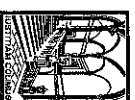


LA NUOVA DISCIPLINA COMUNITARIA
DELLA LEGGE APPLICABILE AI CONTRATTI
(ROMA I)

a cura di

Nerina Boschiero



G. Giappichelli Editore – Torino

In copertina:

FRANCESCA ROMANIN JACUR, *Solo per creature straordinarie*, 2009.

© Copyright 2009 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO
VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100
<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-548-9562-7

Il presente volume è pubblicato con il contributo del Ministero Italiano dell'Università e della Ricerca (MIUR) e delle Università di Milano, Cagliari, Luiss-Roma, Ca' Foscari Venezia, Macerata, nell'ambito di un progetto di ricerca scientifica di rilevante interesse nazionale (PRIN 2006, prot. 2006121290).

Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

Fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, comma 4 della legge 22 aprile 1941, n. 633 ovvero dall'accordo stipulato tra SIAE, AIE, SNS e CNA, CONFARTIGIANATO, CASA, CLAAI, CONFCOMMERCIO, CONFESERCENTI il 18 dicembre 2000.

Le riproduzioni ad uso differente da quello personale potranno avvenire, per un numero di pagine non superiore al 15% del presente volume, solo a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da ADPRO, via delle Erbe, n. 2, 20121 Milano, telefax 02-80.95.06, e-mail: adpro@iol.it

INDICE-SOMMARIO

<i>Presentazione</i>	XIII
PAUL LAGARDE <i>Introduction. Considérations de méthode</i>	3
I. Le règlement Rome I et le droit communautaire.....	4
A. Le domaine du règlement et la distinction des relations intra- et extracommunautaires.....	5
B. La hiérarchie des normes et la primauté du droit communautaire.....	6
II. Le règlement Rome I et le droit international privé.....	8
A. Le règlement Rome I en lui-même.....	8
B. Le règlement Rome I dans ses rapports avec les autres règlements communautaires de droit international privé.....	11

PARTIE I Problèmes généraux

FABRIZIO MARELLA <i>Funzione ed oggetto dell'autonomia della volontà nell'era della globalizzazione del contratto</i>	15
1. Introduzione.....	15
2. <i>La lex voluntatis</i>	19
3. La scelta espressa positiva della <i>lex contractus</i>	25
4. La scelta espressa negativa della <i>lex contractus</i>	30
5. Estensione della <i>electio iuris</i> : sopravvivenza del <i>depeçage</i>	32
6. La mancata estensione dell' <i>electio iuris</i> : <i>lex mercatoria</i> e Principi Unidroit sui contratti commerciali internazionali.....	36
7. Diversificazione ed espansione dell'autonomia contrattuale attraverso le norme di conflitto in materia di arbitrato.....	44
8. Ulteriori problematiche della <i>electio iuris</i> : scelta di un diritto abrogato e "stabilizzazione della legge applicabile".....	47
9. La scelta implicita della <i>lex contractus</i>	50
10. Della scelta di una convenzione internazionale.....	55
11. La modifica della <i>electio iuris</i> e la scelta tardiva.....	57

12. Validità della clausola di <i>electio iuris</i> e ambito della <i>lex contractus</i>	60
13. Conclusioni.....	64

NERUNA BOSCHIERO

I limiti al principio d'autonomia posti dalle norme generati del regolamento Roma I. Considerazioni sulla "conflict involution" europea in materia contrattuale.....

67

1. La "doppia" dimensione della <i>lex voluntatis</i> nel regolamento Roma I e il necessario test di "meritevolezza".....	67
2. <i>Segue</i> : Le tecniche prescelte e le modifiche introdotte al testo della convenzione di Roma per limitarne la portata.....	73
3. La necessità di un chiarimento terminologico in merito alla definizione di "norme imperative" utilizzata negli articoli 3, 5, 6, 7 e 9 della convenzione di Roma.....	76
4. <i>Segue</i> : Le ragioni sottese alle, e le conseguenze (resittive) che dovrebbero derivare dalle, modifiche introdotte dal regolamento.....	81
5. Il limite della <i>frøde alla legge</i> nei contratti interni c.d. "internazionalizzati".....	91
6. <i>Segue</i> : Le questioni interpretative rimaste irrisolte nell'art. 3, par. 3.....	97
7. La clausola generale a garanzia di un <i>Community minimum standard</i> : considerazioni critiche sulla nozione di <i>frøde al diritto comunitario</i>	104
8. <i>Segue</i> : Il problema della delimitazione dell'ambito di applicazione dell'art. 3, par. 4. La sua natura decisamente "residuale".....	110
9. <i>Segue</i> : <i>Forum shopping</i> e <i>law shopping</i> : ovvero della "gestione privata" dell'autorità della legge.....	115
10. Le relazioni con le altre disposizioni del diritto comunitario: la persistente prevalenza sulla normativa generale assicurata dall'art. 23 alle norme di conflitto speciali contenute negli strumenti del diritto comunitario derivato.....	117
11. <i>Segue</i> : La sorte della c.d. <i>clausola mercato interno</i> ; l'irrelevanza del problema del suo (mancato) coordinamento con la regolamentazione generale.....	120
12. L'eccezione dell'ordine pubblico e il progressivo "sgretolamento" del confine che lo separa dal limite generale delle norme di applicazione necessaria.....	128
13. <i>Segue</i> : L'incidenza esercitata in proposito dal c.d. ordine pubblico comunitario/europeo.....	132
14. <i>Segue</i> : La necessità del superamento della tradizionale interpretazione restrittiva del limite.....	137
15. Conclusioni sull'estesa potenzialità normativa concessa dal regolamento all'autonomia delle parti e sulle implicazioni teoriche conseguenti alle soluzioni ritenute nel nuovo regolamento comunitario.....	141

UGO VILLANI

La legge applicabile in mancanza di scelta dei contraenti.....

149

1. Il collegamento più stretto nell'art. 4 della convenzione di Roma del 1980.....	149
2. La presunzione desunta dalla prestazione caratteristica.....	150
3. L'accertamento della prestazione caratteristica.....	154
4. I rapporti tra le presunzioni poste dall'art. 4 e la presenza di un collegamento più stretto con un diverso Paese.....	155

5. La proposta di regolamento della Commissione del 15 dicembre 2005.....	157
6. Rilevi critici su tale proposta.....	162
7. L'art. 4 del regolamento Roma I.....	163
8. La legge applicabile ai contratti espressamente previsti nel par. 1 di tale articolo.....	166
9. La legge applicabile ai contratti non rientranti nell'elenco di cui al par. 1.....	167
10. La legge applicabile ai contratti rientranti in più di un tipo previsto dal par. 1.....	169
11. Il collegamento più stretto quale clausola di eccezione e quale regola residuale.....	171

ANDREA BONOMI

Le norme di applicazione necessaria nel regolamento "Roma I".....

173

1. Introduzione.....	173
2. La definizione di norme di applicazione necessaria.....	175
3. La portata del riferimento all'interesse pubblico e alla salvaguardia dell'organizzazione politica, sociale o economica dello Stato.....	179
4. Le norme di applicazione necessaria di Stati terzi.....	184
5. Conclusioni.....	188

JAMES FAWCETT

A United Kingdom Perspective on the Rome I Regulation.....

191

1. Introduction.....	191
2. Reaction Generally and the United Kingdom Position: The Initial Decision Not To Opt In.....	191
3. Objections to the Proposed Rome I Regulation.....	192
4. The Later Decision To Seek To Opt In.....	199
5. The Reasons For The Change Of Heart.....	199
6. A Personal Perspective: An Improvement on the Rome Convention?.....	202
7. New Problems.....	211
8. Conclusion.....	224

PARTE II

Temi specifici

PAOLO BERTOLI
La definizione dell'ambito di applicazione del regolamento Roma I: criteri generali e responsabilità precontrattuale.....

227

1. Introduzione.....	227
2. Le esigenze sottese alla definizione dell'ambito di applicazione del regolamento Roma I e i loro riflessi interpretativi.....	229
3. <i>Segue</i> : Interpretazione alla luce di contesto e scopo del regolamento e necessità di individuarli internamente ed esternamente allo stesso.....	231
4. <i>Segue</i> : Principio di interpretazione autonoma e sua applicazione alla definizione positiva e negativa dell'ambito di applicazione del regolamento.....	233

5. L'esclusione della responsabilità precontrattuale dall'ambito di applicazione del regolamento.....	235
6. L'origine «convenzionale» delle obbligazioni «contrattuali» quale criterio classificatorio delle stesse nella giurisprudenza comunitaria.....	236
7. <i>Segue:</i> Riflessi qualificatori della distinzione fra ingiustificata rottura della trattativa e rapporti perfezionati nonostante la, o a causa della, violazione dei doveri di correttezza precontrattuale.....	239
8. La responsabilità precontrattuale fra i regolamenti Roma I e Roma II e la considerazione del diritto internazionale privato comunitario in ottica sistematica.....	243
9. <i>Segue:</i> In merito a taluni difetti di coordinamento fra Roma I, Roma II e Bruxelles I.....	245

PAOLA PRODDI

I contratti di assicurazione tra mercato interno e diritto internazionale privato

1. Introduzione.....	247
2. La convenzione di Roma e la duplicità della disciplina internazionalprivatistica del contratto di assicurazione.....	251
3. La convenzione di Bruxelles, il regolamento Bruxelles I e il <i>forum</i> giurisdizionale per l'assicurato.....	254
4. Il <i>corpus</i> normativo relativo alle direttive comunitarie nel settore dei servizi assicurativi.....	257
5. <i>Segue:</i> a) Il settore dell'assicurazione vita, l'art. 32 della Direttiva consolidata vita.....	260
6. <i>Segue:</i> b) Il settore dell'assicurazione non vita, l'art. 7 della Seconda direttiva non vita.....	261
7. <i>Segue:</i> c) L'assicurazione obbligatoria, l'art. 8, par. 4, lett. c della Seconda direttiva non vita.....	266
8. Il Libro Verde sulla conversione della convenzione di Roma, la Proposta di regolamento e l'art. 5a della Proposta emendata.....	268
9. L'art. 7 del regolamento Roma I: a) l'ambito di applicazione materiale.....	275
10. <i>Segue:</i> b) l'ambito di applicazione territoriale.....	277
11. <i>Segue:</i> c) quadro delle disposizioni contenute nell'art. 7.....	278
12. <i>Segue:</i> d) il par. 2: i contratti di assicurazione relativi ai grandi rischi.....	279
13. <i>Segue:</i> e) il par. 3: i contratti di assicurazione relativi a rischi di massa infracomunitari.....	281
14. Il par. 4: il contratto di assicurazione obbligatoria.....	291
15. I contratti di riassicurazione.....	292
16. Conclusioni.....	292

FRANCESCO SEATZU

Contratti con i consumatori e regolamento Roma I

1. Premessa.....	299
2. La nozione di consumatore.....	299
3. L'applicazione della legge della residenza abituale del consumatore.....	302
4. Portata e limiti della facoltà delle parti contraenti di scegliere la legge applicabile al contratto.....	307
5. <i>Segue:</i> La controversa relazione tra gli artt. 5 e 9 del regolamento.....	313
6. La problematica individuazione della legge applicabile ai contratti tra consumatori e professionisti conclusi online.....	322
7. Le fattispecie contrattuali escluse: rilevi critici.....	327
	330

FRANCESCO SEATZU

La legge applicabile ai contratti individuali di lavoro nel Regolamento "Roma I"

1. La nozione di "contratto individuale di lavoro".....	337
2. Il criterio della volontà delle parti contraenti.....	341
3. <i>Segue:</i> I limiti alla volontà delle parti contraenti.....	348
4. La legge applicabile in assenza di scelta: la "lex loci executionis".....	351
5. Il criterio del collegamento più stretto.....	354
6. L'art. 8, terzo comma.....	357

GIANLUCA CONTALDI

Il contratto internazionale di trasporto di persone

1. La nuova disposizione in tema di contratto di trasporto di persone.....	359
2. Analisi della finalità dichiaratamente protettiva della previsione in esame. Costatazione della scarsa rispondenza a detto scopo della facoltà di scelta della legge applicabile come configurata nell'art. 5, par. 2 del regolamento Roma I.....	363
3. Ricerca di un assetto protettivo del contratto debole nell'ambito delle convenzioni di diritto materiale uniforme. Esame del rapporto intercorrente tra convenzioni internazionali di diritto materiale uniforme e norme di conflitto contenute nel regolamento comunitario.....	366
4. <i>Segue:</i> Descrizione delle principali convenzioni di diritto internazionale uniforme regolatrici dei trasporti internazionali di persone, loro idoneità a garantire una adeguata tutela dei passeggeri e dei loro beni.....	371
5. Le disposizioni di conflitto applicabili in assenza di scelta della legge regolatrice.....	376
6. Conclusioni. Disposizione scarsamente protettiva, tendente piuttosto a realizzare un contemperamento tra l'esigenza del vettore di conferire certezza giuridica ad una pluralità di rapporti e la necessità del passeggero di entrare in contatto con una legge sufficientemente conosciuta, che presenti tuttavia elementi di connessione materiale con la fattispecie.....	380

ANGELICA BONFANTI

Le relazioni intercorrenti tra il regolamento Roma I e le convenzioni internazionali (in vigore e non)

1. Considerazioni introduttive.....	383
2. La disciplina dei rapporti intercorrenti tra il regolamento Roma I e la convenzione di Roma. L'applicazione residuale della convenzione alla Danimarca o ai rapporti tra gli Stati membri della CE e la Danimarca.....	384
3. L'incidenza dell'operatività del regolamento Roma I sull'art. 57 della L. 31 maggio 1995 n. 218.....	388
4. La disciplina delle relazioni con le convenzioni internazionali in vigore: la genesi della clausola di coordinamento di cui all'art. 25 del regolamento Roma I.....	391
5. L'ambito di applicazione dell'art. 25, par. 1 del regolamento Roma I.....	394
6. <i>Segue:</i> La soluzione degli apparenti conflitti negativi di norme, intercorrenti tra il regolamento Roma I e alcune convenzioni internazionali.....	397

7. Considerazioni conclusive sugli effetti giuridici dell'art. 25, par. 1 402

8. Il limite dell'ambito d'applicazione dell'art. 25 alle sole convenzioni conclusse prima dell'adozione del regolamento Roma I: considerazioni introduttive sulla competenza esterna della CE in materia di diritto internazionale privato e processuale 403

9. La competenza esterna della CE a concludere convenzioni di diritto internazionale privato in materia di obbligazioni contrattuali 410

10. *Segue:* Quali limiti alla competenza esterna della CE a concludere convenzioni relative a materie escluse dal campo d'applicazione del regolamento Roma I e convenzioni di diritto materiale uniforme? 414

FRANCESCA C. VILLATA

La legge applicabile alla negoziazione di strumenti finanziari nel regolamento Roma I

1. Premessa 417

2. Riconduzione delle figure contrattuali all'ambito di applicazione del regolamento (CE) n. 593/2008 418

3. *Segue:* Le fattispecie contrattuali espressamente considerate dal Regolamento. I diritti e le obbligazioni costitutivi di uno strumento finanziario. Il "rapporto contrattuale" tra l'emittente o l'offerente di strumenti finanziari e il sottoscrittore. Ambiti di interazione con la direttiva relativa al prospetto e con la direttiva concernente le offerte pubbliche di acquisto. I contratti di prestazione di servizi finanziari 421

4. Individuazione della legge applicabile alle figure contrattuali considerate. L'*optio legis* 432

5. Individuazione della legge applicabile "in mancanza di scelta". Soluzioni individuate sulla base della convenzione di Roma del 19 giugno 1980 434

6. I criteri previsti dall'art. 4 del Regolamento 436

7. Mercati regolamentati e norme di applicazione necessaria 440

ZENO CRESPI REGHIZZI

La legge regolatrice delle conseguenze restitutorie e risarcitorie della nullità del contratto nei regolamenti Roma I e Roma II

1. Premessa 443

2. La legge regolatrice della responsabilità precontrattuale e della ripetizione d'indebito nel sistema precedente ai regolamenti Roma I e Roma II 444

3. Coordinamento tra i regolamenti Roma I e Roma II con riferimento alla responsabilità precontrattuale 453

4. Coordinamento tra i regolamenti Roma I e Roma II con riferimento alla ripetizione d'indebito 454

5. Alcuni limiti al richiamo della *lex contractus* nella disciplina delle conseguenze restitutorie della nullità del contratto 460

NERINA BOSCHERO

I contratti relativi alla proprietà intellettuale alla luce della nuova disciplina comunitaria di conflitto. Analisi critica e comparatistica

1. Introduzione 463

2. La necessaria preliminare operazione di demarcazione della linea di confine da tracciare tra *lex contractus* e *lex loci protectionis*. Le diverse soluzioni che emergono dalle regolamentazioni nazionali 470

3. *Segue:* Le conseguenze sul piano del conflitto di leggi. Il problema dell'ambito di applicazione della *lex loci protectionis* e le questioni lasciate aperte dal regolamento Roma II 474

4. Considerazioni sull'ambito di applicazione "residuale" della *lex contractus* ai sensi del regolamento Roma I 479

5. *Segue:* La distinzione tra "trasferibilità" e "trasferimento" del diritto di proprietà intellettuale. Le conseguenze sul piano dei conflitti di leggi 481

6. *Segue:* La legge applicabile alle titolarità delle opere d'ingegno create nell'ambito di un contratto individuale di lavoro 483

7. Le soluzioni adottate dagli *ALI Principles* 486

8. Il ruolo dell'autonomia internazionaleprivatistica nella determinazione della legge regolatrice dei contratti relativi alla proprietà intellettuale. Il difetto di coordinamento tra i regolamenti Roma I e Roma II 488

9. *Segue:* I limiti all'autonomia internazionaleprivatistica ai sensi della nuova disciplina comunitaria di conflitto 494

10. *Segue:* Il problema dell'interpretazione "lata" o "stretta" della nozione di "norme imperative" utilizzata dal regolamento Roma I 496

11. *Segue:* Le conseguenze che ne derivano per i contratti relativi alla proprietà intellettuale 502

12. *Segue:* La protezione dei consumatori e i contratti relativi alla proprietà intellettuale 506

13. *Segue:* Il rilievo delle disposizioni imperative del diritto comunitario 507

14. La legge applicabile in mancanza di scelta 511

15. *Segue:* La necessità di una preliminare opera di *qualificazione* dei contratti relativi alla proprietà intellettuale. I problemi che discendono dalla loro possibile riconduzione entro le fattispecie contrattuali previste all'art. 4, lett. b, e ed f 514

16. *Segue:* La qualificazione del contratto di licenza come un contratto avente ad oggetto una prestazione di servizi ai sensi dell'art. 5, n. 1, lett. b del regolamento Bruxelles I 521

17. La determinazione della prestazione caratteristica e del collegamento più stretto 529

18. Conclusioni 537

TULLIO TREVES

Osservazioni conclusive 539

Funzione ed oggetto dell'autonomia della volontà nell'era della globalizzazione del contratto

di FABRIZIO MARELLA

PROFESSORE ASSOCIATO NELL'UNIVERSITÀ CA' FOSCARI DI VENEZIA

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. La *lex voluntatis*. - 3. La scelta espressa positiva della *lex contractus*. - 4. La scelta espressa negativa della *lex contractus*. - 5. Estensione della *electio iuris*: sopravvivenza del *dépêchage*. - 6. La mancata estensione dell'*electio iuris*: *lex mercatoria* e Principi Uniformi sui contratti commerciali internazionali. - 7. Diversificazione ed espansione dell'autonomia contrattuale attraverso le norme di conflitto in materia di arbitrato. - 8. Ulteriori problematiche della *electio iuris*: scelta di un diritto abrogato e "stabilizzazione della legge applicabile?". - 9. La scelta implicita della *lex contractus*. - 10. Della scelta di una convenzione internazionale. - 11. La modifica della *electio iuris* e la scelta tardiva. - 12. Validità della clausola di *electio iuris* e ambito della *lex contractus*. - 13. Conclusioni.

1. Un tema assai dibattuto, lungo il percorso storico del diritto internazionale privato, è stato il ruolo da assegnare all'autonomia della volontà delle parti.¹

¹ In argomento v. M. GUTZWILLER, *Le développement historique du d.i.pr.*, in *Recueil des Cours*, t. 29, 1929, p. 291 ss.; E.-M. MEUERS, *L'histoire des principes fondamentaux du d.i.pr. à partir du Moyen Âge, spécialement dans l'Europe occidentale*, *ibidem*, t. 49, 1934, p. 605 ss.; G. SPERDUTI, *Evoluzione storica e diritto internazionale privato*, Padova, 1970; E. VITTA, *Diritto internazionale privato*, III, Torino, 1975, p. 218 ss. ove ampi riferimenti nonché A. CURTI GIARDINO, *La volontà des parties en droit international privé*, in *Recueil des Cours*, III, t. 137, 1972, p. 754 ss. In riferimento alla convenzione di Roma del 1980, con accenti diversi, cfr.: A. GIARDINA, *Volontà delle parti, prestazione caratteristica e collegamento più significativo*, in T. TREVES (a cura di), *Verso una disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti*, Padova, 1983, p. 3 ss.; J.M. JACQUET, *Principe d'autonomie et contrats internationaux*, Paris, 1983; N. BOSCHERO, *Profilo dell'autonomia privata nelle convenzioni di diritto uniforme sulla vendita internazionale*, in *L'unificazione del diritto internazionale privato e processuale. Studi in memoria di Mario Giuliano*, Padova, 1989, p. 75 ss.; *Id.*, *Il coordinamento delle norme in materia di vendita internazionale*, Padova, 1990, p. 390 ss.; *Id.*, *Obbligazioni contrattuali (diritto internazionale privato)*, in *Enc. dir.*, vol. IV (agg.), 2001, p. 801 ss.; *Id.*, *Verso il rinnovamento e*

Ogni valutazione in termini assoluti circa l'estensione dell'autonomia della volontà delle parti in d.i.pr. oscilla tra visioni universalistico-volontaristiche e visioni statocentrico-positiviste,² nonché tra soggettivismo ed oggettivismo nell'analisi conflittualistica.³

La trasformazione della convenzione di Roma: problemi generali, in P. PICONE (a cura di), *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, Padova, 2004, p. 352 ss.; L. PICCINO FORLATTI, voce *Contratto nel d.i.pr.*, in *Digesto civ.*, IV, Torino, 1989, p. 196 ss.; ISTITUT DE DROIT INTERNATIONAL, *Résolution sur l'autonomie de la volonté des parties dans les contrats internationaux entre personnes privées*, Session de Bâle, 1991, Rapporteur E. JAVNE, in *Annuaire de l'IDI* 6-411, 1992, p. 383 ss.; E. JAVNE, L. PICCINO FORLATTI, *Giurisdizione e legge applicabile ai contratti nella CEE*, Padova, 1990; J.M. JACQUET, *Retour sur la règle de conflit des lois en matière de contrats*, in *Clunet*, 1991, pp. 679-690; G. BROGGINI, *La scelta della legge applicabile alle obbligazioni contrattuali nella convenzione di Roma del 19 giugno 1980*, in *Foro pad.*, 1992, v. 2, II, p. 31 ss.; A. VON OEBERBECK, *L'irrésistible extension de l'autonomie en droit international privé*, in *Hommage à François Rigaux*, Bruxelles, 1992, p. 618 ss.; S.M. CARBONE, R. LUZZATTO, *Il contratto internazionale*, Torino, 1994, p. 1 s.; nonché, attraverso una ricostruzione paricolare, P. PICONE, *La teoria generale del diritto internazionale privato nella legge italiana di riforma della materia*, in *Riv. dir. int.*, 1996, p. 289 ss., riedita in P. PICONE, *Studi di diritto internazionale privato*, Napoli, 2003, p. 429 ss.; Id., *Autonomia della volontà e pluralità di metodi di coordinamento tra ordinamenti*, *bidem.*, p. 519; V. HEUDE, *La volontà en droit international privé*, in *Droit*, 1999, pp. 113-128; P. NYGH, *Autonomy in international contracts*, Oxford, 1999; G. CONETTI, *Contratto nel diritto internazionale privato*, in *Dig. civ.*, IV, agg., Torino, 2003, p. 448 ss.; G. CARBONARA, *Autonomia della volontà e scelta di legge nel diritto internazionale privato*, Bari, 1999, p. 189 ss.; da ultimo Id., *La scelta della legge applicabile da parte dei contraenti*, in *Il nuovo diritto europeo dei contratti: dalla convenzione di Roma al regolamento "Roma I"*, Milano, 2007, p. 80 ss.; Id., *Il diritto applicabile ai contratti: norme di conflitto e norme materiali*, in N. BOSCHERO, R. LUZZATTO (a cura di) *I rapporti economici internazionali e l'evoluzione del loro regime giuridico*. Soggetti, valori e strumenti, Napoli, 2008, p. 170 ss. e cfr. F. MARRELLA, *Autonomia privata e contratti internazionali*, in G. SICHIERO (a cura di), *Autonomia contrattuale e diritto europeo*, Padova, 2005, p. 217 ss.; S. ALVAREZ-GONZALEZ, *Brevés notas sobre la autonomía de la voluntad en derecho internacional privado*, in *Soberanía de el Estado y derecho internacional: homenaje al Profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, Sevilla, 2005, p. 137 ss.; J.M. JACQUET, *Le principe d'autonomie entre consolidation et évolution*, in *Vers de nouvelles équilibres entre ordres juridiques*. Liber Amicorum Helène Gaudemet-Tallon, Paris, 2008, p. 728 ss. e S.M. CARBONE, *L'autonomia privata nei rapporti economici internazionali e i suoi limiti*, in N. BOSCHERO, R. LUZZATTO (a cura di), *I rapporti economici internazionali* cit., p. 189 ss. a cui si rinvia per ulteriori riferimenti.

² Cfr. P. MANCINI, *De l'utilité de rendre obligatoires un certain nombre de règles de droit international privé*, in *Clunet*, 1874, p. 285 ss.; P. FIORE, *Diritto internazionale privato*, 3ª ed., Torino, 1888, I, p. 147 ss., secondo i quali era possibile configurare la volontà delle parti come fondamento autonomo dell'applicazione del diritto internazionale privato, in particolare nei rapporti commerciali internazionali. Con l'avvento della teoria positivista, prevalse un approccio opposto, tuttora largamente prevalente in dottrina, secondo il quale "la volontà di per sé non è capace di effetti giuridici: questi derivano sempre da una legge che all'efficacia morale o etica della volontà aggiunge il carattere e il valore del diritto" (così D. ANZILOTTI, *Il principio*

Secondo l'impostazione più diffusa – quella statocentrico-positivista –, la volontà delle parti non ha valore in sé, poiché la sua efficacia giuridica va costruita in base alle modalità ed ai limiti imposti dall'ordinamento statale dal cui punto di vista si colloca il giudice adito.⁴ Le norme di conflitto della *lex fori*, infatti, stabiliscono sovranamente i requisiti essenziali del *pactum de lege u-tenda* statutando, *ex ante*, ciò che le parti possono scegliere e le eventuali scelte internazionali private cui non sarà data alcuna efficacia di diritto positivo. Così, i confini sia della *materiellechtliche* 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".⁵

dell'autonomia dei contraenti, in *Opere*, III, Padova, 1960, p. 637 e tra la dottrina straniera cfr. J. D'ABRY, *Le domaine de la loi d'autonomie en droit international privé*, in *Clunet*, 1896, p. 465 ss.). Tale valutazione (cfr. G. SACERDOTI, *I contratti tra Stati e stranieri nel diritto internazionale*, Milano, 1972, p. 143), fondata sull'esegesi dapprima dell'art. 9 del cod. civ. del 1865, e poi dell'art. 25 delle preleggi al cod. civ. del 1942 (norma ora abrogata ma su cui risulta ancora di interesse la lettura di A. CURTI GARDINO, *Sulla configurabilità dell'art. 25, 1° comma delle preleggi come norma dispositiva*, in *Riv. dir. int.*, 1958, p. 253 ss.) muove tuttavia dal presupposto secondo il quale il sindacato della validità della autonomia della volontà dipende dall'ordinamento del foro del giudice adito. Il discorso dunque può essere ripreso, nel contesto del presente studio, muovendo da un presupposto diverso da quello appena evidenziato e cioè quello dell'arbitrio del commercio internazionale, un giudice non statale che in quanto strutturamente privo di foro, affronta problematiche analoghe – ma non necessariamente uguali – a quelle del suo omologo statale.

³ V. per tutti H. BATTIFOL, *Subjectivisme et objectivisme dans le droit international privé des contrats*, in *Mélanges offerts à Jacques Mény*, I, *Droit international privé et public*, Paris, 1960, p. 52.

⁴ Questa impostazione deriva dal dogma della statualità del diritto secondo cui la legge non si "sceglie" bensì si impone alle parti. Dunque la legge applicabile non dipende dalla volontà delle parti ma da un precepto che l'ordinamento statale rivolge al giudice. Diversamente, le parti potrebbero scegliere il diritto applicabile così come scelgono il contenuto di un contratto con possibilità di abusì. Questo ragionamento era sotteso al criterio di collegamento tradizionale della *lex loci actus* frutto di un'antica tradizione. In argomento cfr. gli studi storici cit. alla nota 1 e anche H. BATTIFOL, *Les conflits de lois en matière des contrats*, Paris, 1938, *passim*, nonché A. CURTI GARDINO, *La volontà des parties* cit., p. 751 ss. Da ultimo cfr. J.M. JACQUET, *Le principe d'autonomie* cit., p. 726 ss., che osserva lapidariamente (a p. 729): « [I]a règle de conflit qui permet aux parties de désigner la loi de leur contrat n'a jamais été une règle de conflit comme les autres ».

⁵ S.M. CARBONE, R. LUZZATTO, *Autonomia in diritto internazionale privato*, in G. ALPA, M. BESSONE (a cura di), *I contratti in generale. Aggiornamento 1991-1998*, I, in *Giur. Sist. dir. civ. comm.*, diretta da W. BIGLIAVI, Torino, 1999, p. 59.

Pertanto, il principio di autonomia della volontà costituisce una variabile comparatistica anche nell'ottica internazionalprivatistica⁶ ed una novità di assoluto rilievo sta nella sua recentissima consacrazione al livello di diritto comunitario derivato, *sub specie*, nel diritto internazionale privato europeo dei contratti.

Esigenze di certezza del diritto hanno indotto gli Stati Membri a conferire, tramite il Trattato di Amsterdam, un particolare slancio al diritto internazionale privato di fonte comunitaria attribuendo alla Comunità Europea nuove competenze in materia. Così, negli ultimi anni, si è assistito ad una frenetica attività normativa che, per quanto interessa i confini del presente scritto, ha portato all'adozione del regolamento Bruxelles I⁷ in sostituzione della convenzione di Bruxelles del 1968 nelle relazioni tra gli Stati membri e del regolamento Roma II sulla legge applicabile alle obbligazioni extraccontrattuali.⁸ Il tempo di una "trasformazione" della convenzione di Roma del 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali⁹ in strumento comunitario era ormai giunto, data la connessione logica tra norme di diritto internazionale privato in materia di obbligazioni contrattuali ed extraccontrattuali.

Nel regolamento Roma I, applicabile ai contratti conclusi dal 17 dicembre 2009,¹⁰ la volontà delle parti funge da criterio di collegamento ai fini dell'in-

⁶ V., tra una letteratura vastissima, gli studi classici di E. RABRI, *The Conflict of Laws*, Ann Arbor, II, 1947, p. 357 ss.; M. GIULIANO, *La loi d'autonomie: le principe et sa justification théorique*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1979, p. 217 ss. e le considerazioni comparatistiche espresse nella *Relazione sulla convenzione relativa alla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, a cura di M. GIULIANO, P. LAGARDE, in *Gazz. Uff. Com. eur.*, C 282 del 31 ottobre 1980, p. 27 ss.; O. LANDO, *Contracts*, in *International Encyclopedia of Comparative Law*, III, ch. 24, n. 25-26 e Id., *The EEG convention on the law applicable to contractual obligations*, in *Common Market L.R.*, 1987, pp. 169-170. V. pure: H. BATTEOL, *La loi appropriée au contrat*, in *Le droit des relations économiques internationales. Études offertes à Berthold Goldman*, Paris, 1982, p. 1 ss.; U. VILLANI, *La convenzione di Roma sulla legge applicabile ai contratti*, Bari, 1997, p. 74 s. e, da ultimi, B. AUDIT, *Le droit international privé en quête d'universalité*, in *Revue des Cours*, t. 305, 2003, p. 186 ss. nonché K.A. SMER, *Droit international privé comparé*, Beyrouth, 2005, p. 793 ss.

⁷ Regolamento (CE) n. 44/2001 del Consiglio del 22 dicembre 2000 concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, in *Gazz. Uff. Un. eur.*, L 12 del 16 gennaio 2001, p. 1 ss.

⁸ Regolamento (CE) n. 864/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 luglio 2007, sulla legge applicabile alle obbligazioni extraccontrattuali (Roma II), in *Gazz. Uff. Un. eur.*, L 199 del 31 luglio 2007, p. 40.

⁹ Cf. convenzione sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, aperta alla firma a Roma il 19 giugno 1980, in *Gazz. Uff. Com. eur.*, C 27 del 26 gennaio 1998.

¹⁰ Per una panoramica in materia v., da ultimo, B. UBERTAZZI, *Il regolamento Roma I sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, Milano, 2008. Va peraltro osservato che il

dividuzione dell'ordinamento (statale) competente a regolare le obbligazioni contrattuali, aumentando per questa via la certezza del diritto applicabile ed una gestione efficiente – nel senso dell'analisi economica del diritto – dei costi di transazione.¹¹ Tramite la *lex voluntatis*, infatti, come si vedrà nel corso della trattazione, è possibile, in linea di principio, aumentare notevolmente la prevedibilità del diritto applicabile alle obbligazioni contrattuali sia che la controversia venga decisa dal giudice nazionale che dall'arbitro del commercio internazionale.¹²

Scopo del presente contributo sarà dunque quello di esporre alcune considerazioni in materia di scelta della *lex contractus* attraverso l'analisi dell'art. 3, par. 1 e 2 del regolamento Roma I.

2. In linea di premessa, occorre subito osservare che, nonostante un vivace dibattito sulla scelta del diritto regolatore delle obbligazioni nascenti da un contratto internazionale, il nuovo regolamento comunitario ha recepito alcune soluzioni decisamente non innovative rispetto alle corrispondenti norme della convenzione di Roma del 1980. Ne consegue che il nuovo strumento normativo presenta punti di forza e punti di debolezza.

Senza ombra di dubbio, costituisce un punto di forza l'aver ribadito la centralità del principio di autonomia della volontà che, in senso conflittualistico, assurge a criterio principale dell'intero impianto concettuale del regolamento Roma I.

Il principio dell'autonomia contrattuale oggi va colto nel suo sviluppo multidirezionale, pur tenendo distinti gli aspetti civilistici (interni) da quelli internazionalprivatistici. Così, dal punto di vista di un ordinamento dato (i.e. quello italiano), la libertà delle parti trova espressione nella sua dimensione materiale attraverso: a) la scelta di contratti interni tipici (ad esempio vendita in-

principio di autonomia in senso conflittualistico vale anche nei contratti esterni della CE conclusi con soggetti privati (cfr. ad es., Corte di giustizia, 27 aprile 1999, causa C-69/97, *SNUL*, in *Revue*, L23053; 19 luglio 2003, causa C-87/01 *CCRE*, in *Cahiers dr. eur.*, 2003, p. 693 con nota di M. EKELMANS).

¹¹ In argomento v. F. MARELLA, *La nuova lex mercatoria tra controversie dogmatiche e mercato delle regole. Note in tema di analisi economica del diritto dei contratti internazionali*, in *Sociologia del diritto*, n. 2-3, 2005, p. 249 ss.; H. MUR WART, *Aspects économiques du droit international privé*, in *Revue des Cours*, t. 307, 2004, p. 119 ss. Cfr. J.M. JACQUEN, *Le principe d'autonomie entre consolidation y evolution cil*, p. 734: "les lois deviennent un atout dans la compétition économique dans laquelle sont engagés les États".

¹² In argomento cfr. il classico studio di W. WENGER, *L'évolution moderne du droit international privé et la prévisibilité du droit applicable*, in *Rev. critique*, 1990, p. 657 ss.

ce di somministrazione o di permuta etc.); b) la determinazione del contenuto del contratto (ad esempio determinando il prezzo o i termini di consegna della cosa); c) nella conclusione di contratti atipici.¹³

A propria volta l'autonomia delle parti, in senso internazionalprivatistico, esplica la sua funzione nell'attribuire alle parti: 1) la facoltà di designare la legge applicabile alle obbligazioni nascenti da un contratto internazionale; 2) la facoltà di designare il giudice competente a dirimere le eventuali controversie nascenti dal contratto medesimo (come ad esempio avviene tramite il regolamento n. 44/2001, c.d. Bruxelles I) ovvero (3) di ricorrere all'arbitrato commerciale internazionale.¹⁴

Le esigenze del commercio internazionale, infatti, hanno indotto i singoli Stati ad operare una crescente diversificazione della disciplina dell'autonomia contrattuale, al fine di consentire la partecipazione dei singoli al traffico giuridico transnazionale.¹⁵

¹³ V. art. 1322 cod. civ. su cui, tra le tante, Cass., 21 ottobre 1994, n. 8657, in *Vita not.*, 1996, I, p. 77 ss., con nota di T.V. Russo, *Il contratto di omaggio tra adipicità contrattuale, tipizzazione social-giurispredenziale e interpretazione di buona fede*. Cfr. sulle c.d. *paranomies clauses*: Cass., 20 dicembre 1995, n. 13018, in *Giust. civ.*, I, 1996, p. 691, con nota di M. GRUGOLI, *Rilevanza dell'autonomia privata nella realtà normativa del trasporto marittimo internazionale di merci*, in cui la Suprema Corte ha stabilito che l'inserimento della clausola *Paranomies* 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* cit., p. 258, chi scrive propone, ai fini del giudizio di meritevolezza ex art. 1322 cod. civ., 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.

¹⁴ In argomento, anche se con riferimento alla disciplina previgente, v. A. GIARDINA, *L'autonomia delle parti nel commercio internazionale*, in AA.VV., *Fonti e tipi del contratto internazionale*, Milano, 1991, p. 34 ss., nonché F. MARRELLA, *Autonomia privata e contratti internazionali*, *ult. loc. cit.*

¹⁵ V. già H. BATIFFOL, *Les conflits de lois en matière de contrats. Étude de droit international privé comparé*, Paris, 1938, p. 13: "Le commerce international a ses nécessités, différentes de celles du commerce interne". La risoluzione di Basilea dell'*Institut de Droit international* (cit. alla nota 1) facendo un esplicito riferimento alle fattispecie caratterizzate da scelta del diritto applicabile di tipo *statutaire*, ammette, altrettanto espressamente nel proprio preambolo, l'esistenza di scelte del diritto *statutaire* caratterizzate dall'applicazione di "norme di diritto" (*règles de droit*) nei procedimenti arbitrati. Infatti, nella risoluzione si stabilisce, *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

In relazione a ciò, non deve sorprendere la considerazione secondo la quale, mentre nell'esercizio dell'autonomia contrattuale "interna" le parti non dispongono della legge applicabile, ciò avviene puntualmente nei contratti internazionali. Così, le parti possono, tramite il regolamento Roma I, stipulare validamente clausole di *choice of law* in contratti internazionali *business to business* che vanno, *inter alia* - oltre che alla vendita al di fuori delle convenzioni applicabili -,¹⁶ dal mandato all'agenzia, alla concessione di vendita ed al *franchising*; dal *factoring* e *refactoring* al *forfating* e *confirming*; dal contrat-

Nations Unies; Réserveant, de manière générale et notamment 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 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 habituelle. Art. 5. La loi applicable peut être désignée par les conditions générales du contrat 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 usages professionnels dont elles ont connaissance. Art. 6. Les parties peuvent, après la conclusion 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 doivent 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 contrat. S'il y a lieu de prendre en considération les dispositions impératives, au sens du paragraphe précédent, d'un droit autre que la loi du for ou la loi choisie par les parties, ces dispositions ne peuvent écarter l'application de la loi choisie que s'il existe un lien étroit entre le contrat et le pays de ce droit et que si elles poursuivent des fins généralement acceptées par la communauté internationale".

¹⁶ V. un esempio in App. Milano, 18 luglio 2000, in *Banca borsa tit. cred.*, 2001, II, p. 678 ss. ove correttamente si rileva che il contratto internazionale di compravendita di azioni rientra nell'ambito di applicazione della convenzione di Roma del 1980 poiché non ricade nell'ipotesi prevista dall'art. 1, par. 2, lett. e, che esclude dal suo ambito di applicazione le questioni inerenti al diritto di società, associazioni o persone giuridiche.

to di mutuo a quelli di assicurazione, appalto e *joint venture* fino alle garanzie a prima domanda, salva l'applicazione delle (rare) Convenzioni in vigore.¹⁷

Tuttavia, ogni libertà, per non sfociare nell'arbitrio, possiede dei limiti e la *lex voluntatis*, com'è ampiamente illustrato nel presente volume (Boschiero), viene delimitata ed opportunamente compresa attraverso alcune norme come quelle previste dal regolamento Roma I all'art. 3, par. 3 e 3, par. 4; quelle relative ai contratti conclusi con "parti deboli" quali i consumatori (art. 6) o i lavoratori (art. 8)¹⁸ o ancora al trasporto di passeggeri (art. 5, par. 2); quelle in materia di forma del contratto avente ad oggetto beni immobili (art. 11, par. 5) fino ai limiti classici delle norme di applicazione necessaria (art. 9) e dell'ordine pubblico del foro (art. 21). Si tratta di temi che appartengono alla problematica dei limiti dell'autonomia contrattuale, ma che esulano dai confini del presente scritto.

Altro sicuro punto di forza del regolamento Roma I è il mantenimento di una struttura "binaria" — che caratterizza pure la convenzione di Roma — tesa a distinguere la fattispecie della scelta della *lex contractus* incentrata sulla volontà delle parti da quella dell'assenza di scelta improntata a criteri di collegamento a carattere oggettivo.

Detta osservazione non viene sminuita da chi ha osservato la presenza di un concorso successivo di criteri di collegamento tra l'art. 3 e l'art. 4 della convenzione di Roma,¹⁹ come ora si potrebbe osservare per il regolamento Roma I, giacché non v'è dubbio che la volontà delle parti (espressa ed implicita) abbia la massima rilevanza e, quindi, la priorità in una logica concorsuale-confittualistica.

La centralità del principio dell'autonomia privata nella sua funzione internazionale/privatistica, intesa come libertà (o come potere)²⁰ per le parti di scegliere il diritto applicabile alle loro obbligazioni contrattuali e la sua priorità rispetto ad ogni altro criterio di collegamento di tipo oggettivo, viene enunciata chiaramente nel *considerando* n. 11 del regolamento Roma I laddove si af-

¹⁷ In argomento cfr. F. GALGANO, F. MARRELLA, *Diritto del commercio internazionale*, 2ª ed., Padova, 2007, p. 299 ss., nonché S.M. CARBONE, *L'autonomia privata nei rapporti economici internazionali ed i suoi limiti* cit., p. 198.

¹⁸ Su cui v. F. POCAR, *Protection of weaker Parties in the Rome Convention and the Rome I Proposal*, in J. BASEDOW, H. BAUM, Y. NISHITANI (a cura di), *Japanese and European private international law in comparative perspective*, Tubinga, 2008, p. 127 ss.

¹⁹ Così L. PICCHIO FORLATI, voce *Contratto* cit., p. 218 ss.

²⁰ Per una panoramica delle varie teorie proposte in dottrina v. E. VITTA, *Diritto internazionale privato* cit., III, p. 238 ss. nonché M. GIULIANO, *La loi d'autonomie* cit., p. 217 ss.

ferma che "[l]a libertà delle parti di scegliere la legge applicabile dovrebbe costituire una delle pietre angolari del sistema delle regole di conflitto di leggi in materia di obbligazioni contrattuali".

In sintesi, è possibile osservare che il principio dell'autonomia della volontà, prevista dal regolamento Roma I (ed ora, anche all'art. 14 del regolamento n. 864/2007 dell'11 luglio 2007, c.d. regolamento Roma II, entrato in vigore l'11 gennaio 2009, per le obbligazioni extraccontrattuali),²¹ si afferma quale principio cardine del diritto internazionale privato comunitario, superando in radice tanto le corrispondenti soluzioni normative o giurisprudenziali che negli ultimi due secoli si erano affermate nel diritto interno degli Stati membri, quanto gli aspri dibattiti dottrinali attorno alla *lex voluntatis*, sollevati da coloro che criticavano l'autonomia contrattuale "confittualistica" considerata alla stregua di una minaccia alla "autorité de la loi".²²

²¹ E lo sviluppo del principio di autonomia potrebbe proseguire attraverso la normazione comunitaria anche in materia successoria: v. A. DAVI, *L'autonomie de la volonté en droit international privé des successions dans la perspective d'une future réglementation européenne*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2004, p. 473 ss.

²² Si tratta di un atteggiamento tipico della dottrina della prima metà del secolo scorso, in particolare quella francese che, in nome di un acceso stalinismo, riteneva com'è stato efficacemente sintetizzato da J.M. JACQUET (voce *Contrats*, in *Encyclopédie de Droit international* Dalloz diretta da P. LAGARDE, H. CARREAU, H. SYNERI) che "il était illogique de faire dépendre la désignation de la loi de la volonté des parties alors qu'il fallait d'abord identifier la loi qui contrôlait un tel pouvoir à la volonté. Second le second argument, il était inadmissible d'autoriser les parties à échapper par une simple manifestation de volonté aux dispositions impératives de la loi susceptible de s'appliquer". Tra i protagonisti di questo dibattito v. A. PLETET, *Traité pratique de droit international privé*, Paris, II, 1923, p. 280 ss.; J.P. NIBOYER, *La théorie de l'autonomie de la volonté*, in *Recueil des Cours*, t. 16, 1927, I, p. 1 ss.; K. NEUMAYER, *Autonomie de la volonté et dispositions impératives en droit international privé*, in *Rev. critique*, 1957, p. 602. Tra gli autori contemporanei che continuano a seguire quella impostazione cfr. P. MAYER, V. HEUZÉ, *Droit international privé*, 9^{ème} ed., Paris, 2007, n. 710, nonché per una rivisitazione in termini moderni di quelle impostazioni v. G. CARELLA, *Autonomia della volontà e scelta di legge nel diritto internazionale privato*, Bari, 1999, *passim*. La Scuola italiana del diritto internazionale privato (su cui v. l'ampia ricostruzione di storia del pensiero giuridico offerta da E. VITTA, *Diritto internazionale privato* cit., p. 218 ss) attraverso il Mancini ha invece proprio dato con particolare vigore il principio di autonomia della volontà fino a farlo emergere a livello legislativo dapprima con l'art. 9 delle disp. prel. al codice civile del 1865 e poi con l'art. 25, 1^o comma disp. prel. cod. civ. del 1942, fino — sia pure in modo indiretto — all'art. 57 della legge n. 218/95. In argomento v. Y. NISHITANI, *Mancini e l'autonomia della volontà nel diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2001, p. 23 ss.; G. MORELLI, *Elementi di diritto internazionale privato italiano*, 11^a ed., Napoli, 1982, p. 62 ss.; A. CURTI GIARDINO, *Il valore della volontà delle parti nel diritto internazionale privato italiano*, Milano, 1964, p. 421 ss. Osserva B. CONFORTI (*La volontà delle parti come criterio di collegamento*, in *Scuola di notariato, La convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, Milano, 1983, p.

La possibilità di intendere la volontà delle parti e dunque, in ultima analisi, il contratto come criterio di collegamento non significa, peraltro, che le clausole contrattuali e quelle di fonte legislativa si confondano in un unico genere (contrattuale), come talvolta si è ritenuto in dottrina essasperando la nozione di *materielrechtliche Verweisung*.²³ La differenza concettuale — ed ontologica — tra categorie di norme perenne, tenendo a mente l'origine contrattuale delle clausole contrattuali e quella statale (o interstatale, o comunitaria) delle norme che vengono richiamate dalle parti attraverso il *pactum de lege uenda*. Per altro, va osservato che alcuni contratti internazionali di ingente valore economico non prevedono alcuna ricezione contrattuale: basti pensare a contratti negoziati strenuamente dalle parti in vista di un unico affare, diverso da quelli comunemente praticati nel commercio internazionale. Qui, diverrà essenziale unicamente la designazione del diritto applicabile cioè dell'ordinamento competente a regolare il contratto, risultando superflua, in linea teorica, ogni ricezione di altre clausole e norme di carattere metaccontrattuale.

Quando poi viene operata la ricezione contrattuale — intesa quale "trasformatore" di norme di diversa provenienza formale in clausole contrattuali — essa si configura come un istituto concettualmente distinto da quello dell'autonomia contrattuale in senso conflittualistico: la prima si riferisce ad un insieme circoscritto di norme o di clausole, mentre la seconda rende applicabili al contratto tutte le norme presenti e future di un ordinamento giuridico nella sua complessità.²⁴

In conclusione, ferma restando la distinzione di cui sopra, nel presente contributo ci limiteremo ad esaminare il significato e le possibili applicazioni dell'art. 3, par. 1 e 2 del regolamento Roma I, norme che consacrano la "libertà di scelta" della *lex contractus*.

147) che il principio di autonomia della volontà "si affermò grazie alle concezioni filosofiche e politiche del tempo, come espressione della libertà dell'individuo, ritenuta, nei rapporti economici privati, superiore alla legge e comunque da questa intoccabile; coincise, nella specificità della materia dei contratti, con la realtà dello Stato liberale e quindi con la natura prevalentemente suppletiva delle sue norme".

²³ È il dogma della dottrina c.d. oggettivistica su cui v. H. BATTIROLI, *Subjectivisme et objectivisme* cit., p. 62 ss. In argomento v. E. VITTA, *Diritto internazionale privato* cit., p. 873 ss., nonché, più recentemente, J.M. JACQUER, *L'incorporation de la loi dans le contrat*, in *Trav. Com. fr. dr. int. pr.*, Année 1993-1995, Paris, 1996, p. 26 ss.

²⁴ Certo, la ricezione contrattuale finge da "trasformatore" di fonti eteronome (legislative o internazionali) in regole a carattere contrattuale (ossia autonome), ma è altrettanto ovvio che ciò è possibile in quanto si presuppone la diversità tra le due categorie di regole.

La scelta del diritto applicabile alle obbligazioni contrattuali può essere *espressa o tacita* e, in ciascuno dei casi si può trattare di una *scelta positiva* o *negativa* della *lex contractus*, sicché il discorso va articolato combinando le categorie ora illustrate come si vedrà d'appresso.

3. L'art. 3, comma 1 prima frase del regolamento Roma I fissa il principio dell'autonomia della volontà, in senso conflittualistico, stabilendo che "[l]l contratto è disciplinato dalla legge scelta dalle parti". Tanto nel regolamento Roma I, quanto nel "sistema" della convenzione di Roma, la volontà delle parti funge da criterio di collegamento sicché è possibile designare, in modo immediato e diretto, l'ordinamento giuridico (statale) che regola le obbligazioni contrattuali.²⁵ Certo, il regolamento Roma I non si riferisce espressamente a "contratti internazionali", tuttavia la norma va letta congiuntamente all'art. 1, par. 1 del regolamento medesimo, laddove si indica che "[l] presenza del regolamento si applica, in circostanze che comportino un conflitto di leggi, alle obbligazioni contrattuali in materia civile e commerciale. Esso non si applica, in particolare, alle materie fiscali, doganali o amministrative".

È indubbio che, per determinare se si sia o meno in presenza di obbligazioni contrattuali "in materia civile o commerciale" e di un conflitto di leggi, occorra operare una qualificazione autonoma, in base al medesimo regolamento Roma I.²⁶ Militano in tal senso, sia l'art. 2 della legge n. 218/95, sia l'esperienza comunitaria relativa dapprima alla convenzione di Bruxelles del 1968 e poi al regolamento n. 44/2001; sia l'esperienza relativa alla convenzione di Roma del 1980 che è maturata con l'entrata in vigore, il 1° agosto 2004, del

²⁵ In argomento, v. i riferimenti alla nota precedente. Cf. T. BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, 3ª ed., 1999, p. 616: "L'autonomia privata significa — sul piano del d.i.pr. — che i contraenti possono designare la legge applicabile al contratto da essi concluso... non è necessario che sussista alcun collegamento di tipo obiettivo tra il contratto e la legge designata a governarlo". V. pure tra la giurisprudenza italiana, anteriormente alla convenzione di Roma del 1980, i precisi rilievi di Cass., 30 aprile 1969, n. 1409, in *Riv. dir. int. priv. proc.*: "[l]l contratto può essere meglio disciplinato dalla legge che le parti stesse hanno scelto, in relazione alle concrete peculiarità del caso, e la scelta opera in modo non diverso da qualsiasi altro criterio di collegamento in quanto i soggetti del rapporto, mediante la loro dichiarazione di volontà, raggiungono il fine specifico di stabilire la legge regolatrice del rapporto medesimo". Da ultimo, con riferimento all'art. 3 della convenzione di Roma, v. Trib. Rovereto, 15 marzo 2007, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2008, p. 179.

²⁶ Sul punto, ma con riferimento alla convenzione di Roma, v. N. BOSCHERO, *Obbligazioni contrattuali* cit., p. 801 ss.; G. SACERDOTI, *Finalità e caratteri della convenzione di Roma. La volontà delle parti come criterio di collegamento*, in G. SACERDOTI, M. FRIGO, *La convenzione di Roma sul diritto applicabile ai contratti internazionali*, Milano, 1994, p. 6.

Protocolli di Bruxelles del 19 dicembre 1988 ove, appunto, si prevede il ricorso pregiudiziale alla Corte di giustizia per l'interpretazione uniforme della convenzione di Roma medesima. Proprio su questa scia, si è osservato che, mano a mano che il d.i.pr. comunitario si accresce, ricorrendo uguali nozioni in strumenti diversi ma di pari provenienza formale esistono spazi appropriati per effettuare una interpretazione "trasversale" delle medesime nozioni.²⁷

La volontà delle parti costituisce un criterio di collegamento unico e del tutto autosufficiente non essendo minimamente necessario che il contratto presenti altre circostanze di collegamento rispetto all'ordinamento statale designato od anche rispetto a ordinamenti terzi.²⁸ Qui il collegamento tra il contratto e l'ordinamento designato attraverso una manifestazione della volontà viene assunto, dalla norma di cui all'art. 3 del regolamento Roma I, come decisivo per l'individuazione dell'ordinamento competente a disciplinare le obbligazioni contrattuali.

In ultima analisi, la libertà di scelta delle parti viene svincolata dall'eventuale presenza di elementi oggettivi di collegamento con un ordinamento statale determinato o determinabile come, ad esempio, avveniva, in passato, nell'ordinamento francese²⁹ ed ancor oggi avviene in quello statunitense.³⁰

Ciò significa, pertanto, che la volontà inequivoca delle parti di riferirsi ad un dato ordinamento giuridico, in quanto assunta da una norma di diritto internazionale privato comunitario come criterio di collegamento, è criterio sufficiente ai fini di una *electio iuris* valida ed efficace anche se, detto criterio,

²⁷ In argomento v. per tutti S. BARATTI, *Qualificazione e interpretazione nel diritto internazionale privato comunitario: prime riflessioni*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2006, p. 361 ss.

²⁸ Anche questa soluzione era già presente nel diritto internazionale privato italiano attraverso l'art. 25 delle preleggi (ora abrogato).

²⁹ Nell'esperienza giuridica francese, ad esempio, anche se la Cassazione aveva indicato in un celeberrimo arrêt de principe che "la loi régit les contrats, leur formation, leurs conditions et leurs effets est la loi que les parties ont choisie" (Cass. civ., 5 déc. 1910, *American Trading Cie.*, in *Clunet*, 1912, p. 1156; nonché in B. ANCEL, Y. LÉQUETTE, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Paris, 5^{ème} éd., 2006, n° 11), aveva comunque successivamente precisato (Civ., 19 febbraio 1930 et 27 gennaio 1932, *Sprey*, 1933, I, 41, con nota di J.P. LIMOUYET) che la scelta risulta valida a meno che non risulti abusiva, ossia evidenti una "règle alla legge" (e v. ora con il regolamento Roma I il contributo di N. BOSCHERO, *I limiti al principio di autonomia posti dalle norme generali del regolamento Roma I*, *ibid.*, p. 67 ss.).

³⁰ Cf. § 187 del Restatement (Second) of the Conflict of Laws. In dottrina cfr. ad es. O. LANDO, *Contracts*, in *International Encyclopedia of Comparative Law*, III, ch. 24, nn° 25-26 e i riferimenti cit. alla nota 6. Cf. S.C. SIMEONIDES, *Party autonomy and private law making: the lex mercatoria that isn't*, in http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=946007, visitato il 10 febbraio 2009.

com'era stato esattamente notato dalla dottrina italiana del secolo scorso, "non è un criterio territoriale".³¹

Ed infatti, la norma sull'autonomia della volontà di cui al regolamento Roma I (come già nella convenzione di Roma del 1980), significa concretamente che, se un contratto internazionale presenta dei collegamenti oggettivi con gli ordinamenti degli Stati A, B e C, le parti sono libere di designare l'ordinamento dello Stato D quale competente a regolare le obbligazioni contrattuali.

In termini concreti, è possibile, dunque, per i negoziatori di contratti internazionali, redigere clausole di scelta della *lex contractus* che abbiano per oggetto l'ordinamento statale di una delle due parti ovvero di ordinamenti statali terzi. Quest'ultima opzione si spiega in termini di asimmetria informativa in ordine alla *lex contractus* e si verifica, ad esempio, quando le parti ritengono che la sottoposizione del rapporto alla legge della controparte attribuirebbe un vantaggio ingiustificato in termini di informazione sulla legge applicabile. Pertanto, scegliendo un ordinamento terzo, le parti intendono realizzare una sorta di "parità delle armi" che si realizza spalmando su entrambe i costi di informazione sul diritto applicabile anche per non attribuire ad alcuna di esse ingiustificati vantaggi in caso di contenzioso.

Altre volte, le parti prescelgono un ordinamento terzo prescindendo da connessioni oggettive perché particolarmente "evolutivo" nella regolamentazione giuridica del contratto da esse negoziato (è ad es. il caso della legge dello Stato di New York per i contratti finanziari³² o della legge inglese per determinati rapporti assicurativi o marittimi).

Altre considerazioni potrebbero indurre le parti a scegliere un ordinamento terzo in combinazione con una clausola di proroga della giurisdizione in modo da far coincidere *forum* e *ius*, determinando con precisione il giudice competente ed il diritto applicabile.³³ Talvolta, nell'ambito dei negoziati, accade che le parti,

³¹ G. MORELLI, *Elementi di diritto internazionale privato italiano*, 6^a ed., Napoli, 1959, p. 56. Secondo un'altra impostazione - da noi non condivisa - l'autonomia della volontà rientrerebbe invece nell'ambito del diritto internazionale privato materiale: su questa tesi cfr. A. MEZGHANI, *Méthodes du droit international privé et contrats illicites*, in *Revue des Cours*, I, 303, 2003, p. 197.

³² Sul tema v. già le osservazioni di L. RADICATI DI BROZIO, *La legge regolatrice delle operazioni bancarie secondo la convenzione di Roma del 19 giugno 1980*, in T. TRIVISA, *Verso una disciplina comunitaria* cit., p. 85, nonché le approfondite indagini di D. CARREAU, *Le système monétaire international privé (UEM et euromarchés)*, in *Revue des Cours*, I, 274, 1998, p. 309 ss.

³³ In argomento v. spec. R. CLERICI, *Forum solutionis e convenzione di Roma del 19 giugno 1980 al vaglio della giurisprudenza italiana*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1997, p. 873 ss. nonché

non riuscendo ad accordarsi su di un'unica *lex contractus*, decidano di designare due o più, sollevando il problema del *dépeçage* su cui si dirà in seguito.

Di più, ai sensi di quanto stabilito dall'art. 2 del regolamento Roma I "la legge designata... si applica anche ove non sia quella di uno Stato membro". Risultata così affermato il carattere universale del regolamento Roma I, sulle tracce della convenzione di Roma che, però, si riferiva alla "legge di uno Stato non contraente". In sede di applicazione del regolamento Roma I, la norma in questione andrà interpretata, *inter alia*, nel senso che l'autonomia delle parti in senso conflictualistico ex art. 3, può essere esercitata sia da cittadini di Stati Membri UE, sia da quelli di Stati extracomunitari, a nulla valendo il criterio di collegamento della cittadinanza, del domicilio e perfino della residenza abituale in questo specifico contesto. In altre parole, il regolamento Roma I attribuisce piena autonomia contrattuale in senso internazionalprivatistico ai contraenti privati, sia che la legge scelta sia quella di uno Stato Membro, inclusa la Danimarca che non ha ancora esercitato l'*opt in*, sia quella di uno Stato terzo e, d'altro canto, sia che si tratti di un contratto concluso tra cittadini di Stati Membri, sia che si tratti di un contratto concluso tra un cittadino di uno Stato Membro ed altro di uno Stato terzo, sia ancora che si tratti di rapporti contrattuali conclusi tra soggetti di Stati terzi. Nemmeno il luogo di situazione della cosa dedotta in contratto, quello di conclusione del contratto (e la *lex loci actus*) o il luogo di esecuzione delle obbligazioni incide sull'esercizio del potere di autonomia *de iure*: è sufficiente che il giudice competente sia quello di uno Stato membro CE - escluso il giudice danese fino a quando non verrà esercitato l'*opt in*³⁴ e che la fattispecie ricada nel vasto ambito di applicazione del regolamento Roma I per godere del potere di scelta della *lex contractus* di cui all'art. 3.³⁵

A. SARAVALLE, *Commento all'art. 3*, in C. BIANCA, A. GIARDINA (a cura di), *Convenzione sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, in *Nuove leggi civili comm.*, 1995, p. 942 ss.

³⁴ In argomento v. lo scritto di A. BONFANTI, *Le relazioni intercorrenti tra il regolamento Roma I e le convenzioni internazionali (in vigore e non)*, *infra*, p. 383 ss.

³⁵ Il che, a contrario, significa che per evitare i particolari limiti all'autonomia della volontà in senso conflictuale imposti dal regolamento Roma I basterà ai negoziatori di contratti internazionali pattuire una proroga della giurisdizione in favore di un giudice extracomunitario (ove il diritto internazionale privato del foro ammetta soluzioni più liberali) o, più frequentemente, prevedere semplicemente la soluzione delle controversie attraverso l'arbitrato commerciale internazionale. Ciò potrebbe provocare una pericolosa competizione tra l'ordinamento comunitario e ordinamenti extracomunitari con il rischio di una *race to laxity* in un prossimo futuro, oppure, più probabilmente, un ulteriore ricorso all'arbitrato da parte degli operatori del commercio internazionale.

Nell'ordinamento italiano, l'ambito di applicazione viene ulteriormente ampliato dall'art. 57 della l. n. 218/95,³⁶ in virtù del rinvio effettuato dal nostro legislatore alla convenzione di Roma e, con una sorta di rinvio indiretto dal regolamento Roma I al nostro ordinamento, tramite l'art. 24 dello stesso regolamento ove si stabilisce che "[i]l presente regolamento sostituisce la convenzione di Roma negli Stati membri, salvo per quanto riguarda i territori degli Stati membri che rientrano nel campo di applicazione territoriale di tale convenzione e ai quali il presente regolamento non è applicabile a norma dell'art. 299 del trattato. -2. Nella misura in cui il presente regolamento sostituisce le disposizioni della convenzione di Roma, ogni riferimento a tale convenzione si intende fatto al presente regolamento".

La scelta deve essere espressa, e deve essere espressa con chiarezza dalle parti. Può anche trattarsi di una volontà implicita come si vedrà a suo luogo ma resta esclusa la ricerca di una volontà presunta o ipotetica che attribuirebbe al giudice un potere discrezionale di prescindere dall'accertamento dell'effettiva volontà delle parti. Si tratta perciò di una soluzione già presente nella convenzione di Roma a cui non vengono apportate modifiche tecniche.

Va poi brevemente affrontata la questione dell'oggetto del collegamento internazionalprivatistico. *Nulla quaestio* se si tratti di un ordinamento giuridico unificato. Qualora, però, uno Stato si componga di più unità territoriali (è il noto caso, ad esempio, del Regno Unito o degli Stati Uniti d'America), il regolamento Roma I, come già la convenzione di Roma all'art. 19,³⁷ precisa all'art. 22 che ogni unità territoriale vada considerata come un Paese ai fini della determinazione della *lex causae*.³⁸ La soluzione normativa del regolamento Roma I diverge - e dunque prevale - perciò rispetto a quella prevista all'art. 18, comma 1 della legge n. 218/95 che, in linea con la tradizione dottrinale italiana, intende il richiamo dell'ordinamento straniero come ordina-

³⁶ Su cui v., da ultimo, F. SALERNO, *Le conseguenze del Regolamento "Roma I" sulla legge italiana di diritto internazionale privato*, in *Il nuovo diritto europeo dei contratti dalla convenzione di Roma al Regolamento "Roma I"*, Milano, 2007, p. 179 ss.

³⁷ E v. in argomento A. BORRÁS, *Les ordres plurilégislatifs dans le droit international privé actuel*, in *Revue des Cours*, t. 249, 1994, p. 149 ss., a p. 303 ss.

³⁸ L'art. 22 del regolamento Roma I dispone che "Ove uno Stato si componga di più unità territoriali, ciascuna con una normativa propria in materia di obbligazioni contrattuali, ogni unità territoriale è considerata come un paese ai fini della determinazione della legge applicabile ai sensi del presente regolamento. -2. Uno Stato membro in cui differenti unità territoriali abbiano le proprie norme giuridiche in materia di obbligazioni contrattuali non è tenuto ad applicare il presente regolamento ai conflitti di leggi che riguardano unicamente tali unità territoriali".

mento originario, ricavando perciò da questo i criteri di applicazione degli ordinamenti derivati.³⁹

4. Posto che le parti hanno facoltà di scegliere la legge applicabile ad un rapporto contrattuale internazionale, le parti medesime possono indicare nel contratto di non volere l'applicazione di una data *lex contractus*?

A volte, le parti si limitano ad indicare nel loro contratto di non volere l'applicazione di uno o più ordinamenti statali dati: si tratta non tanto di una *electio iuris*, quanto di una *exclusio iuris*.

Ciò non deve sorprendere in quanto è possibile che, durante i negoziati su di un dato contratto transnazionale, le parti si accordino sul contenuto del contratto ma non riescano ad accordarsi proprio in ordine alla *lex contractus*. Pertanto, può verificarsi che le parti, pur di addiventare alla firma del contratto, formulino la clausola di scelta della legge applicabile in termini negativi indicando ad esempio che "al presente contratto non si applicherà la legge dello Stato x né quella dello Stato y", ove di regola lo Stato x e quello y sono quelli in cui le parti sono domiciliate.

Quid iuris in questo caso? Trattasi di una sorta di zona grigia tra la fattispecie della scelta espressa positiva della *lex contractus*, quella della scelta implicita positiva e quella dell'assenza di scelta del diritto applicabile.

La giurisprudenza italiana ha escluso l'ammissibilità della scelta negativa della *lex contractus* in sede di applicazione dell'art. 25 delle preleggi,⁴⁰ così come la migliore dottrina l'ha esclusa, con riferimento all'art. 3 della convenzione di Roma, osservando che "si deve ritenere che le parti siano abilitate soltanto ad indicare, in positivo, la legge da esse prescelta per la disciplina del contratto".⁴¹

³⁹ L'art. 18 della legge n. 218/95, infatti, dispone che "[s]e nell'ordinamento dello Stato richiamato dalle disposizioni della presente legge coesistono più sistemi normativi a base territoriale o personale, la legge applicabile si determina secondo i criteri utilizzati da quell'ordinamento". Tra la dottrina cfr. R. ACO, *Teoria cit.*, p. 197 ss.; G. MORELLI, *Elementi cit.*, p. 71; E. VITTA, *Diritto internazionale privato cit.*, I, pp. 70-163 ove ampi riferimenti, nonché L. PICCHIO FORLATTI, voce *Contratto cit.*, p. 220.

⁴⁰ Cass. 27 marzo 1996, n. 2756, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1997, p. 471: "La diversa volontà delle parti... deve necessariamente essere intesa nel senso di «elezione» di una legge applicabile al rapporto obbligatorio e non già... come esclusione di ogni legge applicabile al contratto concluso dai contraenti".

⁴¹ Cfr. ad es. S.M. CARBONE, P. IVALDI, *Lezioni di diritto internazionale privato*, Padova, 2000, p. 122 ss.

Ma va osservato che il regolamento Roma I, al pari della convenzione di Roma, non contempla detta fattispecie, né sembra vietare manifestazioni di volontà diverse da quelle della scelta positiva.

Perciò, a nostro avviso, l'interprete dovrà concretamente accertare se le parti abbiano compiuto una scelta implicita della *lex contractus* ovvero se le parti non abbiano raggiunto alcun accordo in ordine alla legge applicabile e l'unico accordo esistente abbia per oggetto la mera esclusione di determinati ordinamenti statali.

Così, prima di considerare *sic et simpliciter* una scelta espressa negativa della *lex contractus* alla stregua di una mera "non scelta" ai fini del regolamento Roma I, occorrerà preventivamente compiere un esame dettagliato della fattispecie nei modi seguenti: l'interprete non dovrà farsi condizionare dalla scelta negativa della *lex contractus* e dovrà procedere ad un'analisi dettagliata del comportamento delle parti per stabilire se esista anche una scelta implicita positiva.

Poi, una volta individuata la *lex contractus*, occorrerà confrontare il dato così ottenuto con quello offerto dalla scelta negativa delle parti, escludendo solo eventuali ordinamenti statali che siano già oggetto di una scelta espressa negativa: il contrasto tra la scelta espressa negativa e la scelta implicita positiva può dunque essere risolto attraverso il principio *nemo contra factum pro-primi venire potest*.

Più delicato è, invece, il compito dell'interprete laddove si ravvisi una scelta espressa negativa della *lex contractus* ed emerga che le parti non abbiano mai raggiunto un accordo, né espressamente, né implicitamente in ordine alla *electio iuris*.

Qui, le parti manifestano la propria volontà unicamente al fine di escludere un dato ordinamento — o dati ordinamenti — affidando, perciò, all'interprete il compito di individuare la *lex contractus* attraverso le norme di conflitto prestabilite in ipotesi di assenza di scelta della legge applicabile. Tramite le norme generali di conflitto di cui all'art. 4 del regolamento Roma I, destinate ad operare in via sussidiaria rispetto all'art. 3, il giudice determinerà l'ordinamento con cui il contratto presenta il collegamento più stretto. Ma qui si pone un ulteriore problema: posto che l'art. 4 del regolamento fissa dei criteri di collegamento rigidi, *quid iuris* qualora l'ordinamento richiamato fosse uno di quelli esclusi dalle parti attraverso la clausola di scelta negativa della *lex contractus*?

Riteniamo che il quesito, particolarmente complesso, si possa risolvere solo tenendo a mente l'impianto, la "filosofia" ispiratrice del regolamento, filosofa appunto che colloca il principio di autonomia contrattuale in prima linea rispetto ad altri criteri di collegamento come, appunto, quelli previsti dall'art.

4, che, come si diceva, svolgono un ruolo sussidiario. Ne segue che la soluzione andrà dapprima ricercata applicando l'art. 4, par. 2, ossia "[s]e il contratto non è coperto dal paragrafo 1 o se gli elementi del contratto sono contemplati da più di una delle lettere da a ad h, del par. 1, il contratto è disciplinato dalla legge del paese nel quale la parte che deve effettuare la prestazione caratteristica del contratto ha la residenza abituale".⁴² Qualora, anche in questa ipotesi, l'ordinamento designato si trovasse a coincidere con quello escluso espressamente dalle parti soccorrono i par. 3 e 4 dell'art. 4 del regolamento *de quo* indicandolo, tramite la norma residuale di cui al par. 4 che il contratto sarà disciplinato "dalla legge del paese con il quale presenta il collegamento più stretto", attribuendo al giudice adito un potere discrezionale di determinazione di quest'ultimo.

Conclusivamente, riteniamo che una lettura del regolamento Roma I attravverso la duplice dimensione (positiva e negativa) del principio di autonomia della volontà, combinata con il precitato *considerando* n. 11 e con l'art. 3 in-dicano che il "legislatore comunitario" abbia inteso valorizzare la scelta positiva (espressa ed implicita) della *lex contractus* senza escludere la scelta negativa, ma comunque contemplandone effetti più limitati.

5. Un'ulteriore fattispecie astrattamente prevista dal regolamento Roma I, sulla scia della convenzione di Roma, è quella, ben nota, del *dépeçage* volontario.⁴³ Trattasi di un'ulteriore direzione in cui si esplicita l'autonomia della volontà nella misura in cui alle parti è consentito di scegliere una legge straniera per disciplinare solo alcuni aspetti del contratto e non tutti, ovvero di sottoporre singoli aspetti o clausole di questo a leggi diverse.

⁴² In argomento v. H. BATTEPOL, voce *Contrats et conventions*, in *Encyclopédie de droit international*, Paris, 1^{re} éd., n.° 40 (con riferimento al dibattito esistente prima della convenzione di Roma) e cfr. *Relazione Giuliano-Lagarde* cit., p. 17, ove si osserva che "vari esperti hanno osservato che il contratto dovrebbe, in linea di massima, essere regolato da un'unica legge, salvo il caso in cui esso - in apparenza unico - sia in realtà composto da più contratti o parti separabili ed indipendenti sotto l'aspetto giuridico ed economico". Osserva T. BALLARINO (*Diritto internazionale privato* cit., p. 620) che "tra le clausole che possono formare oggetto di *dépeçage* si possono menzionare le clausole di indicizzazione e, in generale, i rimedi contro la svalutazione monetaria, le clausole penali, le clausole attributive di una facoltà di recesso unilaterale, le clausole con cui viene predisposta una garanzia". Tra la letteratura straniera v. spec. P. LAGARDE, *Le dépeçage dans le droit international privé des contrats*, in *Riv. dir. int. priv. Mélanges offerts à Raymond Van der Elst*, Bruxelles, 1986, p. 243; J. CARRASCOA GONZALEZ, *El contrato internacional (fraccionamiento versus unidad)*, Madrid, 1992, *passim*.

In virtù dell'art. 3 del regolamento Roma I (come già accadeva per la convenzione di Roma), i contraenti "possono designare la legge applicabile a tutto il contratto ovvero a una parte soltanto di esso".

⁴³ Va osservato che non si registrano particolari limiti spaziali a queste scelte che possono avere per oggetto anche il diritto di Stati che non siano Stati membri e che possono prescindere da qualunque collegamento oggettivo con il contratto.

Anche qui, dunque, la libertà delle parti è amplissima e sicuramente eccessiva giacché non c'è limite al *dépeçage* volontario in sé nella misura in cui venga operato a favore di ordinamenti statali. È peraltro una soluzione distinta da quella offerta dal "legislatore comunitario" in tema di *dépeçage* giudiziale, giacché il potere del giudice di frazionare il contratto in assenza di scelta della *lex contractus* è previsto solo in casi eccezionali ex art. 4 del regolamento Roma I.

Secondo il prof. Lagarde, la norma in tema di *dépeçage* della convenzione di Roma - ma il discorso vale, *mutatis mutandis*, anche per il regolamento Roma I - ha la funzione "de faire respecter l'autorité des lois en vigueur dans les divers pays avec lesquels le contrat international présente des liens étroits".⁴⁴ E ciò beninteso avviene, prima ancora che in caso di assenza di scelta della *lex contractus*, anche e subito in caso di *electio iuris* delle parti. In questo caso, il vero limite alla fantasia contrattuale - anche se il regolamento Roma I non prevede testualmente alcun limite - è quello della coerenza del contratto, ossia il frazionamento del contratto attraverso la scelta di diverse leggi applicabili non deve dare luogo a risultati contraddittori. In tal caso non sarebbe possibile tenere conto pienamente della volontà delle parti e, quale *extrema ratio*, si potrebbe giungere ad applicare l'art. 4 del regolamento Roma I per identificare l'ordinamento competente.⁴⁴

⁴³ P. LAGARDE, *Le dépeçage* cit., p. 652. Nello stesso ordine di idee v. P. MAVER, V. HEURÉ, *Droit international privé* cit., n. 710.

⁴⁴ Così ma con riferimento alla sola convenzione di Roma, F. MOSCONI, C. CAMPAGLIO, *Diritto internazionale privato*, I, 4^a ed., Torino, 2007, p. 364. Un esempio classico di *dépeçage* portante a risultati contraddittori sarebbe quello per cui la risoluzione di un contratto di compravendita internazionale viene assoggettata a due leggi diverse: una per il venditore ed una per il compratore, cfr. A. DI BIASI, *Guida alla giurisprudenza italiana e comunitaria di diritto internazionale privato*, Napoli, 2004, p. 150. Nello stesso ordine di idee v. P. MAVER, V. HEURÉ, *Droit international privé* cit., n. 710 che interpretano la nozione di "parte del contratto" di cui all'art. 3 della convenzione di Roma (ma *id.* per il regolamento Roma I) nel senso di "un sous-ensemble de droits et d'obligations logiquement déductibles du contrat", v. pure D. BUREAU, H. MUR WATT, *Droit international privé*, I, Paris, 2007, n. 897; cfr. tuttavia, LOUSSOUARN, BOUREL, DE VARELLES SOMAÏERES, *Droit international privé* cit., n. 378, che, proprio in

Una fattispecie attinga alle precedenti è, infatti, quella nella quale le parti scelgono la legge applicabile soltanto ad una parte del contratto, tacendo sul resto del contratto. Sul punto si è espressa la nostra Cassazione correttamente rilevando che, per le parti del contratto non coperte dalla *electio iuris*, occorre utilizzare i criteri di collegamento oggettivo di cui all'art. 4 della convenzione di Roma, detta soluzione varrà anche nel vigore del regolamento Roma I.⁴⁵ Pertanto, in quest'ultimo caso, occorrerà applicare la legge designata dalle parti solo per quelle obbligazioni nascenti dalla parte del contratto a cui la *electio iuris* è rivolta, mentre per le altre parti occorrerà individuare l'ordinamento competente o gli ordinamenti competenti applicando la disciplina del regolamento Roma I prevista in caso di assenza di scelta di *lex contractus*.

Un'ulteriore questione, anch'essa osservabile nella prassi contrattuale internazionale,⁴⁶ è quella della scelta espressa positiva della legge applicabile con contemporanea esclusione, pure espressa, di determinate norme imperative della *lex contractus*. Si tratta di un *dépeçage*?

Nel "sistema" del regolamento Roma I, alle parti è consentito individuare l'ordinamento statale competente a regolare le loro obbligazioni contrattuali ma non gli è concesso di interferire con il funzionamento dell'ordinamento nel suo complesso com'è precisato all'art. 20 del predetto regolamento. Pertanto, come si dirà più diffusamente in materia di *frezing clauses*, ogni modifica o *dépeçage* dell'ordinamento competente è, *ipso iure*, sottratta alla disponibilità delle parti. Ne segue che una clausola di *electio iuris* tendente ad escludere

quanto il *dépeçage* non è testualmente limitato, ritengono che non occorra limitarne l'applicazione in modo troppo rigoroso.

⁴⁵ V. Cass., sez. un., 11 giugno 2001, n. 7860 in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2002, p. 157, ove la Suprema Corte ha ritenuto assoggettato alla legge italiana il contratto, concluso mediante scambio di lettere ai sensi dell'art. 1326 cod. civ., con cui una impresa italiana aveva garantito ad una ditta austriaca il diritto di rappresentanza esclusiva della propria produzione, obbligandosi a rispettare l'esclusiva, fornire gli articoli con istruzioni in lingua tedesca e prodotti in conformità alle norme nazionali e internazionali. Nella fattispecie, la Cassazione ha rilevato che "il richiamo al diritto austriaco è contenuto soltanto nella parte finale dell'art. 8, destinato alla disciplina della garanzia. La particolare collocazione del patto, la specificità della previsione nel cui contesto s'inscrive, l'assenza di ogni ulteriore riferimento nelle altre (numerose) clausole e, segnatamente, in quelle destinate a regolare il contenuto essenziale del rapporto, non consentono di attribuire a quel richiamo significato generale, esteso all'intero rapporto, specialmente in un contesto normativo che in modo espresso prevede la possibilità per le parti di designare la legge applicabile anche ad una parte soltanto del contratto [art. 3, primo comma della convenzione di Roma del 1980 n.d.r.]... Pertanto, essendo in questione obbligazioni contrattuali estranee al citato art. 8, va accettata la legge regolatrice del contratto in base ai criteri recati dall'art. 4 della convenzione di Roma".

⁴⁶ Cfr. S.M. CARBONE, R. LUZZATTO, *Il contratto internazionale* cit., p. 21 ss.

norme imperative della *lex contractus* deve ritenersi efficace in ordine alla individuazione dell'ordinamento statale competente ma inefficace nella parte di esclusione delle norme imperative le quali risulteranno applicabili *volentes*. Né, a fortiori, varrebbero clausole tese ad escludere le norme di applicazione necessaria in quanto la loro applicazione si fonda sul regolamento Roma I e non sul contratto che le subisce.

La sopravvivenza del *dépeçage* nel testo finale del regolamento Roma I sulle ceneri della proposta di regolamento del 2005 che aveva ammesso anche scelte di regole a-nazionali, conduce chi scrive ad esprimere un giudizio critico.

Tramite il *dépeçage*, infatti, si amplifica il problema della frammentazione di una operazione economica unica in una moltitudine di discipline di diritto di una operazione economica portando ad una sorta di "caleidoscopio giuridico". Non esistono statistiche al riguardo, ma chiunque abbia contatti con la pratica o con gli operatori della contrattualistica e dell'arbitrato internazionale conosce bene la completa astrattezza del *dépeçage* volontario e la scarsità di applicazioni pratiche dello stesso a causa delle complicazioni che esso comporta.⁴⁷ Perciò, si fatica a comprendere come mai i redattori del regolamento Roma I abbiano generosamente concesso agli operatori di sottoporre le proprie obbligazioni contrattuali, oltre che ad un ordinamento statale, ad un mosaico normativo, ad un "caleidoscopio del diritto statale" senza però ammettere soluzioni di tipo a-nazionale. Il mito del formalismo giuridico — e del dogmatismo — ha accecato, nel segno dello statalismo, il legislatore comunitario facendogli perdere di vista la certezza del diritto nelle operazioni economiche transnazionali. Mano a mano che le fasi dell'impresa si irradiano nello spazio terrestre diviene infatti sempre meno facile parlare di coerenza di contratti bilocalizzati o multilocalizzati attraverso il *dépeçage*.⁴⁸

⁴⁷ Cfr., ad esempio, P. DE LY, *Applicable Law and Dispute Resolution Clauses*, in FEDUCI, *Les grands clauses des contrats internationaux*, Bruxelles, 2005, p. 172: "Most choice of law provisions refer to one single domestic legal system to govern or supplement the contractual relationship".

⁴⁸ Valga per tutti l'esempio di cui al lodo CCI n. 8655 pronunciato al termine di un arbitrato *ex aequo et bono* tra una società panamense ed una olandese a seguito di una banale lite insostrata relativamente ad un contratto di *advertising*. Non trovando nel contratto controverso alcuna clausola di scelta della legge applicabile, l'arbitro unico, ripreso il *stus 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 realtà, proprio l'ammissione del *dépeçage* volontario basta a mettere in crisi quelle elementari esigenze di prevedibilità/certezza della *lex contractus* che, sia pure a prezzo di una semplificazione eccessiva, costituivano la forza della dottrina della localizzazione del contratto entro l'orbita di un ordinamento statale, sia pure quello scelto dalle parti.⁴⁹ Attraverso il *dépeçage* volontario, infatti trionfano le complicazioni provocate da più *leges contractus* applicabili a cui si aggiungono quelle del potenziale conflitto tra norme imperative "semplici" e quelle dell'eventuale ulteriore conflitto tra norme di applicazione necessaria. Si realizza così il paradiso degli internazionalprivatisti e l'inferno degli operatori del commercio internazionale!

Una soluzione moderna, certamente più aderente alla moderna economia a mercato globale, che avrebbe potuto essere aggiunta a quelle più tradizionali della tecnica conflittualistica, sarebbe stata quella di allargare ulteriormente l'oggetto della *choice of law* a norme di diritto a-nazionale quali la *lex mercatoria* ed i Principi Unidroit sui contratti commerciali internazionali. Ciò si è verificato da tempo per l'arbitrato transnazionale ma non è avvenuto nel regolamento Roma I destinato ad essere applicato dai giudici nazionali degli Stati Membri come ora si chiarirà meglio.

6. Nel ridisegnare i confini della autonomia contrattuale in senso internazionalprivatistico, l'art. 3, par. 2 della proposta di regolamento Roma I del 15 dicembre 2005,⁵⁰ aveva introdotto una soluzione volta a superare l'impostazione della convenzione di Roma del 1980.

La Commissione europea era approdata a questa soluzione a seguito della presentazione, avvenuta nel gennaio 2003, del "libro verde sulla trasformazione in strumento comunitario della convenzione di Roma del 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali e sul rinnovamento della medesima".⁵¹ Detto documento, formulava una serie di quesiti destinati ad aprire un dibattito in merito ai possibili contenuti di un nuovo strumento comunitario destinato a sostituire e modernizzare la predetta convenzione di Roma. Al riguardo, il quesito n. 8 si riferiva alla questione della delocalizzazione della *lex*

⁴⁹ Concorra sul punto, sia pure muovendo da una impostazione diversa, G. CARRELLA, *La scelta della legge applicabile da parte dei contraenti*, in *Il nuovo diritto europeo dei contratti* cit., p. 79.

⁵⁰ Doc. COM/2005/650 def. del 15 dicembre 2005 reperibile in http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/it/com/2005/com2005_0650n01.pdf, visitato il 10 febbraio 2009.

⁵¹ Doc. COM/2002/654 def. del 14 gennaio 2003, reperibile al sito http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga.doc?smartapi=lexplusprofdoc&Number&lg=&type_doc=COMFinal&an_doc=2002&mi_doc=654, visitato il 10 febbraio 2009.

contractus in questi termini: "Riteneate che le parti dovrebbero poter scegliere direttamente una convenzione internazionale, o addirittura principi generali del diritto? Quali argomenti depongono a favore o contro una soluzione del genere?". Il dibattito che ne era seguito, particolarmente acceso e ormai "tradizionale" tra internazionalprivatisti favorevoli e contrari a soluzioni di tipo mercatorista, nonché tra europeisti e nazionalisti, aveva nondimeno convinto la Commissione della opportunità di pervenire ad una norma (art. 3, par. 2 della proposta di regolamento Roma I) dal tenore che segue: "Le parti possono anche scegliere come legge applicabile principi e norme di diritto sostanziale dei contratti, riconosciuti a livello internazionale o comunitario. Tuttavia, le questioni riguardanti le materie disciplinate da tali principi o norme e non espressamente risolte da questi ultimi verranno risolte secondo i principi generali cui si ispirano, o, in mancanza, conformemente alla legge applicabile in mancanza di scelta ai sensi del presente regolamento".

Si trattava di una soluzione innovativa che sanciva la ammissibilità sul piano formale (e comunitario) di un richiamo a normative non statuali attraverso l'esercizio dell'autonomia contrattuale. Per comprendere adeguatamente la portata e la rilevanza di tale soluzione normativa, occorre riallacciare il discorso all'ampio dibattito sulla globalizzazione economica, un dibattito che sviluppa a cavallo del secondo e del terzo millennio, prima dell'irrompere dell'attuale crisi finanziaria globale, ha offerto numerosi spunti di riflessione.

La letteratura sia economica che giuridica sulla globalizzazione ha infatti 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 diritto applicabile ai contratti internazionali e di risoluzione delle eventuali controversie nascenti da quei rapporti.⁵²

La dottrina più attenta ai problemi giuridici della globalizzazione economica ha individuato tre possibili modi di essere dell'economia di mercato, i quali corrispondono anche ad altrettanti stadi della sua evoluzione.⁵³

⁵² V. fra una letteratura vastissima J. BASEDOW, *The effects of globalization on private international law*, in J. BASEDOW, T. KONO, *Legal Aspects of Globalization*, The Hague-London-Boston, 2000, p. 1 ss.; J. BRAITHWAITE, P. DRAHOS, *Global Business Regulation*, Cambridge, 2000; CH. LEBEN, E. LOQUIN, M. SALERNI (eds.), *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle. Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Paris, 2000; R. WAJ, *Transnational Private Law and Private Ordering in a Contested Global Society*, in *Harvard Int'l L.J.*, 2005, p. 471 ss.; W. BENDEK, K. DE FEYTER, F. MARRELLA, *Economic globalisation and human rights*, Cambridge, 2007; *Le droit international économique à l'aube du XXIème siècle. Etudes en l'honneur de Dominique Carreau et Patrick Billard*, in corso di stampa.

⁵³ F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005, ove ampi riferimenti.

q) 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 Johanne 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".⁵⁴

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".⁵⁵ 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.⁵⁶

c) l'economia a mercato globale. Qui tutte le classiche funzioni economiche dell'impresa 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 ambienti internazionali. Rilevazioni statistiche hanno messo in evidenza che nove fra le quindici maggiori imprese del nostro tempo hanno più del 50% del loro pa-

⁵⁴ F. GALGANO, F. MARRELLA, *Diritto del commercio internazionale*, 2^a ed., Padova, 2007, p. 4.

⁵⁵ F. GALGANO, F. MARRELLA, *op. cit.*, loc. cit.

⁵⁶ Sono parole che si leggono nel primo capitolo del *Manifesto* di MARX ed ENGELS e che, più che alla globalizzazione odierna, si attribuiscono alla internazionalizzazione del commercio.

trimonio all'estero e cinque più del 70%; sette hanno all'estero più del 50% e tre più del 70% dell'occupazione".⁵⁷

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. Ciò rende sempre più difficile risolvere i problemi nascenti dalla contrattualistica internazionale attraverso l'applicazione di norme di diritto interno concepite, *ex natura rerum*, per i contratti interni.⁵⁸

Sennonché, le medesime considerazioni hanno portato chi scrive ad esprimere un giudizio critico a proposito della formulazione del predetto art. 3, comma 2 giacché, pur riferendosi a "principi e norme... riconosciuti a livello internazionale e comunitario", il "legislatore comunitario" continuava ad escludere ogni riferimento alla *lex mercatoria*⁵⁹ e trattava congiuntamente due sistemi di norme profondamente diversi quanto alla loro origine e funzione.

⁵⁷ F. GALGANO, F. MARRELLA, *op. cit.*, loc. cit.

⁵⁸ Il punto era stato già colto, il secolo scorso, da H. Batiffol secondo il quale: "Le droit positif a fait l'expérience qu'un contrat ne se localise pas naturellement. Dans la mesure où il consiste essentiellement dans l'échange des consentements, il constitue un événement immatériel qui n'occupe pas, en soi, de place propre dans l'espace... La réponse la plus naturelle est de s'en tenir au lieu de conclusion qui a l'avantage d'être l'événement premier en date et d'être généralement un et déterminé tandis que les lieux d'exécution peuvent être multiples ou indéterminés" (cit. da K.-A. SPEER, *Droit international privé comparé* cit., p. 784). Oggi, nell'era di internet e con la moltiplicazione dei contratti *inter absentes* perfino il luogo di conclusione del contratto non è più teoricamente certo. Tra la dottrina contemporanea cfr. ad es., E. LOQUIN, J. RAVILLON, *La volonté des opérateurs, vecteur d'un droit mondialisé*, in E. LOQUIN, C. KESSEDIAN (éds), *La mondialisation du droit*, Paris, 2000, p. 19 ss.

⁵⁹ F. MARRELLA, *Prime note circa la scelta del diritto applicabile alle obbligazioni contrattuali nella proposta di Regolamento "Roma I"*, in P. FRANZINA (a cura di), *La legge applicabile ai contratti nella proposta di Regolamento "Roma I"*, Padova, 2006, p. 28 ss. Significativa al riguardo la relazione esplicativa della Commissione alla predetta proposta di regolamento Roma I del 2005 ove si osserva che: "[p]er rafforzare ulteriormente l'autonomia della volontà, principio chiave della convenzione, il paragrafo 2 autorizza le parti a scegliere come legge applicabile un diritto non statale. La formulazione adottata è intesa ad autorizzare, in particolare, la scelta dei principi UNIDROIT, dei *Principles of European Contract Law* o di un eventuale futuro strumento comunitario facoltativo, vietando invece la scelta della *lex mercatoria*, insufficientemente precisa, o di codificazioni private non sufficientemente riconosciute dalla comunità internazionale. Seguendo l'esempio dell'art. 7, par. 2 della convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di merci, il testo indica come procedere quando vi sono questioni di diritto contrattuale non espressamente risolte dal diritto non statale prescelto".

I Principi Unidroit sui contratti commerciali internazionali 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 tendono ad integrare 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.⁶⁰ Per queste ragioni sono applicati in sede arbitrale e vale la pena di sottolineare che le loro prime applicazioni sono state effettuati 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 *Principi di diritto europeo dei contratti* (PECL) come pure, riteniamo quella del c.d. *Common Frame of Reference*.⁶¹ I Principi della "Commissione Lando" (d'ora in avanti PECL), 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, formata da autorevoli giuristi sprovvisi di un mandato governativo,⁶² 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 culturali nel diritto privato dei singoli Stati, possa realizzare concretamente il sogno dottrinale della rinascita di uno *jus commune*.⁶³

⁶⁰ F. MARRELLA, *La nuova lex mercatoria* cit., p. 269 ss.

⁶¹ CH. VON BAR, E. CLIVE, H. SCHULTE-NORKE (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference Interim Outline Report*, München, 2008.

⁶² Cf. N. BOSCHERO, *Verso il rinnovamento e la trasformazione della convenzione di Roma: problemi generali*, in P. PICONA, *Diritto internazionale privato e diritto comunitario* cit., p. 346 ss.

⁶³ V. tra una letteratura sempre più vasta R. SCHULZE, *Le droit privé européen*, in *Rev. dr. int. dr. comp.*, 1995, p. 610 ss.; A.S. HARKAMP (ed.), *Towards an European Civil Code*, Nijmegen-London, 1994, 2^a ed., 1998; C. CASTRONOVO, *I "principi di diritto europeo dei contratti" e l'idea di codice*, in *Riv. dir. comm.*, 1995, I, p. 21 ss.; U. DRAGETTA, *Principi Unidroit*

Sennonché, 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 *in herba* 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 poteva realizzare il tentativo di introdurre surrettiziamente un codice europeo dei contratti che non era possibile fare entrare in vigore attraverso normali processi democratici di *law making*, ossia attraverso atti comunitari vincolanti provenienti da organismi abilitati ad emanarli dall'ordinamento comunitario. È ben noto infatti che, nonostante le ingenti spese sostenute con il denaro dei contribuenti europei per costituire i più svariati gruppi di studio, le istituzioni comunitarie non sono pervenute al risultato auspicato di varare il più indispensabile strumento di diritto contrattuale europeo uniforme. Così, 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, comma 2 del progetto di regolamento Roma I per quanto importante presentava delle ambiguità di fondo quanto ad una coerente e razionale individuazione delle regole di fonte a-nazionale cui fare riferimento, ulteriori ambiguità si presentavano allorché si aggiungeva che doveva trattarsi di "principi e norme riconosciuti a livello internazionale o comunitario".

per i contratti e progetto di codice europeo dei contratti. *Due proposte a confronto*, in *Dir. comm. int.*, 1994, p. 681 ss.; R. PARDOLESI, *Saggi di diritto privato europeo: persona propria del contratto, responsabilità civile, primitive*, Napoli, 1995; L. MOCCIA (a cura di), *I giuristi e l'Europa*, Bari-Roma, 1997; A. ZACCARIA, *Il diritto privato europeo nell'epoca del post-moderno*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, p. 367 ss.; M.J. BONELL, *Verso un codice europeo dei contratti*, in *Europa e diritto privato*, 1998, n. 1, p. 171 ss.; U. MATTEI, *Il problema della coesistenza civile europea e la cultura giuridica. Pregiudizi, strategie e sviluppi*, in *Contratto e tradizione europea*, 1998, n. 1, p. 208 s.; V. ZENO ZENCOVICH, *Il "Codice civile europeo" le tradizioni giuridiche nazionali e il neo positivismo*, in *Foro it.*, 1998, V, p. 62 s.; M. BUSSANI, U. MATTEI, *The Common Core Approach to European Private Law*, in *Columbia J. Eur. L.*, n. 3, p. 293; R. SACCO, *Non, oui, peut-être*, in *Mélanges Christian Mohr*, Paris, 1998, I, p. 163 s. 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 C. CASTRONOVO (*Principi di diritto europeo dei contratti*, Milano, 2001).

Non era affatto chiaro, infatti, cosa significasse detto "riconoscimento", né chi dovesse operarlo. Al riguardo è stato osservato che il metodo di lavoro che ha condotto ai Principi Unidroit sui contratti commerciali internazionali 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.⁶⁴ 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 — salvo ritenere che il *professoratrecht* abbia efficacia vincolante — si tratti di un esercizio accademico di diritto comparato particolarmente autorevole ma non molto diverso dai risultati dei lavori della *International Law Association* o dell'*Institut de Droit International*. Questi ultimi enti, infatti, non possiedono una base intergovernativa ed hanno invece carattere privatistico sicché, nonostante la loro indiscutibile autorevolezza, non sono mai stati abilitati a compiere alcun "riconoscimento internazionale".

Ad ogni modo, il riferimento a regole a-nazionali non è stato soppresso dalla penna di qualche professore, bensì dalla Commissione giuridica del Parlamento Europeo durante la procedura di codificazione comunitaria. Il 29 novembre 2007, infatti, la Commissione giuridica del Parlamento Europeo, con relatore l'on. Christian Dimitrescu, cittadino rumeno afferente al partito socialista europeo, adottò una Risoluzione legislativa⁶⁵ con un testo emendato dell'art. 3, par. 2 della predetta proposta della Commissione ove ogni riferimento a regole di diritto a-statale venne soppresso.⁶⁶ In conformità all'art. 251, par. 2 del trattato CE e della dichiarazione comune sulle modalità pratiche della procedura di codificazione, a seguito di una serie di contatti informali tra il Consiglio, il Parlamento europeo e la Commissione, il 6 dicembre 2007 il Consiglio ha approvato la posizione del Parlamento e dunque il testo definitivo del regolamento Roma I è stato varato nella versione emendata, salvo attendere la revisione linguistica nelle lingue ufficiali della Comunità giungendo alla formale adozione il 17 giugno 2008.

⁶⁴ C. KESSELIAN, *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.; cf. P. LAGARDE, *Remarques sur la proposition de règlement de la Commission Européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles, ibidem*, 2006, p. 335 ss.

⁶⁵ Doc. COM (2005) 0650 - C6-0441/2005 -2005/0261 (COD).

⁶⁶ Cf. la Relazione della commissione giuridica al Parlamento Europeo (A6-0450/2007) ove il punto in discussione corrisponde al quarantaduesimo emendamento proposto, un emendamento che, a differenza di altri, si trova perfino privo di motivazione.

Al termine di tali peripezie, il testo conclusivo del regolamento Roma I ha finito col riprendere testualmente le corrispondenti norme, in *subiecta materia*, della convenzione di Roma del 1980.

Orbene, è noto che la convenzione di Roma porta ad escludere dall'ambito delle scelte positive del diritto applicabile sistemi normativi non statali, quali in particolare, la *lex mercatoria*, i Principi Unidroit sui contratti commerciali internazionali ed anche i Principi di diritto europeo dei contratti.⁶⁷ Resta comunque ammessa l'applicazione della *lex mercatoria* — o di altre norme nazionali — in via *mediata*, attraverso l'ordinamento statale preventivamente designato dalle parti, nella misura e con le modalità ammesse da quest'ultimo.

Perciò una clausola dal tenore che segue: "Il presente contratto è regolato dalla *lex mercatoria* ed i Principi Unidroit" corrisponde, se la convenzione di Roma o il regolamento Roma I risultano applicabili, 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 nazionale 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*, ai Principi Unidroit o, eventualmente ai PECL, solo nella misura ammessa dall'ordinamento statale richiamato.

L'unica differenza tra la convenzione di Roma del 1980 ed il regolamento Roma I è che, mentre nella prima la *lex mercatoria* non è nemmeno menzionata, il *considerando* n. 13 del regolamento Roma I fa un espresso riferimento al diritto transnazionale indicando infatti che "il presente regolamento non impedisce che le parti includano nel loro contratto, mediante riferimento, un diritto non statale ovvero una convenzione internazionale". Ma si tratta di una mera operazione cosmetica giacché si riferisce alla ricezione materiale la cui ammissibilità va *de plano*, e non alla *choice of law* internazionale.

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 — occorre fare uno sforzo in più al fine di adeguare il diritto internazionale privato comunitario dei contratti alla realtà economica.

⁶⁷ V. per tutti S.M. CARBONE, *Il «contratto senza legge» e la convenzione di Roma del 1980*, in *Rev. dir. int. priv. proc.*, 1983, p. 219 s.; A. GIARDINA, *La lex mercatoria et la securité du commerce et des investissements internationaux*, in *Hommage à François Rigaux* cit., p. 223; P. LAGARDE, *Le nouveau droit international privé des contrats*, in *Rev. critique*, 1991, p. 300 ss.) e i riferimenti in F. MARRELLA, *La nuova lex mercatoria* cit., p. 118.

Una migliore soluzione poteva essere tratta ispirandosi all'art. 9 della convenzione interamericana sulla legge applicabile ai contratti internazionali del 17 marzo 1994, varata nell'ambito della quinta conferenza specializzata interamericana sobre derecho internacional privado, c.d. CIDIP-V, tenutasi a Città del Messico.⁶⁸ Qui, infatti, si fa riferimento a principi generali di diritto commerciale internazionale "accettati da organismi internazionali"⁶⁹, termine che era stato concepito proprio per i Principi Unidroit in funzione delle esigenze di delocalizzazione della *lex contractus*.

7. Le soluzioni del regolamento Roma I circa la scelta positiva della *lex contractus* divergono anche dalle analoghe norme di conflitto circa la legge applicabile al merito delle controversie disposte dalla normativa in materia di arbitrato, favorendo il parallelismo ma non tanto la competizione tra i due meccanismi di soluzione delle controversie. Ciò aumenta il rischio di una ulteriore fuga ver-

⁶⁸ V. F. JUENGER, *The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts: Some Highlights and Comparisons*, in *Am. J. Comp. L.*, 1994, p. 381; 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 M.J. BONELL, *Vi è spazio per una lex mercatoria?*, in SIDI, *La riforma del diritto internazionale privato*, Napoli, 1997, p. 199). In argomento v. F. JUENGER, *The lex mercatoria and private international law*, in *Lonistiana L. Rev.*, 2000, p. 1133 ss. e cfr. L. PEREZNIETO CASTRO, *Introducción a la convention interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1994, p. 765 ss.; D. OPPERIT-BADAN, *L'enjeu de la CIDIP dans le contexte du droit international privé actuel*, in *E. Pivritius Unim. Liber Amicorum Genovesi A.L. Droz*, The Hague, 1996, p. 2694; G. PARRA ARANGUREN, *The Fifth Inter-American Specialized Conference on Private International Law*, in *id.*, p. 299; P. DE MIGUEL ASENSIO, *Armonización normativa y régimen jurídico de los contratos mercantiles internacionales*, in *Dir. comm. int.*, 1998, p. 839 ss.; nonché amplius E.J. 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*, *ibidem*, 1997, p. 1003 ss.

⁶⁹ L'art. 9 così recita: "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 ese otro Estado a esta parte del contrato" (corsivo aggiunto).

so l'arbitrato. È ben noto, infatti, che gli arbitri del commercio internazionale non sono obbligati ad applicare il regolamento Roma I quantunque esso sia in vigore nel *sine arbitri*. D'altro canto, i Paesi che sono scelti con maggiore frequenza come sedi di arbitrato quali Francia, Svizzera, Stati Uniti d'America e Inghilterra si sono dotati di apposite norme in materia arbitrale internazionale le quali consentono, in via legislativa, alle parti di scegliere "regole di diritto" quali norme applicabili al merito di controversie transnazionali, ossia consentono alle parti di riferirsi sia ad ordinamenti a carattere statale, sia alla *lex mercatoria* ed ai Principi Unidroit sui contratti commerciali internazionali.⁷⁰ Basti ricordare puntualmente a tale proposito l'art. 1496 cod. proc. civ. francese,⁷¹ l'art. 187 della LDDP svizzera,⁷² il § 1051 cod. proc. civ. tedesco,⁷³ l'art. 46 (1) (b) dello UK *Arbitration Act* 1996⁷⁴ o ancora, recentemente, l'art. 34 della Legge

⁷⁰ A. REDFERN, M. HUNTER, *Law and practice of International Commercial Arbitration*, 4th ed., London, 2004; da ultimo cfr. O. LANDO, *Choice of Lex Mercatoria*, in *Liber Amicorum Helene Gaudamer-Tallon* cit., p. 747 ss.

⁷¹ L'art. 1496 così recita: "L'arbitre tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisies; à défaut d'un tel choix, conformément à celles qu'il estime appropriées. Il tient compte dans tous les cas des usages du commerce".

⁷² Ai sensi dell'art. 187 (versione francese) della LDDP: "Le tribunal arbitral statue selon les règles de droit choisies par les parties ou, à défaut de choix, selon les règles de droit auxquelles la cause présente les liens les plus étroits. Les parties peuvent autoriser le tribunal arbitral à statuer en équité".

⁷³ Il § 1051 del *Zwangsprozessordnung* così dispone: "Das Schiedsgericht hat die Streitigkeit in Übereinstimmung mit den Rechtsvorschriften zu entscheiden, die von den Parteien als auf den Inhalt des Rechtsstreits anwendbar bezeichnet worden sind. Die Bezeichnung des Rechts oder der Rechtsordnung eines bestimmten Staates ist, sofern die Parteien nicht ausdrücklich etwas anderes vereinbart haben, als unmittelbare Verweisung auf die Sachvorschriften dieses Staates und nicht auf sein Kollisionsrecht zu verstehen. - (2) Haben die Parteien die anzuwendenden Rechtsvorschriften nicht bestimmt, so hat das Schiedsgericht das Recht des Staates anzuwenden, mit dem der Gegenstand des Verfahrens die engsten Verbindungen aufweist. - (3) Das Schiedsgericht hat nur dann nach Billigkeit zu entscheiden, wenn die Parteien es ausdrücklich dazu ermächtigt haben. Die Ermächtigung kann bis zur Entscheidung des Schiedsgerichts erteilt werden. - (4) In allen Fällen hat das Schiedsgericht in Übereinstimmung mit den Bestimmungen des Vertrages zu entscheiden und dabei bestehende Handelsbräuche zu berücksichtigen".

⁷⁴ La section 46 dello UK *Arbitration Act* del 1996 dispone che: "The arbitral tribunal shall decide the dispute - (a) in accordance with the law chosen by the parties as applicable to the substance of the dispute, or - (b) if the parties so agree, in accordance with such other considerations as are agreed by them or determined by the tribunal. - (2) For this purpose the choice of the laws of a country shall be understood to refer to the substantive laws of that country and not its conflict of laws rules. - (3) If or to the extent that there is no such choice or agreement the tribunal shall apply the law determined by the conflict of laws rules which it considers applicable".

spagnola dell'arbitrato n. 60/2003.⁷⁵ Nella medesima direzione si collocava anche l'art. 834 cod. proc. civ. italiano, introdotto con la riforma del 1994 (legge n. 25 del 5 gennaio 1994) e poi abrogato tramite il d. lgs. 2 febbraio 2006 che consentiva alle parti "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".⁷⁶ Oggi, nel vigore della nuova normativa, riteniamo che al medesimo risultato si possa giungere, oltre che attraverso l'art. 822 cod. proc. civ.,⁷⁷ e in caso di arbitrato amministrato anche tramite l'art. 832 cod. proc. civ.⁷⁸

Quanto si è detto sopra si rialaccia alle risposte al libro verde della Commissione europea del 2003 ove, *inter alios*, sia la CCI francese che il governo britannico hanno osservato che "if the parties want to select such an option [regole di diritto a-nazionale n.d.r.], then they should choose arbitration rather than seek a judicial decision".

Ebbene, se la scelta finale di *policy* del "legislatore comunitario" è chiara, non è altrettanto chiaro il motivo per cui si voglia evitare la competizione tra

⁷⁵ Ai sensi dell'art. 34 della Ley de arbitraje: "Los árbitros sólo decidirán en equidad si las partes les han autorizado expresamente para ello. -2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, cuando el arbitraje sea internacional, los árbitros decidirán la controversia de conformidad con las normas jurídicas elegidas por las partes. Se entenderá que toda indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un Estado determinado se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese Estado y no a sus normas de conflicto de leyes. Si las partes no indican las normas jurídicas aplicables, los árbitros aplicarán las que estimen apropiadas. -3. En todo caso, los árbitros decidirán con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrán en cuenta los usos aplicables".

⁷⁶ L. FOMAGALLI, *Commento all'art. 834 cod. proc. civ.*, in *Commentario alla l. n. 25/94*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1995, p. 376.

⁷⁷ Ai sensi dell'art. 822 infatti: "Gli arbitri decidono secondo le norme di diritto, salvo che le parti abbiano disposto con qualsiasi espressione che gli arbitri pronunciano secondo equità".

⁷⁸ Ai sensi dell'art. 832 cod. proc. civ. attualmente in vigore: "La convenzione d'arbitrato può fare rinvio a un regolamento arbitrale precostituito. Nel caso di contrasto tra quanto previsto nella convenzione di arbitrato e quanto previsto dal regolamento, prevale la convenzione di arbitrato. Se le parti non hanno diversamente convenuto, si applica il regolamento in vigore al momento in cui il procedimento arbitrale ha inizio. Le istituzioni di carattere associativo e quelle costituite per la rappresentanza degli interessi di categorie professionali non possono nominare arbitri nelle controversie che contrappongono i propri associati o appartenenti alla categoria professionale a terzi. Il regolamento può prevedere ulteriori casi di sostituzione e riacquisizione degli arbitri in aggiunta a quelli previsti dalla legge. Se l'istituzione arbitrale rifiuta di amministrare l'arbitrato, la convenzione d'arbitrato mantiene efficacia e si applicano i precedenti capi di questo titolo".

giudici statali ed arbitri del commercio internazionale, competizione che si può realizzare solo se le parti possono effettuare la stessa *choice of law* a prescindere dall'organo giudicante, sia esso il giudice interno o l'arbitro del commercio internazionale. Diversamente, rendendo più restrittiva l'autonomia della volontà "confittuale" dinanzi al giudice nazionale attraverso il regolamento Roma I, si rischia di incentivare le parti a ricorrere di più all'arbitrato, aumentando il relativo mercato.⁷⁹

È ben noto, infatti, che dal punto di vista arbitrale, ancor prima di individuare la legge applicabile al merito delle controversie, è rilevante perfino la questione — insistente per il giudice statale — di stabilire il sistema di diritto internazionale privato applicabile. *L'arbitre n'a pas de for*, ripete da tempo la dottrina specialistica, e dunque il coordinamento normativo reso possibile dalle norme di conflitto del foro assume connotati completamente diversi nell'arbitrato commerciale internazionale.⁸⁰ Gli arbitri, infatti, oltre che alla *lex mercatoria*, possono fare riferimento — e spesso ciò avviene — non tanto al diritto internazionale privato del foro, quanto all'applicazione cumulativa di più sistemi di diritto internazionale privato⁸¹ ovvero, a principi generali di diritto internazionale privato desumendoli anche da convenzioni internazionali come la convenzione di Roma e, forse, in futuro dal regolamento Roma I.

8. Le parti, come si è in precedenza accennato, possono scegliere un ordinamento statale che nulla ha a che vedere — in termini di collegamenti oggettivi — con la formazione, l'interpretazione o l'esecuzione del contratto.⁸² Ma

⁷⁹ Cf. Y. DEZALAY, B.G. GAUTH, *Dealing in virtue. International Commercial Arbitration and the Construction of a Transnational Legal Order*, Chicago, 1996, *passim*.

⁸⁰ In argomento cfr., tra una vasta letteratura, B. GOLDMAN, *Les conflits de lois dans l'arbitrage international de droit privé*, in *Recueil des Cours*, I, 1963, p. 347 ss.; Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, 1996, n. 1443 ss.; M. BENEDETTI, *L'arbitrato commerciale internazionale tra autonomia della volontà 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. 899 ss.; M. BLESSING, *Choice of Substantive Law in International Arbitration*, in *J. int. arb.*, 1997, p. 39 ss.; B. WORMANN, *Choice of Law by Arbitrators: the Applicable conflict of Laws System*, in *Arb. Int.*, 1998, p. 97 ss.; nonché F. MARRELLA, *La nuova lex mercatoria cit.*, p. 390 ss. ove riferimenti.

⁸¹ V. per tutti Y. DEZALAY, *L'application cumulative par l'arbitre des systèmes de conflits de lois inter-états au litige*, in *Rev. arb.*, 1972, p. 99 e i riferimenti di cui *supra*, nota 80.

⁸² Cf. una disamina delle varie posizioni dottrinali in J.M. JACQUET, *Principe d'autonomie et contrats internationaux cit.*, p. 177 ss.

l'ordinamento statale richiamato, in base a quanto previsto dall'art. 15 del regolamento Roma I, comporta l'applicazione dell'intero sistema normativo ivi in vigore, escludendo le ulteriori norme di diritto internazionale privato. Restano perciò fuori dall'ambito dell'autonomia contrattuale l'ipotesi dell'*electio iuris* di un diritto abrogato nonché la problematica del rinvio.⁸³

Il nuovo art. 15 del regolamento Roma I, infatti, sulla scorta dell'art. 20 della convenzione di Roma chiarisce che: "Qualora il presente regolamento prescriva l'applicazione della legge di un paese, esso si riferisce all'applicazione delle norme giuridiche in vigore in quel paese, ad esclusione delle norme di diritto internazionale privato, salvo che il presente regolamento disponga altrimenti".

E il regolamento Roma I, pertanto, a stabilire la esclusione del rinvio che la legge richiamata faccia eventualmente ad altra legge limitando, così, il collegamento internazionalprivatistico al diritto materiale del primo ordinamento richiamato, similmente a quanto avviene già nel vigore della convenzione di Roma.⁸⁴

Un discorso analogo va anche effettuato in materia di clausole di stabilizzazione del diritto applicabile, o *freezing clauses* secondo l'accezione anglofona, ovvero in relazione a quelle clausole contrattuali che sottopongono il contratto alla legge di un determinato Stato, prevedendo contestualmente l'esclusione della normativa in vigore dopo la conclusione del contratto. Dette clausole si rinviengono principalmente nella prassi dei contratti tra Stati e privati stranieri e, più raramente, nei contratti *inter privatos*.

Orbene, a differenza delle valutazioni che di tali clausole si fanno nell'arbitrato internazionale,⁸⁵ va rilevata, nell'ottica dell'applicazione della convenzione di Roma ed ora del regolamento Roma I, l'inefficacia del "collegamento" della legge applicabile.

⁸³ Su cui, *brevisatis 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 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 indietto", che del "rinvio oltre", che hanno luogo rispettivamente nel caso in cui le norme di conflitto dell'ordinamento statale richiamato rinviutano la soluzione della controversia alla legge del foro (rinvio indietto) oppure a quella di uno stato terzo (rinvio oltre). Esclude l'applicazione di un diritto abrogato P. LAGARDE, *Le nouveaux droits international privé des contrats* cit., p. 302 ss.

⁸⁴ U. VILLANI, *La convenzione di Roma* cit., p. 225 ss.

⁸⁵ In argomento v. Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international* cit., n. 1437 s. ove riferimenti.

Infatti, è da ritenere che il regolamento *de quo*, laddove sia applicabile *ex proprio vigore*, "neutralizzi" o meglio renda inefficace l'eventuale clausola di stabilizzazione della *lex contractus* tramite le norme di cui all'art. 15.⁸⁶ Il che equivale a dire che, nell'ottica del regolamento Roma I, in presenza di una clausola di stabilizzazione, il richiamo di un ordinamento "crystalizzato" ad una data prestabilita vale solo come recezione contrattuale e dunque per stabilire gli effetti occorrerà individuare la legge applicabile al rapporto contrattuale: attraverso l'applicazione dell'art. 3 ovvero, in via sussidiaria, degli artt. 4 e seguenti del regolamento in esame.

Si conferma pertanto, tramite la soluzione di *policy* attuata dal "legislatore comunitario" per mezzo del surrichiamato art. 15, la differenza tra recezione contrattuale e richiamo internazionalprivatistico di cui si era detto in premessa. Si definisce cioè, in diritto internazionale privato positivo, che l'oggetto della *electio iuris* è un ordinamento complessivamente considerato in senso dinamico,⁸⁷ non statico ne dunque "congelabile" ad un dato momento temporale. Ne segue che ogni modifica che l'ordinamento richiamato possa subire dopo la conclusione del contratto si riverbera sul contratto medesimo: ciò proprio in quanto la volontà opera come criterio di collegamento internazionalprivatistico e non come autonomia "materiale".

Le stesse ragioni, riteniamo, costituiscono il fondamento della ulteriore facoltà delle parti di modificare la scelta del diritto applicabile anche successi-

⁸⁶ Ciò implica che laddove le parti volessero negoziare una clausola di stabilizzazione dovranno necessariamente stipulare una clausola arbitrale per evitare le soluzioni conflittualistiche di cui il regolamento Roma I è portatore. Le considerazioni di cui sopra sono ulteriormente rafforzate dall'art. 15 della l. n. 218/95 in cui il nostro legislatore ha chiaramente ribadito il principio secondo il quale "la legge straniera è applicata secondo i propri criteri di interpretazione e applicazione nel tempo".

⁸⁷ V., sul punto, l'osservazione di F. RIGAUD, M. FALLON, *Droit international privé*, Bruxelles, 3^{ème}, 2005, p. 798: "la loi du contrat est un ordre juridique dont la validité est indépendante de la volonté des parties; Celles-ci se bornent à le désigner; et leur choix est prévu par la règle de conflit du for. La déclaration de volonté des parties n'a donc pas un caractère initial, elle s'intercale entre la règle de droit international privé et le droit étranger qu'elle identifie parmi les ordres juridiques nationaux en vigueur". Ma il punto si trova acquisito da tempo nella dottrina italiana, cfr. M. GIULIANO, *La portata del riferimento alla lex loci contractus nella disciplina delle obbligazioni private* cit., III, p. 280 ss.; N. BOSCHERO, *Profilo dell'autonomia privata* cit., p. 101. Tra la dottrina straniera cfr. gli studi classici di P. MAAYER, *Le mythe de l'ordre juridique de base (ou Grundlegung)*, in *Études offertes à Bernhard Goldman* cit., p. 207; Id., *La neutralisation du pouvoir normatif de l'État en matière de contrats d'État*, in *Cianet*, 1986, p. 5 ss. Questo autore tuttavia tende a parificare la posizione dell'arbitro con quella del giudice interno, una impostazione da noi non condivisa.

vamente alla conclusione del contratto come previsto dall'art. 3, par. 2 del regolamento in esame. Per convincersene, basti osservare che, per i contratti di durata, la *lex contractus*, al momento della conclusione del contratto, potrebbe essere diversa da quella vigente diversi anni dopo. Ne deriva che le parti, in tale ipotesi, potrebbero avere interesse a modificare la scelta nel corso dell'esecuzione del contratto, facendone assumere alla nuova legge applicabile *tractus* al momento della firma e per tutta la vita del contratto, risulterebbe altrettanto difficile giustificare nei confronti dei terzi il mutamento della legge applicabile per scopi leciti e non fraudolenti.

9. Oltre alla fattispecie della scelta positiva espressa del diritto applicabile, il regolamento Roma I ammette anche la scelta implicita positiva della *lex contractus*, purché risulti "in modo ragionevolmente certo dalle disposizioni del contratto o dalle circostanze".⁸⁸ Una soluzione simile si ritrova ad esempio, in materia di vendita, nella convenzione dell'Aja del 15 giugno 1955 e, più in generale, nella convenzione di Roma del 1980.

Nella proposta di regolamento Roma I del 2005, si prevedeva, a tale riguardo, che la clausola di *electio fori* comportasse una presunzione relativa in favore della *lex fori*, una proposta che, caldeggiata da una parte della dottrina e dal Governo britannico, è stata successivamente abbandonata, ma di cui è rimasta significativa traccia nel *considerando* n. 12 del regolamento Roma I che così prevede: "L'accordo tra le parti volto a conferire a uno o più organi giurisdizionali di uno Stato membro competenza esclusiva a conoscere delle controversie riguardanti il contratto dovrebbe essere uno dei fattori di cui tenere conto nello stabilire se la scelta della legge risulta in modo chiaro".

La presenza di tale questione tra i quarantasei *considerando* del regolamento Roma I, oltre a sollevare il problema della determinazione dell'esatto valore

⁸⁸ Per una discussione dei concetti della scelta positiva e negativa della *lex contractus* si rinvia a F. MARRELLA, *Choice of law in third millennium arbitrations: the relevance of the UNIDIT Principles of international commercial contracts*, in *Vand. J. Trans. L.*, 2003, p. 1137 ss. Va osservato peraltro che una clausola "patologica" come "this agreement shall be construed in accordance with laws and regulations applying to members of the European Economic Community" (l'esempio è tratto dal lodo CCI n. 7319 del 1992, in *ICC Intern. Comm. Arb. Bulletin*, 1994, p. 57) non configura, ai sensi del regolamento Roma I, una scelta espressa positiva della *lex contractus*, ma piuttosto può evidenziare una scelta implicita (tutta da identificare all'interno della CE) o, più generalmente, l'assenza di una vera e propria *electio iuris*.

giudicio degli stessi,⁸⁹ induce a sminuire il valore di collegamento decisivo di una clausola di proroga della giurisdizione, come dimostra l'uso del condizionale "dovrebbe" e l'idea che si tratti di "uno dei fattori" da prendere in considerazione ai fini della individuazione della *lex contractus*. Diversamente, ossia presumere l'*electio iuris* sulla base di una *electio fori* significa avallare, per diritto comunitario, l'errore di ritenere legge applicabile e giurisdizione un'unica questione per cui, risolta la questione della giurisdizione il giudice applicherà la *lex fori*.

Il tema si trova da tempo al centro di un vasto dibattito e, con grande equilibrio, la Relazione Giuliano-Lagarde ha indicato, quali esempi di circostanze indicative di una *electio iuris* implicita, la scelta del foro di un determinato Paese, le condizioni generali di contratto contenute in moduli e formulari se concepite sulla base di un ordinamento dato, come ad es. le polizze assicurative del Lloyd's rispetto all'ordinamento inglese o ancora il richiamo di determinati articoli della legislazione di un Paese dato rispetto a parti fondamentali del contratto.

In giurisprudenza, la questione è stata affrontata ancor prima dell'entrata in vigore della convenzione di Roma dal Tribunal d'Arrondissement del Lussemburgo. Qui, rispetto ad un contratto di agenzia privo di *electio iuris*, stipulato in Lussemburgo tra un preponente lussemburghese ed un agente di commercio olandese, con elezione del foro lussemburghese, il giudice ha respinto l'argomento riassumibile nel brocardo *qui eligi forum eligi ius* non sussistendo indizi precisi in merito ad una scelta implicita in favore della *lex fori*.⁹⁰

⁸⁹ Resta da stabilire con esattezza l'incidenza giuridica dei *considerando* del regolamento Roma I in sede interpretativa.

⁹⁰ Trib. Arrondissement Luxembourg, 7 luglio 1988, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1991, p. 1092 ss.; v. pure, rispetto ad un contratto di mutuo, Trib. Arrondissement Luxembourg, 27 marzo 1990, *ivi*, p. 1097 ss. ove lo stesso giudice (p. 1101) ha individuato una scelta implicita nella misura in cui "si les parties n'ont pas en l'espèce expressément déclaré adopter la loi belge, la conception et l'origine du contrat révèlent ce pendant sans ambiguïté qui les parties ont délibérément choisis la loi belge". v. sul punto U. VILLANI, *La convenzione di Roma cit. Con riferimento alla Svizzera, la migliore dottrina* (B. DUTOIT, F. KNOEPFLER, P. LAIVY, P. MENCIER, *Répertoire de droit international privé suisse*, I, Berna, 1982, p. 32) ha osservato che: "Il faut être assez strict quant à l'admission d'un choix résultant des circonstances. Ainsi, si la prorogation du for crée une présomption en faveur du droit du pays du tribunal choisis, ce n'est qu'en combinaison avec d'autres indices". In argomento v. ora A. BONOMI, A. BUCHER, *Droit international privé*, Basel, 2004.

Utile, al fine di trarre ulteriori indizi, può essere anche un confronto con le norme e la relativa esperienza giurisprudenziale di cui all'art. 23 del regolamento n. 44/2001 in tema di clausola di proroga della competenza giurisdizionale.⁹¹

Dubbio invece è se considerare l'utilizzo di una particolare lingua quale indice preponderante, specialmente se si tratta di lingua diffusa nel mondo degli affari internazionali.⁹² Al più può trattarsi di un indice da soppesare con altri indici di collegamento prima di concludere a favore di un ordinamento dato. Analogo ragionamento può valere nei riguardi di una clausola contrattuale che indica la moneta ed il luogo di esecuzione del pagamento.⁹³

A corollario di quanto esposto, è da ritenere che possa essere considerata scelta implicita anche una *electio iuris per relationem*, che si verifica quando le parti hanno incorporato, tramite richiamo contrattuale, un contratto tipo o anche condizioni generali di contratto che contengano l'indicazione precisa della legge applicabile.

Così pure riteniamo che la *electio iuris* contenuta in un contratto nominativo, possa valere come presunzione di scelta implicita nei contratti successivi.⁹⁴ Ciò in quanto, a differenza di quanto avviene nel contratto preliminare,⁹⁵ le parti, attraverso il contratto nominativo, stabiliscono il contenuto dei contratti che in futuro potranno concludere. Infatti, anche se le parti concluderanno

⁹¹ V. F. MOSCONI, C. CAMPUGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale* cit., I, p. 363.

⁹² Non convincente è pertanto la motivazione addotta da Cour d'Appel Versailles, 6 febbraio 1991, in *Rev. critique*, 1991, p. 745 con nota di P. LAGARDE. Convince, invece, la pronuncia della Cass., 9 agosto 1996, n. 7377, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1998, p. 180 ss. che ha ravvisato una scelta implicita (ma con riferimento all'art. 25 delle preleggi applicabile al caso di specie) nella circostanza secondo cui le parti si erano riferite inequivocabilmente ad istituti giuridici tipici della legge italiana oltre che utilizzare la lingua italiana.

⁹³ Cfr. con riferimento alla Svizzera, B. DUTOIT, F. KNOEPFLER, P. LALIVE, P. MERCIER, *Repertoire de droit international privé suisse* cit., p. 32, ove si osserva, sulla scorta della giurisprudenza, che non si può concludere sic et simpliciter in favore di una scelta implicita della legge svizzera laddove si tratti "d'une clause du contrat stipulant que le dette est payable en francs suisses et en Suisse". Riteniamo perciò - a fortiori dopo la sostituzione dell'Euro alla lira italiana - che un pagamento da effettuare in Italia ed in Euro costituisca solo un indice di una volontà implicita, di per se insufficiente per concludere a favore di una designazione del diritto italiano quale *lex contractus*.

⁹⁴ Cfr. F. IEBLER, *Le contrat cadre en droit international privé*, in *Trav. Com. fr. dr. int. priv.*, Années 2002-2004, 2005, p. 12 ss.

⁹⁵ Com'è noto, tramite il contratto preliminare le parti assumono l'una verso l'altra l'obbligo di stipulare il contratto definitivo il cui contenuto, di solito, è già predeterminato. Qualora tra le clausole pattuite nel contratto preliminare vi fosse anche una *electio iuris*, è da ritenere quest'ultima - in caso di silenzio in ordine alla *lex contractus* nel contratto definitivo - un forte indice di collegamento nell'esame della *electio iuris* implicita.

un solo contratto di esecuzione, permarrà l'obbligo di inserire le clausole già pattuite nel contratto nominativo, tra cui appunto, quella di *electio iuris*.

Analogie considerazioni potrebbero valere allorché sussista un rapporto di interdipendenza tra diversi contratti internazionali, in quanto l'interesse perseguito dalle parti può essere realizzato solo tramite il collegamento tra i singoli contratti (è la figura civilistica del collegamento funzionale) ovvero quando un contratto influisce sulla formazione dell'altro (è il c.d. collegamento genetico). Orbene, la scelta espressa della *lex contractus* in un contratto collegato con quello in cui si indaga sulla presenza di una *electio iuris* implicita, porta a riconoscere la presenza di quest'ultima.

Fermo restando che la valutazione di tali indizi non può che valere *in concreto*, è da ritenere, in linea generale, che si debba effettuare un esame complessivo e bilanciato di tutti gli indici di collegamento, senza assumere un'unica circostanza quale decisiva, ma esaminando il complesso delle circostanze prima di concludere in favore della scelta implicita di un dato ordinamento.⁹⁶

Anche sotto questo profilo, peraltro, l'indagine dell'interprete non si traduce mai in un esercizio divinatorio generico della volontà delle parti, bensì nella constatazione di indizi chiari, precisi e concordanti di una clausola non scritta del contratto che, al pari di una *electio iuris* espressa, ha oggetto unitamente la scelta di un diritto statale.

Oltre alla scelta implicita positiva, occorre ora accennare al problema della *scelta implicita negativa*. Tale questione non è solo di interesse teorico poiché è stata posta talvolta in discussione in sede di contenzioso arbitrale internazio-

⁹⁶ Così ad es. in giurisprudenza v. Trib. d'arrondissement Luxembourg, 7 luglio 1988, 14 luglio 1988 e 27 marzo 1990 tutti in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1991, p. 1092 ss. ove sono state soppesati il luogo di conclusione del contratto, la lingua di redazione delle clausole e la clausola di proroga della giurisdizione; ed in particolare App. Genova, 17 novembre 1990, in *Riv. dir. int.*, 1992, p. 99 s.; "la scelta del foro (è, allo stesso modo, di un giudizio arbitrale) di un determinato Stato - nella specie significativamente coincidente con quello nazionale dei contraenti - come fra essi - come dotato di giurisdizione a decidere la lite, viene ragionevolmente considerata come un significativo elemento sintomatico di una scelta effettiva, ancorché implicita, della legge di quello Stato quale legge regolatrice (nella specie in parte qua) del rapporto; dovendosi presumere che, se le parti sceglieranno come competenti giudici o privati arbitri di un determinato Paese (con cui sussistono rilevanti momenti di collegamento obbiettivi e subbiettivi) questo avverrà non perché preferiscono la procedura o i giudici di quel Paese, ma perché sono convinti (e vogliono) che i giudicanti applicheranno la legge del foro, e quindi perché la loro preferenza cade sulla legge interna di quello Stato". In dottrina v. le osservazioni di M. FRIGESSI DI RATTALMA, *Le prime esperienze giurisprudenziali sulla convenzione di Roma del 1980*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1992, p. 820 ss.

nale.⁹⁷ Avviene, talvolta, com'è stato esattamente rilevato, "che le parti inseriscano nel loro contratto clausole che escludono espressamente l'applicazione di qualsiasi legge statale"⁹⁸ e che, dunque, inducano gli arbitri ad applicare la *lex mercatoria*.

Nell'esperienza arbitrata è emerso, infatti, che a volte le parti non pervengono ad esprimere positivamente una *electio iuris* in sede contrattuale ma che, ciononostante, resti intesa l'esclusione dell'applicazione di determinati ordinamenti. Questi ordinamenti di regola sono quelli in cui ciascuna delle parti è domiciliata: la ragione dell'esclusione è riassumibile, ci sembra, in quella di evitare un vantaggio in termini di costi di informazione sulla *lex contractus*. Orbene, mentre nell'arbitrato commerciale internazionale una via praticabile è quella di ritenere l'esclusione di dati ordinamenti statali alla stregua di una scelta implicita positiva in favore dell'applicazione della *lex mercatoria* e dei Principi Unidroit sui contratti commerciali internazionali, il regolamento Roma I non consente in alcun modo, come già si è detto, il riferimento diretto a regole di diritto a-nazionale.

Pertanto, dinanzi al giudice nazionale — ed analogamente a quanto si è visto in tema di scelta espressa negativa della *lex contractus* —, laddove si ravvisi chiaramente una scelta implicita negativa occorrerà individuare la legge applicabile alle obbligazioni contrattuali attraverso le norme di conflitto previste in caso di assenza di scelta della legge applicabile.

In caso di coincidenza tra l'ordinamento individuato attraverso i criteri di collegamento oggettivi e quello escluso dalle parti per scelta implicita negativa, un'ipotesi di coordinamento potrebbe essere quella di applicare l'art. 4, par. 4 del regolamento Roma I. Ne discende che il contratto sarà disciplinato "dalla legge del paese con il quale presenta il collegamento più stretto", lasciando al giudice adito l'arduo compito di individuare quest'ultimo.

Anche sotto il profilo della scelta implicita negativa, si può osservare che l'autonomia contrattuale in senso internazionalprivatistico è più ampia nel contesto dell'arbitrato transnazionale, rispetto a quanto ammesso dal legislatore comunitario nel regolamento Roma I dinanzi alla giurisdizione di uno Stato membro.

10. Il considerando n. 13 del regolamento Roma I indica che "il presente Regolamento non impedisce che le parti includano nel loro contratto, mediante riferimento... una convenzione internazionale".

Sembra plausibile ritenere, come già nel vigore della convenzione di Roma⁹⁹, che esercitando una scelta internazionalprivatistica attraverso il regolamento Roma I, la scelta di una convenzione internazionale non valga quale *electio iuris*, bensì sia da ricondurre nell'orbita di un ordinamento statale prevalentemente determinato. Si è già osservato a proposito della *lex mercatoria* e dei Principi Unidroit che l'art. 3 del regolamento Roma I nega la possibilità di effettuare scelte (dirette) della *lex contractus* diverse da quelle ad oggetto statale. Ne segue in linea di principio che, anche la scelta del diritto internazionale, sia pure in forma di una convenzione internazionale data, è esclusa dal novero delle scelte che il regolamento considera valide ed efficaci. E ciò vale quando anche le parti richiamino una convenzione internazionale a contenuto imperativo al di fuori del proprio campo di applicazione. Riteniamo infatti che, in questo caso, non si possa più parlare di "contenuto imperativo" della convenzione in quanto si tratta, ancora una volta, di mera ricezione contrattuale ossia di trasformazione in clausole contrattuali di un testo di origine metaccontrattuale.⁹⁹ Per questi motivi, se nel contratto le parti hanno voluto porre delle clausole aventi lo stesso contenuto delle norme di una convenzione internazionale, andrà comunque risolto separatamente il problema di diritto internazionale privato della determinazione della *lex contractus* e della individuazione delle sue norme imperative. È infatti dall'ordinamento designato dalla norma di diritto internazionale privato come competente a disciplinare il contratto che dipendono la validità della ricezione contrattuale, i suoi effetti ed i limiti entro i quali la stessa è ammissibile.

E poiché le parti possono dare alle clausole del loro contratto il contenuto ed il tenore che vogliono, nei limiti delle norme imperative e di applicazione necessaria applicabili, non v'è dubbio che possano riprodurre qualunque norma essi vogliano a prescindere dalla natura della stessa e fermo restando il carattere contrattuale, quindi derogabile, della norma riprodotta in contratto. Per gli stessi motivi, nell'esercizio della loro autonomia, che non è più di tipo "confittuale" ma meramente materiale, le parti possono perfino anticipare e

⁹⁷ V. la pronuncia resa in sede di arbitrato CCI nel caso *Westinghouse* (in F. MARRELLA, *La nuova lex mercatoria* cit., p. 412 ss.) e nel lodo n. 10422 del 2001 in *Clonet*, 2003, p. 1142.

⁹⁸ N. BOSCHERO, *Profili dell'autonomia privata* cit., p. 90 ss.

⁹⁹ Cf. già E. BETTI, *Autonomia privata e competenza della lex loci actus nelle obbligazioni civili e commerciali*, in *Riv. dir. int.*, 1930, p. 14, opportunamente richiamato da N. BOSCHERO (*Profili dell'autonomia privata* cit., p. 98), in quanto il rinvio recitato ha "l'effetto di far assumere a contenuto del negozio giuridico le norme di legge richiamate, di conferir loro vigore non in quanto appartenenti a quella data legge, ma in quanto trasformate in clausole contrattuali, espressione diretta della loro autonomia".

rendere applicabile al loro contratto una convenzione internazionale che non è ancora entrata in vigore, appunto su base contrattuale.

Fa eccezione alle considerazioni di cui sopra il caso in cui è la convenzione interstatale medesima a prevedere la sua applicazione in caso di richiamo in contratto da parte dei privati. Qui, però, non sono i privati che mimetizzano le proprie clausole contrattuali con fonti di origine metaccontrattuale ma è uno strumento interstatale che vuole essere applicato a rapporti tra privati laddove questi ultimi ne facciano rinvio.¹⁰⁰ Pertanto, diversamente da quanto affermato in alcune pronunce giurisprudenziali, riteniamo che le parti nulla potranno fare per sfuggire alle norme imperative della convenzione internazionale la quale si impone ogni qualvolta una fattispecie rientra nel suo ambito di applicazione *proprio* *in* *via* *generale*.¹⁰¹

Tomando all'art. 3 del regolamento Roma I, resta fermo il principio secondo il quale la elezione di un dato ordinamento statale come *lex contractus* sia comprensiva, *ipso iure*, delle convenzioni internazionali in vigore in quello stesso ordinamento.¹⁰² Il che dunque porta, una volta di più, a rilevare la differenza tra ordinamento competente e ricezione contrattuale giacché solo quest'ultima può essere utilizzata in via generale per richiamare convenzioni internazionali non in vigore nella *lex contractus*.

Quanto al considerando n. 14, ai sensi del quale "[q]ualora la Comunità dovesse adottare in un idoneo strumento giuridico norme di diritto sostanziale dei contratti, comprendenti clausole e condizioni standard, tale strumento può prevedere la possibilità per le parti di scegliere l'applicazione di tali norme", si tratta evidentemente di una disposizione a carattere pedagogico giacché è ovvio che, qualora si arrivasse al varo di un regolamento portante norme di diritto sostanziale dei contratti, queste ultime prevarrebbero sul regolamento Roma I, sia applicando il principio *lex posterior derogat priori*, sia il principio di specialità.

Va poi indicata anche quella particolare manifestazione del principio di autonomia contrattuale che si verifica allorché le parti escludono l'applica-

¹⁰⁰ Ciò che avviene, ad esempio, tramite l'art. 10 della convenzione di Bruxelles del 24 agosto 1924, nel testo modificato dal Protocollo di Visby del 23 febbraio 1968 ed anche per la convenzione di Amburgo del 30 marzo 1978 sul trasporto di merci via marca per cui, avvisa S.M. CARBONE (*L'autonomia* cit., p. 208 s.), si può avere l'applicazione delle norme di quest'ultima anche "in Stati che non l'hanno ratificata... allorché le parti contraenti del contratto di trasporto abbiano fatto un diretto rinvio alla prima per disciplinare il loro rapporto".

¹⁰¹ Sul punto v. le sentenze citate da S.M. CARBONE (*op. cit.*, loc. cit.).

¹⁰² V. Cass. com. (Francia), 17 dicembre 1996, in *Rev. critique*, 1997, p. 72.

zione di una convenzione internazionale altrimenti applicabile. È il c.d. *opting out* che trova la sua più celebre esemplificazione nell'art. 6 della convenzione di Vienna dell'11 aprile 1980 sulla vendita internazionale di beni mobili (d'ora in avanti CVIM).

Tale articolo, com'è noto, individua due possibili direzioni verso le quali l'autonomia privata può essere esercitata: da un lato l'esclusione in toto dell'applicazione di un trattato altrimenti applicabile (c.d. *opting out*); dall'altro, una sorta di *dépeçage* improprio della CVIM, nella misura in cui le parti hanno facoltà di escludere alcune norme della predetta convenzione o di modificarne gli effetti.

La scelta negativa è però qui resa indipendente dalla *electio iuris*: le parti possono indicare di non volere la CVIM sia che ci sia o meno una scelta del diritto applicabile.

L'esclusione implicita della CVIM è più discussa ma ammessa dalla dottrina maggioritaria che osserva come la mancata previsione di detta fattispecie sia dovuta alla preoccupazione di evitare che "i giudici non accolgano troppo facilmente l'esclusione del diritto uniforme".¹⁰³

La designazione di un ordinamento statale dato, secondo quanto è previsto dal regolamento Roma I (applicabile per *default* rispetto alla convenzione dell'Aja del 1955), non significa cioè esclusione della CVIM. Occorre infatti che emerga una chiara volontà delle parti di escludere *ex contracta* la CVIM che altrimenti farà parte dell'ordinamento competente.

11. Alla luce di quanto già è stato previsto dalla convenzione di Roma ed a differenza di quanto stabilito in materia di vendita dalla convenzione dell'Aja del 1955, ai sensi dell'art. 3, par. 2 del regolamento Roma I, le parti possono designare la *lex contractus*, oltre che al momento della conclusione del contratto, anche in un momento successivo.¹⁰⁴ Infatti, la predetta norma così di-

¹⁰³ Cf. F. FERRARI, *La vendita internazionale*, in *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia* diretto da F. GALGANO, 2ª ed., Padova, 2006, p. 213 ss. ove ulteriori riferimenti e P. SCHIEFFRUM, C. WITZ, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises*, Paris, 2008, p. 20.

¹⁰⁴ Avvisano S.M. CARBONE, P. IVALDI, *Lezioni* cit., p. 125 s. che la soluzione giurisprudenziale italiana era di segno opposto. V. al riguardo Cass. 28 giugno 1966, n. 1680, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1967, p. 126 (e le osservazioni di T. TREVES, *Sulla volontà delle parti di cui all'articolo 25 delle preleggi e sul momento del suo sorgere*, *ibid.*, p. 315), nel senso di escludere che il legislatore avesse inteso concedere alle parti "il potere di designare l'ordinamento giuridico applicabile" rimettendosi "al loro arbitrio illuminato con l'attribuire ad esse la facoltà, attraverso la successiva designazione della legge regolatrice, di porre regole retroattive e tali da

sponde: "Le parti possono convenire, in qualsiasi momento, di sottoporre il contratto ad una legge diversa da quella che lo disciplinava in precedenza per effetto di una scelta anteriore effettuata ai sensi del presente articolo o per effetto di altre disposizioni del presente regolamento. Qualsiasi modifica relativa alla determinazione della legge applicabile, intervenuta posteriormente alla conclusione del contratto, non ne inficia la validità formale ai sensi dell'art. 11 e non pregiudica i diritti dei terzi".

È possibile dunque per le parti, tramite la *electio iuris* successiva, far mutare la *lex contractus* — al limite anche parzialmente attraverso il *dépeçage* volontario — fino a spostare, per così dire, una fattispecie contrattuale *business to business* dalla disciplina conflictualistica dell'art. 4 a quella dell'art. 3.

La *electio iuris* successiva ha effetto retroattivo? Né la convenzione di Roma, né ora il regolamento Roma I, prendono posizione su questo punto e la questione è destinata a suscitare non poche controversie alla cui risoluzione potrà influire efficacemente l'azione unificatrice della Corte di giustizia. Sul punto autorevole dottrina si è espressa positivamente¹⁰⁵ corroborando l'interpretazione che ritiene l'ordinamento competente per scelta successiva idoneo a sostituire quello precedentemente indicato, con efficacia *ex tunc*. È quindi logico che tale ulteriore manifestazione del principio di autonomia contrattuale venga limitata onde garantire l'affidamento dei terzi e la validità formale.¹⁰⁶

Parimenti, appare evidente che, se nel contratto le parti avevano designato la legge dello Stato A e successivamente si accordano perché sia resa applica-

sospendere l'applicazione dell'ordinamento che governava fino allora il contratto". È evidente che tale posizione deve ritenersi definitivamente superata nell'ordinamento italiano dopo l'entrata in vigore della convenzione di Roma (ed il rinvio recettizio di cui all'art. 57 L. 218/95) ed ora del regolamento Roma I. A favore di quella impostazione v., in dottrina, A. SCHNITZER, *Les contrats internationaux en droit international privé suisse*, in *Recueil de Cours*, t. 123, 1968, p. 586; M. TOMASZEWSKI, *La désignation postérieure à la conclusion du contrat de la loi qui le régit*, in *Rev. critique*, 1972, p. 567 ss.; nonché la soluzione adottata in via legislativa dall'ordinamento svizzero all'art. 116 § 3 della l. 18 dicembre 1987.

¹⁰⁵ Con riferimento alla (sola) convenzione di Roma v. P. LAGARDE, *Le nouveau droit international privé des contrats* cit., p. 304; cfr. però Y. LOUSSOUARIAN, P. BOURJEL, P. DE VAREILLES-SOUMIÈRES, *Droit international privé*, 9^{ème} éd., Paris, 2007, p. 513 i quali osservano che "il est permis d'hésiter entre la rétroactivité au jour de la conclusion du contrat, l'application de la loi choisie tardivement et le recours au principe du droit transitoire interne, c'est-à-dire la survie de la loi initialement désignée. Dans un système qui, comme celui de la Convention, admet le dépeçage du statut du contrat, la seconde solution pourrait être acceptée, notamment dans le cas d'un contrat à exécution successive". V. pure, in favore della *lex posterior*, l'art. 116 § 3 della legge svizzera di d.r. del 18 dicembre 1987.

¹⁰⁶ Sul punto v. in senso conforme l'art. 6 della Risoluzione dell'Institut de droit international del 1991.

bile la legge dello Stato B, si debba trattare di una scelta positiva espressa e che dunque, a questo stadio, non si possa più ravvisare una scelta implicita ex art. 3 regolamento Roma I. Trattandosi di un accordo avente per oggetto unicamente la *lex contractus*, non avrebbe più senso un ulteriore silenzio delle parti da qualificare, con improbabili acrobazie giuridiche, un accordo implicito.

È da ritenere, infine, che le parti possano compiere solo una scelta espressa positiva, risultando certamente contraria alla *ratio* della norma in esame la pattuizione successiva di una clausola di scelta negativa della *lex contractus*.

Da un punto di vista teorico, è però altrettanto evidente che, una volta ammessa la fattispecie della scelta di legge successiva e quella della modifica della scelta precedente, le parti abbiano facoltà di operare un *dépeçage* volontario purché si traduca in un insieme di scelte espresse positive di *leges contractus*.

Quanto al termine finale entro cui le parti possano realizzare l'*electio iuris* successiva, in assenza di precise indicazioni tanto nella convenzione di Roma, quanto ora nel regolamento Roma I, è da ritenere che la scelta si possa manifestare fino in sede processuale, almeno fino alla prima udienza di trattazione della controversia.¹⁰⁷

Problema affine ai precedenti, ma concettualmente distinto, è poi quello delle c.d. "clausole con scelta variabile".¹⁰⁸ Qui, le parti individuano la *lex contractus* con varie modalità. Può trattarsi di una designazione multipla con facoltà di *electio iuris* a favore della parte attrice o di quella convenuta; ovvero le parti possono pattuire una proroga della giurisdizione binaria stabilendo che l'attore potrà scegliere se agire in giudizio dinanzi al giudice dello Stato x o dello Stato y, risultando applicabile la *lex fori* per designazione automatica. Nel vigore del regolamento Roma I, anche queste fattispecie si devono ritenere coperte e dunque ammesse dall'art. 3, par. 2.

¹⁰⁷ Così, ma con riferimento alla convenzione di Roma, R. BARATTA, *La convenzione di Roma del 19 giugno 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, in *Dir. dell'Unione Europea*, 1997, p. 653 ss. nonché S.M. CARBONE, P. IVALDI, *Lezioni* cit., p. 126 e LAGARDE, *Le nouveau droit international privé des contrats* cit., p. 305. Nella stessa ottica e con riferimento all'arbitrato commerciale internazionale, è particolarmente apprezzabile la regola contenuta nell'art. 18 del regolamento arbitrale CCI del 1998 che offre alle parti l'occasione di effettuare la *electio iuris* (qualora risultasse assente nel contratto) all'atto della predisposizione dell'atto di missione da parte degli arbitri (in argomento v. le osservazioni di A. GARDAÑA e M. PROSPERETTI in *Nuovo regolamento di arbitrato CCI 1998*, a cura di CCI Italia, Milano, 1998, rispettivamente a p. 52 ss. e p. 38 ss.).

¹⁰⁸ In argomento v. A. SARAVALLI, *Clausole con scelta variabile e convenzione di Roma del 1980*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1995, pp. 17-30.

12. Un'ulteriore questione attiene all'individuazione dell'ordinamento sulla base del quale valutare la scelta delle parti in ordine alla *lex contractus*, ossia il *pactum de lege uenda*: un negozio concettualmente autonomo e distinto dal contratto a cui eventualmente accede.¹⁰⁹

Al riguardo, è noto che la convenzione di Roma ha introdotto una soluzione innovativa all'art. 3, par. 4, sottoponendo il *pactum de lege uenda* non alla *lex fori*, bensì alla medesima legge regolatrice delle obbligazioni contrattuali per quanto riguarda l'esistenza e la validità del consenso, la forma e la capacità delle parti.¹¹⁰ Ebbene, il regolamento Roma I riprende all'art. 3, par. 5, *mutatis mutandis*, le stesse soluzioni generali della predetta convenzione, stabilendo che "l'esistenza e la validità del consenso delle parti sulla legge applicabile sono disciplinate dagli articoli 10, 11 e 13", ossia da quelle norme del

¹⁰⁹ Il punto è acquisito nella dottrina italiana. V. ad es. G. MORELLI, *Elementi di diritto internazionale privato italiano* cit., p. 57, il quale osserva che "la volontà delle parti di riferirsi ad un dato ordinamento giuridico... Va tenuta distinta dalla volontà in cui il negozio stesso si crea. Quest'ultima volontà costituisce esercizio di un potere giuridico di autonomia conferito alle parti, entro dati limiti, da un dato ordinamento giuridico; e presuppone la determinazione dell'ordinamento da cui il potere stesso dipende. Invece la volontà delle parti in quanto criterio di collegamento, essendo contemplata, non già da una norma materiale, ma da una norma di diritto internazionale privato, non è esercizio di autonomia. Essa ha la stessa funzione che può avere un qualsiasi altro criterio di collegamento, poiché serve a risolvere il problema preliminare della individuazione dell'ordinamento competente a regolare il negozio". Critica l'idea che si tratti di un "contratto" nel contratto J.M. JACQUER, *Le principe d'autonomie* cit., p. 740, evidenziando che "le contrat de choix semble n'engendrer aucune obligation à proprement parler à la charge de parties. Du contrat de choix ne découlent en effet ni l'obligation de conclure le contrat principal, ni celui de le rendre valable, ni celui de l'exécuter correctement. De telles obligations ne peuvent provenir que des dispositions de la loi applicable au contrat, mais non du contrat de choix".

¹¹⁰ In argomento v. G. MORELLI, *Elementi di diritto internazionale privato italiano* cit., p. 58 s. (a p. 59: "la clausola contrattuale, con cui le parti dichiarano di riferirsi ad un dato ordinamento, o l'intero contratto, da cui tale volontà risulta, vanno, in primo luogo, valutati alla stregua dell'ordinamento italiano al fine di accertare la capacità dei soggetti e la validità del consenso; tale accertamento può quindi essere divergente da quello che dovrà essere compiuto, in un secondo tempo, in base alla legge nazionale per quanto riguarda la capacità (art. 17 disp. prel.) e, per quanto riguarda la validità del consenso, in base alla legge che (in conseguenza del criterio della volontà o, in caso di invalidità di questa, in conseguenza di altro criterio) risulterà competente a regolare il negozio"); cfr. J. FOYER, *Le contrat d'electio juris à la lumière de la convention de Rome*, in *L'internationalisation des droits. Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn*, Paris, 1994, p. 169 ss. Con riferimento alla esperienza svizzera v. B. DUTORT, F. KNOEPFLER, P. LALIVE, P. MERCIER, *Répertoire de droit international privé suisse* cit., p. 30: "le choix du droit applicable résulte d'un contrat. Celui-ci peut avoir un sort indépendant du contrat de fond".

regolamento Roma I che disciplinano la esistenza e la validità del consenso,¹¹¹ la forma del contratto e la capacità dei contraenti.¹¹²

Pertanto, a norma dell'art. 10 del regolamento Roma I, la legge designata dalle parti determina l'esistenza e la validità del contratto: qualora il contratto risultasse invalido, detta conclusione resterebbe legittima proprio in virtù della norma in esame. L'autonomia del *pactum de lege uenda* rispetto al contratto principale evita così, in virtù del predetto art. 10, una *regressio ad infinitum* che si avrebbe estendendo l'invalidità del contratto all'intero atto. Si evita altresì il *forum shopping*, attraverso una soluzione nominativa semplice e certa,¹¹³ giacché, riportando il *pactum de lege uenda* alla *lex fori*,¹¹⁴ si aumenterebbe la probabilità di divergenze tra gli ordinamenti statali in tale materia.

Attraverso queste norme si conferma, una volta di più, la considerazione secondo la quale la designazione della *lex contractus* è esercizio di autonomia privata "confittuale" e dunque di riferimento ad un ordinamento giuridico considerato nel suo complesso e nella sua evoluzione dinamica: qualora, dopo la conclusione del contratto, vi fossero delle modifiche nell'ordinamento competente, insorgesse una controversia ed il giudice riscontrasse l'invalidità del contratto medesimo, non v'è dubbio che la conclusione dovrebbe essere

¹¹¹ Il testo dell'art. 10 del regolamento Roma I, immutato rispetto a quello dell'art. 8 della convenzione di Roma, così recita: "L'esistenza e la validità del contratto o di una sua disposizione si stabiliscono in base alla legge che sarebbe applicabile in virtù del presente regolamento se il contratto o la disposizione fossero validi. 2. Tuttavia, un contraente, al fine di dimostrare che non ha dato il suo consenso, può riferirsi alla legge del paese in cui ha la residenza abituale, se dalle circostanze risulta che non sarebbe ragionevole stabilire l'effetto del comportamento di questo contraente secondo la legge prevista nel paragrafo 1".

¹¹² L'art. 11 del regolamento Roma I riproduce con piccole variazioni le corrispondenti norme di cui all'art. 11 della convenzione di Roma e stabilisce che: "In un contratto concluso tra due persone che si trovano in uno stesso paese, una persona fisica, capace secondo la legge di tale paese, può invocare la sua incapacità risultante da un'altra legge soltanto se, al momento della conclusione del contratto, l'altra parte contraente era a conoscenza di tale incapacità o l'ha colpevolmente ignorata" (corsivo aggiunto).

¹¹³ Cfr. con riferimento alla convenzione di Roma: U. VILLANI, *La convenzione di Roma* cit., p. 78, nonché le considerazioni di R. BARATTA, *La convenzione di Roma del 19 giugno 1980* cit., p. 650.

¹¹⁴ Soluzione considerata ovvia da B. DUTORT, F. KNOEPFLER, P. LALIVE, P. MERCIER, *Répertoire de droit international privé suisse* cit., secondo i quali: "[l]a validité du contrat de choix est soumise à la *lex fori*. Ce contrat repose en effet sur une règle de conflit du for, celle de l'autonomie de la volonté, qu'il s'agit d'interpréter conformément à la *lex fori*". Nello stesso senso v. l'art. 3, par. 3 della precitata risoluzione dell'Institut de Droit international in tema di autonomia della volontà delle parti ove si afferma che "lorsque le contrat n'est pas valable selon la loi choisie par les parties, le choix de cette loi est privé de tout effet".

questa e non quella di individuare un secondo ordinamento sulla base della considerazione secondo la quale le parti non avrebbero mai voluto un contratto invalido.¹¹⁵ Qui è tangibile la differenza, più volte sottolineata, tra l'autonomia della volontà in senso "confittuale" e quella "materiale" che sola viene incisa dalla invalidità del contratto.

Quanto ai requisiti di capacità e di forma del *pactum de lege utenda* valgono *mutatis mutandis* le considerazioni espresse in dottrina e giurisprudenza a proposito della convenzione di Roma. Il regolamento Roma I, infatti, non introduce particolari soluzioni innovative rispetto alla capacità che resta disciplinata dallo statuto personale, ossia, dal punto di vista dell'ordinamento italiano, dall'art. 23 della L. n. 218/95, salvo le norme di cui all'art. 13 del regolamento precisato ai sensi del quale: "In un contratto concluso tra due persone che si trovano in uno stesso paese, una persona fisica, capace secondo la legge di tale paese, può invocare la sua incapacità risultante da un'altra legge soltanto se, al momento della conclusione del contratto, l'altra parte contraente era a conoscenza di tale incapacità o l'ha colpevolmente ignorata".

A differenza della convenzione di Roma, il testo del regolamento Roma I evidenzia due novità lessicali. Innanzitutto, si riferisce a contratti internazionali *inter duos presentes*, inoltre introduce, *expressis verbis*, una figura di colpa che identifica una categoria *ad hoc* rispetto alle categorie tradizionali del diritto civile italiano. Qui si tratta di ignoranza, imprudenza o imperizia con riferimento a situazioni di incapacità giuridica dell'altro contraente derivanti esclusivamente dalla sua legge nazionale, ampliando la soluzione introdotta con la convenzione di Roma che faceva riferimento solo alla incapacità risultante da un'altra legge, solo se "l'altra parte contraente era a conoscenza di tale incapacità o l'ha ignorata soltanto per imprudenza da parte sua".

Anche qui, dunque, l'azione uniformatrice della Corte di giustizia si rivelerà preziosa per evitare che il giudizio di colpevolezza resti imbrigliato da interpretazioni troppo legate alle tradizioni nazionali degli Stati membri.

Quanto alla forma della *electio iuris*, valgono qui le norme generali previste per la validità formale del contratto.¹¹⁶ Infatti, sarà la legge applicabile alla forma

¹¹⁵ V. in senso conforme J.M. JACQUET, *Le principe d'autonomie* cit., p. 739 che osserva: "[l]'hesitation d'un juge ou d'un arbitre à appliquer une loi d'outre-mer n'a de sens qu'en l'absence d'un choix explicite effectué par les parties, ce qui correspond précisément aux cas dans lesquels il peut être légitime de s'interroger sur les prévisions des parties, en l'absence d'une raison péremptoire de donner effet à la règle invalidante compétente".

¹¹⁶ In materia di forma degli atti il regolamento Roma I, innovando rispetto alle corrispondenti norme di cui all'art. 9 della convenzione di Roma, dispone che "[u]n contratto concluso tra persone che si trovano, o i cui intermediari si trovano, nello stesso paese al momento della

degli atti - e non la *lex contractus* - che consentirà di stabilire se la forma scritta del *pactum de lege utenda* vada intesa *ad substantiam* o *ad validitatem*.¹¹⁷

Il regolamento Roma I amplia ulteriormente il *favor contractus*, rispetto al testo normativo della convenzione di Roma, ammettendo la validità dell'atto quanto alla forma anche se il contratto è stato stipulato, *inter presentes* o *inter absentes*, da intermediari, ossia da rappresentanti dei contraenti. Resta tuttavia qualche perplessità, con cui si dovranno cimentare gli interpreti, giacché, la norma in esame andrà coordinata con l'art. 1 del regolamento Roma I laddove si esclude dall'ambito di applicazione *ratione materiae* "la questione di stabilire se l'atto compiuto da un intermediario valga ad obbligare di fronte ai terzi il mandante".

Infine, una volta individuata la legge regolatrice delle obbligazioni contrattuali, il regolamento Roma I ne delimita l'applicazione all'art. 12 con formula quasi identica a quella prevista all'art. 10 della convenzione di Roma. Trattasi degli aspetti relativi alla interpretazione, adempimento, esecuzione ed estinzione delle obbligazioni contrattuali che restano regolati dalla *lex contractus*,

conclusione è valido quanto alla forma se soddisfa i requisiti di forma della legge che ne disciplina la sostanza ai sensi del presente regolamento o della legge del paese in cui è concluso. -2. Un contratto concluso tra persone che si trovano, o i cui intermediari si trovano, in paesi diversi al momento della conclusione è valido quanto alla forma se soddisfa i requisiti di forma della legge che ne disciplina la sostanza ai sensi del presente regolamento o della legge del paese in cui si trova una delle parti, o il loro intermediario, al momento della conclusione oppure della legge del paese in cui una delle parti risiedeva abitualmente in quel momento. -3. Un atto giuridico unilaterale relativo ad un contratto concluso o da concludere è valido quanto alla forma se soddisfa i requisiti di forma della legge che disciplina o disciplinerebbe la sostanza del contratto ai sensi del presente regolamento, o della legge del paese in cui detto atto è stato compiuto, o della legge del paese in cui l'autore dell'atto risiedeva abitualmente nel momento in cui l'ha compiuto. -4. I paragrafi 1, 2 e 3 del presente articolo non si applicano ai contratti che rientrano nel campo d'applicazione dell'art. 6. La forma di questi contratti è disciplinata dalla legge del paese in cui il consumatore ha la residenza abituale. -5. In deroga ai paragrafi da 1 a 4, qualsiasi contratto avente per oggetto un diritto reale immobiliare o la locazione di un immobile è sottoposta ai requisiti di forma della legge del paese in cui l'immobile è situato, sempre che, secondo tale legge: -a) tali requisiti si applichino indipendentemente dal paese in cui il contratto è concluso e dalla legge che disciplina il contratto; e -b) a tali requisiti non è permesso derogare convenzionalmente".

¹¹⁷ Fatte salve le norme di cui all'art. 18 del regolamento Roma I in materia di prova degli atti, ai sensi delle quali "[l]a legge che disciplina un'obbligazione contrattuale ai sensi del presente regolamento si applica nella misura in cui, in materia di obbligazioni contrattuali, stabilisce presunzioni legali o ripartisce l'onere della prova. -2. Il contratto o un atto giuridico possono essere provati con ogni mezzo di prova ammesso tanto dalla legge del foro quanto da una delle leggi di cui all'art. 11 secondo la quale il contratto o l'atto è valido quanto alla forma, sempreché il mezzo di prova di cui si tratta possa essere impiegato davanti al giudice adito".

anche se per l'esecuzione occorre effettuare un coordinamento con la *lex loci solutionis*.

La designazione della *lex contractus* comporta inoltre che, qualora si tratti dell'ordinamento di uno Stato membro UE, comprenda il diritto comunitario ivi in vigore, con particolare riferimento ai regolamenti, alle direttive ed alle leggi di trasposizione di queste ultime.

Qui, però va sottolineato che il regolamento *de quo* supera in radice le riserve circa le conseguenze della nullità che l'Italia aveva a suo tempo formulato rispetto all'art. 10, par. 1, lett. e della convenzione di Roma ossia rispetto alla estensione della *lex contractus* alle conseguenze della nullità del contratto medesimo. La norma del regolamento introduce così nel nostro ordinamento una norma che sovrverte la qualificazione extracontrattuale delle restituzioni conseguenti alla nullità del contratto facendo rientrare queste ultime nella legge regolatrice della materia contrattuale.

Un'ultima notazione va effettuata in tema di esclusione del rinvio. Anche questa, infatti, risponde all'esigenza di potenziare l'autonomia della volontà e per questa via la certezza del diritto applicabile. Una volta che le parti hanno effettuato una scelta positiva espressa o anche implicita della *lex contractus* saranno le norme materiali di quest'ultima e non quelle di un ulteriore ordinamento a cui eventualmente viene fatto rinvio ad essere applicate alle obbligazioni contrattuali. In tal modo si colloca la scelta delle parti in ordine alla *lex contractus* in rapporto immediato con le norme materiali della legge applicabile senza consentire a quest'ultima di collegarsi a ordinamenti terzi per mezzo delle proprie norme di conflitto. E ciò è tanto più vero in quanto il regolamento Roma I esclude sempre il rinvio, sia che si tratti di rinvio indiretto od oltre, sia che venga operato in direzione dell'ordinamento di uno Stato membro ovvero ancora dell'ordinamento comunitario o verso Stati terzi.

13. Il regolamento Roma I evidenzia un affinamento di soluzioni tecniche già presenti nella convenzione di Roma del 1980 ed il rafforzamento del diritto internazionale privato comunitario.

Rispetto alle norme di diritto internazionale privato regolatrici della scelta del diritto applicabile alle obbligazioni contrattuali già operative, il regolamento Roma I, tuttavia, non offre alcuna *Conflict of Laws Revolution*: in particolare continua ad escludere "scelte delocalizzate" quali la scelta diretta della *lex mercatoria* e dei Principi Unidroit sui contratti commerciali internazionali.

L'applicazione di norme di diritto a-statale resta ammessa — ed infatti si verifica — in sede di arbitrato internazionale attraverso le norme di conflitto ad esso dedicate.

Si assiste perciò ad una diversificazione di regole e tecniche di soluzione delle controversie commerciali internazionali accentuata dall'intervento normativo del "legislatore comunitario" che si riflette sulla competizione tra ordinamenti degli Stati membri e tra giudici nazionali ed arbitri internazionali.

Negli anni a venire, occorrerà verificare se l'approccio conflittualistico impiegato nel regolamento Roma I sia davvero il migliore per cogliere la sfida dell'economia globale ed offrire al mondo un sistema di diritto internazionale privato comunitario in via di codificazione capace di governare efficacemente gli attuali processi di globalizzazione economica.