

DECLARATORIA SULLA TESI DI DOTTORATO
Da inserire come prima pagina della tesi

Il/la sottoscritto/a

COGNOME | Re |

NOME | Jacopo |

Matricola di iscrizione al Dottorato | 1288737 |

Titolo della tesi:

La legge applicabile al contratto internazionale in mancanza di scelta delle parti: criteri di collegamento e approcci a confronto.

Dottorato di ricerca in | Diritto internazionale dell'economia |

Ciclo | XXIII |

Tutor del dottorando | Prof. Manlio Frigo |

Anno di discussione | 2012. |

DICHIARA

sotto la sua responsabilità di essere a conoscenza:

- 1) che, ai sensi del D.P.R. 28.12.2000, N. 445, le dichiarazioni mendaci, la falsità negli atti e l'uso di atti falsi sono puniti ai sensi del codice penale e delle Leggi speciali in materia, e che nel caso ricorressero dette ipotesi, decade fin dall'inizio e senza necessità di nessuna formalità dai benefici previsti dalla presente declaratoria e da quella sull'embargo;
- 2) che l'Università ha l'obbligo, ai sensi dell'art. 6, comma 11, del Decreto Ministeriale 30 aprile 1999 prot. n. 224/1999, di curare il deposito di copia della tesi finale presso le Biblioteche Nazionali Centrali di Roma e Firenze, dove sarà consentita la consultabilità, fatto salvo l'eventuale embargo legato alla necessità di tutelare i diritti di enti esterni terzi e di sfruttamento industriale/commerciale dei contenuti della tesi;
- 3) che il Servizio Biblioteca Bocconi archiverà la tesi nel proprio Archivio istituzionale ad Accesso Aperto e che consentirà unicamente la consultabilità on-line del testo completo (fatto salvo l'eventuale embargo);
- 4) che per l'archiviazione presso la Biblioteca Bocconi, l'Università richiede che la tesi sia consegnata dal dottorando alla Società NORMADEC (operante in nome e per

conto dell'Università) tramite procedura on-line con contenuto non modificabile e che la Società Normadec indicherà in ogni piè di pagina le seguenti informazioni:

- tesi di dottorato (titolo *tesi*) La legge applicabile al contratto internazionale in mancanza di scelta delle parti: criteri di collegamento e approcci a confronto ;
- di (*cognome e nome del dottorando*)Re Jacopo;
- discussa presso l'Università commerciale Luigi Bocconi – Milano nell'anno ...2012. (*anno di discussione*);
- La tesi è tutelata dalla normativa sul diritto d'autore (legge 22 aprile 1941, n.633 e successive integrazioni e modifiche). Sono comunque fatti salvi i diritti dell'Università Commerciale Luigi Bocconi di riproduzione per scopi di ricerca e didattici, con citazione della fonte;
- **solo nel caso sia stata sottoscritta apposita altra dichiarazione con richiesta di embargo:** La tesi è soggetta ad embargo della durata di mesi (indicare durata embargo);

5) che la copia della tesi depositata presso la NORMADEC tramite procedura on-line è del tutto identica a quelle consegnate/inviata ai Commissari e a qualsiasi altra copia depositata negli Uffici dell'Ateneo in forma cartacea o digitale e che di conseguenza va esclusa qualsiasi responsabilità dell'Ateneo stesso per quanto riguarda eventuali errori, imprecisioni o omissioni nei contenuti della tesi;

6) che il contenuto e l'organizzazione della tesi è opera originale realizzata dal sottoscritto e non compromette in alcun modo i diritti di terzi (legge 22 aprile 1941, n.633 e successive integrazioni e modifiche), ivi compresi quelli relativi alla sicurezza dei dati personali; che pertanto l'Università è in ogni caso esente da responsabilità di qualsivoglia natura, civile, amministrativa o penale e sarà dal sottoscritto tenuta indenne da qualsiasi richiesta o rivendicazione da parte di terzi;

7) **scegliere l'ipotesi 7a o 7b indicate di seguito:**

7a) che la tesi di dottorato non è il risultato di attività rientranti nella normativa sulla proprietà industriale, non è stata prodotta nell'ambito di progetti finanziati da soggetti pubblici o privati con vincoli alla divulgazione dei risultati; non è oggetto di eventuali registrazioni di tipo brevettale o di tutela, e quindi non è soggetta a embargo;

Oppure

~~7b) che la tesi di Dottorato rientra in una delle ipotesi di embargo previste nell'apposita dichiarazione "**RICHIESTA DI EMBARGO DELLA TESI DI DOTTORATO**" sottoscritta a parte.~~

Data _6 febbraio 2012

F.to (indicare nome e cognome) Jacopo Re

Università Commerciale L. Bocconi
DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO INTERNAZIONALE DELL'ECONOMIA
Ciclo XXIII

**LA LEGGE APPLICABILE AL CONTRATTO INTERNAZIONALE
IN MANCANZA DI ACCORDO DELLE PARTI:
APPROCCI E CRITERI DI COLLEGAMENTO A CONFRONTO**

Tesi di dottorato di Jacopo Re

Matricola 1288737

Settore scientifico disciplinare: IUS/13

Tutor: Chiar.mo Prof. Manlio Frigo

A.A. 2011 – 2012

Tesi di dottorato ""La legge applicabile al contratto internazionale in mancanza di scelta delle parti: criteri di collegamento e approcci a confronto""
di RE JACOPO
discussa presso Università Commerciale Luigi Bocconi-Milano nell'anno 2012
La tesi è tutelata dalla normativa sul diritto d'autore(Legge 22 aprile 1941, n.633 e successive integrazioni e modifiche).
Sono comunque fatti salvi i diritti dell'università Commerciale Luigi Bocconi di riproduzione per scopi di ricerca e didattici, con citazione della fonte.

INDICE SOMMARIO

CAPITOLO I LA DETERMINAZIONE DELLA LEGGE APPLICABILE PREMESSE INTRODUTTIVE E PIANO DELL'INDAGINE

1. Considerazioni preliminari.
2. Funzione e struttura della norma di diritto internazionale privato.
 - 2.1. Caratteristiche dei criteri di collegamento.
 - 2.2. Il concorso dei criteri di collegamento.
3. Problemi di qualificazione e internazionalità del contratto.
4. Criteri di collegamento e approcci: struttura e obiettivi dell'indagine.
5. Unicità o frazionamento della disciplina applicabile?
6. Analisi degli interessi perseguiti dalle norme di diritto internazionale privato.
 - 6.1. Sul concetto di giustizia di diritto internazionale privato.
 - 6.2. Interessi delle parti.
 - 6.3. Interessi del traffico giuridico internazionale.
 - 6.4. Interessi dell'ordinamento giuridico.

CAPITOLO II CRITERI DI COLLEGAMENTO

1. Origini e giustificazione teorica del collegamento più stretto.
2. Diffusione del collegamento più stretto.
3. Indici di localizzazione.
 - 3.1. Il luogo di conclusione del contratto.
 - 3.2. Il luogo di esecuzione del contratto.
 - 3.3. Il luogo di situazione dell'immobile.
 - 3.4. La legge personale dei contraenti.
 - 3.5. La residenza abituale.
 - 3.5.1. Teoria della prestazione caratteristica.

- 3.5.2. Valutazioni critiche del criterio di collegamento della residenza abituale del prestatore caratteristico.
- 3.5.3. Residenza abituale e tutela del contraente debole.
4. Il collegamento più stretto come clausola di eccezione: l'esperienza della convenzione di Roma e ipotesi di funzionamento nel regolamento Roma I.
5. Il collegamento più stretto come criterio di collegamento suppletivo.

CAPITOLO III

APPROCCI: LA CONFLICT OF LAWS REVOLUTION STATUNITENSE

1. Cenni introduttivi.
2. Beale e il primo *Restatement* sui conflitti di legge.
3. Reazioni della dottrina al primo *Restatement*.
 - 3.1. La *local law theory*.
 - 3.2. Cavers.
 - 3.3. Currie e gli interessi governativi.
 - 3.4. Ehrenzweig e la *lex fori*.
 - 3.5. Leflar e il *better law approach*.
4. La *most significant relationship* del secondo *Restatement* sui conflitti di legge.
5. Di due recenti codificazioni internazionalprivatistiche nordamericane in materia contrattuale.
6. Influenze delle teorie americane nella codificazione europea del diritto internazionale privato dei contratti?

CAPITOLO I

LA DETERMINAZIONE DELLA LEGGE APPLICABILE PREMESSE INTRODUTTIVE E PIANO DELL'INDAGINE

“Il problema classico del diritto internazionale privato [...] consiste nel fornire i criteri in base ai quali si determina il diritto applicabile”¹

SOMMARIO: 1. Considerazioni preliminari. – 2. Funzione e struttura della norma di diritto internazionale privato. - 2.1. Caratteristiche dei criteri di collegamento. - 2.2. Il concorso dei criteri di collegamento. - 3. Problemi di qualificazione e internazionalità del contratto. - 4. Criteri di collegamento e approcci: struttura e obiettivi dell'indagine. - 5. Unicità o frazionamento della disciplina applicabile? - 6. Analisi degli interessi perseguiti dalle norme di diritto internazionale privato. - 6.1. Sul concetto di giustizia di diritto internazionale privato. - 6.2. Interessi delle parti. - 6.3. Interessi del traffico giuridico internazionale. - 6.4. Interessi dell'ordinamento giuridico.

1. Considerazioni preliminari

Nella tradizione giuridica continentale europea, la branca del diritto che ha come compito quello di disciplinare le fattispecie che non si esauriscono compiutamente nel territorio di uno Stato è comunemente denominata diritto

¹ In questi termini si esprime la *Relazione al disegno di legge n. 1192 «Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato»*, in POCAR, *Il nuovo diritto internazionale privato italiano*, 2^a ed., Milano, 2002, p. 155. Che per lungo tempo il problema principale del diritto internazionale privato sia stato rappresentato dallo studio delle c.d. norme di conflitto è sottolineato, tra gli altri, da MIAJA DE LA MUELA, *De la territorialidad de las leyes a la nueva tecnica del derecho internacional privado*, Valladolid, 1977, p. 9 ss. e ANCEL, MUIR WATT, *Les jugements étrangers et la règle de conflit de lois. Chronique d'une séparation*, in *Liber Gaudemet-Tallon*, p. 133 ss.

internazionale privato². È noto, peraltro, che detta espressione, da taluni definita inadeguata e impropria³, pone in essere due ordini di problemi.

In primo luogo, viene in rilievo la confusione che essa genera sul grado della fonte di produzione delle norme di diritto internazionale privato. Giacché queste disposizioni possono essere adottate a diversi livelli, il diritto internazionale privato in senso proprio comprenderebbe unicamente quella categoria di norme contenute in trattati e convenzioni internazionali. Tuttavia, l'esperienza giuridica ha mostrato le difficoltà di giungere a una completa armonizzazione internazionale delle norme di conflitto⁴. Nessuno stupore, quindi, se il legislatore internazionale sia riuscito a

² Nella tradizione giuridica anglo-americana, invece, questa materia è comunemente conosciuta col nome di *conflict of laws*, nonostante il termine diritto internazionale privato sia stato coniato proprio da un giurista nordamericano. V. STORY, *Commentaries on the Conflict of Laws*, Boston, 1934, p. 9. Sulle varie denominazioni proposte dalla dottrina cfr. ZITELMANN, *Der Name internationales Privatrecht*, in *Niemeyers Zeitschrift für internationale Recht*, 1917, p. 177 ss.; BEALE, *A Treatise on the Conflict of Laws*, New York, 1935, p. 12 ss.; QUADRI, *Lezioni di diritto internazionale private*, 5^a ed., Napoli, 1969, p. 23 ss.

³ V. ANZILOTTI, *Corso di lezioni di diritto internazionale (Diritto privato)*, Roma, 1918 e riprodotto in SALERNO (a cura di), *Dionisio Anzilotti. Corsi di diritto internazionale privato e processuale*, Padova, 1996, p. 15 ss.

⁴ L'idea di perseguire la strada di una codificazione internazionale del diritto internazionale privato si deve, principalmente, ai ripetuti sforzi di Pasquale Stanislao Mancini, tanto nella sua veste di accademico (V. MANCINI, *Utilità di rendere obbligatorie per tutti gli Stati sotto la forma di uno o più trattati internazionali alcune regole generali del diritto internazionale privato per assicurare la decisione uniforme tra le differenti legislazioni civili e criminali*, in *Antologia di diritto internazionale privato*, Milano, 1964, pp. 43-76) quanto nel suo ruolo di Ministro degli esteri del Regno d'Italia (V. ID., *Négotiation diplomatiques du Gouvernement italien avec les différentes Puissances relativement à la fixation par traité de certaines règles de droit International privé et à l'exécution des jugements étrangers*, in *Clunet*, 1886, p. 35 ss.). Sul contesto storico, culturale e politico di Mancini si rinvia a JAYME, *Pasquale Stanislao Mancini: il diritto internazionale privato tra Risorgimento e attività forense*, traduzione RUINI, Padova, 1988. Il progetto manciniano sembrava prossimo alla realizzazione quando, nel settembre 1893 e su impulso di Asser, si inaugurò la prima Conferenza dell'Aja. Tuttavia, già nel corso delle prime sedute si optò per inserire nell'ordine del giorno solo alcune materie connesse al diritto di famiglia e delle successioni, nonché alcune questioni in tema di competenza giudiziaria. In pratica, quella che sembrò essere solo una mera scelta di carattere procedurale influenzò notevolmente il corso dei lavori della Conferenza dell'Aja e portò all'abbandono dell'idea di una codificazione totale. Cfr. VITTA, *Diritto internazionale privato*, vol. I, Torino, 1972, p. 44. Fuori dall'esperienza europea, tuttavia, non mancarono tentativi di un'armonizzazione globale del diritto internazionale privato che culminarono, almeno in un caso, nell'adozione di un omnicomprensivo *Código de derecho internacional privado*, meglio conosciuto come *Código Bustamante*. Ciò nonostante, quello che sembrava un sicuro successo delle concezioni internazionaliste del diritto internazionale privato mostrò tutti i limiti di una siffatta elaborazione. Nei confronti del *Código*, infatti, si levarono presto accese critiche circa la sua valenza meramente teorica e la scarsa influenza

porre in essere una disciplina di conflitto uniforme solo in maniera settoriale e per determinate categorie di fattispecie⁵.

In mancanza di norme giuridiche internazionali, ogni Stato rimane libero di dotarsi della disciplina internazionalprivatistica che ritiene più appropriata, secondo i valori che informano il proprio ordinamento, adottando norme giuridiche interne internazionalmente rilevati⁶ ovvero, in altre parole, disposizioni di diritto privato internazionale. Inoltre, si riscontra una molteplicità di strumenti per mezzo dei quali ogni Stato regola la materia, potendo esso intervenire tanto per via legislativa⁷, quanto tramite una costante evoluzione della propria giurisprudenza⁸.

sulla giurisprudenza degli Stati contraenti, conseguenza del fatto che il testo convenzionale consente agli Stati di porre numerose riserve e dichiarazioni interpretative su diverse sue disposizioni. Cfr. SAMTLEBEN, *Derecho internacional privado en América Latina. Teoría y práctica del Código Bustamante*, traduzione BUENO-GUZMÁN, Buenos Aires, 1983, p. 1. Per un'utile prospetto sulla recezione del Codice negli Stati contraenti si veda VIEIRA, *La efectividad de los tratados relativos al Derecho Internacional Privado: números, reservas y orden público*, in *Liber Valladão*, p. 104 ss.

⁵ L'armonizzazione particolaristica delle norme di conflitto posta in essere dal legislatore internazionale dipende da due fattori. Non solo rileva l'ampiezza della materia disciplinata da ciascun trattato, ma grande importanza riveste anche il numero degli Stati che ratificano le singole convenzioni. È palese, infatti, che la possibilità di giungere, o di avvicinarsi, all'armonia internazionale delle soluzioni, scopo primario delle norme di conflitto di origine convenzionale, dipende in larga misura dalla maggiore o minore estensione dell'ambito di applicazione *ratione materiae e ratione loci* dello strumento internazionale.

⁶ Così ANZILOTTI, *op. cit.*, p. 12.

⁷ Nel corso del tempo, diverse sono state le tecniche impiegate dai singoli legislatori nazionali per disciplinare i conflitti di legge. Durante il diciannovesimo secolo, gli interventi in materia si inserirono nell'ambito del generale processo di codificazione del diritto privato. Le poche disposizioni di diritto internazionale riguardavano ampie categorie di fattispecie e utilizzavano criteri di collegamenti rigidi. Sul volgere del secolo, tuttavia, non mancarono vigorosi attacchi dottrinali al movimento codificatorio (V. la prolusione tenuta nel 1893 da ANZILOTTI, *La codificazione del diritto internazionale privato*, in *Id. Scritti di diritto internazionale privato*, in *Opere di Dionisio Anzilotti*, vol. III, Padova, 1960, p. 7 ss., nonché SCHWIND, *Problems of Codification of Private International Law*, in *Int. Comp. Law Quart.*, 1968, p. 428 ss.) tanto che si dovette aspettare la seconda metà del novecento per assistere ad un rinnovato interesse nei confronti della codificazione del diritto internazionale privato. Le nuove legislazioni si presentano, per lo più, come codici tesi a regolamentare tutti gli aspetti della materia, benché non manchino leggi di riforma delle sole disposizioni di conflitto o relative ad alcuni rapporti giuridici. Caratteristiche comuni a tutte questi interventi sono la previsione di norme di diritto internazionale privato più dettagliate e analitiche e il ricorso a criteri di collegamento sia rigidi, sia flessibili, nonché l'adozione, in varia misura, di clausole di eccezione. Per una completa presentazione del nuovo movimento codificatorio v. BALLARINO, *Le codificazioni recenti del diritto internazionale privato in Europa*, in *AA.VV., Il nuovo diritto internazionale privato in Svizzera*, Milano, 1990, p. 361 ss.; SIEHR, *General Problems of Private International Law in Modern Codifications*, in *Yearb. of Private Int. Law*, 2005, p. 17 ss.; SYMEONIDES, *Codification and Flexibility in Private International Law*,

In epoca recente, infine, alla tradizionale problematica del rapporto tra diritto internazionale privato e diritto privato internazionale si è aggiunta quella della coesistenza, in contesti di integrazione regionale⁹, di diversi ordinamenti giuridici¹⁰. La costruzione di un sistema comunitario di diritto internazionale privato, seppur caratterizzato nella sua fase attuale da armonizzazioni settoriali della materia, comporta una completa sostituzione, nel diritto degli Stati membri, della normativa uniforme rispetto alla disciplina interna di conflitto e, contemporaneamente, la competenza esclusiva a concludere accordi internazionali con Paesi terzi in capo

reperibile al sito http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1945924 (ultima consultazione: 24 dicembre 2011). *Contra*, per un'analisi dei motivi che hanno determinato i ripetuti insuccessi di importanti codificazioni nazionali, soprattutto in Brasile e in Francia, si veda REMY, *Les codifications récentes du droit international privé*, in *Rev. int. droit comparé*, 2010, p. 292 ss.

⁸ Molte volte l'intervento della giurisprudenza è stato determinante per quanto attiene alla disciplina internazionalprivatistica dei contratti internazionali. A titolo esemplificativo, il criterio di collegamento del collegamento più stretto è stato compiutamente formulato dal *Privy Council* nella sentenza del 30 ottobre 1950, *Bonython and Others v. Commonwealth of Australia*, in *The Law Reports*, 1951, *Appeal Cases*, p. 201 ss., mentre la sottoposizione del contratto alla legge del luogo di residenza abituale del prestatore caratteristico è conseguenza dell'adozione, da parte del tribunale federale svizzero, della dottrina elaborata dallo Schnitzer, Per una compiuta analisi del pensiero dell'Autore svizzero cfr. MAGAGNI, *La prestazione caratteristica nella convenzione di Roma del 19 giugno 1980*, Milano, 1989, pp. 85-97. Quanto alla giurisprudenza del tribunale federale svizzero v. sentenza 12 febbraio 1952, *Chevalley c. Genimportex SA*, in *Arrêts du tribunal federal suisse*, 1952, vol. II, p. 74 ss., per l'adozione della dottrina della prestazione caratteristica, e sentenza 11 maggio 1966, *Sznajer c. Rodi & Wienberger*, *ibidem*, 1966, vol. II, p. 111 ss., per la sua localizzazione nella residenza abituale del prestatore caratteristico.

⁹ Nel contesto regionale europeo, l'armonizzazione delle norme di conflitto, di quelle sulla giurisdizione e sul riconoscimento ed esecuzione delle decisioni e degli atti stranieri compiuta dalle istituzioni dell'Unione europea è alla base della c.d. comunitarizzazione del diritto internazionale privato. Per un'ampia ricognizione degli interventi dell'Unione in materia cfr. BONOMI (a cura di), *Diritto internazionale privato e cooperazione giudiziaria in materia civile*, Torino, 2009; BARIATTI, *Cases and Materials on EU Private International Law*, Oxford, 2011; DE CESARIS, *Diritto internazionale privato dell'Unione europea*, Torino, 2011. All'esperienza europea, ancora unica nel suo genere, potrebbe affiancarsi in un futuro prossimo quella del Mercosur. Vedi al riguardo DREYZIN DE KLOOR, *El Mercosur: generador de una nueva fuente de derecho internacional privado*, Buenos Aires, 1997; FERNÁNDEZ ARROYO, *La nueva configuración del derecho internacional privado del MERCOSUR: ocho respuestas contra la incertidumbre*, in *Juridica*, 1998, p. 267 ss.; JAYME, *Necesidad de un derecho internacional privado del MERCOSUR*, in FERNÁNDEZ ARROYO (a cura di), *Derecho internacional privado de los Estados del MERCOSUR*, Buenos Aires, 2003, p. 21 ss.

¹⁰ Cfr. VAN GERVEN, *Plaidoirie pour une nouvelle branche du droit: le «droit des conflits d'ordres juridiques» dans le prolongement du «droit des conflits de règles»*, in *Recueil des Cours*, t. 350, 2011, pp. 9-70. V. altresì HEYMANN, *Le droit international privé à l'épreuve du fédéralisme européen*, Paris, 2010.

all'Unione europea¹¹. Pertanto, dal punto di vista dell'ordinamento nazionale interessato, si assiste a un'espansione delle norme di diritto internazionale privato che trovano la loro fonte di produzione nel diritto internazionale, o in trattati istitutivi di organizzazioni internazionali, e a una compressione delle norme di diritto comune, chiamate a disciplinare quelle materie che non sono state oggetto di un'opera di armonizzazione, o che non rientrano nell'ambito di applicazione degli strumenti di diritto uniforme¹².

Il secondo elemento di incertezza connesso all'utilizzo dell'espressione diritto internazionale privato riguarda la delimitazione del suo oggetto e delle sue funzioni¹³. Tradizionalmente e in un'accezione ristretta, il problema principale del diritto internazionale privato consiste nell'individuare la regolamentazione applicabile alle relazioni interindividuali collegate con più di uno Stato. Questa scelta può avvenire sia tramite la determinazione dell'ambito di applicazione delle leggi, sia attraverso la localizzazione della fattispecie in determinato ordinamento.

Con riferimento al primo metodo, comune tanto agli statuari, quanto alle teorie unilateraliste e, più in generale, a tutta quella dottrina e giurisprudenza che adotta come punto di partenza l'analisi del diritto materiale, il compito del diritto

¹¹ Detta competenza esclusiva è stata riconosciuta in capo all'allora Comunità europea dalla Corte di giustizia – nel parere 1/03, del 7 febbraio 2006, sulla competenza della Comunità a concludere la nuova Convenzione di Lugano concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, riprodotto in *Riv. dir. in. Priv. proc.*, 2006, p. 514 ss. – ed è essenziale per "garantire un'applicazione uniforme e coerente delle disposizioni comunitarie ed un corretto funzionamento del sistema che esse istituiscono al fine di preservare la piena efficacia del diritto comunitario". V. *Parere cit.*, punto 128 e, in dottrina, POCAR (a cura di), *The External Competence of the European Union and Private International Law*, Padova, 2007. Tuttavia, l'Unione può adottare dei regolamenti tramite i quali accorda agli Stati membri la possibilità di concludere e ratificare convenzioni tra di loro o con Stati terzi. Si veda, per esempio, il regolamento (CE) n. 662/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio, che istituisce una procedura per la negoziazione e la conclusione tra Stati membri e paesi terzi su particolari materie concernenti la legge applicabile alle obbligazioni contrattuali ed extracontrattuali, in *Gazz. Uff. Unione eur.*, n. L 200 del 31 luglio 2009, p. 25 ss.

¹² Per un'analisi dei riflessi degli sviluppi normativi europei sul sistema italiano di diritto internazionale privato si veda il dibattito *È ora di riformare la legge di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato del 1995?*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2011, p. 625 ss.

¹³ V. MOSCONI, *Oggetto e funzioni*, in BARATTA (a cura di), *Diritto internazionale privato*, Milano, 2010, p. 262 ss.

internazionale privato consiste nell'individuazione delle regole e dei principi tramite i quali delimitare la sfera di efficacia delle norme sostanziali.

La tecnica della localizzazione, invece, muove dalla premessa che ciascun rapporto giuridico appartiene o è sottoposto all'ordinamento nel quale ha la propria sede, alla luce delle peculiari specificità della sua natura¹⁴. Di conseguenza, scopo del diritto internazionale privato diviene l'individuazione di quell'elemento particolarmente qualificante della fattispecie, dotato di una precipua forza attrattiva, tale da concentrare l'intera situazione nell'ordinamento dello Stato al quale rimanda e che costituisce la sua sede. In questa prospettiva c.d. conflittualistica, rientrano nel campo del diritto internazionale privato non solo la scelta, per opera del legislatore o dei giudici, dei criteri di collegamento ritenuti appropriati, ma anche lo studio di quelle norme, dette di funzionamento, che accompagnano o limitano l'azione delle disposizioni di conflitto¹⁵.

Allargando l'ambito delle sue funzioni, il diritto internazionale privato si occupa anche di quei profili procedurali che, logicamente, precedono e seguono il momento della determinazione della legge applicabile e il conseguente giudizio nella fattispecie controversa. Pertanto, in una dimensione intermedia, detta materia deve tener conto anche dei problemi relativi alla delimitazione della giurisdizione delle autorità giudiziarie nazionali e al riconoscimento ed esecuzione delle decisioni e degli atti stranieri.

Infine, in senso ampio, certa parte della dottrina, soprattutto quella francese¹⁶, ricomprende nello studio delle discipline internazionalprivatistiche anche

¹⁴ Così SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, traduzione SCIALOJA, Torino, 1898, p. 31.

¹⁵ Occorre sottolineare, tuttavia, che il cd. metodo conflittuale non costituisce il solo mezzo tramite il quale regolamentare le fattispecie interindividuali collegate con più di uno Stato. Accanto alle norme di conflitto, infatti, devono essere tenute in considerazione sia le c.d. norme materiali di diritto internazionale privato, sia le norme di applicazione necessaria. Sul c.d. tritico delle norme di diritto internazionale privato v. VALLINDAS, *Droit international privé lato sensu ou stricto sensu*, in *Mélanges Maury*, t. I, p. 509 ss.

¹⁶ V. VALLINDAS, *La structure de la règle de conflit*, in *Recueil des Cours*, t. 101, 1960-III, p. 340; AUDIT, *Droit international privé*, Paris 2010, p. 15 ss.; MAYER, HEUZE, *Droit international privé*, Paris, 2010, p. 2.

le questioni relative alla condizione degli stranieri e l'esame delle norme sulla cittadinanza.

Orbene, dato che obbiettivo del presente lavoro è l'analisi dei diversi modi in cui può essere risolto il problema della determinazione della legge applicabile al contratto internazionale in mancanza di una *electio iuris*, appare evidente che in questo elaborato il diritto internazionale privato viene in rilievo nella sua accezione più ristretta. Tuttavia, non mancheranno, ove opportuno, riferimenti alle altre funzioni, intimamente connesse, della materia.

Oggetto del presente capitolo, che intende fornire le premesse metodologiche dell'indagine, è, in primo luogo, lo studio della struttura e della funzione delle norme di diritto internazionale privato e delle soluzioni proposte ai problemi che dette norme sollevano in materia di contratti internazionali. Verranno quindi analizzate le questioni relative alla qualificazione di detti rapporti e all'internazionalità del contratto. In un secondo momento, invece, si procederà alla descrizione e alla giustificazione delle classificazioni adottate. Successivamente, ci si domanderà se la legge determinata tramite l'operare delle norme di diritto internazionale privato rappresenti l'unica regolamentazione applicabile al contratto internazionale, ovvero se altri tipi di norme sostanziali possano intervenire nella disciplina delle obbligazioni di natura transnazionale. Infine, saranno delineati i parametri valutativi attraverso i quali le soluzioni adottate dagli ordinamenti presi in considerazione verranno esaminate.

2. Funzione e struttura della norma di diritto internazionale privato

Come ogni altra norma giuridica, le disposizioni di diritto internazionale privato constano di due elementi. Il primo elemento è costituito dall'ipotesi di fatto, che definisce l'oggetto della norma, mentre il secondo riguarda il trattamento

giuridico da ricollegare a quell'ipotesi di fatto¹⁷. Tuttavia, pur basandosi su questa comune struttura, la funzione delle norme di diritto internazionale privato, definita come il coordinamento dei vari ordinamenti giuridici nazionali, può essere di tre tipi alternativi, a seconda del compito loro assegnato.

Il primo tipo prende come punto di partenza le norme sostanziali dell'ordinamento che le ha poste in essere e si limita, pertanto, a individuare i rapporti disciplinati da quel diritto materiale. Di conseguenza, la funzione delle norme unilaterali introverse è quella di determinare l'ambito di applicazione del diritto interno, dal momento che il legislatore statale, dotando l'ordinamento di regole di diritto internazionale privato, non fa altro che autolimitarsi¹⁸.

Per altre norme, invece, l'ipotesi di fatto è costituita dall'indicazione della categoria dei rapporti giuridici o delle fattispecie della vita reale che sono volte a regolare. Le loro conseguenze giuridiche, in questo caso, sono determinate dalla legge dello Stato cui rinvia il criterio di collegamento adottato. In tal guisa, il coordinamento delle diverse leggi in presenza non si realizza tramite l'autolimitazione dei singoli ordinamenti, ma è compiuto dalla norma di conflitto bilaterale, il cui fine è appunto quello di indicare la legge applicabile al rapporto in questione. Inoltre, il carattere bilaterale di dette norme deriva dal fatto che esse svolgono, a un tempo, la funzione di delimitare l'ambito di applicazione della *lex fori* e quella di dichiarare il diritto straniero applicabile¹⁹.

¹⁷Così BETTI, *Problematica del diritto internazionale*, Milano, 1956, p. 165.

¹⁸V. DE NOVA, *I conflitti di leggi e le norme con apposita delimitazione della sfera di efficacia*, in *Dir. int.*, 1959, p. 14.

¹⁹Cfr. BOGDAN, *Private International Law as Component of the Law of the Forum. General Course on Private International Law*, in *Recueil des Cours*, t. 348, 2011, p. 72. V. anche PICONE, *Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé. Cours général de droit international privé*, in *Recueil des Cours*, t. 276, 1999, p. 31 per il quale, tuttavia, la funzione esterna della norma di conflitto non consiste nel dichiarare il diritto straniero applicabile, ma nella produzione di regole nazionali dal contenuto analogo a quello delle norme della legge straniera competente. Il pensiero dell'Autore, quindi, si inserisce nel solco di quella tradizione che considera il diritto straniero come fatto di produzione giuridica. V. in merito PERASSI, *Lezioni di diritto internazionale*, vol. II, *Diritto internazionale privato*, Padova, 1957, p. 59 ss.; MONACO, *L'efficacia della legge nello spazio*, Torino, 1964, p. 28 ss. Sul rinvio al diritto straniero cfr. per tutti VITTA, *Diritto internazionale privato*

Infine, la terza funzione delle norme di diritto internazionale privato è quella di rendere applicabile nell'ordinamento nazionale le sole norme di diritto privato straniero. Secondo i sostenitori di questa teoria, tutte le disposizioni di conflitto si configurano come norme unilaterali estroverse, giacché l'applicazione della disciplina nazionale, vigente per definizione, non necessita dell'effetto attributivo di efficacia tipico della norma di diritto internazionale privato. Questi Autori riconoscono che le norme di diritto internazionale privato limitano in certi casi la sfera di applicazione della legge interna, ma sostengono che ciò sia semplicemente una conseguenza indiretta di quel rinvio al diritto straniero che costituisce la funzione tipica della disciplina di conflitto²⁰.

Dopo aver definito la funzione delle norme di diritto internazionale privato, occorre ora prendere in esame la struttura bipartita delle disposizioni di diritto internazionale privato.

Quanto alle norme di conflitto unilaterali introverse si veda, ad esempio, l'art. 16, terzo alinea del codice civile cileno, laddove prescrive che "*Pero los efectos de los contratos otorgado en país extraños para cumplirse en Chile, se arreglarán a las*

cit., p. 217 ss. e per le differenze tra la funzione interna e quella esterna delle norme di conflitto bilaterale cfr. BOSCHIERO, *Appunti sulla riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, Torino, 1996, p. 199 ss. Occorre aggiungere che quanto sostenuto nel testo si riferisce in maniera specifica alle norme di conflitto bilaterali di origine statale. È vero che anche le norme di diritto internazionale privato contenute in trattati e in atti di organizzazioni internazionali delimitano l'ambito di applicazione della *lex fori*, o determinano quale diritto straniero è applicabile alla fattispecie controversa, soprattutto se ci si pone dal punto di vista del giudice di uno Stato vincolato da dette norme. Tuttavia, la funzione precipua delle norme internazionali di conflitto è "*the allocation of regulatory authority between states. Private international law rules, from this perspective, are not concerned with private rights, but with public power*". Così, MILLS, *The Confluence of Public and Private International Law*, Cambridge, 2009, p. 20.

²⁰ In questi termini si esprimeva già AGO, *Teoria del diritto internazionale privato*, Padova, 1934, p. 98 s. e successivamente BOSCO, *Sulla funzione delle norme di diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int.*, 1935, p. 237 ss; MORELLI, *Elementi di diritto internazionale privato italiano*, 12^aed., Napoli, 1986, p. 19 ss. È stato giustamente affermato come questa altro non sia che una speciale forma di bilateralismo, in cui non si tiene conto della funzione interna delle norme di conflitto bilaterali, più che ad un unilateralismo propriamente inteso. V. VITTA, *Cours général de droit international privé*, in *Recueil des Cours*, t. 162, 1979-I, p. 147 s. e p. 222, nota 393 per la denominazione delle norme di conflitto unilaterali.

*leyes chilenas*²¹". Questa disposizione, formulata in termini riflessivi, può essere letta, in positivo, nel seguente modo: le leggi cilene disciplinano gli effetti dei contratti stipulati all'estero che devono essere eseguiti in Cile. L'ipotesi di fatto, ossia la fattispecie oggetto della norma, è costituita dagli effetti dei contratti stipulati all'estero che devono essere eseguiti in Cile, mentre il trattamento giuridico ricollegato è stabilito dalle leggi cilene.

In disposizioni di questo genere è palese la volontà dell'ordinamento di autolimitarsi in ragione della sussistenza di altri ordinamenti giuridici stranieri in posizione di parità. Infatti, tanto a livello dottrinale²², quanto sul piano del diritto positivo, la teoria unilateralistica introversa postula che ogni ordinamento giuridico deve limitarsi a stabilire le condizioni di applicabilità del proprio diritto²³. Di

²¹ V. KROPHOLLER, KRÜGER, RIERING, SAMTLEBEN, SIEHR (her.), *Außereuropäische IPR-Gesetze*, Hamburg, 1999, p. 176. L'art. 113 del codice di commercio cileno contiene una disposizione analoga in quanto prevede l'applicazione della legge cilena per tutti gli atti relativi all'esecuzione dei contratti conclusi in un Paese straniero da compiersi in Cile. Cfr. LOYOLA NOVOA, *Chile*, in ESPLUGUES MOTA, HARGAIN, PALAO MORENO (a cura di), *Derecho de los contratos internacionales en Latinoamérica, Portugal y España*, Madrid, 2008, p. 172.

²² Per un inquadramento generale delle diverse correnti della teoria unilateralistica v. DE NOVA, *Historical and Comparative Introduction to Conflict of Laws*, in *Recueil des Cours*, t. 118, 1966-II, p. 570 ss.; GOTHOT, *Le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé*, in *Rev. Critique*, 1971, p. 1 ss.; p. 209 ss.; p. 415 ss.; VISCHER, *General Course on Private International Law*, in *Recueil des Cours*, t. 232, 1992-I, p. 36 ss.; MARINO, *Metodi di diritto internazionale privato e tutela del contraente debole nel diritto comunitario*, Milano, 2010, p. 58 ss.

²³ L'unilateralismo introverso è stato efficacemente paragonato ad un'araba fenice che risorge periodicamente dalle proprie ceneri (cfr. MARINO, *op. loc. cit.*) e a un sistema di regole che affascinerà sempre qualche giurista e troverà in ogni tempo un nuovo difensore, nonostante le più radicali confutazioni (così GOTHOT, *Le renouveau* cit., p. 4 s.). Effettivamente, il pensiero unilateralista è stato proposto a più riprese e con diverse giustificazioni a partire dalla fine del diciannovesimo secolo. Si possono tracciare due periodi di questa teoria. Il primo pone al centro del pensiero unilateralista il principio di sovranità. Aderendo alla scuola internazionalistica del diritto internazionale privato, due Autori tedeschi di fine ottocento, Schnell e Niedner, si proponevano di risolvere i conflitti di legge muovendo dal concetto di sovranità. Più precisamente, il potere-dovere di ciascuno Stato di fissare i limiti di applicazione delle proprie leggi deriva dalla sovranità che è a lui riconosciuta dal diritto internazionale. Inoltre, il singolo Stato lederebbe la sovranità degli altri Stati qualora dichiarasse quando il loro diritto deve essere applicato. Di conseguenza, ogni Stato può solamente, negli spazi lasciati liberi dalle proprie leggi, dare applicazione al diritto straniero che vuole applicarsi al rapporto controverso. Sul pensiero di Schnell e di Niedner, che ha profondamente influenzato la prima codificazione tedesca del diritto internazionale privato v. DE NOVA, *Historical and Comparative Introduction* cit., p. 572 ss.; VITTA, *Cours* cit., p. 149 s. Sempre muovendo dal principio di sovranità, ma nell'ambito della concezione nazionalistica del diritto internazionale privato, considerazioni dal tenore analogo a quanto sopra riportato si ritrovano in NIBOYET, *Traité de droit international privé*

conseguenza, non spetta alle norme di conflitto della *lex fori* determinare la legge straniera applicabile alle fattispecie non regolate dal diritto nazionale, ma è compito del giudice accertare quale legge voglia regolare quel rapporto. Solo in questo modo, infatti, risulta possibile rispettare la volontà degli ordinamenti stranieri in merito al loro campo di applicazione materiale e spaziale.

Una più attenta analisi della disposizione in esame mette in risalto le difficoltà che caratterizzano un sistema di conflitto unilaterale. Il giudice cileno che deve decidere una controversia in materia di contratti internazionali sa solo che gli effetti dei contratti stipulati all'estero che devono essere eseguiti in Cile sono regolati dalla legge cilena. La norma nulla dice in merito alla disciplina della validità del contratto, né sulla legge applicabile se il contratto deve essere eseguito totalmente o parzialmente all'estero. In questi casi, prima di volgere la sua attenzione a quali leggi straniere vogliono disciplinare questi aspetti del contratto, il giudice deve valutare se essi ricadono nella sfera di applicazione della propria legge in virtù di altre disposizioni di conflitto. Orbene, l'unica altra norma del codice civile riconducibile ai contratti internazionali è l'art. 14, secondo il quale "*La ley es obligatoria para todos lo habitantes de la Republica, incluso los extranjeros*"

français, vol. III, *Conflicts de lois, d'autorités et de jurisdictions*, Paris, 1944, p. 243 ss. Il secondo periodo, invece, mette al centro della teoria unilaterale lo stretto legame che intercorre tra le norme di conflitto e il diritto materiale per le quali si applicano. Tra i vari sostenitori di questo metodo occorre menzionare PILENKO, *Droit spatial et droit international privé*, in *Jus Gentium*, 1954, p. 35 ss.; VIVIER, *Le caractère bilateral des règles de conflit de lois*, in *Rev. critique*, 1953, p. 655 ss.; e soprattutto QUADRI, *Lezioni cit.*, p. 244, p. 271 ss. Anche secondo questo Autore le norme di conflitto si dirigono esclusivamente al diritto materiale nazionale, di cui delimitano la sfera di efficacia. Inoltre, più che di norme in senso stretto, le disposizioni di diritto internazionale privato svolgono la funzione di fornire delle direttive generali per determinare l'ambito di applicazione del diritto interno, dal momento che quest'ultimo è suscettibile di frequenti e profonde modifiche, in ragione dei mutamenti che possono avvenire nell'insieme dei valori economici, politici e sociali dell'ordinamento, alle quali le norme di conflitto devono potersi adeguare. In considerazione di ciò, la delimitazione dell'ambito di efficacia delle leggi straniere non può essere compiuta dalle norme di diritto internazionale privato del foro, ma da quelle del loro ordinamento, in modo da consentire la loro legittima applicazione nello Stato del foro per quelle fattispecie a cui vogliono applicarsi, in virtù del principio dell'adattamento del diritto nazionale agli ordinamenti stranieri. Per un'analisi della teoria di Quadri, cfr. DE NOVA, *New Trends in Italian Private International Law*, in *Id.*, *Scritti di diritto internazionale privato*, Padova, 1977, p. 53 ss.

Come è stato evidenziato in dottrina, il diritto cileno sottopone la validità e gli effetti dei contratti a due leggi differenti²⁴. Ne segue che la legge cilena regola la validità dei contratti conclusi in Cile, anche se a stipularli sono due persone domiciliate all'estero²⁵, e tutti i loro effetti, qualora l'esecuzione del contratto avvenga totalmente in Cile. Quando invece solo una parte delle obbligazioni nascenti dal contratto deve essere eseguita in Cile, l'art. 16 par. 3 fornisce la soluzione unicamente per quegli effetti dei contratti stipulati all'estero che devono essere eseguiti in Cile.

Di conseguenza, al fine di accertare la validità dei contratti stipulati all'estero e di regolare quegli effetti dei contratti che trovano esecuzione all'estero, la teoria unilateralistica impone al giudice di esaminare le norme di conflitto delle leggi straniere e di dare applicazione a quella legge che si dichiara competente al riguardo. È a questo punto dell'indagine che vengono in rilievo le difficoltà comuni alle varie versioni di questa dottrina. Infatti, è possibile che il giudice cileno si trovi nella situazione in cui nessuna o, viceversa, più di una legge straniera voglia essere applicata.

Nel primo caso il giudice constata che il rapporto controverso non ricade nella sfera di applicazione di nessuna delle leggi in presenza. In questa situazione egli dovrebbe, per non contraddire le premesse dell'unilateralismo, dichiararsi incompetente²⁶. Tuttavia, per evitare un palese diniego di giustizia sono state proposte diverse soluzioni. Alcuni sostengono che il giudice debba applicare la *lex fori* o in via mediata²⁷, o riducendo la fattispecie transnazionale in fattispecie

²⁴ V. POSENATO, *Autonomia della volontà e scelta della legge applicabile ai contratti nei sistemi giuridici latino-americani*, Padova, 2010, p. 454.

²⁵ Questa soluzione è giustificata da un'interpretazione estensiva dell'art. 14. V., anche per i dovuti richiami giurisprudenziali ETCHEBERRY, *American-Chilean Private International Law*, New York, 1960, p. 57; LEÓN, *Reforma del sistema chileno de derecho internacional privado*, in *Liber Samtleben*, p. 187.

²⁶ Cfr. LOUSSOUARN, *Cours général de droit international privé*, in *Recueil des Cours*, t. 139, 1973-II, p. 376.

²⁷ V. NIBOYET, *Traité* cit., vol. III, p. 252 ss. Ponendo alla base del suo pensiero il principio della territorialità delle leggi, l'Autore francese giustifica la sottoposizione di questi casi alla *lex fori* sul

puramente interna²⁸. Altri ritengono che la lacuna possa essere colmata tramite la creazione di regole materiali *ad hoc*, dal contenuto analogo a quello delle leggi dei Paesi che hanno delle strette connessioni con la fattispecie²⁹. Queste soluzioni, tuttavia, si pongono in contrasto con il presupposto di fondo della teoria unilateralistica, giacché finiscono per modificare i precetti dell'ordinamento in merito alla sfera di efficacia delle proprie leggi.

Nel caso opposto, ossia quando la materia da regolare rientra nell'ambito di applicazione di più leggi straniere, il giudice si trova nella situazione di dover compiere una scelta tra le diverse leggi in presenza³⁰. Al riguardo, una prima opzione consiste nel valutare i punti di contatto esistenti tra il caso concreto e gli ordinamenti in conflitto e di applicare la legge di quell'ordinamento individuato da un cumulo di collegamenti³¹. Una seconda soluzione, invece, prevede di dare preferenza a quella legge che meglio risponde al principio di effettività e alle legittime aspettative delle parti³². Come terza alternativa, inoltre, è stato proposto di riferirsi all'ideologia ispiratrice del sistema come parametro per dare preferenza alla legge più conforme all'ideologia stessa³³. Infine, la scelta del diritto applicabile può

presupposto che l'applicazione della legge francese ad un rapporto di diritto, che avrebbe potuto essere regolato da una legge straniera, non ha nulla di anormale in un sistema che considera la territorialità come principio e l'extraterritorialità come eccezione.

²⁸ Così GOTHOT, *Le renouveau* cit., p. 31

²⁹ In questi termini, nel commentare la teoria di Quadri, cfr. De Nova, *New Trends* cit., p. 58.

³⁰ È in questi termini, secondo Sperduti, che deve essere correttamente intesa l'espressione *choice of laws*, in uso nei paesi anglofoni per definire il diritto internazionale privato in senso stretto. V. SPERDUTI, *Théorie du droit international privé*, in *Recueil des Cours*, t. 122, 1967-III, p. 258.

³¹ Cfr. SOHN, *New Bases for Solution of Conflict of Laws Problems*, in *Harvard Law Rev.*, vol. 55, 1942, p. 995 s.

³² V. QUADRI, *Lezioni* cit., p. 288 ss.; *contra* DEBY-GÉRARD, *Le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux*, Paris, 1973, p. 42 secondo il quale il principio di effettività sarebbe del tutto assente nella teoria unilateralistica.

³³ Così SPERDUTI, *Théorie* cit., p. 258 s. Per comprendere meglio il pensiero dell'Autore, si può far riferimento a quanto da lui scritto sull'interpretazione del criterio di collegamento del luogo di conclusione del contratto. Secondo Sperduti, la brevità di linguaggio che caratterizza l'art. 25 delle preleggi, il quale disponeva che le obbligazioni contrattuali sono regolate dalla legge del luogo di conclusione del contratto, è un espediente ipotetico. La norma, non descrivendo direttamente la circostanza rilevante di collegamento, il luogo di conclusione, lascerebbe desumere che a tale circostanza si possa arrivare tramite l'applicazione delle disposizioni materiali della *lex fori*. Secondo l'Autore, invece, l'art. 25 deve essere interpretato come volontà dell'ordinamento italiano di

avvenire tramite una bilateralizzazione della norma di conflitto unilaterale della *lex fori*. In questo caso, si applicherà quel diritto straniero a cui rinvia il criterio di collegamento che viene impiegato per delimitare la sfera di efficacia della legge interna³⁴.

Benché la bilateralizzazione della norma unilaterale rappresenti un salto logico della teoria unilaterale e sia in contrasto con il postulato secondo cui una legge deve essere applicata solo quando si considera competente, nondimeno ha costituito lo strumento tramite il quale i giudici hanno risolto i problemi della lacuna e del cumulo di leggi³⁵.

Nessun stupore, quindi, se anche la giurisprudenza cilena ha avviato alle difficoltà sopra riportate tramite la tecnica della bilateralizzazione delle norme di conflitto. Di conseguenza, la validità dei contratti stipulati in un Paese straniero è disciplinata dalla legge del luogo di conclusione, mentre gli effetti degli contratti sono regolati dalla legge del luogo di esecuzione³⁶.

disciplinare i contratti che hanno avuto origine in Italia. Di conseguenza, il principio ispiratore della norma di conflitto è quello per cui il contratto è sottoposto alla legge di origine del contratto stesso, che giustifica la propria applicazione "*in quanto legge sotto l'impero della quale il contratto è nato, per l'avveramento sul territorio dello Stato degli eventi empirici o, a seconda dei casi, dell'evento empirico finale, da cui essa fa dipendere l'evento giuridico della conclusione di un contratto o, a seconda dei casi, del suo perfezionamento*". Cfr. SPERDUTI., *I criteri di applicazione delle leggi interne e straniere secondo il diritto internazionale privato*, in ID., *Saggi di teoria generale del diritto internazionale privato*, Milano, 1967, p. 62. Pertanto, nel scegliere tra le diverse leggi straniere in presenza, dovrà essere data applicazione a quella legge che si consideri competente in virtù di un principio analogo a quello espresso dalla norma di conflitto nazionale.

³⁴ In questo senso si erano già espressi gli autori tedeschi a cavallo tra il diciannovesimo e il ventesimo secolo. V. VITTA, *Cours cit.*, p. 154. Cfr. anche VIVIER, *Le caractère bilateral cit.*, p. 657.

³⁵ Anche per gli opportuni richiami dottrinali e giurisprudenziale v. MARINO, *Metodi cit.*, p. 63 s.

³⁶ V. POSENATO, *Autonomia cit.*, p. 453 s. È dubbia la questione della legge applicabile agli effetti del contratto qualora l'esecuzione delle obbligazioni avvenga in diversi Paesi. Secondo alcuni, ogni singola obbligazione nascente dal contratto deve essere regolata dalla legge del luogo di esecuzione. Così VILLARROEL BARRIENTOS C., VILLARROEL BARRIENTOS G., *Determinación de la ley aplicable a los derechos y obligaciones emanados de los contratos internacionales*, in *Rev. chil. de derecho*, 1990, p. 363 ss. Tuttavia, la dottrina e la giurisprudenza si sono orientate verso l'applicazione della legge cilena a tutti gli effetti del contratto qualora una sola obbligazione debba essere eseguita in Cile. V. POSENATO, *op. loc. cit.*, nota 532. Infine, qualora il contratto sia concluso all'estero e all'estero si producano tutti i suoi effetti, la legge applicabile tanto alla validità del negozio quanto ai suoi effetti è quella del luogo di conclusione. V. LEÓN, *Reforma cit.*, p. 187.

Non desta sorpresa, inoltre, la circostanza che le teorie unilateralistiche abbiano trovato scarso riscontro sul piano del diritto positivo. Disposizioni unilaterali introverse sono contenute nei vari codici civili latino-americani che hanno adottato il modello di codificazione cileno, nell'art. 3 del codice civile francese e nelle abrogate disposizioni preliminari al codice civile tedesco del 1896.

Anche le norme di conflitto bilaterali hanno una struttura bipartita³⁷. Si veda ad esempio l'art. 4, par. 1, lett. a) del regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali³⁸, c.d. Roma I, secondo il quale, in mancanza di scelta e fatte salve alcune tipologie contrattuali, il contratto di vendita è disciplinato dalla legge del paese nel quale il venditore ha la residenza abituale. In questo caso, l'ipotesi di fatto, ossia l'indicazione della categoria dei rapporti giuridici o delle fattispecie della vita reale che la norma vuole regolare, è costituita dal contratto di compravendita, mentre il trattamento giuridico da ricollegare è determinato dalla legge del paese di residenza abituale del venditore.

Da una comparazione con l'art. 16, par. 3 del codice civile cileno, appaiono subito evidenti le due fondamentali differenze tra norme unilaterali e bilaterali³⁹. Mentre le prime spiegano i propri effetti solo sul diritto materiale dell'ordinamento a cui appartengono, le seconde si basano sull'idea che il diritto nazionale e quello

³⁷ V. *ex multis* RABEL, *The Conflict of Laws*, 2nd ed., vol. I, Ann Arbor, 1958, p. 47 ss.; MONACO, *L'efficacia cit.*, p. 48 ss.; LIPSTEIN, *The General Principles of Private International Law*, in *Recueil des Cours*, t. 135, 1972-I, p. 195 ss.; VITTA, *Diritto internazionale privato cit.*, p. 255 ss.; BALLADORE PALLIERI, *Diritto internazionale privato italiano*, in CICU, MESSINEO (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, vol. XLV, Milano, 1974, p. 75 ss.

³⁸ In *Gazz. Uff. Unione eur.*, n. L 177 del 4 luglio 2008, p. 6 ss.

³⁹ Occorre ricordare che non tutti gli Autori considerano le norme di conflitto unilaterali e bilaterali come espressione di metodi di coordinamento tra ordinamenti giuridici alternativi ed incompatibili. Secondo PICONE, *Les methods cit.*, p. 37 ss., ad esempio, entrambi i modelli di disposizione di conflitto sarebbero da ricondurre a una delle tre differenti varianti del metodo della localizzazione del rapporto: a) localizzazione automatica, che deriva direttamente dal pensiero di Savigny e che conduce automaticamente e indifferentemente all'applicazione della legge interna o straniera; b) localizzazione condizionata, che tiene conto delle determinazioni internazionalprivatistiche degli ordinamenti interessati in merito alla risoluzione del caso concreto; c) localizzazione per autocollegamento, che si realizza, in via indiretta, se si tiene conto delle differenti volontà delle leggi in presenza circa la regolamentazione del caso di specie.

straniero sono in principio eguali e hanno lo stesso titolo per essere applicati a seconda del rinvio operato dal criterio di collegamento⁴⁰. D'altra parte, le norme unilaterali muovono dalla considerazione dell'ambito di efficacia e degli obiettivi delle regole sostanziali; viceversa, le norme bilaterali pongono al centro della loro azione la natura delle fattispecie da regolare⁴¹.

Le disposizioni di conflitto bilaterali, neutre e imparziali nel trattamento della legge straniera rispetto al diritto interno, costituiscono il paradigma di base dei sistemi nazionali di diritto internazionale privato e degli strumenti di origine internazionale in materia⁴². In primo luogo, perché non incorrono nelle difficoltà delle norme unilaterali sopra riportate. In secondo luogo, e soprattutto, perché, pur non riuscendo in alcuni casi a garantire l'eguaglianza di trattamento della *lex fori* e

⁴⁰ L'idea dell'uguaglianza di trattamento tra diritto interno e diritto straniero risale a Savigny e alla sua teoria della localizzazione del rapporto giuridico. Al centro del suo pensiero, l'Autore postula che, per decidere su rapporti giuridici transnazionali, il giudice deve applicare "quel diritto locale, al quale il rapporto appartiene, tanto se questo diritto locale sia il diritto dello Stato stesso del giudice, quanto se sia il diritto di uno Stato straniero". Così SAVIGNY, *Sistema* cit., p. 35. Sul principio di uguaglianza v. inoltre VALLINDAS, *La structure* cit., p. 343 s.; VITTA, *Il principio di uguaglianza tra «lex fori» e diritto straniero*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964, p. 1578 ss.

⁴¹ Cfr. BOGDAN, *Private International Law* cit., p. 75.

⁴² Anche l'Istituto di diritto internazionale è intervenuto a più riprese sull'argomento. Nella risoluzione del 25 aprile 1952 – *L'influence des conditions démographiques sur le règlement des conflits de lois* – l'Istituto auspica che le regole di diritto internazionale privato non utilizzino dei criteri di collegamento che diano luogo a una differenza di trattamento tra l'ambito di applicazione della *lex fori* e quello del diritto straniero. Considerazioni di analogo tenore sono state recepite e approfondite nella risoluzione 12 settembre 1989, *L'égalité de traitement entre la loi du for et la loi étrangère*. I testi di tutte le risoluzioni dell'Istituto sono disponibili all'indirizzo internet http://www.idi-iiil.org/idiF/navig_res_chron.html (ultima consultazione: 4 gennaio 2012).

del diritto straniero⁴³, la dottrina, la giurisprudenza e i legislatori non hanno ancora proposto un metodo migliore⁴⁴.

Il primo elemento della norma di conflitto bilaterale contiene l'indicazione delle fattispecie che ne costituiscono l'oggetto. In precedenza, tuttavia, nel riferirsi all'ipotesi di fatto di queste disposizioni ci si è riferiti tanto ai rapporti giuridici quanto alle fattispecie della vita reale. Pertanto, occorre ora motivare la scelta di considerare i fatti della vita reale quali vero oggetto delle norme di diritto internazionale privato.

Nella parte dedicata alla trattazione delle singole fattispecie, Savigny pone un punto fermo a partire dal quale svolge la sua analisi. Esso consiste nel cercare *per ogni rapporto giuridico* il diritto al quale appartiene, ovvero il diritto in cui si trova la sede di ogni categoria di rapporti, conformemente alla loro particolare natura⁴⁵. Tuttavia, è stato dimostrato che basare l'oggetto delle norme di conflitto sui rapporti giuridici conduce a un circolo vizioso⁴⁶. Infatti, qualificare un rapporto come giuridico presuppone che sia già stato individuato l'ordinamento che deve giudicare

⁴³ I limiti all'uguale trattamento della legge straniera possono essere di diverso tipo. Un limite preventivo è rappresentato dall'esistenza di norme di diritto interno che vogliono essere necessariamente applicate indipendentemente dal carattere transnazionale della fattispecie. Un altro, di tipo successivo, è rappresentato dall'eccezione dell'ordine pubblico. Inoltre, possono venire in rilievo sia la qualificazione procedurale della materia controversa, sia la circostanza che l'applicazione di una legge straniera debba essere richiesta dalle parti in causa alle quali, sia, infine, che spetti alle parti fornire la prova del contenuto della legge straniera. Per un'approfondita analisi dall'ampio respiro comparatistico di queste questioni v. PARRA-ARANGUREN, *General Course of Private International Law. Selected Problems*, in *Recueil des Cours*, t. 210, 1988-III, pp. 71-142.

⁴⁴ V. i rilievi di GONZÁLES CAMPOS, *Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé*, in *Recueil des Cours*, t. 287, 2000, p. 65, secondo il quale il diritto internazionale privato si troverebbe in un periodo di transizione. Tuttavia, continua l'Autore, benché il paradigma tradizionale non sia più universalmente accettato, non ne è stato ancora trovato un altro di generale accettazione da parte di dottrina e giurisprudenza. Cfr. anche STRUYCKEN, *Co-ordination and Co-operation in Respectful Disagreement. General Course on Private International Law*, in *Recueil des Cours*, t. 311, 2004, p. 319, per cui "History does not show that practical experience has proven fatal for the method so that it is no more than a more or less forgotten episode of the past. On the contrary, legislators and drafters of international conventions have not substituted a better method. Many modern codifications and conventions contain abstract choice-of-law rules. The method still is universally practiced".

⁴⁵ Cfr. SAVIGNY, *Sistema cit.*, p. 118 ss.

⁴⁶ V. VON BAR, *The Theory and Practice of Private International Law*, 2nd ed., Edinburgh, 1982, p. 55 s.

il rapporto. In altre parole, l'espressione rapporto giuridico indica una situazione già risolta dalla norma di diritto, piuttosto che un caso da disciplinare⁴⁷.

Un altro Autore tedesco parte, invece, da premesse più vicine al punto di vista processualistico. Zitelmann identifica la soluzione del problema del diritto internazionale privato, che nasce dalla coesistenza di più ordinamenti giuridici dotati ciascuno di uno proprio ambito di vigore, con la risposta alla domanda se l'effetto giuridico sostenuto dalla parte interessata in una data controversia si sia o no prodotto. Di conseguenza, la questione di diritto sollevata dall'attore diventa l'oggetto sia della domanda di giudizio, sia delle norme di conflitto⁴⁸.

Per ovviare al problema del circolo vizioso che affligge il considerare oggetto delle norme di diritto internazionale privato il rapporto giuridico, la dottrina maggioritaria ritiene che esse abbiano lo scopo di determinare la disciplina applicabile ai fatti della vita reale non ancora giuridicamente qualificati. Le disposizioni di conflitto, quindi, operano come tutte le altre norme direttamente sui fatti della vita, non su materie astratte o predicati giuridici. È vero che il tenore letterale delle disposizioni fa riferimento a rapporti, situazioni giuridiche o istituti. Tuttavia, esse indicano, con brevità di linguaggio, gruppi di singole fattispecie considerate per categoria⁴⁹.

Occorre infine segnalare la posizione sincretica di chi non ritiene rilevante il modo in cui si definisce l'oggetto delle norme delle norme di conflitto, dal momento

⁴⁷ In questi termini, v. BETTI, *Problematica* cit., p. 175; VITTA, *Diritto internazionale privato* cit., p. 260.

⁴⁸ V. BETTI, *Ernst Zitelmann e il problema del diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int.*, 1925, p. 50. Sulla determinazione della sfera di vigore delle leggi secondo il suo pensiero cfr., ZITELMANN, *Geltungsbereich und Anwendungsbereich der Gesetze. Zur Grundlegung der völkerrechtlichen Theorie des Zwischenprivatrechts*, in *Festgabe der Bonner Juristischen Fakultät für Karl Bergbohm*, Bonn, 1919, pp. 207-241, e riprodotto, tradotto da BALLARINO, col titolo *Sfera di validità e sfera di applicazione delle leggi*, in *Antologia di diritto internazionale privato*, Milano, 1964, p. 18 ss.

⁴⁹ Così RABEL, *The Conflict of Laws* cit., p. 51 ss. Per l'ampio seguito ricevuto da questa concezioni si rinvia a VITTA, *op. loc. cit.*, nota 11. Aderisce all'idea che oggetto delle norme di diritto internazionale privato siano fatti giuridicamente qualificati BALLADORE-PALLIERI, *Diritto internazionale privato*, 2^a ed., Milano, 1950, p. 63 ss. e p. 71 ss. per i riflessi di questa posizione sul problema della qualificazione. V. per una posizione simile BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, 3^a ed., Padova, 1999, p. 234.

che esse, indipendentemente dalla qualificazione loro data, svolgono sempre la medesima funzione: quella di disciplinare, in via indiretta, delle situazioni o delle relazioni umane o di fatti che hanno bisogno di una regolamentazione⁵⁰.

2.1. Caratteristiche dei criteri di collegamento

Il secondo elemento delle disposizioni di diritto internazionale privato, necessario per individuare la legge che determinerà il trattamento giuridico da ricollegare alla fattispecie considerata, è costituito da quel punto di contatto con l'ordinamento o il territorio⁵¹ di uno Stato che il legislatore - o in mancanza di apposita regolamentazione il giudice - considera il più adeguato al fine di collegare il caso concreto con la legge materiale che deve regolarlo. Questa particolare circostanza della fattispecie viene comunemente definita criterio di collegamento ed è stata paragonata ad un ponte che collega il rapporto alla legge applicabile.

Nel caso di un contratto internazionale, tuttavia, sono molti i punti di contatto che possono venire in rilievo. Si pensi ad esempio a un contratto concluso a Mendrisio tra un italiano residente a Como e un architetto tedesco residente ad Amburgo per la progettazione e la costruzione di una villa a Mentone. È evidente, in questo caso, che, a seconda di quale criterio di collegamento venga adottato dalla norma di diritto internazionale privato, può essere data rilevanza o al diritto svizzero, quale legge del luogo di conclusione del contratto, oppure a quello tedesco, quale legge del luogo della sua esecuzione o di residenza abituale

⁵⁰ Così VALLINDAS, *La structure* cit., p. 355 s.

⁵¹ Quasi tutti i punti di contatto rilevanti, dai quali far discendere la regolamentazione internazionalprivatistica del contratto, rimandano, invero, al territorio di uno Stato: luogo di conclusione e di esecuzione del contratto, collegamento più stretto, residenza abituale del prestatore caratteristico, luogo di situazione dell'immobile, e così via. Non mancano, tuttavia, sistemi che ancora utilizzano quale criterio di collegamento principale la comune cittadinanza dei contraenti. V., ad esempio, l'art. 13 della legge thailandese di diritto internazionale privato del 1938 e l'art. 6 di quella di Taiwan del 1953.

dell'architetto, o al diritto francese, quale legge del luogo di situazione dell'immobile. Inoltre, qualora il criterio di collegamento adoperato sia quello del collegamento più stretto, spetterà al giudice determinare, alla luce dell'insieme delle circostanze rilevanti, quale legge, tra quelle indicate, debba regolare il contratto.

L'esempio appena prospettato mostra con tutta chiarezza il ruolo centrale del criterio di collegamento all'interno di una norma di conflitto bilaterale. È per mezzo del collegamento prescelto, infatti, che si giunge alla determinazione della legge applicabile, ovvero all'essenza del metodo conflittuale.

Secondo il Savigny e, più in generale, i contemporanei autori che si collocano in seno alla scuola internazionalistica del diritto internazionale privato, la scelta del criterio di collegamento deve muovere da ragioni obiettive, legate alla natura della categoria di rapporti giuridici alla quale appartiene la fattispecie concreta⁵². Essi ritengono che solo attraverso l'analisi della categoria astratta si possa determinare l'elemento caratterizzante dei rapporti in esame e, di conseguenza, dedurre il criterio di collegamento adatto per la loro localizzazione. In questo modo, si individua quel punto di connessione che può essere giustamente adottato da tutti i legislatori e giudici. Inoltre, solo questo metodo garantisce l'uniformità delle soluzioni nello spazio e l'armonia internazionale delle decisioni, risolve il problema del *forum shopping* e favorisce il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze straniere.

Tuttavia, l'esperienza giuridica ha dimostrato che la determinazione dei criteri di collegamento è piuttosto un problema di politica legislativa. Infatti, già alla fine del diciannovesimo secolo il metodo universalistico cede il passo ad una trattazione particolaristica, o nazionale, secondo la quale il problema del diritto internazionale privato non viene più risolto cercando in astratto la soluzione che possa essere

⁵² Partendo dallo studio di diversi passi del Digesto, il Savigny identifica la sede delle obbligazioni contrattuali nel luogo di esecuzione della prestazione. Secondo l'Autore tedesco, infatti, è nell'adempimento che si manifesta la vera essenza dell'obbligazione, la quale richiede essenzialmente un comportamento del debitore, dal momento che un atto del creditore non è strettamente necessario o ha funzione meramente ausiliaria.

adottata ovunque da qualsiasi giudice, ma in base ai valori e alle esigenze peculiari di ciascuno Stato. Di conseguenza, nel compiere una valutazione dei vari aspetti che contraddistinguono la fattispecie e nel selezionare quello che appare il più idoneo a fornire il collegamento, ogni Stato è influenzato non solo da motivi obiettivi e di carattere generale, ma soprattutto da considerazioni nazionali di politica legislativa e dalla propria concezione di giustizia di diritto internazionale privato.

Dal momento che sul tema dei valori e dei principi che informano le norme di diritto internazionale privato si tornerà a tempo debito⁵³, occorre ora analizzare le caratteristiche dei criteri di collegamento. In primo luogo, si procederà a una loro classificazione. Successivamente, si avrà riguardo alle caratteristiche che il criterio di collegamento deve necessariamente possedere affinché possa individuare in maniera effettiva la legge applicabile. Infine, si esamineranno i casi in cui più criteri di collegamento concorrono alla determinazione della legge applicabile.

Quanto alla loro classificazione, sono state prospettate in dottrina diverse suddivisioni. Basandosi sulle caratteristiche generali dei vari criteri di collegamento, essi possono essere classificati in criteri di fatto o giuridici. I primi richiedono semplicemente un'indagine di mero fatto per il loro accertamento come, per esempio, l'art. 4, par. 1, lett. c) del regolamento Roma I, che sottopone il contratto avente ad oggetto un diritto reale immobiliare o la locazione di un immobile alla legge del paese in cui l'immobile è situato. In questo caso, è sufficiente determinare sul territorio di quale Stato si trova l'immobile per individuare la legge applicabile. I secondi, invece, si fondano su un concetto giuridico e necessitano di un'attività interpretativa, in base alla *lex fori* o alla *lex causae* a seconda dei principi informativi dell'ordinamento e delle particolarità del criterio stesso⁵⁴, per poter

⁵³ Su cui v. *infra* par. 5.

⁵⁴ LOPES PEGNA, *Criteri di collegamento*, in BARATTA (a cura di), *Diritto internazionale privato*, Milano, 2010, p. 98.

localizzare la fattispecie⁵⁵. Sempre nella prospettiva sopraindicata, i criteri di collegamento possono essere classificati come esclusivi o concorrenti, qualora il legislatore abbia utilizzato, per una data categoria di fattispecie, uno solo o più criteri di collegamento; oppure come costanti o variabili, se gli effetti del criterio di collegamento prescelto possono o meno variare nel tempo.

Un tipo di classificazione differente si ha allorché l'indagine prenda come punto di partenza la natura del nesso che collega la fattispecie all'ordinamento competente a regolarla. I criteri di collegamento, infatti, possono riferirsi all'uno piuttosto che all'altro elemento del rapporto e sono pertanto definiti soggettivi se si riferiscono ai soggetti del rapporto, come nel caso dei criteri di collegamento della cittadinanza comune di contraenti, del domicilio o della residenza abituale. Sono, invece, definiti obiettivi quei criteri che prendono in considerazione l'oggetto oppure il fatto da cui rapporto ha avuto origine, come avviene per il criterio del luogo di situazione dell'immobile e per quello del luogo di esecuzione o conclusione del contratto. Inoltre, a entrambi i tipi di criteri può essere aggiunta la qualifica di criteri territoriali qualora il punto di contatto utilizzato dalla norma di conflitto stabilisca una connessione con il territorio di uno Stato.

Per poter determinare la legge applicabile in maniera effettiva e per non incorrere in taluni problemi che talvolta sorgono in relazione al loro funzionamento, i criteri di collegamento devono soddisfare determinate caratteristiche.

⁵⁵ Si veda, ad esempio, l'art. 27, par. 1, del codice civile del Qatar del 2004 secondo il quale, in mancanza di scelta delle parti, i contatti sono regolati dalla legge del paese in cui i contraenti sono domiciliati. Nel caso in cui le parti abbiano il proprio domicilio in Stati diversi, il contratto è sottoposto alla legge del luogo di conclusione. V. NAJM, *Codification of Private International Law in the Civil Code of Qatar*, in *Yearb. of Private Int. Law*, 2006, p. 265. Appare del tutto evidente, per questo tipo di criteri di collegamento, che occorre riferirsi ad altre disposizioni legislative per poter determinare il comune domicilio delle parti e il luogo di conclusione del contratto, nel caso in cui l'accordo nulla dica al riguardo. Inoltre, anche se prima vista può apparire obsoleta la scelta dei criteri di collegamento adottati nella legislazione in esame, essa sembra essere giustificata dal fatto che gli stessi sono adoperati dalla quasi totalità delle normative internazionalprivatistiche dei paesi della penisola arabica e del Maghreb. Sembra dunque profilarsi la volontà di perseguire un'armonizzazione regionale delle norme di diritto internazionale privato tramite l'adozione, da parte dei singoli Stati, delle medesime disposizioni di conflitto.

In primo luogo essi devono contenere sia un elemento localizzatore, che rinvii a un ordinamento o al territorio di uno Stato, sia un elemento temporale, che designi il momento in cui la localizzazione deve essere effettuata o quello in cui deve essere stabilita l'esistenza dell'elemento localizzatore. Se è palese che non può esserci una norma di conflitto bilaterale che sia priva dell'elemento localizzatore, alcune norme, come il summenzionato art. 4, par. 1, lett. a) del regolamento Roma I, non contengono alcun riferimento al momento in cui deve essere determinata la localizzazione. In ipotesi di questo tipo è possibile che insorga il problema del c.d. conflitto mobile, ossia la modifica della localizzazione della fattispecie a seguito dello spostamento del criterio di collegamento in un altro Paese. Occorre dunque verificare se un'altra disposizione del sistema di diritto internazionale privato di riferimento fornisce la soluzione al problema in esame. In caso contrario, constatato che il criterio di collegamento non consente di determinare in maniera effettiva la legge applicabile, va accertato se la norma di conflitto applicabile adotta un criterio di collegamento sussidiario o più criteri di collegamento successivi o alternativi, tali da consentire l'effettiva localizzazione della fattispecie. Diversamente, dopo aver esperito tutte le alternative possibili, l'operatore del diritto può applicare al rapporto controverso la *lex fori*, piuttosto che dar luogo ad una decisione di *non liquet*⁵⁶.

In secondo luogo, l'elemento localizzatore deve condurre a una determinazione della legge applicabile univoca, esistente ed efficace. La prima caratteristica è comune tanto ai criteri di collegamento oggettivi e soggettivi, mentre i problemi dell'inesistenza e dell'inefficacia del criterio di collegamento sono peculiari, principalmente, dei criteri di collegamento soggettivi; principalmente della legge nazionale comune dei contraenti.

⁵⁶ Con particolare riferimento all'articolo in esame e a tutte le disposizioni del regolamento Roma I che utilizzano come criterio di collegamento quello della residenza abituale, occorre rilevare che l'art. 19 par. 3 stabilisce che il momento rilevante per determinare la residenza abituale è quello della conclusione del contratto.

L'univocità del criterio di collegamento si concretizza nella sua capacità di individuare una sola legge applicabile. Si pensi al caso del luogo di conclusione del contratto: anche se l'accordo si conclude *inter absentes*, esso non può che perfezionarsi in un unico luogo ed in un preciso momento. Qualora invece la norma di conflitto utilizzi quale punto di connessione rilevante quello del luogo di esecuzione del contratto, nel caso di contratti sinallagmatici con prestazioni da eseguirsi in Paesi diversi può verificarsi che le leggi di più Stati siano richiamate contemporaneamente a regolare l'accordo. Il criterio di collegamento si atteggia dunque come un "*two (or more) ways allocating factors*"⁵⁷ e sorge quindi il problema se le leggi individuate debbano applicarsi contemporaneamente, con il rischio di giungere a risultati contrastanti, o se si debba compiere una scelta tra le leggi in presenza al fine di evitare un frazionamento della disciplina applicabile. Riservandoci di tornare sul punto in un secondo momento, appare chiaro che l'unità intrinseca del sinallagma contrattuale richiede che una sola sia la legge regolatrice dello statuto contrattuale.

D'altro canto, qualora la norma di conflitto adotti il criterio di collegamento della legge personale comune, nazionale o domiciliare, esso è inesistente se la circostanza prescelta fa riferimento ad un aspetto o a un modo d'essere della fattispecie che manca del tutto nel caso concreto, ossia se i contraenti hanno cittadinanze diverse o non sono domiciliati nel medesimo Stato. In queste situazioni è necessario che la disposizione di diritto internazionale privato contenga un criterio di collegamento sussidiario e obiettivo adatto a superare l'*impasse*. Il criterio di collegamento è invece inefficace, quando il punto di contatto astrattamente prescelto è individuabile nella realtà dei fatti, ma non può spiegare i propri effetti. Si pensi a un contratto concluso a Taipei da due nordcoreani rifugiati politici in Taiwan. In circostanze del genere, il principio di effettività impone di non tener conto di un

⁵⁷ Wengler, 330 s. L'Autore, invero, richiama sul punto la questione della legge applicabile alla capacità matrimoniale di una persona con residenza in differenti Stati, ma si ritiene che la circostanza debba estendersi anche all'esempio prospettato.

simile collegamento e appare nuovamente opportuno che la norma di conflitto contenga un criterio di collegamento sussidiario e obiettivo.

2.2. Il concorso dei criteri di collegamento

A conclusione dell'analisi della funzione e della struttura delle norme di diritto internazionale privato bilaterali, occorre ora considerare che il legislatore non sempre adotta un unico criterio per localizzare il rapporto. Spesso, infatti, la norma di conflitto può prevedere più criteri di collegamento in concorso tra loro. A seconda del tipo di relazione che la disposizione instaura tra le leggi individuate dai punti di connessione impiegati, sono individuabili quattro differenti ipotesi di concorso. Pertanto, si può distinguere tra: *a) concorso successivo*, qualora il criterio di collegamento sussidiario sia destinato ad entrare in funzione solo nel caso in cui quello principale non riesca a localizzare la fattispecie; *b) concorso alternativo*, se i punti di contatto sono suscettibili di operare contemporaneamente per realizzare lo scopo che la norma di conflitto mira a realizzare; *c) concorso condizionale*, quando, ricorrendo le condizioni previste dalla norma, al posto del criterio di collegamento principale deve trovare applicazione il criterio di collegamento sussidiario; *d) concorso cumulativo*, allorché il punto di connessione opera in più direzioni e richiama più leggi a disciplinare contemporaneamente il rapporto⁵⁸.

Una situazione differente, invece, si ha quando l'operare della norma di conflitto è subordinata ad un cumulo di punti di connessione tra il rapporto considerato e il territorio del medesimo Stato. A differenza di tutte le ipotesi di concorso sopra indicate, che prendono in considerazione la relazione esistente tra i criteri di collegamento prescelti e i suoi riflessi sulla determinazione della legge

⁵⁸ L'ipotesi del concorso cumulativo può essere considerata l'altra faccia della medaglia della necessità che il criterio di collegamento conduca ad un'unica ed univoca localizzazione della fattispecie.

applicabile, la realizzazione del cumulo dei punti di contatto (così come previsto, ad esempio, dall'art. 5, par. 1 del regolamento Roma I) deve essere constatata prima dell'operare della norma di conflitto, dal momento che costituisce un requisito necessario al suo funzionamento⁵⁹. Alcuni esempi saranno utili per spiegare gli effetti del concorso di criteri sulla determinazione della legge applicabile.

Caso alquanto raro nella disciplina internazionalprivatistica dei contratti è la circostanza che la norma di diritto internazionale privato adotti un unico criterio di collegamento. L'art. 9 della legge di introduzione al codice civile brasiliano ne costituisce preclaro esempio. Esso dispone che "*para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem*". Se ne desume che il legislatore brasiliano, da un lato, rifiuta il principio di autonomia delle parti, mentre, dall'altro lato, ritiene che vi sia una sola connessione di tipo spaziale idonea a localizzare la fattispecie e, di conseguenza, provvede ad indicare quel sistema di diritto materiale che regola il rapporto in modo esclusivo.

L'ipotesi del concorso successivo è una delle caratteristiche di quelle codificazioni che adottano poche disposizioni di diritto internazionale comprendenti ampie categorie di fattispecie e che utilizzano criteri di collegamenti rigidi. Si è già detto che queste peculiarità erano tipiche del primo movimento codificatorio, il cui paradigma è fornito dalle norme relative ai conflitti di legge delle disposizioni preliminari al codice civile italiano del 1865, poi riprese nel codice civile del 1942, ma non mancano esempi di leggi di diritto internazionale privato promulgate dopo la seconda guerra mondiale che si fondano su quel modello. L'ipotesi in esame si realizza quando il legislatore prevede che la localizzazione della fattispecie possa essere effettuata da più punti di contatto. In questa prospettiva, ad esempio, l'art. 2095 del codice civile peruviano del 1984 stabilisce che tanto la scelta della legge applicabile da parte dei contraenti, quanto il luogo di esecuzione del contratto, così

⁵⁹ L'art. in parola, infatti, prevede che la legge applicabile al contratto di trasporto di merci sia quella del paese di residenza abituale del vettore, a condizione che in detto paese si trovi anche il luogo di ricezione delle merci o quello di consegna delle stesse o la residenza abituale del mittente.

come quello di conclusione dell'accordo, possano determinare il regime giuridico dello statuto contrattuale⁶⁰. Nel concorso successivo, tuttavia, i criteri di collegamento selezionati non entrano in gioco contemporaneamente, ma sono gerarchicamente strutturati dal legislatore, a seconda dell'intensità che ciascun criterio di collegamento instaura tra la fattispecie e la legge richiamata. Di conseguenza, sono posti in essere un criterio di collegamento principale e più criteri di collegamento sussidiari, destinati questi ultimi ad entrare in funzione qualora il primo non possa sortire i suoi effetti. Nell'esempio appena prospettato, il criterio di collegamento principale è l'*electio iuris*. Qualora il contratto non contenga nessuna clausola di scelta della legge applicabile, esso è regolato dalla legge del luogo di esecuzione. Tuttavia, se detto luogo non può essere determinato, ovvero se non risulta dalle disposizioni del contratto o dalla natura dell'obbligazione in questione, il contratto è disciplinato dalla legge del luogo di conclusione.

Il caso proposto mostra, inoltre, come evitare l'eventualità di un concorso cumulativo di normative applicabili. Infatti, il legislatore peruviano previene l'applicazione simultanea di più leggi, che potrebbe risultare dal fatto che il contratto non contenga una clausola di scelta della legge applicabile e le parti debbano adempiere i propri obblighi in Stati differenti, stabilendo che il criterio del luogo di esecuzione del contratto operi a favore dell'obbligazione principale.

In definitiva, la caratteristica essenziale del concorso successivo è la previsione di più criteri di collegamento per la medesima fattispecie. Questa circostanza si verifica assai di rado nei sistemi di diritto internazionale privato che adottano un modello di regolamentazione internazionalprivatistica di tipo analitico. Questi ultimi si contraddistinguono per la previsione di norme di conflitto molto

⁶⁰ L'art. in esame dispone che "*Las obligaciones contractuales se rigen por la ley expresamente elegida por las partes y, en su defecto, por la ley del lugar de su cumplimiento. Empero, si deben cumplirse en países distintos, se rigen por la ley de la obligación principal y en caso de no poder ser determinada ésta, por la ley del lugar de celebración. Si el lugar del cumplimiento no está expresamente determinado o no resulta inequívocamente de la naturaleza de la obligación, se aplica la ley del lugar de celebración.*" Cfr.,

dettagliate che regolano o specifici aspetti del rapporto o particolari tipi di fattispecie. Si veda ad esempio l'art. 4 del regolamento Roma I. In primo luogo, detta disposizione deve essere coordinata con quanto disciplinato dai successivi artt. 5-8, che pongono in essere una differente e prevalente normativa, in ragione vuoi delle caratteristiche intrinseche dello specifico tipo di contrattuale che vogliono regolare, come per i contratti di trasporto e di assicurazione, vuoi delle necessità di tutela del contraente debole, come nel caso dei contratti conclusi dai consumatori o quelli individuali di lavoro. In secondo luogo, il primo paragrafo della disposizione in esame pone in essere la disciplina internazionalprivatistica per otto tipi contrattuali, mentre il secondo paragrafo vuole applicarsi tanto a quei contratti che non ricadono nell'ambito di applicazione del primo paragrafo, quanto a quelli che sono suscettibili in più categorie tra quelle ivi previste. Caratteristica comune delle norme dei paragrafi 1 e 2 è l'adozione di criteri di collegamento rigidi che determinano aprioristicamente la legge applicabile ai contratti che rientrano nella loro sfera di efficacia. Tuttavia, detta rigidità è attenuata dalla clausola di eccezione di cui al par. 3, a norma della quale il contratto può essere sottoposto ad una legge differente da quella determinata dai paragrafi 1 e 2 se l'analisi del complesso delle circostanze del caso concreto mostra che il contratto presenta collegamenti manifestamente più stretti con la legge di un altro Paese. Inoltre, al fine di evitare possibili lacune, il collegamento più stretto svolge anche il ruolo di criterio suppletivo. Infatti, se le norme previste dai primi due paragrafi dell'art. 4 non riescono a fornire la disciplina applicabile al caso concreto, il par. 4 dispone che il contratto debba essere regolato direttamente dalla legge del Paese con cui è più strettamente collegato.

Per quanto rileva in questa sede, si sottolinea che la consequenzialità intrinseca nell'opera di interpretazione dei paragrafi 1 e 2 dell'art. 4 non può configurarsi come un concorso successivo di criteri di collegamento. Essi, invero, non hanno come fine quello di regolare la medesima fattispecie o, secondo la

terminologia utilizzata precedentemente, la stessa ipotesi di fatto. Diversamente, invece, si è in presenza di un concorso successivo per quanto concerne la relazione che intercorre tra i paragrafi 1 e 2, da un lato, e il par. 4, dall'altro lato. In questo caso, il criterio del collegamento più stretto è chiamato a fornire la disciplina dello statuto contrattuale solo nei casi in cui il criterio di collegamento previsto nei primi due paragrafi risulti, alla luce delle circostanze del caso concreto, inefficace o inesistente. A riprova del fatto che questo tipo di concorso si presenta assai di rado nei sistemi analitici di diritto internazionale privato, basti rilevare che quello appena illustrato è l'unico caso di concorso successivo di criteri di collegamento di tutto il regolamento Roma I. Infine, la disposizione in esame fornisce un ottimo esempio di concorso condizionale. Come è stato già ricordato, questa ipotesi si verifica quando la norma di conflitto prevede che, ricorrendo certi presupposti, non si dia applicazione alla legge individuata dal criterio di collegamento principale, ma a quella richiamata dal criterio di collegamento sussidiario. Detta condizione si realizza ogniqualvolta trovi applicazione il par. 3 e, più in generale, in ogni sistema che adotta il collegamento più stretto come clausola di eccezione.

Nell'ipotesi di concorso alternativo, infine, i criteri di collegamento sono posti sullo stesso piano. Essi, quindi, operano simultaneamente per raggiungere l'obiettivo materiale perseguito dalla disposizione. Ne è esempio evidente l'art. 11 del regolamento Roma I, a norma del quale il contratto è valido, quanto alla forma, se è considerato valido dalla legge che ne regola la sostanza, oppure, alternativamente, da quella del luogo in cui il contratto è concluso, qualora le parti si trovino nello stesso Stato, ovvero, nel caso in cui detta condizione non sia soddisfatta, da quella di ciascun Paese in cui si trovano i contraenti al momento della conclusione del contratto. Il concorso alternativo dei criteri di collegamento tende al raggiungimento di obiettivi di carattere materiale. Nell'esempio appena riportato, è evidente che il legislatore si sia ispirato al principio del *favor validitatis*.

È sufficiente, infatti, che il contratto soddisfi i requisiti formali di una sola delle leggi in presenza affinché sia dichiarato valido.

3. Problemi di qualificazione e internazionalità del contratto

Tornando a considerare l'ipotesi di fatto, ovvero l'indicazione delle fattispecie regolate dalla norma di diritto internazionale privato, occorre volgere l'indagine al problema della qualificazione. Esso può essere risolto secondo due diverse impostazioni. Il primo metodo prende come punto di riferimento la norma di conflitto e consiste nel delineare, in via interpretativa, le relative nozioni. Il secondo, invece, pone al centro dell'analisi la fattispecie concreta; di conseguenza il processo di qualificazione risulta nella sussunzione della fattispecie concreta in una norma di diritto internazionale privato.

L'interprete è libero nella scelta di quale dei due metodi utilizzare per determinare la norma di conflitto applicabile al caso di specie. Tuttavia, qualora detta disposizione sia di origine sovranazionale, esigenze di uniforme applicazione conducono a un contemperamento dei due metodi: da un lato, infatti, l'operatore del diritto è portato a utilizzare le categorie qualificatorie del proprio diritto materiale; dall'altro lato, una volta assunta tale qualificazione, dovrà verificare che essa corrisponda a quella adottata in sede di interpretazione della disciplina uniforme. In materia contrattuale, ciò significa che l'interprete italiano non dovrà fare riferimento alla definizione di cui all'art. 1321 c.c., bensì alla nozione autonoma elaborata dalla Corte di giustizia nella sua opera di interpretazione della convenzione di Bruxelles, prima, e del regolamento 44/2001, poi, secondo cui l'essenza del contratto risulta in un obbligo liberamente assunto da una parte nei confronti di un'altra⁶¹.

⁶¹ V. Sentenza Handte, pt. 11.

Nel caso in cui la norma di conflitto sia di origine nazionale, varie soluzioni sono state delineate in dottrina e in giurisprudenza. Tradizionalmente, è stato proposto di risolvere il problema della qualificazione in base alla *lex fori*: ciò sia per ragioni di coerenza sul piano sistematico, dal momento che diritto materiale e norma di conflitto appartengono allo stesso ordinamento, sia per evitare l'argomento del circolo vizioso in cui si incorrerebbe se la legge in base alla quale svolgere l'opera di qualificazione fosse quella competente a regolare la fattispecie. La qualificazione *lege causae*, infatti, prevede che si debbano utilizzare le categorie giuridiche e i canoni ermeneutici dell'ordinamento straniero richiamato, al fine di determinare quella norma di conflitto del foro che deve operare detto richiamo. Infine, secondo alcuni autori l'opera di qualificazione della fattispecie deve essere compiuta in una prospettiva comparatistica. In questo senso, più che riferirsi ad una normativa statale specifica, il metodo comparato si basa sulla ricostruzione delle caratteristiche comuni dell'istituto contrattuale attraverso una ricerca dottrinale, storica e giurisprudenziale comparata. Invero, questo tipo di indagine sembra più opportuna per ricostruire l'ambito di applicazione delle norme di conflitto di origine sovranazionale, piuttosto che per quelle di matrice statale.

Dopo aver delineato brevemente il problema della qualificazione, occorre ora fare un passo indietro per valutare quando si verifica la condizione di operatività delle norme di conflitto in materia contrattuale. In altre parole, ci si deve ora occupare della questione dell'internazionalità del contratto.

Sul piano del diritto positivo è raro riscontrare un'espressa previsione normativa concernente il carattere transnazionale della fattispecie. Invero, le norme di conflitto nazionali non contengono un'apposita indicazione al riguardo. Diversamente, le disposizioni di diritto internazionale privato di fonte sovranazionale provvedono ad indicare il loro ambito di applicazione materiale. Ad esempio, il regolamento Roma I si applica, ai sensi del suo art. 1, par. 1, "*in circostanze che comportino un conflitto di leggi, alle obbligazioni contrattuali in materia civile e*

commerciale"; la convenzione dell'Aja sulla legge applicabile ai contratti internazionali di beni mobili del 1986, stabiliva il proprio ambito di applicazione a quei contratti in cui le parti hanno il loro stabilimento in Stati differenti, ovvero in quei casi in cui il contratto dà luogo a un conflitto di leggi (art. 1).

Siffatte previsioni, tuttavia, servono a stabilire quando lo strumento sovranazionale deve essere applicato, ma non valgono a determinare quando il contratto può essere qualificato come internazionale. La questione in esame, in effetti, assume un rilievo fondamentale nell'ambito del diritto internazionale privato, dal momento che sulla sua base si traccia la distinzione tra fattispecie nazionali e internazionali.

Al riguardo, alcuni autori sostengono che l'ambito di applicazione delle norme di conflitto si estenda ad ogni fattispecie; di conseguenza, qualsiasi situazione è potenzialmente idonea ad originare un conflitto di leggi e soltanto tramite l'operare delle norme di conflitto può essere determinata la legge applicabile. Secondo tale orientamento, per quanto la *lex fori* possa apparire di diretta applicazione e non come il risultato dell'intermediazione della norma di conflitto, ciò non può porre in secondo piano l'esistenza di quest'ultima e la sua necessità anche per la regolamentazione delle fattispecie interne. Invero, questa impostazione presta facilmente il fianco a due obiezioni. In primo luogo, posto che l'autonomia delle parti contraenti nella scelta della legge applicabile ad un contratto nazionale incontra comunque dei limiti derivanti dall'ordinamento interno, è necessario che vi sia un criterio per stabilire quando un contratto è nazionale o transnazionale. Pertanto, detta esigenza non può essere soddisfatta se si parte dal presupposto che le norme di diritto internazionale privato debbano operare per qualsiasi fattispecie. In secondo luogo, la tesi in discorso si scontra col dato di fatto che ogni aspetto delle relazioni sociali interne è disciplinato dal diritto nazionale, senza tener conto delle eventuali problematiche di carattere internazionalprivatistico.

La dottrina maggioritaria, invece, parte dal presupposto che le norme di conflitto determinano la disciplina applicabile ai soli contratti che presentano profili di internazionalità. Essa, tuttavia, non è concorde circa il criterio da adottare per riconoscere la sussistenza di tali profili.

Secondo alcuni, il carattere internazionale del contratto deriva dai quei collegamenti che sono indicati dalla norma di diritto internazionale privato applicabile. In questa prospettiva, il contratto è internazionale quando il criterio di collegamento richiama una legge diversa da quella del foro. Si pensi, ad esempio, ad un contratto di compravendita di tra un produttore inglese e un acquirente peruviano. L'accordo è stato concluso in Perù e ivi le merci sono entrate nella materiale disponibilità dell'acquirente. Lamentando il mancato pagamento integrale, il produttore/venditore ricorre alle autorità giudiziarie peruviane, non sussistendo la competenza giurisdizionale del giudice inglese in base al regolamento 44/2001. In base a questa interpretazione, il giudice peruviano valuterà questo contratto come nazionale sulla scorta del ricordato art. 2095 del codice civile peruviano; qualora, invece, il contratto fosse stato concluso in Inghilterra, il contratto avrebbe avuto connotati di internazionalità. L'esempio prospettato mette in evidenza tutte le criticità di tale tesi. In primo luogo, essa può condurre a considerare la fattispecie come un contratto straniero, ossia un contratto in cui i criteri di collegamento rilevanti rinviano tutti a un Paese diverso da quello del foro: un contratto, quindi, che non può essere definito internazionale. In secondo luogo, si tratta di una tesi che in realtà si fonda su un ragionamento circolare, che cioè si risolve in una petizione di principio. Infatti, se le norme di diritto internazionale privato si applicano per determinare la legge regolatrice ad un rapporto giuridico transnazionale, non possono essere utilizzate quale parametro per accertare detta qualifica. In altre parole, appare illogico far discendere delle conseguenze giuridiche dall'applicazione di una regola ad una data situazione, prima di accertare che quella data fattispecie ricada nell'ambito di applicazione della medesima regola. Infine, una

simile ricostruzione può portare a trattare in maniera differente la stessa fattispecie, col considerarla nazionale o transnazionale a seconda del giudice adito. Infatti, qualora il compratore peruviano – poniamo in presenza di difetti del prodotto – convenisse in giudizio il venditore/produttore davanti al giudice inglese, quest'ultimo potrebbe qualificare la fattispecie in modo diverso, in virtù dei criteri di collegamento impiegati dalla norma di conflitto della *lex fori*.

Altra parte della dottrina e della giurisprudenza valuta il requisito di internazionalità del contratto alla luce degli interessi economici coinvolti. Siffatto approccio è stato adottato dalla giurisprudenza francese, secondo la quale un contratto è da considerare internazionale se implica uno scambio transfrontaliero di prestazioni patrimoniali, sotto forma di trasferimento di beni o denaro. Negli anni settanta del secolo scorso, questo criterio si è evoluto nel considerare come internazionali quei contratti che concernono il commercio internazionale. Se da un punto di vista generale tale orientamento appare soddisfacente, esso può tuttavia condurre a qualificare come transnazionale un contratto nazionale (in cui tutti i punti di contatto sono localizzati nel medesimo Stato), nel caso in cui detto contratto sia intimamente collegato ad altri contratti internazionali che perseguono la medesima operazione economica.

Infine, un terzo criterio si basa su una definizione fattuale di internazionalità. In questo senso, è sufficiente a determinare l'internazionalità del rapporto la circostanza che un elemento di fatto rimandi ad un ordinamento diverso da quello a cui rinviano tutti gli altri punti di contatto. Questa soluzione rappresenta un buon compromesso tra la concezione incline a far ricadere ogni fattispecie nell'ambito di applicazione delle norme di conflitto e quella che accerta l'internazionalità del contratto sulla base dei criteri di collegamento posti dalla norma di conflitto. Tuttavia, è insito il rischio che, nel dare spazio ad ogni singolo elemento di fatto del rapporto, si tenda a sopravvalutare taluni aspetti – come ad esempio, la

cittadinanza dei contraenti – che rivestono in realtà un'importanza relativa nell'ambito della contrattazione internazionale.

4. Criteri di collegamento e approcci: struttura e obiettivi dell'indagine

Finora l'analisi si è concentrata sullo studio dei criteri di collegamento. Tocca ora volgere l'attenzione all'altro elemento dell'indagine: gli approcci nel diritto internazionale privato. Trattasi di una modalità di risolvere il problema della legge applicabile alle fattispecie caratterizzate da elementi di transnazionalità che ha avuto origine nella dottrina e nella giurisprudenza statunitensi, i cui riflessi non hanno mancato di farsi apprezzare altrove.

A rigor di logica la comparazione dovrebbe avvenire tra norme e approcci, poiché il criterio di collegamento è un elemento della disposizione di conflitto e gli approcci, invece, costituiscono un metodo alternativo alle norme di diritto internazionale privato per risolvere i conflitti di legge. Tuttavia, l'elemento distintivo delle disposizioni di conflitto è il criterio di collegamento: esso è variabile, in quanto il legislatore può scegliere quella connessione di tipo spaziale che risponde meglio alle proprie esigenze di giustizia di diritto internazionale privato, mentre la funzione della norma di conflitto è immutabile, dal momento che, a prescindere da quale elemento della fattispecie venga scelto per operare la localizzazione del contratto, essa ha sempre il solo obiettivo di determinare la legge applicabile.

Da un punto di vista più generale, norme e approcci di diritto internazionale privato svolgono la medesima funzione: quella di determinare la legge regolatrice di una fattispecie che presenta caratteri di internazionalità. Tuttavia, questo è l'unico elemento comune ai due metodi, giacché le norme di diritto internazionale privato (espressione del c.d. metodo tradizionale, o della localizzazione del rapporto) muovono dalla fattispecie concreta e, tramite il punto di contatto prescelto,

individuano la legge regolatrice; viceversa, gli approcci partono dall'analisi delle leggi sostanziali in presenza, al fine di selezionare quella che fornisce materialmente la migliore soluzione al caso in esame. In altre parole, il metodo conflittuale persegue l'obiettivo di determinare la migliore soluzione da un punto di vista spaziale, relegando a un secondo momento l'esame del contenuto materiale della legge individuata; di conseguenza, il problema principale consiste nella scelta del criterio di collegamento a cui affidare il compito della localizzazione del contratto. Gli approcci, invece, rifiutano totalmente la possibilità di selezionare la legge applicabile a prescindere da un'analisi del contenuto materiale delle leggi in presenza; in questa prospettiva, essi ricusano alla radice il c.d. metodo conflittuale. I sostenitori del metodo degli approcci, infatti, ritengono che l'analisi delle regole materiali consenta di determinare anche la loro sfera di applicazione. A prima vista, questo procedimento potrebbe sembrare la versione moderna dell'antica dottrina degli statuti. Il punto di partenza dell'indagine è infatti il medesimo: quello di determinare l'ambito di applicazione spaziale delle leggi tramite l'analisi del contenuto delle singole disposizioni materiali. Ad un esame più approfondito, tuttavia, si riscontra che, mentre gli statuari utilizzavano a parametro della loro indagine regole di diritto comune⁶², gli autori americani si mostrano divisi quando ai criteri da utilizzare per la delimitazione spaziale della normativa statale. Non a caso, il grande movimento conosciuto come *Conflict of laws Revolution* annovera al suo interno diversi tipi di approcci: dai principi di preferenza sviluppati da Cavers, all'analisi degli interessi governativi sottesi alle disposizioni di diritto materiale di Currie; dal criterio dell'applicazione generalizzata della *lex fori* di Ehrenzweig, al *better law approach* di Leflar, e numerose altre teorie.

⁶² La nascita del problema del diritto internazionale privato risale al periodo tradomievale, quando i comuni o i feudi potevano adottare leggi, o sviluppare consuetudini, che derogavano allo *ius commune* rappresentato dal diritto romano, o meglio dalle disposizioni del *corpus iuris* giustiniano. Era dunque normale, per gli statuari, ricercare all'interno di quel corpo normativo i criteri per delimitare l'ambito di applicazione spaziale degli *statuta* e delle consuetudini.

Obiettivo del presente lavoro è dunque quello di esaminare anzitutto i singoli criteri di collegamento utilizzati per la localizzazione del contratto, al fine di valutare la loro adeguatezza per determinare una giusta legge applicabile. Questa indagine sarà svolta nel capitolo successivo. Punto di partenza dell'analisi è lo studio del criterio del collegamento più stretto, a norma del quale la localizzazione del contratto avviene in concreto, ossia deriva dall'analisi e dal bilanciamento di tutti i punti di contatto del contratto con gli ordinamenti o i territori degli Stati in presenza, al fine di individuare il Paese con il quale il contratto è più strettamente collegato. Se ne tratterà quindi l'origine, la giustificazione teorica e la sua diffusione. In un secondo momento, si analizzeranno i diversi punti di contatto, mettendone in evidenza la loro forza e loro importanza a seconda di come rispondono agli interessi delle parti, del commercio internazionale e degli Stati. Infine, si tornerà a focalizzare l'attenzione sul collegamento più stretto nella sua funzione di clausola di eccezione e di norma di chiusura.

Il terzo capitolo, invece, sarà invece dedicato allo studio degli approcci, così come elaborati dalla dottrina statunitense. Si è scelto di fare riferimento agli "approcci", traducendo in tal modo il termine inglese *'approach'*, anziché ai "metodi", in virtù del fatto che quest'ultimo termine fa riferimento ad una specifica problematica di diritto internazionale privato, che esula dall'ambito del presente lavoro.

Preliminarmente, è comunque opportuno verificare se un contratto internazionale è sempre regolato da un'unica normativa statale, oppure se lo statuto contrattuale possa derivare da un concorso di norme sostanziali di leggi diverse.

Infine, saranno delineati i parametri valutativi attraverso i quali le soluzioni adottate dagli ordinamenti presi in considerazione verranno esaminate.

5. *Unicità o frazionamento della disciplina applicabile?*

Finora si è ritenuto, implicitamente, che la legge determinata dalle norme di conflitto disciplini tutti gli aspetti del contratto. Questa conclusione sembra imporsi quando si considera che il contratto è un'unità dalla quale discendono una pluralità di diritti e obblighi in capo ai contraenti. L'armonia tra le obbligazioni di un contratto bilaterale, ad esempio, verrebbe turbata se ogni obbligazione venisse sottoposta ad una diversa legge regolatrice: si romperebbe, difatti, quell'equilibrio e quella correlazione che devono orientare le reciproche prestazioni delle parti. Per tale motivo è opportuno che la norma di conflitto determini in maniera in più possibile precisa ed univoca la legge applicabile, in modo da evitare un concorso cumulativo di norme sostanziali.

Tuttavia, può capitare che differenti aspetti della relazione contrattuale siano disciplinati da regole di diversi Paesi. Questo fenomeno, conosciuto con il nome di '*dépeçage*' è stato definito come «*l'application de règles de pays différents aux éléments d'une même situation juridique*»⁶³. Solitamente, in ambito contrattuale, il c.d. *dépeçage* è associato al principio dell'autonomia privata, dal momento che alle parti viene riconosciuta la possibilità di scomporre la disciplina contrattuale per i diversi aspetti del contratto e di sottoporre le diverse parti a leggi differenti⁶⁴.

⁶³ Così LAGARDE, *Le «dépeçage» dans le droit international privé des contrats*, in questa *Rivista*, 1975, p. 649, al quale si rimanda per un'analisi dettagliata della tecnica giuridica in questione. Sul *dépeçage* si veda, inoltre EKELMANS, *Le dépeçage du contrat dans la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles*, in *Mélanges offerts à Vander Elst*, I, Bruxelles, 1986, p. 243 ss.; CARELLA, *Autonomia della volontà e scelta di legge nel diritto internazionale privato*, Bari, 1999, p. 109 ss.; NYGH, *Autonomy in International Contracts*, Oxford, 1999, p. 130 ss.

⁶⁴ Cfr. LAGARDE, *Le nouveau droit international privé* cit., p. 301 s.; VILLANI, *La convenzione di Roma* cit., p. 70 s., nonché CARBONE, LUZZATTO, *Il contratto internazionale* cit., p. 17 ss., laddove gli autori indicano i diversi modi in cui il *dépeçage* può avere rilievo, a seconda di come le parti scompongono in concreto la disciplina del rapporto contrattuale. Si ricorda, tuttavia, che la possibilità di un *dépeçage* volontario, consistente nella facoltà di scegliere due o più leggi alle quali sottomettere le diverse parti del contratto, non è espressamente autorizzata dal dato normativo della convenzione di Roma, ma viene ammesso generalmente in base ad un'interpretazione sistematica della stessa. Sul punto, LAGARDE, *op. loc. cit.*; VILLANI, *op. loc. cit.*; *contra*, EKELMANS, *op. cit.*, p. 247 s. Si veda inoltre la Relazione Giuliano-Lagarde cit., p. 281, la quale avverte che, in caso di frazionamento del

Quando non ha origine negoziale, esso può essere causato da molteplici fattori. Di conseguenza, il problema dell'unicità o del frazionamento della disciplina applicabile al contratto internazionale può essere analizzato da due punti di vista differenti.

Il primo è quello che deriva dal modo di essere della norma di diritto internazionale privato rilevante. Soprattutto in passato, ma ancora oggi in ordinamenti di spiccata natura territorialistica, il contratto era disciplinato da un concorso di leggi: quella del luogo di conclusione, per le questioni relative alla forma e alla validità e per la determinazione dei diritti e degli obblighi nascenti dal contratto, e quella del luogo di esecuzione, per quanto concerne l'adempimento. Inoltre, qualora il contratto dovesse essere eseguito in diversi Paesi, si assisteva ad un'ulteriore frammentazione della disciplina applicabile, giacché ogni singola prestazione veniva regolata dalla legge del luogo di esecuzione. Per ovviare al problema del difficile coordinamento delle differenti leggi in presenza e per rispettare l'unità del contratto, la legge individuata dalle disposizioni di conflitto disciplina, oggi, tutti gli aspetti della vicenda contrattuale, tranne quelli che ricadono nell'ambito di applicazione di norme di conflitto particolari, come la capacità dei contraenti⁶⁵ e le modalità di esecuzione delle obbligazioni. Fa eccezione, tuttavia, il sistema statunitense, il quale preferisce determinare le norme applicabili ad ogni singola questione controversa e accoglie, pertanto, un *issue-by-issue approach*, in conseguenza del quale non viene ricercata la legge applicabile all'intero contratto.

La stessa norma di conflitto, talvolta, può demandare al giudice la possibilità di frazionare la disciplina applicabile al contratto: ciò era previsto dalla convenzione di Roma, ai sensi dell'art. 4, par. 1. Tale disposizione ha trovato un'interpretazione

contratto, le scelte delle diverse leggi deve essere coerente e non deve dar luogo a risultati contraddittori.

⁶⁵ Ad esempio, il regolamento Roma I nulla dispone in merito alla legge applicabile alla capacità delle parti. Per l'operatore del diritto italiano, troverà applicazione l'art. 23 della legge di riforma, che sottopone questo aspetto alla legge nazionale di ciascun contraente, in combinato disposto con quanto previsto dall'art. 13 del regolamento Roma I, a norma del quale un contraente può invocare la sua incapacità, qualora le parti si trovassero nello stesso Paese al momento della conclusione del contratto e l'altra parte ne era a conoscenza di tale incapacità o l'ha ignorata per sua colpa.

unanime in dottrina, volta a sottolineare, da un lato, la nozione di separabilità di una parte dal resto del contratto⁶⁶, dall'altro lato, l'eccezionalità e la discrezionalità⁶⁷ con cui il giudice può – e non deve – applicare a tale parte del contratto la legge dell'altro Paese con cui è più strettamente collegata.

Anche la giurisprudenza dei tribunali nazionali ha interpretato in questo modo il frazionamento. Riguardo al requisito della separabilità, ad esempio, i giudici inglesi in una causa relativa a un contratto di garanzia, non hanno considerato separabile la «*conjunct and several liability*» dei due garanti, uno residente in Scozia e l'altro in Inghilterra⁶⁸. La *Court of Appeal*, infatti, ha ritenuto che, nel caso di specie, benché la banca potesse richiedere l'adempimento della garanzia ad un solo garante, ciò non implicava che quella parte del contratto potesse essere considerata separabile dal resto⁶⁹. Inoltre, la *High Court of Justice*⁷⁰, in un'azione per rimborso di danni da

⁶⁶ Evidenzia questo aspetto LAGARDE, *Le nouveau droit international privé* cit., p. 307 secondo il quale, giustamente, non è sufficiente a giustificare la sottoposizione del contratto a due leggi differenti il fatto che un'obbligazione debba essere adempiuta in un Paese, e un'altra in un Paese diverso, ma occorre che detta parte del contratto possa formare l'oggetto di una soluzione separata e indipendente da quella prevista per la parte restante del contratto.

⁶⁷ Già la Relazione Giuliano-Lagarde cit., p. 291, interpreta l'espressione "in via eccezionale" contenuta nella lettera della dell'art. 4 «nel senso che il giudice deve applicare il frazionamento il più raramente possibile». In senso conforme, VILLANI, *La convenzione di Roma* cit., p. 88 s., il quale aggiunge – a proposito del potere discrezionale del giudice – che l'interprete potrà applicare la legge del Paese col quale la parte separabile del contratto è più strettamente collegata solo se essa si coordina in maniera coerente con la legge del Paese col quale il contratto presenta, nella sua interezza, il collegamento più stretto. In caso contrario, ovvero se il giudice ritiene che il risultato dell'applicazione combinata delle due leggi sia contraddittorio e inconciliabile, la legge in questione non potrà trovare applicazione.

⁶⁸ Si veda la sentenza 28 luglio 1998, *The Governor and Company of Bank of Scotland of the Mound v. Butcher*, [(1998) EWCA Civ 1306], reperibile su *Westlaw* e al sito internet <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/1998/1306.html> (ultima consultazione 29 gennaio 2012)

⁶⁹ Come affermato dal Lord Justice Potter, *loc cit.* «This contract was not severable so far as the obligations of Mr Butcher were concerned. A joint and several guarantee is a package. The fact that it provides for several as well as joint liability of the signatory guarantors does not render it severable in the sense in which that concept is traditionally applied in English law, or as understood by the report of Professor Giuliano and Professor Lagarde».

⁷⁰ Si veda la sentenza 11 marzo 2002, *American Motorists Insurance Co. (AMICO) v. Cellstar Corporation and Cellstar (UK) Limited* [2002] EWHC 421 (Commercial), in questa *Rivista*, 2003, p. 599 ss.

trasporto da parte di un distributore inglese contro l'assicuratore americano⁷¹, riconobbe che il contratto globale di assicurazione conteneva parti separate ed autonome le une dalle altre, ma sostenne che «*the effect of this submission was to invite the court to sever the contract into seventeen separate contracts, determined according to the legal regime relevant to each of them*»⁷² e concluse che era, ovviamente, «*more convenient that the contract should be governed by one legal regime*»⁷³. Viceversa, detta norma non ha mai trovato applicazione nella giurisprudenza degli altri Stati contraenti della convenzione⁷⁴.

L'interpretazione data dalla Corte di giustizia al menzionato art. 4, nella sentenza ICF, è del tutto in linea con quanto fin qui evidenziato. Infatti i giudici di Lussemburgo, dopo aver messo in evidenza il carattere di eccezionalità del *dépeçage* ad opera del giudice e dopo aver ribadito che questa tecnica si pone in contrasto con lo scopo della convenzione di elevare il livello di certezza del diritto, hanno sancito che il frazionamento può essere ammesso solo se il contratto riunisce una pluralità di parti che possono essere ritenute autonome le une dalle altre, in virtù dell'autonomia del loro oggetto rispetto al resto del contratto. Va peraltro sottolineato che questa facoltà del giudice sembra non trovare più riscontro nella nuova formulazione dell'art. 4 del regolamento Roma I. Né è dato riscontrare, in una prospettiva comparata, una previsione dal tenore analogo a quella del ricordato art. 4 della convenzione di Roma.

Il secondo punto di vista, invece, riguarda il modo in cui le disposizioni della *lex causae* interagiscono con norme materiali di leggi diverse, volte a disciplinare determinati aspetti del contratto. Si fa riferimento, in questo caso, alle norme di applicazione necessaria. L'art. 9 del regolamento Roma I le definisce come quelle

⁷¹ La fattispecie, relativa ad un contratto di assicurazione, rientrava nell'ambito di applicazione materiale della convenzione, ex art. 1 par. 3, in quanto il rischio era prevalentemente localizzato fuori dal territorio degli Stati membri dell'Unione europea.

⁷² Cfr. Sentenza *AMICO* cit., punto 25.

⁷³ Cfr. Sentenza *AMICO* cit., punto 26.

⁷⁴ Cfr. MAGNUS, *Article 4 Rome I Regulation: The Applicable Law in the Absence of Choice*, in FERRARI, LEIBLE (eds.), *Rome I Regulation* cit., p. 31.

"disposizioni il cui rispetto è ritenuto cruciale da un paese per la salvaguardia dei suoi interessi pubblici, quali la sua organizzazione politica, sociale o economica, al punto da esigerne l'applicazione a tutte le situazioni che rientrano nel loro campo d'applicazione, qualunque sia la legge applicabile al contratto". Mirando a tutelare i principi fondamentali dell'ordinamento di appartenenza, assicurandone la prevalenza, le norme di applicazione necessaria si antepongono alle norme di conflitto e derogano al loro funzionamento: esse si caratterizzano non solo per il fatto di essere inderogabili dalla volontà delle parti, ma anche per quello di dover essere applicate indipendentemente dal fatto che la *lex cause* del rapporto giuridico sia una legge straniera. In pratica, esse frustrano *a priori* il gioco delle norme di conflitto e prevengono la necessità di determinare la legge applicabile alla fattispecie che presenti elementi di estraneità⁷⁵.

Diversamente, parte della dottrina ritiene che la prevalenza delle norme di applicazione necessaria sulla legge regolatrice della fattispecie debba essere assicurata solo nel caso in cui le norme della *lex causae* siano inconciliabili con la tutela degli interessi perseguiti dalle norme stesse. Secondo questa opinione, le disposizioni straniere della legge richiamata possono dunque applicarsi congiuntamente, ove non incompatibili, a quelle di applicazione necessaria⁷⁶.

Le norme di applicazione necessaria possono essere di origine nazionale, comunitaria, o pattizia⁷⁷, e la loro crescente rilevanza non è che un aspetto del ruolo sempre più attivo assunto dagli Stati nella regolamentazione delle attività economiche. In materia contrattuale, sono norme di applicazione necessaria, ad esempio, quelle relative: alla disciplina dei c.d. contratti a statuto imperativo (ossia quei contratti in cui lo Stato interviene direttamente nella gestione dei servizi

⁷⁵ Cfr. in argomento Mosconi Campiglio, *Diritto internazionale privato e processuale*, 5^a ed., vol. I, *Parte generale e obbligazioni*, Torino 2010, p. 262 ss.

⁷⁶ BOSCHIERO, *Appunti sulla riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, Torino, 1996, p. 243.

⁷⁷ Per un'eshaustiva elencazione si veda Marrella, Galgano, *Diritto e prassi del commercio internazionale*, Padova, 2010, p. 394 ss.

pubblici essenziali, in un regime di contrattazione collettiva⁷⁸); all'esportazione o importazione di beni di interesse artistico o storico e di materiali di armamento; all'attività bancaria e assicurativa, all'intermediazione finanziaria e all'usura; agli investimenti stranieri; alla disciplina della concorrenza; alla regolamentazione di alcune tipologie contrattuali disciplinate da convenzioni internazionali di diritto materiale uniforme a portata e contenuto imperativo, come nel caso dei contratti di trasporto di merci.

Quanto al problema di quali norme di applicazione necessaria debbano essere tenute in debita considerazione da parte dell'operatore del diritto, è del tutto pacifico che il giudice debba applicare le norme di applicazione necessaria del proprio ordinamento e di quelle della *lex causae*. Per contro, in relazione alle norme di immediata applicazione appartenenti a ordinamenti di altri Stati, il ricordato art. 9 del regolamento Roma I prevede che il giudice abbia la facoltà di dare applicazione alle norme di applicazione necessaria della legge del luogo di esecuzione del contratto, qualora queste ultime rendano illecito l'adempimento del contratto, tenuto conto della loro natura e finalità, nonché delle conseguenze relative alla loro applicazione.

È altrettanto evidente che l'applicazione delle norme di applicazione necessaria comporta un frazionamento della disciplina applicabile al contratto internazionale. Non si può sostenere, tuttavia, che si tratti di *dépeçage* in senso stretto. Il concorso cumulativo di norme appartenenti a leggi diverse non deriva in questo caso dall'operare delle sole norme di conflitto, ma da due diverse tipologie di norme di diritto internazionale privato: quelle di conflitto e quelle di applicazione necessaria.

6. Analisi degli interessi perseguiti dalle norme di diritto internazionale privato

⁷⁸ V. in giurisprudenza Cass. civ., sez. lav., 22-12-2008, n. 29926

Quando un contratto presenta tutti i punti di contatto con l'ordinamento e il territorio di un solo Stato non si pone alcun problema di diritto internazionale privato: la legge di quel Paese ha una vocazione universale a regolare tutti gli aspetti della vicenda contrattuale. La situazione si complica quando le circostanze del caso rinviano ad ordinamenti e territori di Stati diversi. In questo caso, occorre determinare quale tra le leggi in presenza deve disciplinare il rapporto. Ciascuna legge esprime quella che ritiene essere la miglior soluzione da un punto di vista materiale, tenuto conto dei principi e dei valori sociali, economici e giuridici accettati dalla società. Tuttavia, dal momento che queste leggi possono adottare regolamentazioni diverse, il problema della scelta del diritto applicabile può essere impostato in diversi modi.

Da un lato, si ritiene che il contratto debba essere disciplinato dalla legge che fornisce la migliore soluzione materiale. Ciò impone di valutare le singole disposizioni materiali al fine di dare preferenza a quella legge che, dal punto di vista del legislatore o del giudice, provvede la miglior regolamentazione sostanziale. È questa la prospettiva da cui muovono la dottrina, la giurisprudenza e alcuni legislatori statunitensi, assumendo che il giudice non deve limitarsi a compiere una scelta della legge applicabile, ma deve decidere una controversia, considerando come detta scelta influenzi l'esito del caso⁷⁹; che inoltre deve essere data applicazione a quella legge che esprime un interesse governativo a voler disciplinare la fattispecie⁸⁰; che il contratto deve essere regolato dalla legge dello Stato i cui interessi sarebbero maggiormente danneggiati qualora venisse data applicazione alla normativa di un altro Paese⁸¹; che, infine, l'accordo è disciplinato dalla legge più appropriata a fornirne la regolamentazione⁸². Nessuno stupore, quindi, se in molti

⁷⁹ Cavers, *A critique*, p. 178

⁸⁰ Currie

⁸¹ Baxter

⁸² Art. 9, *Act Relating to Conflict of Laws Applicable to Contracts*

casi si ricorra alla *lex fori*, dal momento che vi è una naturale tendenza dell'operatore giuridico a ritenere migliore il proprio ordinamento.

Dall'altro lato, invece, si ricerca quell'ordinamento che appare più indicato a regolare il rapporto da un punto di vista spaziale. In questa prospettiva, non si effettua una scelta tra le diverse possibili regolamentazioni pratiche del caso in questione, ma si determina quel sistema di diritto che deve fornire la disciplina applicabile, relegando ad un secondo momento l'accertamento del contenuto materiale della legge individuata. La giustizia di diritto internazionale privato, a differenza di quella di diritto materiale perseguita dalla tecnica precedentemente descritta, ha come obiettivo quello della migliore localizzazione spaziale della fattispecie.

6.1. *Sul concetto di giustizia di diritto internazionale privato*

Da quanto rilevato precedentemente, la giustizia di diritto internazionale privato si risolve nel chiedersi non quale sia la migliore soluzione, ma dove detta soluzione deve essere ricercata. Infatti, le norme di conflitto hanno il fine di determinare la legge regolatrice del contratto, senza richiedere che la normativa richiamata sia la più soddisfacente da un punto di vista materiale⁸³.

Nella teoria di Savigny, il problema della giustizia di diritto internazionale privato veniva risolto nel determinare l'ordinamento giuridico in cui si trovava la

⁸³ In materia contrattuale, invero, alcune disposizioni di diritto internazionale privato che impongono al giudice di considerare il contenuto materiale delle leggi indicate. Ne sono esempi gli articoli 6 e 8 del regolamento Roma I, che obbligano l'operatore del diritto a comparare le previsioni della legge scelta dalle parti di un contratto individuale di lavoro e di un contratto concluso dal consumatore con quelle della legge oggettivamente applicabile, al fine di non dare applicazioni a quelle norme della *lex causae* che privino il contraente debole della protezione assicurategli dalla legge applicabile in mancanza di scelta. Anche le norme in materia di validità formale dei contratti richiedono al giudice di esaminare le disposizioni delle leggi materiali richiamate prima di compiere la scelta del diritto applicabile. In questi casi, è vero che ragioni di giustizia materiale si combinano ad elementi di giustizia conflittuale. Tuttavia, la giustizia di diritto internazionale svolge un ruolo di primo piano anche in queste situazioni, dal momento che svolgono sempre la loro funzione di localizzazione.

sede del rapporto giuridico. Essendo l'adempimento la caratteristica principale del contratto, quest'ultimo veniva ad essere regolato dalla legge del luogo di esecuzione. La localizzazione della fattispecie contrattuale, pertanto, avveniva a priori e in maniera astratta. Molti sistemi di diritto internazionale privato utilizzano ancora oggi questa tecnica di localizzazione e adottano norme di conflitto che impiegano criteri di collegamento rigidi. In questo modo l'ordinamento giuridico mira a tutelare i valori della certezza del diritto e della prevedibilità delle soluzioni, anche a costo di rendere applicabile al contratto, talvolta, una disciplina non strettamente collegata al singolo caso.

Per ovviare a questo problema, altri sistemi prediligono determinare la legge applicabile, non basandosi sull'attrazione di un solo punto di contatto della fattispecie all'ordinamento o al territorio di uno Stato, ma tenendo in considerazione tutte le connessioni fattuali e personali del singolo rapporto al fine di determinare il Paese con cui presenta il collegamento più stretto. In siffatta maniera, l'ordinamento rifiuta di prendere una posizione a priori sul problema della giustizia di diritto internazionale privato, ma lascia all'interprete il difficile compito di scegliere, caso per caso, la legge che fornisce, da un punto di vista spaziale, la migliore soluzione. Questa soluzione si caratterizza per l'adozione da parte del sistema del principio di prossimità e per l'estrema flessibilità del criterio di collegamento adottato; a prima vista, questi sistemi sembrerebbero rispondere meglio alla problematica in esame.

Altri ordinamenti, infine, cercano di attuare un contemperamento delle due opposte esigenze di prevedibilità del risultato e di flessibilità nella localizzazione del rapporto: o elevando il principio di prossimità a principio informatore della norma di conflitto, facilitando il compito dell'interprete tramite la determinazione di alcune presunzioni a partire dalle quali ricercare la legge regolatrice del contratto; oppure ponendo in essere, in prima battuta, un criterio di collegamenti rigido in concorso condizionale con un criterio di collegamento flessibile.

Certezza del diritto, prevedibilità della soluzione al caso concreto e flessibilità nella localizzazione del contratto non esauriscono l'insieme degli interessi che entrano in competizione allorquando si debba procedere alla determinazione del diritto applicabile, né sono coinvolti in eguale misura a seconda del punto di vista che si adotta.

6.2. *Interessi delle parti*

Quanto alle parti contraenti, i loro principali interessi sono l'applicazione di una legge facilmente determinabile prima della stipulazione del contratto e che assicuri la validità dell'accordo. Queste circostanze sono maggiormente soddisfatte in norme di conflitto che, da un lato, localizzano l'accordo tramite criteri di collegamenti rigidi e, dall'altro lato, adottano più criteri di collegamento alternativi per disciplinare la validità formale dell'atto. In secondo luogo, e in potenziale contrasto, i contraenti hanno interesse che la legge applicabile sia sufficientemente connessa al rapporto concreto e non sia determinata da aspetti del contratto condizionati da elementi di accidentalità. Infine, ciascun contraente ripone un legittimo affidamento sul fatto che il contratto venga regolato da una legge a lui prossima e facilmente conosciuta.

6.3. *Interessi del traffico giuridico internazionale*

Gli interessi del traffico giuridico internazionale possono dirsi tutelati quando le norme di conflitto facilitano la formazione e la circolazione dei rapporti giuridici, nonché la sicurezza della loro esecuzioni. In materia contrattuale, essi si realizzano se le norme di conflitto promuovono la validità formale dell'accordo e riducono i casi

in cui una parte possa invocare la propria incapacità di agire, oltre a tutelare le legittime aspettative di parti terze rispetto al contratto. Inoltre, per facilitare la circolazione dei rapporti giuridici, una norma di conflitto dovrebbe evitare il più possibile di dar origine a fattispecie claudicanti (anche se detta esigenza non sembra assumere rilievo in materia contrattuale).

6.4. *Interessi dell'ordinamento giuridico*

Questo ordine di interessi si può dividere in due categorie. In primo luogo, l'ordinamento ha un giusto interesse a proteggersi da un'eccessiva apertura a valori stranieri e a tutelare l'armonia interna delle decisioni. Più che rilevare sulla determinazione della legge applicabile, questo tipo di interessi rileva nel trattamento riservato al diritto straniero e alle sentenze rese da un giudice di un altro Stato di cui si chiede il riconoscimento e l'esecuzione. In secondo luogo, invece, l'ordinamento può voler imporre il rispetto di alcuni suoi determinati valori economici e sociali. Anche questo secondo ordine di interessi sembra essere perseguito da strumenti differenti rispetto alle disposizioni di diritto internazionale privato, come ad esempio attraverso l'impiego delle norme di applicazione necessaria. Non mancano peraltro esempi di norme di conflitto unilaterale, che prevedono l'applicazione della propria legge nazionale a determinate tipologie di contratto collegate col territorio del proprio Stato, in deroga alla disposizione di conflitto generalmente applicabile⁸⁴.

Nessun criterio di collegamento può perseguire tutti gli interessi in causa in maniera soddisfacente. Al modo in cui i criteri di collegamento riescono a rispondere

⁸⁴ V. art. 3 della legge di diritto internazionale privato dei contratti dell'Oregon.

alle diverse esigenze, qui solo brevemente evidenziate, è riservata l'indagine svolta nel prossimo capitolo.

CAPITOLO II

CRITERI DI COLLEGAMENTO

SOMMARIO: *Sezione I: La localizzazione della fattispecie in concreto: il collegamento più stretto.* – 1. Origini e giustificazione teorica del collegamento più stretto. - 2. Diffusione del collegamento più stretto. - 3. Indici di localizzazione. - 3.1. Il luogo di conclusione del contratto. - 3.2. Il luogo di esecuzione del contratto. - 3.3. Il luogo di situazione dell'immobile. - 3.4. La legge personale dei contraenti. - 3.5. La residenza abituale. - 3.5.1. Teoria della prestazione caratteristica. - 3.5.2. Valutazioni critiche del criterio di collegamento della residenza abituale del prestatore caratteristico. - 3.5.3. Residenza abituale e tutela del contraente debole. - 4. Il collegamento più stretto come clausola di eccezione: l'esperienza della convenzione di Roma e ipotesi di funzionamento nel regolamento Roma I. - 5. Il collegamento più stretto come criterio di collegamento suppletivo.

1. *Origini e giustificazione teorica del collegamento più stretto*

Il criterio di collegamento del collegamento più stretto nasce dalla dottrina inglese della *proper law of contract*⁸⁵: all'interno di tale teoria il collegamento più stretto rappresenta, infatti, l'espedito cui si ricorre nelle situazioni in cui non vi è stata un'esplicita o implicita scelta delle parti circa la legge regolatrice del contratto. La prima espressa affermazione della formula del collegamento più stretto si ritrova nella sentenza della *High Court of Judicature, Chancery Division* del 15 giugno 1899

⁸⁵ Alcuni studiosi hanno prospettato una derivazione di tale concetto dall'assunto del Savigny, il quale ha proposto di far regolare i rapporti con elementi di estraneità dalla legge del paese ove esso ha la propria sede naturale. Cfr. CAMPIGLIO, *L'esperienza svizzera in tema di clausola d'eccezione: l'art. 14 del progetto di riforma del diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1985, p. 82; VITTA *Influenze americane nella convenzione C.E.E. sulle obbligazioni contrattuali*, in *SCUOLA DI NOTARIATO A. ANSELMINI DI ROMA* (a cura di), *La convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, Milano, 1983, p. 126. Tale impostazione è criticata dal Baratta per il quale la coincidenza del collegamento più stretto e la sede naturale del rapporto non sussiste, per il fatto che i metodi per la loro individuazione, indagine casistica e giurisprudenziale per il collegamento più stretto, astratto e generale per la ricerca della sede naturale, differiscono notevolmente. Cfr. BARATTA, *Il collegamento più stretto nel diritto internazionale privato dei contratti*, Milano, p. 91, nota 33.

relativa al caso *South Africa Breweries Ltd. v. King*⁸⁶, nella quale, dopo aver richiamato i punti di contatto rilevanti nella fattispecie, in un caso in cui si doveva scegliere se applicare la legge inglese o quella sudafricana, si stabilì che il diritto sudafricano regolava il contratto in quanto tale diritto presentava con esso "*the most real connection*". Tuttavia per comprendere meglio l'origine e le caratteristiche di tale criterio conviene prestare attenzione al modo in cui si è giunti a siffatto risultato.

Le origini delle norme di diritto internazionale privato nell'ordinamento britannico risalgono al diciottesimo secolo⁸⁷, quando l'originaria unità legislativa venne a modificarsi in seguito all'unione dei regni di Inghilterra, Galles, Scozia e Irlanda⁸⁸, a seguito della quale la dipendenza del *ius* dal *forum* iniziò a vacillare. In questa prima fase del processo di formazione di norme sui conflitti di legge autonome e distinte da quelle sulla giurisdizione ebbe un ruolo importante la scuola degli statuari olandesi⁸⁹: infatti, dopo una nutrita serie di decisioni che seguivano

⁸⁶ Si veda il testo della sentenza in *The Law Reports*, 1899, vol. II, p. 173 ss.

⁸⁷ Si assiste quindi ad un ritardo rispetto ai paesi dell'Europa continentale in cui gli statuari avevano elaborato una fiorente dottrina sin dal medioevo. Tale motivo dipende dalla circostanza che per un lungo periodo era impossibile che nascessero qualsiasi tipo di conflitto di leggi: né quelli interlocali, dato che il Regno d'Inghilterra fu retto per lungo tempo da un'unica *common law*, amministrata da giudici di nomina regia quale *national law of the land* né quelli con sistemi normativi di altri Stati poiché: da un lato, le corti inglesi declinavano la loro giurisdizione nelle controversie relative a fattispecie sorte oltremare, dall'altro, le stesse, se i fatti che avevano dato origine al rapporto erano accaduti nel Regno, affermando la propria giurisdizione applicavano la legge inglese, facendo così dipendere lo *ius* dal *forum*. Cfr. BARATTA, *Il collegamento più stretto*, cit., p. 93 ss. Per un approfondimento sulla nascita del diritto inglese e in specie della *common law* cfr. CRISCUOLI, *Introduzione allo studio del diritto inglese Le fonti*, 3^a ed., Milano, 2000, p. 61 ss.

⁸⁸ In realtà la formazione del Regno Unito è il frutto di una lunga serie di unioni: da quella del 1536 tra Inghilterra e Galles all'unione personale dei Regni di Inghilterra e Scozia del 1603, dall'Atto di Unione del 1707 – che sancisce la nascita del Regno Unito – a quella con l'Irlanda del 1800. Si ricorda, infine, che con il termine Gran Bretagna si indica l'unione di Inghilterra, Scozia e Galles, mentre con la formula Regno Unito si intende l'entità statale comprensiva di Gran Bretagna ed Irlanda del Nord. Cfr. LUCIFREDI, *Appunti di diritto costituzionale comparato*, 2, *Il sistema britannico*, 6^a ed., Milano, 1992, p. 14 ss.; VENTURA, *Il federalismo*, Bologna, 2002, p. 32.

⁸⁹ I motivi di questa influenza si devono: da un lato, al fatto che molti giuristi scozzesi erano soliti completare la loro formazione all'università di Leyden, dall'altro, alla diffusione che in Gran Bretagna ebbe il volume di Story, *Commentaries on the Conflict of Laws, Foreign and Domestic*, testo che si ispirava largamente a principi mutuati dalle concezioni di Huber. Cfr. BARATTA, *Il collegamento più stretto*, cit., p. 96 s. L'influenza di tale scuola è testimoniata, non solo dal contenuto delle norme che

un approccio marcatamente giurisdizionale, nel senso che esse erano impostate sull'esigenza di un nesso inscindibile tra competenza giurisdizionale e competenza legislativa, ossia nella direzione che era la prima ad attrarre la seconda, dagli inizi del diciottesimo secolo inizia a formarsi, ad opera della giurisprudenza, una norma di diritto internazionale privato che rinviava alla legge del luogo di conclusione del contratto⁹⁰. Al riguardo si riscontra un'affinità tra il pensiero degli statuari olandesi e l'ordinamento giurisprudenziale appena richiamato; affinità che si evince dal confronto della giurisprudenza con un passo del pensiero di Huber⁹¹, laddove lo studioso olandese sostiene che i contratti sono retti dalla legge del luogo di perfezionamento dei medesimi. Tuttavia egli sottolinea che se le parti hanno in mente un altro luogo di conclusione, è questa diversa intenzione che deve prevalere: in tale modo si viene a delineare una finzione giuridica, secondo la quale si arriva a ritenere quale *locus contractus* non già il luogo effettivo di conclusione del contratto, ma quello cui i contraenti hanno ritenuto tale al momento della stipulazione. Detta *fictio iuris* sottende alcuni principi che, sviluppati dalla giurisprudenza successiva, caratterizzano ancora l'odierna teoria della *proper law of contract*. Per un verso, con l'attribuire rilevanza non al luogo reale di conclusione del

la giurisprudenza pose, ma anche dalla libera citazione della dottrina olandese in un certo numero di sentenze.

⁹⁰ Si trova infatti stabilito in alcune sentenze che: "i contratti devono essere giudicati secondo la legge del paese dove sono stati stipulati"; "la legge del paese dove il contratto nasce, deve regolare il contratto"; "considerato che il contratto è stato stipulato in Inghilterra, benché debba essere eseguito in Scozia, esso deve essere regolato secondo le norme della legge inglese". Cfr. rispettivamente, le sentenze rese nei casi: *York Buildings Company v. Meers (House of Lords)*, in *English Reports*, vol. 22 (1728), p. 405; *Male v. Roberts*, in *English Reports*, vol. 170 (1800), p. 574; *Arnott v. Redfern and others*, in *English Reports*, vol. 172 (1825), p. 41.

⁹¹ Ulrik Huber fu uno dei maggiori giuristi olandesi del diciassettesimo secolo. Egli segnalò e studiò le varie interpolazioni della compilazione giustiniana. Tra le sue opere si ricordano, per la materia dei conflitti di leggi, il *De iure civitatis* (1684) ed il *De conflictu legum diversarum in diversis imperiis* (1689). Cfr. *Dizionario enciclopedico italiano, Istituto della enciclopedia italiana*, 1956, vol. V p. 808. Le indicazioni sopra menzionate sono riprese dal Baratta. Cfr. BARATTA, *Il collegamento più stretto*, cit., p. 100; vedi anche LLEWELYN DAVIES, *The Influence of Huber's De Conflictu Legum on English Private International Law*, in *British Yearbook of International Law*, 1937, p. 73. Lo stesso Llewelyn, inoltre afferma che la dottrina della *proper law*, la quale occupa una posizione così importante nel diritto internazionale privato inglese, si rifà direttamente al *De conflictu legum*. Cfr. *ult. op. cit.*, p. 62.

contratto, ma a quello ritenuto tale dalle parti, si sono poste le premesse per il riconoscimento dell'autonomia dei contraenti in diritto internazionale privato. Per altro verso, si sono in tal modo anche poste le basi per l'origine del collegamento più stretto, dovendosi considerare che le corti britanniche lo hanno inteso nel senso che l'indagine diretta ad accertare l'intenzione non manifestata espressamente delle parti circa il luogo di conclusione del contratto, debba svolgersi con riferimento al complesso delle circostanze inerenti alla vicenda. Ne consegue che i primordi del collegamento più stretto sono legati alla ricerca della volontà dei contraenti nel caso in cui l'adesione delle parti ad un dato sistema normativo non risultasse espressa, né ricostruibile alla luce di un dato comportamento concludente, ma fosse presunta o ipotetica. In questi casi, infatti, la ricerca della volontà delle parti è ricavata da un'indagine dell'interprete mirante ad individuare il diritto rispetto al quale si ritiene che esse si siano idealmente, benché inconsciamente, sottoposte, ovvero mediante un esame non solo della loro condotta, ma anche delle circostanze oggettive e rilevanti caratterizzanti il contratto.

Proprio quest'analisi condotta dal giudice sugli elementi fondanti l'accordo ha portato, nel corso del diciannovesimo secolo, all'abbandono del rigido e aprioristicamente determinato criterio della legge del luogo di conclusione del contratto: durante questo periodo si è quindi assistito all'elaborazione di una prassi giurisprudenziale volta all'applicazione estensiva della finzione giuridica dianzi delineata, e di una delimitazione non definita delle circostanze di collegamento da prendere in considerazione. Infatti in quel periodo, con riferimento ai contratti misti⁹² allora maggiormente diffusi, si profila il rifiuto di applicare aprioristicamente ed in maniera automatica la *lex loci contractus*, con la conseguenza che la giurisprudenza, in alcune sentenze, inizia a muovere i primi passi in direzione di quello che sarà poi il collegamento più stretto. E' solo con la sentenza resa in data

⁹² Quali, ad esempio: le compravendite, i mutui, i noleggi di navi, i contratti di assicurazione e quelli di trasporto marittimo.

22-23 giugno 1865 nel caso *The Peninsular and Oriental Steam Navigation Co. V. Farquhar*⁹³ che, portando a compimento il processo di distacco della giurisprudenza britannica dal criterio del luogo di conclusione del contratto⁹⁴, si ha l'abbandono definitivo di quella regola. A conferma di questo superamento e della preferenza per una determinazione della legge applicabile sulla base del complesso delle circostanze rilevanti del contratto, e quindi di un approccio giurisprudenziale caso per caso, già nell'opera del Westlake si trova affermato che la validità e l'efficacia di un contratto sono regolate dalla legge con il quale lo stesso presenta il collegamento più stretto⁹⁵. Tuttavia fino alla sentenza del 1899, prima ricordata, la giurisprudenza si è concentrata sulla ricerca non tanto del collegamento più stretto, quanto piuttosto della volontà ipotetica o presunta dei contraenti, dedotta da un esame globale ed oggettivo delle circostanze del caso⁹⁶. Quest'ultimo orientamento risulta confermato anche per tutta la prima metà del ventesimo secolo, durante il quale i giudici britannici determinano la legge regolatrice del contratto sulla base della presumibile intenzione dei contraenti. Le corti fanno cioè riferimento alla legge

⁹³ Cfr. *The Peninsular and Oriental Steam Navigation Co. V. Farquhar* (1865), in *English Reports*, vol. 16, p. 103 ss.

⁹⁴ Ci si riferisce qui alle sentenze *Campbell v. Dent, M'Pherson and another* (1838), in *English Reports*, vol. 12, p. 1022; *Parken v. Royal Exchange Assurance Co.* (1846), in MAHER, *International Private Law: Cases and Statutes*, Edinburg, 1985, p. 154; *Este v. Smith* (1854), in *English Reports*, vol. 52, p. 49; *Van Grutten v. Digby* (1862), in *English Reports*, vol. 54, p. 49 e *Cood v. Cood* (1863), in *English Reports*, vol.55, p. 392, nelle quali i giudici, al fine di determinare la legge applicabile al contratto, danno rilevanza non solo al luogo di conclusione del contratto, ma anche: al luogo di esecuzione delle prestazioni, al domicilio, alla residenza, alla cittadinanza della parti; preferendo, in tal modo, esaminare il complesso delle circostanze del caso, anziché localizzare il contratto tramite un rigido e astrattamente determinato criterio di collegamento. Cfr. BARATTA, *Il collegamento più stretto, cit.*, p. 104.

⁹⁵ WESTLAKE, *A Treatise on Privat Internazionale Law*, 7^a edizione, Londra, 1925, p. 302. Il brano che qui rileva è già contenuto nella seconda edizione del 1880. Infatti come l'autore ha avuto modo di sottolineare: la legge tramite la quale si deve determinare la validità e gli effetti del contratto deve essere scelta sulla base di considerazioni sostanziali; la preferenza deve essere accordata alla legge del paese con il quale il contratto ha il collegamento più stretto e non alla legge del luogo di conclusione del contratto.

⁹⁶ Infatti per tutta la seconda metà dell'ottocento si può constatare come la giurisprudenza sia percorsa da un filo conduttore unitario, nel senso che la determinazione della legge applicabile è rimessa all'apprezzamento discrezionale del giudice avendo riguardo all'insieme delle circostanze di collegamento rilevanti, all'oggetto ed alla natura del contratto. Cfr. BARATTA, *Il collegamento più stretto, cit.*, p. 107.

che un giusto e ragionevole contraente avrebbe scelto, se si fosse posto il problema della scelta della legge applicabile al momento della conclusione del contratto; il richiamo è perciò alla volontà presunta di un soggetto ipotetico, ossia il *sensible business man*. Tuttavia si tratta qui di un ossequio formale al principio dell'autonomia della volontà: infatti, quando le parti non hanno operato una scelta di legge esplicita o implicita, la legge applicabile è determinata da un oggettivo esame delle circostanze di collegamento del caso di volta in volta preso in esame⁹⁷; da ciò trova conferma, quindi, l'avversità dei giudici britannici per regole di conflitto rigide.

E' solo a partire dalla sentenza del 10-13 dicembre 1948, *Boissevain v. Weil*⁹⁸ che, tuttavia, si abbandona la ricerca di una presunta o ipotetica volontà dei contraenti, per far luogo al criterio del collegamento più stretto al fine di determinare la legge regolatrice del contratto. L'abbandono di una tale ricerca si evince anche dalla sentenza della *House of Lord* del 30 ottobre 1950 nel caso *Bonython v. Commonwealth of Australia*⁹⁹, nella quale si equiparano i due approcci. Risulta quindi formata una norma di conflitto fondata sul collegamento più stretto, norma che a tutt'oggi è utilizzata nei sistemi di *common law*, ad eccezione degli

⁹⁷ Questo orientamento è ben visibile in alcune sentenze nelle quali i giudici britannici hanno sostenuto che: "la Corte deve giungere alla determinazione della legge alla quale le parti si sono rifatte e che deve essere quindi applicata, sulla base delle prove apportate; il problema è di ricavare dallo stesso accordo e dal complesso delle circostanze da quale legge le parti hanno inteso che il loro contratto sia regolato". Vedi *South Africa Co. V. De Beers Consolidated Mines Ltd.* 10 febbraio 1910, Chancery Division, in *The Law Reports*, 1910, vol. 1, p. 381. In linea generale la giurisprudenza ha quindi stabilito che la legge applicabile è quella che le parti hanno inteso rendere applicabile e tale scelta può essere accertata in due modi: da un lato, da una manifestazione di volontà esplicita, dall'altro, se non vi è stata espressa dichiarazione, dai termini del contratto e dalle circostanze rilevanti nel caso di specie. Cfr. *The King v. International Trustee for the Protection of Bondholders Aktiengesellschaft*, marzo 1937, House of Lord, in *The Law Report*, 1937, p. 500 ss., in specie p. 529.

⁹⁸ Vedi *Boissevain v. Weil* (1948), King's Bench Division, in *The Law Reports*, 1949, vol. 1, p. 482 ss. Ove si evince che la legge regolatrice del contratto dipende non tanto dal luogo in cui si è concluso, o dalle intenzioni delle parti, o ancora dal luogo di esecuzione, quanto dal luogo con cui esso presenta il collegamento più stretto.

⁹⁹ Vedi la sentenza *Bonython v. Commonwealth of Australia* (1950), House of Lord, in *The Law Reports*, 1951, Appeal Cases, p. 201 ss.

Stati Uniti, per determinare la legge regolatrice del contratto in mancanza di *electio iuris*.

Definito quindi il percorso storico tramite il quale si è formato il criterio del collegamento più stretto, conviene ora esaminarne le particolarità ed il modo di funzionamento. In un primo momento, il giudice è chiamato a individuare ed a prendere in considerazione tutte le circostanze inerenti al contratto che lo collegano a diversi ordinamenti; tali fattori non sono definibili a priori, ma variano a seconda della fattispecie da regolare. Può aver rilevanza, oltre alle eventuali presunzioni che la norma di conflitto può adottare, ogni elemento concernente la condizione dei contraenti, la natura, l'oggetto e la concreta situazione in cui si estrinseca il rapporto contrattuale, in quanto situazioni idonee a collegare lo stesso a diversi ordinamenti giuridici, quali ad esempio: il luogo di conclusione del contratto, il luogo d'esecuzione del contratto, la cittadinanza, il domicilio, la residenza delle parti¹⁰⁰. In aggiunta al giudice è concessa la facoltà di prendere in considerazione anche le circostanze sopravvenute alla conclusione del contratto¹⁰¹, a meno che la norma di conflitto lo vieti espressamente. Di conseguenza, un rilevante mutamento nel tempo

¹⁰⁰ I punti di contatto che possono venire in rilievo, a seconda dei casi, sono: il luogo di conclusione, il luogo di esecuzione del contratto, la cittadinanza, il domicilio, la residenza delle parti, il luogo ove le parti esercitano la loro attività economica o professionale, la valuta nella quale deve essere effettuato il pagamento in denaro, la lingua di redazione del contratto, il luogo in cui si sono svolte le trattative precontrattuali, la nazionalità della nave, la nazionalità della società ed il luogo in cui si trova l'immobile. Detto elenco, vista la natura della norma non deve ritenersi esaustivo.

¹⁰¹ Ciò, ad esempio, era sicuramente vero nel sistema posto in essere dalla convenzione di Roma e si desume, in negativo, dal tenore letterale della norma poiché, laddove i redattori della convenzione abbiano voluto cristallizzare una situazione di fatto, essi si sono espressi chiaramente al riguardo. E' questo il caso delle presunzioni contenute nei paragrafi 2 e 4 dell'art. 4. Nel primo caso la norma infatti dispone che: "si presume che il contratto presenti il collegamento più stretto col paese in cui la parte che deve fornire la prestazione caratteristica ha, *al momento della conclusione del contratto*, la propria residenza abituale ... " (corsivo aggiunto); nel secondo caso, riguardante i contratti di trasporto merci: "si presume che questo contratto presenti il collegamento più stretto col paese in cui il vettore ha la sua sede principale *al momento della conclusione del contratto* ... " (corsivo aggiunto). In aggiunta la possibilità di prendere in considerazione circostanze sopravvenute alla conclusione del contratto si ritrova anche nella Relazione esplicativa laddove essa stabilisce che: "Ai fini della determinazione del paese con il quale il contratto presenta il collegamento più stretto, possono essere presi in considerazione anche elementi intervenuti successivamente alla conclusione del contratto". Vedi GIULIANO-LAGARDE, *Relazione, op. cit.*

di un elemento di collegamento concernente la vicenda contrattuale può modificare il quadro di riferimento del complesso di circostanze tramite il quale il giudice è tenuto a determinare la legge con la quale il contratto è più strettamente connesso.

Terminata la verifica dei punti di contatto che la fattispecie presenta con i diversi ordinamenti, nella seconda fase del "meccanismo di approssimazione" alla legge regolatrice del rapporto spetta al giudice procedere ad una ponderazione dei punti di contatto determinati. Tale operazione può essere svolta in due modi: da un lato, utilizzando la tecnica del *grouping of contacts*, dall'altro, quella del *weighing of contacts*. Nel primo caso, alla determinazione della legge applicabile si giunge attraverso una ponderazione quantitativa dei punti di contatto, ovvero tale legge è individuata poiché ad essa rinviano il maggior numero di circostanze di collegamento inerenti alla fattispecie da regolare. Mediante l'impiego della tecnica del *weighing of contacts*, invece, riconoscendo che i diversi punti di contatto presentano valenza e peso differente, il giudice ha il compito di individuare la legge applicabile tramite un giudizio di valore sulle singole circostanze di collegamento, al fine di scegliere quella legge, alla quale richiamano i fattori maggiormente significativi¹⁰². Se il sistema di diritto internazionale privato che adotta il criterio del collegamento più stretto nulla dice in proposito, la scelta del metodo da utilizzare è rimessa alla sensibilità dell'interprete. Al riguardo si può affermare che, benché il criterio del raggruppamento dei contatti sia talvolta in grado di individuare la legge più strettamente connessa, ciò nondimeno la correlazione e l'intensità del legame tra il contratto e una data legge non può sempre prescindere da un qualche apprezzamento qualitativo delle circostanze di collegamento. Infatti la *ratio* di una norma che si basa sul collegamento più stretto contrasta con la possibilità di ridurne

¹⁰² Si ha quindi nel caso del *grouping of contacts* un ragionamento sostanzialmente meccanico: viene ad essere applicato il diritto dello Stato richiamato dal maggior numero di circostanze di collegamento considerate nella prima fase del meccanismo di approssimazione. Nel caso del *weighing of contacts*, invece, si procede ad una valutazione qualitativa dei contatti per determinare quello o quelli che, a seconda della sensibilità dell'interprete, esprimono il collegamento più intenso tra il contratto e una data legge, applicando quindi la legge individuata da tali fattori. Cfr. BARATTA, // *collegamento più stretto, cit.*, p. 121 s.

il funzionamento ad un semplice conteggio dei punti di contatto tra la fattispecie ed uno degli ordinamenti in esame, trascurando qualsiasi accenno alla rilevanza che essi hanno all'interno della vicenda contrattuale¹⁰³.

Da un punto di vista filosofico, il criterio di collegamento in esame è espressione del principio di prossimità. Secondo Lagarde¹⁰⁴, il principio di prossimità richiede che una fattispecie debba essere disciplinata dalla legge del Paese con il quale presenta i collegamenti più stretti. Numerose sono le giustificazioni che si possono trovare per detta soluzione. In primo luogo, la sua obbiettività lo rende adatto a essere impiegato su scala universale. In secondo luogo, essa compone in

¹⁰³ Cfr. *ult. op. cit.*, p. 189 s.; sul punto la giurisprudenza italiana mostra di seguire entrambe le tecniche. Un esempio di utilizzo del *grouping of contacts* si ritrova nella sentenza del Tribunale di Udine del 2 agosto 2002 resa nel caso *Enrico Ravelli contro HTB Hoch Tief Bau IMST GmbH e Arge Hohe Wandtunnel HTB – Swietelsky*, laddove, in un contratto di appalto, afferma che: "il contratto concluso ... presenta non solo i collegamenti più stretti, ma *collegamenti pressoché esclusivi* con lo Stato austriaco" (corsivo aggiunto) e rileva quali fattori di collegamento che: "il contratto d'appalto è stato concluso in Austria, ..., aveva per oggetto la realizzazione di un'opera pubblica commessa da un Land federale austriaco, la lingua dei documenti contrattuali doveva essere quella tedesca, ..., i prezzi erano stabiliti in scellini, tutte le prestazioni dell'appaltatore sono state rese in territorio austriaco e ... il pagamento doveva essere effettuato presso una filiale di Villach (città della Carinzia) di una banca austriaca". Vedi *Enrico Ravelli contro HTB Hoch Tief Bau IMST GmbH e Arge Hohe Wandtunnel HTB – Swietelsky*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2004, p. 237 ss., in specie p. 241. Esempio invece di utilizzo del *weighing of contacts* si ritrova nella sentenza della Corte di Cassazione del 28 luglio 1998 n. 7398 resa nel caso *Glencore International AG contro Commerciale Alluminio Nord s.p.a.* laddove, decidendo su un contratto di borsa, nell'affermare che: "quando la legge regolatrice del contratto non viene scelta dalle parti, le obbligazioni contrattuali sono regolate dalla legge del paese con il quale il contratto presenta il collegamento più stretto", subito dopo stabilisce che: "orbene, il paese, con il quale il contratto, ..., presenta il collegamento più stretto è sicuramente l'Italia, dove il contratto è stato stipulato ed in cui devono eseguirsi i pagamenti..". (Cfr. *Glencore International AG contro Commerciale Alluminio Nord s.p.a.*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1999, p. 319 ss., in specie, p. 322). Si ritiene che la Corte, dando particolare rilievo al luogo di conclusione del contratto e al luogo in cui devono effettuarsi i pagamenti, abbia proceduto, non tanto ad un mero raggruppamento dei punti di contatto, quanto ad una ponderazione della natura degli stessi. Un altro esempio di utilizzo di quest'ultima tecnica si rinviene nella sentenza della Corte di Cassazione del 6 agosto 1998 n. 7714 resa nel caso *Bs Electrodomesticos s.a. contro Fallimento Sicentecnica s.p.a.* ove, in relazione alla violazione di un patto di esclusiva, la Corte ha asserito che: "dal patto accessorio di esclusiva stipulato dalle parti si riconosce aver avuto origine un'obbligazione di non *facere*. Pertanto, non può revocarsi in dubbio essere l'Italia il paese con il quale il patto, del cui adempimento si tratta, presenti il collegamento più stretto". Anche in questo caso, da una valutazione delle caratteristiche rilevanti nella fattispecie, rilievo assorbente e maggior peso ha rivestito uno dei fattori di collegamento del rapporto, avendo la Corte considerato l'importanza di tale criterio all'interno della vicenda contrattuale. (Cfr. *Bs Electrodomesticos s.a. contro Fallimento Sicentecnica s.p.a.*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1999, p. 583 ss., in specie, p. 585).

¹⁰⁴ LAGARDE, *Le principe*, p. 29

maniera soddisfacente molti degli interessi e degli obiettivi del diritto internazionale privato. Infatti, il criterio del collegamento più stretto favorisce, se applicato correttamente dalla giurisprudenza, l'uniformità delle soluzioni e l'eliminazione delle situazioni claudicanti, nonché il rispetto delle legittime aspettative delle parti. Inoltre, non sacrifica troppo gli interessi degli Stati coinvolti nella fattispecie, ma anzi dichiara competente la legge di quello più strettamente collegato ad essa e maggiormente interessato dall'esito di un'eventuale controversia. Per tale motivo, il criterio in esame sembra soddisfare anche le finalità della giustizia di diritto internazionale privato.

2. Diffusione del collegamento più stretto

La previsione di Lagarde circa un utilizzo universale del criterio di collegamento in esame sembra essersi avverata, almeno nella disciplina internazionalprivatistica dei contratti. La grande maggioranza delle recenti codificazioni di diritto internazionale privato, infatti, adotta il collegamento più stretto come regola generale per determinare la legge applicabile al contratto internazionale¹⁰⁵. Inoltre, il medesimo criterio è applicato dagli Stati del *Commonwealth* britannico (ad esempio Australia, Canada e Nuova Zelanda), nonché da numerose ex colonie inglesi con tradizione giuridica di *common law* (come India e Sri Lanka). Infine, sul piano internazionale il collegamento più stretto è alla base

¹⁰⁵ V., ad esempio in Europa: art. 117 della legge svizzera di diritto internazionale privato; art. 1211, par. 1, del codice civile russo. In Asia: art. 26, par. 1 della legge di diritto internazionale privato sudcoreana; art. 8 della legge sull'applicazione della legge giapponese; art. 24, par. 4 del codice di diritto internazionale privato turco; art. 41 della nuova legge cinese di diritto internazionale privato. Negli Stati americani: art. 3112 del codice civile del Quebec; art. 30 della legge venezuelana di diritto internazionale privato.

del metodo adottato dalla convenzione di Città del Messico del 1994 per determinare la legge applicabile in mancanza di scelta delle parti¹⁰⁶.

3. *Indici di localizzazione*

All'interprete che deve determinare la legge applicabile in base al criterio del collegamento più stretto tocca l'arduo compito di soppesare tutte le connessioni spaziali del contratto al fine di localizzarlo nell'ordinamento in cui l'accordo ha il suo centro di gravità. Benché egli sia libero nell'individuazione della legge più strettamente collegata, nel corso dei secoli l'esperienza giuridica ha elaborato varie dottrine sull'importanza e sul "peso" di alcuni punti di contatto.

3.1. *Il luogo di conclusione del contratto*

Durante il periodo statutario, la dottrina e la giurisprudenza concordavano nel dichiarare che la legge del luogo in cui il contratto veniva concluso dovesse determinarne la validità formale e sostanziale, la disciplina degli obblighi e, in generale, tutti gli aspetti della vicenda contrattuale¹⁰⁷, ad eccezione delle azioni relative alle modalità di esecuzione (quali il tempo, luogo e il modo dell'esecuzione) e ai giustificati motivi per l'inadempimento, che erano, invece, disciplinate dalla legge del luogo di esecuzione di ogni singola prestazione. Diversi argomentazioni

¹⁰⁶ V. art. 9.

¹⁰⁷ Ancora oggi, molti sistemi di diritto internazionale privato utilizzano il criterio del luogo di conclusione. Il Brasile, come si è visto, lo adotta quale criterio di collegamento unico, mentre altri Stati (come era per l'Italia a norma dell'art. 25 delle preleggi, e come è per tutti quei Paesi che hanno introdotto nella loro legislazione disposizioni di diritto internazionale privato, utilizzando come modello la codificazione italiana del 1942), lo impiegano come criterio di collegamento sussidiario, o meglio, come *rule of last resort*, qualora i criteri di collegamenti precedentemente indicati non siano riusciti a determinare la legge applicabile.

giustificano questa scelta. In primo luogo, gli statuari si richiamano direttamente ad alcune disposizioni del diritto romano che conducevano a detta determinazione¹⁰⁸. In secondo luogo, viene sottolineato che la celebrazione è il momento in cui si forma il contratto, mentre l'esecuzione, per contro, è un mero effetto della celebrazione. Inoltre, da una prospettiva territorialistica, la legge di un Paese regola tutti gli atti che sono compiuti sul suo territorio; per tale motivo le condizioni di validità e gli obblighi assunti dalle parti, devono essere accertati alla luce della legge di quello Stato. Infine, vari argomenti di certezza del diritto avallerebbero l'importanza del luogo di conclusione. Una volta concluso il contratto, infatti, è competente a regolarlo, in maniera costante nel tempo e non suscettibile di variazioni, un'unica legge, facilmente determinabile e conoscibile per i contraenti prima della conclusione dell'accordo. Di conseguenza, si evita l'inconveniente di dover applicare una pluralità di leggi, qualora l'esecuzione del contratto dovesse avvenire in Paesi diversi, o di non sapere quale sia il regime applicabile, nel caso in cui i contraenti non avessero deciso dove adempiere le proprie obbligazioni e si lamentasse proprio il mancato adempimento. Inoltre, la legge del luogo di conclusione garantisce che tutti i contratti conclusi, ad esempio, in una fiera, durante un'asta o, più in generale, in un "mercato", siano disciplinati dalla medesima legge¹⁰⁹.

A prima vista, la localizzazione del contratto nel suo luogo di conclusione sembrerebbe soddisfare molti degli interessi in gioco. Le parti saprebbero fin da prima della stipulazione come indirizzare il loro comportamento. In più, qualora il contratto sia concluso presso il domicilio di una delle parti, quest'ultima si gioverebbe dell'applicazione della legge che conosce meglio. Dal punto di vista

¹⁰⁸ V. la famosa legge *Si fundus*, in Digesto, 21. 2. 6, secondo la quale la garanzia per l'evizione deve essere data secondo le consuetudini del luogo in cui si è concluso il contratto, "*in qua negotiorum gestum est*". V. in argomento, GUTZWILLER

¹⁰⁹ Corrispondono a questa logica, anche essa già presa in considerazione dagli statuari, le previsioni di cui all'art. 4, par., 1, lettere *g*) e *h*) del regolamento Roma I e l'art. 3, par. 3 della Convenzione dell'Aja del 15 giugno 1955 sulla legge applicabile ai contratti di vendita di beni mobili.

degli interessi del commercio internazionale, infine, tale sistema favorisce la libera circolazione del contratto, quando questo soddisfa i requisiti di forma previsti dalla legge indicata.

Tuttavia, occorre rilevare che il luogo di conclusione riveste, sempre più spesso, carattere accidentale. Inoltre, qualora il contratto intervenga *inter absentes* anche la sua determinazione non è univoca.

L'importanza del luogo di conclusione del contratto, dunque, varia a seconda di come sono state svolte le trattative. Infatti, nel caso in cui il contratto sia concluso alla presenza delle parti e nel luogo in cui si sono state condotte le trattative, i contraenti possono nutrire delle legittime aspettative circa l'applicazione di quella legge. Ciò vale *a fortiori* se sia le trattative, sia la conclusione del contratto, sono intervenuti nel luogo in cui una parte conduce la propria attività di impresa. Diversamente, la sua importanza diminuisce qualora il contratto sia stato concluso alla presenza dei contraenti, ma in luogo neutro, se non accidentale, con il quale nessuna parte ha sostanziali collegamenti.

Inoltre, lo sviluppo delle tecniche di telecomunicazione a distanza ha fatto aumentare i casi in cui il contratto è concluso tra assenti. In questa situazione, si pone il problema dell'individuazione del luogo di conclusione dell'accordo, con pesanti ripercussioni negative sui pregi di prevedibilità del risultato e di conoscibilità della legge che il criterio di collegamento promette di avere. Ad aggravare questo fosco quadro, si aggiunga la circostanza che le disposizioni materiali degli Stati collegati al contratto possono contenere discipline differenti. I paesi di *common law*, ad esempio, prevedono che l'accordo si perfezioni quando il destinatario della proposta spedisce la sua risposta di accettazione. I sistemi di diritto comune, invece, o seguono la teoria della dichiarazione, in base alla quale il momento perfezionante del contratto è quello in cui il destinatario dichiara di accettare l'offerta, oppure

adottano la teoria della cognizione, in base alla quale l'accordo si perfeziona quando il proponente riceve notizia che la sua proposta è stata accettata¹¹⁰.

Per ovviare a questo problema, alcuni sistemi di diritto internazionale privato che adottano il criterio del luogo di conclusione del contratto accompagnano detto criterio con una disposizione di diritto materiale volta a indicare il luogo di perfezionamento dell'accordo. Ad esempio, il richiamato art. 9 della codice civile brasiliano stabilisce che il contratto è concluso al domicilio del proponente. In mancanza di un'espressa previsione normativa, la nozione di luogo di conclusione del contratto può essere qualificata o *ex lege fori*¹¹¹, oppure analizzando il contenuto materiale delle leggi degli Stati in cui si trovano i contraenti. In questo caso, se dette norme determinano allo stesso modo il luogo di perfezionamento del contratto, l'accordo si riterrà concluso nel luogo in cui gli ordinamenti interessati ritengono che ciò avvenga. Diversamente, si dovrebbe scegliere quella legge che provvede una disciplina materiale identica, o il più possibile analoga a quella della *lex fori*¹¹².

In conclusione, nell'accertamento del diritto applicabile tramite il criterio del collegamento più stretto, il luogo di conclusione di contratto generalmente non sembra avere, preso singolarmente, una forza attrattiva significativa, tranne quando si debba determinare la legge regolatrice di un contratto concluso, e quindi localizzabile, all'interno di un "sistema". In questo caso, l'esigenza di regolare tutti i contratti appartenenti ad un dato sistema tramite la medesima legge conferisce una particolare forza al luogo di conclusione di quella massa di accordi.

¹¹⁰ In realtà la teoria della cognizione può assumere due varianti: quella secondo cui il proponente deve ricevere materialmente l'accettazione e quella per la quale è sufficiente che l'accettazione giunga all'indirizzo del proponente. Cfr. in argomento TOUBIANA, *Le domaine de la loi du contrat en droit international privé*, Paris, 1972, p. 12 ss.

¹¹¹ Questa era soluzione adottata dalla giurisprudenza italiana. V. VITTA, *Diritto internazionale privato*, vol. III, Torino, 1975, p. 274.

¹¹² Cfr., BARILE, *Criteri...*, p. 372 ss.

3.2. *Il luogo di esecuzione del contratto*

Come precedentemente sottolineato, gli statuari riservavano all'ambito di applicazione della legge del luogo di esecuzione gli aspetti del contratto relativi alle modalità di adempimento delle obbligazioni. Questa antica regola sembra sopravvivere anche nel diritto positivo odierno, giacché l'art. 12, par. 2 del regolamento Roma I prevede che le modalità di esecuzione e le misure che il creditore dovrà prendere in caso di esecuzione difettosa sono regolate dalla legge del Paese in cui ha luogo l'esecuzione.

L'idea di localizzare il contratto nella legge del luogo di esecuzione nasce dalla constatazione che la celebrazione del contratto è solo uno strumento per raggiungere lo scopo dei contraenti, che consiste nello scambio di prestazioni patrimoniali. Da questo punto di vista, già Savigny, seguito successivamente da Batiffol, sostiene che il fine dell'accordo è il suo adempimento, oltre ad essere ciò che gli conferisce un valore economico. Le aspettative delle parti, infatti, sono dirette all'adempimento dei propri obblighi e si realizzano nel luogo dell'esecuzione. Inoltre, è al momento e al luogo dell'esecuzione che il contratto si manifesta sulla scena del mondo. Ne segue che, prima dell'adempimento, la celebrazione del contratto origina delle obbligazioni che rimangono in potenza fino a che esse non vengono eseguite. Per contro, la società in cui si è celebrato il contratto non subisce alcun danno se le parti contraenti non adempiono ai propri obblighi o se detta esecuzione avviene in altre società, ovvero in altri Stati. Altri motivi, ancora, conducono a ritenere che sia una buona localizzazione quella di sottoporre il contratto alla legge del luogo di esecuzione: come prima evidenziato, non è possibile svincolarsi completamente dalle regole del luogo di esecuzione e, spesso, esso coincide anche con la sede del giudice che ha la competenza giurisdizionale per risolvere le eventuali controversie che nascono dal contratto.

Da questa prima analisi, il criterio di collegamento del luogo di esecuzione sembra soddisfare molti degli interessi in gioco. In primo luogo, esso conduce ad una disciplina che è collegata al rapporto e che non riveste caratteri di accidentalità. In secondo luogo, se il luogo dell'esecuzione è stabilito dal contratto, o risulta inequivocabilmente dalle condizioni dello stesso, adempie allo scopo di fornire una disciplina prevedibile e facilmente determinabile prima della conclusione dell'accordo. Inoltre, nel caso in cui il contratto intervenga tra parti che hanno differente potere contrattuale, come ad esempio nei contratti individuali di lavoro, può apprestare un'adeguata protezione al c.d. contraente debole, che vedrà applicarsi una legge di cui può agevolmente accertarsi del contenuto e, con ogni probabilità, è anche la legge a lui più prossima¹¹³. Inoltre, sempre per quest'ultimo tipo contrattuale, la legislazione giuslavoristica del luogo in cui il lavoratore adempie le proprie mansioni ha spesso carattere imperativo; il criterio del luogo di esecuzione sembrerebbe dunque soddisfare anche gli interessi dello Stato coinvolto.

Molti sono, dunque, gli argomenti che sembrano conferire al punto di connessione del luogo dell'esecuzione particolare forza nella determinazione del collegamento più stretto.

Tuttavia, come già precedentemente rilevato, il criterio del luogo dell'esecuzione potrebbe condurre ad un frazionamento della disciplina applicabile, qualora le parti contraenti debbano adempiere le proprie obbligazioni in Paesi differenti. Batiffol propone di risolvere questo problema dando preferenza all'esecuzione dell'obbligazione principale. Preconizzando la concezione che sarà portata a compimento da Schnitzer, egli avanza l'idea secondo cui nei contratti sinallagmatici l'obbligazione principale, o meglio caratteristica, è quella per la quale

¹¹³ Difatti, l'art. 6, par. 2 del regolamento Roma I dispone che il contratto individuale di lavoro è disciplinato, in prima battuta, dalla legge del luogo in cui, o a partire dal quale, il lavoratore svolge abitualmente il suo lavoro. Inoltre detta legge fornisce lo *standard* di trattamento che le parti non possono derogare, *in peius*, nell'esercizio della loro autonomia conflittuale.

viene versato un corrispettivo in denaro¹¹⁴. Il contratto, dunque, andrebbe localizzato nel luogo in cui viene eseguita la prestazione caratteristica.

Questo ragionamento, seppur fondato, presenta un punto debole. Va infatti rilevato che in senso tecnico il luogo dell'esecuzione non sempre coincide con quello in cui trova luogo l'esecuzione essenziale dell'obbligazione. Ad esempio, nel contratto di vendita, il luogo tecnico dell'esecuzione è quello in cui la merce entra nella materiale disponibilità dell'acquirente; detto luogo, tuttavia, potrebbe non coincidere con quello in cui il produttore/venditore adempie al suo obbligo di fabbricare e spedire il bene. Inoltre, in alcuni contratti il luogo dell'esecuzione è sconosciuto al momento della conclusione, oppure è disperso in più Paesi.

In conclusione, l'importanza del luogo di esecuzione dipende dal fatto che detto luogo sia effettivamente quello in cui le obbligazioni contrattuali devono essere adempiute. Infine, se il luogo dell'esecuzione è localizzato in un particolare Paese, e se quel luogo era noto al momento della conclusione del contratto, allora quel punto di connessione è rivestito di significativa importanza.

3.3. *Il luogo di situazione dell'immobile*

Minori incertezze avrà il giudice nel localizzare un contratto avente per oggetto un diritto reale immobiliare o la locazione di un immobile. Il *situs rei* ha una forza attrattiva tale da essere utilizzato, su scala universale, quale criterio di collegamento per la disciplina di queste tipologie contrattuali¹¹⁵. Gli interessi dello Stato di situazione, inoltre, sembrano prevalere su tutte le altre esigenze.

Come è stato sottolineato¹¹⁶, l'attenzione di tutte le parti coinvolte è attratta dal fatto che la localizzazione necessaria dell'immobile è senza dubbio il punto di

¹¹⁴ BATIFFOL, p. 84

¹¹⁵ V. art. 4, par. 1, lett. c) del regolamento Roma I.

¹¹⁶ BATIFFOL, 108

contatto più forte di tutta la vicenda contrattuale e rappresenta il centro reale e naturale degli interessi delle parti e di tutta l'operazione economica. Inoltre, nel luogo di situazione del bene immobile si localizza l'esecuzione principale del contratto.

Di norma, dunque, questo tipo di contratto è regolato dalla *lex rei sitae*. Peraltro, è opportuno considerare che in talune situazioni la rilevanza di detto punto di connessione si rivela non più primaria. Si pensi, anzitutto, all'ipotesi in cui la locazione sia di breve durata, per uso privato e temporaneo, e i contraenti risiedano nello stesso Stato; in questo caso il collegamento della residenza comune acquista una rilevanza almeno pari al *situs rei*. Occorre poi aver riguardo all'ipotesi di permuta di immobili situati in Stati differenti: in una simile situazione, la pari importanza dei due punti di contatto può condurre il giudice o a frazionare la disciplina applicabile, oppure, per salvaguardare l'unità del contratto, a cercare, con l'ausilio di altri punti di connessione, di determinare in ogni caso il collegamento più stretto. Se anche in questo modo l'ago della bilancia non si sposta a favore di uno degli Stati coinvolti, Batiffol¹¹⁷, suggerisce di dare applicazione alla legge del luogo di conclusione del contratto. È opinione di chi scrive che, prima di ricorrere a detta soluzione, potrebbe essere opportuno analizzare, in via del tutto eccezionale, il contenuto materiale delle leggi in presenza e, qualora la normativa degli Stati interessati sia di identico tenore, l'interprete avrebbe la facoltà di applicare congiuntamente le leggi in presenza.

La rilevanza del luogo di situazione dell'immobile, infine, potrebbe entrare in gioco anche per tipologie diverse da quelle finora considerate. Si ritorni all'esempio proposto nel capitolo precedente di un contratto concluso a Mendrisio tra un italiano residente a Como e un architetto tedesco residente ad Amburgo per la progettazione e la costruzione di una villa a Mentone. In questa ipotesi non si tratta di un contratto avente per oggetto un diritto reale immobiliare o un diritto di

¹¹⁷ Cfr., o. 109

locazione. Eppure, l'ampia dispersione dei punti di contatto potrebbe far ricadere sulla legge francese la scelta del giudice in merito alla determinazione della disciplina applicabile. In tal caso, infatti, l'esecuzione dei lavori avverrà in Francia e dovranno comunque trovare applicazione le disposizioni imperative di quella legge concernenti, ad esempio, la sicurezza degli edifici e le tecniche di costruzione. Di conseguenza, il *situs rei* potrà avere rilevanza anche per i contratti d'opera o di appalto.

3.4. *La legge personale dei contraenti*

Alcuni sistemi di diritto internazionale privato adottano, per localizzare il contratto, il criterio della legge della comune cittadinanza, o quello del comune domicilio. La rilevanza dei criteri di collegamento personali, anche in materia contrattuale, è stata da alcuni giustificata¹¹⁸ in virtù del fatto che solo la legge personale del contraente può imporre, legalmente, al debitore di adempiere alle proprie obbligazioni. Qualora questo comando provenisse da un'altra legge, ciò avverrebbe non per diritto, ma per forza.

Il rinnovato interesse che suscitò, nella seconda metà del diciannovesimo secolo, il principio della personalità del diritto, non sembrò mai pervasivo in materia contrattuale, anche perché Mancini classificò questa materia nella parte volontaria del diritto privato, disciplinata, come è noto, dalla legge scelta dalle parti. Altri motivi, dunque, possono spingere il giudice a dare rilievo alle connessioni di tipo personale. In primo luogo, infatti, si può ritenere che la legge personale comune sia quella che le parti conoscono meglio e quella che i contraenti avevano in mente mentre concludevano l'accordo. Tuttavia, dal momento che il criterio del

¹¹⁸ ZITELMANN,

collegamento più stretto si basa sull'analisi delle connessioni di tipo oggettivo, questa circostanza non trova alcun rilievo nel processo di localizzazione del contratto¹¹⁹.

Per contro, da un punto di vista obiettivo, se entrambi i contraenti hanno il loro domicilio nel medesimo Stato e, inoltre, ivi il contratto è concluso, ma deve essere eseguito all'estero, non vi è dubbio che lo stato di comune domicilio rappresenta quello più strettamente collegato con il contratto. L'applicazione di detta legge, infatti, consente di soddisfare esigenze di certezza del diritto, di prevedibilità del risultato, di rispetto delle legittime aspettative dei contraenti e di applicazione della legge a loro più prossima e familiare.

La rilevanza dei punti di contatto di natura personale, tuttavia, diminuisce allorquando le parti non hanno né cittadinanza comune, né domicilio nel medesimo Stato. In mancanza di una legge nazionale, non è mai stato proposto di preferire la nazionalità del debitore, piuttosto che quella del creditore. Bar, invece, suggerì di dare rilievo al criterio di collegamento del domicilio del debitore, in base alla considerazione che il debitore è l'unica parte attiva dell'obbligazione. La funzione del creditore, infatti, cessa nel momento in cui egli si vincola al contratto; diversamente, l'obbligazione persiste nella sfera del debitore fino al momento in cui egli la adempie. In altre parole, è il debitore che restringe la sua libertà in funzione dell'accordo.

Se è vero che il debitore ha un interesse all'applicazione della propria legge personale, e non mancano esempi di sistemi che hanno seguito quella teoria¹²⁰, è altrettanto vero che un'obbligazione è un vincolo unico e comune per tutte le parti contraenti. L'uguaglianza tra creditore e debitore non dovrebbe essere violata preferendo la legge personale di quest'ultimo, a maggior ragione se l'obbligazione in questione concorre a formare il sinallagma contrattuale. Questa considerazione,

¹¹⁹ Cfr. BATIFFOL, *Subjectivisme et objectivisme dans le droit international privé des contrats*, in *Mélanges J. Maury*, vol. I, Paris, 1960, vol I, p.

¹²⁰ Si tratta dei Paesi di area scandinava su cui v. LANDO, *Contacts for International Contracts*, in

tuttavia, porta a rivalutare il peso del domicilio del debitore per i contratti unilaterali. Infine, il domicilio del proponente può avere una certa forza attrattiva, nella localizzazione del contratto, qualora si debba determinare la legge applicabile di un contratto di adesione, a causa della legittima aspettativa che può nutrire il proponente a che la massa dei contratti da lui conclusi siano disciplinati dalla medesima legge.

In conclusione, i punti di connessione personali del contratto hanno solitamente poco rilievo nel processo di determinazione del criterio del collegamento più stretto, a meno che non siano combinati con altri punti di contatto. È da notare, poi, che il criterio di collegamento della cittadinanza ha una forza localizzatrice pressoché nulla, tanto che alcuni autori hanno messo persino in dubbio che un contratto possa essere qualificato come internazionale, se l'unico elemento di estraneità è rappresentato dalla cittadinanza di una delle parti¹²¹.

3.5. *La residenza abituale*

Dalla metà del secolo scorso il criterio della residenza abituale¹²² ha assunto un ruolo sempre più rilevante nella localizzazione del collegamento più stretto, a tal punto che spesso, entrambi i criteri di collegamento trovano spazio nelle recenti codificazioni di conflitto. L'ampia diffusione del criterio di collegamento della residenza abituale non si limita soltanto al campo delle obbligazioni contrattuali, ma investe tutti i settori della disciplina di conflitto, anche quelli del diritto di famiglia e, probabilmente a breve, delle successioni, tradizionalmente roccaforti del criterio di

¹²¹ Come rilevato da NYGH, *Autonomy in International Contracts*, New York, 1999, p. 49 "It would be clearly absurd to suggest that a German housewife entered into an international contract by buying fruit from a Turkish seller on a German market square, even if she knew that the seller was Turkish"

¹²² Su detto criterio v. DE WINTER, *Il domicilio "sociale" come criterio di collegamento in diritto internazionale privato*, in *Dir. int.*, 1963, I, p. 233 ss.; ROGERSON, *Habitual Residence: The New Domicile?*, in *Int. Comp. Law Quart.*, 2000, p. 86 ss.; MELLONE, *La nozione di residenza abituale e la sua interpretazione nelle norme di conflitto comunitarie*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2010, p. 685 ss.

collegamento della cittadinanza e del domicilio. Il criterio della residenza abituale è impiegato, a seconda dei sistemi, o come presunzione del criterio del collegamento più stretto, o come criterio di collegamento rigido che mira a determinare direttamente l'ordinamento con il quale il contratto è più strettamente collegato. In entrambi i casi tuttavia la legge determinata dalla localizzazione della residenza abituale può essere disapplicata a favore di quella individuata dall'insieme delle circostanze del caso concreto. Infine, il criterio in esame può venire in rilievo non solo come indice di localizzazione del collegamento più stretto, ma anche come punto di connessione adatto a tutelare le esigenze del contraente debole. Nel primo caso, la residenza abituale mira a localizzare la prestazione caratteristica del contratto nel paese in cui risiede abitualmente il debitore di detta prestazione. Nel secondo, invece, il criterio della residenza abituale è ritenuto il più idoneo a determinare la legge che protegge al meglio gli interessi della parte contrattualmente debole, in quanto quella prossima al suo centro degli interessi e quella più facilmente conoscibile.

3.5.1. *Teoria della prestazione caratteristica*

È comunemente accettato che l'idea di sottoporre il contratto alla legge della residenza abituale del prestatore caratteristico abbia avuto la sua origine in Svizzera. Fin tutta la prima metà del secolo scorso la Corte federale svizzera, in tema di determinazione della legge regolatrice delle obbligazioni contrattuali in mancanza di scelta dei contraenti, tendeva a ricollegare il contratto con un ordinamento giuridico tramite elementi della fattispecie aprioristicamente determinati. Tale tribunale, in particolare, aveva elaborato la tecnica delle c.d. scissioni, sottoponendo conclusione ed esecuzione del contratto rispettivamente allo *ius loci contractus* ed allo *ius loci solutionis* (c.d. grande scissione), e sottoponendo,

nei contratti sinallagmatici, ciascuna obbligazione alla legge del rispettivo luogo d'esecuzione (c.d. piccola scissione¹²³); tuttavia l'appena menzionata tecnica non aveva mancato di suscitare perplessità nella dottrina europea più accorta¹²⁴.

In linea con tali reazioni e proposte dottrinali a partire dal 1934 la Corte federale elaborò un nuovo orientamento. Infatti in una decisione di quell'anno¹²⁵ la Corte, dopo aver richiamato la propria precedente giurisprudenza, affermando che in mancanza di scelta delle parti "*les effets des contrats du droit des obligations*" vanno regolati dalla legge di cui le parti "*pouvaient et devaient raisonnablement attendre l'application*" dichiara per la prima volta che "*il faut donc examiner avec le quel des deux pays en cause les contrats sont dans le rapport le plus étroit*"; e quindi stabilisce che l'applicazione della *lex loci solutionis* deve essere scartata per effetto delle indicazioni provenienti da un'analisi delle circostanze del caso sottopostole.

In questo contesto è lo studioso Adolf Schnitzer ad aver per primo proceduto ad una compiuta formulazione dell'idea di sottoporre il contratto alla legge del debitore della prestazione caratteristica¹²⁶. Egli, nella prima edizione del suo manuale di diritto internazionale privato, commentando il nuovo orientamento della

¹²³ Tale tecnica è conosciuta anche con il termine francese di *coupures* e con l'omonimo tedesco *Spaltung*. Cfr. MAGAGNI, *op. cit.*, p. 86; e BARATTA, *Il collegamento più stretto, cit.*, p. 80.

¹²⁴ Circa le opinioni dottrinali in questione si consideri il pensiero del Westlake, il quale propose nel 1925 di aver riguardo a considerazioni sostanziali del contratto per applicare la legge del paese con il quale la transazione ha il collegamento più stretto. Cfr. WESTLAKE, *A Treatise on Privat International Law*, 7^a ed., London, 1925, p. 302. Quanto la stessa dottrina svizzera, una libera valutazione da parte del giudice di tutte le circostanze del caso concreto era stata proposta dal Roguin per la determinazione della legge regolatrice del contratto in un progetto di articoli presentato durante la sessione della Conferenza dell'Aja del 1900.

¹²⁵ Si fa qui riferimento alla sentenza del 18 settembre 1934 (caso *Nathan-Institut AG c. Schweizerische Bank fur Kapitallangen*), in *Praxis des Bundesgerichtes*, 1934, p. 397 ss. Cfr. MAGAGNI, *op. cit.*, p. 86; e BARATTA, *Il collegamento più stretto, cit.*, p. 78.

¹²⁶ Si può agevolmente affermare questo per il fatto che tale studioso per primo si è dato carico di individuare dei criteri, da una parte, da seguire per la determinazione della prestazione caratteristica, dall'altra, per una sua localizzazione nello spazio. Tali indicazioni, che sono state precisate ed integrate successivamente da altri studiosi, quali ad esempio il Vischer ed il De Winter, sono risultate adatte a porre generalmente l'interprete nella condizione di poter far luogo ad un'applicazione pratica della suddetta idea ed hanno contribuito in rilevante misura a favorire quell'ampia affermazione che quella stessa idea ha conseguito.

Corte federale, constatata che la stessa, per la determinazione del Paese col quale il contratto è più strettamente collegato, procede all'utilizzazione di un metodo basato su di una considerazione dell'insieme delle circostanze del caso concreto. Da qui tale autore prende le mosse - sottolineando i vantaggi che un siffatto metodo può presentare, grazie all'elasticità che lo connota, in relazione alla possibilità di tener conto della particolarità dei singoli rapporti giuridici - per proporre di concretizzare il collegamento più stretto, conservando l'elasticità di quel metodo, ma facendo nel contempo aumentare la prevedibilità delle decisioni¹²⁷.

L'assunto su cui Schnitzer basa tutto il suo pensiero è quello per il quale l'obbligazione, e quindi il contratto, è più strettamente collegata dove essa esercita la propria funzione nel mondo degli uomini¹²⁸. Secondo l'impostazione scientifica enunciata verso la fine degli anni trenta dallo stesso autore, ogni tipo di contratto sarebbe caratterizzato da una prestazione che lo distinguerebbe da tutti gli altri tipi e che sarebbe immancabile in ogni singolo contratto rientrante in quel dato tipo¹²⁹. Nel suo manuale di diritto commerciale internazionale del 1937¹³⁰ lo Schnitzer dimostrò che, almeno con riguardo ai contratti commerciali, è possibile concretare il collegamento con la legge del Paese con cui il contratto è più strettamente connesso. Ciò, secondo lo studioso, è di grande importanza poiché, in tal modo, si può prevedere meglio quale diritto sarà considerato applicabile dal giudice. A tal fine si può partire dalla funzione che il contratto in questione adempie nella vita sociale. La funzione risulta dalle attività, sempre ripetute, svolte dalla parte che conclude un certo tipo di contratto nell'esercizio della sua professione o del suo mestiere, come nel caso della compravendita, dei trasporti, della prestazione di servizi, della custodia di merci e così via. In tutti questi casi lo Schnitzer sostiene che il centro di

¹²⁷ Vedi MAGAGNI, *op. cit.*, p. 87.

¹²⁸ Così si è proceduto a tradurre la frase dello Schnitzer: «Die Obligation ist vielmehr dort immerlich verankert, wo sie eine Funktion im Dasein der Menschheit ausübt», Cfr. SCHNITZER, *Handbuch des Internationalen Privatrechts*, Basel, 1958, p. 645.

¹²⁹ Vedi VILLANI, *La convenzione di Roma*, *cit.*, p. 91.

¹³⁰ Cfr. SCHNITZER, *Internationalen Handelsrecht*, Zurich, Leipzig, 1938, p. 236 ss.

gravità del contratto è dal lato della parte che vendendo, trasportando, prestando servizi, custodendo merci, adempie ad una funzione economico-sociale nella comunità. Tale funzione contrassegna la prestazione caratteristica di certe categorie. Lo stesso discorso vale, conclude l'autore, per coloro che esercitano una professione non commerciale come, ad esempio, i medici, gli avvocati e gli architetti¹³¹.

Nel 1944 con la seconda edizione del suo manuale di diritto internazionale privato¹³² lo Schnitzer ulteriormente elabora e precisa tale nozione in un capitolo intitolato: "La legge della prestazione caratteristica", ove sostiene che ogni tipo di contratto ha una prestazione caratteristica: è, come prima indicato, la prestazione che lo distingue dagli altri tipi di contratti e che, necessariamente, non manca mai in un caso concreto di quel tipo¹³³. Egli afferma che nella società moderna, in cui il compenso per una prestazione è espresso di regola in denaro, per lo più non è difficile stabilire quale parte compia la prestazione caratteristica: non è colui che paga, ma la sua controparte. Il centro di gravità del contratto, in questo modo, si trova collocato nel Paese che è più direttamente toccato dall'attuazione della prestazione caratteristica; ovvero la prestazione caratteristica è intimamente ancorata dove esplica una funzione nel mondo dell'uomo¹³⁴. Rilevato, quindi, che nella conclusione dei contratti commerciali vi è sempre e solo una parte che viene ad esercitare una funzione nella vita economica e sociale, e che l'altra parte, il cliente, adempie ad una prestazione che non muta quale che sia il contratto che

¹³¹ Cfr. DE WINTER, *op. cit.*, p. 229.

¹³² Cfr. SCHNITZER, *Handbuch des Internationalen Privatrechts*, Zurich, Leipzig, 1944, p. 517 ss.

¹³³ Occorre sin d'ora distinguere tra accordi patrimoniali con obbligazioni a carico di un solo contraente, i contratti unilaterali, da quelli a prestazioni corrispettive, i contratti sinallagmatici. Per i primi, ovviamente, assume natura decisiva la prestazione dell'unico soggetto che si è obbligato ad eseguirla, per i secondi prevale invece una determinazione in negativo della nozione di prestazione caratteristica: si reputa, infatti, che la prestazione monetaria non rappresenti l'obbligazione caratterizzante il contratto, la quale va invece identificata nella controprestazione non pecuniaria (la c.d. *Nicht-Geldleistung* per la quale il pagamento è dovuto. Cfr. BARATTA, *Articolo 4*, in BIANCA, GIARDINA (a cura di), *Commentario alla convenzione sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma, 19 giugno 1980)*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1995, p. 958.

¹³⁴ Vedi DE WINTER, *op. cit.*, p. 229 s.

viene concluso, occorre a questo punto precisare di quale tipo di collegamento la prestazione caratteristica dovesse considerarsi significativa. In altre parole, occorre determinare la localizzazione spaziale.

In riferimento a tale problema, il Nolde, in un rapporto presentato all'*Institut de droit International*, prospettò una soluzione imperniata sull'applicazione della legge del luogo di esecuzione della prestazione caratteristica¹³⁵. Detta soluzione aveva tuttavia ingenerato dubbi in relazione al fatto che nella dottrina tedesca si era evidenziata la differenza tra *Erfüllungsort*, ossia il luogo in cui la prestazione deve essere in fatto fornita, e *Schuldort*, ossia il luogo in cui, secondo la natura del contratto, trovasi il centro delle attività del debitore della prestazione¹³⁶. Al riguardo lo Schnitzer, tenendo presente quanto più sopra rilevato, ovvero che il contratto è intimamente ancorato al luogo ove esso esplica una funzione nel mondo dell'uomo¹³⁷, sostiene che, agli effetti della funzione economica e sociale di un dato contratto, è indifferente dove di fatto esso sia concluso od eseguito; collegamenti che esso definisce incidentali rispetto alla natura del contratto e quindi non facenti parte della sua natura. Per lo studioso svizzero il contratto è collegato con il luogo in cui chi si è obbligato a fornire la prestazione caratterizzante il contratto adempie alla propria funzione nella vita economica e sociale. E' in tale luogo, infatti, che viene ad essere organizzata l'attività costituente la prestazione caratteristica del contratto, attività che, per fare degli esempi, per il commerciante, la banca, l'architetto è identica indipendentemente da dove debbano essere consegnata la merce, acquistati dei titoli, costruita una villa. E se si sottopone il contratto alla legge del Paese in cui si trova la sede o l'ufficio di chi fornisce la prestazione caratteristica¹³⁸

¹³⁵ Cfr. *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1925, p. 136 ss.

¹³⁶ Vedi MAGAGNI, *op. cit.*, p. 90.

¹³⁷ Cfr. SCHNITZER, *Handbuch des Internationalen Privatrechts*, *cit.*, 1958, p. 645.

¹³⁸ Risulta quindi essenziale non confondere lo *Schuldort* (il luogo come si è visto ove la prestazione è dovuta in quanto ivi trovasi il centro delle attività di quel contraente che si è obbligato a fornire tale prestazione), né con l'*Abschlussort* (il luogo di conclusione del contratto), né con l' *Erfüllungsort* (il luogo di esecuzione del contratto). Il Vischer non ha mancato di precisare come il termine *Schuldort* fosse internazionalmente poco noto e potesse anche far pensare al luogo in cui la prestazione

si ottiene, da una parte, il vantaggio che tutti i contratti conclusi da tale contraente saranno regolati dalla medesima legge; dall'altra, quello che detta legge sarà agevolmente individuabile anche da parte del cliente.

Una volta compiuta tale teorizzazione, la giurisprudenza non ha mancato di darvi pronta ed effettiva applicazione. Infatti la determinazione della legge applicabile tramite la ricerca della prestazione caratteristica del contratto è stata per la prima volta compiuta in modo palese dalla Corte federale svizzera in una decisione del 1945¹³⁹ nella quale si afferma, a proposito di un contratto di compravendita internazionale, la seguente opinione: "Come criterio che permetterebbe tale trattamento unitario, recentemente viene raccomandata la prestazione caratteristica del negozio giuridico controverso... Nella compravendita, la prestazione caratteristica è quella del debitore, mentre la contropartita del compratore, che consiste nel pagamento di denaro, manca di qualsiasi tipicità"¹⁴⁰. Tuttavia è solo a partire da un'importantissima decisione del 1952¹⁴¹, con la quale vennero definitivamente abbandonate la tecnica delle scissioni e la ricerca della volontà presunta dei contraenti, che la Corte federale prende ad utilizzare in modo costante il concetto di prestazione caratteristica.

La stessa Corte, tramite una serie assai nutrita di pronunce in ordine ad un elevato numero di figure contrattuali, ha già saputo affrontare e risolvere il problema consistente nel determinare quale sia la prestazione caratteristica e quindi rilevante agli effetti della determinazione della legge applicabile¹⁴². Nello

caratteristica deve essere fornita. Egli ha pertanto preferito precisare che la ricerca della *lex contractus* operata tramite il riferimento alla prestazione caratteristica deve condurre alla applicazione della legge del luogo in cui il debitore di detta prestazione ha la propria sede o la propria residenza. Anche per ulteriori riferimenti cfr. MAGAGNI, *op. cit.*, p. 92.

¹³⁹ Ci si riferisce qui alla sentenza del 27 febbraio 1945 (caso *Centrocooperacia AG c. Reinhardt*) pubblicata in *Annuaire Suisse de Droit International*, 1948, p. 113 ss.

¹⁴⁰ Vedi *Annuaire Suisse de Droit International*, 1948, p. 113 ; vedi anche DE WINTER, *Considerazioni sulla legge*, *cit.*, p. 234; MAGAGNI, *op. cit.*, p. 98.

¹⁴¹ Ci si riferisce qui alla sentenza del 12 febbraio 1952 (caso *Chevalley c. Genimportex SA*) pubblicata in *Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts*, 78 (1952), II, p. 74, citata in DE WINTER, *ult. op. loc. cit.*

¹⁴² Vedi MAGAGNI, *op. cit.*, p. 99.

svolgimento di un compito siffatto essa è stata molto agevolata dagli studi dello Schnitzer. Soprattutto con riguardo a quella vasta gamma di contratti rientranti nella categoria della vendita di beni e/o servizi¹⁴³, il Tribunale federale ha potuto ogni volta individuare la prestazione caratteristica del contratto nella *Nicht-Geldleistung*. In tema di localizzazione spaziale della prestazione caratteristica, dopo un primo periodo in cui la stessa veniva identificata con il luogo d'esecuzione¹⁴⁴, si passò a considerare ben presto la residenza abituale del soggetto tenuto ad adempiere tale prestazione¹⁴⁵. Stabiliti quindi il principio della ricerca della prestazione caratteristica e quello della sua localizzazione nel Paese del debitore della medesima, i giudici di Berna hanno svolto un'attività paragonabile a quella di un legislatore che ricorra alla c.d. tecnica della *Vertragstypenformel*. Essi hanno infatti potuto procedere alla elaborazione di una sorta di *Anknüpfungskatalog* comprendente un insieme di regole di conflitto, di cui ognuna contempla un dato tipo contrattuale od una data categoria di contratti¹⁴⁶.

¹⁴³ Tale espressione è utilizzata dal LANDO, *The E.E.C Draft Convention on the Law applicable to Contractual and Non-contractual Obligations*, in *Rabel Z.*, 1974, p. 30.

¹⁴⁴ Tale è stata la soluzione adottata nel caso testé richiamato laddove, dovendo la prestazione caratteristica del contratto essere eseguita in Belgio, il Tribunale federale decise di applicare la legge belga.

¹⁴⁵ Cfr. BARATTA, *Il collegamento più stretto*, cit., p. 79.

¹⁴⁶ Il Lipstein, nel suo contributo sulla prestazione caratteristica, ha provveduto a formulare un catalogo di criteri di collegamento che la Corte federale svizzera ha elaborato nella sua copiosa giurisprudenza. Tali criteri sono: per la vendita di beni: la legge della residenza/sede del venditore; per la vendita di terra o immobili: la *lex rei sitae*; per la distribuzione esclusiva: la legge del venditore; per il mutuo privato: la legge della residenza del mutuante o della sua sede; per il mandato: la legge del posto ove il mandatario pone in essere i suoi obblighi principali; per le lettere di credito: la legge della residenza o della sede del destinatario (o del luogo della banca); per il contratto d'agenzia: tra le parti – la legge della residenza dell'agente, per gli effetti su terzi: la legge del posto dove sono stati esercitati i poteri dell'agente; per il contratto di agenzia esclusiva: la legge del luogo ove opera l'agente; per il trasporto di beni: la legge della sede del trasportatore; per il deposito: la legge della residenza o della sede del depositario; per il contratto d'assicurazione: la legge della sede dell'assicuratore; per la fideiussione o la garanzia: la legge della residenza o della sede del fideiussore o del garante; per il trust: la legge della residenza del trustee; per il contratto di licenza: la legge della residenza del concessore; infine per l'arricchimento senza giusta causa: la legge che governa il rapporto sottostante, o la *lex rei sitae* o, infine la legge del luogo ove è avvenuto l'arricchimento. Cfr., anche per i riferimenti giurisprudenziali LIPSTEIN, *Characteristic Performance*, cit., p. 407 ss. Per una classificazione simile, per categorie di contratti, vedi anche il contributo del Vischer e del De Winter in DE WINTER, *op. cit.*, p. 231 ss.

Nell'elaborazione di un siffatto *katalog* la Corte si è generalmente, ma non esclusivamente, affidata all'applicazione pratica di questi principi. Da essi infatti ha ritenuto di doversi allontanare per poter porre alcune regole maggiormente confacenti alle peculiarità proprie delle situazioni che esse contemplano. Poiché alla Corte vengono incessantemente sottoposte controversie relative a figure contrattuali sempre nuove, proposte dalla prassi, l'elaborazione di quel catalogo può ben definirsi come un processo senza fine¹⁴⁷. Tuttavia la Corte federale non ha mai applicato acriticamente la dottrina della prestazione caratteristica, ma, tenendo fede ai principi esposti nella decisione del 1934, ha seguito a richiamare nei propri *dicta* il principio in virtù del quale, in mancanza di una scelta effettuata dai contraenti, il contratto va regolato dalla legge del paese col quale presenta il collegamento più stretto¹⁴⁸. La Corte federale, a differenza dello Schnitzer, che tendeva a concretizzare il principio del collegamento in maniera pressoché automatica con il principio della prestazione caratteristica e guardava con sospetto ogni allontanamento da tale idea¹⁴⁹, ha fatto chiaramente intendere che quella idea e

¹⁴⁷ Così VISCHER, *The principle of the Typical Performance in International Contracts and the Draft Convention*, in LIPSTEIN, *Harmonisation of Private International Law by EEC*, London, 1978, p. 26.

¹⁴⁸ Vedi la sentenza del 11 maggio 1966 (caso *Sznajer c. Rodi & Wienerberger AG*) in *Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse*, vol. 92, II, p. 115; ed anche, per la parte tradotta in BARATTA, *Il collegamento più stretto*, cit., p. 79, la quale ha stabilito che: "Secondo la norma di diritto internazionale privato svizzero è da applicare, nelle situazioni che comportano un conflitto di leggi, in mancanza di una scelta ad opera delle parti, il diritto dello Stato con il quale il rapporto presenta il collegamento più stretto; tale si concretizza in questo caso con il diritto vigente nella sede della parte la cui prestazione è nel caso in oggetto caratteristica".

¹⁴⁹ Nell'elaborazione della sua dottrina lo Schnitzer non ha mancato di precisare quale rapporto sussista tra il principio del collegamento più stretto e l'idea di sottoporre il contratto alla legge del debitore della prestazione caratteristica. Ebbene, fatto salvo il caso in cui un'applicazione di tale idea sia oggettivamente impraticabile per l'impossibilità di individuare la prestazione caratteristica del contratto ove egli ricorre all'insieme delle circostanze per la determinazione della legge applicabile, egli ha pensato di ritenere che un'automatica ed indiscriminata utilizzazione di detta idea possa essere opportunamente effettuata. Difatti, anche quando ha presentato soluzioni devianti dalla regola in questione, l'autore svizzero o ha preferito non ammettere apertamente che tali soluzioni non configuravano una sua coerente applicazione, oppure si è spinto a presentarle quali sue applicazioni anche se esse, certamente, non le erano conformi. E' per esempio il caso della compravendita immobiliare che egli sottopone, correttamente, alla *lex rei sitae*, ma che presenta come un caso di ricorso all'applicazione della legge dello *Schuldort* della prestazione caratteristica. Cfr.

quel principio non possono farsi coincidere, ma che la prestazione caratteristica costituisce unicamente una possibile via di applicazione di quel principio e che, per tenere debitamente conto di quest'ultimo, all'applicazione effettiva della medesima idea possa procedersi solo a condizione che non sia imposto di fare diversamente dall'esito di un'analisi dell'insieme delle circostanze del singolo caso di specie¹⁵⁰; al riguardo la Corte ha posto in essere un clausola di eccezione¹⁵¹ volta a garantire il rispetto del principio del collegamento più stretto, benché essa abbia ben di rado ritenuto di ricorrervi per scartare una possibile applicazione di regole di conflitto improntate all'idea di sottoporre il contratto alla legge del debitore della prestazione caratteristica.

3.5.2. *Valutazioni critiche del criterio di collegamento della residenza abituale del prestatore caratteristico*

Il criterio di collegamento formulato dallo Schnitzer ha trovato ampia accoglienza, dapprima nella giurisprudenza dei tribunali svizzeri, e successivamente - anche grazie alla sua adozione da parte della convenzione di Roma - nella maggior parte delle recenti codificazioni di diritto internazionale privato. Già questo fatto, di per sé, è indice dell'idoneità del criterio in esame a conseguire un giusto bilanciamento degli interessi in gioco in un contratto internazionale.

In primo luogo, il prestatore caratteristico beneficia dell'applicazione della legge a lui più prossima e, essendo un operatore economico, della quale ha completa padronanza. Inoltre, tutti i contratti da lui conclusi nell'esercizio della sua attività professionale sono regolati dalla medesima legge. Per tale motivo egli gode

SCHNITZER, *La loi applicable aux contrats*, in *Revue critique de droit international privé*, 1955, p. 480. e MAGAGNI, *op. cit.*, p. 93 ss.

¹⁵⁰ Così MAGAGNI, *op. cit.*, p.103.

¹⁵¹ Detta clausola è conosciuta nella dottrina di lingua tedesca con il nome *Ausweichklausel*.

dei vantaggi derivanti da una positiva economia di scala, per mezzo della quale può standardizzare e razionalizzare i suoi processi produttivi.

In secondo luogo, il giudice non ha grosse difficoltà, generalmente, nel localizzare il criterio in questione, a tutto vantaggio di un'efficiente amministrazione della giustizia, della prevedibilità del risultato e della certezza del diritto, grazie alla presunzione che la prestazione caratteristica è quella non monetaria e alla facile determinazione del luogo in cui si trova il centro d'attività del prestatore caratteristico.

La regola in esame, inoltre, va a beneficiare la parte incaricata della prestazione più complessa, che presenta maggiormente la necessità di essere integrata da norme suppletive e/o imperative e che connota la funzione socio-economica del contratto.

Non sono mancate, invero, voci critiche nei confronti di tutti questi aspetti. Il riferimento alla prestazione non monetaria, infatti, renderebbe difficile apprezzare quale sia la prestazione caratteristica di un contratto sinallagmatico in cui entrambe le prestazioni abbiano carattere monetario, o, per contro, nessuna delle prestazioni si qualifichi come un trasferimento di denaro (ad esempio la permuta). Inoltre, non terrebbe in debita considerazione quei casi in cui il pagamento di denaro è al centro dell'operazione economica, né quelli in cui l'autonomia privata modifica profondamente la natura del tipo contrattuale (come nel contratto di edizione).

Il criterio di collegamento della residenza abituale del prestatore caratteristico, inoltre, è stato accusato di essere un regola troppo tecnica, o eccessivamente meccanica, che non fornisce un'adeguata soluzione per i contratti complessi o che coinvolgono una pluralità di contraenti. Al riguardo, però, si deve rilevare che il criterio in parola non agisce mai da solo, ma è sempre accompagnato dalla clausola di eccezione del collegamento più stretto. Nella maggior parte dei casi, il criterio della residenza abituale del prestatore caratteristico localizza il contratto nel luogo con cui l'accordo è più strettamente collegato; in caso contrario,

il giudice può scartare l'applicazione della legge così determinata a favore di quella del Paese che, dall'analisi delle circostanze del caso concreto, presenta il collegamento più stretto con il contratto. Anche per quanto concerne la disciplina dei contratti complessi, di quelli plurilaterali o degli accordi associativi, l'interprete, nel caso in cui non riesca a determinare la prestazione caratteristica, dichiarerà la disciplina applicabile sulla scorta di tutte le connessioni rilevati del caso concreto. D'altra parte, la teoria della prestazione caratteristica è nata come concretizzazione del criterio del collegamento più stretto e deve fare un passo indietro quando non riesce a raggiungere detto scopo.

Secondo alcuni, infine, la legge del prestatore caratteristico non proteggerebbe i contraenti c.d. deboli. A parte il fatto che quando Schnitzer propose la sua teoria, i sistemi nazionali non erano ancora attenti a quest'ordine di esigenze, il diritto internazionale privato ha trovato altre localizzazioni spaziali più idonee a garantire un adeguato livello di tutela.

3.5.3. *Residenza abituale e tutela del contraente debole*

Come accennato in precedenza, la residenza abituale è stata adottata, in veste protettiva, quale criterio di collegamento per determinare la legge applicabile ai contratti conclusi dai consumatori. In questa direzione, una norma come quella dell'art. 6, par. 2, del regolamento Roma I si fa in realtà portatrice di un obiettivo di giustizia materiale, pur continuando a utilizzare gli strumenti del metodo tradizionale della localizzazione del rapporto. In altre parole, si è scelta quella connessione spaziale che contempera al meglio diverse esigenze, quali una significativa connessione della legge applicabile alla fattispecie, un'alta prevedibilità della soluzione internazionalprivatistica, il rispetto delle legittime aspettative del contraente debole e la più facile conoscibilità della disciplina contrattuale. Inoltre, la

legge determinata dal luogo della residenza abituale del consumatore fornisce lo standard di trattamento inderogabile, *in peius*, per mezzo dell'esercizio dell'autonomia conflittuale.

4. *Il collegamento più stretto come clausola di eccezione: l'esperienza della convenzione di Roma e ipotesi di funzionamento nel regolamento Roma I*

Si è già ricordato più volte che il criterio del collegamento più stretto, oltre a essere il principio informatore della maggior parte delle norme di conflitto in materia contrattuale, svolge il ruolo di clausola di eccezione. Esso, dunque, interviene qualora la localizzazione suggerita da un'altra norma di conflitto con consenta di ottenere la migliore soluzione di giustizia conflittuale. Nell'esperienza europea, il ruolo della clausola di eccezione è stato molto discusso in dottrina e ha avuto applicazioni divergenti in giurisprudenza. La questione è stata affrontata dalla Corte di giustizia nella sentenza resa il 6 ottobre 2009, nella causa C-133/08, *ICF c. Balkenende e MIC*¹⁵². Secondo il sistema convenzionale, a norma del par. 1 il contratto è regolato dalla legge del Paese con il quale presenta il collegamento più stretto. Al fine di aiutare l'operatore del diritto a individuare detto legame, i successivi paragrafi pongono in essere alcune presunzioni. Il par. 2 concretizza tale vincolo con il Paese in cui ha la propria residenza abituale il debitore della prestazione caratteristica¹⁵³. Questa presunzione, tuttavia, viene meno per i

¹⁵² In *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2010, p. 514 ss.

¹⁵³ In generale, sulla prestazione caratteristica si veda SCHNITZER, *La loi applicable aux contrats*, in *Revue critique*, 1955, p. 475 ss.; DE WINTER, *Considerazioni sulla legge della prestazione caratteristica*, in *Dir. int.*, 1971, I, p. 227 ss.; VISCHER, *The Principle of the Typical Performance in International Contracts and the Draft Convention*, in LIPSTEIN (ed.), *Harmonization of Private International Law by the E.E.C.*, London, 1978; KAUFMANN-KOHLER, *La prestation caractéristique en droit international privé et l'influence de la Suisse*, in *Annuaire suisse dr. int., Volume anniversaire*, 1989, p. 195 ss. In argomento e con riferimento alla convenzione di Roma, cfr. LIPSTEIN, *Characteristic Performance. A New Concept in the Conflict of Laws in Matters of Contract for the EEC*, in *Northwestern Jour. Int Law and Business*, 1981, p. 402 ss.; MAGAGNI, *La prestazione caratteristica*

contratti di trasporto di merci, il cui ordinamento più prossimo viene ravvisato in quello dello Stato in cui ha sede il vettore, se detto Stato coincide con quello del luogo di carico, o di scarico o con quello della sede principale del mittente (par. 4). Ovviamente, la presunzione contenuta nel par. 2 non trova applicazione nemmeno per quei rapporti di cui non è possibile determinare la prestazione caratteristica del contratto¹⁵⁴ (par. 5, prima frase). Inoltre, quando dal complesso delle circostanze risulta che il contratto manifesta un collegamento più stretto con un Paese diverso da quello verso cui tendono le presunzioni sopra indicate, si applica la legge di tale altro Paese. Infine, l'art. 4 par. 1 permette al giudice, in via eccezionale, di frazionare il regime giuridico applicabile al contratto. Il problema principale relativo all'interpretazione dell'art. 4 della convenzione di Roma risiedeva nella definizione del rapporto intercorrente tra il criterio del collegamento più stretto e l'operatività delle presunzioni previste nei paragrafi 2-4. Detta relazione doveva essere indagata alla luce della seconda parte del par. 5, secondo il quale le suddette presunzioni «vengono meno quando dal complesso delle circostanze risulta che il contratto presenta il collegamento più stretto con un altro Paese». Di conseguenza, il giudice godeva di un certo margine di discrezionalità nel decidere se disapplicare la legge dell'ordinamento cui giungono le presunzioni stesse.¹⁵⁵

E proprio a questo riguardo, tanto la dottrina quanto la giurisprudenza si sono divise circa il valore di queste ultime ed il rapporto con il principio del collegamento più stretto.

nella convenzione di Roma del 19 giugno 1980, Milano, 1989, p. 164 ss.; CARRILLO POZO, *El contrato internacional: la prestación característica*, Bologna, 1994, p. 113 ss.; ANCEL, *La prestation caractéristique du contrat*, Paris, 2002, *passim*. Per alcuni rilievi critici, si rinvia a JESSURUN D'OLIVEIRA, "Characteristic Obligation" in the Draft EEC Obligation Convention, in *Am. Jour. Comp. Law*, 1977, p. 308 ss., nonché i rilievi svolti da GIARDINA, *Volontà delle parti, prestazione caratteristica e collegamento più significativo*, in TREVES (a cura di), *op. cit.*, p. 13 ss.; VILLANI, *Aspetti problematici della prestazione caratteristica*, p. 522, ss.

¹⁵⁴ Cfr. FRIGO, *La determinazione della legge applicabile in mancanza di scelta dei contraenti e le norme imperative nella convenzione di Roma*, in SACERDOTI, FRIGO (a cura di), *La convenzione cit.*, p. 22 s., il quale suggerisce un'applicazione del primo periodo del par. 5 anche a quei contratti per i quali l'identificazione della prestazione caratteristica risulta estremamente difficile.

¹⁵⁵ Cfr. Relazione Giuliano-Lagarde *cit.*, p. 290.

Da un lato, vi è l'opinione secondo cui la seconda frase del par. 5 debba essere considerata come una clausola di eccezione¹⁵⁶ destinata ad operare in casi rari ed essere interpretata in modo restrittivo. Infatti, le presunzioni costituiscono delle regole vincolanti e non un semplice criterio guida. In altre parole, il par. 5 dà al giudice la possibilità di disapplicare la legge individuata tramite i criteri di collegamento indicati nei paragrafi precedenti, solo nella misura in cui quella legge non abbia un effettivo valore di collegamento, ovvero risulti chiaramente dal complesso delle circostanze del caso concreto che il contratto è più strettamente collegato con l'ordinamento di un altro Paese. Inoltre, l'utilizzo della clausola suddetta deve avvenire in situazioni realmente eccezionali, in modo da non pregiudicare la validità delle regole poste dalle presunzioni, dal momento che esse sono destinate a garantire una certa sicurezza giuridica¹⁵⁷.

Dall'altro lato, vi è chi sostiene che il vero criterio di collegamento è il collegamento più stretto. In questa prospettiva, le disposizioni dei paragrafi 2-4, da una parte, e del par. 5, dall'altra parte, costituiscono due ordini di regole e due momenti distinti lungo i quali il giudice deve compiere la sua indagine per

¹⁵⁶ Sulla clausola di eccezione cfr. per tutti KOKKINI-IATRIDOU (préparé par), *Les Clauses d'Exception en matière de Conflits de Lois et de Conflits de Jurisdictions – ou le principe de proximité*, Dordrecht, 1994.

¹⁵⁷ Cfr. LAGARDE, *Nota a Cour de cassation 19 décembre 2006 e a Cour de cassation 22 mai 2007*, in *Revue critique*, 2007, p. 597 ss. In questa prospettiva si legga quel passo della Relazione Giuliano-Lagarde cit., p. 288 in cui si afferma che «la disposizione del paragrafo 2 ... rende concreta ed obiettiva la nozione di per sé troppo vaga di "il collegamento più stretto". Nello stesso tempo, essa apporta una considerevole semplificazione nella determinazione della legge applicabile». In linea con questa ricostruzione sono anche MAGAGNI, *La prestazione caratteristica* cit., p. 406 ss.; LAGARDE, *Le nouveau droit international privé* cit., p. 310 s.; STRUYCKEN, *Some Dutch Judicial Reflections on the Rome Convention, Art. 4(5)*, in *Lloyd's Maritime Comm. Law Quarterly*, 1996, p. 20 ss. ANCEL, *La prestation caractéristique* cit., p. 321 ss. Questa ricostruzione dell'art. 4 è condivisa tanto da quanti ritengono che le presunzioni dei paragrafi 2-4 si impongono fino a prova contraria, richiesta e fornita dalla parte che invoca l'applicazione della clausola di eccezione (Cfr. BATIFFOL, *Les contrats en droit international privé comparé*, Montreal, 1981, p. 36; si veda in giurisprudenza, Cour de cassation (1^{er} Ch. civ.) – 22 mai 2007 cit., p. 595), quanto da chi, individuando nell'art. 4 due disposizioni, sostiene che il giudice deve determinare la legge applicabile al contratto sulla base delle presunzioni e solo qualora ritenga che la legge così individuata non concretizza il collegamento più stretto, la disapplica d'ufficio, ex par. 5, a favore della legge col quale il contratto è più strettamente collegato (cfr., tra gli altri LAGARDE, *op. loc. cit.*; STRUYCKEN, *op. loc. cit.*)

determinare il collegamento più stretto. Infatti, se è vero che la presunzione generale basata sulla prestazione caratteristica presuppone una classificazione dei vari tipi contrattuali, e se è altrettanto vero che l'indagine del giudice deve muovere dalla determinazione della prestazione caratteristica del contratto in esame, è anche vero che spetta al giudice medesimo accertare, per ogni caso sottoposto al suo giudizio e alla luce di tutte le sue circostanze rilevanti, se la legge in tal modo individuata concretizza il collegamento più stretto. In altre parole, il par. 5 non deve essere considerato come una clausola di eccezione, ma piuttosto come «espressione della esigenza di calare nel concreto la valutazione dei collegamenti che il contratto presenta con uno o più Paesi»¹⁵⁸. Ne segue che l'art. 4 pone in essere un c.d. meccanismo di approssimazione alla legge regolatrice, ossia un «*two stage process*» secondo il quale si deve, in primo luogo, determinare la prestazione caratteristica del contratto e il luogo di residenza abituale della parte tenuta a fornirla e, in secondo luogo, ponderare la valenza di quei fattori che, eventualmente, possono indurre il giudice ad escludere, *ex art. 4 par. 5*, la legge determinata dalle presunzioni, a favore di quella del Paese col quale il contratto risulta più strettamente collegato¹⁵⁹.

Benché assai contestata in dottrina, esigenze di completezza inducono a segnalare una terza interpretazione dell'art. 4, secondo la quale le presunzioni da esso poste poste devono essere applicate, «*as a matter of last resort*», cioè solo nel caso in cui i diversi punti di contatto del contratto con gli ordinamenti in presenza

¹⁵⁸ In tal senso VILLANI, *La convenzione di Roma* cit., p. 101.

¹⁵⁹ Cfr. tra gli altri BARATTA, *Il collegamento* cit., p. 186 ss.; KASSIS, *Le nouveau droit* cit., p. 311; FRIGO, *La determinazione della legge applicabile* cit., p. 24 ss.; VILLANI, *La legge applicabile in mancanza di scelta tra vecchia e nuova disciplina*, in, *Il nuovo diritto europeo dei contratti: dalla convenzione di Roma al regolamento "Roma I"*, Milano, 2007, p. 65 ss. Tra le varie circostanze che possono indurre il giudice a disapplicare la legge indicata dalle presunzioni, rilievo preminente può assumere il fatto che la prestazione caratteristica debba essere eseguita in un Paese diverso da quello della residenza abituale del prestatore caratteristico. Sul punto si veda CUNIBERTI, *L'incidence du lieu d'exécution sur la loi applicable au contrat. La difficile cohabitation des articles 4-2 et 4-5 de la Convention de Rome du 19 juin 1980*, in *Sem. jur., JCP*, 2003, I, 153.

siano così diffusi e bilanciati da non poter determinare un chiaro collegamento tra il contratto e un Paese specifico¹⁶⁰.

Anche la giurisprudenza degli Stati contraenti si mostra divisa¹⁶¹. Capofila dell'interpretazione che ravvisa nel par. 5 una clausola di eccezione è la Suprema Corte olandese. Fin dalla ben nota sentenza *Société Nouvelle des Papeteries*¹⁶² – che è stata definita come espressione della «*most extreme version of this “strong presumption” theory*»¹⁶³ – lo *Hoge Raad* stabilisce che la regola posta in essere dal par. 5 costituisce un'eccezione alla regola generale contenuta nel par. 2 e che quest'ultimo può essere disapplicato solo se, alla luce delle circostanze specifiche del caso di specie, la residenza abituale del prestatore caratteristico non presenta un effettivo valore di collegamento¹⁶⁴.

Anche la giurisprudenza scozzese interpreta il par. 5 come una clausola di eccezione. Tuttavia, i giudici scozzesi rimangono all'interno di quel metodo giudiziale, proprio della convenzione di Roma, che impone un'opera di comparazione tra la legge astrattamente determinata dalle presunzioni e le circostanze del caso in

¹⁶⁰ Cfr. ROSS WILLIAMS, *The EEC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations*, in *Int. Comp. Law Quarterly*, 1986, p. 15. Per una critica a questa ricostruzione dottrinale, si veda BARATTA, *Il collegamento cit.*, p. 163 s., nota 88. In giurisprudenza, aderisce a questo orientamento Trib. Udine, 2 agosto 2002, in questa *Rivista*, 2004, p. 242.

¹⁶¹ Per un'ampia rassegna giurisprudenziale sulle diverse interpretazioni del rapporto tra collegamento più stretto e presunzioni, si rinvia a LOPES PEGNA, *Il rilievo del collegamento più stretto dalla convenzione di Roma alla proposta di regolamento «Roma I»*, in *RDI*, 2006, p. 756 ss.

¹⁶² Cfr. Hoge Raad, 25 settembre 1992, *Société Nouvelle des Papeteries de L'Aa Sa v. BV Machinefabriek BOA*, in *IPRax* 1994, p. 243 ss. commentata da STRUYCKEN, *Some Dutch Judicial reflection cit.*, 1996, p. 18 ss. Lo Hoge Raad ha recentemente confermato il proprio orientamento nella sentenza del 17 ottobre 2008, n. C07/084HR, *Baros A.G. v. Embrica Maritim Hotelschiffe GmbH*, reperibile al sito <http://zoeken.rechtspraak.nl/resultpage.aspx?snelzoeken=true&searchtype=ljn&ljn=BE7628> (ultima consultazione: 29 gennaio 2012).

¹⁶³ Così HILL, *Choice of Law in Contract under the Rome Convention: The Approach of the UK Courts*, in *Int. Comp. Law Quarterly*, 2004, p. 339. La distinzione tra *strong* e *weak presumptions* è operata anche da ASTRILL, *Choice of Law in Contracts: The Missing Pieces of the Artiche 4 Jigsaw?*, *ivi*, p. 550 ss. e UBERTAZZI, *Il regolamento Roma I sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, Milano, 2008, p. 68 s.

¹⁶⁴ Cfr. STRUYCKEN, *Some Dutch Judicial reflection cit.*, p. 20.

esame¹⁶⁵. Infatti, Lord President Cullen, della *Court of Session*, nel decidere in merito alla causa *Caledonia Subsea Ltd v Micoperi Srl*¹⁶⁶ afferma che «*the presumption under para 2 should not be 'disregarded' unless the outcome of the comparative exercise referred to in para 5 — which, unlike para 2, may involve difficulty and uncertainty — demonstrates a clear preponderance of factors in favour of another country*»¹⁶⁷.

La giurisprudenza francese e quella tedesca hanno fatto ricorso raramente¹⁶⁸ alla clausola di eccezione del par. 5. Tuttavia, le supreme corti di questi Stati si sono sempre rifiutate, fino a tempi recenti¹⁶⁹, di prendere posizione in merito al rapporto tra presunzioni e collegamento più stretto¹⁷⁰.

Favorevole ad una lettura estensiva del par. 5 è invece la giurisprudenza inglese. Secondo i giudici della *Court of Appeal*, infatti, «*The presumption is ... displaced if the Court concludes that it is not appropriate in the circumstances of*

¹⁶⁵ Su cui BARATTA, *Il collegamento* cit., p. 163 ss. Sull'influenza della *choice-of-laws revolution* nell'affermazione di un metodo giudiziale in materia di determinazione della legge applicabile, si veda MOSCONI, *La convenzione di Roma e le recenti teorie americane sui conflitti di leggi*, in TREVES (a cura di), *Verso una disciplina* cit., p. 47 ss.; VITTA, *Influenze americane nella convenzione C.E.E. sulle obbligazioni contrattuali*, in SCUOLA di notariato A. Anselmi di Roma (a cura di), *La convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, Milano, 1983, p. 123 ss.; MICHAELS, *The New European Choice-of-Law Revolution*, in *Tulane Law Rev.*, vol. 82, 2007-2008, p. 1607 ss.

¹⁶⁶ Cfr. Court of Session, 12 luglio 2002, *Caledonia Subsea Ltd v Micoperi Srl*, 2003 SC 70, reperibile su *Westlaw*. Per un'analisi della giurisprudenza scozzese, cfr. HILL, *Choice of Law* cit., p. 345 ss.

¹⁶⁷ Sentenza *Caledonia Subsea* cit., punto 81. I giudici scozzesi, nel caso di specie, hanno ritenuto che non fosse sufficiente a vincere la presunzione del par. 2 il fatto che il contratto, stipulato tra una società scozzese fornitrice di assistenza per attività tecniche sottomarine e il subappaltatore italiano, impiegato per la posa di un oleodotto in acque territoriali egiziane, fosse da eseguirsi in Egitto e con manodopera egiziana.

¹⁶⁸ Cfr. FERRARI, *From Rome to Rome via Brussels: Remarks on the Law Applicable to Contractual Obligation Absent a Choice by the Parties (Art. 4 of Rome I Regulation)*, in *RebelsZ*, 2009, p. 752 s.

¹⁶⁹ Cour de cassation, 19 dicembre 2006 cit., p. 593 s.

¹⁷⁰ Cfr. LAGARDE, *Nota* cit., p. 598 ss. Tuttavia, anche in questi Paesi non sono mancate decisioni nelle quali la legge individuata tramite le presunzioni è stata scartata sulla base di quanto disposto dal par. 5. Per quanto riguarda la giurisprudenza francese, proprio la prima applicazione giurisprudenziale delle disposizioni della convenzione di Roma era stata aspramente criticata in quanto la Corte d'appello di Versailles aveva interpretato in maniera assai ampia il par. 5. Cfr. Cour d'appel de Versailles, 6 febbraio 1991, *Bloch c. soc. Lima*, in *Revue critique*, 1991, p. 745, con nota di LAGARDE, *ivi*, p. 748 ss.

*any given case. This, formally, makes the presumption very weak*¹⁷¹. Benché in seguito le corti inglesi abbiano mutato il loro convincimento, cercando di restringere la portata applicativa del par. 5¹⁷², si deve sottolineare che spesso le circostanze rilevanti dei singoli casi hanno giustificato la disapplicazione della legge individuata tramite le presunzioni dei paragrafi 2-4, a favore della legge di un altro Paese più strettamente collegato con il contratto¹⁷³.

Dal canto suo, la giurisprudenza italiana, infine, ha dimostrato alcune incertezze. Infatti, benché in un gran numero di decisioni le presunzioni siano state interpretate come *prima facie* applicabili¹⁷⁴, riservando al par. 5 il ruolo di clausola di eccezione, non sono mancate alcune pronunce di segno diverso. Talvolta, infatti, si è cercato direttamente il collegamento più stretto, omettendo qualsiasi riferimento alla prestazione caratteristica del contratto¹⁷⁵, mentre, in altri casi, i giudici hanno localizzato la prestazione caratteristica non nel Paese di residenza abituale del

¹⁷¹ Cfr. Court of Appeal, 12 marzo 1997, *Credit Lyonnais v New Hampshire Insurance Co Ltd*, [1997] 2 C.M.L.Rep. 610, reperibile su *Westlaw*, punto. 16.

¹⁷² La stessa Court of Appeal ha affermato che «if the presumption is to be of any real effect, it must be taken to apply except where the evidence clearly shows that the contract is more closely connected with another country». Cfr. Court of Appeal, 28 giugno 2002, *Ennstone Building Products Ltd v Stanger Ltd*, [2002] EWCA Civ 916, par. 41.

¹⁷³ Nell'analisi complesso delle circostanze che rendono legittima l'applicazione di una legge diversa da quella individuata tramite le presunzioni, è spesso determinante, secondo i giudici inglesi, il fatto che la prestazione caratteristica debba essere eseguita in un Paese diverso da quello della residenza abituale del parte tenuta a fornirla. Cfr. High Court, Queen's Bench Division (Commercial Court), 30 marzo 2001, *Definitely Maybe (Touring) Ltd v Marek Lieberberg Konzertagentur GmbH*, [2001] 2 Lloyd's Rep. 455, reperibile su *Westlaw*, punto 16.; Court of Appeal (Civil Division), 21 dicembre 2001, *Samcrete Egypt Engineers & Contractors SAE v Land Rover Exports Ltd.*, [2001] EWCA Civ 2019, in questa *Rivista.*, 2002, punto 47 p. 1150; Court of Appeal, 30 gennaio 2002, *Kenburn Waste Management Ltd v Bergmann*, [2002] EWCA Civ 98, reperibile su *Westlaw*, punto. 35 e commentate da HILL, *Choice of Law* cit., p. 341 ss.

¹⁷⁴ App. Milano, 18 luglio 1997, in questa *Rivista*, 1997 p. 982 s.; Trib. Milano, 4 dicembre 1997, *ibidem*, 1999, p. 65; Cass. (s.u.), 11 giugno 2001 n. 7860, *ibidem*, 2002, p. 164; Cass. (s.u.), ord., 25 luglio 2002 n. 10994, *ibidem*, 2003, p. 504; Cass. (s.u.), ord., 2 aprile 2003 n. 5108, *ibidem*, 2004, p. 281, s.; App. Milano, 15 luglio 2003, *ivi*, p. 1370.

¹⁷⁵ Cfr. Cass., 28 luglio 1998 n. 7398, in questa *Rivista*, 1999, p. 322; Cass. (s.u.), 10 marzo 2000 n. 58, *ibidem*, 2000, p.780.

debitore, ma in quello del luogo di esecuzione¹⁷⁶, oppure hanno interpretato in maniera estensiva il par. 5¹⁷⁷.

Pertanto, simili incertezze interpretative non potevano che indurre lo *Hoge Raad* a chiedere alla Corte di giustizia di pronunciarsi sul punto¹⁷⁸. Tuttavia, prima di analizzare la risposta dei giudici comunitari, bisogna rilevare come i termini della questione pregiudiziale siano influenzati dal modo di intendere il rapporto tra presunzioni e collegamento più stretto tipico della dottrina e della giurisprudenza olandese. Infatti, è stato chiesto alla Corte se la legge individuata tramite le regole contenute nei paragrafi 2-4 non può trovare applicazione solo qualora dal complesso delle circostanze risulti che i criteri di collegamento in esse contenuti non abbiano un effettivo valore di collegamento – e non si può non cogliere un esplicito richiamo alla sentenza *Société Nouvelle des Papeteries* – oppure qualora risulti, alla luce di tali circostanze, un collegamento più stretto con un altro Paese. In altre parole, con la quinta questione pregiudiziale lo *Hoge Raad* chiede alla Corte se, per non dare applicazione alla legge individuata tramite le presunzioni, il complesso delle circostanze rilevanti del contratto valga di per sé a determinare il collegamento più stretto, ovvero se debba essere preso in considerazione solo quando il criterio di

¹⁷⁶ Cfr. Cass. (s.u.), 6 agosto 1998 n. 7714, in questa *Rivista*, 1999, p. 585; Cass. (s.u.), 14 dicembre 1999 n. 895, *ibidem*, 2000, p. 1080.

¹⁷⁷ Cfr. Cass. (s.u.), 6 giugno 2002 n. 8224, in questa *Rivista*, 2003, p. 477 ss.

¹⁷⁸ Invero, un'interpretazione uniforme dell'art. 4 avrà rivolti positivi anche per un'univoca determinazione del *forum destinatae solutionis* in materia contrattuale. Si veda al riguardo CLERICI, *Forum solutionis e convenzione di Roma del 19 giugno 1980 al vaglio della giurisprudenza italiana*, in questa *Rivista*, 1997, p. 873 ss. Per le modifiche apportate dal regolamento (CE) n. 44/2001 al foro speciale in materia contrattuale, si veda l'indagine di FRANZINA, *La giurisdizione in materia contrattuale: l'art. 5 n. 1 del regolamento n. 44/2001/CE nella prospettiva della armonia delle decisioni*, Padova, 2006, *passim*; nonché, da ultimo DE FRANCESCHI, *Il locus destinatae solutionis nella disciplina comunitaria della competenza giurisdizionale*, in *Contr. impr./Eur.*, 2008, p. 637 ss. Infine, la Corte di giustizia ha recentemente stabilito, a proposito dei contratti di compravendita, che il luogo in cui i beni sono stati o avrebbero dovuto essere consegnati in base al contratto è «quello della consegna materiale dei beni mediante la quale l'acquirente ha conseguito o avrebbe dovuto conseguire il potere di disporre effettivamente di tali beni alla destinazione finale dell'operazione di vendita», nel caso in cui non si riesca a determinare il luogo di consegna sulla base delle disposizioni del contratto: sentenza 25 febbraio 2010, causa C-381/08, *Car Trim*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2010, p. 792 ss. Cfr. al riguardo FRANZINA,

collegamento utilizzato dalla presunzione non conduce ad un Paese che presenti un collegamento effettivo con il contratto.

Come si è rilevato¹⁷⁹, i giudici di Lussemburgo hanno interpretato il rapporto tra presunzioni e collegamento più stretto nel senso che l'interprete deve sempre muovere la propria indagine sulla base dei criteri di collegamento indicati dalle presunzioni. Tuttavia, è suo compito scartare tale legge, a favore di quella del Paese che presenta in maniera manifesta, alla luce del complesso delle circostanze rilevanti, un più stretto collegamento col contratto.

Alla luce di quanto deciso dalla Corte si possono trarre alcune considerazioni. In primo luogo, i giudici comunitari rigettano l'interpretazione data dallo *Hoge Raad* all'art. 4. Stabilendo, infatti, che il principio di prossimità costituisce il fondamento della disposizione in esame, la Corte dichiara che il criterio di collegamento generale è quello del collegamento più stretto¹⁸⁰. Di conseguenza, le presunzioni dei paragrafi 2-4 costituiscono solo il necessario punto di partenza dell'indagine che il giudice deve compiere e non la regola generale, la quale deve essere disapplicata solo quando l'ordinamento in tal guisa determinato non presenta un qualche collegamento effettivo col contratto¹⁸¹.

In secondo luogo, non appaiono conformi con l'art. 4 tanto quell'interpretazione che vede nelle presunzioni una *rule of last resort*, quanto quella giurisprudenza che accerta direttamente il collegamento più stretto del

¹⁷⁹ *Supra*, par 3.

¹⁸⁰ Cfr. Sentenza *ICF* cit., punti 54 e 60.

¹⁸¹ Cfr. Sentenza *ICF* cit., punti 55 e 62. Il ruolo delle presunzioni, quindi, non può estendersi fino a ritenere che il complesso delle circostanze rilevanti del contratto possa venire in rilievo solo se il criterio di collegamento in esse contenuto non presenta un effettivo valore di collegamento. Ciò comporterebbe, come si è detto, un'inversione della gerarchia dei criteri di collegamento incorporati nell'art. 4, poiché, per questa via, la regola generale risulterebbe essere quella contenuta nelle singole presunzioni, mentre al collegamento più stretto spetterebbe un ruolo non solo eccezionale, ma anche sussidiario. In altre parole, seguendo questa impostazione, il giudice dovrebbe esaminare le circostanze del caso, solo se si convince che la presunzione porta a localizzare il contratto in un Paese con cui non presenta un collegamento effettivo. Tale ricostruzione, alla luce del continuo richiamo, effettuato dalla Corte, al principio di prossimità, deve considerarsi non in linea con il dettato dell'art. 4.

contratto con un Paese, sulla base di un'indagine che non tiene in considerazione le presunzioni contenute nel suddetto articolo.

Inoltre, da un punto di vista procedurale, non è compatibile con il dettato della sentenza l'idea di chi considera le presunzioni valesse fino a prova contraria, richiesta e fornita dalla parte che invoca la disapplicazione della legge individuata tramite i criteri contenuti in esse¹⁸².

Due ordini di considerazioni destano, tuttavia, alcune perplessità. L'estrema sinteticità della sentenza, infatti, non solo non permette di cogliere quale sia, secondo la Corte di giustizia, il metodo che il giudice deve seguire per determinare la legge applicabile al contratto, ma nemmeno spiega perché la lettera del par. 5 deve essere interpretata in maniera restrittiva.

Quanto al metodo, si può proporre la seguente ricostruzione sulla base di alcune indicazioni presenti nella decisione. In primo luogo, il giudice deve sempre determinare la prestazione caratteristica del contratto e individuare, tramite la sua localizzazione nel Paese di residenza abituale del contraente tenuto a fornirla, la legge del Paese con il quale si presume che il contratto presenti il collegamento più stretto¹⁸³. In secondo luogo, siccome il contratto deve essere sempre regolato dalla legge del Paese più prossimo¹⁸⁴, spetta al giudice, quanto meno, prestare attenzione al complesso delle circostanze rilevanti del caso in esame. Queste ultime, tuttavia, saranno prese in considerazione solo nella misura in cui indicano

¹⁸² Infatti, come si legge nel punto 63 «qualora risulti chiaramente dal complesso delle circostanze che il contratto presenta un collegamento più stretto con un Paese diverso da quello che è designato sulla scorta delle presunzioni stabilite dall'art. 4, nn. 2-4, della convenzione, *spetta al detto giudice* disapplicare tale art. 4, nn. 2-4» (corsivo aggiunto). Se la lettera di questo paragrafo può generare qualche dubbio circa l'obbligo del giudice di disapplicare la legge determinata alla luce delle regole poste in essere dalle presunzioni, a favore di quella dell'ordinamento con il quale il contratto è più strettamente collegato (confermato anche dalla versione francese – «il appartient au dit juge d'écarter» – e da quella inglese – «it is for the court to disregard» – della sentenza), il dispositivo della decisione è *tranchant* al riguardo. Infatti, qualora dall'analisi del complesso delle circostanze il giudice valuti che il contratto presenta chiaramente un collegamento più stretto con un Paese diverso da quello individuato tramite le regole poste in essere dalle presunzioni, egli «è tenuto a disapplicare tale criteri e ad applicare la legge del Paese con il quale il contratto è più strettamente collegato».

¹⁸³ Sentenza *ICF* cit., punti 55 e 62.

¹⁸⁴ Sentenza *ICF* cit., punti 54 e 60.

chiaramente che il contratto è più strettamente collegato con un Paese diverso da quello individuato tramite le presunzioni. Infatti, solamente in questo caso il giudice è tenuto a disapplicare d'ufficio la legge del Paese determinato a norma dei paragrafi 2-4.

D'altro canto, la condizione che il maggior vincolo del contratto con un Paese diverso da quello della residenza abituale del prestatore caratteristico, o da quello indicato dalle presunzioni speciali, debba risultare chiaramente dal complesso delle circostanze, affinché possa essere data applicazione al regola del par. 5, non figura nella lettera della convenzione di Roma. È davvero un peccato, quindi, che la Corte non abbia speso alcune parole per motivare questa sua interpretazione.

Nonostante ciò, si può ritenere¹⁸⁵ che i giudici di Lussemburgo abbiano fondato la loro pronuncia, più che sul dato letterale dell'art. 4, su quegli elementi che consentono di assicurare un buon margine di certezza al diritto applicabile ai rapporti contrattuali. In altre parole, la Corte interpreta il par. 5 non tanto secondo il senso ordinario da attribuire ai termini del trattato nel loro contesto, quanto, soprattutto, alla luce dell'oggetto e dello scopo della convenzione¹⁸⁶. E siccome la stessa Corte sottolinea¹⁸⁷ che la convenzione ha come oggetto quello di porre in essere regole uniformi concernenti la legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, mentre il suo scopo consiste nell'elevare il livello di certezza del diritto, non appare un azzardo ritenere che i giudici comunitari abbiano voluto sposare la tesi di quanti ritengono che il par. 5 sia una clausola di eccezione. Di conseguenza, il giudice non è tenuto a specificare in ogni sua decisione qual è il Paese che presenta il collegamento più stretto con il contratto, ma solamente nei casi in cui l'esame del complesso delle circostanze rilevanti indica chiaramente che il contratto è più

¹⁸⁵ Sentenza *ICF* cit., punti 55, 59 e 62.

¹⁸⁶ Così come previsto dall'art. 31 della convenzione di Vienna del 23 maggio 1969 sul diritto dei trattati. Una ricostruzione dottrinale che indaga il metodo di interpretare la norma in esame a seconda che si consideri la lettera della disposizione, piuttosto che lo spirito della stessa si ritrova in CUNIBERTI, *L'incidence* cit., *passim*.

¹⁸⁷ Sentenza *ICF* cit., punto 23.

strettamente collegato con un Paese diverso da quello individuato tramite le presunzioni. In tutti gli altri casi, il giudice può limitarsi a determinare la legge applicabile al contratto sulla base delle regole contenute nei paragrafi 2-4 dell'art. 4.

Infine, pare legittimo ipotizzare che i giudici di Lussemburgo, nell'interpretare in maniera restrittiva il par. 5, abbiano cercato di porre le premesse per una sostanziale continuità tra la clausola di eccezione dell'art. 4 della convenzione e quella contenuta nel par. 3 dell'art. 4 del regolamento Roma I¹⁸⁸.

Nella disciplina regolamentare, invece, nessun dubbio può prospettarsi circa la qualificazione del par. 3 dell'art. 4 quale clausola di eccezione; come tale, deve trovare applicazione in maniera stretta e rigorosa¹⁸⁹. Appare quindi necessario valutare in quali circostanze il giudice è autorizzato a disapplicare la legge determinata alla luce dei dettami contenuti nei paragrafi 1 e 2 dell'art. 4. A tal riguardo, si è già manifestata per la disposizione del regolamento, così come è accaduto per la convenzione di Roma, una divisione tra quanti sostengono che la clausola di eccezione possa trovare applicazione solo quando il contratto non presenta «legami significativi con lo Stato la cui legge sia stata designata tramite i criteri di cui ai parr. 1 e 2»¹⁹⁰, e quanti ritengono che il par. 3 possa trovare applicazione ogniqualvolta il contratto presenti collegamenti manifestamente più

¹⁸⁸ L'art. 4 par. 3 del regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I), in questa *Rivista*, 2009, p. 519 ss., prevede infatti: «Se dal complesso delle circostanze del caso risulta chiaramente che il contratto presenta collegamenti manifestamente più stretti con un Paese diverso da quello indicato ai paragrafi 1 o 2, si applica la legge di tale diverso Paese».

¹⁸⁹ Cfr. GARCIMARTIN ALFÉREZ, *The Rome I Regulation: Much ado about nothing?*, in *Eur. Law Forum*, 2008, p. 1-70; LEANDRO, *Art. 4 cit.*, p. 660; VILLANI, *La legge applicabile in mancanza di scelta dei contraenti cit.*, p. 171.

¹⁹⁰ Cfr. LEANDRO, *op. cit.*, p. 661. Analogamente, ma solo con riferimento ai contratti di *franchising* e di distribuzione, dal momento che le norme poste in essere per la determinazione della legge applicabile a tali contratti non si ispirano al principio di prossimità, bensì a quello di protezione del contraente debole, cfr. VILLANI, *La legge applicabile in mancanza di scelta dei contraenti cit.*, p. 171 s. Secondo l'autore, l'applicazione della clausola di eccezione per detti tipi contrattuali deve essere ancora più rigorosa, risultando possibile solo nel caso in cui «il contatto con il Paese di residenza del franchisee o del distributore sia del tutto casuale o insignificante».

stretti con un altro Paese¹⁹¹, indipendentemente da un esame, nel caso concreto, della capacità del criterio di collegamento di determinare come applicabile la legge di un Paese che abbia un effettivo valore di collegamento. In altre parole, si è già riscontrata in dottrina, in termini sostanzialmente analoghi, una spaccatura simile a quella che ha spinto lo Hoge Raad a formulare la sua quinta questione pregiudiziale. Non si vede dunque il motivo per cui il giudizio della Corte non possa avere rilevanza anche relativamente al funzionamento della clausola di eccezione contenuta nel regolamento Roma I.

Inoltre, se il legislatore avesse voluto far dipendere la messa in opera della clausola di eccezione dalla circostanza che il Paese individuato sulla base dei criteri di collegamento contenuti nei paragrafi 1 e 2 non presenta legami significativi con il contratto, avrebbe potuto farne esplicita disposizione nella lettera del par. 3, in maniera analoga a quanto prevede l'art. 15 della legge svizzera di diritto internazionale privato¹⁹². Di conseguenza, l'eccezionale ricerca dello Stato che chiaramente mostra collegamenti più stretti col contratto deve avvenire sempre alla luce del complesso delle circostanze rilevanti del caso di specie, e non solamente nel caso in cui sia stato accertato che il Paese a cui rinviano le regole dei paragrafi 1 e 2 non abbia un collegamento significativo col contratto.

¹⁹¹ Cfr. BONOMI, *The Rome I Regulation on the Law Applicable to Contractual Obligations*, in *Yearbook Private Int. Law*, 2008, p. 175 s.; TANG, *Law Applicable* cit., p. 798 ss.; FRANCO, *Le règlement «Rome I» sur la loi applicable aux obligations contractuelles*, in *Clunet*, 2009, p. 59; MAGNUS, *Article 4* cit., p. 48 s., nonché GARCIMARTIN ALFÉREZ, *op. cit.*, p. 1-70, il quale, tuttavia, sostiene che la parte che richiede l'applicazione della clausola di eccezione abbia l'onere di provare l'esistenza di collegamenti manifestamente più stretti con un diverso Paese. Come si è visto in riferimento all'art. 4 della convenzione di Roma, la Corte di giustizia ha chiarito che è compito del giudice disapplicare la legge individuata tramite le presunzioni dei paragrafi 2-4, una volta appurato che il contratto è chiaramente più strettamente collegato con un altro Paese. È opinione di chi scrive che tale interpretazione debba estendersi anche al par. 3 dell'art. 4 del regolamento.

¹⁹² Legge federale sul diritto internazionale privato, del 18 dicembre 1987, pubblicata in questa *Rivista*, 1989, p. 196 ss. Come è noto, l'art. 15 dispone infatti che «il diritto richiamato dalla presente legge è, per eccezione, inapplicabile qualora dall'insieme delle circostanze risulti manifesto che la fattispecie gli è esiguamente connessa, ma più strettamente connessa con un altro». Sulla legge svizzera, cfr. per tutti BROGGINI (a cura di), *Il nuovo diritto internazionale privato in Svizzera*, Milano, 1990.

Con riferimento al metodo che il giudice deve adottare per determinare il Paese al quale il contratto è più prossimo, qualche dubbio può nascere dal fatto che, mentre secondo i giudici di Lussemburgo i criteri previsti dai paragrafi 2-4 dell'art. 4 della convenzione devono essere disapplicati qualora risulti chiaramente dal complesso delle circostanze che il contratto presenta un collegamento più stretto con un altro Paese, l'art. 4 del regolamento prescrive, invece, l'esistenza di collegamenti manifestamente più stretti con un Paese diverso. Se una qualche differenza deve derivare dalla non perfetta coincidenza tra la decisione della Corte e il regolamento, essa può essere ricondotta al modo in cui il giudice deve analizzare il complesso delle circostanze rilevanti.

Infatti, per determinare la legge applicabile al contratto tramite il criterio del collegamento più stretto, la dottrina ha messo in evidenza come il giudice, dopo aver effettuato una ricognizione dei diversi elementi che costituiscono il complesso delle circostanze rilevanti, possa scegliere il diritto applicabile in due modi. Da un lato, egli può optare per la legge del Paese richiamato dal maggior numero di punti di contatto del contratto con esso, operando dunque un apprezzamento quantitativo delle circostanze del caso. Dall'altro lato, si può privilegiare un approccio ed una valutazione qualitativa dei diversi elementi del contratto, al fine di far dipendere la scelta del diritto applicabile da quelle circostanze che manifestano un collegamento maggiormente significativo¹⁹³. Se nessun dubbio può essere sollevato sul fatto che l'interprete, nell'applicare l'art. 4 della convenzione, possa svolgere la propria analisi sulla base di una valutazione anche solo qualitativa dei diversi punti di contatto, la circostanza che il regolamento imponga collegamenti manifestamente più stretti con

¹⁹³ In altre parole il giudice può analizzare i punti di contatto precedentemente determinati tramite una ponderazione quantitativa (c.d. *grouping of contacts*) o qualitativa (c.d. *weighing of contacts*). Sul punto si veda BARATTA, *Il collegamento* cit., pp. 121 ss., 188 ss.

un altro Paese porta a ritenere che egli debba affiancare alle valutazioni qualitative dei diversi collegamenti anche considerazioni «quantitative»¹⁹⁴.

5. *Il collegamento più stretto come criterio di collegamento suppletivo*

Quale principio informatore delle norme sulla legge applicabile ai contratti internazionali, il criterio del collegamento più stretto, se adottato insieme ad altri criteri di collegamento, ha infine il compito di disciplinare quei casi in cui nessun criterio di criterio di collegamento rigido riesca a determinare la legge applicabile. Si assiste, in questa ipotesi, ad un concorso successivo di criteri di collegamento. La localizzazione del contratto è quindi rimessa alla completa discrezione dell'interprete, che, dopo un'attenta analisi degli interessi sottesi ad ogni singola connessione spaziale, ha il compito di determinare quell'ordinamento che appare più indicato a regolare il rapporto da un punto di vista spaziale.

¹⁹⁴ In tal modo, un solo punto di contatto del contratto con un Paese diverso, anche se assai significativo, non può essere considerato sufficiente per rendere operativa la clausola di eccezione contenuta nel par. 3, dal momento che appare necessaria la presenza di più punti di collegamento rilevanti che rinviano a detto altro Paese.

CAPITOLO III

APPROCCI: LA *CONFLICT OF LAWS REVOLUTION* STATUNITENSE

SOMMARIO: 1. Cenni introduttivi. - 2. Beale e il primo *Restatement* sui conflitti di legge. - 3. Reazioni della dottrina al primo *Restatement*. - 3.1. La *local law theory*. - 3.2. *Cavers*. - 3.3. Currie e gli interessi governativi. - 3.4. Ehrenzweig e la *lex fori*. - 3.5. Leflar e il *better law approach*. - 4. La *most significant relationship* del secondo *Restatement* sui conflitti di legge. - 5. Di due recenti codificazioni internazionalprivatistiche nordamericane in materia contrattuale. - 6. Influenze delle teorie americane nella codificazione europea del diritto internazionale privato dei contratti?

1. *Cenni introduttivi.*

Si è già rilevato, nel primo capitolo, che l'attuale diritto internazionale privato statunitense dei contratti si basa su premesse teoriche differenti dal c.d. metodo conflittuale, in quanto primario rilievo è riservato al contenuto delle norme materiali delle leggi in presenza, alle *policies* e agli interessi governativi sottesi.

Questa situazione deriva dalla particolare evoluzione degli studi di diritto internazionale privato in territorio americano e dalla scarsa accoglienza del metodo savignano della localizzazione. Pertanto, appare opportuno ripercorrere brevemente le tappe di detta evoluzione, prima di concentrarci sullo studio dei *conflict-of-laws approaches*.

A differenza delle altre branche del diritto, il diritto internazionale privato americano non deriva dalla *common law* inglese - peraltro contenente, al momento dell'indipendenza degli Stati Uniti, poche norme di matrice territorialistica - ma dalla dottrina continentale degli statuti, nella sua versione franco-olandese. Il primo scritto americano sui conflitti di legge, le *Dissertations on the Questions which arise from The Contrariety of Positive Laws of Different States and Nations* di Samuel Livermore, invero, rifiutava l'insegnamento degli autori olandesi della *comitas*

gentium e fondava un sistema basato su un'idea di giustizia che non lasciasse al giudice alcun margine di apprezzamento¹⁹⁵. Benché queste idee non trovarono accoglienza nell'ambiente giuridico americano, l'opera di Livermore e il lascito della sua nutrita biblioteca alla *Harvard Law School* aprirono la strada alla prima pietra miliare della dottrina statunitense: i *Commentaries on the Conflict of Laws* di Joseph Story¹⁹⁶. Quest'opera non ha rappresentato soltanto il fondamento del diritto dei conflitti statunitense per tutto il diciannovesimo secolo, ma è stata anche la prima moderna sistematizzazione del diritto internazionale privato, motivo per cui ebbe grande accoglienza anche in Europa.

L'autore non ha preteso di fondare una propria teoria dei conflitti di legge, ma si richiama direttamente alla teoria olandese degli statuti. Nel secondo capitolo dell'opera, infatti, Story riformula i tre assiomi di Huber¹⁹⁷, strutturandoli in vari principi. Secondo il primo, ogni Stato ha esclusiva sovranità e giurisdizione sul proprio territorio; le sue leggi vincolano direttamente tutte le proprietà e tutte le persone che si trovano sul proprio territorio, nonché tutti i contratti e gli atti conclusi al suo interno¹⁹⁸. Il secondo principio è un corollario del primo, in quanto stabilisce che le leggi di uno Stato non travono vigore e non si applicano a tutte le situazioni che si svolgono fuori dai suoi confini¹⁹⁹. L'applicazione di una legge straniera nel territorio del proprio Stato, conseguentemente al terzo principio, dipende dalla

¹⁹⁵ Secondo LIVERMORE, *Dissertations on the Questions which arise from The Contrariety of Positive Laws of Different States and Nations*, New Orleans, 1829, p. 27, il compito del giudice è di amministrare la giustizia secondo la legge, al fine di comporre le controversie tra le parti secondo i loro diritti. Di conseguenza, in una controversia relativa a un contratto internazionale non è *ex comitate* che si tiene conto della legge del luogo di conclusione del contratto, ma si applica direttamente quella legge per determinare gli obblighi reciprocamente assunti dai contraenti. Di conseguenza, "*Comity implies a right to reject; and the consequence of such rejection would probably be a judgement ordering a party to do that, which he had never obligated himself to do*". Cfr. *ult. op. loc. cit.*

¹⁹⁶ V. STORY, *Commentaries on the Conflict of Laws, Foreign and Domestic*, Boston, 1834.

¹⁹⁷ Cfr. HUBER, *De conflictu legum diversarum in diversis imperiis* pubblicato, con nota introduttiva e testo inglese a fronte, in LORENZEN, *Huber's De Conflictu Legum*, in *Ill. Law Review*, vol. 13, 1918-1919, p. 199 ss. I tre assiomi di Huber sono riportati a p. 227

¹⁹⁸ Cfr. STORY, *op. cit.*, p. 19.

¹⁹⁹ V. p. 21

comitas gentium, ovvero dal volontario consenso degli Stati interessati²⁰⁰. Tale *comity*, tuttavia, non è dettata da alcuna necessità giuridica, ma da una "*moral necessity to do justice, in order that justice may be done to us in return*"²⁰¹. Declinati in materia contrattuale, questi principi, insieme all'abbondante materiale giurisprudenziale esaminato dall'autore, conducono Story a considerare che la legge del luogo di conclusione del contratto disciplina tutti gli aspetti della vicenda contrattuale: dalla sua formazione, all'adempimento dell'obbligazioni²⁰². Il carattere dell'opera di Story è, tuttavia, di stampo casistico e pragmatico. I *Commentaries*, di conseguenza, non fornirono che una serie di ampi principi dai quali la giurisprudenza, nel corso del diciannovesimo secolo, cominciò a prendere le distanze sviluppando differenti soluzioni. La situazione, inoltre, veniva a complicarsi ulteriormente, dal momento che le regole sui conflitti di leggi erano – e sono – una materia di pertinenza dei singoli Stati federati: ogni Stato sviluppava per via giurisprudenziale le proprie norme di diritto internazionale privato che vincolavano sia i giudici statali, sia le corti federali che sedevano nel territorio di quello Stato. A livello accademico, infine, l'insegnamento del diritto internazionale privato restò escluso fino al 1893, quando Joseph Beale introdusse il primo corso dedicato alla materia a Harvard. Viste queste premesse, non fu casuale che la materia dei conflitti di legge divenne uno dei primi ambiti di indagine nel 1923, quando cioè venne fondato l'*American Law Institute*.

2. Beale e il primo Restatement sui conflitti di legge

²⁰⁰ V. p. 37. Secondo Story, il requisito della *comity* presuppone, in mancanza di espressa dichiarazione, una tacita volontà degli Stati affinché le proprie leggi abbiano vigore fuori dai rispettivi confini.

²⁰¹ V. p. 33 s.

²⁰² V. p. 201 ss.

Beale fu un prolifico accademico²⁰³ che dominò la scena del diritto internazionale privato americano a cavallo tra diciannovesimo e ventesimo secolo. Su suo impulso, l'insegnamento della materia fu introdotto in numerose Università e la sua autorevolezza venne riconosciuta quando fu chiamato a dirigere i lavori per la preparazione del primo *Restatement* sui conflitti di legge²⁰⁴.

Il pensiero di Beale si basa essenzialmente su due principi: la territorialità²⁰⁵ delle leggi e l'obbligo di rispettare i diritti legittimamente acquisiti all'estero.

Secondo Beale, il giudice è sempre tenuto ad applicare la legge del proprio Stato a qualsiasi controversia per la quale è legittimamente adito. La funzione del diritto internazionale privato consisterebbe, dunque, non già nell'individuazione e nella successiva applicazione della legge, nazionale o straniera, competente a regolare lo specifico rapporto collegato con più di uno Stato, ma nel dovuto riconoscimento, da parte di tutti gli Stati, dei diritti creati all'estero²⁰⁶. In questa prospettiva, se il diritto di uno Stato ricollega conseguenze giuridiche ad un fatto sociale occorso sul suo territorio e se tale Stato è legittimato a creare quel diritto, alla luce delle concezioni accolte nel Paese ove il diritto in questione è fatto valere, tale diritto deve essere riconosciuto e attuato anche nel secondo Stato. Inoltre,

²⁰³ V. *ex multis* BEALE, *A Selection of Cases on the Conflict of Laws*, 3 voll., Cambridge, 1902-1907; ID., *What Law Governs the Validity of a Contract*, in *Harvard Law Rev.*, 1909-1910, p. 271; ID., *A Treatise on the Conflict of Laws*, Cambridge, 1916; ID., *A Treatise on the Conflict of Laws*, New York, 1935. Quest'ultima opera, suddivisa in tre volume, è, per ammissione esplicita dell'Autore, più un commentario alle disposizioni del *Restatement*, che un comune trattato di diritto internazionale privato. V. *ult. op. cit.*, p. XV.

²⁰⁴ *Restatement of the Law of Conflict of Laws*, St. Paul, 1934.

²⁰⁵ Secondo BEALE, *A Treatise cit.*, p. 50 s. "No law is administered as such by the courts except the territorial law" e "It is quite obvious that since the only law that can be applicable in a state is the law of that state, no law of a foreign state can have there the force of law. If, therefore, the Conflict of Laws of the state provides that a question at issue shall be determined in accordance with the foreign law, that means that it shall be determined by the court acting solely under its own law, and that the terms of the foreign law constitute a fact to be considered in the determination of the case".

²⁰⁶ Fin dai suoi primi scritti Beale afferma che il diritto internazionale privato "deals with the recognition and enforcement of foreign created rights. V. BEALE, *Summary of the Conflict of Laws*, in ID., *A Selection of Cases cit.*, vol. III, Cambridge, 1902, p. 501.

l'ordinamento competente²⁰⁷ a creare un diritto soggettivo è quello del luogo in cui è avvenuto l'ultimo atto necessario alla creazione del diritto²⁰⁸. In tal modo, sorge un obbligo in capo a tutti gli altri Stati di riconoscere e attuare il diritto ivi acquisito²⁰⁹. In questo modo, con la separazione dei diritti acquisiti, trattati come dati di fatto, dalla legge straniera che li ha creati, Beale dichiara che il giudice non applica mai una legge straniera; piuttosto prende atto che una legge straniera, qualificata a farlo, ha creato un diritto, e ne garantisce il godimento.

La teoria dei diritti acquisiti di Beale rappresenta un avanzamento rispetto alla dottrina della *comity* di Story. Piuttosto che far dipendere la decisione sui problemi internazionalprivatistici dalla discrezionalità che quest'ultima riconosceva al giudice, il pensiero di Beale trasforma detta facoltà in un obbligo giuridico. Tuttavia, se la teoria di Story lasciava ai giudici troppo spazio per rifiutare l'applicazione del diritto straniero, questa seconda costruzione dogmatica si colloca all'esatto opposto. Inoltre, facendo dipendere la creazione del diritto dalla legge dello Stato in cui viene compiuto l'ultimo atto necessario, non sono infrequenti i casi in cui una legge scarsamente collegata "disciplini" la fattispecie.

Il pensiero di Beale ha pervaso tutta l'opera di stesura del primo *Restatement*; per tale motivo le critiche che sono state mosse contro quest'ultimo,

²⁰⁷ L'espressione ordinamento competente è qui utilizzata in senso generale e prescinde da ogni riferimento alla teoria dell'ordinamento competente su cui v. PICONE, *Il rinvio all'ordinamento competente nel diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1981, p. 310 ss.; ID., *La confusione tra «legge» e «ordinamento» nella dottrina italiana di diritto internazionale privato*, in ID., *Studi di diritto internazionale privato*, Fuorigrotta, 2003, p. 719 ss.

²⁰⁸ Quanto alle obbligazione contrattuali il luogo da prendere in considerazione è quello "*in which the final act was done which made the promise or promises binding*", v. BEALE, *A Treatise* cit., p. 1045 individuato, per i contratti bilaterali informali, "*where the second promise is made in consideration of the first promise*". V. *Restatement* cit., § 325.

²⁰⁹ V. BEALE, *ult. op. cit.*, p. 64 e p. 1969. Sulla teoria di Beale cfr. ARMINJON, *La notion de droit acquis en droit international privé*, in *Recueil des Cours*, t. 44, 1933-II, pp. 1-110, in specie p. 41 ss.; AUDIT, *Le droit international privé en quête d'universalité. Cours general*, in *Rec. Cours*, t. 305, 2003, p. 175 ss.; JUENGER, *Choice of Law and Multistate Justice*, Special Ed., Ardsley, 2005, p. 89 ss.; SYMEONIDES, *The First Conflicts Restatement Through the Eyes of Old: As Bad as Its Reputations?*, in *South. Ill. Un. Law Journal*, 2007-2008, p. 57 ss.; ID., *American Private International Law*, Alphen aan den Rijn, 2008, p. 65 ss.

e di cui si darà conto nel prossimo paragrafo, possono essere ricondotte direttamente al suo autore.

D'altra parte, il *Restatement* non ha mancato di produrre alcuni riflessi positivi. In primo luogo, ha svolto una funzione pedagogica, imponendo a tutta la comunità degli operatori del diritto la necessità di affrontare lo studio delle problematiche del diritto internazionale privato. Inoltre, si deve all'opera di Beale una prima sistematizzazione della confusa e discordante giurisprudenza, nonché un sistema di conflitto completo e complessivo di disposizioni di conflitto bilaterali e neutro per ogni possibile fattispecie transnazionale. I due principi informatori del *Restatement*, infine, rendono possibile l'uguale trattamento della legge nazionale e dei diritti creati dalla legge straniera, al fine di evitare il *forum shopping* e perseguire l'armonia internazionale e interstatale delle soluzioni.

In materia contrattuale, la legge del luogo di conclusione del contratto determina l'acquisizione dei diritti relativi a tutti gli aspetti della vicenda contrattuale²¹⁰, ad eccezione di quelli relativi alle modalità di esecuzione (quali il tempo, luogo e il modo dell'esecuzione) e ai giustificati motivi per l'inadempimento che sono invece attribuiti dalla legge del luogo dell'esecuzione²¹¹ di ogni singola prestazione.

Le regole indicate nel *Restatement* sono state seguite dalla giurisprudenza di tutti gli Stati federati fino al 1945, quando la Corte suprema dell'Indiana, utilizzando un metodo casistico che teneva conto di tutti i punti di contatto del contratto e stabilendo che i contraenti "*transacted this business almost exclusively in Illinois*"²¹², rifiutò di dare applicazione alla propria normativa sostanziale quale legge del luogo di conclusione del contratto, in favore della disciplina dell'Illinois quale legge del luogo dove si trovava il centro di gravità del contratto.

²¹⁰ §§ 325, 326 e 331 *Restatement* cit.

²¹¹ § 358 *Restatement* cit.

²¹² V. *Supreme Court of Indiana*, sentenza n. 28104, 9 novembre 1945, *W. H. Barber Co. v. Hughes et Al*, 63 NE 2d 417, reperibile nella banca dati Westlaw.

Successivamente, la Corte d'appello di New York rese, nel 1954, la celebre sentenza *Auten v. Auten*²¹³: è a far data da questa decisione che in giurisprudenza si affermano i nuovi approcci della dottrina statunitense. Come i loro colleghi dell'Indiana, i giudici d'appello erano insoddisfatti di una regola che imponesse loro di riconoscere automaticamente i diritti che derivano da un contratto, allorché queste pretese siano stabilite da una legge che presenta collegamenti fortuiti con il caso da regolare. Per tale motivo, anche la Corte di New York iniziò a far riferimento all'insieme delle circostanze rilevanti per determinare il centro di gravità del contratto. Diversamente dalla Corte suprema dell'Indiana, però, l'indagine in questo caso non è solamente volta a selezionare la migliore soluzione spaziale per il contratto in esame, ma mira anche a permettere al giudice "*to apply the policy of the jurisdiction most intimately concerned with the outcome of the particular litigation*"²¹⁴: ecco dunque che considerazioni di giustizia materiale cominciano a trovare spazio nella determinazione della legge applicabile al contratto.

A partire dalla sentenza *Auten*, la stragrande maggioranza degli Stati federati ha progressivamente abbandonato le regole del primo *Restatement*. Ciò nonostante, esse trovano ancora largo seguito in undici Stati; alcuni di questi, e cioè Alabama²¹⁵, Florida²¹⁶, Georgia, Maryland e Virginia non sembrano prossimi all'abbandono della regola della *lex loci contractus*, mentre nei rimanenti (Kansas, New Mexico, Rhode Island, South Carolina, Tennessee e Wyoming) alcune corti di prima istanza e di appello hanno abbandonato le regole del primo *Restatement*, ma le stesse non sono ancora state *overruled* dalle corti supreme di quegli Stati.

²¹³ V. *Court of Appeals of New York*, sentenza 31 dicembre 1954, *Auten v. Auten*, 124 NE 2d 99, reperibile nella banca dati Westlaw.

²¹⁴ V. Sentenza *Auten* cit., p. 102

²¹⁵ V. *Supreme Court of Alabama*, 14 ottobre 1994 n. 1930904, *American Nonwovens, Inc. v. Non Wovens Engineering s.r.l.*, 648 So.2d 565, reperibile nella banca dati Westlaw.

²¹⁶ V. *Supreme Court of Florida*, 24 marzo 1998, n. 69743, *Josephine Sturiano, v. Martin Brooks*, 523 So.2d 1126, reperibile nella banca dati Westlaw; *United States Bankruptcy Court, M.D. Florida, Tampa Division*, 17 aprile 1996, In re *Celotex Corp.*, 194 B.R. 668, reperibile nella banca dati Westlaw.

3. Reazioni della dottrina al primo Restatement

Il sistema elaborato da Beale è stato oggetto di feroci attacchi da parte della dottrina statunitense. In primo luogo, è stata contestata l'estrema rigidità e meccanicità delle sue regole che, eliminando ogni elemento di flessibilità, privano il giudice di qualsiasi margine di apprezzamento nella determinazione del diritto applicabile. Questa circostanza ha favorito in giurisprudenza un sistematico ricorso all'eccezione dell'ordine pubblico e alla qualificazione della controversia come una questione di procedura, piuttosto che di merito, al fine di evitare l'applicazione di una legge non gradita o ritenuta non strettamente collegata con il caso concreto.

In secondo luogo, e soprattutto, il metodo del *Restatement* è stato paragonato a una *slot machine*²¹⁷ programmata per individuare, in maniera casuale e cieca, la "giusta" legge dalla quale derivare i diritti da riconoscere nello Stato del foro, senza considerare il problema di come questa determinazione assicuri, per il caso da regolare, un risultato apprezzabile da un punto di vista di giustizia materiale.

Il movimento dottrinale contro la teoria di Beale e le regole del primo *Restatement* si può dividere in due fasi: la prima si è concentrata sulla destrutturazione dell'opera in questione, mentre nella seconda sono stati proposti nuovi approcci per la risoluzione dei conflitti di legge. Il primo momento si individua nel pensiero degli autori aderenti alla *local law theory* e nei primi scritti di Cavers, mentre il secondo ha per oggetto le costruzioni teoriche degli autori successivi.

²¹⁷ Così, CAVERS, *A Critique of the Choice-of-Laws Problem*, in *Harvard Law Rev.*, vol. 47, 1933, p. 191 s.

3.1. *La local law theory*

Formatasi in seno al realismo giuridico americano²¹⁸, i promotori di detta teoria²¹⁹ considerano il diritto come creazione continua della giurisprudenza. Per tale motivo, essi rifiutano di muovere da premesse teoriche e presupposti dottrinali per fornire la spiegazione delle norme di diritto internazionale privato, ritenendo che si debba far riferimento ai precedenti giudiziari per individuare regole specifiche, piuttosto che principi generali²²⁰. Obiettivo primario di questi Autori è contestare la fondatezza della teoria di Beale, piuttosto che la formulazione di un nuovo sistema²²¹.

Come per Beale, la teoria del diritto locale muove dal dogma della territorialità della legge, secondo il quale il giudice non può che applicare altro diritto che il proprio. Contrariamente a Beale, invece, essa rifiuta il principio del rispetto dei diritti legittimamente acquistati all'estero. Pertanto, per regolare quei casi che non rientrano nell'ambito di applicazione della normativa materiale interna, o meglio, qualora il diritto del foro non contenga la disciplina applicabile al rapporto

²¹⁸ Su cui v. per tutti TARELLO, *Il realismo giuridico americano*, Milano, 1962, *passim*.

²¹⁹ Cfr. COOK, *The Logical and Legal Bases of the Conflict of Laws*, in *Yale Law Journal*, vol. 33, 1924, p. 457 ss.; LORENZEN, *The Theory of Qualification and the Conflict of Laws*, in *Colum. Law Rev.*, vol. 20, 1920, p. 247 ss.; ID., *Territoriality cit.*, p. 736 ss.; DE SLOOVERE, *The Local Law Theory and Its Implications in the Conflict of Laws*, in *Harvard Law Rev.*, vol. 41, 1928, p. 421 ss.; CAVERS, *The Two "Local Law" Theories*, in *Harvard Law Rev.*, vol. 63, 1950, p. 822 ss.

²²⁰ Paradigmatica è l'accusa mossa da Lorenzen alle costruzioni dottrinarie di Story e Beale. Secondo il chiaro Autore " *There are [...] few rules of the Conflict of Laws which can be said to be recognized by all Anglo-American states [...] we may speak of them as common rules; but to assert that there are general rules of the "common law," to be derived from its notion of territoriality, which have binding force regarding matters concerning which there is little or no authority, or as to which the decisions are in total disagreement, is to assert something that is untrue, for it presents as existing and binding law something which has for its support merely the personal opinion of the person making such assertion as to what he believes would constitute a sound rule, and so far as such conclusion rests upon a general theory concerning the nature of law rather than a careful weighing of the conflicting interests and policies involved, it constitutes reasoning from a fictitious major premise*". V. LORENZEN, *Territoriality cit.*, p. 745.

²²¹ Così, DE NOVA, *Le concezioni statunitensi cit.*, p. 650 il quale sottolinea, tra l'altro, come l'intento più offensivo che costruttivo degli autori della *local law theory* sia evidenziato anche dal fatto che nessuno di essi abbia scritto un trattato di diritto internazionale privato.

controverso²²², il giudice deve adottare e attuare, come proprio diritto e secondo le caratteristiche peculiari del caso in esame, una norma dal contenuto identico o analogo a quello della rilevante norma del diritto dello Stato collegato in maniera significativa a detto rapporto²²³. Di conseguenza l'interprete, applicando sempre il proprio diritto, non è tenuto a riconoscere e attuare un diritto straniero, quanto un diritto creato da una norma del foro modellata sui contenuti della legge straniera²²⁴.

L'influenza dei sostenitori di questa teoria sulle dottrine successive consiste nell'aver proposto un metodo casistico per determinare dei principi guida che accompagnino l'interprete nella risoluzione dei conflitti dei leggi. Si è cioè seguito un programma di lavoro che prende le distanze dalle aspirazioni universalistiche presenti, implicitamente, nel pensiero di Beale e di Story; di qui la preferenza per la tecnica degli approcci e l'avversione per norme di conflitto rigide che determinano aprioristicamente la legge applicabile.

3.2. *Cavers*

Fondamentale per intendere l'originale pensiero di Cavers è la differenza tra "*jurisdiction-selection rules*" e "*law-selection approaches*". Le prime indicano ciò che per la dottrina europea sono le norme di conflitto: quelle regole che identificano o direttamente, o per mezzo di un'analisi delle circostanze del caso concreto, la legge

²²² Come osservato da KEGEL, *The Crisis of Conflict of Laws*, in *Recueil des Cours*, t. 112, 1964-II, p. 107, il giudice, secondo la teoria in esame, creerebbe il proprio diritto modellandolo sul contenuto della legge straniera considerata. Tuttavia, continua l'Autore, non è chiaro quando e a quali condizioni ciò avvenga e anche le affermazioni di COOK, *The logical* cit., p. 487 s., non sembrano offrire una guida sicura per la risoluzione del problema.

²²³ Cfr. *ult. op. cit.*, p. 469.

²²⁴ Ad alcuni Autori non è sfuggita la somiglianza tra questa teoria e gli studi di quella parte della dottrina italiana che, in passato, si è dedicata a giustificare l'applicazione del diritto straniero per mezzo del c.d. rinvio materiale o recettizio. V. KAHN-FREUND, *General Problems of Private International Law*, in *Recueil des Cours*, t. 143, 1974-III, p. 268 s.; LIPSTEIN, *The General Principles* cit., p.141 s. Sui differenti "*tipi di riferimento*" alla legge straniera proposti dalla dottrina italiana, cfr. BETTI, *Problematica del diritto internazionale*, Milano, 1956, p. 134 ss.

che nella sua completezza deve fornire la disciplina materiale per decidere il caso in questione. Cavers, invece, propone una trasformazione del metodo tradizionale in un approccio che consenta al giudice di selezionare quelle regole che, in considerazione del loro contenuto materiale, conducano alla miglior soluzione della fattispecie in esame. In altre parole, invece di individuare a scatola chiusa quale legge debba disciplinare il rapporto, senza tenere in considerazione il modo in cui la normativa determinata regoli la questione, l'autore americano propone che l'interprete debba scegliere tra le diverse leggi in presenza, a seconda del risultato perseguito da ciascuna legislazione. Infatti, piuttosto che decidere sulla base di criteri territoriali, il giudice deve focalizzarsi sul contenuto delle pertinenti regole materiali, sulle circostanze del caso particolare e, soprattutto, sull'esigenza di assicurare la giustizia tra le parti. Di conseguenza, l'interprete sceglie sì fra i sistemi giuridici nella cui comunità incide il rapporto da valutare; tuttavia, piuttosto che all'intensità del collegamento, può dar valore determinante a come la questione è regolata da dette leggi, facendo disciplinare la fattispecie da quella che ritiene opportuna.

Benché in questa sua prima fase Cavers non abbia costruito un sistema completo e alternativo a quello del *Restatement*, egli ha, nondimeno, indicato la direzione maestra per una ricerca metodologica alternativa: quella degli approcci. In questo modo viene sancito il definitivo superamento della teoria di Beale e alle regole del primo *Restatement*. Occorre però sottolineare una caratteristica importante del sistema americano.

Le teorie sopra delineate possono essere accettate come plausibili solo se si adotta un punto di vista giudiziale. Qui riposa la più profonda differenza tra il sistema statunitense, che predilige dar risalto ad obiettivi di giustizia materiale, rispetto, ad esempio, al modello europeo, che è principalmente preoccupato da esigenze di giustizia conflittuale. Il giudice, infatti, può conoscere – e di solito conosce – il contenuto delle leggi in presenza con riferimento al particolare rapporto che

deve valutare; il legislatore, diversamente, ha come obiettivo la regolamentazione dei casi futuri, riguardo ai quali la valutazione contenuta nei sistemi giuridici ad essi collegati, o la complessiva reazione dell'interprete non è prevedibile con sufficiente precisione. È vero che non mancano, come si è visto, esempi di norme di conflitto che impongono all'operatore del diritto di tener conto, in qualche modo, del contenuto materiale delle leggi individuate (quelle, ad esempio, in materia di validità del contratto e a tutela dell'esercizio dell'autonomia conflittuale del contraente debole), ma in questi casi la ricerca di una soluzione materialmente giusta si aggiunge e non sostituisce l'esigenza di perseguire la giustizia conflittuale. Ed è altrettanto vero che il metodo giudiziale non è, per forza di cose, orientato a esigenze di giustizia materiale, giacché molti sistemi di diritto internazionale privato che adottano il metodo della localizzazione si sono sviluppati per via giurisprudenziale²²⁵.

Infine, occorre sottolineare che il punto di vista giudiziale adottato dalle corti statunitensi conduce a risolvere i problemi di diritto internazionale privato non determinando la legge applicabile all'intera fattispecie, ma solo per il particolare problema sollevato in giudizio. Il sistema nordamericano, pertanto, risulta caratterizzato da un *issue-by-issue approach*.

3.3. *Currie e gli interessi governativi*

Per capire a fondo il metodo proposto da Currie per risolvere le questioni di diritto internazionale privato, occorre tenere a mente che egli approda ai conflitti di legge sulla scorta di una formazione pubblicistica. Il pensiero dell'autore è, di conseguenza, interamente basato sull'interpretazione del contenuto materiale delle

²²⁵ I criteri di collegamento del collegamento più stretto e quello della residenza abituale del prestatore caratteristico, ad esempio, sono stati adottati dal legislatore convenzionale europeo dopo aver dimostrato la loro efficacia, rispettivamente, nella giurisprudenza inglese e in quella svizzera.

leggi e del loro ambito di applicazione nello spazio. Secondo Currie²²⁶, infatti, di norma, anche in casi che contengono elementi di transnazionalità, il giudice dovrebbe applicare, come dato di fatto, il diritto materiale interno. Tuttavia, quando viene prospettato che la questione debba essere risolta alla luce di un diritto straniero, l'interprete deve, in primo luogo, determinare l'interesse governativo espresso dalla *lex fori*. In altre parole, deve verificare se la connessione con il foro della relazione in esame è tale da giustificare l'applicazione della legge interna. Currie specifica che questa operazione non è dissimile da quella di interpretazione del diritto interno. Infatti: "*Just as we determine by that process how a statute applies in time, and how it applies to marginal domestic situations, so we may determine how it should be applied to cases involving foreign elements in order to effectuate the legislative purpose*"²²⁷. Allo stesso modo, il giudice accerta gli interessi governativi espressi dalle leggi straniere e se esse vogliono applicarsi al caso in esame. Ne segue che l'interprete applicherà la legge straniera se essa ha un interesse alla sua applicazione, mentre la legge del foro no; e viceversa. In caso di conflitto tra interessi della legge straniera e di quella interna, quest'ultima prevale. Così delineata la teoria di Currie degli interessi governativi, è possibile focalizzarsi su alcuni dei suoi punti fondamentali.

In primo luogo, l'approccio descritto comporta l'abbandono totale del metodo della localizzazione. Lo stesso autore sottolineò più volte l'inutilità delle norme di conflitto²²⁸; questo assunto completò l'opera di screditamento del primo *Restatement* e fu, per lungo tempo, la causa di un atteggiamento ostile, da parte della dottrina americana, all'adozione legislativa di disposizioni di diritto internazionale privato²²⁹.

²²⁶ V. CURRIE, *Notes on Methods and Objectives in the Conflict of Laws*, in *Duke Law Journal*, 1959, p. 178 ss.

²²⁷ V. *ult. op. loc. cit.*

²²⁸ Con le parole di Currie: "*We would be better off without choice-of-law rules*. V. *op. cit.*, p. 177 e Selected essay, p. 183.

²²⁹ Prima codificazione Louisiana, *mixed jurisdiction*.

Privato degli strumenti tradizionali della disciplina di conflitto, all'operatore del diritto non rimane che la possibilità di accertare l'ambito di applicazione delle leggi in presenza. Lo strumento per compiere questa determinazione è, secondo Currie, l'analisi degli interessi governativi sottesi ad ogni norma di diritto materiale. Questi ultimi, inoltre, sono il prodotto da un lato di una *policy* governativa, e dall'altro lato della concorrente esistenza di un'appropriata relazione tra lo Stato che adotta detta *policy* e il rapporto in esame²³⁰. In questa prospettiva, l'interesse governativo non è soltanto il desiderio unilaterale dello Stato a che la sua legge sia applicata al rapporto, ma risulta dall'opera di interpretazione del giudice in merito alla ragionevolezza di detto desiderio, alla luce degli elementi fattuali che ricollegano la fattispecie a quello Stato.

Non è una novità assoluta del pensiero dell'autore considerare che gli Stati possano avere un interesse nella regolamentazione delle relazioni private interindividuali. Tuttavia, ciò che caratterizza la concezione degli interessi governativi di Currie è l'assunto per cui sussiste una volontà dello Stato ad attuare ad ogni costo le proprie politiche, a scapito anche delle *policies* degli altri Stati, piuttosto che il riconoscimento della necessità di evitare che le stesse non vengano perseguite a causa dell'applicazione di una legge straniera. Difatti, l'autore non è per nulla animato da preoccupazioni di ordine internazionale, quali l'armonia e l'uniformità delle soluzioni, o del traffico giuridico internazionale. Inoltre, uno Stato ha solitamente interesse ad applicare la propria legge solo quando essa pone in essere dei benefici per le persone domiciliate al proprio interno, ma non quando produrrebbe benefici a persone non domiciliate. Di conseguenza, la teoria di Currie mette in secondo piano gli interessi delle parti del rapporto in esame, al fine di dare il massimo risalto a quelli dei rispettivi Stati di appartenenza. In altre parole, il perseguimento degli obiettivi di giustizia materiale si svincola da considerazioni di

²³⁰ CURRIE, *The Verdict of Quiescent Years: Mr. Hill and the Conflict of Laws*, in *U. Chi. L. Rev.*, vol. 28, 1960 – 1961, p. 290.

carattere soggettivo, legate alle aspettative delle parti, per adottare il punto di vista degli Stati interessati.

Quest'ultimo punto introduce l'elemento successivo del pensiero dell'autore: quello della composizione dei conflitti tra leggi diverse. Quando nel corso di un procedimento una delle parti invoca l'applicazione di una legge straniera, l'interprete deve accertare le politiche sottese alle disposizioni di diritto materiale degli Stati interessati e deve domandarsi quali Stati abbiano un interesse a che la propria legge sia applicata per la risoluzione del caso in esame. L'esito di questa indagine può condurre a uno delle seguenti tre situazioni.

In primo luogo, nessun problema si pone quando si è in presenza di un falso conflitto di leggi, ovvero quando un solo Stato è interessato nell'applicazione della propria normativa di diritto sostanziale. Di conseguenza, il giudice regolerà il rapporto sottoposto al suo giudizio in base alle disposizioni dell'unica legge dello Stato interessato.

Le circostanze si complicano nei casi in cui più di uno Stato mostra un interesse governativo nell'applicazione delle proprie leggi, oppure nessuno Stato è interessato all'esito della controversia. Nel secondo caso, la *lex fori* si impone in virtù del principio di territorialità delle leggi. Ciò, insieme all'assunto di Currie secondo il quale il giudice è privo del potere costituzionale di bilanciare gli interessi governativi di Stati diversi, giustifica il ricorso alla *lex fori* anche in presenza di un vero conflitto di leggi, indipendentemente dal fatto che, tra gli Stati in competizione, si annoveri, o meno, anche quello a cui il giudice appartiene. In definitiva, l'approccio degli interessi governativi è fortemente sbilanciato verso l'applicazione della legge interna.

La teoria di Currie è stata ripresa e sviluppata da un altro studioso americano: William Baxter²³¹. Conformemente al primo, Baxter concorda sia sul metodo da adottare per la risoluzione dei falsi conflitti, sia sull'impossibilità per il

²³¹ BAXTER, *Choice of Law and the Federal System*, in *Stanford Law Review*, 1963, p. 1 ss.

giudice di bilanciare o tentare una composizione degli interessi governativi espressi dalle leggi in conflitto. Diversamente da Currie, Baxter rifiuta il postulato secondo il quale la *lex fori* debba in ogni altro caso prevalere.

L'autore, infatti, ritiene che esistano due categorie di interessi, o obbiettivi, governativi. Quelli interni esprimono il modo in cui ogni diritto compone gli interessi delle parti coinvolte in fattispecie puramente interne. Gli obbiettivi governativi esterni, invece, mostrano come ogni Stato cerca di rendere effettive le soluzioni adottate a livello interno a tutte quelle situazioni che coinvolgono soggetti sottoposti alla sua autorità. Lo stesso autore è molto vago nel definire le caratteristiche di questi obbiettivi esterni; sembra anzi doversi ritenere che tali caratteristiche non siano altro che la proiezione esterna, per i casi che contengono elementi di transnazionalità, delle *policies* espresse dalle norme sostanziali. Ciò nonostante, Baxter ritiene che siano questi interessi esterni a entrare in conflitto con gli omologhi delle altre leggi in presenza. Per evitare di dare sempre preferenza agli obbiettivi del foro, l'autore suggerisce che sia data applicazione alla legge dello Stato i cui interessi sarebbero maggiormente danneggiati qualora la controversia fosse decisa da una diversa legge. Non si tratterebbe, in questo caso, di un bilanciamento o di un apprezzamento comparato degli interessi in gioco, ma dell'analisi quantitativa del danno che ogni Stato soffrirebbe se la fattispecie venisse disciplinata da un'altra legge. Questo assunto, tuttavia, racchiude in sé una petizione di principio. Difatti, posto che la gravità del danno subita da ogni Stato dipende dall'importanza e dalla forza dell'interesse in questione, non si può evitare la conclusione che, implicitamente, l'interprete apprezza gli interessi in gioco in una maniera comparata.

3.4. *Ehrenzweig e la lex fori*

L'affascinante teoria proposta da Ehrenzweig e conosciuta come "*lex fori approach*" muove dalla contestazione della tesi di fondo del diritto internazionale privato: ossia che i casi contenenti elementi di internazionalità debbano essere disciplinati da un apposito *corpus* di norme. Infatti, secondo l'autore, i sistemi di diritto internazionale privato sono soltanto un recente errore che ha imposto la dignità e l'onore di ramo del diritto a situazioni che altro non sono che aspetti particolari di ciascuna branca del diritto interno. Ehrenzweig giunge a queste conclusioni prendendo spunto da due dati che ritiene oggettivi. Da un lato, la storia del diritto dimostrerebbe come l'idea secondo cui l'oggetto del diritto internazionale privato è la predisposizione di un sistema di leggi competenti sia una concezione solo recentemente apparsa in dottrina, dal momento che prima di questa fase i problemi di conflitto di leggi sono stati discussi e risolti a livello locale e che i giudici hanno sempre applicato il proprio diritto quando mancavano i presupposti, o ragioni contingenti e pressanti, per fare altrimenti. Dall'altro lato, egli guarda alla pratica della giurisprudenza, la quale dimostrerebbe come gli stessi giudici, pur accettando in principio il ruolo delle disposizioni di diritto internazionale privato, facciano ricorso, appena possibile, alla *lex fori*, tramite artifici tecnici quali la qualificazione, il rinvio, la mancata prova del contenuto delle leggi straniere e l'ordine pubblico, piuttosto che attraverso una localizzazione arbitraria della fattispecie.

Per tali motivi egli propone di rendere la *lex fori* la regola generale da applicare in tutti i casi e di stabilire, piuttosto, delle eccezioni al suo utilizzo. L'autore, inoltre, e a più riprese, richiama l'attenzione sul fatto che questo mutamento di paradigma nella determinazione del diritto applicabile deve accompagnarsi a un'accurata determinazione del giudice internazionalmente competente. In altre parole, l'autore auspica che questi casi siano giudicati da una "*proper law*" in un "*proper forum*".

Date le caratteristiche particolari del sistema statunitense della competenza giurisdizionale, ci si soffermerà solamente sul problema della legge applicabile. È

bene, comunque, tenere a mente che Ehrenzweig auspica che i tribunali abbandonino certi tradizionali titoli di giurisdizione in forza dei quali possono conoscere questioni che hanno contatti alquanto modesti con la realtà locale, come la *transient jurisdiction*²³², e ricorrano a criteri idonei a conferire giurisdizione alla corte adatta, cioè al *proper forum*, che applicherà il proprio diritto, quale *proper law*. In questo modo, la controversia già si radica sul territorio di uno Stato che ha giusti collegamenti con il caso da regolare.

Quanto al diritto applicabile, l'autore, a differenza degli altri esponenti della *conflict of law revolution*, non ricusa né l'esistenza, né l'utilità delle norme di diritto internazionale privato. Invero, restringe molto l'ambito di azione delle disposizioni di conflitto, dal momento che esse servono, non tanto per disciplinare, in generale, le fattispecie con elementi di internazionalità, quanto come deroga alla regola generale dell'applicazione della *lex fori*²³³.

Ehrenzweig divide l'area del diritto internazionale privato in due parti: quella regolata da vere norme di conflitto poste in essere dal legislatore o da una giurisprudenza costante, e quella in cui non state stabilite norme di questo genere. Egli constata, tuttavia, che raramente il legislatore si pronuncia in materia²³⁴ e che poche sono le vere regole di conflitto riconosciute da una giurisprudenza costante, il cui contenuto effettivo è determinato e accertabile alla luce di una serie di sentenze

²³² La *transient jurisdiction* è un titolo di giurisdizione personale, che si fonda sulla mera presenza, anche temporanea, della persona sul territorio dello Stato.

²³³ Secondo EHRENZWEIG, *Private International Law*, vol. I, 1967, Leyden, p. 93 "Unless application of a foreign rule is required by a settled (formulated or nonformulated) rule of choice, all choice of law should be based on a conscious interpretation de lege lata of that "domestic rule" which either party seeks to displace. If that interpretation does not lead either to the dismissal of the suit or to the application of a foreign rule, the forum rule, in a proper forum, applies as the "basic", or as I now prefer to call it, the "residuary" rule, as a matter of "nonchoice". L'altra deroga all'applicazione della *lex fori* è costituita dalle norme materiali della legge straniera che vogliono applicarsi in quanto "data", come ad esempio le norme sulla circolazione stradale dei veicoli o le specifiche tecniche che un prodotto deve presentare per essere immesso in un mercato. V. A proper law, 340

²³⁴ Occorre ricordare che l'autore espone la sua teoria tra gli anni cinquanta e settanta del secolo scorso, quando ancora non si era manifestata, o aveva mosso i suoi primi passi, la seconda ondata del movimento di codificazione del diritto internazionale privato. Inoltre, a quel tempo, il diritto statunitense conteneva poche regole statutarie in materia.

raggruppate in base alle rispettive situazioni di fatto, piuttosto che sulla scorta delle considerazioni svolte dai giudici. In questo modo, in materia contrattuale, l'autore accerta che le sole *true rules* di conflitto sono quelle che mirano a tutelare due diversi profili: da un lato, la validità del contratto²³⁵, dal momento che si deve presumere che i contraenti, entrati in liberamente in relazione tra loro, abbiano voluto porre in essere un contratto valido; dall'altro lato, il contraente debole che sottoscrive con la controparte un contratto di adesione, negando efficacia alla clausola di scelta della legge applicabile.

Solamente quando la ricerca di una vera regola non ha condotto a nessun risultato, nasce il problema di quale legge applicare al contratto internazionale. L'autore propone di riferirsi direttamente alla norme del foro. Se nessuna parte reclama l'applicazione di una disciplina differente, il giudice applicherà senza dubbio la *lex fori*, dal momento che egli è unicamente obbligato a determinare *ex officio* la legge straniera competente quando ciò gli è imposto da una vera disposizione di conflitto. Qualora una parte invochi l'applicazione di una legge straniera, la dismissione della disciplina locale può avvenire solo dopo un'attenta interpretazione delle sue norme. Difatti, se le regole materiali interne richiedono di essere applicate anche a fattispecie transnazionalmente rilevanti, il giudice comporrà la controversia sulla base di dette norme, senza aver riguardo agli interessi governativi e alle *policies* della disciplina richiesta. Manca, in questo caso, ogni considerazione degli obiettivi sottesi alle discipline materiali straniere. Infatti, secondo l'autore, il diritto straniero non viene mai applicato unicamente in virtù di una sua *policy* o di un suo interesse. Piuttosto, questi ultimi possono acquisire rilievo nell'interpretazione delle regole materiali del foro. Infatti, quando il giudice scopre che nessuna norma interna richiede di essere applicata alla fattispecie in questione, perché i suoi obiettivi possono essere rivolti a proteggere i rapporti che si svolgono al suo interno, constatare che la norma straniera adotta una medesima *policy* conduce a

²³⁵ L'autore parla in proposito di una *rule of validation*

determinare un'universalità di interessi che giustifica l'applicazione della norma interna. In altre parole, si ritiene che se gli obiettivi di giustizia materiale della legge straniera corrispondono a quelli della legge del foro, indipendentemente dal modo in cui ciascuna legge risolve il caso in esame, si determina per la fattispecie concreta un'universalità (certamente limitata alle leggi in presenza) di interessi che giustifica l'applicazione della normativa materiale interna. L'autore non dice come risolvere la questione se non vi è un'identità di valutazione tra le due leggi, dal momento che la presa in considerazione degli obiettivi della legge straniera non riveste importanza in sé stessa, ma solo come parametro valutativo della regola del foro e delle sue *policies*. È opinione di chi scrive che il giudice dovrebbe applicare la propria legge, anche in considerazione del fatto che la sua normativa materiale è la *proper law* del *proper forum*. Di conseguenza, le uniche ipotesi in cui si applica la legge straniera riguardano quei casi in cui le norme interne sono silenti circa il loro ambito di applicazione e gli obiettivi sottesi indicano che le stesse auspicano l'applicazione del diritto straniero.

Occorre, tuttavia, sottolineare, che le affascinanti tesi di Ehrenzweig sono rimaste lettera morta nella giurisprudenza degli Stati americani. Questo fatto, però non deve stupire più di tanto, dal momento che lo spirito critico dell'autore è maggiormente rivolto all'analisi di come è il sistema statunitense dei conflitti di leggi, individuandone la *ratio* nella costante applicazione della *lex fori*, piuttosto che stabilire come debba essere. Da un punto di vista propositivo, infatti, l'autore auspica, principalmente, l'abbandono di titoli di giurisdizione che stabiliscono un labile legame tra la controversia e il foro e la ricerca e l'adozione delle *true rules*.

3.5. *Leflar* e il better law approach

Un ulteriore passo verso il raggiungimento della giustizia materiale di diritto internazionale privato è rappresentato dal pensiero di Leflar. Anche questo autore ricusa il tradizionale metodo della localizzazione del rapporto. Tuttavia, a differenza delle teorie sopra indicate, non pone al centro del suo approccio il principio della territorialità della legge, ma propone una lista di quelle che lui definisce "*choice-influencing considerations*"²³⁶. Privato degli strumenti del metodo tradizionale della localizzazione, vale a dire dei criteri di collegamento, l'autore cerca di facilitare e guidare il compito dell'interprete, indicandogli una serie di valori e obiettivi che entrano in gioco e che devono essere perseguiti nell'approccio alla legge applicabile. Prima di indicare le "*choice-influencing considerations*" proposte, è opportuno ricordare che Leflar non ha voluto dare alle stesse nessun ordine di priorità; di conseguenza, esse devono considerarsi di eguale valore e di pari dignità²³⁷.

Le prime due indicazioni, invero, orientano il giudice verso obiettivi di giustizia conflittuale. Esse invitano l'operatore del diritto a tenere in debito conto la prevedibilità del risultato e l'armonia dell'ordinamento internazionale e interlocale. Valori di giustizia materiale, invece, si ritrovano nelle restanti considerazioni: semplificazione del compito del giudice; promozione degli interessi governativi del foro; applicazione della migliore disciplina materiale. Data la loro parziale estraneità ai sistemi di diritto internazionale europei ci si soffermerà brevemente solo sulle ultime tre indicazioni.

Il compito primario del diritto consiste nel comporre e regolare i conflitti e le relazioni della società e dei suoi membri. Il diritto non ha, come prima esigenza, quella di facilitare l'amministrazione della giustizia; pertanto, sembrerebbe fuori luogo elevare a *choice-influencing consideration* la semplificazione del lavoro del

²³⁶ V. LEFLAR, *Choice-Influencing Considerations in Conflicts of Law*, in...; ID., *Conflicts of Law: More on Choice Influencing Considerations*, in... Prima di Leflar, già altri autori Yntema, Cheatham e Reese...

²³⁷ Infatti secondo l'autore "*No priority among the considerations is intended from the order of listing. Their relative importance varies according to the area of the law involved, and all should be considered regardless of area.*" LEFLAR, *Choice-Influencing* cit., p. 282.

giudice. Tuttavia, nel giudicare fattispecie con elementi di internazionalità, i problemi solitamente connessi con l'amministrazione della giustizia si amplificano, qualora il giudice e, soprattutto nel sistema americano, le giurie non abbiano una adeguata competenza al riguardo. Per tale motivo, sostiene l'autore, potrebbe essere salutata con favore la tendenza di una parte della dottrina a sostenere l'applicazione del diritto materiale interno anche per le fattispecie transnazionali, a meno che non sussista un valido motivo per decidere il caso alla luce di un diritto straniero. Anche l'adozione di semplici norme di conflitto che adottano criteri di collegamento rigidi - riconosce Leflar - faciliterebbe molto il compito del giudice. Purtroppo, sia l'una che l'altra soluzione non appaiono soddisfacenti, giacché, da un lato, spingono il giudice ad atteggiamenti di chiusura verso valori e regole di altri ordinamenti giuridici e, dall'altro lato, esigenze di diritto materiale richiedono di tenere in considerazione il contenuto della legge applicabile. Per raggiungere l'obiettivo di facilitare il compito del giudice, si propone di accertare se si è in presenza di un falso conflitto di leggi, al fine di applicare la legge dell'unico Stato che abbia un interesse governativo a risolvere il caso. Qualora, invece, le norme in conflitto siano di uguale tenore o producano lo stesso risultato, il giudice può risolvere il caso applicando congiuntamente le leggi in presenza.

Quanto alla promozione degli interessi governativi del foro, Leflar, dopo aver richiamato il meccanismo alla base degli stessi²³⁸, suggerisce che la sua utilità e importanza, rispetto agli altri indici, è variabile a seconda che gli Stati collegati con

²³⁸ Leflar, p. 291. Come si è visto in precedenza, un interesse governativo si determina dall'insieme: *a)* dei motivi alla base della regola in esame e *b)* della connessione fattuale o personale del rapporto in questione con lo Stato. Se vi è coincidenza, lo Stato ha un interesse governativo nella risoluzione della controversia. Si ipotizzi, per esempio, che il codice del consumo italiano voglia tutelare i diritti dei consumatori residenti in Italia (*a*) e la connessione che il contratto presenta con il territorio italiano sia proprio la residenza in Italia del consumatore (*b*). Lo Stato italiano ha, in questo caso, un interesse governativo a che la sua legge sia applicata per comporre una eventuale lite. Qualora, invece, il punto di contatto dell'accordo sia la residenza abituale del produttore/venditore, o il luogo di conclusione del contratto, il giudice italiano, eventualmente investito della causa, deve riconoscere che la sua legge nazionale non è espressione di un interesse governativo.

la fattispecie abbiano, o meno, forti e opposti interessi governativi sulla vicenda in esame.

Ciò che contraddistingue maggiormente l'approccio di Leflar, rispetto agli altri "*value-oriented approaches*", è la considerazione che il giudice deve applicare la migliore disciplina materiale. Riprendendo e sviluppando il pensiero di Cavers, Leflar ritiene che il metodo migliore per risolvere i conflitti di legge non sia quello di scegliere a priori lo Stato al quale affidare la competenza legislativa per disciplinare determinate categorie di rapporti, ma di valutare il contenuto materiale delle singole leggi in presenza, al fine di dare applicazione a quelle regole sostanziali che appaiono migliori, da un punto di vista oggettivo. A differenza di altri autori che propongono finalità apparentemente comparabili, come la "*justice in the individual case*"²³⁹ o la protezione delle giustificate aspettative²⁴⁰, Leflar sposta l'attenzione dal risultato dell'applicazione delle regole al caso concreto, al contenuto oggettivo delle norme in presenza. Non bisognerebbe, secondo l'autore, valutare le discipline materiali collegate alla fattispecie per selezionare quella che conduce alla migliore composizione della controversia, ma si dovrebbe decidere il caso sulla base della *better rule of law*. Ad esempio, nel caso in cui una fattispecie sia collegata a più Stati e il giudice ritenga che le leggi di un Paese sono anacronistiche, mentre quelle di un altro ordinamento sono più moderne, rispondendo meglio alle esigenze della società, dovrà darsi applicazione a queste ultime.

L'autore, tuttavia, riconosce la naturale tendenza dell'operatore del diritto a ritenere migliori le leggi del proprio Paese, soprattutto perché è la disciplina con cui ha più confidenza²⁴¹, ed è conscio che l'impostazione da lui proposta possa condurre, in molti casi, all'applicazione della *lex fori*. Tuttavia, egli ritiene che una

²³⁹ Yntema, *The Objectives*, p. 735 ss.

²⁴⁰ Cheatham e Reese, p. 970 ss.

²⁴¹ Come brillantemente messo in evidenza da ZWEIGERT, *Some Reflections on the Sociological Dimensions of Private International Law or What is Justice in Conflict of Laws?*, in *Un. Colorado Law Rev.*, vol. 44, 1973, p. 293, "*The judge who has to apply foreign law is always worse than the judge who is applying his own law. The judge applying foreign law is a dilettante, a beginner; he is timid. The judge applying the lex fori is a learned expert; he is a sovereign, superior judge*"

corte, sufficientemente consapevole della relazione tra legge e società, sia in grado di riconoscere la superiorità del contenuto materiale di una legge, rispetto ad un'altra. Inoltre, dato che il compito dell'operatore del diritto è quello di amministrare la giustizia e, diversamente dagli avvocati delle parti, non deve rispondere ad altri sulla sua visione e definizione di giustizia, Leflar afferma che il giudice deve concentrarsi sulla qualità delle diverse leggi in presenza per dare applicazione a quella che ritiene migliore. Infine, sempre con l'obiettivo di evitare un ricorso massiccio alla *lex fori*, viene sottolineato più volte che il criterio proposto è solo uno dei cinque indicati e che può essere più importante in certi tipi casi che in altri; decisivo per alcune questioni, ma del tutto ininfluenza per altre.

4. *La most significant relationship del secondo Restatement sui conflitti di legge*

Molti degli approcci e delle analisi che hanno contraddistinto la *conflict of laws revolution* sono volti a proporre una formula per l'applicazione della legge straniera per i casi appropriati e il giusto bilanciamento tra un'eccessiva rigidità e un'eccessiva flessibilità. Nel 1953 l'*American Law Institute* dà avvio ai lavori per un nuovo *Restatement* sui conflitti di legge e affida questo compito al Professor Reese, che aderisce alla nuova scuola americana del diritto internazionale privato, ma ne rifiuta gli eccessi. A differenza degli altri *Restatements* elaborati dall'Istituto, il nuovo strumento si presenta più come una guida per il futuro, che non come una sistematizzazione dell'esperienza giurisprudenziale delle corti degli stati federati.

Tra i suoi elementi innovativi emergono principalmente: *a)* l'indicazione delle *policies*, contenuta nella sezione 6, da bilanciare nella determinazione della legge applicabile; *b)* l'introduzione del concetto della *most significant relationship*; *c)* l'adozione, a seconda dei casi, di una lista di specifici criteri di collegamento, piuttosto che di regole.

La sezione 6 del *Restatement* fornisce la soluzione di base a tutti i problemi internazionalprivatistici. Il primo paragrafo prevede che il giudice, in primo luogo, deve accertarsi se il caso in esame sia disciplinato da una norma di conflitto contenuta in una disposizione legislativa. In mancanza di un'apposita statuizione legislativa, sono indicati i fattori da tenere in considerazione nella determinazione del diritto applicabile. L'elenco comprende, nell'ordine: l'armonia internazionale e interlocale delle soluzioni; le rilevanti *policies* dello stato del foro; le rilevanti *policies* degli altri Stati in presenza e i loro interessi nell'applicazione della loro legge alle questioni controverse; la protezione delle aspettative delle parti; gli obiettivi di base del ramo del diritto considerato; le esigenze di certezza, prevedibilità e uniformità di risultato; la facilità nel determinare applicare la legge ritenuta competente.

Da un punto di vista filosofico, la sezione 6 fornisce l'ideologia di fondo di tutto il *Restatement*. Esso si caratterizza per l'adesione ai c.d. *value-oriented approaches*, pur non adottando il criterio della *better rule of law* proposto da Leflar, e si discosta, in maniera significativa, dall'analisi degli interessi governativi di Currie, che non tiene in debita considerazione né l'esigenza di certezza, prevedibilità e uniformità di risultato, né l'armonia internazionale e interlocale delle soluzioni. Infatti, come si ricava dallo stesso commento ufficiale alla sezione, le principali funzioni delle norme di diritto internazionale privato sono: consentire al sistema internazionale e interlocale di funzionare bene; promuovere relazioni armoniose tra gli Stati; facilitare scambi commerciali tra i paesi²⁴². Dunque, a differenza dell'analisi degli interessi governativi, che adotta come punto di vista quello degli obiettivi e delle *policies* dello Stato del foro, il *Restatement* propone una prospettiva neutrale.

Sul piano metodologico, la sezione 6 stabilisce il test alla base di tutte le altre sezioni del *Restatement*. Detto test consiste in una serie di fattori che presi singolarmente non consentono al giudice di determinare la legge applicabile, giacché, da un lato, essi non sono indicati per ordine di priorità e, dall'altro lato,

²⁴² Commento sub. d

puntano spesso in direzioni differenti. Tuttavia, questi fattori indicano chiaramente che l'approccio del *Restatement* non è teso a determinare l'ordinamento competente a regolare la fattispecie. Infatti, nonostante l'introduzione del concetto della relazione significativa e benché il *Restatement*, spesso, aiuti il giudice a determinare lo Stato in cui la questione presenta la relazione più significativa tramite regole specifiche, dette regole entrano in gioco solo in via presuntiva e possono sempre essere disapplicate a norma della sezione 6. Di conseguenza, una volta che l'interprete ha "localizzato" il caso nello Stato di più significativa relazione, l'analisi delle *policies* delle leggi in presenza trasforma l'approccio da *jurisdiction-selection* a *rule-selection*. Inoltre, tutta l'opera propone un metodo volto a determinare la legge applicabile alla questione controversa (*issue*), invece che alla fattispecie concreta nella sua interezza. L'enfasi posta non sul rapporto in quanto tale, ma sulle pretese sollevate in giudizio, può comportare un frazionamento della disciplina applicabile, dal momento che le diverse questioni possono essere regolate da leggi differenti.

Il concetto di *most significant relationship* può, a prima vista, essere paragonato a quello del collegamento più stretto, che, come si è rilevato, costituisce il principio cardine del diritto internazionale privato dei contratti del sistema europeo. Tuttavia, detta similitudine si dimostra impropria se si considera che esso non serve per localizzare l'intera fattispecie, ma solo la questione controversa, nell'ordinamento di uno Stato. Non si tratta, quindi, di un criterio che determina la sede naturale della relazione, ma solo di un aspetto particolare di essa.

Invero, la portata innovativa del concetto in esame consiste nella sua pervasività. Tutte le sezioni del *Restatement* – proponendo questo una disciplina omnicomprensiva per tutte le fattispecie transnazionali - si richiamano al principio della relazione più significativa. Al tempo in cui lo strumento venne adottato, ossia nel 1971, ciò costituiva una novità di rilievo. Difatti, altrove, il collegamento più stretto non era ancora stato recepito come principio informatore dei sistemi statali

di diritto internazionale privato, né si era ancora diffusa la prassi di prevedere delle clausole di eccezione per le norme di conflitto rigide.

L'indeterminatezza del concetto è temperata dal fatto che, per ciascuna questione relativa ad una categoria di rapporti, sono indicati dei punti di contatto che aiutano l'interprete nel determinare la relazione significativa.

In materia contrattuale, vengono in rilievo le previsioni del capitolo 8. Per i contratti che non contengono una clausola di elezione del diritto applicabile, il par. 1 della sezione 188 prevede che *an issue in contract* è disciplinata dalla legge dello Stato che, alla luce dei principi stabiliti dalla sezione 6, presenta la relazione più significativa con il rapporto e le parti. Il par. 2, al fine di guidare il giudice nell'individuazione della *most significant relationship*, indica alcuni punti di contatto da prendere in considerazione. Più precisamente, esso dispone che le connessioni rilevanti per applicare i principi della sezione 6 e determinare la legge applicabile sono: il luogo di conclusione (lett. *a*), di negoziazione (lett. *b*) e di esecuzione (lett. *c*) del contratto; la localizzazione dell'oggetto del contratto (lett. *d*) e il domicilio, la residenza, la nazionalità, il luogo di incorporazione e il centro d'attività principale delle parti. Il par. 2, inoltre, specifica che i contatti indicati debbano essere valutati in riferimento alla loro importanza per la questione controversa. Infine, il par. 3 pone in essere una presunzione, sempre soggetta alle *policies* della sezione 6, in virtù della quale si applica la legge dello Stato in cui si sono svolte le trattative e in cui il contratto deve essere eseguito.

Alla sezione 188, che pone in essere la disciplina di base, fanno seguito due titoli. Il primo contiene regole specifiche per determinate categorie contrattuali, quali, ad esempio, il contratto di vendita di beni mobili, il contratto di assicurazione sulla vita, il contratto di mutuo, il contratto di prestazione di servizi e il contratto di trasporto. Per queste tipologie contrattuali, le relative sezioni prevedono che la questione controversa sia disciplinata, rispettivamente, dalla legge del luogo in cui: il venditore consegna la merce (sez. 191); l'assicurato era domiciliato al momento

della conclusione del contratto (sez. 192); il contratto prevede che venga effettuato il pagamento (sez. 195); deve essere prestato il servizio, o la sua parte principale, secondo i termini del contratto (sez. 196); partono i passeggeri o i beni vengono spediti (sez. 197). Il titolo successivo, invece, fornisce le regole per determinare la legge applicabile a determinate categorie di questioni, indipendentemente dal tipo di contratto al quale si riferiscono. Invero, a parte il caso dei dettagli dell'esecuzione, per i quali il *Restatement* adotta, in via eccezionale, un criterio di collegamento rigido (quello del luogo di esecuzione), le regole di questo titolo rinviano, per determinare la legge applicabile, direttamente alla sezione 188. Tuttavia, dette disposizioni adottano dei collegamenti che suggeriscono all'interprete il risultato materiale da conseguire. Ad esempio, a norma della sezione 198, la capacità di agire del contraente è solitamente riconosciuta se esso è capace secondo le regole dello Stato in cui è domiciliato, mentre la sezione 199 stabilisce che sono accettate le formalità del contratto che soddisfano i requisiti di forma della legge del luogo in cui sono stati conclusi.

Da un punto di vista applicativo, l'approccio adottato dal *Restatement* procede per cerchi concentrici. Infatti, l'interprete dovrebbe, in primo luogo, seguire le indicazioni previste per la specifica tipologia contrattuale o per la particolare questione controversa. In un secondo momento, andrà a verificare se la legge così determinata coincide con quella individuabile ai sensi della sezione 188, tenuto conto, però, dei principi stabiliti nella sezione 6. Infatti, i contatti contemplati dalla sezione 188 devono essere considerati come indicatori degli Stati potenzialmente interessati a disciplinare la questione controversa; la scelta della normativa applicabile, tuttavia, può aver luogo solo dopo aver accertato quali obiettivi, tra quelli indicati nella sezione 6, risultano implicati e averne valutato la rispettiva pertinenza. La legge in tal modo individuata dovrebbe essere quella che bilancia al meglio obiettivi di giustizia materiale e conflittuale.

5. *Di due recenti codificazioni internazionalprivatistiche nordamericane in materia contrattuale*

L'adozione del *Restatement* e l'ampio seguito che ha avuto in giurisprudenza hanno prodotto due significativi effetti: da un lato, la dottrina ha perso buona parte della sua carica rivoluzionaria e si è concentrata più sulla ridefinizione e sul completamento delle teorie proposte nei decenni precedenti, piuttosto che sulla formulazione di nuovi approcci. Dall'altro lato, l'accettazione dell'opera ha sancito la definitiva vittoria della rivoluzione sul metodo tradizionale della localizzazione. È vero che alcuni Stati seguono ancora, in materia contrattuale, le regole del primo *Restatement*; tuttavia, non può che constatarsi una profonda modifica avvenuta nel paradigma concettuale del diritto internazionale privato statunitense rispetto al metodo tradizionale della localizzazione. Quest'ultimo, infatti, pur essendo attualmente uno tra i diversi metodi di coordinamento degli ordinamenti giuridici, rimane alla base della maggior parte dei sistemi nazionali di diritto internazionale privato. Una dimostrazione di quanto appena affermato viene dall'analisi delle leggi in materia.

Nel 1991 la Louisiana è il primo Stato federato a dotarsi di un sistema di diritto internazionale privato di fonte legislativa. Al codice civile del 1808, la legge di adozione aggiunge il libro IV, specificamente dedicato ai conflitti di legge. Le disposizioni ivi contenute, pur utilizzando il linguaggio e la tecnica del metodo della localizzazione (norme di conflitto bilaterali e neutre), sono tuttavia informate a valori e concezioni della *conflict of laws revolution*.

Che proprio la Louisiana sia stata il primo Stato a intervenire in materia per via legislativa non deve stupire più di tanto. La natura di *mixed jurisdiction* dello Stato ha sicuramente costituito un terreno fertile affinché lì, più che altrove negli States, si tentasse una sistematizzazione delle passate esperienze, al fine di fornire all'interprete un *corpus* dettagliato e obbligatorio di norme per i casi contenenti

elementi di transnazionalità, tenendo conto, anche, delle conoscenze maturate altrove.

Che l'approccio adottato dal legislatore di Baton Rouge si collochi a metà strada tra il metodo tradizionale della localizzazione e le dottrine americane si rileva fin da subito analizzando l'approccio che informa tutte le disposizioni della legge. L'art. 3515 c.c. prevede che una questione relativa a una fattispecie transnazionale è disciplinata dalla legge dello Stato le cui *policies* sarebbero maggiormente compromesse qualora la sua legge non venisse applicata. Detto articolo, da un punto di vista formale, è senz'altro una norma di conflitto bilaterale. L'ipotesi di fatto è costituita dalla questione controversa, le cui conseguenze sono determinate dalla legge cui rinvia il criterio di collegamento, ossia le *policies* dello Stato che subirebbe il maggior danno nel caso in cui la sua legge non disciplinasse detta questione. Qui si rileva già una profonda differenza col metodo tradizionale. La tecnica conflittuale suppone che il criterio di collegamento sia un aspetto della fattispecie, un punto di contatto della stessa, che rinvia all'ordinamento o al territorio di uno Stato, la cui legge disciplina il rapporto. L'art. 3515, invece, non sceglie alcun punto della questione, neanche quelli più vaghi e indeterminati come il collegamento più stretto o la relazione più significativa, ma richiede che la stessa sia regolata dalla legge dello Stato le cui *policies* sarebbero maggiormente pregiudicate qualora la sua legge non venisse applicata.

Il par. 2 dell'art. dà contenuto al principio del minor danno, indicando all'interprete una serie di fattori da tenere in considerazione: in primo luogo, egli deve individuare gli Stati ai quali la questione è collegata e accertare gli obiettivi sottesi alle leggi in presenza. Successivamente, valuterà la forza e la pertinenza di queste *policies* alla luce di una serie di parametri individuati dalla stessa norma, ossia: la relazione degli Stati interessati con le parti e la controversia; gli obiettivi e le necessità del sistema internazionale e interlocale; le legittime aspettative delle parti e le conseguenze derivanti dalla applicazione di più leggi. Quest'ultima

considerazione suggerisce al giudice di evitare, nella maggior misura possibile, i pericoli derivanti da un frazionamento della disciplina applicabile impliciti in un sistema che muove non dalla considerazione dell'intera fattispecie, ma dalla singola questione controversa sollevata in giudizio.

L'approccio adottato, quindi, si inserisce a pieno titolo nel solco della rivoluzione americana dei conflitti di legge. Tuttavia, prende le distanze dalle sue fronde più estreme, quali l'analisi degli interessi governativi di Currie e dal *comparative impairment* di Baxter. Infatti, a differenza della teoria proposta da Currie, l'approccio adottato non qualifica i conflitti di legge come un problema di competizione tra interessi governativi degli Stati coinvolti, ma come un problema di cooperazione per evitare i conflitti. Inoltre, diversamente dal pensiero di Baxter, l'approccio adottato richiede un bilanciamento e un apprezzamento comparato degli interessi in gioco e non una mera analisi quantitativa del danno che ogni Stato soffrirebbe se la fattispecie venisse disciplinata da un'altra legge.

L'art. 3537 c.c. declina in materia contrattuale l'approccio descritto. Il par. 1 riprende letteralmente la formulazione contenuta nel primo paragrafo dell'art. 3515 c.c.: pertanto, una questione relativa ad un'obbligazione contrattuale è disciplinata dalla legge dello Stato le cui *policies* sarebbero maggiormente danneggiate qualora la sua legge non venisse applicata.

Il par. 2, invece, fornisce all'interprete la strada da seguire per determinare la legge applicabile. Il primo passo è identificare le rilevanti *policies* degli Stati interessati, ossia quelli che presentano una delle connessioni fattuali con il contratto previste dal par. 2 (luogo di negoziazione, conclusione ed esecuzione dell'accordo; domicilio, residenza abituale e centro d'attività principale delle parti), o ogni altro pertinente contatto. Gli obiettivi rilevanti degli Stati interessati sono determinati tramite il ricorso all'interpretazione delle loro disposizioni materiali applicabili al caso in esame. La forza e la pertinenza di detti obiettivi saranno esaminate alla luce del

collegamento della questione controversa con le leggi individuate²⁴³; della natura, del tipo e dello scopo del contratto, nonché degli obiettivi indicati dal punto 3, quali la promozione dell'ordinaria programmazione delle transazioni e del commercio internazionale e la protezione dei contraenti deboli.

La via maestra indicata dall'art. 3537, invero, obbliga l'operatore a percorrere un lungo cammino prima di poter selezionare la legge dello Stato: localizzazione dei punti di contatto pertinenti; accertamento degli obiettivi statali perseguiti in materia; valutazione della forza e della pertinenza degli stessi attraverso il triplice test dell'intensità del contatto, della natura e dello scopo del contratto e degli obiettivi da perseguire. Ad esempio, per dirimere una controversia relativa ad un contratto individuale di lavoro, il luogo in cui il lavoratore, in esecuzione del contratto, svolge abitualmente le proprie mansioni rappresenta, di norma, il più importante punto di connessione spaziale: esso individua non solo lo Stato più intensamente collegato con la questione, ma anche quello la cui legge dovrebbe consentire la migliore protezione del contraente debole. Quest'ultimo obiettivo, inoltre, giocherà un ruolo fondamentale nella composizione delle liti nascenti da un contratto concluso da un consumatore, mentre la promozione di un'ordinaria programmazione delle transazioni e del commercio internazionale rivestirà maggior importanza nei contratti conclusi tra imprese, per i quali i punti di contatto del centro d'attività principale e dell'esecuzione degli obblighi saranno da preferire rispetto a quello di conclusione del contratto o della nazionalità.

In conclusione, l'approccio adottato dalla legge della Louisiana mira senz'altro a perseguire finalità di giustizia materiale, che prevalgono sugli obiettivi di giustizia conflittuale. L'accertamento del contenuto delle leggi in presenza è, infatti,

²⁴³ In questo senso, i punti di contatto contenuti nel par. 2 servono sia per determinare gli Stati interessati, sia per accertare l'intensità degli obiettivi dello Stato richiamato con la questione controversa. Ad esempio, il luogo di conclusione del contratto richiama la legge dello Stato in cui l'accordo delle parti si è perfezionato. Il giudice dovrà quindi ricercare gli obiettivi che lo detto Stato persegue in materia contrattuale. Tuttavia, se il luogo di conclusione ha caratteri di accidentalità, ciò influisce sulla forza e sulla pertinenza di dette *policies* rispetto a quelle perseguite da altri Stati più intensamente collegati con la questione controversa.

imprescindibile in una disposizione che ordina l'applicazione della legge dello Stato le cui *policies* sarebbero maggiormente compromesse qualora la sua legge non venisse applicata. Inoltre, l'articolato percorso che conduce all'individuazione della legge competente dovrebbe ridurre il rischio di un atteggiamento leghista insito in ogni disposizione che obbliga il giudice ad apprezzare il contenuto materiale delle leggi coinvolte. D'altro canto, non si può non ravvisare il pericolo che detto percorso conduca a comprimere l'interesse delle parti alla certezza del diritto e alla prevedibilità del risultato, dal momento che molti e diversi fattori intervengono nel processo di selezione della legge applicabile. Tuttavia, è stato dimostrato come le disposizioni della legge in esame abbiano notevolmente aumentato il livello di prevedibilità rispetto al sistema previgente²⁴⁴.

Nel 2001, lo Stato dell'Oregon ha seguito l'esempio della Louisiana²⁴⁵ codificando le norme sui conflitti di legge in materia contrattuale. Dopo le prime due sezioni dedicate, rispettivamente, a questioni di definizione e all'ambito di applicazione della legge, la sezione 3 individua alcune tipologie contrattuali che sono direttamente disciplinate dalla legge dell'Oregon. Viene dunque adottata una norma di conflitto unilaterale introversa che sottopone alla disciplina sostanziale dello Stato quei contratti in cui i punti di connessione rilevanti si localizzano sul territorio dello Stato, che, per parte sua, dimostra di avere un interesse predominante nella loro regolamentazione. Inoltre, in una prospettiva di "*judicial economy*"²⁴⁶, la legge prevede che questi contratti non possono formare oggetto di una clausola di elezione del diritto applicabile. La sezione 3 si applica: *a)* ai contratti prestazione di servizi che devono essere eseguiti in Oregon e quelli di vendita di beni mobili, se il luogo di consegna è in Oregon, dei quali un'amministrazione pubblica dell'Oregon è parte contraente; *b)* ai contratti di costruzione da eseguirsi principalmente in

²⁴⁴ Cfr. BORCHERS, *Louisiana's Conflict Codification: Some Empirical Observations Regarding Decisional Predictability*, in *Louisiana Law Rev.*, 1999-2000, p. 1061 ss.

²⁴⁵ Nafziger

²⁴⁶ Sym Am Pil, 130

Oregon; *c*) ai contratti individuali di lavoro di un impiegato residente in Oregon e che ivi svolge principalmente le sue mansioni; *d*) ai contratti conclusi da un consumatore residente in Oregon al momento della conclusione della contratto e il contratto sia stato concluso in Oregon o, se il contratto si è perfezionato all'estero, qualora la controparte abbia indotto il consumatore a stipulare l'accordo a seguito di in una proposta formulata in Oregon o se abbia diretto la sua attività con qualsiasi mezzo.

In mancanza di una scelta della legge applicabile, la sezione 9 dispone che una questione in materia contrattuale è disciplinata dalla legge che, tenuto conto di tutte le circostanze del caso, è la più appropriata a fornire la soluzione materiale alla questione controversa. Similmente a quanto prevede l'art. 3537 del codice civile della Louisiana, il giudice individua detta legge attraverso un articolato percorso, e cioè dapprima individuando gli Stati che hanno una rilevante connessione con il contratto (tramite i punti di contatto del luogo di negoziazione, di conclusione e di esecuzione dell'accordo; dell'oggetto del contratto; del domicilio, della residenza abituale o del centro d'attività principale delle parti); poi accertando le *policies* sottese alle regole materiali degli Stati coinvolti e valutandone la relativa forza e pertinenza alla luce delle necessità del sistema internazionale ed interlocale e degli obiettivi di promuovere la pianificazione delle transazioni, di tutela del contraente debole, nonché dando effetto alle legittime aspettative delle parti in merito alla prevedibilità della legge applicabile.

Tuttavia, diversamente da quanto previsto dal codice civile della Louisiana, la normativa di diritto internazionale privato dell'Oregon pone in essere un catalogo di presunzioni per alcune tipologie contrattuali. Secondo il tenore dell'art. 10 trattasi di presunzioni in senso tecnico, in quanto è richiesto alla parte interessata di provare che la legge determinata dalle disposizioni dell'art. 10 sia inappropriata a disciplinare la questione controversa ai sensi dell'art. 9. Secondo il par. 2 dell'art. 10, la legge del luogo di situazione della proprietà immobiliare regola i contratti relativi a diritti

reali immobiliari (lett. *a*); quella del luogo di esecuzione principale disciplina, a vario titolo, i contratti di prestazione di servizi (lett. *b*), quelli di franchising (lett. *c*) e di agenzia (lett. *e*); la legge del centro di attività dell'impresa o della residenza di colui che concede un diritto di proprietà industriale disciplina i contratti che trasferiscono detto diritto (lett. *d*).

In conclusione, l'approccio adottato dalla legge dell'Oregon sposta l'ago della bilancia verso considerazioni di giustizia conflittuale, piuttosto che di giustizia materiale. È vero che anche questa normativa richiede al giudice un'analisi delle disposizioni materiali delle leggi in presenza, al fine di selezionare quella più appropriata a risolvere la questione controversa. Tuttavia, la regola generale, e di conseguenza l'opera dell'interprete, è soggetta a due limiti: quello costituito dalla norme unilaterali introverse contenute nella sezione 3, che bloccano sul nascere ogni problema relativo alla determinazione della legge applicabile, e quello rappresentato dalle presunzioni poste in essere dall'art. 10, che richiedono l'intervento del giudice solo per accertare che la parte interessata abbia dimostrato l'infondatezza della presunzione. Inoltre, anche l'accertamento del contenuto della normativa degli Stati coinvolti non è richiesta per valutare quali *policies* sarebbero maggiormente danneggiate qualora la legge di quello Stato non venisse applicata, ma per determinare la legge più appropriata a regolare la questione controversa. È pur vero che in questo modo i giudici dell'Oregon potrebbero essere tentati da tendenze legeforiste. Tuttavia, si ritiene che il doveroso apprezzamento dell'intensità dei punti contatti sia un deterrente sufficiente ad evitare una sistematica applicazione della *lex fori*.

6. *Influenze delle teorie americane nella codificazione europea del diritto internazionale privato dei contratti?*

La *conflict of laws revolution* americana ha, fin dai suoi primi passi, catturato l'attenzione dei giuristi europei. Per lungo tempo in ambito europeo ha prevalso, e prevale tuttora, seppur attenuato, il *Diktat* di Kegel di considerare come unico obbiettivo del diritto internazionale privato la determinazione della legge più appropriata, da un punto di vista spaziale, a disciplinare la fattispecie. Infatti, l'atteggiamento della dottrina maggioritaria è sempre stato di profondo interesse, ma di sostanziale rifiuto di quanto veniva proposto oltreoceano. Questo stato di cose, si modificò parzialmente quando venne adottata la convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali. Ci si domandò, allora, quali potessero essere state le influenze delle teorie americane sul testo della convenzione²⁴⁷. Per tale motivo, diversi aspetti della convenzione vennero messi a confronto con alcune teorie statunitensi per verificare quale spazio trovassero nel testo convenzionale.

Invero, una ricerca dell'impatto in Europa dei nuovi paradigmi statunitensi sarebbe inutile, oltreché fuorviante, considerando che le norme di conflitto europeo sono in realtà il risultato di una tradizione esclusivamente europea. È opinione di chi scrive che invece di cercare una diretta influenza delle teorie americane sul diritto positivo europeo, occorrerebbe piuttosto indagare come i due sistemi abbiano cercato di rispondere a necessità comuni alle due sponde dell'Atlantico. Ad esempio, a fronte della comune insoddisfazione verso criteri di collegamento rigidi e di ampia portata applicativa, come quello che sottopone il contratto alla legge del luogo di conclusione, i risultati della flessibilizzazione e della maggior analiticità delle norme di conflitto sono stati raggiunti attraverso percorsi diversi e non sovrapponibili. Mentre infatti negli Stati Uniti ciò ha rappresentato uno dei fattori decisivi per la nascita del movimento rivoluzionario, insieme alla riconsiderazione di tutta la teoria dei diritti acquisiti di Beale, ed al conseguente completo abbandono del concetto tradizionale di norma di conflitto, in Europa si è preferito ricercare un percorso alternativo all'interno del metodo classico della localizzazione. Per quanto

²⁴⁷ Vitta, Mosconi, Lando, Juenger

attualmente *most significant relationship* e collegamento più stretto possano apparire concetti corrispondenti, non si può trascurare la circostanza che il primo sia il frutto di un lavoro di consolidamento e di sintesi delle dottrine statunitensi (con tutto quello che comporta nella sua applicazione pratica, soprattutto quanto all'attenzione riservata al contenuto materiale delle leggi in presenza), mentre il secondo trovi le sue radici nella giurisprudenza di vari Paesi europei che, a cavallo tra diciannovesimo e diciottesimo secolo, ricercava la volontà presunta o ipotetica dei contraenti.

Anche la tutela del contraente debole viene perseguita nei due sistemi attraverso soluzioni differenti. Mentre negli Stati Uniti questo risultato si raggiunge prevalentemente tramite la ricerca della *better rule of law*, o di un interesse governativo al riguardo, oppure ancora individuando una *policy* comune, ovvero ricorrendo alla *justice in the individual case*, nel sistema di conflitto europeo tale obiettivo è raggiunto tramite la localizzazione del rapporto nell'ordinamento con cui il contraente debole ha i più stretti legami, ovvero è più integrato.

Infine, la stessa esigenza di tutelare gli interessi dello Stato è garantita da meccanismi differenti. Mentre questa è alla base di tutta la costruzione dottrinale di Currie, di Baxter e di tutti coloro che utilizzano l'*interest-analysis approach*, in Europa essa è stata perseguita riconoscendo che alcune disposizioni della legge dello Stato del foro debbano trovare necessaria applicazione, indipendentemente dalle caratteristiche del rapporto. Un avvicinamento tra le due sponde dell'Atlantico si può forse vedere nella facoltà che il giudice ha di dare applicazione anche alle norme di applicazione necessaria di Stati terzi. Ciò era evidente nella formulazione dell'art. 7 della convenzione di Roma, che poteva essere considerato come una "*value-oriented rule*"; parimenti si può dire anche in relazione all'analoga norma del regolamento Roma I (art. 9, par. 3), per quanto essa abbia ora una portata applicativa più limitata.

BIBLIOGRAFIA

AA. VV., *È ora di riformare la legge di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato del 1995?*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2011, p. 625 ss.

AGO, *Teoria del diritto internazionale privato*, Padova, 1934.

AGUILAR NAVARRO, *Derecho internacional privado*, 4^a ed., I, 1, Madrid, 1976.

ALFONSIN, *Contribution à l'étude de la relation juridique en droit international privé*, in *Mélanges offerts à Jacques Maury*, I, Paris, 1960, p. 27 ss.

ANCEL, MUIR WATT, *Les jugements étrangers et la règle de conflit de lois. Chronique d'une séparation*, in *Liber Gaudemet-Tallon*, p. 133 ss.

ANZILOTTI, *Corso di lezioni di diritto internazionale (Diritto privato)*, Roma, 1918.

ANZILOTTI, *La codificazione del diritto internazionale privato*, in *Id. Scritti di diritto internazionale privato*, in *Opere di Dionisio Anzilotti*, vol. III, Padova, 1960, p. 7 ss.

ARMINJON, *La notion de droit acquis en droit international privé*, in *Rec. Cours*, t. 44, 1933, II, p. 1 ss.

AUDIT, *Droit international privé*, Paris, 2010.

AUDIT, *Le droit international privé en quête d'universalité. Cours general*, in *Rec. Cours*, t. 305, 2003, p. 9 ss.

BALLADORE PALLIERI, *Diritto internazionale privato italiano*, in CICU, MESSINEO (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, vol. XLV, Milano, 1974.

- BALLADORE-PALLIERI, *Diritto internazionale privato*, 2^a ed., Milano, 1950.
- BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, 3^a ed., Padova, 1999.
- BALLARINO, *Le codificazioni recenti del diritto internazionale privato in Europa*, in AA.VV., *Il nuovo diritto internazionale privato in Svizzera*, Milano, 1990, p. 361 ss.
- BALLARINO, ROMANO, *Le principe de proximité chez Paul Lagarde*, in *Le droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, 2005, p. 37 ss.
- BARATTA, *Qualificazioni*, in BARATTA (a cura di), *Diritto internazionale privato*, Milano, 2010, p. 315 ss.
- BARIATTI, *Cases and Materials on EU Private International Law*, Oxford, 2011.
- BARIATTI, *Diritto internazionale privato dell'Unione Europea*, in BARATTA (a cura di), *Diritto internazionale privato*, Milano, 2010, p. 128 ss.
- BARILE, *Criteri di collegamento (dir. intern. priv.)*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, p. 350 ss.
- BATIFFOL, *Les conflits de lois en matière de contrats*, in *Etude de droit international privé comparé*, Paris, 1938, p. 500 ss.
- BATIFFOL, *Les intérêts de droit international privé*, in *Festschrift für C. Kegel*, Frankfurt a. M., 1977, p. 11 ss.
- BATIFFOL, *Subjectivisme ed Objectivisme dans le droit international privé des contrats*, in *Mélanges offerts à Jacques Maury*, I, Paris, 1960, p. 39 ss.

BAXTER, *Choice of Law and the Federal System*, in *Stanford Law Review*, vol. 16, 1963, p. 1 ss.

BEALE, *A Selection of Cases on the Conflict of Laws*, 3 voll., Cambridge, 1902-1907

BEALE, *A Treatise on the Conflict of Laws*, Cambridge, 1916

BEALE, *A Treatise on the Conflict of Laws*, New York, 1935.

BEALE, *Summary of the Conflict of Laws*, in ID., *A Selection of Cases on the Conflict of Laws*, vol. III, Cambridge, 1902, p. 501 ss.

BEALE, *What Law Governs the Validity of a Contract*, in *Harvard Law Rev.*, vol. 23, 1909-1910, p. 271

BENTIVOGLIO, *Sulla natura dei criteri di collegamento utilizzati dalla norma di diritto internazionale privato*, in *Comunicazioni e studi*, VIII, Milano, 1956, p. 141 ss.

BERTOLI, *La definizione dell'ambito di applicazione del regolamento Roma I: criteri generali e responsabilità precontrattuale*, in BOSCHIERO, *La nuova disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti (Roma I)*, Torino, 2009, p. 227 ss.

BETTI, *Ernst Zitelmann e il problema del diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int.*, 1925, p. 50.

BETTI, *Problematica del diritto internazionale*, Milano, 1956.

BOGDAN, *Private International Law as Component of the Law of the Forum. General Course on Private International Law*, in *Recueil des Cours*, t. 348, 2011, p. 72.

BONOMI (a cura di), *Diritto internazionale privato e cooperazione giudiziaria in materia civile*, Torino, 2009.

BORCHERS, *Louisiana's Conflicts Codification: Some Empirical Observations Regarding Decisional Predictability*, in *Louisiana L. Rev.*, vol. 60, 2000, p. 1061 ss.

BOSCHIERO, *Appunti sulla riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, Torino, 1996.

BOSCO, *Sulla funzione delle norme di diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int.*, 1935, p. 237 ss.

CALVO CARAVACA, *El reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: cuestiones escogidas*, in *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. I, 2009, p. 52 ss.

CARBONE, LUZZATTO, *Il contratto internazionale*, Torino, 1994.

CARELLA, *Autonomia della volontà e scelta di legge nel diritto internazionale privato*, Bari, 1999.

CAVERS, *A critique of the Choice-of-Laws Problem*, in *Harvard Law Rev.*, vol. 47, 1933, p. 173 ss.

CAVERS, *The Two "Local Law" Theories*, in *Harvard Law Rev.*, vol. 63, 1950, p. 822 ss.

CHEATHAM, REESE, *Choice of the Applicable Law*, in *Col. L. Rev.*, vol. 52, 1952, p. 959 ss.

- COLLINS, *Contractual Obligation: the EEC Preliminary Draft Convention on Private International Law*, in *I.C.L.Q.*, 1976, p. 35 ss.
- COOK, *The Logical and Legal Bases of the Conflict of Laws*, in *Yale Law Journal*, vol. 33, 1924, p. 457 ss.
- CURRIE, *Notes on Methods and Objectives in the Conflict of Laws*, in *Duke L. J.*, 1959, p. 171 ss.
- CURRIE, *Selected Essays on the Conflict of Laws*, Duke, 1963.
- CURRIE, *The Verdict of Quiescent Years: Mr. Hill and the Conflict of Laws*, in *U. Chi. L. Rev.*, vol. 28, 1960 – 1961, p. 258 ss.
- DE BOER, *Facultative Choice of Law : The Procedural Status of Choice-of-Law Rules and Foreign Law*, in *Rec. Cours*, vol. 257, 1996, 223 ss.
- DE BOER, *The EEC Contracts Convention and the Dutch Courts. A Methodological Perspective*, *RabelsZ.*, 1990, p. 24 ss.
- DE CESARIS, *Diritto internazionale privato dell'Unione europea*, Torino, 2011.
- DE NOVA, *Historical and Comparative Introduction to Conflict of Laws*, in *Recueil des Cours*, t. 118, 1966-II, p. 570 ss.
- DE NOVA, *I conflitti di leggi e le norme con apposita delimitazione della sfera di efficacia*, in *Dir. int.*, 1959, p. 14.
- DE NOVA, *Il primo studio americano sui conflitti di legge*, in *Dir. int.*, 1962, p. 207 ss.
- DE NOVA, *Le concezioni statunitensi dei conflitti di leggi viste da un continentale*, in *ID.*, *Scritti di diritto internazionale privato*, Padova, 1977, p. 631 ss.

- DE NOVA, *New Trends in Italian Private International Law*, in Id., *Scritti di diritto internazionale privato*, Padova, 1977, p. 53 ss.
- DE NOVA, *Quando un contratto è "internazionale"?*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1978, p. 665 ss.
- DE SLOOVÈRE, *The Local Law Theory and Its Implications in the Conflict of Laws*, in *Harvard Law Rev.*, vol. 41, 1928, p. 421 ss.
- DEBY-GÉRARD, *Le role de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux*, Paris, 1973, p. 42
- DELAUME, *What is an International Contract? An American and a Gallic Dilemma*, in *Intl & Comp. LQ*, vol. 28, 1979, p. 258 ss.
- DIAMOND, *Harmonization of Private International Law Relating to Contractual Obligations*, in *Rec. Cours.*, t. 199, 1986, IV, p. 233 ss.
- DOLINGER, *Evolution of Principles for Resolving Conflicts in the Field of Contracts and Torts*, in *Rec. Cours*, vol. 283, 2000, p. 187 ss.
- DREYZIN DE KLOR, *El Mercosur: generador de una nueva fuente de derecho internacional privado*, Buenos Aires, 1997.
- EHRENZWEIG, *A Proper Law in a Proper Forum: A "Restatement" of the "Lex Fori Approach"*, in *Okla. L. Rev.*, vol. 18, 1965, p. 340 ss.
- EHRENZWEIG, *Adhesion Contracts in the Conflicts of Laws*, in *Col. L.R.*, vol.53, 1953, p.1072 ss.
- EHRENZWEIG, *Il diritto del tribunale adatto*, in *Dir. int.*, 1963, p. 3 ss.
- EHRENZWEIG, *La Lex Fori: eccezione o regola?*, in *Dir. int.*, 1960, p. 223 ss.
- EHRENZWEIG, *Private International Law*, Leyden - New York, 1967.

- EKELMANS, *Le dépeçage du contrat dans la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles*, in *Mélanges offerts à Vander Elst*, I, Bruxelles, 1986, p. 243 ss.
- EKELMANS, *Le dépeçage du contrat dans la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles*, in *Mélanges Van der Elst*, Bruxelles, 1986, p. 243 ss.
- ETCHEBERRY, *American-Chilean Private International Law*, New York, 1960.
- FALLON, *Le principe de proximité dans le droit de l'Union Européenne*, in *Le droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, 2005, p. 241 ss.
- FEBRES POBEDA, *Punto de conexión y calificación*, in *Anuario hispano-luso-americano de derecho internacional*, III, 1967, p. 214 ss.
- FERNÁNDEZ ARROYO, *La nueva configuración del derecho internacional privado del MERCOSUR: ocho respuestas contra la incertidumbre*, in *Juridica*, 1998, p. 267 ss.
- FERRER-CORREIA, *Les problèmes de codification en droit international privé*, in *Rec. Cours*, t. 145, 1975-II, p.
- GIULIANO, *La loi applicable aux contrats: problèmes choisis*, in *Rec. Cours*, t. 158, 1977, V, p. 183 ss.
- GOLDSCHMIDT, *Jacques Maury et les aspects philosophiques du droit international privé*, in *Mélanges offerts à Jacques Maury*, I, Paris, 1960, p. 27 ss.
- GONZÁLES CAMPOS, *Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé*, in *Recueil des Cours*, t. 287, 2000, p. 65.

GOTHOT, *Le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé*, in *Rev. Critique*, 1971, p. 1 ss.; p. 209 ss.; p. 415 ss.

HANOTIAU, *La convention CEE sur la loi applicable aux obligations contractuelles*, *J.T.*, 1982, p. 749 ss.

HANOTIAU, *Le droit International privé américain*, Paris, 1979.

HEYMANN, *Le droit international privé à l'épreuve du fédéralisme européen*, Paris, 2010.

HUBER, *De conflictu legum diversarum in diversis imperiis*, in LORENZEN, *Huber's De Conflictu Legum*, in *Ill. L. Rev.*, vol. 13, 1918-1919, p. 199 ss.

JAFFEY, *The Foundation of Rules for the Choice of Law*, in *Oxford J. Legal Stud.*, vol. 2, 1982, p. 368 ss.

JAYME, *Necesidad de un derecho internacional privado del MERCOSUR*, in FERNÁNDEZ ARROYO (a cura di), *Derecho internacional privado de los Estados del MERCOSUR*, Buenos Aires, 2003, p. 21 ss.

JAYME, *Pasquale Stanislao Mancini: il diritto internazionale privato tra Risorgimento e attività forense*, trad. it. RUINI, Padova, 1988.

JESSURUN D'OLIVEIRA, *Characteristic Obligations in the Draft EEC Obligation Convention*, in *A.J.C.L.*, 1977, p. 303 ss.

JUENGER, *Choice of Law and Multistate Justice*, Special Ed., Ardsley, 2005.

JUENGER, *La doctrina estadounidense contemporánea a través de algunos autores*, in PEREZNIETO CASTRO, BELAIR MOUCHEL (a cura di), *Primer seminario nacional de derecho internacional privado*, Mexico, 1979, p. 249 ss.

JUEUNGER, *The European Convention on the Law Applicable by Contractual Obligations : Some Critical Observations*, *Virg. Journ. I.L.*, 1981, p. 133 ss.

KAHN-FREUND, *General Problems of Private International Law*, in *Rec. Cours*, t. 143, 1974, III, p. 139 ss.

KEGEL, *Internationales Privatrecht*, 4^a ed., München, 1977, trad. sp. M. B. Rey, *Derecho internacional privado*, Bogotá, 1982.

KEGEL, *Paternal Home and Dream Home: Traditional Conflict of Laws and the American Reformers*, in *Am. J. Comp. L.*, vol. 27, 1979, p. 615 ss.

KEGEL, *The crisis of conflict of laws*, in *Rec. cours*, t. 112, 1964, II, p. 95 ss.

KESSEDJIAN, *Le principe de proximité vingt ans après*, in *Le droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, 2005, p. 507 ss.

KROPHOLLER, KRÜGER, RIERING, SAMTLEBEN, SIEHR (her.), *Außereuropäische IPR-Gesetze*, Hamburg, 1999.

LAGARDE, *Le «dépeçage» dans le droit international privé des contrats*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1975, p. 649 ss.

LAGARDE, *Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980*, in *Rev. critique*, 1991, p. 287 ss.

LAGARDE, *Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980*, in *R.C.D.I.P.*, 1991, p. 287 ss.

LAGARDE, *Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain: cours général de droit international privé*, in *Rec. Cours*, t. 196, vol. I, 1986, p. 9 ss.

LAGARDE, *The European Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations: an Apologia*, in *Virg. Journ. I.L.*, 1981, p. 92 ss.

LALIVE, *Sur une notion de "Contrat International"*, in ~~Multum non multa~~ *Festschr. Lipstein*, Heidelberg - Karlsruhe, 1980, p. 135 ss.

LANDO, *Contracts*, in *International Encyclopedia of Comparative Law*, 24, Tübingen, 1976, p. 144 ss.

LANDO, *New American Choice-of-Law Principles and the European Conflict of Laws of Contracts*, in *Am. J. Comp. L.*, vol. 30, 1982, p. 19 ss.

LANDO, *The EEC Convention on the law applicable to contractual obligations*, *Comm. Mark. L.R.*, 1987, p. 159 ss.

LEFLAR, *Choice-influencing Considerations in Conflict Laws*, in *N. Y. U. L. Rev.*, vol. 41, 1966, p. 281 ss.

LEFLAR, *Conflicts of Law: More on Choice Influencing Considerations*, in *California Law Review*, vol. 54, p. 1584 ss.

LEÓN, *Reforma del sistema chileno de derecho internacional privado*, in *Liber Samtleben*, p. 187.

LIPSTEIN, *The General Principles of Private International Law*, in *Recueil des Cours*, t. 135, 1972-I, p. 195 ss.

LIPSTEIN, *The General Principles of Private International Law*, in *Rec. Cours*, t. 135, 1972, I, p. 97 ss.

- LIVERMORE, *Dissertations on the Questions which arise from The Contrariety of Positive Laws of Different States and Nations*, New Orleans, 1829.
- LOPES PEGNA, *Criteri di collegamento*, in BARATTA (a cura di), *Diritto internazionale privato*, Milano, 2010, p. 91 ss.
- LORENZEN, *Territoriality, Public Policy and the Conflict of Laws*, in *Yale L.J.*, vol. 33, 1924, p. 736 ss.
- LORENZEN, *The Theory of Qualification and the Conflict of Laws*, in *Colum. Law Rev.*, vol. 20, 1920, p. 247 ss.
- LOUSSOUARN, *Cours général de droit international privé*, in *Recueil des Cours*, t. 139, 1973-II, p. 376.
- LOYOLA NOVOA, *Chile*, in ESPLUGUES MOTA, HARGAIN, PALAO MORENO (a cura di), *Derecho de los contratos internacionales en Latinoamérica, Portugal y España*, Madrid, 2008.
- MAGAGNI, *La prestazione caratteristica nella convenzione di Roma del 19 giugno 1980*, Milano, 1989.
- MAGNUS, *Article 4 Rome I Regulation: The Applicable Law in the Absence of Choice*, in FERRARI, LEIBLE (eds.), *Rome I Regulation*, Muenchen, 2009.
- MANCINI, *Négotiation diplomatiques du Gouvernement italien avec les différentes Puissances relativement à la fixation par traité de certaines règles de droit International privé et à l'exécution des jugements étrangers*, in *Clunet*, 1886, p. 35 ss.
- MANCINI, *Utilità di rendere obbligatorie per tutti gli Stati sotto la forma di uno o più trattati internazionali alcune regole generali del diritto internazionale privato per assicurare la decisione uniforme tra le differenti legislazioni civili*

e criminali, in *Antologia di diritto internazionale privato*, Milano, 1964, pp. 43-76.

MARINO, *Metodi di diritto internazionale privato e tutela del contraente debole nel diritto comunitario*, Milano, 2010.

MARRELLA, GALGANO, *Diritto e prassi del commercio internazionale*, Padova, 2010.

MAYER, HEUZE, *Droit international privé*, Paris, 2010.

MIAJA DE LA MUELA, *De la territorialidad de las leyes a la nueva tecnica del derecho internacional privado*, Valladolid, 1977.

MILLS, *The Confluence of Public and Private International Law*, Cambridge, 2009.

MONACO, *L'efficacia della legge nello spazio (Diritto internazionale privato)*, 2^a ed., Torino, 1964.

MONACO, *L'efficacia della legge nello spazio*, Torino, 1964.

MORELLI, *Elementi di diritto internazionale privato italiano*, 12^aed., Napoli, 1986.

MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, 5^a ed., vol. I, *Parte generale e obbligazioni*, Torino 2010.

MOSCONI, *La Convenzione di Roma e le recenti teorie americane sui conflitti di leggi*, in Treves (a cura di), *Verso una disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti*, Padova, 1983, p. 47 ss.

MOSCONI, *Oggetto e funzioni*, in BARATTA (a cura di), *Diritto internazionale privato*, Milano, 2010, p. 262 ss.

NAFZIGER, *Oregon's Conflicts Law Applicable to Contracts*, in *Willamette L. Rev.*, vol. 38, 2002, p. 397 ss.

- NAFZIGER, *The Louisiana and Oregon Codifications of Choice-of-Law Rules in Context*, in *Am. J. Comp. L.*, vol. 58, 2010, p. 165 ss.
- NAJM, *Codification of Private International Law in the Civil Code of Qatar*, in *Yearb. of Private Int. Law*, 2006, p. 265.
- NIBOYET, *Traité de droit international privé français*, vol. III, *Conflits de lois, d'autorités et de juridictions*, Paris, 1944.
- NYGH, *Autonomy in International Contracts*, Oxford, 1999.
- OPPETIT, *Les principes généraux en droit international privé*, in *Le droit international*, *Archives de Philosophie du Droit*, vol. 32, 1987, p. 179 ss.
- PARRA-ARANGUREN, *General Course of Private International Law. Selected Problems*, in *Recueil des Cours*, t. 210, 1988-III, pp. 71-142.
- PERASSI, *Lezioni di diritto internazionale*, vol. II, *Diritto internazionale privato*, Padova, 1957.
- PICONE, *Il rinvio all'ordinamento competente nel diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1981, p. 310 ss.
- PICONE, *La confusione tra «legge» e «ordinamento» nella dottrina italiana di diritto internazionale privato*, in *Id.*, *Studi di diritto internazionale privato*, Fuorigrotta, 2003, p. 719 ss.
- PICONE, *Les méthodes de coordination entres ordres juridiques en droit international privé. Cours général de droit international privé*, in *Recueil des Cours*, t. 276, 1999, p. 31.
- PILENKO, *Droit spatial et droit international privé*, in *Jus Gentium*, 1954, p. 35 ss.

POCAR (a cura di), *The External Competence of the European Union and Private International Law*, Padova, 2007.

POCAR, *Il nuovo diritto internazionale privato italiano*, 2^a ed., Milano, 2002.

POSENATO, *Autonomia della volontà e scelta della legge applicabile ai contratti nei sistemi giuridici latino-americani*, Padova, 2010.

QUADRI, *Lezioni di diritto internazionale private*, 5^a ed., Napoli, 1969.

RABEL, *The Conflict of Laws*, 2nd ed., vol. I, Ann Arbor, 1958.

REESE, *General Course on Private International Law*, in *Rec. Cours*, t. 150, 1976, II, p. 1 ss.

REMY, *Les codifications récentes du droit international privé*, in *Rev. int. droit comparé*, 2010, p. 292 ss.

SALERNO (a cura di), *Dionisio Anzilotti. Corsi di diritto internazionale privato e processuale*, Padova, 1996.

SALERNO, FRANZINA (a cura di), *Commentario al Regolamento CE n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali («Roma I»)*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2009, p. 521 ss.

SAMTLEBEN, *Derecho internacional privado en América Latina. Teoría y práctica del Código Bustamante*, traduzione BUENO-GUZMÁN, Buenos Aires, 1983.

SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, traduzione SCIALOJA, Torino, 1898.

SCHWIND, *Problems of Codification of Private International Law*, in *Int. Comp. Law Quart.*, 1968, p. 428 ss.

SCOLES, HAY, BORCHERS, SYMEONIDES (a cura di), *Conflict of Laws*, 4^a ed., St. Paul, 2004.

SIEHR, *Da Liverpool a Rabel: tradizione europea e tradizione Americana del diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1988, p. 17 ss.

SIEHR, *General Problems of Private International Law in Modern Codifications*, in *Yearb. of Private Int. Law*, 2005, p. 17 ss.

SOHN, *New Bases for Solution of Conflict of Laws Problems*, in *Harvard Law Rev.*, vol. 55, 1942, p. 995 s.

SPERDUTI, *I criteri di applicazione delle leggi interne e straniere secondo il diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int.*, 1966, p. 141 ss. e in *Id.*, *Saggi di teoria generale del diritto internazionale privato*, Milano, 1967, p. 39 ss.

SPERDUTI, *Théorie du droit international privé*, in *Recueil des Cours*, t. 122, 1967-III, p. 258.

STOFFEL, *Le rapport juridique International*, in *Conflits et harmonisation. Mélanges en l'honneur d'Alfred E. Von Overbeck*, Fribourg, 1990, p. 421 ss.

STORY, *Commentaries on the Conflict of Laws*, Boston, 1934, p. 9.

STORY, *Commentaries on the Conflicts of Laws, Foreign and Domestic*, Boston, 1834.

STRUYCKEN, *Co-ordination and Co-operation in Respectful Disagreement. General Course on Private International Law*, in *Recueil des Cours*, t. 311, 2004, p. 319.

SYMEONIDES, *American Private International Law*, Alphen aan den Rijn, 2008.

SYMEONIDES, *Codification and Flexibility in Private International Law*, in http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1945924

SYMEONIDES, *Codifying Choice of Law for Contracts: The Oregon Experience*, in *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 67, Tübingen, 2003, p. 726 ss.

SYMEONIDES, *Private International Law Codification in a Mixed Jurisdiction: The Louisiana Experience*, in *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, Tübingen, vol. 57, 1993, p. 460 ss.

SYMEONIDES, *The American Choice-of-Law Revolution in the Courts: Today and Tomorrow*, Leiden – Boston, 2003.

SYMEONIDES, *The conflict Book of the Louisiana Civil Code: Civilian, American, or Original?*, in *Tul. L. Rev.*, vol. 83, 2008 – 2009, p. 1041 ss.

SYMEONIDES, *The First Conflicts Restatement Through the Eyes of Old: As Bad as Its Reputations?*, in *South. Ill. Un. Law Journal*, 2007-2008, p. 57 ss.

TARELLO, *Il realismo giuridico americano*, Milano, 1962.

TOUBIANA, *Le domaine de la loi du contrat en droit international privé*, Paris, 1973.

VALLINDAS, *Droit international privé lato sensu ou stricto sensu*, in *Mélanges offerts à Jacques Maury*, I, Paris, 1960, p. 509 ss.

VALLINDAS, *La structure de la règle de conflit*, in *Rec. cours*, t. 101, 1960, III, p. 327 ss.

VALLINDAS, *La structure de la règle de conflit*, in *Recueil des Cours*, t. 101, 1960-III, p. 340.

VAN GERVEN, *Plaidoirie pour une nouvelle branche du droit: le «droit des conflits d'ordres juridiques» dans le prolongement du «droit des conflits de règles»*, in *Recueil des Cours*, t. 350, 2011, pp. 9-70.

VIEIRA, *La efectividad de los tratados relativos al Derecho Internacional Privado: números, reservas y orden público*, in *Liber Valladão*, p. 104 ss.

VILLANI, *La convenzione di Roma sulla legge applicabile ai contratti*, 2^a ed., Bari, 2000.

VILLARROEL BARRIENTOS C., VILLARROEL BARRIENTOS G., *Determinació de la ley aplicable a los derechos y obligaciones emanados de los contratos internacionales*, in *Rev. chil. de derecho*, 1990, p. 363 ss.

VISCHER, *General Course on Private International Law*, in *Recueil des Cours*, t. 232, 1992-I, p. 36 ss.

VISCHER, *New Tendencies in European Conflict of Laws and the Influence of the U.S. Doctrine – A Short Survey*, in *Law and Justice in a Multistate World. Essays in Honor of Arthur T. von Mehren*, New York, 2002, p. 459 ss.

VISCHER, *The antagonism between legal security and the search for justice in the field of contracts*, in *Rec. Cours*, t. 142, 1974, II, p. 1 ss.

VISCHER, *The Antagonism Between Legal Security and the Search for Justice in the Field of Contracts*, in *Rec. Cours*, t. 142, 1974, II, p. 1 ss.

VISCHER, *The Principle of the Typical Performance in International Contracts and the Draft Convention*, in Lipstein (a cura di), *Harmonization of private international Law by the EEC*, London, 1978, p. 25 ss.

VITTA, *Cours général de droit international privé*, in *Rec. Cours*, t. 162, 1979, I, p. 147 ss.

- VITTA, *Diritto internazionale privato*, vol. I, Torino, 1972.
- VITTA, *Il principio di uguaglianza tra «lex fori» e diritto straniero*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964, p. 1578 ss.
- VITTA, *Influenze americane nella convenzione C.E.E. sulle obbligazioni contrattuali*, in *La Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, Atti del Convegno di Roma, 21 – 22 gennaio 1983, Milano, 1983, p. 121 ss.
- VITTA, *La convenzione CEE sulle obbligazioni contrattuali e l'ordinamento italiano*, *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1981, p. 837 ss.
- VITTA, *The Impact in Europe of the American "Conflicts Revolution"*, in *Am. J. Comp. L.*, vol. 30, 1982, p. 1 ss.
- VIVIER, *Le caractère bilateral des règles de conflit de lois*, in *Rev. critique*, 1953, p. 655 ss.
- VON BAR, *The Theory and Practice of Private International Law*, 2nd ed., Edinburgh, 1982.
- VON MEHREN, *Choice of Law and the Problem of Justice*, in *41 Law & Contemp. prob.*, vol. 41, 1977, p. 27 ss.
- WENGLER, *L'évolution moderne du droit International privé et la prévisibilité du droit applicable*, in *Rev. crit. dr. intern. priv.*, 1990, p. 657 ss.
- WENGLER, *Les principes généraux du droit International privé et leurs conflits*, in *Rev. crit. dr. int. privé*, 1952, p.595 ss. e *ivi*, 1953, p. 37 ss.
- YNTEMA, *Les objectifs du droit international privé*, in *Rev. crit. dr. int. privé*, 1959, p. 1 ss.

ZICCARDI, *Oggetto delle qualificazioni e funzioni dei criteri di collegamento*, in *Comunicazioni e studi*, VII, Milano, 1955, p. 365 ss.

ZITELMANN, *Der Name internationales Privatrecht*, in *Niemeyers Zeitschrift für internationales Recht*, 1917, p. 177 ss.

ZITELMANN, *Geltungsbereich und Anwendungsbereich der Gesetze. Zur Grundlegung der völkerrechtlichen Theorie des Zwischenprivatrechts*, in *Festgabe der Bonner Juristischen Fakultät für Karl Bergbohm*, Bonn, 1919, pp. 207-241; trad. it. di T. Ballarino, *Sfera di validità e sfera di applicazione delle leggi*, in *Antologia di diritto internazionale privato*, Milano, 1964, p. 18 ss.

ZWEIGERT, *Some Reflections on the sociological dimension of Private International Law or What is Justice in Conflict of Laws*, in *U. Colo. L. Rev.*, vol. 44, 1972-1973, p. 283 ss.