad operare qualunque siano le «norme di diritto» applicate dagli arbitri. Sul punto cfr. ancora LUZZATTO, *sub art. 838*, cit., p. 254.

toria ed i Principi Unidroit possono essere applicati dagli arbitri sulla base della volontà espressa delle parti di scegliere un dato regolamento di arbitramento amministrato. Ne discende altresì che l'ambito di applicazione della seconda parte del comma 1 dell'art. 834 c.p.c. risulta limitato alla categoria - residuale - degli arbitri internazionali rituali *ad hoc* in cui gli arbitri riscontrano l'assenza di *electio iuris*.

Tra le novità introdotte dalla novella del 1994, in materia di arbitramento internazionale, occorre mettere in luce, *en passant*, le ulteriori dimensioni del principio di autonomia contrattuale in materia di lingua dell'arbitrato, di ricusazione degli arbitri e di deliberazione del lodo. In particolare, tali norme si riferiscono, rispettivamente, alla determinazione della lingua in cui svolgere gli atti del procedimento; alla ricusazione dell'arbitro che, iramite norma dispositiva, viene eventualmente ricondotta nell'alveo dell'arbitrato interno; alla deliberazione a maggioranza del lodo prevedendo, altresì, la possibilità della conferenza videotelefonica degli arbitri.

Sotto questo profilo, l'autonomia delle parti si esplica, secondo l'ordinamento italiano, in alcune direzioni di particolare rilievo:

- a) autonomia nella fissazione del *locus arbitri*;
- b) autonomia nella scelta del *regolamento* arbitrale;
- c) autonomia nella scelta delle *norme* applicabili al merito della controversia⁽⁹⁶⁾;
- d) autonomia nella fissazione della *lingua* del procedimento arbitrale⁽⁹⁷⁾;
- e) autonomia nella *nomina* degli arbitri, nella fissazione delle *qualifiche* loro richieste e nell'esercizio dell'azione di *ricusazione*⁽⁹⁸⁾.

In conclusione, l'emanazione di un'apposita disciplina in materia arbitrale volta a differenziare l'arbitrato internazionale da quello interno co-

(96) art. 834 c.p.c.

(97) art. 835 c.p.c.: «Se le parti non hanno diversamente convenuto, la lingua del procedimento è determinata dagli arbitri, tenuto conto delle circostanze». In argomento v. M. FRIGO, *sub art. 835*, in TARZIA, LUZZATTO, RICCI, cit., p. 232 s. che osserva opportunamente che in caso di scelta espressa della lingua processuale ad opera delle parti, il mancato rispetto di tale scelta ad opera degli arbitri può portare ad una violazione del principio del contraddittorio e quindi inficiare la validità del lodo; cfr. LUZZATTO, *L'arbitrato internazionale e i lodi stranieri nella nuova disciplina legislativa italiana*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1994, p. 271; PUNZI, *op. cit.*, II, p. 307 s.

(98) art. 836 c.p.c.: «La ricusazione degli arbitri è regolata dall'art. 815, se le parti non hanno diversamente convenuto». Cfr. FRIGO, *sub art. 836*, in TARZIA, LUZZATTO, RICCI, cit., p. 240 s.; BRUGUOLIO, *La nuova disciplina...*, cit., p. 101 s.; PUNZI, cit., II, p. 309 s.