

LA SCELTA TACITA DELLA LEGGE APPLICABILE AL CONTRATTO SECONDO IL REGOLAMENTO ROMA I

THE TACIT CHOICE OF THE LAW APPLICABLE TO A CONTRACT UNDER THE ROME I REGULATION

PIETRO FRANZINA

*Professore associato di diritto internazionale
Università di Ferrara*

Recibido: 19.07.2016 / Aceptado: 28.07.2016

DOI: <http://dx.doi.org/10.20318/cdt.2016.3257>

Riassunto: In base all'art. 3, par. 1, del regolamento (CE) n. 593/2008 del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I), la scelta della legge regolatrice del contratto, compiuta dalle parti, può essere espressa o risultare con chiarezza dalle disposizioni del contratto o dalle circostanze del caso. Lo scritto esamina le principali questioni suscitate dalla *electio iuris* tacita in materia di contratti. Dopo aver chiarito che la scelta tacita contemplata dal regolamento va tenuta distinta dalla scelta ipotetica, cioè dalla scelta che le parti avrebbero plausibilmente posto in essere se avessero concluso fra loro un accordo a questo proposito, l'articolo passa ad affrontare il problema della funzione della norma del regolamento concernente la scelta tacita. Tale norma, si osserva, non concerne la validità formale del negozio di scelta (che costituisce l'oggetto dell'art. 11 del regolamento, in virtù del richiamo di cui all'art. 3, par. 5), quanto piuttosto la prova dell'esistenza e del contenuto di tale negozio. L'attenzione si sposta quindi sugli indizi che l'interprete può legittimamente porre a fondamento del ragionamento suscettibile di condurlo ad affermare l'esistenza di una scelta tacita (le "disposizioni del contratto" e le "circostanze del caso") e sul metro di valutazione che egli deve utilizzare nell'apprezzare tali indizi.

Parole chiave: contratti, conflitto di leggi, autonomia privata, validità formale degli accordi di scelta di legge, prova dell'esistenza e del contenuto degli accordi di scelta di legge.

Abstract: Pursuant to Article 3, paragraph 1, of regulation (EC) No 593/2008 of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I), a choice of law by the parties may either be made expressly or be clearly demonstrated by the terms of the contract or the circumstances of the case. The article addresses the main issues that surround a tacit choice of law made in connection with a contract. It begins by clarifying that the tacit choice envisaged by the regulation cannot be confused with a hypothetical choice, that is the choice that the parties would have plausibly made, had they entered into an agreement in this respect. The article goes on to discuss the function performed by the provision of the regulation which contemplates the possibility of a tacit choice: this provision, it is contended, is not concerned with the formal validity of the choice-of-law agreement (a matter which is covered by Article 11 of the regulation, pursuant to the reference made in Article 3, paragraph 5), but rather with the way in which evidence may be given of the existence and content of such an agreement. The focus finally shifts to the sources of evidence that the interpreter may resort to as a means to assert that a tacit choice of laws has actually been made by the parties (the "provisions of the contract" and the "circumstances of the case"), and to the standards that he must use to assess the elements gathered for that purpose.

Keywords: contracts; conflict of laws; party autonomy; formal validity of choice-of-law agreements; evidence regarding the existence and content of choice-of-law agreements.

Sommario: I. Il valore giuridico del silenzio nel regolamento Roma I. II. La scelta tacita: una scelta reale, non ipotetica. III. La funzione della norma sulla scelta tacita: non una norma in tema di forma, ma una norma in tema di prova. IV. Gli elementi idonei a rilevare l'esistenza e il contenuto di una scelta tacita, ed i parametri da impiegare per il loro apprezzamento. 1. Gli indizi rilevanti: A) le disposizioni del contratto; B) le circostanze del caso. 2. Il metro di valutazione degli indizi.

I. Il valore giuridico del silenzio nel regolamento Roma I

1. Il contratto, dice l'art. 3, par. 1, del regolamento (CE) n. 593/2008 del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I), "è disciplinato dalla legge scelta dalle parti". Il secondo periodo del medesimo art. 3, par. 1, aggiunge che la scelta, ove non sia "espressa", deve risultare "chiaramente dalle disposizioni del contratto o dalle circostanze del caso".

2. Come la convenzione di Roma del 19 giugno 1980, che ne costituisce il predecessore, anche il regolamento Roma I sottende un chiaro favore per l'autonomia privata¹. Prefigurando la possibilità di una scelta tacita, sia pure circondata da particolari cautele, il regolamento mira in ultima analisi a facilitare l'autodeterminazione dei contraenti. L'idea è che, se le parti hanno maturato una comune intenzione circa la legge regolatrice del rapporto, questa loro volontà dovrebbe poter avere rilievo anche quando per qualche ragione essa sia rimasta inespressa, cioè non sia stata veicolata da parole (messe per iscritto o semplicemente pronunciate) o da altri segni o gesti inequivocabilmente idonei a comunicare, secondo regole sociali condivise, il consenso di chi li ha posti in essere (ad esempio, un gesto di assenso fatto col capo subito dopo la richiesta dell'altra parte di pronunciarsi su una sua proposta relativa alla legge applicabile al contratto)². L'autonomia, proprio perché principio cardine del regime europeo dei conflitti di leggi in materia di contratti, dovrebbe poter essere esercitata in modo ampio e libero: stando a un assunto che il legislatore europeo sembra accogliere senza riserve, ma che suscita in una parte della dottrina delle vivissime perplessità, i benefici della *lex voluntatis* – compresa la certezza delle situazioni giuridiche nascenti dal contratto – si producono, infatti, anche quando la volontà delle parti non si è manifestata in modo espresso³.

3. Di fatto, attraverso l'art. 3, par. 1, secondo periodo, il regolamento segnala che le volontà costitutive di una *electio iuris* non devono necessariamente essere portate da espressioni verbali, o dai

¹ Sul punto, v. per tutti A. GARDELLA, "Art. 3 (Libertà di scelta)", in *Regolamento CE n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali ("Roma I") – Commentario*, a cura di F. Salerno e P. Franzina, in *Nuove leggi civili commentate*, 2009, p. 613.

² Come rileva M.S. GORETTI, *Il problema giuridico del silenzio*, Milano, 1982, p. 8 ss., il criterio normale di conoscenza dei fatti umani "si può ricondurre a un procedimento induttivo, per cui da una espressione esterna si giunge alla cognizione della realtà interna, in quanto ogni fatto ha la sua realtà in una 'rappresentazione'". Tale procedimento induttivo si effettua con facilità nell'ipotesi normale della coincidenza tra manifestazione esteriore e realtà interiore. Il procedimento si rivela difficile, invece, quando la manifestazione esteriore non appare chiaramente indicatrice del rapporto che lega quest'ultima all'interna realtà, ad esempio perché il soggetto sollecitato a pronunciarsi risponde in modo evasivo o serbi il silenzio. Vi sono fatti umani "che indicano chiaramente il loro stesso contenuto interno, presentandosi nel mondo empirico con una loro personalità ben delineata e netta": sono, questi, i "fatti a interpretazione primaria", nel cui ordine si situa la parola. E vi sono, di contro, dei "fatti incerti, male afferrabili, dai contorni sfumati", come il silenzio. Senonché, anche il silenzio, lungi dall'essere uno spazio vuoto, è capace di recare un significato, segnatamente "quando si pone in un contesto di relazione, quando diviene il fatto di una persona con la quale si può stabilire un certo rapporto", in particolare come risposta ad una pretesa o attesa. I sistemi privatistici nazionali conoscono la distinzione fra l'atto "parlato" e l'atto "muto", e la usano – per esempio – in relazione all'accettazione dell'eredità o all'accettazione dell'offerta contrattuale. V. in argomento da ultimo, con questo linguaggio, R. SACCO, *Il diritto muto: neuroscienze, conoscenza tacita, valori condivisi*, Bologna, 2015, p. 89 ss.), che ripercorre l'emersione della categorie del fatto concludente, e il tentativo di concettualizzazione che fa capo alla nozione di negozio di volontà, o *Willensgeschäft*, che – pur non concretandosi in una dichiarazione – ha i connotati del negozio, "perché nell'attuazione sarebbe insita una volontà, e l'ordinamento riconetterebbe a questa volontà un effetto ad essa simmetrico". V. su tutta la tematica anche E. FERRERO, "Dichiarazione espressa", "dichiarazione tacita" e autonomia privata, Torino, 1974.

³ In termini fortemente critici circa l'ammissibilità di una scelta di legge tacita, v. di recente, anche per altri riferimenti, T. AZZI, "La volonté tacite en droit international privé", in *Travaux du Comité français de droit international privé*, 2010-2012, p. 147 ss.

segni grafici con cui tali espressioni sono raffigurate e documentate. L'esistenza e il contenuto della concorde volontà delle parti possono essere determinati, se del caso, anche tramite un'inferenza, cioè attraverso un procedimento logico in virtù del quale l'interprete, muovendo da un dato fattuale (il fatto che le parti hanno tenuto un certo comportamento, hanno usato nei loro rapporti certe parole etc.), giunge a una conclusione – che si vuole persuasiva – circa la comune volontà dei contraenti in ordine alla legge applicabile al contratto⁴.

II. La scelta tacita: una scelta reale, non ipotetica

4. La scelta tacita, come si legge nella relazione illustrativa della convenzione di Roma del 1980 redatta da Mario Giuliano e Paul Lagarde, va intesa alla stregua di una scelta reale, non di una finzione giuridica⁵.

Di fatto, la norma del regolamento che consente di affermare l'esistenza e il tenore di una *electio iuris* a partire “dalle disposizioni del contratto o dalle circostanze del caso” ha vocazione ad applicarsi solo quando le parti si siano consapevolmente determinate nel senso di assoggettare il loro rapporto alla legge di un dato paese, ed abbiano semplicemente ommesso di tradurre questo loro incontro di volontà in uno o più enunciati linguistici o in altri segni immediatamente espressivi della loro volontà.

5. In questo senso, come ancora si dice nella relazione Giuliano - Lagarde⁶, e come hanno ripetuto in varie occasioni i giudici degli Stati membri⁷, la scelta tacita non va confusa con la scelta ipotetica, o presunta. Mentre la scelta tacita è una scelta vera, cioè una scelta effettivamente compiuta dalle parti, la scelta ipotetica è appena una scelta virtuale, cioè una scelta che un osservatore esterno giudicherebbe probabile senza tuttavia aver verificato (e, al limite, senza ritenere di dover verificare) se la stessa sia stata davvero posta in essere. La scelta ipotetica, in altri termini, è la scelta che, agli occhi di un terzo, le parti avrebbero plausibilmente posto in essere se si fossero interrogate sulla legge applicabile e si fossero risolte a compiere una scelta.

La scelta tacita – l'unica contemplata dal regolamento – esige dunque di essere accertata sulla base della realtà dei rapporti fra le parti, verificando se i contraenti abbiano davvero maturato una concorde intenzione circa la legge deputata a regolare il contratto. Esula, invece, dal novero delle indagini consentite dall'art. 3 del regolamento un esame delle circostanze che miri ad individuare, secondo qualche parametro oggettivo ed astratto (il parametro della ragionevolezza o quello dell'*id quod plerumque accidit*), il contenuto che le parti avrebbero dato a un loro eventuale accordo circa la legge regolatrice del contratto se mai fossero avvenute a un accordo siffatto.

⁴ La scelta tacita si distingue, quanto meno concettualmente, da una scelta espressa di cui però risulti ambiguo il significato. L'art. 3, par. 1, secondo periodo, del regolamento sembra volersi applicare al primo dei due fenomeni, non al secondo. L'ipotesi della *electio* espressa ma ambigua pone essenzialmente un problema di ermeneutica negoziale, occorrendo capire quali criteri debbano guidare l'interprete nella determinazione del significato della comune volontà delle parti. In questa sede basti rilevare che il regolamento non stabilisce, a questo fine, dei criteri propri. Sembra pertanto inevitabile, fare appello ai criteri di interpretazione degli atti di autonomia fissati a livello statale, più precisamente – in forza dell'applicazione (analogica, se del caso) dell'art. 12, par. 1, lett. a), del regolamento – la *lex contractus*, quale risulta designata, almeno *prima facie*, dall'accordo delle parti. In pratica, seguendo un ragionamento caratterizzato da una certa circolarità, l'interprete, posto di fronte a una *electio* che pare designare la legge del paese X, utilizza, per ricostruire la comune intenzione delle parti, i criteri ermeneutici della stessa legge X. Ove l'ambiguità sia tale da non consentire neppure l'individuazione di una legge “apparentemente” designata dalle parti, occorrerà concludere che le parti non hanno concluso, espressamente, alcuna scelta. Si tratterà allora di vedere se possa dirsi formata una scelta tacita e, in mancanza di indizi idonei a giustificare un'affermazione di questo genere, individuare la legge regolatrice del contratto mediante i pertinenti criteri obiettivi.

⁵ In Gazz. uff. *Comunità eur.*, n. C 282 del 31 ottobre 1980, p. 1 ss., *sub art. 3, n. 3*. L'assunto trova concorde la dottrina: v. per tutti, in proposito, U. VILLANI, *La convenzione di Roma sulla legge applicabile ai contratti*, 2ª ed., Bari, 2000, p. 67, e A.-L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. II, 16ª ed., Granada, 2016, p. 905.

⁶ *Op. loc. cit.*

⁷ V. ad esempio *Aeolian Shipping SA v ISS Machinery Services Ltd* [2001] EWCA Civ 1162 e, più recentemente, *Lawlor v Sandvik Mining & Construction Mobile Crushers and Screens Ltd* [2012] EWHC 1188 (QB), confermata da *Lawlor v Sandvik Mining & Construction Mobile Crushers and Screens Ltd* [2013] EWCA Civ 365.

6. Nel sistema del regolamento, la *electio* tacita integra a tutti gli effetti una scelta di legge. Essa si colloca all'interno del perimetro dell'autonomia, rimanendo del tutto estranea, come tale, al regime delle norme obiettive. In sostanza, se le parti hanno inteso avvalersi della libertà di scelta riconosciuta dall'art. 3, la loro volontà potrà essere ricostruita, se del caso, anche a partire dalle "disposizioni del contratto" o dalle "circostanze"; se però abbiano rinunciato a tale libertà, o non siano pervenute ad accordarsi per avvalersene, la legge applicabile al contratto andrà determinata in base alle pertinenti disposizioni obiettive, come quelle racchiuse nell'art. 4⁸.

Dire il contrario, consentendo all'interprete di lavorare sulle "disposizioni del contratto" e le "circostanze del caso" anche là dove manchino in partenza i segni di una reale autodeterminazione dei contraenti, significherebbe affidare all'interprete il compito di "supplire" a un'inesistente volontà dei contraenti, realizzando il programma che – ad avviso dello stesso interprete – gli stessi contraenti avrebbero probabilmente posto in essere se solo avessero voluto concordemente qualcosa. Il regolamento, come già la Convenzione, non segue questo approccio, ed anzi risolutamente lo rigetta, sempre in nome del principio di autonomia: se una volontà c'è, anche inespressa, quella volontà va rispettata; se però non c'è, occorre prenderne atto e conseguentemente lasciare spazio, senza finzioni, alle norme di conflitto obiettive, quelle deputate ad operare, come si dice per l'appunto nell'art. 4, "in mancanza di scelta"⁹.

III. La funzione della norma sulla scelta tacita: non una norma in tema di forma, ma una norma in tema di prova

7. L'art. 3, par. 1, secondo periodo, del regolamento Roma I si occupa delle modalità espressive della scelta di legge. Ciò potrebbe indurre taluno a pensare che il regolamento, con la disposizione in esame, abbia inteso disciplinare la *validità formale* del negozio di scelta, cioè i caratteri esteriori che l'accordo delle parti deve rivestire per poter essere considerato valido.

8. La supposizione, legittima, si dimostrerebbe errata. Sarebbe legittima perché, in linea di principio, nulla impedisce al legislatore dell'Unione di subordinare la validità del *pactum de lege utenda* al rispetto di particolari requisiti formali, da esso stesso enunciati. Ciò è quanto accade, per esempio, nell'ambito del regolamento (UE) n. 1259/2010 del 20 dicembre 2010 relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale (Roma III). L'art. 7, par. 1, di tale regolamento stabilisce che, in mancanza di più rigide prescrizioni nella legge nazionale pertinente (individuata attraverso i paragrafi 2, 3 e 4 dello stesso art. 7), l'accordo sulla legge regolatrice della separazione personale o del divorzio, contemplato dall'art. 5 di quello stesso regolamento, dev'essere "redatto per iscritto, datato e firmato da entrambi i coniugi"¹⁰.

⁸ La linea che divide il campo della *lex voluntatis* dal campo delle regole di conflitto obiettive – cioè l'area della scelta da quella della *non scelta* – non è sempre stata tracciata, nella storia delle idee del diritto internazionale privato, con la nettezza che la connota oggi. Una posizione ben nota, che si è soliti ricondurre alla figura di H. BATIFFOL (di cui v., al riguardo, *Le rôle de la volonté en droit international privé*, Paris, 1957, p. 71 ss.), postula che la legge applicabile al contratto dipenda sempre, per sua natura, dalla localizzazione obiettiva del rapporto, salvo ammettere che la volontà delle parti possa incidere sul processo di localizzazione, orientandolo. La dialettica fra scelta tacita (ma reale) e scelta ipotetica (mero riflesso di un ancoraggio obiettivo della fattispecie a un dato ambiente sociale ed economico, che l'interprete "scopre", se del caso, sulla base delle manifestazioni di volontà delle parti) rispecchia le difficoltà che hanno circondato l'elaborazione della moderna concezione dell'autonomia privata nei conflitti di leggi, evocando la contrapposizione tra spinte volontaristiche (inclinati a favorire una larga autodeterminazione dei singoli, purché basata su un reale consenso comune) e la salvaguardia dell'autorità del diritto obiettivo (declinabile, sì, in funzione della proiezione geografica della fattispecie, ma non assoggettabile – pena il venir meno della sua natura precettiva – alle determinazioni del singolo).

⁹ Per usare le parole di N. JOUBERT, "Le choix tacite dans les jurisprudences nationales: vers une interprétation uniforme du règlement Rome I", in *Le règlement communautaire "Rome I" et le choix de la loi dans les contrats internationaux*, a cura di S. Corneloup e N. Joubert, Paris, 2011, p. 231, il principio di autonomia "pose, concernant la question du choix tacite, deux exigences: d'une part, que soit reconnu le choix effectué par les parties (afin précisément de ne pas déjouer leurs prévisions), mais, d'autre part, que ne soient pas imposées aux parties les conséquences d'un choix qu'elles n'auraient pas réellement effectué – ou en tout cas pas d'un commun accord".

¹⁰ Un'analogia soluzione viene seguita dall'art. 23 del regolamento (UE) 2016/1103 del 24 giugno 2016, che attua la cooperazione rafforzata nel settore della competenza, della legge applicabile, del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni

Senonché, in materia di contratti, il legislatore europeo ha creduto di dover intraprendere, per quanto concerne la forma dell'*electio iuris*, una strada diversa. Anziché introdurre dei requisiti autonomi (ossia non legati alle norme interne di questo o quel paese), il regolamento Roma I ha optato per una soluzione di tipo conflittuale¹¹. Ha cioè dato rilievo, a questo fine, alla disciplina in materia di forma stabilita dalla legge statale identificata mediante un'apposita norma di conflitto: quella dettata dallo stesso regolamento per dirimere i conflitti di leggi relativi alla validità formale dei contratti, in generale¹².

9. Ciò emerge, in termini che paiono inequivocabili, dal combinato disposto dell'art. 3, par. 5, e dell'art. 11 del regolamento.

In base alla prima delle due disposizioni, “[l]’esistenza e la validità del consenso delle parti sulla legge applicabile” sono disciplinate dagli articoli 10, 11 e 13 del regolamento, cioè dalle norme deputate a risolvere, rispettivamente, i conflitti di leggi in materia di esistenza e validità sostanziale del contratto, in materia di validità formale del contratto e in materia di capacità delle parti. In pratica, per il regolamento, il *pactum de lege utenda*, pur essendo un negozio concettualmente e giuridicamente separato dal contratto a cui si riferisce¹³, deve comunque ritenersi sottoposto – quando si faccia questione della sua esistenza e della sua validità, oppure della capacità delle parti a concluderlo – al medesimo regime di conflitto a cui soggiace il contratto a cui la scelta di legge si riferisce.

L'art. 11, come accennato, è la norma che, nel regolamento, ha il compito di identificare la legge applicabile alla validità formale del contratto (e dunque, per effetto della riferita estensione, la legge applicabile alla validità formale della *electio iuris*). La disposizione contempla due scenari, distinguendo l'ipotesi dell'accordo concluso “tra persone che si trovano, o i cui intermediari si trovano, nello stesso paese al momento della conclusione”, dall'ipotesi dell'accordo intervenuto fra soggetti presenti in Stati diversi. Nel primo caso, ai sensi dell'art. 11, par. 1, l'accordo è “valido quanto alla forma se soddisfa i requisiti di forma della legge che ne disciplina la sostanza ai sensi del ... regolamento o della legge del paese in cui è concluso”. Nel secondo caso – dice l'art. 11, par. 2 – l'accordo è valido se è considerato tale dalle norme della *lex contractus* oppure dalle norme “della legge del paese in cui si trova una delle parti, o il loro intermediario, al momento della conclusione”, oppure, ancora, “della legge del paese in cui una delle parti risiedeva abitualmente in quel momento”. In ogni caso, ai sensi dei paragrafi 4 e 5 dell'art. 11, la forma dei contratti di consumo è disciplinata dalla legge del paese in cui il consumatore ha la residenza abituale, mentre per i contratti aventi ad oggetto un diritto reale immobiliare o la locazione di un immobile valgono i requisiti di forma posti dalla *lex rei sitae*, a condizione che, secondo tale legge, i requisiti in parola “si applichino indipendentemente dal paese in cui il contratto è concluso e dalla legge che disciplina il contratto”, e siano configurati, nel loro ordinamento, come inderogabili.

10. In pratica, seguendo la via tracciata dagli articoli 3, par. 5, e 11 del regolamento, se la validità formale del contratto dipende dal rispetto degli speciali requisiti di forma a cui tale contratto non può

in materia di regimi patrimoniali tra coniugi, e dall'art. 23 del regolamento (UE) 2016/1104 del Consiglio, del 24 giugno 2016, che attua la cooperazione rafforzata nel settore della competenza, della legge applicabile, del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni in materia di effetti patrimoniali delle unioni registrate.

¹¹ V. per tutti J.-J. KUIPERS, “Party Autonomy in the Brussels I and Rome I Regulation and the European Court of Justice”, in *German Law Journal*, 2009, p. 1523, che contrappone la soluzione ora riferita a quella che lo stesso legislatore dell'Unione ha accolto con riguardo agli accordi di proroga della giurisdizione relativi alla “materia civile e commerciale”.

¹² Un approccio fondamentalmente non diverso appare seguito nel regolamento (UE) n. 650/2012 (UE) del 4 luglio 2012 relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e all'accettazione e all'esecuzione degli atti pubblici in materia di successioni e alla creazione di un certificato successorio europeo: l'art. 22 di tale regolamento, in tema di *professio iuris*, prescrive, al par. 2, che la scelta di legge sia effettuata “in modo espresso a mezzo di dichiarazione resa nella forma di una disposizione a causa di morte o risultare dalle clausole di tale disposizione”. Assume rilievo, per questa via, la disciplina di conflitto dettata per la validità formale delle disposizioni *mortis causa* dall'art. 27 del medesimo regolamento, ovvero quella dettata dall'art. 1 della convenzione dell'Aja del 5 ottobre 1961 sulla forma delle disposizioni a causa di morte, negli Stati membri vincolati da tale strumento. Nulla espressamente si dice, invece, in ordine alla forma della *electio iuris* nel regolamento (CE) n. 864/2007 dell'11 luglio 2007 sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali (Roma II).

¹³ Sull'autonomia della *electio* v. per tutti, 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 (Roma I)*, a cura di N. Boschiero, Torino, 2009, p. 60 ss., e G.-P. CALLIÈSS, “Article 3 Rome I”, in *Rome Regulations*, 2ª ed., a cura di G.-P. Calliès, Alphen aan den Rijn, 2015, p. 89 s.

sottrarsi in forza dell'art. 11, quei medesimi requisiti hanno vocazione a condizionare pure la validità formale della eventuale *electio iuris* conclusa dalle parti con riferimento a detto contratto.

11. Stabilendo che la validità formale della scelta va apprezzata sulla base dell'art. 11 del regolamento, l'art. 3, par. 5, chiede all'interprete di guardare alle norme materiali che, negli ordinamenti richiamati in via alternativa dall'art. 11, disciplinano la forma (non già della scelta di legge, ma) del negozio "principale" di cui si discute,¹⁴ cioè del contratto in relazione al quale le parti hanno inteso operare l'*electio*. Il regolamento, per quanto disposto a considerare il *pactum de lege utenda* in modo distinto dal contratto a cui accede, ha ritenuto – come detto – di ricondurre ad unità, a questo effetto, la disciplina conflittuale del *pactum* e quella del contratto a cui lo stesso fa riferimento. Tale unità di regime conflittuale rispecchia una generale volontà di semplificare il quadro normativo di riferimento, giacché assicura che le questioni concernenti la validità formale del *pactum de lege utenda* (come quelle relative all'esistenza dello stesso e alla capacità delle parti) siano risolte in base alle medesime norme che regolano le corrispondenti questioni suscitate dal contratto, senza che occorra far capo a regole specifiche.

I vantaggi insiti nella soluzione accolta dal regolamento vanno peraltro al di là della semplificazione dell'opera dell'interprete. Ancorando la validità formale del *pactum de lege utenda* ai requisiti di validità formale del contratto a cui il *pactum* si riferisce, il regolamento allontana il rischio che le condizioni di forma a cui è soggetto il contratto in forza dell'art. 11 vengano di fatto aggirate da una scelta di legge compiuta in spregio di tali condizioni. Se è vero che l'art. 11, istituendo un concorso alternativo di criteri di collegamento, mira a contenere il rischio che il contratto possa essere invalidato per ragioni di forma, è vero anche che il *favor validitatis* di cui la norma è espressione non è concepito dal regolamento come un *favor* cieco e illimitato: perché il contratto sia valido debbono essere osservate le condizioni di forma stabilite da almeno uno dei paesi con cui il contratto risulta collegato in forza dei legami di cui all'art. 11. Si tratta, certo, di condizioni "minime", ma ad esse non è possibile derogare. Se la validità formale della scelta di legge potesse dipendere dal rispetto di condizioni diverse, più liberali, le parti potrebbero di fatto sottrarsi (con riguardo al *pactum de lege utenda* e, per questa via, con riguardo al contratto) alle regole di forma stabilite da tutti gli ordinamenti con cui, in base all'art. 11, il contratto appare collegato agli effetti della forma. L'art. 11 ne uscirebbe di fatto svuotato di senso.

12. Il ragionamento condotto sin qui in merito alla validità formale del negozio di scelta di legge può essere ripercorso con l'aiuto di qualche esempio. Si immagini che la società italiana Alfa intenda costituire su un immobile sito in Italia un'ipoteca convenzionale in favore della banca francese Beta, a garanzia della puntuale restituzione delle somme che quest'ultima è sul punto di prestare alla prima. In forza dell'art. 11, par. 5, del regolamento Roma I, l'atto costitutivo dell'ipoteca non potrà reputarsi valido, quanto alla forma, se non rivesta (almeno) la forma scritta, in conformità con quanto stabilito dall'art. 2821 del codice civile italiano. Alla luce dell'art. 3, par. 5, del regolamento, un'eventuale scelta di legge pattuita dalle parti non potrà a sua volta reputarsi valida se non rivesta anch'essa la forma scritta.

E ancora, si supponga che Tizio, residente in Italia, doni a suo fratello Caio, residente in Svizzera, un quadro antico di grande valore. L'atto, concluso senza che le parti si siano allontanate dal paese in cui rispettivamente vivono, dovrà reputarsi formalmente valido, ai sensi dell'art. 11, par. 2, del regolamento Roma I, se sia stato perfezionato per iscritto, ad esempio mediante uno scambio epistolare, in linea con quanto dispone l'art. 243, par. 1, del codice svizzero delle obbligazioni; e ciò ancorché la legge italiana, precisamente l'art. 782, 1° comma, del codice civile, esiga agli stessi fini la più gravosa formalità dell'atto pubblico. L'eventuale *electio iuris* che le parti abbiano convenuto fra loro per iscritto, anziché con atto pubblico, dovrà dunque reputarsi valida in forza del combinato disposto dell'art. 3, par. 5, e dell'art. 11, par. 2, del regolamento.

¹⁴ Se l'indagine prefigurata dal combinato disposto dell'art. 3, par. 5, e dell'art. 11 dovesse riguardare le norme specificamente relative alla validità della *electio iuris*, anziché quelle riguardanti la validità del contratto che ne forma l'oggetto, la ricerca produrrebbe solo assai di rado dei risultati utili. È infatti del tutto infrequente che i sistemi giuridici nazionali stabiliscano dei requisiti formali specifici per i negozi di scelta della legge applicabile.

13. Resta da capire a questo punto se non vi sia, almeno nei fatti, una contraddizione fra l'approccio "informale" che sottende l'art. 3, par. 1, secondo periodo, del regolamento Roma I, con il suo richiamo alla possibilità di una scelta inespresa, desunta appena dalle disposizioni del contratto o dalle circostanze, e le rigorose prescrizioni formali a cui l'*electio iuris* potrebbe risultare soggetta in virtù del combinato disposto dell'art. 3, par. 5, e dell'art. 11 del medesimo regolamento. È difficile comprendere, lamentano alcuni autori, come il regolamento, subito dopo aver dichiarato di accontentarsi per la *electio iuris* di un consenso tacito, imponga alle parti di rivestire (non solo il loro contratto, ma anche) il *pactum de lege utenda* delle forme solenni eventualmente prescritte dalla legge statale designata in forza dell'art. 11 (o dalla più liberale fra di esse, ove operi un concorso alternativo di criteri di collegamento).

Secondo un'opinione che incontra il favore di una parte significativa della dottrina, le disposizioni in parola recherebbero, in effetti, dei precetti fra loro incompatibili, tanto che l'interprete non potrebbe far altro che compiere, di fronte ad essi, una scelta di campo, optando per l'una o l'altra delle previsioni citate¹⁵. Di fatto, si dice, egli dovrebbe dare prevalenza all'informalità dell'art. 3, par. 1, ignorando – per quanto riguarda l'*electio* – le prescrizioni formali rese rilevanti dall'art. 11. Ad imporlo – si sostiene – sarebbe il primato del diritto dell'Unione europea: le leggi statali designate ai sensi dell'art. 11 dovrebbero infatti cedere il passo alla norma sovranazionale che ammette, per designazione della *lex contractus*, la semplice scelta tacita¹⁶.

14. L'opinione ora riferita non appare convincente. La contraddizione che essa si sforza di risolvere (peraltro sulla base di un richiamo non convincente al principio del primato del diritto dell'Unione)¹⁷ non è, a guardar bene, una contraddizione reale. L'art. 3, par. 1, del regolamento Roma I, nella parte in cui contempla la scelta tacita, assolve infatti una funzione diversa da quella assegnata al combinato disposto degli articoli 3, par. 5, e 11. Mentre le due disposizioni evocate da ultimo – come si è detto – riguardano la *forma* che l'accordo delle parti sulla legge applicabile al contratto deve rivestire per essere valido, l'art. 3, par. 1, secondo periodo, affronta il diverso problema della *prova* di tale accordo¹⁸. La norma, in altre parole, non dice come l'accordo deve *essere*, per potersi considerare valido, ma dice appena come ne possa essere *dimostrata* l'esistenza.

Depone in tal senso il tenore testuale dell'art. 3, par. 1, secondo periodo, che si riferisce di per sé al procedimento logico da seguire per conseguire la conoscenza della scelta, più che della consistenza formale della scelta in quanto tale: "The choice shall be ... clearly *demonstrated* ..."; "Le choix ... *résulte* de façon certaine ..."; "Die Rechtswahl muss ... sich eindeutig ... *ergeben*".

¹⁵ G.-P. CALLIÈSS, "Article 3 Rome I", in *Rome Regulations*, 2ª ed., a cura di G.-P. Calliès, Alphen aan den Rijn, 2015, p. 93 s. L'a. ora richiamato reputa ambiguo il significato del combinato disposto degli articoli 3, par. 5, e 11 del regolamento, e ritiene che l'art. 11 vada di fatto disapplicato per far posto all'art. 3, par. 1, e alle previsioni ivi contenute secondo cui la scelta può essere espressa o risultare con chiarezza dalle disposizioni del contratto o dalle circostanze: l'art. 11, si osserva, "seems to be largely overridden" dall'art. 3, par. 1. La posizione è condivisa da M. PENADÉS FONS, *La elección tácita de ley en los contratos internacionales*, Cizur Menor, 2012, p. 92 s. Un orientamento analogo è seguito da J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, Madrid, 2009, p. 145, cui si rinvia anche per il richiamo all'opinione di altri studiosi del medesimo avviso.

¹⁶ Nelle parole di G.-P. CALLIÈSS, *op. cit.*, p. 93-94, "[a]ny formal requirement as to a choice of law provided by the law of a member State appears to contravene the informality of this solution of [Article 3,] paragraph 1 and, thus, would be superseded by the principle of the supremacy of Union law".

¹⁷ In effetti, anche ammettendo che l'art. 3, par. 1, secondo periodo, collida col combinato disposto dell'art. 3, par. 5, e 11 del regolamento, non sarebbe appropriato ricercare la soluzione di questa contraddizione nel principio del primato dell'Unione europea: le norme statali in tema di forma hanno infatti vocazione ad applicarsi, nello scenario qui considerato, non già per forza propria ma in virtù del diritto dell'Unione, e più specificamente del combinato disposto dell'art. 3, par. 5, e 11 del regolamento Roma I. Risulta improprio invocare il principio del primato per salvaguardare gli effetti di una norma dell'Unione contro la (supposta) interferenza esercitata su di essa da una norma (statale, è ben vero, ma) anch'essa applicabile in virtù del diritto dell'Unione.

¹⁸ Così, con riferimento alla convenzione di Roma, A. KASSIS, *Le nouveaux droit européen des contrats internationaux*, Paris, 1993, p. 361, e – in relazione al regolamento – R. PLENDER, M. WILDERSPIN, *op. cit.*, p. 141 ss. Invero, il fatto che l'art. 3, par. 1, si occupi della *prova* dei fatti sintomatici di una *electio* tacita pare condivisa dallo stesso G.-P. CALLIÈSS, *op. cit.*, p. 91, secondo cui, riferendosi alla scelta tacita, l'art. 3, par. 1, del regolamento Roma I "autonomously sets forth uniform European criteria for the kind of evidence from which the courts of the Member States may infer a choice".

15. Le previsioni rispettivamente stabilite dall'art. 3, par. 1, secondo periodo, e dal combinato disposto degli articoli 3, par. 5, e 11 del regolamento, lungi dal contraddirsi, operano dunque su piani diversi, rispondendo a interrogativi distinti. Una cosa, infatti, è dire in che modo l'accordo delle parti debba perfezionarsi per poter essere considerato idoneo a produrre il richiamo internazionalprivatistico di cui è astrattamente capace (cosa di cui si occupa l'art. 11, in forza del richiamo di cui all'art. 3, par. 5); e altra cosa è dire su che basi e con quali mezzi può essere accertata l'esistenza e il contenuto dell'accordo di cui si discute. Insomma, un conto è interrogarsi sulle forme richieste *ad substantiam*, e un altro conto è domandarsi se la prova del negozio di scelta è libera o è soggetta a determinate esigenze formali, eventualmente prescritte solo *ad probationem*.

Alla seconda delle funzioni ora indicate obbedisce l'art. 3, par. 1, secondo periodo del regolamento, e solo ad essa. La norma chiede infatti all'interprete – e più specificamente al giudice di fronte al quale sia portata la questione della esistenza e del contenuto di una *electio iuris* – di non esigere, per pronunciarsi sul punto, il riscontro di una volontà espressa, e lo autorizza piuttosto a dedurre gli elementi pertinenti “dalle disposizioni del contratto o dalle circostanze del caso”, purché “chiaramente” sintomatici della volontà reale e concorde delle parti.

Tale norma prevarrà – vuoi perché specifica, vuoi perché rivestita del primato del diritto dell'Unione – sulle norme statali (quelle investite *dello stesso compito*) che il giudice sarebbe altrimenti chiamato ad applicare in forza delle norme di conflitto pertinenti (a cominciare da quella che assoggetta il processo alle norme processuali in vigore nel foro). Nei fatti, quale che sia la legge regolatrice della prova, il giudice potrà porre a fondamento della propria decisione circa l'esistenza e il contenuto di una *electio* inespressa gli elementi indicati a questo fine dall'art. 3, par. 1, secondo periodo del regolamento (le “disposizioni del contratto” e le “circostanze del caso”) e dovrà preoccuparsi appena di verificare se da essi si desuma, o meno, una indicazione “chiara” della comune intenzione dei contraenti¹⁹.

16. Il fatto che il regolamento Roma I racchiuda, nell'art. 3, par. 1, secondo periodo, non una norma deputata a disciplinare un conflitto di leggi in materia di contratti ma una norma intesa a regolare la prova dei fatti e degli atti che possono venire in rilievo ai fini della determinazione della legge applicabile a un dato contratto non dovrebbe, di per sé, destare sorpresa o creare difficoltà. È ben vero che lo stesso regolamento si preoccupa di chiarire, all'art. 1, par. 3, che le sue norme non intendono applicarsi “alla prova e alla procedura”. Ma è vero anche che tale esclusione non ha un carattere assoluto (lo stesso art. 1, par. 3, contempla un'eccezione a questo riguardo, facendo espressamente salvo l'art. 18 del regolamento), e non è tale comunque da togliere effetto a un'altra norma del medesimo regolamento – quella appunto dell'art. 3, par. 1, secondo periodo – che dichiara, come si è visto, col suo stesso tenore testuale di volersi occupare precisamente di un problema di “prova”, destinato ad insorgere, tipicamente, proprio in un contesto “procedurale”.

Di fatto, analogamente a quanto può dirsi proprio per l'art. 18 – che svela l'interesse nutrito dal regolamento per il meccanismo giuridico delle presunzioni e per il tema dei mezzi di prova (istituti che si collocano per loro natura a cavallo fra sostanza e procedura) – anche l'art. 3, par. 1, secondo periodo, può essere visto come una sorta di incursione fatta dal diritto internazionale privato dell'Unione su un terreno normalmente lasciato alle determinazioni degli ordinamenti nazionali, segnatamente a quello del processo.

¹⁹ Malgrado il diverso avviso espresso da una parte della dottrina, secondo cui la ricostruzione della volontà tacita delle parti andrebbe condotta alla luce dei criteri di ermeneutica negoziale posti dalla *lex fori* (così in particolare F. SBORDONE, *La “scelta” della legge applicabile al contratto*, Napoli, 2003, p. 228 ss.), sembra corretto ritenere che il regolamento, indicando le possibili fonti del ragionamento dell'interprete e fissando il parametro secondo cui gli indizi rilevanti debbono essere apprezzati, abbia inteso ricondurre entrambi i passaggi entro una cornice normativa sovranazionale, non incisa dalle norme interne. Certo, il criterio valutativo accolto dal regolamento – quello della “chiarezza” – risulta estremamente vago, mentre i criteri ermeneutici nazionali presentano spesso un elevato grado di articolazione e precisione (si pensi, per quanto riguarda il diritto italiano, ai vari criteri posti dagli articoli da 1362 a 1371 del codice civile). L'impiego di tali criteri rischia tuttavia di orientare il lavoro ricostruttivo del giudice verso risultati strettamente dipendenti dalla prospettiva ordinamentale scelta (quella della *lex fori*, stando all'opinione ora riferita). In definitiva, sembra corretto ritenere che il giudice, impegnato a ricercare l'esistenza di una *electio* tacita, non sia vincolato dai canoni nazionali di interpretazione dei negozi e debba semmai procedere a una valutazione libera del materiale raccolto. I canoni legali potranno semmai giocare un ruolo nell'argomentazione dell'interprete non perché sanciti nelle norme di questo o quell'ordinamento nazionale, ma perché espressivi di un approccio razionale alla ricostruzione della volontà dei singoli, condiviso dalle varie esperienze giuridiche nazionali.

Questa incursione segnala che, nella valutazione del legislatore europeo, l'effetto utile delle norme di conflitto uniformi (nella specie, la norma che affida all'accordo delle parti l'individuazione della legge applicabile al contratto) esige che i dati fattuali rilevanti – l'avvenuta conclusione di un *pactum de lege utenda*, dotato di un certo contenuto – vengano rilevati e valutati nei diversi Stati membri in base ai medesimi parametri: quale che sia il giudice adito e quale che sia la cornice normativa del rapporto e del procedimento, il regolamento esige che venga data importanza alle “disposizioni del contratto” e alle “circostanze del caso”, purché indicative di una volontà “chiara” delle parti circa la legge applicabile al contratto.

Lasciare libero corso alle norme nazionali concernenti la prova del contratto (le norme che limitano la possibilità di provare un contratto per testimoni, quelle che istituiscono a tal fine delle presunzioni *iuris tantum* o *iuris et de iure* etc.) pregiudicherebbe l'omogenea applicazione dell'art. 3 e l'efficace dispiegarsi del principio di autonomia. Da qui il rigetto di ogni soluzione conflittuale e la predisposizione di una autonoma griglia valutativa, operante a questo fine in tutti gli Stati membri.

17. La diversità delle funzioni assolte rispettivamente dall'art. 3, par. 1, secondo periodo, e dal combinato disposto degli articoli 3, par. 5, e 11 del regolamento Roma I consente di assicurare fra le norme in parola un coordinamento in fin dei conti piuttosto agevole.

Sul piano logico, la questione della validità della *electio iuris* presuppone l'avvenuto accertamento dell'esistenza della stessa *electio*. Senonché, visto che in assenza di una scelta espressa questa seconda indagine può rivelarsi lunga e dispendiosa, ragioni di efficienza processuale (o logica, se la questione si pone in un quadro stragiudiziale) indurranno normalmente a procedere in prima battuta alla verifica – più semplice, perché ancorata a riscontri più “liquidi” – del rispetto delle forme solenni eventualmente prescritte dall'art. 11 del regolamento. Ove tali requisiti non risultino soddisfatti, sarà infatti inutile interrogarsi sull'esistenza di una scelta tacita, dato che una tale scelta, quand'anche alla fine giudicata esistente, sarà in ogni caso inidonea – in base al rinvio stabilito nell'art. 3, par. 5 – ad identificare in modo valido la legge applicabile al contratto.

IV. Gli elementi idonei a rilevare l'esistenza e il contenuto di una scelta tacita, ed i parametri da impiegare per il loro apprezzamento

18. L'art. 3, par. 1, secondo periodo, del regolamento Roma I conferisce rilievo alle “disposizioni del contratto” e alle “circostanze del caso”, valorizzando in questo modo dei riscontri che possono essere ora intrinseci al contratto, ora esterni ad esso. Un'inferenza circa l'avvenuta formazione e il contenuto della comune volontà delle parti può fondarsi indifferentemente sull'uno o l'altro di tali elementi, o su una combinazione di elementi dell'uno e dell'altro tipo²⁰. È esclusa, per contro, la possibilità di dar rilievo ad altri indizi.

In ogni caso, gli elementi raccolti dall'interprete possono considerarsi tali da giustificare l'affermazione dell'esistenza di una scelta tacita solo quando – per il loro numero, per la loro significatività, per il loro carattere univoco o almeno fortemente convergente – essi segnalino “chiaramente” che le parti hanno maturato una scelta (reale e concorde, lo si è detto) quanto alla legge regolatrice del rapporto.

Il tema degli indizi rilevanti ai fini della prova della *electio* e il problema del metro di valutazione da impiegare in rapporto a tali indizi sono strettamente collegati fra loro e, nei fatti, vengono sistematicamente in rilievo in modo congiunto. Le due questioni vengono qui trattate separatamente solo per ragioni di chiarezza espositiva.

1. Gli indizi rilevanti

A) Le disposizioni del contratto

19. Le “disposizioni del contratto” possono risultare sintomatiche di una scelta di legge in almeno due situazioni, peraltro non sempre facilmente distinguibili l'una dall'altra. In alcuni casi, il lin-

²⁰ J. HILL, A. CHONG, *International Commercial Disputes*, Oxford, 2010, p. 510.

guaggio impiegato nell'accordo e le soluzioni redazionali a cui esso si conforma segnalano che le parti hanno inteso dar vita a un rapporto giuridico oggettivamente incardinato in un particolare ordinamento statale: ciò avviene quando il rapporto di cui si discute, per la fisionomia impressagli dalle parti, risulti rivestire delle precise caratteristiche "nazionali", cioè dei connotati tipici di un particolare ambiente socio-economico o di un sistema giuridico identificabile in termini univoci. In altri casi, le clausole pattuite dalle parti possono venire in rilievo alla stregua di espressioni parziali o difettose di una *electio* espressa, cioè come spezzoni o varianti mal riuscite di una scelta altrimenti incontestabile: un po' come se l'accordo contenesse un "inizio" di scelta di legge, di cui l'interprete dovesse appena "scoprire" gli sviluppi, impliciti nelle premesse.

20. La prima delle situazioni testé evocate si produce, per riprendere un esempio della relazione Giuliano - Lagarde, quando le parti abbiano deciso di avvalersi di "un contratto-tipo disciplinato da uno speciale regime giuridico", come una polizza di assicurazione marittima dei Lloyd's, concepita per essere governata dal diritto inglese²¹. Ricorre invece il secondo scenario quando le parti abbiano fatto riferimento nel contratto alle norme di un particolare ordinamento giuridico, per fini diversi dalla scelta di legge (ad esempio, per indicare che un'espressione tecnico-giuridica impiegata nell'accordo dev'essere intesa col significato da essa rivestito in quel particolare ordinamento giuridico)²²: come si dice ancora nella relazione Giuliano - Lagarde, i richiami fatti nel contratto "a determinati articoli del codice civile francese possono permettere al giudice di non aver alcun dubbio sul fatto che le parti hanno deliberatamente scelto il diritto francese, sebbene tale scelta non sia stata fatta espressamente nel contratto"²³.

21. Condivise dalla dottrina, queste indicazioni hanno trovato ampio riscontro nella giurisprudenza degli Stati membri. Sul solco della relazione Giuliano - Lagarde, il Bundesgerichtshof ha asserito l'esistenza di una *electio* tacita della legge francese osservando che le parti, al fine di qualificare e disciplinare il rapporto, avessero operato nel loro accordo un esplicito richiamo a specifiche disposizioni del *code civil*²⁴. In una diversa occasione, la stessa Corte Federale di Giustizia tedesca, rilevando che nel testo di un contratto per la costruzione di un edificio comparivano specifici richiami ad atti regolamentari tedeschi in materia edilizia e a standard del Deutsches Institut für Normung (DIN), ha ritenuto di affermare (anche) sulla base di tali indizi che le parti avevano tacitamente convenuto di assoggettare il rapporto alla legge tedesca²⁵.

²¹ Per contro, l'impiego di uno determinato stile redazionale, ancorché tipico della prassi contrattuale di un certo paese, non basta da solo a dimostrare una scelta tacita: G. CORDERO-MOSS, "Does the Use of Common Law Contract Models Give Rise to a Tacit Choice of Law or to a Harmonised, Transnational Interpretation?", in *Boilerplate Clauses, International Commercial Contracts and the Applicable Law*, a cura di G. Cordero-Moss, Cambridge, 2011, p. 39 ss.

²² Se il richiamo alle norme di un certo ordinamento è invece inteso dalle parti come funzionale a una scelta di legge, l'*electio* dovrà considerarsi espressa, ancorché eventualmente ambigua, secondo la distinzione tratteggiata sopra, alla nota 3. Si consideri, ad esempio, una clausola così formulata: "il presente contratto è regolato dal codice civile svizzero". Il tenore della pattuizione segnala che le parti hanno voluto compiere una scelta di legge. Il senso dell'espressione presenta appena un elemento di ambiguità, in considerazione del fatto che, nell'ordinamento svizzero, le norme in materia di contratti si rinven- gono, piuttosto, nel codice delle obbligazioni. Per ragioni analoghe, non sembra corretto rinvenire una scelta tacita, quanto piuttosto una scelta espressa al limite meno chiara di quanto sarebbe auspicabile, nella clausola inserita in un contratto di lavoro che assoggetta il rapporto alla "legislazione locale vigente", intendendosi la legge del paese in cui è previsto che si svolga la prestazione dedotta in contratto: per un'ipotesi siffatta, v. Tribunal Superior de Justicia Madrid, 13 febbraio 2006, riferita da E. CASTELLANOS RUIZ, *El reglamento "Roma I" sobre la ley aplicable a los contratos internacionales y su aplicación por los tribunales españoles*, Granada, 2009, p. 67.

²³ *Op. loc. cit.*

²⁴ Bundesgerichtshof, 19 gennaio 2000, VIII ZR 275/98, in *Monatsschrift für Deutsches Recht*, 2000, p. 692 ss. Aderendo similmente alle indicazioni della relazione Giuliano - Lagarde, la High Court inglese ha ritenuto che un contratto di riassicurazione negoziato tramite mediatori dei Lloyd's nel mercato dei Lloyd's e formulato secondo il modello standard in uso nei Lloyd's dovesse ritenersi tacitamente sottoposto alla legge inglese: *Tiernan v Magen Insurance*, in *International Litigation Procedure*, 2000, p. 517 ss. Nello stesso senso, riferendosi a un contratto di lavoro in cui comparivano riferimenti a precise disposizioni del diritto italiano e a istituti tipici dell'ordinamento italiano, si era già espresso Pretore Roma, 6 aprile 1998, in *Repertorio del Foro italiano*, voce *Diritto internazionale privato*, 1999, n. 53.

²⁵ Bundesgerichtshof, 14 gennaio 1999, *Neue Juristische Wochenschrift - Rechtsprechungs-Report Zivilrecht*, 1999, p. 813 ss.

22. Approfondendo il problema del rilievo da attribuire ai richiami operati dalle parti alle disposizioni di un dato ordinamento giuridico, la giurisprudenza interna ha correttamente osservato che, di fronte a rinvii di questo genere, l'interprete è confrontato a due ipotesi ricostruttive radicalmente alternative fra loro. Come ha osservato, ad esempio, il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, i richiami in discorso, ove non segnalino una scelta tacita in favore della legge statale a cui appartengono le norme richiamate, integrano una recezione materiale delle norme in questione. Un fenomeno, quest'ultimo, che, collocandosi nell'alveo dell'autonomia negoziale (anziché nel perimetro dell'autonomia internazionalprivatistica), si distingue nettamente – per natura ed effetti – dalla designazione convenzionale della legge applicabile al contratto, ed anzi presuppone risolto in altro modo il problema dell'individuazione della *lex contractus* (è infatti da tale legge che dipende l'ammissibilità, con i relativi limiti, di una recezione negoziale)²⁶.

B) Le circostanze del caso

23. In linea generale, le “circostanze del caso” possono recare la prova di una *electio iuris* tacitamente compiuta dalle parti quando rechino la traccia oggettiva del punto di vista degli stessi contraenti sulla legge che, a loro avviso, dovrebbe regolare il rapporto. Le circostanze significative, a questo fine, sono quelle che descrivono il comportamento tenuto dalle parti prima della conclusione del contratto, in occasione della conclusione del contratto o nell'adempimento delle obbligazioni da esso derivanti.

Ad esempio, prendendo a prestito ancora una volta la relazione Giuliano - Lagarde, “il fatto che le parti, anteriormente al contratto, abbiano concluso un altro contratto contenente la scelta espressa della legge applicabile, può consentire al giudice di concludere con certezza che il secondo contratto [a cui pure non acceda una scelta espressa] sarà regolato dalla stessa legge ... in circostanze peraltro che non denotano alcun cambiamento nel comportamento delle parti”²⁷.

Il legame che unisce il contratto di cui si discorre ad un diverso contratto di cui sia nota la legge regolatrice può rappresentare una circostanza rilevante, ai fini della ricostruzione di una *electio* tacita, quando si concreti in una connessione giuridicamente e materialmente significativa, tanto da lasciare intendere che le parti hanno voluto assoggettare entrambi i rapporti ad un'unica legge²⁸. La Cour de Cassation francese, in un caso risalente e di per sé estraneo al regime europeo dei conflitti di leggi in materia di contratti, ha colto un nesso di questo genere nel rapporto che intercorre fra un contratto di garanzia (per il quale non consti una scelta espressa) e il contratto da cui deriva l'obbligazione garantita²⁹.

²⁶ Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, 30 novembre 2009, n. 12025, reperibile nel sito <http://www.giustizia-amministrativa.it>. Al fenomeno della incorporazione materiale fa allusione il 13° considerando del regolamento Roma I, secondo cui la normativa uniforme “non impedisce che le parti includano nel loro contratto, mediante riferimento, un diritto non statale ovvero una convenzione internazionale”. Si deve ritenere che, per le stesse ragioni, se non a più forte titolo, il regolamento non precluda la recezione materiale di norme statali, tratte da una legge diversa dalla *lex contractus*. Quanto alla differenza fra scelta di legge e incorporazione materiale, v. per tutti, R. PLENDER, M. WILDERSPIN, *The European Private International Law of Obligations*, 3^a ed., London, 2009 p. 135 s.

²⁷ *Op. loc. cit.*

²⁸ V. per tutti, sul tema, l'articolata riflessione di S. CORNELOUP, “Choix de loi et contrats liés”, in *Le règlement communautaire “Rome I”*, cit., p. 285 ss.

²⁹ Cour de Cassation, 1° luglio 1981, in *Revue critique de droit international privé*, 1982, p. 336 ss., con nota di P. LAGARDE. Per un'applicazione recente dello stesso schema argomentativo, v. *Mitsubishi Corporation v Alafouzos* [1988] 1 *Lloyd's Rep* 191. Anche rispetto a una garanzia, peraltro, l'intensità del legame può variare tra una fattispecie e l'altra, potendo essere necessario dare rilievo, ad esempio, ad elementi come il carattere senz'altro accessorio, anziché autonomo, dell'obbligo assunto dal garante. Non può dirsi, comunque, che qualsiasi contratto *lato sensu* funzionale ad un altro intrattenga per ciò solo con quest'ultimo un legame rilevante ai fini dell'art. 3, par. 1, secondo periodo, del regolamento Roma I. Il credito documentario, ad esempio, ancorché emesso ai fini del soddisfacimento di una pretesa creditoria nascente da un contratto, rimane tendenzialmente autonomo da quest'ultimo, onde la legge scelta dalle parti di quest'ultimo contratto non dice per regola alcunché di significativo quanto alla volontà delle parti della lettera di credito quanto alla legge regolatrice dei rispettivi rapporti: cfr. *Attock Cement Co Ltd v Romanian Bank for Foreign Trade* [1989] 1 *Lloyd's Rep*. 572. Sulla possibilità di dare rilievo al fenomeno del collegamento negoziale ai fini della ricostruzione di una *electio* tacita, v. comunque, di recente, anche *FR Lurssen Werft GmbH & Co KG v Halle* [2010] EWCA Civ 587.

Sulla scorta di considerazioni analoghe, la relazione Giuliano - Lagarde incoraggia altresì l'interprete a considerare, ai fini della ricostruzione di una scelta tacita, l'eventuale *electio* espressa fatta dalle parti con riguardo a "rapporti dello stesso tipo"³⁰.

24. La volontà tacita delle parti può essere ricostruita, più in generale, guardando ai fatti (giuridicamente e materialmente rilevanti rispetto al contratto) che esistevano all'epoca della negoziazione o della conclusione dell'accordo: dovrà trattarsi di fatti noti alle parti, che – proprio perché conosciuti e tenuti in considerazione dai contraenti – si rivelino sintomatici del comune punto di vista dei contraenti circa l'ordinamento giuridico statale che dovrebbe fungere da cornice del rapporto.

La Cassazione francese, per esempio, pronunciandosi su un contratto con cui un'impresa di costruzioni aveva assunto un tecnico per impiegarlo per un periodo determinato presso un cantiere a Karachi, ha asserito l'esistenza di una tacita scelta delle parti in favore della legge francese facendo leva sul fatto che la società datrice di lavoro era francese, così come il lavoratore, che il contratto aveva ricevuto un inizio di esecuzione in Francia prima che il prestatore partisse per il Pakistan e che la retribuzione dovuta al prestatore era espressa in franchi francesi³¹.

25. È facile intuire come un'inferenza basata sul genere di circostanze come quelle appena evocate rischi talora di tramutarsi nella ricerca – vietata, come si è visto – della volontà ipotetica delle parti, o nella ricerca (anch'essa impropria, visto che il regolamento Roma I affronta in altro modo il problema della legge obiettivamente applicabile al contratto) del paese con cui il contratto presenta il collegamento più stretto.

La giurisprudenza degli Stati membri mostra quanto possa essere sfumata, nei fatti, la linea di confine che separa i diversi concetti ora ricordati: scelta tacita, scelta ipotetica, collegamento più stretto.

In un caso, ad esempio, la High Court inglese, chiamata a pronunciarsi su una polizza assicurativa conclusa fra una compagnia assicurativa statunitense e una società statunitense nell'interesse di una propria controllata britannica, ha ricavato l'esistenza di una tacita designazione della legge del Texas da un fascio di indizi che avrebbe potuto servire, senza adattamenti, alla ricerca del paese più intensamente connesso al contratto: l'assicurato era una società commerciale con sede in Texas; i mediatori assicurativi individuati dall'assicurato per la conclusione della polizza erano anch'essi stabiliti in Texas; la compagnia assicuratrice disponeva delle necessarie autorizzazioni per operare in Texas; la polizza era stata conclusa in Texas³². La stessa Corte, più recentemente, occupandosi di un contratto di riassicurazione concluso fra una società inglese, riassicuratrice, e delle compagnie di assicurazione argentine in relazione a dei rischi localizzati in Argentina, ha scorto gli indizi di una scelta tacita compiuta dalle parti in favore della legge inglese nel fatto che il contratto era stato negoziato e concluso in Inghilterra, secondo modelli propri del mercato assicurativo londinese, nel fatto che i certificati assicurativi erano stati rilasciati a Londra da un istituto di credito inglese e nel fatto che la lingua inglese risultava essere la sola lingua utilizzata nei documenti contrattuali e precontrattuali³³.

In un altro frangente, la stessa Alta Corte ha affermato, per contro, che le parti non avevano concluso fra loro alcun accordo sulla legge applicabile, ma è pervenuta a tale conclusione sulla base di un ragionamento nel quale coesistono riscontri psicologici (riferiti, cioè, alla volontà delle parti) e dati obiettivi (veri e propri indizi di prossimità). Si trattava di una controversia riguardante una polizza assicurativa connessa oggettivamente e soggettivamente a Regno Unito e Canada, e integrante una più ampia operazione di coassicurazione. La Corte ha ritenuto che non risultasse provata (perlomeno non con il grado di certezza richiesto dalla convenzione di Roma del 1980) una tacita *electio* della legge dell'On-

³⁰ *Op. loc. cit.*

³¹ Cour de Cassation, 28 ottobre 1997, n. 94-42340, reperibile nella banca dati *Légifrance*. Un modo di ragionare in fondo non diverso ispira, ad esempio, la pronuncia della Audiencia Provincial di Alicante, del 12 dicembre 2003, riportata da E. CASTELLANOS RUIZ, *op. cit.*, p. 68, con cui quel giudice ha ritenuto di poter argomentare l'esistenza di una scelta tacita delle parti in favore del diritto tedesco muovendo dalla comune cittadinanza delle parti (tedesca) e dalla lingua impiegata nell'accordo (il tedesco).

³² *American Motorists Insurance Co. (Amico) v Cellstar Corporation* [2002] EWHC 421.

³³ *Tryg Baltica International (UK) Ltd. v Boston Compania De Seguros SA* [2004] EWHC 1186.

tario ad opera delle parti, dato che gli indizi raccolti mancavano di univocità e consistenza: la valuta di riferimento usata nel contratto era il dollaro americano, salva la precisazione che in caso di conversione avrebbero fatto fede i cambi pubblicati in un quotidiano di Toronto; la durata della copertura assicurativa era determinata con riferimento all'ora di Toronto; il principale assicuratore era una società costituita e operante nel Regno Unito; l'attività di mediazione era stata svolta da una società canadese; la lingua impiegata, l'inglese, appariva più affine all'inglese nordamericano che a quello britannico; il rapporto di cui trattasi era collegato con altre polizze, soggette alla legge dell'Ontario³⁴.

26. Si colloca su un terreno relativamente più sicuro, perché volta a far emergere indizi più direttamente correlati alla volontà dei contraenti, l'analisi della corrispondenza scambiata fra le parti durante le trattative³⁵. Il valore da assegnare a questi scambi resta peraltro incerto, e accade non di rado di registrare, in giurisprudenza, delle apparenti forzature.

In un caso deciso dall'Alta Corte inglese, ad esempio, l'esame delle minute ha messo in luce che le parti avevano originariamente considerato l'eventualità di inserire nel loro accordo una scelta espressa della legge applicabile, nella specie in favore della legge inglese. L'ipotesi era stata successivamente abbandonata, senza che i contraenti si fossero premuniti di documentare le ragioni sottese a questa soluzione. La Corte si è allora interrogata sulle ragioni della elisione per vedere se, e in che termini, l'esito del negoziato svelasse un comune intento delle parti circa la legge regolatrice del contratto. Si trattava, nella specie, di una garanzia prestata dal Governo della Mongolia in favore di una società con sede a Hong Kong a copertura dei crediti di questa verso una società mongola. Per la Corte, l'elisione della clausola di scelta non era tale da escludere che le parti avessero comunque voluto assoggettare il rapporto alla legge inglese. Deponevano in tal senso, si osserva nella pronuncia, il fatto che, nelle trattative, le parti si erano dimostrate particolarmente sensibili all'esigenza che eventuali controversie venissero decise da giudici di un paese "neutro" e sulla base di regole sufficientemente sviluppate e certe, rinvenibili appunto, per la Corte, nell'ordinamento inglese³⁶.

27. In linea generale, il ragionamento che i giudici sono chiamati a svolgere quando viene loro richiesto di vagliare l'esistenza di una scelta tacita si presenta relativamente agevole quando gli indizi disponibili riguardano direttamente la volontà delle parti in ordine alla legge regolatrice del rapporto. L'operazione si fa invece più complessa (e aleatoria negli esiti) quando i fatti usati come prove non si riferiscano di per sé alla identificazione della legge applicabile al contratto, ma riguardino altri aspetti del regolamento negoziale o comunque altre questioni rimesse all'autodeterminazione dei contraenti.

28. Questo secondo scenario si presenta, ad esempio, quando le parti, pur omettendo di compiere una scelta espressa della legge applicabile, si siano accordate fra loro per attribuire ai giudici di un dato Stato la cognizione delle liti che potrebbero insorgere in relazione al contratto. Si tratta allora di capire se la proroga di competenza da esse pattuita in favore dei giudici (o di un particolare giudice) di un determinato Stato sottenda la volontà di assoggettare la sostanza del rapporto alla legge di quel medesimo Stato.

La relazione Giuliano - Lagarde è esplicita nell'ammettere questa eventualità, salvo invitare l'interprete alla circospezione. In qualche caso, si riconosce, "la scelta del foro di un determinato paese può rivelare in modo univoco che le parti hanno voluto che il contratto fosse disciplinato dalla legge del foro", ma tale conclusione deve comunque apparire "compatibile con le altre disposizioni del contratto o con l'insieme delle circostanze della causa".

³⁴ *Travelers Casualty and Surety Company of Europe Ltd v Sun Life Assurance Company of Canada (UK) Ltd* [2004] EWHC 1704. Ad alimentare l'incertezza circa l'esistenza di una tacita *electio iuris* contribuiva il dissenso delle parti quanto alla ricostruzione di alcune circostanze, astrattamente rilevanti a questo fine, quali il luogo in cui sono state avviate e condotte le trattative precontrattuali, il ruolo giocato nelle trattative dalle sedi centrali e periferiche delle società interessate e il contenuto delle minute formate in quel contesto fra le parti.

³⁵ Questo metodo, per esempio, è seguito, assieme ad altri, *Aeolian Shipping SA v ISS Machinery Services Ltd*, cit.

³⁶ *Marubeni Hong Kong and South China Ltd. v Mongolian Government* [2004] EWHC 472.

Gli autori del regolamento Roma I, rigettando la diversa soluzione prefigurata dalla Commissione nella proposta di regolamento (incline a far discendere dall'*electio fori* una forte presunzione in favore di una parallela *electio iuris*)³⁷, hanno ribadito l'approccio prudente accolto dalla relazione Giuliano - Lagarde, precisando, nel 12° considerando, che l'accordo delle parti "volto a conferire a uno o più organi giurisdizionali di uno Stato membro competenza esclusiva a conoscere delle controversie riguardanti il contratto dovrebbe essere uno dei fattori di cui tenere conto nello stabilire se la scelta della legge risulta in modo chiaro". La formula ora riferita ribadisce, per un verso, che la proroga di giurisdizione può consentire la rilevazione di una tacita (ma reale) *electio iuris*, pur senza operare, a questo effetto, in modo "meccanico", cioè secondo schemi logici rigidamente predeterminati. Per altro verso, essa attira l'attenzione dell'interprete sul fatto che una *electio fori* in tanto può assumere rilievo ai fini che qui interessano in quanto segnali una chiara volontà delle parti di ancorare ad un certo paese il contenzioso nascente dal contratto. Un'ipotesi, questa, che non può dirsi riunita se la proroga sia intesa a conferire ai giudici di un certo Stato – come consente l'art. 25 del regolamento (UE) n. 1215/2012 sulla competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (Bruxelles I bis) – una competenza non già esclusiva, ma concorrente³⁸.

29. Sulla scorta di considerazioni non diverse da quelle appena riferite, il Bundesgerichtshof ha per esempio affermato che la *electio fori* costituisce un indizio significativo ("gewichtiges Indiz") della volontà delle parti di identificare la legge applicabile al rapporto nella legge del foro eletto³⁹. Per la Court of Appeal inglese, la circostanza che le parti abbiano espressamente convenuto di attribuire in via esclusiva ai giudici inglesi la cognizione delle eventuali liti nascenti dal contratto, pur potendo riflettere una comune volontà delle parti quanto all'*electio iuris*, non consente di affermare, per sé sola, l'esistenza di un accordo tacito designante la legge inglese⁴⁰.

30. La cautela che sottende le pronunce ora ricordate appare più che giustificata. I negozi nei quali si esprime, rispettivamente, una scelta del foro e una scelta di legge non sono solo giuridicamente distinti (perché investiti di funzioni diverse, perché soggetti a regimi distinti, perché la validità ed efficacia dell'uno non dipende dalla validità ed efficacia dell'altro), ma possono benissimo obbedire, nella valutazione delle parti, a considerazioni del tutto autonome. Può essere stato vero in passato, almeno in linea di principio, che chi sceglie il giudice, sceglie in tal modo, implicitamente, pure la legge che quel giudice applicherà alla sostanza del rapporto controverso (*qui eligit iudicem, eligit ius*). Oggi, però, l'equazione mal si concilia con la sofisticatezza della prassi contrattuale transnazionale, e con la familiarità raggiunta dagli operatori economici rispetto alla pianificazione e gestione del contenzioso commerciale internazionale.

Di fatto, per limitarsi in questa sede a rilievi generalissimi⁴¹, la scelta di legge tende sovente a premiare un sistema giuridico di cui le parti apprezzano l'equilibrio, la stabilità e la qualità tecnica delle norme sostanziali, mentre la scelta del foro riflette, fra le altre cose, l'apprezzamento delle parti per l'efficienza dell'apparato giudiziario di un certo paese o la prospettata attitudine della pronuncia del giudice designato (e non del giudice che sarebbe competente ad altro titolo) ad essere riconosciuta ed eseguita nei diversi paesi in cui è opportuno che ciò avvenga. Non è detto che tali considerazioni inducano sempre le parti a optare per una scelta "parallela", cioè per una *electio* in favore della legge del medesimo paese alle cui autorità viene attribuita la competenza sulle liti.

³⁷ L'art. 3, par. 1, della proposta di regolamento (doc. COM (2005)650 def.), dopo aver ribadito che la scelta "può essere espressa o risultare in modo certo dalle disposizioni del contratto, dal comportamento delle parti o dalle circostanze della causa", indicava che "[s]e le parti hanno stabilito che competenti a conoscere delle controversie attuali o future riguardanti il contratto siano gli organi giurisdizionali di uno Stato membro, si suppone che esse abbiano anche inteso scegliere la legge di tale Stato membro".

³⁸ V. ampiamente in argomento M. SCHERER, "Le choix implicite dans les jurisprudences nationales: vers une interprétation uniforme du règlement? L'exemple du choix tacite résultant des clauses attributives de juridiction et d'arbitrage", in *Le règlement communautaire "Rome I"*, cit., p. 253 ss.

³⁹ Bundesgerichtshof, 13 giugno 1996, IX ZR 172/95, *IPRax*, 1998, p. 108 ss.

⁴⁰ V. ancora *Aeolian Shipping SA v ISS Machinery Services Ltd*, cit. In questo senso si era già espresso Tribunal d'Arrondissement Luxembourg, 7 luglio 1988, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1991, p. 1092 ss.

⁴¹ V. più ampiamente in proposito F. DE LY, "Applicable Law and Dispute Resolution Clauses: a Preliminary Report", in *Les grandes clauses des contrats internationaux*, Bruxelles, 2005, p. 167 ss.

Non è detto, del resto, che le parti guardino sempre e necessariamente con sospetto all'eventualità che il giudice debba decidere la lite sulla base di una legge diversa dalla *lex fori*. Da un lato, in generale, lo sviluppo della pratica della comparazione giuridica e l'accresciuta disponibilità di informazioni sul diritto straniero diminuiscono significativamente il rischio che l'applicazione di norme straniere sia offuscata da incomprensioni o intralciata da soverchie difficoltà pratiche. Dall'altro, le parti potrebbero prefigurarsi, per i rapporti che si apprestano a mettere in piedi fra loro, un contenzioso incentrato su valutazioni di fatto, più che sulla soluzione di questioni di diritto, così di fatto relegando in secondo piano la rilevanza pratica della scelta di legge.

31. Insomma, prima di desumere una tacita *electio iuris* da un accordo di scelta del foro, l'interprete dovrebbe dunque procedere ad un'indagine particolarmente rigorosa di tutti gli indizi pertinenti, evitando delle semplificazioni che appaiono sempre meno giustificate alla luce della mutata realtà economica e sociale.

A conferma del fatto che proprio questa sensibilità è richiesta all'interprete si pongono, oggi, i Principi dell'Aja sulla scelta della legge applicabile ai contratti commerciali internazionali, adottati dalla Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato il 19 marzo 2015. L'art. 4, dei Principi, dopo aver affermato che la scelta può essere espressa o apparire chiaramente dalle disposizioni del contratto o dalle circostanze, chiarisce che un eventuale accordo attributivo della giurisdizione concluso fra le parti "is not in itself equivalent to a choice of law".

32. Deve dar prova di una prudenza ancora maggiore, stando a un'opinione condivisa da larga parte della dottrina⁴², chi pretenda di affermare l'esistenza di una scelta tacita a partire da una convenzione arbitrale, cioè a partire dall'accordo con cui le parti abbiano devoluto alla decisione di uno più arbitri la soluzione delle controversie riguardanti il contratto per il quale si sospetti una *electio* tacita. La relazione Giuliano - Lagarde contempla, per la verità, anche questa ipotesi, ammettendo che possa svelare la conclusione di un *pactum de lege utenda* la scelta operata dalle parti "del luogo in cui le controversie dovranno essere regolate mediante arbitrato", perlomeno quando le circostanze facciano presumere che l'arbitro "applicherà la legge del paese in cui tale luogo si trova". Di fatto, la scelta della sede dell'arbitrato può svelare l'inespressa volontà delle parti di collocare la sostanza del rapporto sotto l'impero della legge del paese della sede.

Le considerazioni svolte prima circa la reciproca autonomia delle clausole di *electio iuris* ed *electio fori* possono qui essere riproposte con ancora maggior forza. Le ragioni che inducono a fissare la sede dell'arbitrato in un certo paese piuttosto che in un altro sono, di per sé, del tutto diverse dalle ragioni che, razionalmente, dovrebbero portare le parti a preferire una certa legge invece di un'altra per configurare nella sostanza i rispettivi diritti ed obblighi. In più, il rilievo – tutt'altro che decisivo, come si è visto – per cui le parti potrebbero voler evitare l'applicazione di una legge diversa dalla *lex fori*, risulta chiaramente non trasponibile all'ipotesi dell'arbitrato, se è vero che gli arbitri, in quanto tali, non hanno un foro.

Va considerato, di contro, l'ampio movimento di delocalizzazione del fenomeno arbitrale cui si assiste da decenni nella prassi e nella legislazione dell'arbitrato commerciale internazionale: se è vero che i legami fra la giustizia arbitrale e gli ordinamenti statali perdono progressivamente di spessore, diviene sempre più difficile accettare con facilità l'idea che i contraenti possano aver voluto tacitamente ancorare il loro rapporto alla legge di un dato paese solo identificando per la soluzione delle loro liti un certo ancoraggio statale, espresso dalla scelta della sede del procedimento.

Vi è di più. L'equazione tra sede dell'arbitrato e legge applicabile al contratto non ha basi nella prassi arbitrale. Gli arbitri, quando si dispongono a risolvere un conflitto di leggi in materia di contratti, non privilegiano affatto l'applicazione della legge sostanziale del paese della sede, ma si rifanno a tutt'altre considerazioni⁴³.

⁴² V., per tutti, B. AUDIT, L. D'AVOUT, *Droit international privé*, 7^a ed., Paris, 2013, p. 810.

⁴³ Sul tema, oggetto di una letteratura vastissima, basti qui richiamare, anche per ulteriori rinvii, T. de Boer, "Choice of Law in Arbitration Proceedings", in *Recueil des cours*, vol. 375 (2014), p. 201 ss.

33. In giurisprudenza, accanto a casi (in genere più risalenti) in cui i giudici hanno ravvisato con una certa liberalità in una clausola compromissoria un indizio della tacita volontà delle parti di scegliere come *lex contractus* la legge del paese della sede⁴⁴, si registrano pronunce caratterizzate da maggiore circospezione.

La High Court inglese, ad esempio, ha escluso la possibilità di inferire una scelta di legge tacita dalla circostanza che il contratto di cui si discute prefigurasse, in caso di lite, un procedimento arbitrale amministrato secondo le regole della American Arbitration Association: per un verso, ha osservato la Corte riferendosi alle peculiarità del caso di specie, la clausola si riferiva solo ad alcune delle controversie suscettibili di insorgere dal contratto e, per un altro verso, non prefigurando una connessione con un particolare Stato degli Stati Uniti, la clausola in parola difettava del grado di determinatezza richiesto ai fini del riscontro di una *electio iuris*⁴⁵.

34. Cambiando di scenario, appare infine problematica, sia pure per ragioni in parte diverse, l'invocazione di un accordo tacito di designazione della *lex contractus* ricavato dalla circostanza che le parti, giunte ormai di fronte al giudice, si siano entrambe richiamate, nelle loro difese, alla legge di un medesimo paese⁴⁶.

Il quadro appena descritto si verifica, in particolare, in situazioni che – secondo la pratica e la dottrina di certi paesi, come la Francia – integrano quello che si suole definire un “accordo procedurale”, cioè una convenzione volta a definire, in funzione di un particolare procedimento, il modo in cui debbono essere affrontate e decise determinate questioni, segnatamente la questione della legge applicabile al rapporto controverso. Nei paesi che conoscono queste pratiche, l'accordo procedurale serve fondamentalmente a ricondurre sotto la *lex fori* la cognizione di rapporti giuridici che, di per sé stessi (cioè in base alle regole di conflitto cui tali rapporti sono soggetti in via ordinaria), sarebbero disciplinati da una legge straniera. L'accordo si desume, allora, dal comportamento delle parti, e in particolare dal fatto che le parti abbiano preso posizione sul merito della lite servendosi di argomentazioni basate sulla legge del foro, di fatto ignorando il gioco delle regole di conflitto o rendendo comunque inoperante, nel procedimento, il richiamo da queste disposto.

35. Non è possibile tracciare, in questa sede, i caratteri salienti dell'accordo procedurale né spiegare in che senso e sotto quali profili tale istituto si discosti dalla *electio iuris*⁴⁷. È bene rilevare, semmai, che ai sensi dell'art. 3, par. 2, del regolamento Roma I, le parti possono accordarsi fra loro “in qualsiasi momento” per assoggettare il contratto “ad una legge diversa da quella che lo disciplinava in precedenza”, con la precisazione peraltro che la modifica, se “intervenuta posteriormente alla conclusione del contratto”, non inficia la validità formale del contratto “e non pregiudica i diritti dei terzi”. Tale accordo può intervenire, secondo l'opinione prevalente, nel corso del giudizio (quanto meno entro una certa fase del procedimento), e può anch'esso, stando alla regola generale dell'art. 3, par. 1, secondo periodo, risultare tanto da una dichiarazione espressa quanto dalle circostanze.

Ciò detto, prima di affermare che il concorde richiamo delle parti alla legge di un certo Stato (quello del foro) segnala l'esistenza di una *electio* tacita, occorre poter dire – in base allo schema già illustrato – che tale concorde richiamo reca l'indizio di una volontà reale delle parti: la volontà di superare una precedente designazione (o il richiamo obiettivo operante sino a quel momento) e di sottoporre il rapporto a una certa legge (quella invocata nelle difese). Una conclusione possibile, questa, ma che non può essere oggetto di una facile e meccanica presunzione: vuoi perché i difensori delle parti (a cui è imputabile l'invocazione della legge in questione negli scritti difensivi) non sono necessariamente legittimati a modificare la sostanza del rapporto controverso; vuoi perché le difese spiegate nel processo sono, per natura e funzione, degli atti diversi da quelli deputati a veicolare la volontà negoziale dei contraenti (le prime *argomentano* e

⁴⁴ V. ad esempio *Egon Oldendorff v Libera Corporation (No. 1)* [1995] 2 Lloyd's Rep 64.

⁴⁵ *Travelers Casualty and Surety Company of Europe Ltd v Sun Life Assurance Company of Canada (UK) Ltd*, cit.

⁴⁶ In generale, sulla rilevanza rivestita dalla condotta processuale delle parti agli effetti della ricostruzione di una tacita *electio iuris*, v. M. PENADÉS FONS, *op. cit.*, p. 166 ss.

⁴⁷ Sull'accordo procedurale v. per tutti, B. FAUVARQUE-COSSON, “L'accord procédural à l'épreuve du temps”, in *Le droit international privé: esprit et méthodes – Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, 2005, p. 263 ss.

si rivolgono al giudice, i secondi *dispongono* e si indirizzano all'altra parte), vuoi infine perché le ragioni sottese all'invocazione di un certo diritto invece di un altro potrebbero non aver nulla a che vedere con la volontà di modificare la legge regolatrice del contratto (l'invocazione potrebbe riflettere, ad esempio, un'errata comprensione del problema internazionalprivatistico sotteso al caso di specie).

2. Il metro di valutazione degli indizi

36. Nel procedere alla rilevazione di una scelta tacita ai sensi dell'art. 3, par. 1, secondo periodo del regolamento Roma I, l'interprete deve dar prova di una cautela speciale, ancorando la propria indagine a riscontri rigorosi. Tre sono le direttive di fondo, collegate fra loro, a cui egli deve attenersi.

37. Per cominciare, al momento di fissare il *thema* della propria indagine, l'interprete deve ricordare che il suo compito, ai sensi dell'art. 3, par. 1, secondo periodo, del regolamento Roma I, si esaurisce – come detto – nella rilevazione di una scelta reale, solo non veicolata da parole. In questo senso, gli elementi che parlano della prossimità del contratto a un certo paese piuttosto che ad un altro non possono essere valorizzati in quanto tali. Vengono in rilievo, semmai, quando – sulla scorta di considerazioni attagliate al caso di specie e anch'esse suffragate da prove – emerga che le parti hanno *voluto* assoggettare il rapporto alla legge di un paese con cui il rapporto presenti, per l'appunto, un collegamento particolarmente stretto.

Va rammentato, sul punto, che le stesse norme di conflitto obiettive del regolamento (quelle operanti in mancanza di scelta) sono pensate, in generale, per ricondurre il contratto sotto la legge di un paese ad esso “vicino”. Sotto questo profilo, pertanto, la volontà di compiere una scelta di legge si rivelerà particolarmente chiara quando le parti abbiano inteso assoggettare il contratto alla legge di un paese con cui lo stesso *non* presenti un nesso particolarmente qualificato. Se davvero le parti hanno voluto convenire fra loro una *electio iuris*, è plausibile, infatti, che esse si siano accordate in questo senso per *scongiurare* l'esito prefigurato dalla pertinente norma obiettiva, piuttosto che per ribadirlo. Insomma, gli indizi che segnalano una tacita volontà delle parti di assoggettare il contratto alla legge che comunque lo regolerebbe in via obiettiva sono spesso indizi deboli, perché ambivalenti: anziché esprimere una volontà, essi potrebbero semplicemente segnalare o confermare la prossimità del contratto a un certo paese. Più consistenti, invece, sono gli indizi che mostrano come i contraenti si siano presi la briga di concludere un tacito *pactum de lege utenda* precisamente per sottrarsi a una norma di conflitto obiettiva ritenuta “sgradita”. Di fatto, se il *thema* di prova è costituito dalla reale volontà dei contraenti, risulterà più agevole dimostrare l'esistenza di un *pactum* che designi la legge di un paese che non ha nulla a che fare col rapporto, piuttosto che un *pactum* che si allinei alla soluzione dettata dal regime obiettivo.

38. La seconda direttiva sottesa all'art. 3, par. 1, secondo periodo, del regolamento, è quella che chiede al giudice di fondare la propria inferenza su una valutazione integrale e “libera” del materiale pertinente. L'accertamento della volontà delle parti deve cioè essere condotto alla luce dell'insieme degli indizi ammissibili e non dev'essere condizionato da precomprensioni o schematismi.

In fondo, come già detto più volte, si tratta di verificare se le parti si siano realmente accordate in ordine alla legge applicabile e, se sì, in che termini. Perché l'operazione sia efficace, è bene che l'interprete sia posto in immediato contatto con la concretezza della vicenda di cui trattasi: l'impiego di elementi presuntivi, che pretendano di fornire una chiave di lettura obbligata dell'intento dei contraenti o di delinearne la ricostruzione *astrattamente* preferibile, svierebbe il giudice dall'itinerario logico-ricostruttivo segnato dal regolamento.

Si rivela criticabile, sotto questo profilo, l'orientamento che – tentando nei fatti una inammissibile ricerca dell'accordo ipotetico delle parti – fa leva sul fatto che i contraenti, di fronte a un contratto prevalentemente collegato ad un dato paese, abbiano *omesso* di compiere una scelta in favore della legge di un *diverso* paese⁴⁸. Un ragionamento di questo genere, per il fatto stesso di prendere le mosse da una

⁴⁸ V. a questo riguardo *Gan Insurance Company Ltd. v The Tai Ping Insurance Company Ltd.* [2002] EWCA Civ 248.

ricostruzione non suffragata da un riscontro della volontà delle parti ma considerata in partenza “preferibile”, perché coerente alla obiettiva localizzazione del rapporto, si discosta dal percorso logico imposto dall’art. 3, par. 1, del regolamento, ostacolando la ricerca della volontà reale delle parti.

39. La terza direttiva, infine, riguarda lo spessore, ossia la forza persuasiva, che gli indizi raccolti dall’interprete devono presentare per essere legittimamente posti a fondamento della rilevazione di una *electio* tacita.

Un regime come quello del regolamento Roma I, dominato dal principio di autonomia e particolarmente sensibile alle ragioni della certezza, non consente di affermare a cuor leggero l’esistenza di un *pactum de lege utenda* là dove le parti abbiano omesso di rendere esplicita la propria volontà in proposito.

Oggi l’assunto è forse ancora più vero che in passato, visto che gli operatori del commercio internazionale, sempre più abituati a far uso delle norme del diritto internazionale privato dei contratti, non dovrebbero in sostanza avere difficoltà – se davvero lo vogliono – a rappresentarsi la possibilità di una scelta di legge e a compierla in modo esplicito, anziché affidarsi a un silenzio che l’interprete dovrebbe eventualmente considerare “eloquente”. In un’epoca di maturità degli scambi internazionali, il legislatore europeo dovrebbe verosimilmente avere meno motivi per “salvare” delle scelte non perfette, accontentandosi del fatto che siano genuine, e dovrebbe anzi ritenere sempre più plausibile che, se i contraenti hanno serbato il silenzio in ordine alla legge applicabile al rapporto, ciò riflette verosimilmente una loro rinuncia a concludere una *electio*, o la constatazione dell’impossibilità di addivenirvi.

40. Sta di fatto che, come detto, il regolamento Roma I è esplicito nello stabilire che l’interprete, prima di dire che il silenzio delle parti nasconde un accordo tacito sulla *lex contractus*, deve sincerarsi che gli indizi ricavabili dalle disposizioni del contratto e dalle circostanze conducano “chiaramente” a quest’esito ricostruttivo.

41. Il parametro della “chiarezza” trova oggi un riscontro inequivocabile in tutte le versioni linguistiche del regolamento. Sotto la convenzione di Roma, infatti, la rilevazione di una scelta tacita sembrava comportare l’impiego di parametri di rigore differente a seconda della lingua considerata⁴⁹. Nella versione italiana della convenzione, l’art. 3, par. 1, richiedeva, in caso di scelta tacita, che la volontà delle parti risultasse “in modo *ragionevolmente certo* dalle disposizioni del contratto o dalle circostanze”, di fatto allineandosi al linguaggio usato, in particolare, nella versione inglese e tedesca della norma (“The choice must be ... demonstrated with reasonable certainty by the terms of the contract or the circumstances of the case”; “Die Rechtswahl muss ... sich mit hinreichender Sicherheit aus den Bestimmungen des Vertrages oder aus den Umständen des Falles ergeben”). Il lessico utilizzato era più liberale di quello accolto in altre versioni della disposizione, come quella francese, quella spagnola e quella portoghese (“Ce choix doit ... résulter de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause”; “Esta elección deberá ... resultar de manera cierta de los términos del contrato o de las circunstancias del caso”; “Esta escolha deve ... resultar de modo inequívoco das disposições do contrato ou das circunstâncias da causa”).

Con l’adozione del regolamento, si è avuto cura di rendere omogeneo il tenore della norma, riportando tutte le versioni linguistiche alla più rigorosa delle formule ora ricordate; ciò anche al fine di rimediare agli sviluppi spesso divergenti registrati, sul punto, nella giurisprudenza degli Stati contraenti della convenzione di Roma⁵⁰. Così, mentre la versione francese continua ad esigere che la scelta emerga “de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause”, e la versione spagnola e quella portoghese seguitano ad impiegare espressioni che evocano un alto grado di certezza (“Esta elección deberá ... resultar de manera inequívoca de los términos del contrato o de las circunstancias del caso”; “A escolha deve ... resultar de forma clara das disposições do contrato, ou das circunstâncias do

⁴⁹ Sulle discussioni generate dalle discrepanze fra le versioni linguistiche e sul confronto sviluppatosi a questo proposito nel corso dei lavori che hanno portato all’adozione del regolamento, v. ampiamente M. PENADÉS FONS, *op. cit.*, p. 58 ss., e M. MCPARLAND, *The Rome I Regulation on the Law Applicable to Contractual Obligations*, Oxford, 2015, p. 294 ss.

⁵⁰ V. in proposito N. JOUBERT, *op. cit.*, p. 234 ss.

caso”), le versioni inglese e tedesca – così come quella italiana, già riportata – accolgono oramai senza più temperamenti il parametro della chiarezza: “The choice shall be ... clearly demonstrated by the terms of the contract or the circumstances of the case”, e “Die Rechtswahl muss ... sich eindeutig aus den Bestimmungen des Vertrags oder aus den Umständen des Falles ergeben”⁵¹.

42. La soglia della “chiarezza”, per quanto suscettibile di variare in qualche misura a seconda della sensibilità dell’interprete, può dirsi raggiunta quando, malgrado il silenzio delle parti, una persona ordinaria, informata delle disposizioni del contratto e delle circostanze, si senta di dire con certezza che i contraenti sono concordi nell’assoggettare il loro rapporto alla legge di un certo paese.

Il metro è sociale e va pertanto rapportato all’ambiente in cui si iscrive il contratto, potendo mutare a seconda che il rapporto di cui si discute intercorra, ad esempio, fra due imprese regolarmente impegnate in rapporti d’affari a carattere internazionale, fra due piccole imprese operanti perlopiù in ambito interno, o ancora fra un’impresa e un suo dipendente; oppure, ancora, a seconda del particolare settore in cui si iscrive l’operazione divisata dalle parti o dell’area geografica in cui queste ultime sono solite operare.

⁵¹ Il regolamento, unificando la resa linguistica del parametro della “chiarezza”, cerca di evitare il perpetuarsi delle difficoltà ricostruttive cui l’interprete risultava esposto, sotto la convenzione di Roma, anche in ragione della disparità delle formule impiegate allo stesso fine in altri strumenti di diritto internazionale privato uniforme, suscettibili di fornire – per analogia o per contrasto – qualche spunto ermeneutico. È da subito apparso chiaro agli studiosi, ad esempio, che la convenzione di Roma si accontentasse, in tema di *electio* tacita, di riscontri meno rigorosi di quelli imposti dalla convenzione dell’Aja del 15 giugno 1955 sulla legge applicabile alla vendita di oggetti mobili corporali, il cui art. 2, par. 2, stabilisce che la designazione della legge regolatrice del contratto “doit faire l’objet d’une clause expresse, ou résulter indubitablement des dispositions du contrat”. Più prossima alla soluzione accolta dalla convenzione di Roma risultava essere, invece, la formula impiegata nell’art. 5, par. 2, della convenzione dell’Aja del 14 marzo 1978 sulla legge applicabile ai contratti di intermediazione e alla rappresentanza, peraltro allineata in entrambe le sue versioni linguistiche al linguaggio liberale usato nella versione francese della convenzione di Roma (“This choice must be express or must be such that it may be inferred with reasonable certainty from the terms of the agreement between the parties and the circumstances of the case”; “Le choix de cette loi doit être exprès ou résulter avec une certitude raisonnable des dispositions du contrat et des circonstances de la cause”). L’approccio flessibile sotteso alla convenzione dell’Aja del 1978 (e alla stessa convenzione di Roma, nella versione francese) ha peraltro suscitato le perplessità dei redattori di altri testi convenzionali di poco successivi, che si sono attestati su posizioni di maggior cautela. Così, l’art. 7, par. 1, della convenzione dell’Aja del 22 dicembre 1986 sulla legge applicabile ai contratti di compravendita internazionale di beni mobili impone all’interprete di ricercare una scelta “chiara” (“The parties’ agreement on this choice must be express or be clearly demonstrated by the terms of the contract and the conduct of the parties, viewed in their entirety”; “L’accord des parties sur ce choix doit être exprès ou résulter clairement des termes du contrat et du comportement des parties, envisagés dans leur ensemble”), mentre l’art. 7, par. 1, della convenzione interamericana sulla legge applicabile ai contratti internazionali, fatta a Città del Messico il 17 marzo 1994, si spinge fino a prescrivere per la scelta tacita una dimostrazione di “evidenza” (“El acuerdo de las partes sobre esta elección debe ser expreso o, en caso de ausencia de acuerdo expreso, debe desprenderse en forma evidente de la conducta de las partes y de las cláusulas contractuales, consideradas en su conjunto”; “The parties’ agreement on this selection must be express or, in the event that there is no express agreement, must be evident from the parties’ behavior and from the clauses of the contract, considered as a whole”).