

# TECNICHE INTERNAZIONALPRIVATISTICHE FONDATE SULLA VOLONTÀ DELLE PARTI NEL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA

GIACOMO BIAGIONI

*Ricercatore di diritto internazionale  
Università di Cagliari*

Recibido: 21.07.2010 / Aceptado: 04.08.2010

**Riassunto:** La maggior parte delle misure adottate o proposte sulla base giuridica dell'art. 81 TFUE contiene norme che consentono alle parti di scegliere la legge applicabile. Il principio dell'autonomia della volontà è ben noto agli ordinamenti nazionali ma il diritto dell'Unione europea sembra utilizzarlo in termini più ampi di quanto normalmente accade sulla base delle norme di conflitto statali. Lo scritto esamina la funzione di tale principio nel sistema del diritto internazionale privato: esso parte dall'assunto che le norme di conflitto, anche quando si richiamano alla volontà delle parti, si applicano concretamente e producono i loro effetti solo nel corso di un procedimento giurisdizionale. Alla luce di questa premessa lo scritto distingue vari metodi per dare effetto all'autonomia della volontà come principio internazionalprivatistico. Anzitutto, esso analizza la scelta espressa, la cui funzione può essere differente a seconda del momento della scelta. Di conseguenza, lo scritto giunge alla conclusione che la scelta preventiva, la scelta successiva e la scelta in corso di causa hanno natura e funzioni diverse. Quindi, la stessa distinzione viene utilizzata per la scelta tacita, che si configura in termini ristretti dai regolamenti «Roma I» e «Roma II». In terzo luogo, lo scritto valuta la questione del possibile ricorso alla scelta presunta, concludendo che in alcuni casi essa sembra essere prefigurata dall'art. 3 del regolamento «Roma I». Infine, lo scritto esamina la giurisprudenza della Corte di giustizia in tema di diritto societario e diritto al nome (in particolare, le sentenze *Centros*, *Überseering*, *Inspire Art*, *Cartesio* e *Grunkin*). Queste decisioni sono in genere considerate come dirette a prevedere un meccanismo di riconoscimento (delle società, dei cognomi) tra Stati membri. Lo scritto tenta di ricavarne invece una norma autonoma di conflitto, basata sulla scelta di legge, rispetto al funzionamento delle società e alla protezione dei cognomi. Le considerazioni conclusive evidenziano la rilevanza del principio dell'autonomia della volontà nell'attuale stato del diritto internazionale privato europeo, concentrandosi sul rischio insito in uno spostamento eccessivo del suo centro di gravità dalla sovranità statale.

**Parole chiave:** Unione europea, autonomia della volontà, legge applicabile, norme di conflitto, scelta di legge, scelta espressa, scelta tacita, momento della scelta, interessi delle parti, obbligazioni contrattuali, obbligazioni non contrattuali, successioni, divorzio, separazione personale, *depeçage*.

**Abstract:** Most measures adopted or currently under examination on the basis of art. 81 TFEU contain rules allowing parties to choose the applicable law. The party autonomy principle is well-known in national legal orders, but the European Union law seems to use it in wider terms than national conflict rules usually do. The paper examines the function of that principle in private international law systems: it rests on the assumption that conflict rules, even if they refer to party autonomy principle, actually apply and produce their effects only in the course of jurisdictional proceedings. In the light of those preliminary remarks the paper distinguishes several methods for giving effect to party autonomy as a private international law principle. First, it analyses express choice, whose function can be different, depending on the time of the choice. Accordingly, the paper concludes that antecedent choice, successive choice and choice in the course of jurisdictional proceedings have different nature and functions. Then, the same distinction is drawn with respect to implied choice, which is envisaged in quite strict terms under «Rome I» and «Rome II» regulations. Thirdly, the paper evaluates the question of the

availability of presumed choice, concluding that in some cases it seems to be envisaged in art. 3 of the «Rome I» regulation. Finally, the paper examines ECJ case-law in matter of company law and surname law (especially judgments in *Centros*, *Überseering*, *Inspire Art*, *Cartesio* and *Grunkin* cases). Those judgments are usually regarded as providing for a mechanism of mutual recognition (of companies and of surnames) between Member States. The paper tries to infer from them autonomous conflict rules based on party autonomy principle about company administration as well as protection of surnames. The concluding remarks outline the relevance of party autonomy principle in the present state of European Union private international law, focusing on the risk of moving the centre of gravity too far away from State sovereignty.

**Key words:** European Union, party autonomy, applicable law, conflict rules, choice-of-law agreement, express choice, implied choice, time of the choice, parties' interests, contractual obligations, non-contractual obligations, successions, divorce, legal separation, *depeçage*.

**Sommario:** I. Premessa. II. Il principio dell'autonomia della volontà nel diritto internazionale privato. III. La scelta espressa. 1. La scelta espressa preventiva. 2. La scelta espressa *successiva*. 3. La scelta espressa *formulata in sede giurisdizionale*. IV. La scelta tacita o implicita. V. Il possibile spazio per la scelta presunta. VI. La scelta indiretta attraverso la costituzione di una situazione giuridica. VII. La rilevanza del principio di autonomia nel diritto internazionale privato dell'Unione europea.

## I. Premessa

1. Dal momento in cui è venuta ad esistenza una competenza dell'Unione europea in materia di «conflitti di leggi»<sup>1</sup>, le istituzioni hanno proceduto con relativa rapidità all'elaborazione di norme internazionalprivatistiche, assumendo con qualche modifica come modello di riferimento la convenzione di Roma del 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali. È dunque invalsa, nell'attuazione dell'art. 65 TCE (oggi art. 81 TFUE), la tecnica tradizionale delle convenzioni di diritto internazionale privato uniforme, che consiste nell'elaborazione della disciplina internazionalprivatistica di una determinata materia unitamente alla formulazione di apposite norme riguardanti le questioni generali (ordine pubblico, norme di applicazione necessaria, rinvio, ecc.). Si è trattato evidentemente di una scelta pragmatica da parte dell'Unione europea, dettata dalla consapevolezza che in alcuni settori sarebbe stato più agevole raccogliere il consenso degli Stati membri, più riluttanti invece a cedere la loro sovranità su materie ritenute tradizionalmente «sensibili» e dunque più difficilmente suscettibili di un'armonizzazione delle norme di conflitto. Si perviene in tal modo alla formazione di vari sottosistemi normativi separati, per quanto non necessariamente isolati tra loro, almeno se la Corte di giustizia continuerà ad utilizzare anche rispetto ai regolamenti in materia di conflitti di leggi il criterio dell'interpretazione intertestuale<sup>2</sup>.

2. Nonostante che si debba riconoscere alle istituzioni di aver tentato di introdurre qualche forma di coordinamento tra i regolamenti sin qui emanati, è già stato messo in luce come questa scelta renda più laboriosa la ricostruzione di principi di carattere generale che possano far concludere per l'esistenza di un autonomo sistema di norme di conflitto, capace di rimpiazzare completamente quelli nazionali. È verosimile che per una definitiva concettualizzazione si debba attendere l'adozione di quella disciplina globale del diritto internazionale privato cui l'Unione europea ambisce; ma occorre anche tener conto che la frammentaria evoluzione in corso corrisponde talvolta a scelte di fondo e a tecniche internazio-

<sup>1</sup> L'espressione trova riscontro nell'art. 81 TFUE ma non deve evidentemente intendersi come riferimento esclusivo al metodo conflittuale tradizionale, trovando invece riscontro anche nell'ordinamento dell'Unione europea norme fondate su considerazioni di genere diverso (basti pensare alle norme sui contratti conclusi coi consumatori e sui contratti individuali di lavoro nel regolamento «Roma I», oppure all'art. 9, par. 3, dello stesso regolamento sulle norme di applicazione necessaria di Stati terzi).

<sup>2</sup> Sull'uso di tale criterio rispetto al regolamento n. 44/2001 v. F. SALERNO, *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel regolamento (CE) n. 44/2001*, Padova, 2007, p. 53 s.

nalprivatistiche anche significativamente diverse. D'altra parte, tale difficoltà non è per il momento neppure temperata dall'intervento interpretativo della Corte di giustizia, la quale ha sin qui esaminato i problemi internazionaliprivatistici nella prospettiva delle libertà di circolazione previste dal Trattato, giungendo per questa via a risultati non sempre felici e coerenti.

3. È alla luce di queste premesse generali che si deve valutare l'attuale rilevanza del principio dell'autonomia della volontà all'interno del diritto internazionale privato dell'Unione europea. Costituisce infatti un dato ineludibile quello che nei vari strumenti sin qui adottati o proposti compare sempre, sia pure come si vedrà con contorni diversi, una disposizione sulla scelta di legge<sup>3</sup>. D'altra parte, la stessa giurisprudenza della Corte di giustizia sembra suggerire che nel diritto dell'Unione europea la libertà di individuare la legge regolatrice di determinati rapporti giuridici debba essere garantita. Ci si può dunque chiedere, sia pure tenendo conto del carattere non compiuto del sistema europeo di diritto internazionale privato, se l'autonomia della volontà possa costituire un principio di portata generale e quali siano le ricadute della centralità di tale principio sul sistema complessivo.

## II. Il principio dell'autonomia della volontà nel diritto internazionale privato

4. Nei sistemi di conflitto di leggi è tradizionalmente consentito alle parti<sup>4</sup>, almeno in talune materie, individuare la legge applicabile al rapporto giuridico che le riguarda attraverso una loro manifestazione di volontà<sup>5</sup>. Anzi, negli ordinamenti nazionali nei quali è stata recentemente introdotta una nuova legislazione internazionale-privatistica si è manifestata una diffusa tendenza a valorizzare lo spazio riservato all'*optio iuris*<sup>6</sup>, estendendola anche a settori diversi dalla materia contrattuale<sup>7</sup>.

Ciò nondimeno, la pur diffusa regola dell'autonomia della volontà è ben lontana dal presentare connotati chiari e definiti. Anzi, intorno a tale principio e al suo ruolo nei sistemi di diritto internazionale privato si è sviluppato, anche in tempi recenti, un dibattito dottrinale molto ampio.

5. Secondo un'impostazione divenuta tradizionale a partire dal XX secolo l'autonomia della volontà costituirebbe un criterio di collegamento diretto, in base al classico metodo conflittuale, a localizzare il rapporto nell'ordinamento che ne costituisce la sede naturale. In particolare, la volontà delle parti, che si traduce in uno specifico negozio giuridico, esplicherebbe una funzione strettamente internazionale-privatistica – e dunque distinta da quella dell'autonomia contrattuale di diritto privato<sup>8</sup> – e rappresenterebbe, in questa concezione, il fattore che istituisce un collegamento sufficiente tra un rapporto giuridico e un determinato ordinamento<sup>9</sup>.

<sup>3</sup> L'indagine può peraltro essere estesa anche al Protocollo dell'Aja del 2007 sulle obbligazioni alimentari in ragione del richiamo contenuto nell'art. 15 del regolamento CE n. 4/2009 del Consiglio relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e alla cooperazione in materia di obbligazioni alimentari.

<sup>4</sup> Ovviamente, il riferimento all'autonomia delle parti non esclude che in taluni casi la volontà rilevante a fini internazionaleprivatistici possa avere carattere unilaterale, come accade di norma in materia di successioni, ove la scelta di legge viene normalmente effettuata dal *de cuius*, come risulta, ad esempio, dall'art. 17 della proposta di regolamento sulla giurisdizione, la legge applicabile, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni e degli atti pubblici in materia di successioni e alla creazione di un certificato successorio europeo, COM (2009) 154 def.

<sup>5</sup> Per una ricostruzione storica della formazione del principio dell'autonomia della volontà v. G. CARELLA, *Autonomia della volontà e scelta di legge nel diritto internazionale privato*, Bari, 1999, p. 19 ss. e P. NYGH, *Autonomy in International Contracts*, Oxford, 1999, p. 3 ss.; per una disamina comparativa delle posizioni europee e statunitensi rispetto all'autonomia della volontà nel secolo scorso v. G. RÜHL, "Party Autonomy in the Private International Law of Contracts: Transatlantic Convergence and Economic Efficiency", in [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=921842](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=921842), p. 5 ss.

<sup>6</sup> V., sul tema, P. PICONE, "Autonomia della volontà e pluralità dei metodi di coordinamento tra ordinamenti", in Id., *La riforma italiana del diritto internazionale privato*, Padova, 1998, p. 515 ss.

<sup>7</sup> Sul tema P. DE CESARI, *Autonomia della volontà e legge regolatrice delle successioni*, Padova, 2001, p. 3 ss.

<sup>8</sup> Per la sopravvivenza di questa distinzione nel regolamento «Roma I» si pronuncia N. BOSCHIERO, "I limiti al principio d'autonomia posti dalle norme generali del regolamento Roma I", in *La nuova disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti*, a cura di N. BOSCHIERO, Torino, 2009, p. 67 ss., in specie p. 69 ss. Per la rilevanza di tale distinzione anche rispetto al diritto uniforme v. E. CASTELLANOS-RUIZ, *Autonomia de la voluntad y derecho uniforme en la compravenda internacional*, Granada, 1998, p. 8 ss.

<sup>9</sup> V., per questa posizione, già D. ANZILOTTI, *Corso di diritto internazionale privato*, Roma, 1918, p. 327 ss.; Id. *Corsi di*

Da analoghe premesse teoriche in ordine al necessario carattere localizzatore delle norme di conflitto parte altro orientamento dottrinale secondo cui la volontà delle parti svolgerebbe la funzione di un normale criterio di collegamento ma non costituirebbe manifestazione di autonomia bensì una mera indicazione fattuale<sup>10</sup>.

Altre ricostruzioni dell'istituto condividono l'assunto secondo cui l'autonomia della volontà troverebbe il suo riconoscimento in una norma di diritto internazionale privato – e dunque diretta a designare la legge applicabile –, ma escludono che questa norma abbia una funzione meramente localizzatrice. Al contrario, trattandosi di una norma di diritto internazionale privato a carattere materiale, essa non potrebbe essere ispirata a un criterio di neutralità ma perseguirebbe un obiettivo sostanziale, e precisamente la realizzazione degli interessi delle parti<sup>11</sup>.

Da ultimo, una parte della dottrina identifica nell'autonomia della volontà una norma materiale, diretta a fornire una disciplina specifica per i contratti internazionali, in ragione della loro delocalizzazione e dunque dell'impossibilità di individuare *a priori* un singolo ordinamento che costituisca sede del rapporto<sup>12</sup>.

6. Peraltro, la dottrina recente ha già avvertito che gli ordinamenti nazionali possono utilizzare tecniche internazionalprivatistiche differenti che rispondono ad esigenze differenti di politica del diritto e che, in questo contesto, il principio dell'autonomia della volontà può connotarsi concretamente come espressione di diversi approcci metodologici al problema del conflitto di leggi, in relazione al contenuto delle varie norme positive<sup>13</sup>.

Sebbene non si possa aderire interamente alla complessiva ricostruzione metodologica propugnata da questa dottrina, si deve rilevare sin d'ora che nel diritto dell'Unione europea si trova conferma della non omogeneità delle tecniche conflittuali ispirate al principio dell'autonomia della volontà. In particolare, come si vedrà meglio in seguito, nei diversi regolamenti dedicati alla disciplina del conflitto di leggi si riscontrano approcci differenziati alla libertà delle parti di designare la legge regolatrice; allo stesso modo, è diversa la valorizzazione dell'autonomia della volontà sul piano conflittuale che discende dalla giurisprudenza della Corte di giustizia<sup>14</sup>.

7. Ciò nondimeno, sembra comunque possibile ravvisare un minimo comun denominatore delle norme che si richiamano all'autonomia della volontà. In proposito, ad avviso di chi scrive, occorre partire dalla premessa che le norme di diritto internazionale privato sono destinate ad operare in funzione del processo e dunque sono dirette in via immediata non alle parti bensì al giudice, poiché solo nel corso del processo si rende necessaria una valutazione della fattispecie in senso giuridico (mentre al di fuori di esso le parti agiscono sulla base di impulsi sociali, economici, morali ecc., tra i quali va compresa anche l'aspettativa di quanto il giudice potrebbe decidere in un eventuale giudizio). Ciò significa che, soltanto quando sorga tra le parti una controversia relativa ad un determinato rapporto giuridico, si verificherà concretamente la designazione della legge regolatrice del rapporto, che ciascun giudice è chiamato a svolgere sulla base delle sue norme di conflitto.

La medesima premessa vale evidentemente per la regola dell'autonomia della volontà: quando la norma attribuisce rilevanza alla volontà delle parti per la produzione di un determinato effetto, non

---

*diritto internazionale privato e processuale*, a cura di F. SALERNO, Padova, 1996, p. 210.

<sup>10</sup> Si tratta di teoria sviluppata in particolare da H. BATIFFOL, a partire da *Les conflits des lois en matière de contrats*, Paris, 1938, e poi ripresa in Italia da R. AGO, *Teoria del diritto internazionale privato*, Padova, 1934, p. 192 ss.; G. MORELLI, *Lezioni di diritto internazionale privato*, Padova, 1941, p. 89 ss.; T. PERASSI, "Sull'autonomia dei contraenti", in *Scritti giuridici*, Milano, 1958, II, p. 173 ss.

<sup>11</sup> V. P.M. PATOCCHI, *Règles de rattachement localisatrices et règles de rattachement à caractère substantial*, Genève, 1985, p. 213 ss.; A.E. VON OVERBECK, "Cours general de droit international privé", in *Rec. de Cours*, III, 1982, p. 74 ss.

<sup>12</sup> Così in particolare G. CARELLA, *Autonomia della volontà e scelta di legge nel diritto internazionale privato*, cit., p. 96 ss., che peraltro ritiene possibile richiamarsi all'ordinario meccanismo dell'autonomia conflittuale quanto alla scelta limitata a un certo novero di leggi individuate *a priori*.

<sup>13</sup> Tale posizione risulta sviluppata in P. PICONE, "Autonomia della volontà e pluralità dei metodi di coordinamento tra ordinamenti", cit., poi ripreso, tra gli altri, da G. CARELLA, *Autonomia della volontà e scelta di legge nel diritto internazionale privato*, cit., p. 86 ss.

<sup>14</sup> In materia contrattuale la Corte di giustizia si è fin qui limitata a prendere atto delle ampie possibilità di scelta di legge normalmente concesse alle parti: cfr. sent. 24 gennaio 1991, causa C-399/89, *Alsthom Atlantique*, in *Racc.*, 1991, p. I-107.

siamo di fronte a una manifestazione di un principio di libertà in senso kantiano<sup>15</sup> (che preesiste al diritto e dunque opera sul piano metagiuridico) bensì ad un precetto indirizzato al giudice. Più in particolare, le norme che si riferiscono alla scelta della legge hanno per scopo di consentire al giudice di tener conto, a determinate condizioni, della volontà delle parti – ove risulti – al fine di permettere la designazione delle norme applicabili al rapporto.

Ciò non significa evidentemente che la ragione principale della rilevanza attribuita alla scelta di legge non risieda nel desiderio di assicurare alle parti l'opportunità di un miglior soddisfacimento dei loro interessi. Ma non sempre, come si vedrà, questa esigenza può avere un rilievo pratico nell'interpretazione e nell'applicazione delle norme di diritto internazionale privato fondate sulla volontà delle parti. D'altra parte, se si assume che le norme di diritto internazionale privato abbiano sicura rilevanza essenzialmente in funzione del processo, la comunanza di interessi tra le parti ai fini della realizzazione di un certo obiettivo materiale non può essere sicuramente annoverata tra i dati di partenza, poiché in funzione del processo le parti tenderanno a perseguire interessi diversificati<sup>16</sup>.

8. Nondimeno, appaiono condivisibili le critiche mosse all'idea che l'autonomia della volontà abbia una funzione localizzatrice, poiché non si tratta di individuare un ordinamento che costituisca la sede naturale del rapporto ma di fornire al giudice gli elementi per ricostruire le norme – interne o straniere, ed eventualmente appartenenti anche a ordinamenti diversi – da applicare per decidere la controversia.

D'altra parte, ed in questa stessa prospettiva, non si può non tener conto che la norma di diritto internazionale privato fondata sull'autonomia della volontà non produce soltanto l'effetto positivo di consentire al giudice di individuare le norme applicabili, ma anche quella di determinare una deroga alle norme che il giudice avrebbe dovuto altrimenti applicare. In questo senso assume una certa importanza la configurazione della scelta di una certa legge anche come libertà da una diversa legge<sup>17</sup>.

9. Tuttavia, quest'ultima considerazione non può condurre a condividere l'orientamento che tende a considerare i rapporti giuridici transnazionali in cui le parti abbiano esercitato la scelta di legge – ma soprattutto i contratti internazionali – come completamente delocalizzati e dunque sottratti all'imperio della legge statale. Ad avviso di chi scrive, ad escludere la possibilità di un rapporto giuridico *sans loi* è la circostanza che la dimensione giuridica dello stesso viene in considerazione soltanto quando questo venga sottoposto alla cognizione di un giudice, il quale dovrà tra l'altro applicare le norme di conflitto del suo ordinamento, con la conseguenza che da queste dipenderà la possibilità di dar seguito alle scelte effettuate dalle parti nell'esercizio della loro autonomia<sup>18</sup>, salva la necessità di accertare la validità dell'optio sulla base della legge scelta. Prima e al di fuori della sede giurisdizionale il rapporto è *sans loi* solo nel senso che esso rileva come fenomeno socio-economico, rispetto al quale le norme giuridiche, comprese le norme di conflitto, operano solo al fine di prevedere il probabile esito di un eventuale processo<sup>19</sup>.

Date queste premesse, sembra possibile individuare varie tipologie di norme internazionalprivatistiche fondate sulla volontà delle parti, le quali trovano un concreto riscontro nella disciplina europea dei conflitti di leggi. Tali norme sono espressione di tecniche tra loro diverse, nelle quali può dunque

<sup>15</sup> V., per il richiamo alla filosofia kantiana, P. DE CESARI, *Autonomia della volontà e legge regolatrice delle successioni*, cit., p. 7.

<sup>16</sup> Va peraltro aggiunto che, per stabilire se la norma sull'autonomia della volontà sia ispirata al c.d. metodo della considerazione degli interessi materiali, non pare decisiva la circostanza che il potere di designazione della legge applicabile sia attribuita a tutte le parti del rapporto o a una di esse per ragioni di *favor*. Infatti, la realizzazione degli interessi materiali sottesi alla scelta presupporrebbe la titolarità, in capo al giudice, del potere di correggere una scelta non coerente con tali interessi; ma tale possibilità è normalmente esclusa dagli strumenti oggetto della nostra indagine. L'unico meccanismo di questo genere è prefigurato nell'art. 8, ultimo paragrafo, del Protocollo dell'Aja del 2007 in materia di obbligazioni alimentari, sul quale *infra*, nota 36. In senso diverso, P. PICONE, "Autonomia della volontà e metodi di coordinamento", cit., p. 521 ss.

<sup>17</sup> V., anche per riferimenti, F. JOHNS, "Performing Party Autonomy", in <http://ssrn.com/abstract=1344121>, p. 102 ss.

<sup>18</sup> In particolare, sul problema del contratto *sans loi* v. A.L. CALVO CARAVACA, "El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: cuestiones escogidas", in questa *Rivista*, 2009, 2, p. 52 ss., in specie p. 79 ss., nonché i contributi di G. CARELLA, "Il diritto applicabile ai contratti: norme di conflitto e norme materiali", e S.M. CARBONE, "L'autonomia privata nei rapporti economici internazionali ed i suoi limiti", entrambi in *I rapporti economici internazionali e l'evoluzione del loro regime giuridico*, Napoli, 2008, p. 169 ss.

<sup>19</sup> Tale posizione è stata sostenuta in particolare da W. WHEELER COOK, *The Logical and Legal Basis of the Conflict of Laws*, Harvard, 1942, p. 30 ss.

variare il ruolo attribuito al principio dell'autonomia della volontà. Come subito si vedrà, si ritiene che l'elemento discrezionale tra le varie tecniche discenda essenzialmente dalla differente funzione che sulla base di esse viene concretamente attribuita alla scelta di legge e che può dipendere dal momento in cui la scelta viene formulata ovvero dalle modalità della stessa<sup>20</sup>.

### III. La scelta espressa

**10.** L'ipotesi tipica in cui la volontà delle parti consente la designazione della legge applicabile è costituito dalla scelta c.d. *espressa*, che ricorre con grande frequenza in materia contrattuale ed è presente in tutti gli strumenti normativi proposti o adottati dall'Unione europea in tema di conflitti di leggi<sup>21</sup> (con la sola eccezione del regolamento n. 1346/2000 sulle procedure di insolvenza). Questa tecnica di determinazione della legge applicabile risulta caratterizzata dalla circostanza che le parti manifestano *ex professo* la volontà di prevedere che il rapporto giuridico sia regolato dalle norme di un determinato ordinamento (o di più ordinamenti, ove sia ammesso il *depeçage*); tale manifestazione deve peraltro avvenire nel rispetto dei requisiti di forma posti dalla norma di diritto internazionale privato di volta in volta applicabile.

Ad avviso di chi scrive, alla figura della scelta espressa vengono tuttavia normalmente ricondotte ipotesi tra loro anche significativamente diverse, assumendo che esse siano del tutto identiche nel metodo e differiscano soltanto per il momento in cui ha luogo la designazione della legge applicabile. In realtà, all'interno del concetto di «scelta espressa», come utilizzato nel diritto internazionale privato dell'Unione europea, possono essere delineate, come di seguito si vedrà, tre modalità di manifestazione tra loro distinte.

#### 1. La scelta espressa preventiva

**11.** L'archetipo dell'*optio iuris* è costituito da quella che si può definire scelta espressa *preventiva*, che si realizza allorché le parti interessate individuano la legge applicabile, quale garanzia di prevedibilità, in un momento antecedente al verificarsi dei fatti intorno a cui sorge la controversia sottoposta al giudice. Ciò presuppone evidentemente un incontro di manifestazioni di volontà, che dà luogo ad un negozio giuridico<sup>22</sup> unilaterale o bilaterale, soggetto a requisiti di capacità delle parti e di validità formale e sostanziale<sup>23</sup>.

<sup>20</sup> Secondo P. PICONE, "Autonomia della volontà e metodi di coordinamento", cit., p. 521 ss., dovrebbe tenersi conto anche della distinzione tra scelta illimitata e scelta limitata, poiché la prima si fonderebbe sul metodo della considerazione degli interessi materiali e la seconda sul metodo localizzatore classico. Tale argomentazione non pare convincente, sia perché, come anticipato, il giudice non ha normalmente il potere di correggere una scelta non coerente con l'obiettivo materiale perseguito dalle parti, sia perché non mancano norme che prevedono una scelta limitata ma al contempo mirano, talvolta con scarso esito, a realizzare esigenze di protezione di una delle parti, come accade per i contratti di trasporto di persone e i contratti di assicurazione, sui quali v. *infra*.

<sup>21</sup> Cfr. l'art. 14 del regolamento CE n. 864/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 luglio 2007 sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali; l'art. 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»); l'art. 17 della proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e degli atti pubblici in materia di successioni e alla creazione di un certificato successorio europeo, COM (2009), 154 def.; l'art. 3 della proposta di regolamento UE del Consiglio relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale, COM (2010) 105 def. Anche in materia di obbligazioni alimentari si applicheranno norme che prevedono una scelta espressa di legge, poiché l'art. 15 fa rinvio al Protocollo dell'Aja del 23 novembre 2007 sulla legge applicabile alle obbligazioni alimentari, che contiene due disposizioni che si richiamano a tale tecnica (articoli 6 e 7 del Protocollo).

<sup>22</sup> Nel senso che la scelta di legge in materia contrattuale costituisce un negozio giuridico autonomo rispetto al contratto in cui si inserisce, v., tra i tanti, A.L. CALVO CARAVACA, "El Reglamento Roma I", cit., p. 73 s. Per una posizione critica v. G. CARELLA, *Autonomia della volontà e scelta di legge nel diritto internazionale privato*, cit., p. 96 ss.

<sup>23</sup> In realtà, soltanto il regolamento «Roma I» contiene indicazioni in ordine alla legge applicabile alla capacità delle parti e alla validità formale e sostanziale della scelta di legge, rinviando (art. 3, par. 5) alle corrispondenti norme del regolamento relative alla validità del contratto e alla capacità (articoli 10, 11 e 13). In proposito, è stato sostenuto che le medesime regole dovrebbero applicarsi rispetto agli accordi di scelta di legge stipulati sulla base dell'art. 14 del regolamento «Roma II», data la

Tale negozio – che costituisce talora l'unica forma ammessa di *optio iuris*<sup>24</sup> – ha evidentemente una funzione conflittuale, poiché implica la designazione della legge applicabile a tutte le future controversie tra le parti. Ciò non significa peraltro ricondurre la scelta espressa preventiva al metodo localizzatore, sia perché può essere considerata preventiva anche l'*optio iuris* che sia formulata in un momento successivo alla costituzione del rapporto<sup>25</sup>, sia perché le norme positive ammettono, almeno in materia contrattuale<sup>26</sup>, il *depeçage* volontario<sup>27</sup>.

**12.** Va qui aggiunto che la sussistenza di una funzione tradizionalmente localizzatrice è esclusa anche dalle tecniche su cui si fonda la scelta espressa preventiva. In proposito, è anzitutto indicativo che in materia contrattuale ed extracontrattuale essa sia configurata, in linea di principio, come illimitata, non risultando dunque necessario un collegamento materiale tra la fattispecie e l'ordinamento richiamato<sup>28</sup>. Ciò è dimostrato anche da quanto è previsto dal regolamento «Roma I» in materia di tutela del contraente debole, ove si impone comunque l'applicazione delle norme protettive di un ordinamento considerato particolarmente prossimo alla fattispecie, restando tuttavia intatta per il resto la facoltà di scelta della legge ad opera delle parti<sup>29</sup>.

D'altra parte, anche quando le norme dell'Unione europea circoscrivono a determinati ordinamenti la facoltà di scelta riservata alle parti, come avviene in particolare in materia di contratti di trasporto di persone o di assicurazione<sup>30</sup>, l'ampiezza dei legami considerati rilevanti (non meno di cinque

---

loro qualificazione contrattuale (P. BERTOLI, "Choice of Law by the Parties in the Rome II Regulation", in *Riv. dir. int.*, 2009, p. 697 ss., in specie p. 708); questa posizione pare condivisibile ma non suscettibile di essere estesa alla materia delle successioni e a quella matrimoniale. A tal proposito, merita segnalare che la recente proposta di cooperazione rafforzata in materia di legge applicabile al divorzio e alla separazione personale stabilisce requisiti formali uniformi (forma scritta, presenza della data e della sottoscrizione dei coniugi), ma al contempo ammette requisiti supplementari che possano essere stabiliti dalla legge dello Stato di residenza abituale dei coniugi o di uno di essi.

<sup>24</sup> È il caso della proposta di regolamento relativo alla legge applicabile alle successioni, in cui la scelta della legge applicabile è rimessa, ai sensi dell'art. 17, al *de cuius* (che deve procedervi in forma espressa) e dunque può essere compiuta, ovviamente, soltanto in via preventiva rispetto all'apertura della successione (mentre una diversa soluzione potrebbe prefigurarsi rispetto alla legge applicabile per scelta delle parti ai patti successori ai sensi dell'art. 18, par. 3). In materia matrimoniale la proposta di regolamento ammette la sola *optio iuris* espressa ma consente che essa sia formulata sino al momento dell'instaurazione del giudizio o eventualmente anche nel corso dello stesso. Al contrario, nel regolamento «Roma II» la scelta preventiva della legge applicabile è consentita solo nell'ipotesi speciale in cui «tutte le parti esercitano un'attività commerciale, mediante un accordo liberamente negoziato»: su tale disposizione v. A. DICKINSON, *The Rome II Regulation*, Oxford, 2008, p. 561 ss.

<sup>25</sup> Un'ipotesi tipica potrebbe esser quella della scelta di legge in materia contrattuale che sia negoziata in un momento successivo alla stipulazione del contratto ma antecedente ai fatti che facciano sorgere la controversia (ad esempio, l'inadempimento di uno dei contraenti).

<sup>26</sup> Ritengono che il *depeçage* volontario sia possibile anche in materia di obbligazioni non contrattuali, peraltro in difetto di un fondamento normativo espresso (che parrebbe invece necessario, anche alla luce del tenore testuale dell'art. 3, par. 1, ultima parte, del regolamento «Roma I») P. BERTOLI, "Choice of Law", cit., p. 705; S.C. SYMEONIDES, "Rome II and Tort Conflicts: A Missed Opportunity", in *Amer. Journ. Comp. Law*, 2008, p. 485, il quale individua molte ipotesi di frazionamento sia volontario che *ope legis*. *Contra*, L. DE LIMA PINHEIRO, "Choice of Law on Non-Contractual Obligations between Communitarization and Globalization. A First Assessment of EC Regulation Rome II", in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2008, p. 5 ss., in specie p. 13.

<sup>27</sup> Sulla facoltà delle parti di procedere alla frammentazione della legge applicabile al contratto nel regolamento «Roma I», v. A. GARDELLA, "Art. 3 (I)", in *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»)*, a cura di F. SALERNO e P. FRANZINA, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2009, p. 521 ss. (il commento citato si trova a p. 616 ss.); F. MARRELLA, "Funzione ed oggetto dell'autonomia della volontà nell'era della globalizzazione del contratto", in *La nuova disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti*, cit., p. 15 ss., in specie p. 32 ss.

<sup>28</sup> V. anche H. HEISS, "Party Autonomy: The Fundamental Principle in European PIL of Contracts", in *Rome I Regulation: The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, a cura di F. FERRARI e S. LEIBLE, München, 2009, p. 1 ss., in specie p. 2.

<sup>29</sup> Nel senso che in questi casi si verifica la mera integrazione della legge scelta dalle parti con le norme inderogabili in ipotesi maggiormente protettive della legge applicabile in mancanza di scelta è orientata concordemente la dottrina: v. A.L. CALVO CARAVACA, *El reglamento Roma I*, cit., p. 103; S. MARINO, *Metodi di diritto internazionale privato e tutela del contraente debole nel diritto comunitario*, Milano, 2010, p. 229 ss.; G. PIZZOLANTE, "Art. 6", in *Commentario al regolamento CE n. 593/2008*, cit., p. 601 ss. Se ne fa normalmente derivare che, laddove la legge scelta sia più favorevole al contraente debole, essa continua ad applicarsi senza alcuna interferenza delle norme inderogabili dell'ordinamento designato sulla base di criteri obiettivi.

<sup>30</sup> Sull'autonomia conflittuale limitata in materia assicurativa nel regolamento «Roma I» v. C.M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, "Los contratos de seguro del art. 7 del reglamento Roma I", in questa *Rivista*, 2009, 2, p. 30 ss.; H. HEISS, "Insurance Contracts in "Rome I": Another Recent Failure of the European Legislature", in *Le nouveau règlement européen "Rome I" relatif à la loi applicable aux obligations contractuelles*, a cura di E. CASHIN RITAINE, A. BONOMI, Zürich, 2008, p. 97 ss.; P. PIRODDI, "I

per ciascuna di queste fattispecie) esclude che la scelta dia semplicemente luogo alla designazione di una preesistente *proper law* del rapporto giuridico<sup>31</sup>. La proposta di regolamento in materia di legge applicabile al divorzio e alla separazione personale – che a sua volta consente alle parti di scegliere fra diversi ordinamenti<sup>32</sup> – si inserisce nella medesima linea di indirizzo.

**13.** Di questa ricostruzione si ricava una conferma dalla circostanza che in alcuni casi le norme sembrano chiaramente improntate a valorizzare, più che la scelta della legge applicabile, la deroga alla legge designata sulla base di altri criteri di collegamento. Tale fenomeno appare con chiarezza laddove, come nei regolamenti «Roma I» e «Roma II» sia ammessa la scelta di legge rispetto a fattispecie puramente interne<sup>33</sup>, per le quali viene introdotto il solo temperamento del necessario rispetto delle regole inderogabili appartenenti all'unico ordinamento collegato con la fattispecie<sup>34</sup>. Ma, ad avviso di chi scrive, costituisce un'ipotesi di questo tipo – piuttosto che una norma di conflitto tradizionalmente localizzatrice – quella che si riscontra nella proposta di regolamento in materia di successioni, il cui art. 17 consente al *de cuius* di scegliere di far regolare la sua successione dalla legge nazionale in luogo della legge dello Stato di residenza abituale.

Se si assume, come ci pare necessario, che le norme che ammettono la scelta di legge producano concretamente i loro effetti solo nel contesto di un procedimento giurisdizionale, si può agevolmente concludere che con la scelta espressa preventiva la volontà delle parti opera nel senso di indicare al giudice l'ordinamento (o gli ordinamenti), ivi compreso quello del foro, in cui dovranno essere ricercate le norme applicabili al rapporto<sup>35</sup>.

**14.** A ciò va peraltro aggiunta la precisazione che tale individuazione avviene in astratto e non con riferimento ad uno specifico contenuto del diritto materiale applicabile. Infatti, per quanto non sia

---

contratti di assicurazione tra mercato interno e diritto internazionale privato”, in *La nuova disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti*, cit., p. 247 ss.

<sup>31</sup> Sono critici sull'ampio catalogo di leggi che le parti di un contratto di assicurazione o di trasporto di persone possono scegliere G. CONTALDI, “Il contratto internazionale di trasporto di persone”, in *La nuova disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti*, cit., p. 358 ss., in specie p. 380 ss.; S. MARINO, *Metodi di diritto internazionale privato*, cit., p. 218 ss., per il fatto che in questo modo non potrebbero essere realizzate le finalità protettive delle due disposizioni.

<sup>32</sup> Si tratta della legge dello Stato di residenza abituale dei coniugi (o dell'ultima residenza abituale se uno di essi vi risiede ancora), della legge nazionale di uno dei coniugi o della *lex fori*. I criteri di collegamento coincidono in gran parte con quelli previsti dal successivo art. 4 della proposta per l'ipotesi della mancanza di scelta, ma con la significativa differenza che nel primo caso il collegamento va valutato al momento della conclusione dell'accordo e nel secondo al momento dell'instaurazione del procedimento giurisdizionale.

<sup>33</sup> Ciò non accade nell'ordinamento statunitense, ove l'art. 187 del Restatement (Second) of the Conflict of Laws richiede che «two or more states have an interest in the determination of the particular issue» per dare effetto alla scelta di legge. Per una lettura che tende ad assimilare l'art. 3, par. 3, del regolamento «Roma I» e l'art. 187 appena menzionato, v. G. RÜHL, “Party Autonomy in the Private International Law of Contracts”, cit., p. 9.

<sup>34</sup> Tale temperamento è dovuto all'esigenza di garantire il rispetto degli interessi degli Stati, ma con un'intensità maggiore rispetto agli altri casi di scelta di legge (in cui i regolamenti «Roma I» e «Roma II» assicurano la sola applicazione dei limiti generali dell'ordine pubblico e delle norme di applicazione necessaria) proprio per il carattere puramente interno della fattispecie: v. anche P. BERTOLI, “Choice of Law”, cit., p. 713. Peraltro, tale meccanismo non opera sul piano dell'autonomia internazionalprivatistica, ma sul piano materiale del contenuto del contratto: v. più approfonditamente, G. BIAGIONI, “Art. 3 (II)”, in *Commentario al regolamento CE n. 593/2008*, cit., p. 630.

<sup>35</sup> Ciò pone evidentemente problemi rispetto alle c.d. *floating choice-of-law clauses*, che condizionano la scelta di legge a un evento futuro o la differiscono semplicemente a un momento successivo: rispetto a tali ipotesi è evidentemente necessario ritenere che in tali casi è possibile distinguere la legge applicabile al rapporto in due fasi (quella antecedente all'instaurazione del procedimento di soluzione delle controversie, in cui la legge sarebbe determinata sulla base di criteri obiettivi, e quella successiva, in cui opererebbe la scelta), come fa A.L. CALVO CARAVACA, “El Reglamento Roma I”, cit., p. 75. Infatti, se il procedimento giurisdizionale viene instaurato prima del verificarsi della condizione o della designazione della legge regolatrice, il giudice dovrà individuare la *lex causae* sulla base delle regole basate su criteri oggettivi. Diverso sembra il caso delle clausole che stabiliscono l'applicabilità di leggi diverse a seconda della parte che instauri il procedimento giurisdizionale o arbitrale o del luogo ove esso viene instaurato, che ben possono rientrare nella nozione di scelta espressa preventiva, poiché gli effetti della scelta di legge sono comunque destinati ad operare solo all'interno del processo. Anche in tali ipotesi la scelta si limita a operare nel senso consueto, secondo chi scrive, di consentire al giudice o all'arbitro di individuare l'ordinamento all'interno del quale rinvenire le norme sulla base delle quali giudicare la controversia relativa a quel determinato rapporto giuridico. Su questi problemi rispetto alla convenzione di Roma del 1980, v. A. SARAVALLE, “Clausole con scelta di legge variabile e convenzione di Roma del 1980”, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1995, p. 17 ss.



possibile negare che, anche attraverso la scelta espressa preventiva, le parti intendono designare una legge, oltre che certa, che reputino anche idonea a realizzare i loro interessi, è anche sicuro che le norme positive non consentono al giudice di accertare se la legge scelta corrisponda effettivamente alle aspettative delle parti e, in caso negativo, di non tenerne conto<sup>36</sup>. Risulta dunque prevalente in queste ipotesi l'esigenza di prevedibilità della legge applicabile<sup>37</sup>, anche al fine di garantire alle parti di poter conoscere le conseguenze della loro condotta sulla base delle norme in ciascun momento vigenti nell'ordinamento richiamato.

Ciò è confermato dalla circostanza che la scelta espressa preventiva resta insensibile alle eventuali modifiche delle norme materiali dell'ordinamento richiamato, quali vigevano al momento della scelta stessa<sup>38</sup>. Per questa stessa ragione ci sembra da escludere che alla scelta di legge preventiva possa attribuirsi valore normativo<sup>39</sup>, poiché essa non svolge la funzione di individuare direttamente le norme materiali applicabili, il cui contenuto non è sicuramente prevedibile al momento della scelta.

## 2. La scelta espressa successiva

15. Molte caratteristiche della scelta espressa preventiva si ritrovano anche in quella che si può definire la scelta espressa *successiva*<sup>40</sup>, con la quale le parti designano la legge applicabile al rapporto quando si sono già verificati i fatti che danno luogo alla controversia tra le parti<sup>41</sup>. Si tratta infatti, anche in questo caso, di un atto negoziale attraverso il quale le parti intendono individuare, eventualmente anche col metodo del *depeçage* ove consentito, la legge applicabile al rapporto ai fini di eventuali e futuri procedimenti giurisdizionali<sup>42</sup>. Nel mentre tale tecnica non viene trattata separatamente nel regolamento «Roma I» e nella proposta di regolamento sulla legge applicabile al divorzio e alla separazione personale<sup>43</sup>, essa costituisce il meccanismo ordinario ai sensi dell'art. 14 del regolamento «Roma II», per

<sup>36</sup> Una diversa soluzione si ritrova nell'art. 8, ultimo paragrafo, del Protocollo dell'Aja del 2007 sulla legge applicabile alle obbligazioni alimentari secondo cui «unless at the time of the designation the parties were fully informed and aware of the consequences of their designation, the law designated by the parties shall not apply where the application of that law would lead to manifestly unfair or unreasonable consequences for any of the parties». La disposizione, come si evince dall'inciso iniziale, sembra diretta soprattutto a evitare le possibili incongruenze che conseguano alle modifiche normative interne all'ordinamento richiamato, ma consente al giudice di non tener conto della scelta di legge sulla base di una valutazione *content-oriented*, che trascende le ipotesi di violazione del limite generale dell'ordine pubblico.

<sup>37</sup> V. già M. GIULIANO, «La loi d'autonomie: le principe et sa justification theorique», in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1979, p. 217 ss.

<sup>38</sup> Per questa affermazione e per un esame dei meccanismi che possono sovvenire le parti allorché il nuovo contenuto del diritto materiale applicabile non risponda più alle esigenze dell'operazione economica, v. A.L. CALVO CARAVACA, «El Reglamento Roma I», cit., p. 73 s., il quale nutre dubbi sulla validità delle cc.dd. *freezing clauses*, con cui le parti decidono che al loro contratto (e ora, ai sensi dell'art. 14, par. 2, del regolamento «Roma II», anche all'obbligazione non contrattuale) si applicherà la legge scelta quale vigeva al momento della conclusione dell'*optio iuris*. Sembra in effetti che le norme positive autorizzino soltanto tale lettura, potendo semmai le parti – ove il contenuto della *lex causae* non soddisfi più le loro aspettative – modificare in ogni tempo la scelta, raggiungendo dunque (e ciò non sarà sempre agevole) un nuovo consenso. La modifica della scelta è evidentemente una soluzione ben diversa dall'applicazione di norme non più in vigore a seguito di una *freezing clause* (che va tenuta distinta dal meccanismo della recezione negoziale): diversamente, G. CARELLA, *Autonomia della volontà e scelta di legge nel diritto internazionale privato*, cit., p. 113 s., nella prospettiva della massimizzazione della libertà delle parti di realizzare i loro interessi. Sul problema delle *freezing clauses*, v. anche F. MARRELLA, «Funzione ed oggetto dell'autonomia», cit., p. 48 s., il quale distingue a seconda che tali clausole debbano essere esaminate dal giudice o dall'arbitro.

<sup>39</sup> In senso diverso, P. BERTOLI, «Choice of Law», cit., p. 704 s.

<sup>40</sup> Il riferimento alla scelta «tardiva», contenuto in F. MARRELLA, «Funzione ed oggetto dell'autonomia», cit., *passim*, sembra un residuo del metodo localizzatore tradizionale, che presuppone la necessaria contestualità tra la costituzione del rapporto e la scelta della legge applicabile.

<sup>41</sup> Per questa distinzione già I. VIARENGO, *Autonomia della volontà e rapporti patrimoniali tra coniugi nel diritto internazionale privato*, Padova, 1996, p. 127 ss.; P. PICONE, «Autonomia della volontà e pluralità dei metodi», cit., specialmente p. 527 ss.

<sup>42</sup> Ciò naturalmente non esclude che la scelta abbia effetto retroattivo (in questo senso, in materia contrattuale, tra gli altri, R. BARATTA, «La Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali», in *Dir. Un. Eur.*, 1997, p. 633 ss., in specie p. 653); conseguenza, questa, che è addirittura scontata in materia di obbligazioni non contrattuali, nelle quali la scelta *post eventum* è evidentemente destinata a produrre effetti rispetto all'illecito già verificatosi. Ciò non fa altro che dimostrare che la designazione della legge ad opera delle parti produce effetti ai fini del successivo apprezzamento del giudice.

<sup>43</sup> In entrambi i testi è soltanto contenuta la previsione che la scelta di legge può essere formulata o modificata in ogni momento, e ciò è sufficiente a comprendere la scelta espressa successiva.

l'evidente ragione che in materia non contrattuale le parti non sono di norma legate da un preesistente rapporto giuridico.

**16.** La caratteristica essenziale che la differenzia dalla scelta preventiva consiste nella circostanza che la scelta successiva interviene allorché sono in linea di principio note le norme concretamente applicabili alla fattispecie. Infatti, queste si determinano ordinariamente sulla base del principio *tempus regit actum* e dunque nel momento in cui si verificano i fatti rilevanti ai fini della controversia: ad esempio, l'accertamento del fatto generatore di responsabilità extracontrattuale o dell'inadempimento contrattuale va effettuato sulla base delle norme vigenti al tempo in cui l'uno o l'altro si è verificato.

Ne deriva che, al momento della conclusione del *pactum de lege utenda*, le parti sono, o possono essere, consapevoli del contenuto delle norme materiali applicabili e dunque, ancorché la designazione riguardi formalmente l'ordinamento richiamato, la scelta ricade immediatamente su specifiche norme vigenti ritenute applicabili alla fattispecie. Pertanto, in questo momento le parti si troverebbero meglio collocate per stabilire quale legge può realizzare i loro interessi; ma occorre anche considerare che, essendo già sorta la controversia alla quale dovrà applicarsi la legge designata, le aspettative delle parti risulteranno divergenti e sarà difficile che esse possano condividere tale valutazione di convenienza.

Anche la tecnica della scelta espressa successiva, dunque, sembra in concreto realizzare soprattutto un'ampia garanzia di prevedibilità rispetto a futuri giudizi<sup>44</sup>. Peraltro, la significativa differenza che intercorre rispetto alla scelta preventiva consiste nel fatto che le parti sono (o possono essere) a conoscenza della disciplina apprestata dai diversi ordinamenti. Di conseguenza, esse sono poste in condizione di determinare, sia pure indirettamente, le specifiche disposizioni applicabili, per quanto il giudice resti libero, all'interno dell'ordinamento richiamato, di individuarle in base al principio *iura novit curia*.

### 3. La scelta espressa formulata in sede giurisdizionale

**17.** Va poi tenuta distinta, ad avviso di chi scrive, dalla scelta espressa successiva la scelta espressa *formulata in sede giurisdizionale*. Una chiara bipartizione in tal senso si ritrova in particolare nell'art. 3, par. 4, della proposta di regolamento sulla legge applicabile al divorzio e alla separazione personale<sup>45</sup> e, almeno *in nuce*, nell'art. 7 del Protocollo dell'Aja del 2007 sulla legge applicabile alle obbligazioni alimentari<sup>46</sup>; ma si tratta di un metodo utilizzato anche in materia di obbligazioni contrattuali e non contrattuali<sup>47</sup>.

Tale tecnica presenta anzitutto la peculiarità di attribuire rilevanza, ai fini della designazione della legge applicabile, ad un atto processuale: ciò si riflette sulla disciplina dei requisiti di capacità (ad esempio, la necessità o meno che la scelta venga effettuata dalla parte personalmente) e di validità, che evidentemente dipende dalla *lex fori*<sup>48</sup>. Quest'ultima dunque stabilirà i requisiti di forma dell'atto che contiene la scelta di legge in corso di causa, il termine ultimo entro il quale questa può essere formulata<sup>49</sup>, e così via, salvo che alcuni aspetti siano già regolati dalle norme uniformi.

<sup>44</sup> V. S.C. SYMEONIDES, "Rome II and Tort Conflicts", cit., p. 495, il quale fa espresso riferimento al criterio della «judicial economy».

<sup>45</sup> Stabilisce tale disposizione che «ove previsto dalla legge del foro, i coniugi possono del pari designare la legge applicabile nel corso del procedimento dinanzi all'autorità giurisdizionale».

<sup>46</sup> Il par. 1 prevede che «...the maintenance creditor and debtor for the purpose only of a particular proceeding in a given State may expressly designate the law of that State as applicable to a maintenance obligation»; nonostante che il par. 2 menzioni «a designation made before the institution of such proceedings», non sembra che la disposizione intenda escludere che l'accordo possa essere raggiunto nel corso del procedimento.

<sup>47</sup> Cfr. A. DICKINSON, *The Rome II Regulation*, cit., p. 560 s. È opportuno rammentare che l'art. 7 del regolamento «Roma I», relativo al c.d. danno ambientale, attribuisce, in un'evidente ottica di *favor*, la facoltà di scelta in corso di causa al solo danneggiato.

<sup>48</sup> In questo senso, espressamente l'art. 3, par. 4, della proposta di regolamento in materia di legge applicabile al divorzio e alla separazione personale.

<sup>49</sup> Nel senso che in materia contrattuale essa potrebbe essere effettuata sino alla prima udienza di trattazione della controversia, F. MARRELLA, "Funzione ed oggetto dell'autonomia", cit., p. 59, con gli ulteriori riferimenti bibliografici. Non è chiaro se l'Autore citato intenda così prefigurare una regola uniforme, della quale non viene peraltro indicato il possibile fondamento normativo, o si riferisca al solo ordinamento italiano.

18. Venendo agli effetti dell'*optio* formulata in un procedimento giurisdizionale, essa è in generale assimilabile alla scelta espressa successiva in quanto comporta la designazione di uno o più ordinamenti all'interno dei quali sono già note alle parti le norme materiali applicabili. Tuttavia, poiché in queste ipotesi la scelta viene formulata nel corso di un procedimento giurisdizionale e sulla base di un atto di natura processuale, sembra logico ritenere che i suoi effetti siano limitati allo specifico procedimento nel quale si inserisce. Sebbene nei regolamenti dell'Unione europea – a differenza dell'art. 7 del Protocollo dell'Aja sulle obbligazioni alimentari – non si rinvenga alcuna espressa indicazione in tal senso, non pare infatti possibile immaginare che le parti, scegliendo la legge applicabile nel corso del processo, intendano vincolarsi anche per le future controversie<sup>50</sup>.

#### IV. La scelta tacita o implicita

19. Soltanto i due regolamenti «Roma I» e «Roma II» riconoscono peraltro effetti anche alla scelta *tacita* o *implicita*, cioè a quella scelta di legge che risulta «in modo ragionevolmente certo» dalle circostanze del caso o, secondo l'art. 3 del regolamento «Roma I», anche dalle disposizioni del contratto.

Si ritiene comunemente che con tale tecnica le parti possano pervenire alla formulazione della scelta per comportamenti concludenti<sup>51</sup>, con conseguente riconoscimento, anche in questo caso, della natura negoziale della stessa. In questo senso la dicotomia tra scelta espressa e scelta tacita diviene conseguenza soltanto della diversa forma nella quale le parti manifestano la volontà di rendere applicabile al rapporto una determinata legge.

20. Da tale ricostruzione discende anzitutto che la scelta di legge tacita può aver luogo secondo la medesima scansione temporale della scelta espressa, e dunque può essere preventiva, successiva<sup>52</sup> o in corso di causa. Nelle tre ipotesi, trattandosi di una mera distinzione rispetto alla forma della scelta, e non della sua *ratio*, la funzione corrisponderà di volta in volta a quelle delineate per la scelta espressa: l'astratta individuazione dell'ordinamento la cui legge dovrà trovare applicazione per eventuali controversie nella scelta preventiva; l'individuazione concreta delle norme materiali applicabili alle future controversie nella scelta successiva; l'individuazione concreta delle norme materiali applicabili a un determinato procedimento giurisdizionale nella scelta in corso di causa.

21. Inoltre, la scelta tacita deve – al pari di quella espressa – rispettare analoghe condizioni in materia di capacità delle parti e di validità formale e sostanziale. Tuttavia, a questo proposito ciò che non sempre la dottrina e la giurisprudenza sembrano avvertire è che la scelta tacita presuppone un accertamento assai rigoroso dei comportamenti in cui consiste la manifestazione della volontà e del loro carattere concludente<sup>53</sup>.

22. Questo significa, ad avviso di chi scrive, che la scelta tacita *preventiva* potrà configurarsi soltanto nell'ipotesi, prevista dalla *Relazione Giuliano-Lagarde* ma non frequente nella prassi, in cui un certo tipo contrattuale sia disciplinato da un determinato ordinamento oppure qualora il contenuto

<sup>50</sup>Nel senso che le parti potrebbero tuttavia accordarsi espressamente perché la scelta di legge in corso di causa abbia effetti anche per il futuro, v. P. LAGARDE, commento a Cour de cassation, 4 ottobre 1989, in *Rev. crit. droit int. privé*, 1990, p. 317 ss., in specie p. 322. Cfr. anche N. BOSCHIERO, “Norme di diritto internazionale privato «facoltative»?”, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1993, p. 541 ss., in specie p. 581.

<sup>51</sup>Così, espressamente U. VILLANI, *La Convenzione di Roma sulla legge applicabile ai contratti*, Bari, 1997, p. 67.

<sup>52</sup>Dubita della ammissibilità di una scelta tacita successiva F. MARRELLA, “Funzione ed oggetto dell'autonomia”, cit., p. 71. Tuttavia, occorre considerare che tale possibilità deve considerarsi sicuramente consentita nel regolamento «Roma II», in cui la scelta successiva costituisce, ai sensi del suo art. 14, l'ipotesi ordinaria. Poiché non è verosimile che il regolamento «Roma I» preveda una libertà di scelta più ristretta rispetto alla materia delle obbligazioni non contrattuali, se ne deve concludere che anche nel suo campo di applicazione può farsi luogo a una scelta tacita successiva.

<sup>53</sup>Da questo punto di vista sembra lecito dubitare che attraverso la tecnica della scelta tacita le parti siano in grado di dar luogo ad un frazionamento della legge applicabile al contratto, tenuto anche conto che la prova di comportamenti concludenti diretti a distinguere la legge applicabile alle varie parti sarebbe ben difficile da ottenere.

del contratto, complessivamente considerato, faccia chiaramente emergere la volontà delle parti di sottomettersi a una legge regolatrice. Sotto tale profilo, il rapporto tra recezione negoziale e scelta tacita dev'esser valutato con particolare prudenza, in quanto il richiamo o l'incorporazione di singole norme materiali non potrà sempre considerarsi decisivo ai fini della configurazione di una volontà tacita, anche in ragione delle ampie possibilità di frazionamento del contratto. Nelle materie disciplinate dal regolamento «Roma II» le possibilità di una scelta tacita preventiva, ai sensi dell'art. 14, par. 1, lett. b), appaiono confinate alle ipotesi in cui le parti di un contratto lascino implicitamente – ma inequivocabilmente – intendere che la legge da essi designata debba applicarsi anche alle controversie derivanti da un eventuale illecito civile<sup>54</sup>.

**23.** Non possono invece costituire forme di scelta tacita preventiva né la presenza di clausole di scelta del foro competente, poiché esse non depongono univocamente nel senso che le parti abbiano voluto sottomettersi alla *lex fori*; né tantomeno l'esistenza di un collegamento negoziale<sup>55</sup>, quando questo risulti indipendente dalla volontà dei contraenti. Infatti, la scelta tacita deve comunque consistere in una manifestazione di volontà e non può coincidere con la mera consapevolezza delle parti che il giudice potrebbe applicare una determinata legge.

**24.** La scelta tacita *successiva* potrà configurarsi allorché le parti abbiano convenuto modifiche del contratto, che rendano evidente che esse hanno inteso sottomettersi a una determinata legge applicabile. Allo stesso modo, particolare rilievo va riconosciuto al comportamento *post eventum*, quando se ne possa desumere univocamente una volontà di pervenire alla scelta di legge; in questo contesto pare possibile valorizzare specialmente il contenuto della corrispondenza scambiata tra le parti, quando essa contenga chiari riferimenti alla legge di un certo Stato.

**25.** Va infine considerata ammissibile la scelta tacita *in corso di causa*, ma anche in tal caso il comportamento processuale dovrà essere valutato con cautela, non potendosi desumere dal silenzio delle parti (o di una di esse) una manifestazione di volontà, che dunque non può coincidere con la semplice non contestazione. Al contrario, una determinata legge potrà essere applicata, con effetti limitati al procedimento giurisdizionale, quando nel corso di questo tutte le parti si siano ripetutamente ed esclusivamente riferite ad essa<sup>56</sup>.

## V. Il possibile spazio per la scelta presunta

**26.** La chiara indicazione del regolamento «Roma I» di attribuire una certa rilevanza agli accordi di scelta del foro ai fini della determinazione della *lex voluntatis* sembra peraltro suggerire che nel diritto dell'Unione europea possa ammettersi anche una scelta meramente *presunta*. Com'è noto, infatti, il 12° considerando di tale regolamento prevede che «l'accordo tra le parti volto a conferire a uno o più organi giurisdizionali di uno Stato membro competenza esclusiva a conoscere delle controversie riguardanti il contratto dovrebbe essere uno dei fattori di cui tenere conto nello stabilire se la scelta della legge risulta in modo chiaro»<sup>57</sup>.

Ora, l'individuazione del giudice munito di giurisdizione, quando avvenga senza altre specificazioni, non sembra potersi considerare un comportamento concludente ai fini di una scelta tacita, poiché nella prassi dei rapporti transnazionali è invece ben frequente l'evenienza (della quale le parti saranno normalmente consapevoli) che un giudice sia chiamato ad applicare una legge diversa dalla *lex fori*. Pertanto,

<sup>54</sup> Così, A. DICKINSON, *The «Rome II» Regulation*, cit., p. 561 s.

<sup>55</sup> Diverso è evidentemente il caso in cui le parti di un contratto richiamino *per relationem* le clausole contenute in altro contratto, compresa la scelta di legge, trattandosi di una manifestazione espressa di volontà.

<sup>56</sup> Per un atteggiamento di particolare prudenza nei confronti della scelta tacita in corso di causa v. N. BOSCHIERO, «Norme di diritto internazionale privato «facoltative»?», cit., p. 583 ss., la quale rileva come spesso i giudici si limitino a desumere una volontà tacita o implicita da un comportamento meramente inerte delle parti o addirittura da circostanze obiettive relative al rapporto.

<sup>57</sup> Sui lavori preparatori e sul valore di questo considerando, anche per riferimenti bibliografici, v. A. GARDELLA, «Art. 3(I)», cit., p. 628.

dalla scelta di un giudice, per quanto esclusiva, non può decisamente ricavarsi la volontà di indicare la legge del foro come applicabile al rapporto<sup>58</sup>, poiché non verrebbe manifestata alcuna volontà di designare la legge, né avrebbe senso immaginare un atto negoziale soggetto a requisiti di validità e capacità<sup>59</sup>.

27. Sarebbero dunque le norme uniformi a imporre al giudice di desumere dal fatto noto (scelta del giudice) il fatto ignoto (scelta della legge regolatrice): in sostanza, la volontà delle parti verrebbe ricavata attraverso un procedimento induttivo stabilito dalla norma di conflitto e dunque l'accordo sulla scelta del foro<sup>60</sup> verrebbe ad operare come elemento di collegamento obiettivo da cui ricavare la designazione della legge regolatrice. La *ratio* di una simile equiparazione – rispetto alla quale il riferimento ad una scelta avrebbe valore meramente formale – risulta facilmente comprensibile, sol che si consideri la semplificazione procedurale che ne discenderebbe.

28. L'ambiguità del preambolo del regolamento «Roma I», che non sembra coerente con l'impianto generale dell'atto, non consente di trarre conclusioni certe sul punto; ma non sembra possibile escludere che prevalga un'interpretazione che tenda a far coincidere in maniera pressoché automatica *forum* e *ius* con un meccanismo riconducibile ad una volontà presunta delle parti<sup>61</sup>. Non si può d'altronde dimenticare che un'ipotesi di scelta meramente presunta è costituita anche da quella che gran parte della dottrina ricollega al c.d. collegamento negoziale<sup>62</sup>: anche in tale ipotesi, infatti, manca sovente qualunque manifestazione della volontà dei contraenti e la designazione della legge regolatrice viene fatta risalire, a fini esclusivi di semplificazione, all'obiettiva esistenza del nesso tra i contratti<sup>63</sup>.

## VI. La scelta di legge indiretta attraverso la costituzione di una situazione giuridica

29. Ma un'ulteriore tecnica fondata sulla volontà delle parti può ricavarsi dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, la quale ha desunto direttamente dal Trattato ulteriori possibilità di scelta della legge regolatrice ad opera dei privati dall'interpretazione delle norme primarie in materia di libertà di circolazione.

30. Un primo gruppo di decisioni – le note sentenze *Centros*, *Überseering*, *Inspire Art*, *Cartesio*<sup>64</sup> – si è occupato dello stabilimento delle società in connessione col tema della legge regolatrice della co-

<sup>58</sup> Si è affermato che l'accordo di scelta del foro potrebbe essere valutato ai fini di una scelta tacita unitamente ad altri elementi ricavabili dal contratto (A.L. CALVO CARAVACA, "El Reglamento Roma I", cit., p. 66) e questo sembra essere appunto il significato che le istituzioni europee intendevano attribuire al 12° considerando. Va tuttavia rilevato che, quando la volontà tacita si possa desumere dal complesso delle disposizioni del contratto, l'accordo di scelta del foro eventualmente presente potrebbe certamente essere valorizzato a tal fine anche in mancanza di specifica indicazione interpretativa del regolamento. L'attribuzione di un particolare risalto a questo tipo di accordi sembra dunque doversi spiegare piuttosto come una conseguenza dell'originaria proposta della Commissione, che istituiva un collegamento automatico tra scelta del foro e scelta della legge applicabile.

<sup>59</sup> La volontà di concludere un accordo per la proroga della competenza giurisdizionale non coincide con la volontà di formulare una scelta di legge e dunque essi, anche quando coesistono, sono due negozi distinti. Anche ove si ritenga che all'*electio fori* acceda necessariamente un'*optio iuris*, l'eventuale invalidità determinerebbe non già l'invalidità della seconda, ma la sua inesistenza per mancanza della circostanza obiettiva cui essa si collega.

<sup>60</sup> Da questo punto di vista si dovrebbe tener conto, ai fini della designazione della legge regolatrice, anche di accordi diretti alla scelta del giudice conclusi in forma tacita ai sensi dell'art. 24 del regolamento n. 44/2001, poiché anche qui sussisterebbe la medesima esigenza di far coincidere *forum* e *ius* e la designazione del giudice competente potrebbe essere considerata come frutto della volontà delle parti.

<sup>61</sup> Ritengono che il testo del 12° considerando debba condurre ad escludere che sussista una vera presunzione P. LAGARDE e A. TENNENBAUM, "De la convention de Rome au règlement Rome I", in *Rev. crit. dr. internat. privé*, 2008, p. 737 s.

<sup>62</sup> Per questa posizione v., tra gli altri, A.L. CALVO CARAVACA, "El Reglamento Roma I", cit., p. 68; A. GARDELLA, "Art. 3 (I)", cit., p. 628.

<sup>63</sup> Poiché le parti ben potrebbero aver inteso far regolare il contratto accessorio o collegato da una diversa legge applicabile, la conclusione dello stesso non può in effetti considerarsi un comportamento concludente, significativo ai fini della scelta tacita di legge.

<sup>64</sup> Si tratta, rispettivamente, delle sentenze 9 marzo 1999, causa C-212/97; 5 novembre 2002, causa C-208/00; 30 settembre 2003, causa C-167/01; 16 dicembre 2008, causa C-210/06.

stituzione e del funzionamento delle stesse. In proposito, occorre partire dalla premessa della peculiare natura delle persone giuridiche, le quali vengono ad esistenza per effetto del diritto e sulla base di una manifestazione di volontà dei soci fondatori. Si può pertanto distinguere concettualmente la legge regolatrice del procedimento costitutivo, sulla base della quale ha luogo l'effetto giuridico della creazione della società, e la legge regolatrice del successivo funzionamento dell'ente, una volta personificato.

Ora, le menzionate decisioni hanno evidentemente inteso attribuire rilevanza alla legge scelta dai soci per la realizzazione del procedimento costitutivo, stabilendo che, una volta che questo si sia perfezionato secondo la legge di un determinato Stato membro, la società dovrà essere riconosciuta da tutti gli altri Stati membri<sup>65</sup>. Ciò significa che, nell'esercizio del diritto di stabilimento, i soci fondatori possono scegliere l'ordinamento nel quale si produrrà l'effetto della costituzione della società.

**31.** Una volta determinatosi tale effetto giuridico, al funzionamento della società si applicherà la legge dello Stato secondo il cui diritto essa è stata incorporata. Risulta ad evidenza dalle sentenze *Centros* e *Inspire Art* che l'applicazione di una determinata legge regolatrice dell'attività dell'ente può senz'altro costituire l'obiettivo perseguito dalle parti con l'incorporazione dello stesso in un determinato ordinamento<sup>66</sup>. Ed infatti, come la sentenza *Cartesio* dimostra<sup>67</sup>, la scelta della legge applicabile al funzionamento della società si trova, almeno indirettamente, nella disponibilità delle parti: infatti, la società può sempre scegliere di incorporarsi in un diverso ordinamento e di assoggettarsi a una diversa legge applicabile<sup>68</sup>.

**32.** Ora, la questione della costituzione dell'ente secondo una determinata legge e della sua conseguente incorporazione in tale ordinamento rileva certamente in termini di mutuo riconoscimento delle situazioni giuridiche costituite secondo la legge di un determinato Stato membro<sup>69</sup>. Ma dalle citate pronun-

<sup>65</sup> Il problema del riconoscimento delle società straniere si è posto in particolare nel caso *Überseering*, che riguardava, come noto, una società di diritto olandese che aveva trasferito la sua sede effettiva in Germania ma che si vedeva negato in quest'ultimo Stato il riconoscimento della personalità giuridica acquisita sulla base delle norme olandesi. Nelle sentenze *Centros* e *Inspire Art*, in effetti, le questioni sottoposte alla Corte riguardavano piuttosto le norme applicabili al funzionamento e all'attività dell'ente, mentre il problema del riconoscimento della società secondo la personalità giuridica acquisita in altro Stato membro rimaneva sullo sfondo. La differente valutazione della Corte potrebbe discendere anche dalla circostanza che solo il caso *Überseering* riguardava lo stabilimento primario di una società, mentre nelle altre due decisioni veniva in questione uno stabilimento secondario attraverso la costituzione di una succursale.

<sup>66</sup> Cfr. il punto 18 della sentenza *Centros* e il punto 98 della sentenza *Inspire Art*, che ammettono espressamente la possibilità di costituire una società in altro Stato membro al fine di ottenere l'applicazione di norme ritenute più favorevoli rispetto al capitale sociale o alla responsabilità degli amministratori. Sembra peraltro utile ribadire che tale metodo può anche non comportare una effettiva realizzazione degli interessi materiali perseguiti dalle parti, in quanto il giudice è comunque sfornito della possibilità di valutare se le norme dell'ordinamento prescelto siano concretamente più favorevoli. Su tali sentenze v. anche T. BALLARINO, *Sulla mobilità delle società nella Comunità Europea. Da Daily Mail a Überseering: norme imperative, norme di conflitto e libertà comunitarie*, in *Riv. soc.*, 2003, p. 669 ss.

<sup>67</sup> Tale decisione ha infatti ribadito il precedente della sentenza 27 settembre 1988, causa 81/87, *Daily Mail*, nella quale si era affermato il principio che una società costituita in uno Stato membro non può trasferire la sede mantenendo invariata la legge applicabile se ciò non è consentito dallo Stato membro di incorporazione. Nel caso *Cartesio*, tuttavia, la Corte di giustizia fa il passo ulteriore descritto nel testo, quando afferma che la società resta libera di trasferire la sede quando essa decida di trasformarsi in una società di altro Stato membro variando così la legge applicabile (punto 111 ss.). Su questa sentenza v., tra gli altri, S. CRESPI, *Il trasferimento all'estero della sede delle società: la sentenza Cartesio*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2009, p. 869 ss.; F. MARTÍNEZ RIVAS, "Translado internacional de la sede social en la Unión Europea: del caso *Daily Mail* al caso *Cartesio*. Veinte años no son nada", in questa *Rivista*, 2009, 1, p. 132 ss.

<sup>68</sup> A tale proposito, l'obbligo di mantenere la sede effettiva nel territorio dello Stato di incorporazione, come previsto da alcune legislazioni (ad esempio, quella ungherese in questione nel caso *Cartesio*), dovrebbe considerarsi non correlato ad una norma di diritto internazionale privato, ma piuttosto ad una norma materiale: in pratica, si tratterebbe di una regola sul funzionamento dell'ente, soggetta in quanto tale alla legge dello Stato di incorporazione, come (indirettamente) scelta dalle parti (cfr. anche il punto 105 della sentenza *Cartesio*). Ciò spiegherebbe il motivo per cui nella prospettiva della Corte di giustizia un limite siffatto potrebbe essere imposto dalla legge dello Stato di incorporazione, ma non dalla legge dello Stato della sede effettiva (come ritenuto in particolare nel caso *Überseering*).

<sup>69</sup> È questo il profilo sul quale la dottrina si è in genere soffermata, richiamandosi appunto alla tecnica del "mutuo riconoscimento" ovvero alla teoria di matrice anglosassone dei c.d. *vested rights*: v., senza pretesa di completezza, M. GESTRI, "Mutuo riconoscimento delle società comunitarie, norme di conflitto nazionali e frode alla legge: il caso *Centros*", in *Riv. dir. int.*, 2000, p. 71 ss.; J.J. KUIPERS, "*Cartesio* and *Grunkin-Paul*: Mutual recognition as a vested rights theory based on party autonomy in private international law", in <http://ssrn.com/abstract=1473055>; S. MECHELLI, "Libertà di stabilimento per le società comuni-

ce si ricava non soltanto un meccanismo di produzione di effetti giuridici idonei a circolare – sulla base delle norme primarie del diritto dell'Unione europea – bensì anche una norma che attribuisce rilevanza alla scelta *indiretta* della legge regolatrice del funzionamento della persona giuridica così creata. Si tratta dunque di una norma di diritto internazionale privato, che valorizza sia la possibilità delle parti di designare – in via mediata – la legge applicabile sia la libertà delle stesse di escludere l'applicazione di un'altra legge eventualmente applicabile sulla base di criteri obiettivi<sup>70</sup>. Merita peraltro segnalare che tale norma non possiede carattere universale, potendo apparentemente essere individuata a tal fine soltanto la legge di uno Stato membro.

**33.** Ad avviso di chi scrive, un'analogia scissione tra i due profili potrebbe prefigurarsi anche in materia di tutela del diritto al nome, rispetto alla quale la Corte di giustizia si è anche recentemente pronunciata con la sentenza *Grunkin* per il riconoscimento delle situazioni giuridiche createsi in altro Stato membro<sup>71</sup>. In questa decisione la Corte ha sostanzialmente ritenuto che l'attribuzione del cognome effettuata sulla base della legge di uno Stato membro debba essere riconosciuta negli altri Stati membri, specialmente al fine di evitare le c.d. *limping relationships* nello spazio giuridico europeo.

Ora, anche in tale contesto appare possibile prefigurare la scissione tra il momento della costituzione della situazione giuridica e la successiva disciplina di tale situazione secondo la legge dello Stato di costituzione. È pur vero che la Corte di giustizia non ha, nella decisione in oggetto, fatto esplicito riferimento alla questione di stabilire la legge regolatrice del cognome nella fase successiva alla sua attribuzione<sup>72</sup>; ma sembra logico che, anche in questa ipotesi, debba applicarsi il medesimo principio sopra individuato per le società. Non può d'altronde escludersi che la scelta di una determinata legge per l'attribuzione del cognome possa essere effettuata dalle parti anche in vista del maggiore o minor livello di tutela dello stesso previsto dai vari ordinamenti degli Stati membri<sup>73</sup>.

## VII. La rilevanza del principio di autonomia nel diritto dell'Unione Europea

**34.** Alla luce dell'*excursus* sin qui svolto possono svolgersi alcune considerazioni conclusive sul ruolo della volontà delle parti quale elemento costitutivo di norme di diritto internazionale privato dell'Unione europea.

La circostanza che tutti gli strumenti normativi *ex art. 81 TFUE* e la giurisprudenza della Corte di

---

tarie e diritto societario dell'Unione europea", in *Riv. dir. comm.*, 2000, p. 73 ss.; W.H. ROTH, "From *Centros* to *Ueberseering*: Free Movement of Companies, Private International Law and Community Law", in *Int. comp. law quart.*, 2003, p. 177 ss.

<sup>70</sup> In effetti, la Corte di giustizia non sembra aver mai affermato la possibilità di applicare la legge di uno Stato membro da quello dell'incorporazione a titolo di norme di applicazione necessaria, e dunque in una prospettiva internazionalprivatistica. Nel caso *Centros* essa si è limitata a richiamare la dottrina delle c.d. esigenze imperative, che attiene all'esercizio delle libertà di circolazione ma deve considerarsi formulata in un'ottica estranea ai meccanismi internazionalprivatistici. Nel caso *Inspire Art* si rinviene un fugace riferimento all'applicazione imperativa di alcune norme a società straniere, ma questo meccanismo viene travolto dalla necessaria attuazione della regola fondamentale della libertà di stabilimento (punto 99 ss.).

<sup>71</sup> Sentenza 14 ottobre 2008, causa C-353/06: anche questa decisione ha dato luogo a un gran numero di commenti: si richiamano in questa sede, sempre senza pretesa di completezza, M.D. ORTIZ VIDAL, "El caso *Grunkin-Paul*: notas a la STJUE de 14 de octubre de 2008", in questa *Rivista*, 2009, 1, p. 143 ss.; L. TOMASI, "Il diritto al nome tra libertà di circolazione e diritti fondamentali", in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2009, p. 891 ss.; S. TONOLO, "Il riconoscimento di atti e provvedimenti stranieri concernenti il diritto al nome nell'ordinamento italiano", *ivi*, p. 849 ss.

<sup>72</sup> Analogamente questo profilo non è stato neppure esaminato – né poteva esserlo – dalla Corte di giustizia nella sentenza 2 ottobre 2003, causa C-148/02, *Garcia Avello*. Anche tale decisione, pur formalmente concernente un'ipotesi di modifica di cognome, riguardava in effetti una fattispecie in cui i minori in questione erano stati registrati col cognome formato secondo la legge spagnola presso la sezione consolare dell'Ambasciata di tale Stato in Belgio (punto 16) e dunque era stata esercitata la scelta di tale legge ai fini della costituzione della situazione giuridica. La modifica del cognome belga doveva dunque servire soltanto ad adeguarlo all'attribuzione dello stesso già effettuata sulla base della legge spagnola. Su questa sentenza v. S. TONOLO, "La legge applicabile al diritto al nome dei bipoliti nell'ordinamento comunitario", in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2004, p. 957 ss.

<sup>73</sup> Ciò secondo il meccanismo della "concorrenza tra ordinamenti" o *regulatory competition* individuata da gran parte della dottrina come frutto delle sentenze sopra citate in materia di diritto societario: v., tra gli altri, M. BENEDETTELLI, "«Mercato» comunitario delle regole e riforma del diritto societario italiano", in *Riv. dir. soc.*, 2003, p. 701 ss.; C. KIRCHNER, R. PAINTER, W. KAAL, "Regulatory Competition in EU Law after *Inspire Art*: Unbundling Delaware's Product for Europe", in <http://ssrn.com/abstract=617681>.

giustizia riconoscano alle parti un notevole margine di scelta per la designazione della legge applicabile al loro rapporto comporta che il principio di autonomia possa essere considerato un elemento fondante dell'ancora embrionale sistema di diritto internazionale privato dell'Unione europea<sup>74</sup>. La facoltà dell'*optio iuris* è giunta infatti a trascendere ormai la materia dei rapporti economici (nella quale la sua presenza può considerarsi consueta), estendendosi, pur con tratti differenziati, a settori tradizionalmente permeati di considerazioni pubblicistiche, come il diritto di famiglia o il diritto delle successioni<sup>75</sup>, o inerenti a diritti della personalità<sup>76</sup>, come il diritto al nome.

**35.** Questo dato sembra da solo sufficiente a distinguere il diritto internazionale privato dell'Unione europea dalle leggi nazionali in tale materia, che in genere non attribuiscono portata generale all'autonomia della volontà, nonostante la sua accresciuta rilevanza. Naturalmente, non si può escludere che in alcune materie le istituzioni europee reputino non opportuno consentire la scelta della legge applicabile, in quanto non sembrano esistere norme primarie che impongano l'applicazione di tale principio. Tali non possono infatti considerarsi i principi del Trattato in materia di libertà di circolazione: in effetti un quadro normativo teso alla massima attuazione del principio dell'autonomia della volontà risulta senz'altro coerente con tali principi, ma fra questi due gruppi di norme pare piuttosto sussistere un reciproco condizionamento, poiché in taluni casi le norme di conflitto fondate sulla scelta delle parti favoriscono una più ampia realizzazione degli obiettivi delle libertà fondamentali, come accade in materia contrattuale; in altri casi queste ultime creano i necessari presupposti per l'esplicazione dell'autonomia delle parti.

**36.** Tuttavia, sembra che si possa affermare che è in atto una chiara tendenza a superare l'idea che sia lo Stato a determinare il rispettivo campo di applicazione delle norme interne e delle norme straniere, assoggettandovi così gli individui a seconda della natura e delle caratteristiche del rapporto. Al contrario, appare sempre più frequente la possibilità che siano questi ultimi a determinare la legge applicabile, la cui designazione si giustifica non più con una astratta e armoniosa distribuzione della competenza normativa nello spazio, ma con la realizzazione di esigenze differenziate delle parti.

In questo senso depongono in particolare la frequente previsione di una facoltà di scelta illimitata, che consente alle parti di prescindere dall'esistenza di un collegamento materiale con l'ordinamento richiamato e di esercitare pienamente la loro libertà di designazione della legge regolatrice; ma anche l'uso di tecniche differenziate, il cui effetto pratico è (anche) quello di estendere i margini di applicazione del principio dell'autonomia della volontà.

**37.** Non può d'altronde dimenticarsi che a questa tendenza si accompagna la sempre maggior valorizzazione di criteri di collegamento obiettivi che, a differenza del tradizionale legame di cittadinanza, restano ampiamente nella disponibilità delle parti in quanto presentano un fondamento volontaristico, come accade in particolare per la residenza abituale<sup>77</sup> o la sede statutaria delle società. Rispetto a queste norme di conflitto fondate sul principio di autonomia, il ruolo degli strumenti di diritto internazionale privato appare sempre più diretto a definire i limiti alle possibili scelte delle parti, ma ciò avviene da un lato depotenziando gli istituti tradizionali<sup>78</sup> quali l'ordine pubblico<sup>79</sup> e le norme di applicazione necessaria<sup>80</sup> e dall'altro attuando

<sup>74</sup> V. anche F. MARRELLA, "Funzione ed oggetto dell'autonomia", cit., p. 17 ss.

<sup>75</sup> Per l'introduzione di una regola sulla scelta di legge in questa materia si pronunciava già A. DAVI, "L'autonomie de la volonté en droit international privé des successions dans la perspective d'une future réglementation européenne", in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2004, p. 473 ss.

<sup>76</sup> Sull'esclusione dei diritti della personalità dal regolamento «Roma II» v. O. FERACI, "La legge applicabile alla tutela dei diritti della personalità nella prospettiva comunitaria", in *Riv. dir. int.*, 2009, p. 1020 ss.

<sup>77</sup> Per un'analisi del concetto di «residenza abituale» e delle peculiari modalità con le quali esso è utilizzato nel regolamento «Roma I», v. F. MARONGIU BUONAIUTI, "Art. 19", in *Commentario al regolamento CE n. 593/2008*, cit., p. 892 ss.

<sup>78</sup> A ciò deve aggiungersi il generalizzato rifiuto del rinvio negli strumenti sin qui adottati: tale scelta, giustificata dall'allineamento con le convenzioni di diritto internazionale privato uniforme, nonché con esigenze di certezza del diritto e di semplificazione (così, P. FRANZINA, "Art. 20", in *Commentario al Regolamento CE n. 593/2008*, cit., p. 904 ss.), produce l'effetto pratico di consentire una attuazione piena dell'*optio iuris* eventualmente formulata dalle parti, come accade anche in base all'art. 13 della legge italiana n. 218/1995.

<sup>79</sup> Sulla necessità di un'interpretazione restrittiva del limite dell'ordine pubblico ci sia permesso rinviare a G. BIAGIONI, "Art. 21", in *Commentario al Regolamento CE n. 593/2008*, cit., p. 911 ss., in specie p. 916 s.

<sup>80</sup> Sulla definizione contenuta nel regolamento «Roma I» v., tra i tanti, A. BONOMI, "Le norme di applicazione necessaria



meccanismi di contrasto alla frode alla legge nazionale, in situazioni particolarmente gravi, e allo stesso diritto dell'Unione europea<sup>81</sup>.

**38.** Peraltro, allo stato non è agevole prefigurare quali possano essere gli sviluppi futuri che riguarderanno l'autonomia della volontà nel diritto internazionale privato dell'Unione europea. Da un lato, le proposte di regolamento sulla legge applicabile alle successioni e sulla legge applicabile al divorzio e alla separazione personale sono ancora ben lontane dall'approvazione e l'esperienza dei regolamenti «Roma I» e «Roma II» dimostra che nel corso dell'*iter* legislativo sono possibili modifiche anche significative sul contenuto e sull'impianto delle norme; pertanto, la configurazione della libertà di scelta della legge regolatrice in tali materie deve considerarsi per il momento solo indicativa. Dall'altro, gli strumenti sin qui adottati lasciano ampi margini applicativi al principio dell'autonomia della volontà, consentendo alle parti di fare uso di meccanismi anche particolarmente sofisticati; non è tuttavia possibile prevedere in quale misura la prassi dei rapporti transnazionali sarà in grado di sfruttare il rilevante potenziale delle tecniche internazionalprivatistiche utilizzate nei regolamenti «Roma I» e «Roma II».

Non può infine sottacersi che l'attuale mancanza di pronunce interpretative della Corte di giustizia rispetto agli strumenti normativi sin qui adottati impedisce di trarre conclusioni definitive sulla portata che essa vorrà riconoscere alla priorità dei meccanismi di designazione della legge applicabile sulla base della volontà delle parti<sup>82</sup> – per il momento valorizzata soprattutto in settori in cui non sono presenti norme di conflitto uniformi dell'Unione europea.

**39.** Ci pare tuttavia auspicabile che l'evidente preferenza per il metodo della designazione volontaria della legge applicabile non conduca, sull'assunto che solo essa possa condurre alla massima attuazione delle libertà di circolazione, a giustificare ricostruzioni radicali che fanno del diritto internazionale privato uno strumento interamente disponibile nelle mani dei privati, risolvendosi il ruolo della legge nella mera supplenza in caso di mancata scelta delle parti e nella definizione dei limiti alla scelta stessa. Pare infatti che in questo caso si finirebbe per sostituire alla criticata “onnipotenza del legislatore” di matrice positivista<sup>83</sup> una “onnipotenza delle parti”, che potrebbe egualmente rivelarsi suscettibile di dar luogo ad uno sbilanciamento della disciplina di conflitto dei rapporti transnazionali.

---

nel regolamento Roma I”; in *La nuova disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti*, cit., p. 201 ss.; A.L. CALVO CARAVACA, “El Reglamento Roma I”, cit., p. 114 ss., e P. DE CESARI, “«Disposizioni alle quali non è permesso derogare convenzionalmente» e «norme di applicazione necessaria» nel regolamento Roma I”, in *Nuovi strumenti del diritto internazionale privato – Liber Fausto Pocar*, Milano, 2009, p. 261 ss. È singolare la circostanza che nelle recenti proposte di regolamento in materia di successioni e di legge applicabile al divorzio e alla separazione personale niente sia previsto in ordine alle norme di applicazione necessaria.

<sup>81</sup> Sul tema, ampiamente N. BOSCHIERO, “I limiti al principio d'autonomia”, cit., p. 73 ss.

<sup>82</sup> Il termine «priorità» è utilizzato da Corte di giustizia, sent. 6 ottobre 2009, causa C-133/08, *ICF*, punto 24.

<sup>83</sup> Sul punto, v. le critiche di G. CARELLA, *Autonomia della volontà e scelta di legge nel diritto internazionale privato*, cit., p. 36 ss.