

LA LEGGE APPLICABILE
AI CONTRATTI NELLA PROPOSTA
DI REGOLAMENTO «ROMA I»

Atti della giornata di studi

Rovigo, 31 marzo 2006

a cura di

PIETRO FRANZINA



CEDAM

CASA EDITRICE DOTT. ANTONIO MILANI

2006

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

© *Copyright 2006 by CEDAM - Padova*

ISBN 88-13-26251-5

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

Stampato in Italia - Printed in Italy

Grafiche TPM s.r.l. - Padova

SOMMARIO

Premessa	p.	VII
Elenco delle principali abbreviazioni	»	IX
LUCA G. RADICATI DI BROZOLO, FRANCESCO SALERNO, Verso un nuovo diritto internazionale privato dei contratti in Europa	»	1
PAOLO BERTOLI, Il ruolo della Corte di giustizia e l'interpretazione del futuro regolamento «Roma I».....	»	9
FABRIZIO MARRELLA, Prime note circa la scelta del diritto applicabile alle obbligazioni contrattuali nella proposta di regolamento «Roma I».....	»	28
BERNARDO CORTESE, La proposta di regolamento «Roma I»: spunti critici su collegamento obiettivo e rapporti con le convenzioni di diritto internazionale privato uniforme	»	41
GIUSEPPINA PIZZOLANTE, I contratti conclusi dai consumatori nella proposta di regolamento «Roma I»	»	50
PAOLO VENTURI, Alcune osservazioni sui contratti individuali di lavoro nella proposta di regolamento «Roma I».....	»	62
PIETRO FRANZINA, La legge applicabile alla rappresentanza volontaria secondo la proposta di regolamento «Roma I»	»	82
GIACOMO BIAGIONI, L'ordine pubblico e le norme di applicazione necessaria nella proposta di regolamento «Roma I».....	»	96
ANNA GARDELLA, Prevedibilità contro flessibilità? La legge applicabile all'opponibilità della cessione del credito ai terzi nella proposta di regolamento «Roma I».....	»	106
ANTONIO LEANDRO, La disciplina della opponibilità della cessione del credito	»	129
FABRIZIO MARONGIU BUONAIUTI, Conseguenze della trasformazione della convenzione di Roma in regolamento comunitario per il sistema italiano di diritto internazionale privato.....	»	141
Comunicazioni: Sara TONOLO, Silvia MARINO, Benedikt HUESMANN.....	»	157
Appendice: Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I)	»	167

ELENCO DELLE ABBREVIAZIONI

<i>All England Law Rep.</i>	All England Law Reports
<i>Am. J. Comp. Law</i>	American Journal of Comparative Law
<i>Arch. giur.</i>	Archivio giuridico
<i>Banca borsa</i>	Banca borsa e titoli di credito
<i>Cahiers droit eur.</i>	Cahiers de droit européen
<i>Calif. Law Rev.</i>	California Law Review
<i>C. M. Law Rev.</i>	Common Market Law Review
<i>Columbia J. Eur. Law</i>	Columbia Journal of European Law
<i>Comunicazioni e studi</i>	Comunicazioni e studi. Istituto di Diritto Internazionale e Straniero. Università di Milano
<i>Dig. disc. priv. (civ.)</i>	Digesto (4 ^a ed.) delle discipline privatistiche – Sezione civile
<i>Dir. comm. int.</i>	Diritto del commercio internazionale
<i>Dir. com. scambi int.</i>	Diritto comunitario e degli scambi internazionali
<i>Dir. mar.</i>	Il diritto marittimo
<i>Dir. banc. merc. fin.</i>	Diritto della banca e del mercato finanziario
<i>Dir. Unione europea</i>	Il diritto dell'Unione europea
<i>Duke Journ. Comp. Int. Law</i>	Duke Journal of Comparative & International Law
<i>Enc. dir.</i>	Enciclopedia del diritto
<i>Enc. giur.</i>	Enciclopedia giuridica
<i>Eur. Banking Law J.</i>	European Banking Law Journal
<i>Eur. Bus. Law Rev.</i>	European Business Law Review
<i>Eur. J. Int. Law</i>	European Journal of International Law
<i>Eur. Rev. Priv. Law</i>	European Review of Private Law
<i>Foro it.</i>	Il Foro italiano
<i>Giur. it.</i>	Giurisprudenza italiana
<i>Giust. civ.</i>	Giustizia civile
<i>Giust. civ. Mass.</i>	Giustizia civile. Massimario annotato della cassazione
<i>G.U.C.E.</i>	Gazzetta ufficiale delle Comunità europee

<i>G.U.R.I.</i>	Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana
<i>G.U.U.E.</i>	Gazzetta ufficiale dell'Unione europea
<i>Information Comm. Law</i>	Information & Communication Technology Law
<i>Int. Comp. Law Quart.</i>	International and Comparative Law Quarterly
<i>Int. Fin. Law Rev.</i>	International Financial Law Review
<i>Int. Lit. Proc.</i>	International Litigation Procedure
<i>Int'l lis</i>	Int'l lis – Supplemento a Il corriere giuridico
<i>IPRax</i>	Praxis des Internationalen Privat- und verfahrensrechts
<i>Journ. droit int.</i>	Journal du droit international
<i>J. Int. Banking Law</i>	Journal of International Banking Law
<i>Lav. dir.</i>	Lavoro e diritto
<i>Law and Cont. Problems</i>	Law and Contemporary Problems
<i>Law Quart. Rev.</i>	The Law Quarterly Review
<i>Lloyd's Mar. Law Quart.</i>	Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly
<i>Netherlands int. law rev.</i>	Netherlands international law review
<i>New York Univ. Int. Law</i>	New York University Journal of International Law and Politics
<i>Nuove leggi civ.</i>	Nuove leggi civili commentate
<i>Rabels Zeitschrift</i>	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
<i>Raccolta</i>	Raccolta della giurisprudenza della Corte di giustizia (parte I) e del Tribunale di primo grado (parte II)
<i>Recht int. Wirtschaft</i>	Recht der internationalen Wirtschaft
<i>Recueil des cours</i>	Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye / Collected courses of the Academy of international law
<i>Rev. critique</i>	Revue critique de droit international privé
<i>Rev. dr. bancaire bourse</i>	Revue de droit bancaire et de la bourse
<i>Rev. dr. bancaire fn.</i>	Revue de droit bancaire et financier
<i>Rev. dr. comm. belge</i>	Revue de droit commercial belge
<i>Rev. dr. uniforme</i>	Revue de droit uniforme
<i>Rev. int. dr. comparé</i>	Revue internationale de droit comparé
<i>Rev. trim. dr. civ.</i>	Revue trimestrielle de droit civil
<i>Riv. dir. civ.</i>	Rivista di diritto civile
<i>Riv. dir. comm.</i>	Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni
<i>Riv. dir. int.</i>	Rivista di diritto internazionale

<i>Riv. dir. int. priv. proc.</i>	Rivista di diritto internazionale privato e processuale
<i>Riv. dir. lav.</i>	Rivista del diritto del lavoro
<i>Riv. soc.</i>	Rivista delle società
<i>Riv. trim. dir. pubbl.</i>	Rivista trimestrale di diritto pubblico
<i>Trav. du Comité</i>	Travaux du Comité Français de droit international privé
<i>Univ. Penns. J. Int. Ec. Law</i>	University of Pennsylvania Journal of International Economic Law
<i>Vand. J. Trans. Law</i>	Vanderbilt Journal of Transnational Law
<i>Yearb. Priv. Int. Law</i>	Yearbook of Private International Law

FABRIZIO MARRELLA

PRIME NOTE CIRCA LA SCELTA DEL DIRITTO APPLICABILE
ALLE OBBLIGAZIONI CONTRATTUALI
NELLA PROPOSTA DI REGOLAMENTO «ROMA I»

SOMMARIO: 1. Introduzione. — 2. La globalizzazione dei contratti internazionali. — 3. L'art. 3 della convenzione di Roma del 1980 e la sua rispondenza alle esigenze del commercio internazionale «B2B». — 4. Sull'art. 3, par. 1, della proposta di regolamento «Roma I». — 5. Sull'art. 3, par. 2, della proposta di regolamento «Roma I» e l'applicabilità di «principi e norme di diritto sostanziale dei contratti». — 6. È possibile una *governance* dei contratti globali?

1. Il testo dell'art. 3 del progetto di regolamento comunitario destinato a sostituire le corrispondenti norme della convenzione di Roma del 1980 suscita particolare interesse e non mancherà di accendere un notevole dibattito nella letteratura specialistica. Non è possibile, nei limiti di questo breve scritto, dare conto di tutte le applicazioni dell'art. 3 della convenzione di Roma e dell'amplessima letteratura esistente in materia. Scopo del mio intervento sarà dunque quello di esporre qualche spunto critico rispetto alle sole norme che differenziano il testo della proposta da quello della convenzione vigente. All'uopo, una volta esposte alcune brevissime considerazioni circa l'attuale stadio di sviluppo del commercio internazionale, verranno richiamate le principali opzioni normative effettuate dai redattori dell'art. 3 della convenzione di Roma del 1980 offrendo così un terreno di confronto per misurare la portata innovativa delle «nuove» soluzioni contenute nel progetto di regolamento.

2. In questi anni la letteratura sia economica che giuridica sulla globalizzazione ha offerto rilevanti contributi suscettibili di illustrare i caratteri principali dell'attuale fase storica in cui viviamo e di spiegare alcuni aspetti che si manifestano con peculiare ampiezza in sede di risoluzione in via arbitrale delle controversie commerciali transnazionali ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ V. fra una letteratura vastissima BRAITHWAITE, DRAHOS, *Global business regulation*, Cambridge, 2000; gli scritti raccolti in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^{ème} siècle - Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Paris, 2000; CARREAU, JUILLARD, *Droit international économique*², Paris, 2005; LYON-CAEN, PERULLI, *Liberalizzazione degli scambi, integra-*

In alcuni recentissimi saggi, Francesco Galgano ⁽²⁾ è riuscito a sintetizzare, in modo magistrale, i termini del problema individuando tre possibili modi di essere dell'economia di mercato, i quali corrispondono anche ad altrettanti stadi della sua evoluzione:

a) L'economia a mercato nazionale. Qui tutte le principali funzioni economiche si svolgono all'interno di un medesimo mercato. Si tratta del mercato nazionale ed in esso si svolgono le classiche attività imprenditoriali del reperimento dei capitali, dell'approvvigionamento delle materie prime e dell'acquisizione della forza lavoro. Uguale sorte subisce l'organizzazione della produzione finanche alla fase del collocamento dei prodotti. In questo stadio originario dell'economia le dimensioni del mercato coincidono con quelle dello Stato e dunque il diritto statale è, per ipotesi, perfettamente aderente al mercato. Si tratta, ricorda Galgano, del modello dello «Stato commerciale chiuso», che Johann Fichte teorizza al principio del diciannovesimo secolo. «Per l'idealismo post-hegeliano di Fichte le dimensioni dell'uno e dell'altro debbono necessariamente coincidere, se non si vuole attentare a quel valore sommo che è, per il filosofo tedesco, la sovranità dello Stato» ⁽³⁾.

b) L'economia a mercato internazionale. Questa configurazione dell'economia si caratterizza per l'approvvigionamento all'estero delle materie prime e la vendita all'estero dei prodotti finiti, ferma restando la produzione solo nazionale. «La forza lavoro, i capitali, l'organizzazione produttiva restano nazionali; ma le materie prime provengono anche da altri mercati, e anche ad altri mercati sono destinati i prodotti» ⁽⁴⁾. Si tratta della internazionalizzazione del commercio che, alla metà del diciannovesimo secolo, viene profetizzata da Karl Marx rilevando «l'instaurazione di un mercato mondiale», con scambi estesi «per tutto il globo terrestre», con un «traffico universale», implicante «una universale dipendenza delle nazioni l'una dall'altra». Ciò comporta la crisi del modello dello Stato commerciale chiuso di Fichte, ma annuncia anche la più profonda crisi della sovranità statale che si manifesta a partire dalla seconda metà del ventesimo secolo ⁽⁵⁾.

c) L'economia a mercato globale. Qui tutte le classiche funzioni eco-

zione dei mercati e diritti del lavoro, Padova, 2005; BENEDEK, DE FEYTER, MARRELLA, *Economic globalisation and human rights*, in corso di pubblicazione presso Cambridge University Press.

⁽²⁾ GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005, ove ampi riferimenti; GALGANO, *La globalizzazione e le fonti del diritto*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2006, p. 313 ss.; GALGANO, MARRELLA, *Diritto del commercio internazionale*², in corso di pubblicazione presso Cedam.

⁽³⁾ GALGANO, MARRELLA, *op. cit.*, p. 4.

⁽⁴⁾ *Ibidem*.

⁽⁵⁾ Sono parole che si leggono nel primo capitolo del Manifesto di Marx ed Engels e che, più che alla globalizzazione odierna, si attagliano alla internazionalizzazione del commercio.

nomiche si «transnazionalizzano», perdono una connotazione meramente nazionale. «Non sono solo le merci a circolare oltre i confini nazionali; la stessa organizzazione produttiva e distributiva si disloca e si ramifica in ambiti internazionali. Rilevazioni statistiche hanno messo in evidenza che nove fra le quindici maggiori imprese del nostro tempo hanno più del 50% del loro patrimonio all'estero e cinque più del 70%; sette hanno all'estero più del 50% e tre più del 70% dell'occupazione» (6). Queste rilevazioni mostrano che gli odierni protagonisti della globalizzazione sono, piuttosto che gli Stati, le imprese transnazionali: la Shell ha un patrimonio estero pari al 67,8% del totale, e una occupazione estera pari al 77,9%; la Volkswagen ha un patrimonio estero pari all'84,8% ed una occupazione estera pari al 44%; la Nestlé è l'impresa più globalizzante, con un patrimonio estero pari all'86,9% e un'occupazione estera pari al 97% (7).

Quali implicazioni hanno i fenomeni ora descritti sul diritto internazionale privato dei contratti? La risposta non può essere che, sotto il profilo tecnico, la seguente: una crescente dispersione nello spazio dei punti di collegamento e dunque una maggiore difficoltà (o artificiosità) nel localizzare ogni fattispecie contrattuale nell'orbita di un unico ordinamento statale. La tecnica della localizzazione viene largamente utilizzata nella convenzione di Roma e, pur con qualche ulteriore accorgimento, nella proposta di regolamento «Roma I», per cui occorre soffermarsi un istante sulle soluzioni di diritto positivo accolte in questi strumenti.

3. Nel «sistema» della convenzione di Roma, la volontà delle parti funge da criterio di collegamento (e si parla al riguardo di autonomia contrattuale in senso internazionalprivatistico) sicché tramite di essa è possibile individuare l'ordinamento (statale) a partire dal quale determinare esattamente l'estensione delle obbligazioni contrattuali (art. 3) (8). La volontà delle parti costituisce un criterio di collegamento del tutto autosufficiente non

(6) *Ibidem.*

(7) QUADRIO CURZIO su *Globalizzazione: profili economici* (una sintesi della quale si legge ne *Il Mulino*, 1999, p. 41). Cfr. UNCTAD Investment report 2006, sul sito <http://www.unctad.org>.

(8) In argomento, v. la relazione Giuliano-Lagarde sulla convenzione relativa alla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, in *G.U.C.E.*, n. C 282 del 31 ottobre 1980, p. 27 s. e, tra una letteratura vastissima, cfr. MARRELLA, *Autonomia privata e contratti internazionali*, in SICCHIERO, *Autonomia contrattuale e diritto privato europeo*, Padova, 2005, p. 217 ss.; HEUZÉ, *La volonté en droit international privé*, in *Droits*, 1999, p. 113 ss.; NYGH, *Autonomy in international contracts*, Oxford, 1999; JACQUET, *Retour sur la règle de conflit des lois en matière de contrats*, in *Journ. droit int.*, 1991, p. 679 ss.; BROGGINI, *La scelta della legge applicabile alle obbligazioni contrattuali nella convenzione di Roma del 19 giugno 1980*, in *Foro padano*, 1992, II, p. 31 ss.; JAYME, PICCHIO FORLATI, *Giurisdizione e legge applicabile ai contratti nella CEE*, Padova, 1990; cfr. anche BALLADORE PALLIERI, *L'autonomia dei contraenti nel diritto internazionale privato*, in *Diritto internazionale*, 1963, I, p. 158 s.; MORELLI, *Elementi di diritto internazionale privato*¹¹, Napoli, 1982, p. 61 s.; BOSCHIERO, *Il coordinamento delle norme in materia di vendita internazionale*, Padova, 1990, p. 388 s.

essendo minimamente necessario che l'ordinamento designato dalle parti quale competente a regolare il contratto presenti altri momenti di collegamento con il contratto medesimo. Sicuramente, grazie alla generosità della convenzione di Roma, le parti possono scegliere un ordinamento statale che nulla ha a che vedere con la formazione, l'interpretazione o l'esecuzione del contratto⁽⁹⁾. E l'ordinamento statale richiamato, in base a quanto disposto dall'art. 15, è dato dalle norme sostanziali ivi in vigore, prescindendo dalle sue norme di diritto internazionale privato. Restano infatti escluse dall'ambito dell'autonomia contrattuale l'ipotesi dell'*electio iuris* del diritto abrogato nonché la problematica del rinvio⁽¹⁰⁾. La libertà di scelta delle parti è comunque amplissima in quanto viene svincolata dall'eventuale presenza di elementi oggettivi di collegamento con un ordinamento statale determinato o determinabile⁽¹¹⁾. Di più, ai sensi dell'art. 2 della convenzione di Roma, che evidenzia il carattere universale della stessa, «la legge designata ... si applica anche se è la legge di uno Stato non contraente».

L'interpretazione dominante della convenzione di Roma porta, tuttavia, ad escludere dall'ambito delle scelte positive del diritto applicabile sistemi normativi non statali, quali in particolare, la *lex mercatoria* (e i principi UNIDROIT sui contratti commerciali internazionali). L'applicazione di quest'ultima è ammessa – ed infatti si verifica – in sede di arbitrato internazionale attraverso le norme di conflitto ad esso dedicate. Nel «sistema» della convenzione di Roma, viene precluso alle parti di eleggere direttamente qualunque tipo di diritto a-nazionale, inclusa la *lex mercatoria*, i principi UNIDROIT ed anche i principi di diritto europeo dei contratti (PECL), ma tale esclusione viene proclamata in modo quasi unanime dalla dottrina senza che questa tesi sia confortata da un preciso dato testuale della convenzione di Roma (o dalla relazione Giuliano-Lagarde) quale legge applicabile alle obbligazioni contrattuali. Resta comunque ammessa, si osserva comunemente, l'applicazione della *lex mercatoria* – o di altre norme a-nazionali – in via mediata, attraverso l'ordinamento statale previamente designato dalle parti, nella misura e con le modalità ammesse da

⁽⁹⁾ Una disamina delle varie posizioni dottrinali si trova in JACQUET, *Principe d'autonomie et contrats internationaux*, p. 177 ss.

⁽¹⁰⁾ Su cui, *brevitatis causa*, si rimanda il lettore alle opere generali di diritto internazionale privato. L'art. 15 della convenzione di Roma stabilisce che, quando la «convenzione prescrive l'applicazione della legge di un paese, essa si 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 rimettano la soluzione della controversia alla legge del foro (rinvio indietro) oppure a quella di uno stato terzo (rinvio oltre).

⁽¹¹⁾ Come avviene tuttora nell'ordinamento statunitense. In dottrina cfr. VILLANI, *La convenzione di Roma sulla legge applicabile ai contratti*², Bari, 2000, p. 76 s.; BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, cit., p. 616 s.

quest'ultimo. Perciò, in base a quell'impostazione, una clausola dal tenore che segue: «Il presente contratto è regolato dalla *lex mercatoria* ed i principi UNIDROIT» corrisponde, se la convenzione di Roma è applicabile, ad una curiosa quanto paradossale fattispecie da inquadrare in quella dell'assenza di scelta del diritto applicabile di cui all'art. 4 della convenzione medesima. Ne segue che il giudice (l'arbitro infatti non è obbligato ad applicare la convenzione di Roma) dovrà, in prima battuta, individuare la legge del paese con cui il contratto presenta il collegamento più stretto ed, in seconda battuta, attribuire efficacia alla *lex mercatoria* ed ai principi UNIDROIT solo nella misura ammessa dall'ordinamento statale richiamato.

Oltre alla fattispecie della scelta positiva espressa del diritto applicabile, la convenzione di Roma ammette poi anche, fingendo di interessarsi alla prassi commerciale internazionale, la scelta positiva implicita purché risulti «in modo ragionevolmente certo dalle disposizioni del contratto o dalle circostanze»⁽¹²⁾. La relazione Giuliano-Lagarde indica quale esempio di tali circostanze le condizioni generali di contratto contenute in moduli e formulari (una polizza di assicurazione marittima dei Lloyd's di Londra comporta di solito soggezione al diritto inglese); la scelta del foro di un determinato paese, in virtù del brocardo *qui eligit iudicem eligit ius*; o ancora il richiamo di determinati articoli della legislazione di un paese dato. Anche sotto questo profilo, tuttavia, l'analisi dell'interprete si traduce nella verifica dell'esistenza di un uso contrattuale, ossia di una clausola non scritta del contratto che, al pari di una *electio iuris* espressa con una clausola scritta, altro non può avere per oggetto se non la scelta di un diritto statale.

Un'ulteriore fattispecie astrattamente prevista dalla convenzione di Roma è quella, ben nota, del *dépeçage* volontario. In virtù dell'art. 3 della convenzione, i contraenti possono designare la legge applicabile a tutto il contratto ovvero a una parte soltanto di esso. Ancora una volta non ci sono limiti a queste scelte che possono avere per oggetto anche il diritto di Stati che non siano parti contraenti della convenzione di Roma prescindendo da qualunque collegamento oggettivo. Anche qui, dunque, la libertà delle parti è amplissima e probabilmente eccessiva giacché non c'è limite al *dépeçage* volontario in sé nella misura in cui venga operato a favore di ordinamenti statali. Così facendo, tuttavia, una fattispecie unica dal punto di vista economico viene frammentata in una moltitudine di discipline di diritto materiale statale portando ad una sorta di «caleidoscopio giuridico». Non esistono statistiche al riguardo ma chiunque abbia contatti con

⁽¹²⁾ Per una discussione dei concetti della scelta positiva e negativa della *lex contractus* si rinvia a MARRELLA, *Choice of law in third millennium arbitrations: the relevance of the UNIDROIT Principles of international commercial contracts*, in *Vand. J. Trans. Law*, 2003, p. 1137 ss. Resta esclusa invece la fattispecie della volontà ipotetica.

la pratica o con gli operatori della contrattualistica e dell'arbitrato internazionale conosce la completa astrattezza del *dépeçage* volontario e la mancanza di applicazioni pratiche. Perciò si fatica a comprendere come mai i redattori della convenzione di Roma abbiano generosamente concesso la scelta di ordinamenti statali non oggettivamente collegati al contratto ed addirittura ammesso il «caleidoscopio del diritto statale» senza però ammettere soluzioni di diritto a-nazionale uniforme.

Il problema si acuisce ulteriormente allorquando le parti non hanno potuto o voluto effettuare una *optio legis* ed allora viene richiesto al giudice statale, in base all'art. 4, par. 5, della convenzione di Roma, di individuare l'ordinamento statale con cui il contratto presenta il collegamento più stretto. Mano a mano che le fasi dell'impresa si irradiano nello spazio terrestre diviene sempre meno facile addivenire a quella minima convergenza dei punti di collegamento che consenta di individuare con sicurezza l'ordinamento statale che presentando il «collegamento più stretto» sia in grado di assorbire entro di sé fattispecie altamente transnazionali. Un primo segnale del problema appena enunciato si rinviene nel lodo CCI n. 8655 pronunciato al termine di un arbitrato *ex aequo et bono* tra una società panamense ed una thailandese a seguito di una banale lite insorta relativamente ad un contratto di *advertising* ⁽¹³⁾. Non trovando nel contratto controverso alcuna clausola di scelta della legge applicabile, l'arbitro unico, riposto il *situs arbitri* a Parigi, rilevava che, nel corso del procedimento la parte attrice aveva richiesto l'applicazione della *lex mercatoria*. Ne concludeva, appunto, che la dispersione degli elementi di collegamento del contratto controverso non consentiva di individuare alcuno stretto collegamento con un dato ordinamento statale. Pertanto dava applicazione alla *lex mercatoria* quale espressione del diritto globale degli affari.

In conclusione, fermo restando il personale giudizio positivo di chi scrive circa l'elevata qualità tecnica ed il buon funzionamento di quasi tutte le norme della convenzione di Roma, non può essere sottaciuto che, a distanza di più di vent'anni – in linea con le considerazioni sopra esposte circa la economia globale – vengono conclusi contratti sempre più «altamente» transnazionali. Dunque un adeguamento alla realtà appare necessario. Resta da chiedersi se le soluzioni accolte nel progetto di regolamento «Roma I» diano una risposta soddisfacente ai problemi dell'economia (e dunque del diritto) globale.

4. L'art. 3, par. 1, della proposta «Roma I» riprende il testo dell'art. 3 della convenzione di Roma. Viene tuttavia aggiunta una presunzione alquanto inopportuna. La proposta prevede infatti che «se le parti hanno sta-

⁽¹³⁾ La pronuncia è pubblicata in *Gazette du Palais*, 2001, n. 119-123, p. 42 ss.

bilito che competenti a conoscere delle controversie attuali o future riguardanti il contratto siano gli organi giurisdizionali di uno Stato membro, si suppone che esse abbiano inteso scegliere la legge di tale Stato membro».

La presunzione è certamente relativa ma cade in contraddizione con il «carattere universale» proclamato all'art. 2 tanto della proposta di regolamento quanto della convenzione di Roma. La norma *de qua*, infatti, inibisce il funzionamento del sistema di diritto internazionale privato del giudice prescelto e dunque preclude l'eventuale applicazione sia del diritto di altri Stati non comunitari che, *a fortiori*, quello di Stati extra-comunitari. Si tratta, dunque, di una norma ad elevato potere localizzativo che sfavorisce l'applicazione delle norme di conflitto del foro e di soluzioni di tipo a-nazionale. Il brocardo *qui eligit iudicem eligit ius* ritorna di grande attualità con l'ulteriore «novità» che ora, a differenza che in passato, il termine *ius* va inteso comprensivo del diritto processuale e del diritto materiale statuali. Il legislatore comunitario dunque, a distanza di secoli, riscopre, *in subiecta materia*, D'Argentré ed abbandona le tesi del Molinaeus. Si tratta, altresì, di una soluzione radicale che, oltre a fare sorgere più di qualche dubbio sulla sua legittimità, alla luce dei principi di proporzionalità e di sussidiarietà comunitari⁽¹⁴⁾, è suscettibile di comportare non poche ricadute negative sulla prassi contrattuale.

Secondo una statistica diffusa, l'80% dei contratti internazionali è munito di clausola compromissoria e dunque, a contrario, è da ritenere che il 20% di detti contratti sia oggetto della cognizione del giudice interno. Ora è evidente che, in moltissimi di questi casi, le parti stipulano apposite *forum selection clauses* ossia clausole di proroga della giurisdizione la cui negoziazione è particolarmente difficile quando la scelta del giudice competente ricada su quello del paese in cui una delle parti è domiciliata. Una delle possibili ragioni per accettare comunque da parte di un operatore economico una clausola di proroga della giurisdizione a favore della sua controparte comunitaria è la consapevolezza che il giudice prescelto dovrà comunque determinare la *lex contractus* tramite un ragionamento internazionalprivatistico. Se, ora, tramite il nuovo art. 3, l'elezione del foro competente significa automaticamente l'applicazione del diritto materiale del foro di uno Stato comunitario, è prevedibile una ulteriore fuga dai giudici interni degli Stati membri ed un'ulteriore espansione dell'arbitrato internazionale. Peraltro, l'art. 23 del regolamento (CE) n. 44/2001 del 22 dicembre 2000 sulla competenza giurisdizionale e l'efficacia delle decisio-

⁽¹⁴⁾ La «chiusura» dell'ordinamento comunitario rispetto all'applicazione della legge straniera si manifesta pure all'art. 3, par. 5, laddove si precisa che «la scelta ad opera delle parti della legge di uno Stato non membro non può recare pregiudizio all'applicazione delle disposizioni imperative del diritto comunitario che sarebbero applicabili al caso di specie».

ni in materia civile e commerciale stabilisce una «competenza esclusiva» a favore del foro eletto dalle parti sicché, una volta stipulata la clausola sul foro competente, il silenzio sulla *optio legis* opera a favore della parte che è riuscita ad imporre il «suo giudice». Il combinato disposto del progetto di art. 3, par. 1, e dell'art. 23 del regolamento n. 44/2001 finisce così col realizzare una manovra a tenaglia a sfavore dell'imprenditore-contraente debole, un obiettivo certamente non voluto dal legislatore comunitario. Di più, l'art. 3, par. 1, lett. c), amplifica il detto «effetto a tenaglia» giacché, tramite il medesimo combinato disposto, la proroga di giurisdizione finirebbe con l'essere ammessa sia a favore del giudice non individuato ma individuabile⁽¹⁵⁾ sia allorquando la *forum selection clause* fosse stipulata per iscritto o verbalmente ma con conferma scritta inclusa «qualsiasi comunicazione con mezzi elettronici che permetta una registrazione durevole della clausola» ovvero in una forma ammessa nella pratica contrattuale delle parti o contemplata da un uso del commercio internazionale anche sconosciuto alle parti ma conosciuto dalle parti di contratti dello stesso tipo.

5. L'art. 3, par. 2, della proposta di regolamento «Roma I» del 15 dicembre 2005 supera l'impostazione della convenzione di Roma in favore di una scelta anche di «principi e norme di diritto sostanziale dei contratti, riconosciuti a livello internazionale o comunitario». In linea di principio, l'idea sottesa alla norma *de qua* si colloca in linea dritta con quella di una modernizzazione della tecnica conflittualistica espressa poc'anzi, tecnica che, aprendosi in materia contrattuale a soluzioni di tipo a-nazionale, sia in grado di restare aderente alla moderna economia a mercato globale. L'intenzione del legislatore comunitario va dunque accolta con favore. Senonché, le medesime considerazioni portano ad esprimere un giudizio critico a proposito della formulazione del predetto art. 3, par. 2, giacché, riferendosi a «principi e norme ... riconosciuti a livello internazionale e comunitario», tratta congiuntamente due sistemi di norme profondamente diversi quanto alla loro origine e funzione.

I principi UNIDROIT hanno per vocazione la disciplina del commercio globale ed è proprio per questo che si ispirano largamente alla *lex mercatoria*, così come opportunamente viene richiamata nel loro preambolo. Chi scrive ha già avuto modo di dire che detti principi integrano la componente basilare della *lex mercatoria* dei «principi generali di diritto» fornendo, oltre che una serie di principi generali, anche regole più dettagliate ma comunque sempre a carattere transnazionale e vocazione globale⁽¹⁶⁾.

⁽¹⁵⁾ Cfr. al riguardo la sentenza della Corte di giustizia del 9 novembre 2000, causa C-387/98, *Coreck Maritime*, in *Raccolta*, 2000, p. I-9337 ss., punti 13 ss.

⁽¹⁶⁾ MARRELLA, *La nuova lex mercatoria*, Padova, 2003, p. 269 ss.

Per le stesse ragioni sono stati applicati in sede arbitrale e vale la pena di sottolineare che le loro prime applicazioni sono state effettuate da arbitri che non avevano nemmeno partecipato ai lavori di UNIDROIT, a conferma della loro rispondenza a reali esigenze del commercio internazionale.

Diversa è evidentemente la storia e la sorte dei già ricordati principi di diritto europeo dei contratti (PECL). I principi della «Commissione Lando», traggono origine, dal punto di vista formale, dalla risoluzione n. C 158/400 del 26 maggio 1989, con la quale il Parlamento europeo ha richiesto alla Commissione europea ed al Consiglio di procedere ai lavori preliminari destinati alla redazione di un Codice europeo del diritto privato. La Commissione Lando aveva lo scopo di approfondire i nessi genetici e concettuali, al di là delle differenze di contenuto, fra i diversi istituti del diritto privato presenti nelle codificazioni dei singoli Stati europei in rapporto al fenomeno economico dell'unità del mercato comunitario. Si tratta certamente di uno dei più importanti progetti nella storia della costruzione comunitaria, un progetto finalizzato alla edificazione di un vero e proprio *corpus* di diritto privato comunitario che, pur affondando le proprie radici nel diritto privato dei singoli Stati, possa realizzare concretamente il sogno dottrinale della rinascita di uno *ius commune* ⁽¹⁷⁾.

Senonché, l'equiparazione normativa dei PECL – che, a dispetto di una letteratura dottrinale sterminata, non hanno lasciato traccia (salvo qualche *obiter dicta*) nella prassi arbitrale – ai principi UNIDROIT costituisce un fatto inspiegabile proprio secondo un'ottica transnazionale. Perché fare di tutta l'erba un fascio e mettere principi UNIDROIT e principi del codice europeo dei contratti sullo stesso piano? Con un po' di malizia viene in mente una risposta accattivante: perché così facendo si realizza il tentativo da parte della Commissione europea di introdurre surrettiziamente un codice europeo dei contratti che non è possibile fare entrare in

(17) V. tra una letteratura sempre più vasta: SCHULZE, *Le droit privé commun européen*, in *Rev. int. dr. comparé*, 1995, p. 7 ss.; i contributi raccolti in *Towards a European civil code*², a cura di Hartkamp, Nijmegen-London, 1998; CASTRONOVO, *I "principi di diritto europeo dei contratti" e l'idea di codice*, in *Riv. dir. comm.*, 1995, I, p. 21 ss.; DRAETTA, *Principi UNIDROIT per i contratti e progetto di codice europeo dei contratti. Due proposte a confronto*, in *Dir. comm. int.*, 1994, p. 681 ss.; PARDOLESI, *Saggi di diritto privato europeo: persona proprietà contratto, responsabilità civile, private*, Napoli, 1995; gli scritti raccolti nel volume *I giuristi e l'Europa*, a cura di Moccia, Bari-Roma, 1997; ZACCARIA, *Il diritto privato europeo nell'epoca del post-moderno*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, p. 367 ss.; BONELL, *Verso un codice europeo dei contratti?*, in *Europa e diritto privato*, 1998, p. 171 ss.; MATTEI, *Il problema della codificazione civile europea e la cultura giuridica. Pregiudizi, strategie e sviluppi*, in *Contratto e impresa / Europa*, 1998, p. 208 s.; ZENOVICH, *Il "codice civile europeo", le tradizioni giuridiche nazionali e il neo positivismo*, in *Foro it.*, 1998, V, c. 62 s.; BUSSANI, MATTEI, *The common core approach to European private law*, in *Columbia J. Eur. Law*, 1997, p. 293 ss.; SACCO, *Non, oui, peut-être*, in *Mélanges Christian Mouly*, 1998, I, p. 163 ss. Il testo integrale dei Principi di diritto europeo dei contratti redatto dalla Commissione per il diritto europeo dei contratti è stato tradotto in italiano a cura di Castronovo (*Principi di diritto europeo dei contratti*, Milano, 2001).

vigore attraverso normali processi democratici di *law making*. È ben noto infatti che, nonostante le ingenti spese sostenute con il denaro dei contribuenti europei per costituire i più svariati quanto inutili gruppi di studio, le istituzioni comunitarie non sono pervenute al risultato auspicato di varare il più indispensabile strumento di diritto contrattuale europeo uniforme. Per ironia della sorte, l'attuale «fallimento» del codice europeo del diritto dei contratti si celebra nella stessa epoca in cui la Francia celebra il bicentenario del Code Napoléon, la Germania il nuovo BGB e l'Inghilterra si rallegra di non avere avuto né l'uno né l'altro.

Se, dunque, la norma di cui all'art. 3, par. 2, della proposta di regolamento «Roma I» presenta delle ambiguità di fondo quanto ad una coerente e razionale individuazione delle regole di fonte a-nazionale cui fa riferimento, ulteriori ambiguità si presentano allorquando si aggiunge che deve trattarsi di «principi e norme riconosciuti a livello internazionale o comunitario». Non è affatto chiaro, infatti, cosa significhi detto «riconoscimento», né chi debba operarlo. Al riguardo è stato recentemente osservato che il metodo di lavoro che ha condotto ai principi UNIDROIT si è tradotto in quello dei professori che hanno partecipato ai lavori producendo alla fine un testo che è stato successivamente fatto proprio dall'Istituto al di fuori di ogni negoziazione diplomatica⁽¹⁸⁾. Si tratta di un «riconoscimento internazionale»? È lecito dubitarne. A differenza del metodo di lavoro della Commissione di diritto internazionale dell'ONU, qui è pacifico che si tratti di un esercizio accademico di diritto comparato particolarmente autorevole (ed utile in sede arbitrale), non diversamente dai risultati dei lavori della International Law Association o dell'Institut de droit international. Questi ultimi enti, peraltro, non possiedono neppure una base intergovernativa ed hanno invece carattere privatistico sicché, nonostante la loro indiscutibile autorevolezza, non sono abilitati a compiere alcun «riconoscimento internazionale».

Meno vaga è sicuramente la formula impiegata dalla convenzione interamericana sulla legge applicabile ai contratti internazionali, del 17 marzo 1994, varata nell'ambito della quinta *Conferencia especializada interamericana sobre derecho internacional privado (CIDIP-V) tenutasi a Città del Messico*⁽¹⁹⁾. Qui, all'art. 9, si fa riferimento a principi generali di diritto

⁽¹⁸⁾ KESSEDJIAN, *Un exercice de rénovation des sources du droit des contrats du commerce international: les principes proposés par UNIDROIT*, in *Rev. critique*, 1995, p. 641 ss.; cfr. LAGARDE, *Remarques sur la proposition de règlement de la Commission Européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles*, ivi, 2006, p. 335 s.

⁽¹⁹⁾ Da ultimo v. DE MIGUEL ASENSIO, *Armonización normativa y régimen jurídico de los contratos mercantiles internacionales*, in *Dir. comm. int.*, 1998, p. 859 ss.; nonché *amplius* BERRÚ BRICEÑO, *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. comm. int.*, 1997, p. 1003 ss.; PEREZ-

to commerciale internazionale «accettati da organismi internazionali»⁽²⁰⁾, termine che, concepito proprio per i principi UNIDROIT sembra preferibile rispetto a quello impiegato dalla proposta di regolamento «Roma I».

6. La *governance* dei contratti internazionali dell'economia globale richiede un riesame critico più costruttivo che in passato della questione dell'ammissibilità di soluzioni di tipo a-nazionale, analogamente a quanto si è verificato a proposito delle più recenti formulazioni sulle norme applicabili al merito nell'arbitrato internazionale⁽²¹⁾. Detta rivalutazione implica uno sforzo teorico volto ad inquadrare eventuali applicazioni di norme a-nazionali nella nozione di «diritto applicabile» in coordinamento con altre norme statali ed interstatali. Chi scrive ha già osservato che la nuova *lex mercatoria* non rappresenta una terribile minaccia in grado di eliminare il diritto internazionale privato, bensì un capitolo nuovo da integrare nella nostra plurisecolare disciplina. In quest'ottica, la *governance* dei contratti globali sembra possibile in tre direzioni.

La prima direzione concerne la valorizzazione dei processi di strutturazione interna alle stesse norme di origine a-nazionale. Da questo punto di vista va notato che i principi UNIDROIT sui contratti commerciali internazionali, pur se largamente ispirati alla *lex mercatoria*, sono in grado di correggerne gli eccessi, come dimostra il testo dell'art. 3.10 che, in tema di eccessivo squilibrio contrattuale dispone, al par. 1, che «[u]na parte può annullare il contratto o una sua singola clausola se, al momento della sua conclusione, il contratto o la clausola attribuivano ingiustificatamente all'altra parte un vantaggio eccessivo. Si devono considerare, tra gli altri fattori, (a) il fatto che l'altra parte abbia tratto un ingiusto vantaggio dal-

NIETO CASTRO, *Introducción a la convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1994, p. 765 ss., nonché JÜNGER, *The inter-American convention on the law applicable to international contracts: some highlights and comparisons*, in *Am. J. Comp. Law*, 1994, p. 601 ss. (quest'ultimo a. faceva parte della delegazione statunitense la quale aveva proposto di redigere l'art. 9, 2° comma, 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 BONELL, *Vi è spazio per una lex mercatoria?*, in *La riforma del diritto internazionale privato*, Napoli, 1997, p. 199). Adde JÜNGER, *The lex mercatoria and private international law*, in *Louisiana Law Review*, 2000, p. 1133 ss.

⁽²⁰⁾ «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 vínculos 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»; il corsivo è aggiunto.

⁽²¹⁾ Sia consentito rinviare ulteriormente a MARRELLA, *La nuova lex mercatoria*, op. cit., p. 597 ss.

lo stato di dipendenza, da difficoltà economiche o da necessità immediate della prima parte, oppure dalla sua imperizia, ignoranza, inesperienza o mancanza di abilità a trattare, e (b) la natura e lo scopo del contratto». Il par. 2 della medesima disposizione aggiunge che «[s]u richiesta della parte che ha diritto all'annullamento il giudice può adattare il contratto o le sue clausole in modo da renderlo conforme ai criteri ordinari di correttezza nel commercio». Infine, ai sensi del par. 3 dello stesso art. 3.10, «[i]l giudice può adattare il contratto o le sue clausole anche a richiesta della controparte alla quale sia stato inviato l'avviso di annullamento, purché tale parte ne informi l'altra prontamente dopo aver ricevuto l'avviso e prima che quest'ultima abbia agito facendovi affidamento». È evidente che questa regola dei principi UNIDROIT ha carattere innovativo rispetto alla *lex mercatoria* ed è suscettibile di condizionarne lo sviluppo *in subiecta materia*, probabilmente in sede arbitrale e certamente nella giurisprudenza statale. Parafrasando un antico brocardo, si può ben dire che i principi UNIDROIT operano *adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris mercatorum gratia*. Sicché il ruolo dei principi UNIDROIT appare insostituibile per la *governance* della *lex mercatoria*.

Le ulteriori direzioni in cui esaminare il problema della *governance* dei contratti globali in prospettiva internazionalprivatistica sono indicate da quei fondamentali meccanismi di controllo dell'autonomia contrattuale che sono già previsti dalla convenzione di Roma (e dalla proposta di regolamento «Roma I») con riferimento al diritto straniero. Innanzitutto, una volta ampliata (in materia contrattuale-internazionale) la nozione di «legge straniera» fino a ricomprendervi soluzioni di diritto statale e non statale, si ha che «la scelta di una legge straniera ad opera delle parti, qualora nel momento della scelta tutti gli altri dati di fatto si riferiscano a un unico paese, non può recare pregiudizio alle norme alle quali la legge di tale paese non consente di derogare per contratto» (art. 3, par. 3, della convenzione di Roma). È il caso del contratto che possiamo denominare quale «scarsamente transnazionale», in cui l'unico elemento di estraneità sia costituito dalla designazione di una legge applicabile straniera (diritto statale straniero, principi UNIDROIT, etc.). Qui, per effetto dell'art. 3, par. 3, la volontà delle parti di riferirsi ad un dato ordinamento giuridico viene fatta salva ma, oltre ad essa, viene data efficacia alle c.d. «norme imperative semplici», cioè alle norme imperative dell'ordinamento statale in cui convergono tutti i dati di fatto. L'autonomia della volontà intesa in senso internazionalprivatistico si ritrova così automaticamente limitata al fine di evitare scelte abusive del diritto applicabile in contratti poco transnazionali.

Un ulteriore limite a qualunque scelta del diritto straniero (ed in particolare di quello di origine a-nazionale) è dato dalle norme di applicazione necessaria, le quali hanno natura statale. Com'è noto le norme di ap-

plicazione necessaria costituiscono dei fattori di interferenza della *lex contractus* ed incidono sull'applicazione del diritto straniero richiamato dalla norma di conflitto del foro. Si tratta, appunto, di un limite all'applicazione del diritto straniero (abbia quest'ultimo carattere statale o a-statale) dovuto alla presenza di norme a colorazione internazionalmente imperativa appartenenti all'ordinamento del giudice adito (o anche di Stati terzi in base al disposto dell'art. 7, par. 1, della convenzione di Roma) ed applicabili a rapporti transnazionali a prescindere dalla tipologia di *lex contractus*. Ammettendo allora, come fa l'art. 3 della proposta di regolamento «Roma I», che norme a carattere a-nazionale possano costituire oggetto di richiamo internazionalprivatistico, non v'è dubbio che, *ipso iure*, si otterrebbe automaticamente la loro soggezione alle norme di applicazione necessaria al pari di qualunque altra *lex contractus* di tipo statale. In conclusione, una volta ammesse soluzioni normative di tipo a-nazionale nella nozione di «diritto straniero» richiamato dalle norme di conflitto del regolamento «Roma I», si ha che 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 (o quelli) con cui il contratto è strettamente collegato dal punto di vista oggettivo.

Infine, quale ultima *ratio*, resta il limite generale dell'ordine pubblico internazionale. La giurisprudenza italiana ha opportunamente 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. È perciò evidente che le norme straniere, siano esse di tipo nazionale ovvero a-nazionale, le quali più che diverse nel contenuto rispetto alle corrispondenti norme interne siano addirittura ispirate a principi fondamentali contrastanti con quelli con cui l'ordinamento italiano si ispira in quella data materia, possono essere «neutralizzate» dal giudice qualora in contrasto con l'ordine pubblico internazionale-italiano. Ma è altrettanto vero che, anche da questo punto di vista, la mera difformità delle norme straniere (incluse, per ipotesi, quelle ascrivibili al diritto a-nazionale) da quelle italiane, incluse quelle incarnanti l'ordine pubblico interno, non impedisce di per sé l'applicazione del diritto straniero. Ed anzi, proprio sotto questo profilo, si avrebbe, per via giurisprudenziale, un arricchimento giuridico dell'ordinamento italiano ed una maggiore aderenza dello stesso al commercio internazionale.