

IL REGOLAMENTO ROMA I FORZA DI LEGGE, EFFETTI, CONTENUTO*

TITO BALLARINO
Professore ordinario
Università degli Studi di Padova

Recibido: 10.12.2008 / Aceptado: 08.01.2009

Riassunto: La trasformazione della Convenzione di Roma in regolamento ha effetti legali immediati, dovuti in primo luogo alla natura del nuovo strumento, che sono ancora da esaminare. Si può però sin da ora prevedere che anche indipendentemente dal ruolo, ormai ridotto, delle Corti di giustizia, l'applicazione delle norme di conflitto sarà più facile e, soprattutto, avrà un carattere uniforme all'interno degli Stati membri.

Con il passaggio al regolamento la Comunità europea ha assunto un vero ruolo di legislatore internazionale, assai più penetrante di quello svolto dalla Conferenza dell'Aja. Di ciò testimoniano i vari adattamenti operati sulle norme di conflitto della Convenzione del 1980 per renderle più rispondenti alle nuove esigenze ed agli sviluppi del diritto comunitario. In questa prospettiva vanno viste particolarmente le modifiche introdotte nella disciplina del collegamento obiettivo e nella rimodellazione del ruolo delle norme di applicazione necessaria.

La finalità di carattere generale della Convenzione, e quindi del regime di conflitto comunitario delle obbligazioni contrattuali, non sono mutate: restano come prima la ricerca della *proper law* (pur con la modifica segnalata), la libertà di scelta e la protezione del consumatore. Ad esse si aggiunge, ancorché in una maniera non completamente definita ma comunque influenzata dall'emergere delle norme comunitarie imperative, il minimo standard comunitario.

L'affermazione di un ruolo legislativo appare manifesta anche nell'estensione delle regole di conflitto comunitarie a campi nuovi e generalmente esclusi dalla legislazione internazionale sul conflitto di leggi, come il contratto di assicurazione e il contratto di trasporto di passeggeri. Anche la clausola di revisione dell'art. 27, analoga a quella ancora più penetrante di Roma II (art. 30), testimonia del ruolo di legislatore centrale ormai assunto dall'Unione europea.

Parole chiave: Convenzione di Roma del 1980, Regolamento Roma I, Legislazione internazionale privato, *Proper law*, libertà di scelta, Minimo standard comunitario, Prossimità, Certezza del diritto, Collegamento obiettivo, Figure contrattuali tipiche, Futuro del regolamento

Abstract: The transformation of the Rome Convention into a Council Regulation has immediate legal effects, due to the nature of the new legal instrument and should be studied carefully. Anyway, the application of the new conflict rules might be easier and, specially, they will be uniform for all the Member States. With the metamorphosis of the Rome Convention, the European Community has assumed a completely new role as a legislator much more important than the role played by the Hague Conference of Private International Law. The new Council Regulation keeps its general character and the quest for the *Proper Law* of the contract remains the same, as well as the party autonomy in the conflict of laws and the consumer protection. A new concept, the minimum Community standard emerges under the form of mandatory provisions. The new Council Regulation applies also to new fields in the world of contracts,

* Alla base di questo testo vi è una conferenza tenuta dall'autore al *Seminario de Otoño* 2008 dell'Università Carlo III di Madrid, su invito del prof. ALFONSO L. CALVO CARAVACA. In un testo differente, questo scritto viene pubblicato anche sulla *Rivista di diritto internazionale*, fasc. 1/2009.

until now excluded from the Rome Convention: insurance contracts, carriage of passengers. The revision clause contained in Art. 27 confirms the central role of the European Union as a true legislator in the field of the Conflict of Laws.

Key words: Rome Convention 1980, Council Regulation Rome I, Legislation, Private International Law, Proper law, Law chose by the parties, Party autonomy, Community Minimum Standard, Close Connection, Predictability of the Applicable Law, Objective Connection, Different Contracts, Future of the Rome I Regulation

Sumario: 1. Il regolamento Roma I come manifestazione di legislazione internazionale. – 2. Conseguenze della nuova natura regolamentare. – 3. Osservazioni preliminari sulle lacune di Roma I. – 4. I valori fondanti della riforma secondo il *Libro verde*. – 5. *New entries*: il contratti di trasporto e di assicurazione. – 6. La nuova disciplina del collegamento obiettivo. – 7. La scelta del legislatore comunitario per la certezza del diritto. – 8. L'ampliamento del tessuto legislativo. – 9. Le norme di applicazione necessaria "rivisitate". – 10. Il futuro del regolamento Roma I.

1. Mentre la Convenzione di Bruxelles ha potuto avere molteplici aggiornamenti attraverso:
- la periodica novellazione in occasione dell'ingresso di nuovi Stati;
- il monitoraggio attento e continuo svolto dalla giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee (CGCE),

nulla di ciò è stato possibile per la Conv. di Roma dal momento che l'ingresso di nuovi membri della Comunità non ha fornito l'occasione per una vera revisione (cosa che da sola¹ dimostra l'importanza relativa delle norme della Conv. di Roma per la vita giuridica comunitaria); dal momento, poi, che, i testi relativi all'interpretazione da parte della Corte di giustizia sono entrati in vigore soltanto il 10 agosto 2004 quando il regolamento Roma I stava già sulla rampa di lancio. Circa l'ultimo punto, vi è però osservare che in base alla nuova natura di regolamento le questioni pregiudiziali concernenti la validità e l'interpretazione delle norme di conflitto può essere sollecitata soltanto dai giudici nazionali di ultima istanza, mentre secondo il protocollo I alla Convenzione di Roma possono farlo anche i giudici di appello. Ciò significa che una giurisprudenza comunitaria sulle norme di conflitto "comunitarie" relative alle obbligazioni contrattuali continuerà a mancare² e pertanto che viene meno uno dei motivi portanti del *Libro verde*³ della Commissione del 14 gennaio 2003 per la trasformazione della Convenzione di Roma in regolamento: rendere possibile un'interpretazione uniforme delle norme di conflitto da parte della Corte di giustizia in analogia con quanto avviene per gli altri testi comunitari di d.i.pr.⁴

Sarebbe tuttavia inappropriato soffermarsi su questo aspetto, ignorando tutti i motivi che parlano in favore del regolamento.

Il primo è legato alla trasformazione della Convenzione di Bruxelles nel regolamento 44/2001, un fatto che non poteva non provocare un mutamento corrispondente nella Convenzione di Roma. Rimandando al seguito per i singoli aspetti di questo *Gleichlauf*, mette conto, ora, di esaminare il senso generale della trasformazione.

¹ Occorrerebbe forse aggiungere la maggiore "popolarità" di cui godono, tra i testi internazionali, quelli relativi al diritto processuale in rapporto ai testi dedicati ai conflitti di legge. Se ne ha un vivido esempio scorrendo il quadro delle ratifiche della convenzioni della Conferenza dell'Aja (http://www.hcch.net/index_en.php e a stampa in *Rev.crit.dr.int.privé*, 2008, p. 186 ss.). Sul punto rimando a T. BALLARINO e L. MARI, *Uniformità e riconoscimento*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2006, pp. 7-46.

² Ciò non esclude un effetto di reciproca influenza, nel senso dell'omogeneità, tra le sentenze dei tribunali nazionali: v. *oltre*, paragrafo 7.

³ Il *Libro verde* [COM (2002) 654 fin.] è stato adottato a seguito del "piano di azione" di Vienna concernente la messa in opera delle disposizioni del Trattato di Amsterdam relative allo stabilimento di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia (GUCE C 19 del 23 febr. 1999) il cui punto 40 c) riguarda la legge applicabile alle obbligazioni contrattuali. Per un esame approfondito del Libro verde si veda; A. BONOMI, *Conversion of the Rome convention on contracts into an EC instrument; some remarks on the Green Paper of the EC Commission*, in *Yearbook of Priv. Int. Law*, 2003, pp. 53 ss.; N. BOSCHIERO, *Verso il rinnovamento e la trasformazione della Convenzione di Roma: Problemi generali*, in *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, a cura di P. PICONE, Padova (Cedam) 2004, pp. 319-420.

⁴ Comunque, in questa funzione, la Corte potrà ora dare un'interpretazione "più autonoma" di quella che può dare interpretando norme convenzionali: si veda CGCE 8-XI-2005, causa C-443/03, *Leffler*, in *Raccolta*, p. I – 9611, p.to 43 ss.

Promuovendo l'unificazione delle norme sulla competenza giurisdizionale in aggiunta al riconoscimento delle decisioni giurisdizionali che il testo del Trattato CE prevede esplicitamente, la Comunità europea si è assunta un compito di legislatore internazionale: proprio come un vero legislatore centrale in un sistema di pluralità legislativa, si è posta come fine il raggiungimento dell'armonia delle decisioni nello spazio giudiziario di propria competenza. Ha voluto, si potrebbe dire, recuperare gli imperativi di uniformità propri dell'ordine universale del diritto "comune" del Medioevo⁵.

Una prima osservazione riguarda la storia del regolamento. L'emanazione definitiva di esso è stata preceduta da una proposta della Commissione del 2005, ampiamente discussa dagli specialisti⁶. Il testo definitivo se ne discosta in non pochi e non trascurabili punti. Di alcuni mi capiterà di far cenno, anche se il mio scopo non è quello di fare lo storico del regolamento Roma I⁷. E' innegabile, però, che il regolamento è maturato attraverso un procedimento di tipo parlamentare.

Una seconda osservazione fa leva sul fatto che per le sue ben note caratteristiche di imperatività e diretta efficacia, il regolamento comunitario offre degli strumenti più efficaci ad un vero legislatore centrale.

E' ben noto, infatti, che l'elaborazione di testi convenzionali sul d.i.pr. avviene assai lentamente: sia sul versante della negoziazione, dato lo scrupolo dei negoziatori – generalmente "tecnicisti" del diritto – di attenersi ad un mandato ricevuto, sia sul versante della ratifica, dato l'interesse generalmente scarso che hanno i parlamenti nazionali per la nostra materia (non compensato da un'adeguata influenza politica dei negoziatori in sede di ratifica parlamentare). Ne è prova la lunga elaborazione della Convenzione di Roma, con gli undici anni trascorsi dalla firma all'entrata in vigore. E' doveroso comunque dare atto della circostanza che il movimento recente di codificazione del diritto internazionale mediante convenzioni internazionali – chiamiamolo pure così – ha conosciuto un salto di qualità per effetto di convenzioni non più basate sulla reciprocità ma sull'applicazione anche del diritto di Stati non contraenti.

2. Il già citato Libro Verde (p.to 2) enumera tra i vantaggi della trasformazione della Convenzione di Roma in regolamento comunitario il conferimento di maggior forza (*consistency*) alla legislazione comunitaria sul d.i.pr. e l'applicazione immediata delle norme unificate ai nuovi Stati membri dell'UE⁸.

Questa nuova *consistency* è data dal fatto che spariscono gli articoli 22 e 30 della Convenzione: il secondo, perché la durata temporale di 10 anni fissata per la Convenzione e la conseguente possibilità di denuncia non si addicono ad un regolamento comunitario; il primo perché il regolamento, per sua natura, non ammette le riserve che la Convenzione di Roma ammetteva invece per l'art. 7.1 e per l'art. 10, 1, e⁹.

Vi è però un punto ancora più rilevante che concerne il rango che nell'ordinamento spetta alla norma regolamentare di d.i.pr. comunitario (un problema che sotto la Convenzione di Roma non si poneva dato il suo carattere di "semplice" strumento convenzionale internazionale). In tutti gli Stati europei la norma

⁵ Cfr. BALLARINO e MARI, op. cit., p. 24.

⁶ Mi limiterò a ricordare l'eccellente saggio di P. LAGARDE, *Remarques sur la proposition de règlement de la Commission européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)*, in *Rev.cr. dr. int. privé*, 2006, pp. 231-249, il volume *La legge applicabile ai contratti nella proposta di regolamento « Roma I »* (contributi di numerosi autori raccolti ad P. FRANZINA) Padova (Cedam) 2006, pp. 180, il volume in cura della FONDAZIONE ITALIANA PER IL NOTARIATO, *Il nuovo diritto europeo dei contratti: dalla Convenzione di Roma al regolamento « Roma I »* Milano (*Il Sole / 24 Ore*) 2007 e il mio contributo, in spagnolo, pubblicato in *Anuario español de Derecho internacional privado*, 2006, p. 321 ss. Le modificazioni intervenute durante l'iter parlamentare del regolamento hanno reso questi scritti parzialmente obsoleti (alcuni studi contenuti nel volume de *Il Sole / 24 ore* tengono conto tuttavia di certe modifiche apportate alla proposta della Commissione). Un primo commento al testo definitivo di Roma I, con contributi di F. POCAR, P. PIRODDI, A. MALATESTA e A. LEANDRO è apparso nel supplemento *Diritto comunitario e internazionale* n. 5 di *Guida al diritto* (sett. /ott. 2008).

In italiano, i testi della Convenzione di Roma, del regolamento e della proposta di regolamento sono stati pubblicati, con un commento approfondito, da B. UBERTAZZI, nel volume *Il regolamento Roma I sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, Milano (Giuffrè) 2008, pp. 207. A questo testo rinvio, in particolare, per il vastissimo apporto bibliografico.

⁷ E neppure quello di esporre lo stato presente e le prospettive future dell'opera di codificazione del diritto internazionale privato comunitario soprattutto a seguito del c.d. programma dell'Aja. In proposito si veda da ultimo E. JAYME, *Il diritto internazionale privato nel sistema comunitario e i suoi recenti sviluppi normativi nei rapporti con Stati terzi*, in *Riv.dir.internaz.priv. e proc.*, 2006, pp. 360 ss. Si veda pure BALLARINO e MARI, op. cit., nonché, per un quadro d'insieme, S. MARINAI, I valori comuni nel diritto internazionale privato e processuale comunitario, Torino (Giappichelli) 2007.

⁸ Il Libro verde enuncia anche il vantaggio di avere l'interpretazione uniforme della Corte di giustizia. Sul punto, oltre a ciò che abbiamo detto, si veda oltre, nel presente paragrafo.

⁹ Le prima norma riguarda le norme imperative "di un altro paese"; la seconda "le conseguenze della nullità del contratto". E' noto che alcuni Stati si sono avvalsi della facoltà di apporre riserve: l'Italia, in particolare, lo ha fatto per l'art. 10, 1, e.

comunitaria si è affermata come un diritto di rango superiore rispetto alla norma statale e investita dal primato rispetto ad essa. La costruzione prevalente in Italia, sanzionata dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, considera il diritto comunitario come emanazione di una fonte estranea dello Stato, ammessa ad operare nel nostro paese per effetto di un arretramento del suo sistema giuridico. In questo modo viene assicurata la prevalenza della norma comunitaria in caso di conflitto con la norma nazionale.

Il problema che mi pongo è il seguente: quando una fattispecie concreta avente elementi di estraneità è regolata con il concorso di una norma di conflitto comunitaria e di una “ordinaria”¹⁰, la differenza di potenzialità (diciamo pure “di rango”) tra le due potrà avere effetti sull’applicazione? Sovrapposizioni si possono ipotizzare tra legge regolatrice della vendita (ora soggetta, dove non è accettata la Convenzione dell’Aja del 1955, al regolamento Roma I) e statuto reale (la cosa è possibile soprattutto nell’ambito della vendita di cose in transito) oppure tra vendita e successioni (si pensi alla vendita di eredità). Sovrapposizioni si possono anche avere in materia di società se, come ritengo, i patti parasociali soggiacciono per alcuni profili al regime delle obbligazioni contrattuali e per altri alla *lex societatis*¹¹.

Con l’entrata in vigore di Roma I, in ogni Stato dell’Unione i conflitti di legge relativi ad un’abbandante serie di obbligazioni contrattuali saranno regolati – qualunque sia la legge competente, anche quella di uno Stato estraneo alla Comunità – da una norma che appartiene al diritto comunitario. Avverrà così che controversie tra soggetti privati – quali sono quelle per le quali il nostro testo verrà ad applicazione – saranno decise mediante un regolamento comunitario: una circostanza alquanto anomala, questa, se si pensa che i regolamenti comunitari, pur godendo della diretta applicabilità, ben di rado hanno la prerogativa dell’effetto diretto “orizzontale”¹². La violazione delle norme di conflitto comunitarie potrà poi farsi valere mediante i gravami ordinari senza che la loro appartenenza ad un ordinamento estraneo sia vista come un’anomalia¹³ e potrà pure dare luogo, come diremo in seguito¹⁴, ad una procedura di controllo di carattere sopranazionale.

3. Prima ancora di esaminare i valori nuovi espressi dal regolamento – naturalmente in confronto con il testo precedente della Convenzione di Roma – e particolarmente le nuove discipline introdotte, meritano di essere segnalate alcune nuove disposizioni emanate per colmare lacune affiorate nel tessuto normativo della Convenzione di Roma.

Si nota subito, per esempio, l’inserimento nel regolamento Roma I di una disposizione specifica dedicata alla definizione della “residenza abituale”. I contenuti di essa si trovano già all’art. 4, 2, della Convenzione di Roma da dove sono stati espunti nel trasformare l’articolo nella disposizione del regolamento di ugual numero e contenuto. E’ stata la frequenza con la quale il regolamento fa appello alla nozione di residenza abituale che ha reso necessaria (per ragioni – sottolinea il *Considerando* n. 39 – di certezza del diritto) la previsione di una disposizione specifica. La residenza abituale, infatti, non ricorre soltanto nella disciplina mediante il collegamento “oggettivo” previsto per vendita, contratto di prestazione di servizi, affiliazione, distribuzione, ma è presente anche nella disciplina del trasporto (è una novità del regolamento

¹⁰ Prescindendo qui dalla questione, che ha esaminato nel mio libro *Costituzione e diritto internazionale privato* (Padova / Cedam 1974, p. 13 ss.); se possa attribuirsi valore costituzionale alle norme di conflitto. La mia risposta è stata negativa. Non manca però chi sostiene il contrario.

¹¹ Su questi problemi, che sono stato il primo ad affrontare, rinvio al mio più recente contributo apparso nel *Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, Torino (Utet) 2006, pp. 161-170. Altre indicazioni bibliografiche nel contributo di S. BARIATTI apparso nel volume a cura de *Il Sole / 24 Ore* (cit. sopra, nota 7).

¹² Cfr. T. BALLARINO, *Manuale breve di diritto comunitario*, 2° ediz., Padova (Cedam) 2007, p. 94. Qualche eccezione non-dimeno esiste. Nel mio testo ricordo il regolamento CEE del 4 febr. 1991 relativo ad un sistema di compensazione per negato imbarco su trasporti di linea, il quale è di frequente, e quasi quotidiana applicazione, nelle controversie tra passeggeri e compagnie aeree.

Sull’effetto diretto si veda da ultimo WYATT e DASHWOOD’S, *European Union Law*, 5a ediz., London (Sweet & Maxwell) 2006, p. 129 dove si pone in evidenza che l’effetto diretto “stretches beyond the creation of individual rights to embrace also the protection of some diffuse public interest”.

¹³ Così di certo in Italia, dal momento che anche il ricorso per cassazione è previsto “per violazione o falsa applicazione delle norme di diritto” (art. 360,3) è l’ordinamento comunitario è indiscutibilmente diritto. Si veda Cass. 10-XII-2002, n. 17564. Diversa sarebbe forse la situazione se, come in altri ordinamenti, si parlasse di “legge”, intendendo, come è naturale, la legge nazionale. La costruzione seguita dalla nostra pratica costituzionale consente di superare anche l’obiezione che potrebbe trarsi dall’art. 101 Cost. (“*I giudici sono soggetti soltanto alla legge*”): in proposito, si veda BALLARINO, *op. ult. cit.*, p. 110.

¹⁴ V. *oltre*, paragrafo 9.

abbracciare i due tipi di trasporto: quello di merci e quello di passeggeri), e nella disciplina del contratto di assicurazione (pure una novità del regolamento). La proposta del regolamento vi faceva riferimento anche per la surrogazione. La residenza abituale è poi fondamentale nella protezione del consumatore: anche, come vedremo, quando questi è in movimento e nelle varie forme di contratto di lavoro.

Qualche norma nuova del regolamento trae origine dall'evoluzione della cultura giuridica. Le più evidenti, curiosamente, sono quelle di carattere negativo. La lettera c) dell'art. 1° esclude dal campo di applicazione del regolamento le obbligazioni derivanti da “*rapporti patrimoniali relativi a rapporti che secondo la legge applicabile hanno effetti comparabili al matrimonio*” mentre la Convenzione di Roma si limitava ad escludere i diritti e doveri derivanti dai rapporti di famiglia. La formula impiegata dal legislatore di Roma I sembra però lasciar fuori le relazioni che non producono effetti simili al matrimonio, come i PACS francesi che hanno, in sostanza, una struttura contrattuale¹⁵.

Sempre l'art. 1° esclude “*le obbligazioni derivanti da trattative precontrattuali*”. La Corte di giustizia delle Comunità europee ha optato, nella sentenza *Tacconi*¹⁶ per il carattere extracontrattuale della responsabilità precontrattuale e il regolamento Roma II ha sancito questa soluzione nell'art. 12, anche se poi, in prime cure, ha restituito la competenza regolatrice alla lex contractus (sotto specie di legge “*che sarebbe stata applicabile al contratto se lo stesso fosse stato concluso*”).

Si noti che mentre la prima “novità” è un portato dell'evoluzione del diritto come “prodotto della società” (all'epoca della Convenzione di Roma non si pensava neanche lontanamente al riconoscimento legale di legami stabili omosessuali e neppure di legami eterosessuali che non fossero consacrati dal matrimonio), la seconda appare strettamente legata ad un'evoluzione specifica del diritto comunitario messa in movimento dalla Corte di Giustizia. In numerosi altri casi la giurisprudenza della Corte ha influenzato certi concetti, talvolta di grande importanza, del regolamento: ricordiamo per tutti la definizione delle norme di applicazione necessaria¹⁷.

Altre possibili istanze di rinnovamento del testo discendenti dall'evoluzione della cultura giuridica non sono state invece raccolte dal legislatore di Roma I: mi limiterò a ricordare i patti parasociali di cui ho già parlato, che nei quasi trent'anni passati dalla Convenzione di Roma hanno dilagato nella pratica e in Italia hanno ricevuto anche un riconoscimento legislativo con la revisione del diritto societario del 2003 che ha introdotto nel codice gli articoli 2341-*bis* e *ter* (e prima con il testo unico della finanza del 1998).

4. Per i nuovi valori che Roma I intende portare all'affermazione bisogna rifarsi, in primo luogo, al *Libro verde*.

Si legge, in esso, che la pietra angolare del sistema è la libertà delle parti di scegliere la legge applicabile (punto 1,5). In un contesto più generale il *Libro verde* (punto 1.4) dice che i principi fondamentali nei conflitti di leggi in materia di contratti sono la *proper law* e la libertà di scelta nonché, da circa venti anni, la protezione del contraente più debole. Nessun cenno viene fatto a principi spesso sostenuti come fondanti, in area comunitaria, anche per i conflitti di legge, come il principio del mutuo riconoscimento o quello della competenza del paese di origine¹⁸.

L'affermazione è del tutto conforme alla disciplina della Convenzione di Roma e non fa altro che riprodurre un principio fondamentale del diritto dei contratti internazionali che risale addirittura a Dumoulin. Nuove invece – nel senso che anteriormente non erano generalmente accettate – sono le regole che nella Convenzione di Roma fanno da corona al principio: la possibilità di mutare la scelta della legge regolatrice, la riserva dell'applicazione delle norme imperative del paese col quale il contratto ha tutti i collegamenti quando le parti hanno attribuito competenza ad un'altra legge, l'inserimento delle questioni relative all'esistenza e validità del contratto nella competenza della legge applicabile ad esso (soluzione

¹⁵ LAGARDE, op. cit., p. 333 s. La problematica delle unioni extramatrimoniali è presa ampiamente in esame da G. LIOTTA nel volume pubblicato per cura de *Il Sole / 24 Ore* (cit. sopra, nota 6) a p. 33 ss. .

¹⁶ CGCE 17-IX-2002, causa C-334/00, in *Raccolta* 2002, p. I-7357, p. 523 e segg. Nella sentenza la Corte esclude l'applicazione dell'art. 5, 1 (Convenzione di Bruxelles), relativo alle obbligazioni da contratto, all'obbligo generico di buona fede posto a carico dalle parti dell'ambito di una trattativa.

¹⁷ V. *oltre*, paragrafo 8.

¹⁸ Su quest'ultimo si veda, in senso critico, e con ampi riferimenti di letteratura, HEUZE, *De la compétence de la loi du pays d'origine en matière contractuelle ou l'anti-droit européen*, in *Mélanges en l'honneur de P. Lagarde*. Paris (Daloz) 2005, pp. 393-415.

criticabile da un punto di vista logico, ma che funziona senza difficoltà nella pratica). Queste regole sono riprodotte, quasi con le stesse parole dalla Convenzione di Roma, in Roma I.

In ossequio al principio del minimo *standard* comunitario (*Libro verde*, punto 3.1.2.2) Roma I prevede, quando la legge regolatrice è scelta dalle parti, la riserva dell'applicazione delle disposizioni di diritto comunitario “*alle quali non è permesso derogare convenzionalmente*” (art. 3,4) aggiungendola all'analogia riserva fatta dalla Convenzione di Roma, e naturalmente conservata nel regolamento, a favore delle norme imperative dello Stato maggiormente connesso con la situazione. La norma deve essere posta in relazione con la decisione della Corte di giustizia nel caso *Ingmar*¹⁹ dove la Corte ha stabilito che, nonostante gli elementi del caso non fossero tutti localizzati nel territorio della CE (si trattava di un'attività svolta negli USA), certe disposizioni della direttiva 86/653 sugli agenti commerciali dovevano essere applicate se l'agente esercitava la propria professione in uno Stato della CE.

Il testo definitivo del regolamento ha soppresso il par. 2 dell'art. 3 della proposta di regolamento che prevedeva la possibilità di scegliere come legge applicabile “*principi e norme di diritto sostanziale dei contratti, riconosciuti a livello internazionale o comunitario*”. Nell'esposizione dei motivi della proposta si spiegava che così si voleva favorire, come ha fatto la Convenzione di Città del Messico del 17 marzo 1994 sulla legge applicabile ai contratti internazionali, la scelta dei principi UNIDROIT, dei *Principles of European Contract Law*²⁰ o di un “eventuale futuro strumento comunitario facoltativo” (ma non la *lex mercatoria* “insufficientemente precisa”) con lo scopo di “rafforzare ulteriormente l'autonomia della volontà”. Il regolamento Roma I prevede soltanto nei *considerando* (al n. 13) che le parti possano includere nel loro contratto “mediante riferimento, un diritto non statale ovvero una convenzione internazionale”. Questa formula mi pare che faccia riferimento ad una ricezione materiale che si innesta sulla competenza di una legge individuata con altri mezzi.

Accanto al minimo comune standard, il *Libro verde* pone in rilievo il miglioramento della protezione delle parti deboli, cioè il consumatore ed il lavoratore²¹ (punto 3.1.1.2).

Per quanto riguarda il consumatore, il *Libro verde* rileva che la regola della libertà di scelta può portare, quando il consumatore è “mobile”, alla scelta della legge di un paese terzo con la possibile caduta della protezione: così avviene per esempio, osserva il *Libro verde*, se un consumatore portoghese effettua un acquisto in Belgio e il contratto viene sottoposto alla legge di un paese non europeo che non la conosce (punto 3.1.2.1).

I casi sempre presenti negli ambienti comunitari sono quelli di Gran Canaria dove il Bundesgerichtshof tedesco ha negato la protezione delle norme tedesche a contratti relativi all'acquisto di coperte o di quote di appartamenti in multiproprietà conclusi da turisti tedeschi nell'isola di Gran Canaria in occasione di viaggi turistici. Nei contratti era prevista l'applicazione della legge spagnola (la Spagna all'epoca non era membro della CE) e i turisti tedeschi, ritornati nel loro paese, intendevano far uso del diritto di recesso dalla direttiva 85/577.

Il regolamento scarta la soluzione, accolta in un primo tempo nella proposta di regolamento²² di sopprimere puramente e semplicemente l'autonomia della volontà nella scelta della legge regolatrice e conserva il principio della scelta della legge facendolo “retrocedere” al secondo posto dietro la legge del paese nel quale il consumatore ha la residenza abituale (art. 6,1) a condizione che il professionista²³

a) svolga le sue attività commerciali o professionali nel paese in cui il consumatore ha la sua residenza abituale, oppure

b) diriga la sua attività, con qualunque mezzo, verso tale paese.

Queste condizioni sostituiscono le tre condizioni “spaziali”, esse pure alternative, che la Convenzione di Roma (art. 5) stabilisce per conservare al consumatore la “protezione” della legge del paese nel

¹⁹ 9-XI-2000, causa 381/98, *Raccolta*, 2000, p. I-263

²⁰ Si veda, anche per le referenze bibliografiche, il contributo di F. MARRELLA nel volume a cura di FRANZINA, *La legge applicabile cit.*, p. 35 ss. Si veda, su tutti i precedenti della questione ma non addietro alla Convenzione di Roma J.P. BERAUDO, *Faut-il avoir peur du contrat sans loi?*, n *Mélanges en l'honneur de P. Lagarde*. cit., pp. 93-112.

²¹ Per i contratti individuali di lavoro, le modificazioni portate da Roma I sono trascurabili: si veda UBERTAZZI, *op.cit.*, p. 96 e F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *The Rome I regulation. Much ado about nothing*, in *European Legal Forum*, 2008, p. I-16.

²² La soluzione è considerata *étonnant* da LAGARDE, *op.cit.*, p. 341; la stessa valutazione è data dal chiaro autore all'altra regola contenuta nella proposta di regolamento che limitava la protezione al consumatore avente la propria residenza abituale in uno Stato membro.

²³ Cfr. sul punto UBERTAZZI, *op. cit.*, p. 87.

quale risiede abitualmente qualora il contratto sia disciplinato dalla legge scelta ad opera delle parti (o per rendere applicabile la legge del paese di residenza del consumatore). Le “nuove” condizioni valgono, secondo il regolamento, anche se le parti “in deroga al paragrafo 1” scelgono la legge applicabile. In tale modo la protezione viene assicurata anche al consumatore “mobile”²⁴.

La disciplina di Roma I relativa ai contratti dei consumatori riprende le esclusioni già stabilite dalla Convenzione di Roma (contratto di trasporto, contratto di fornitura di servizi in un paese diverso da quello della residenza abituale del consumatore) e ve ne aggiunge altre due: accordi aventi per oggetto diritti reali immobiliari o locazioni diverse dai *time sharing* disciplinati dalla direttiva 94/4/CE e contratti di servizi finanziari. Per questi ultimi la spiegazione logica, indicata nel *Considerando* n. 28, è che è inammissibile l’applicazione di leggi diverse a contratti dello stesso tipo, come potrebbe accadere per queste operazioni finanziarie “di massa”, solo perché gli acquirenti hanno la residenza in Stati differenti. Per i contratti *time sharing* il *Libro verde* (3.2.6.2) pone in rilievo l’opportunità di “alleggerire” la presunzione a favore della *lex rei sitae* contenuta nell’art. 3,4 della convenzione di Roma. Entrambe le figure (contratti finanziari, contratti di multiproprietà) vanno ad arricchire l’elenco dei contratti “tipici” introdotti dal regolamento che costituisce l’elemento di novità enfatizzato in tutte, o quasi, le analisi dedicate al regolamento Roma I (anche nella manifestazione che ha avuto di “proposta”).

5. La consapevolezza – si può dire – della Comunità di essere un vero legislatore si manifesta, oltre che nella nuova disciplina del collegamento “oggettivo”, di cui parleremo nel paragrafo 6, nella previsione di nuove norme sia per figure contrattuali specifiche sia per certe specifiche vicende dell’obbligazione contrattuale.

Nella disciplina di contratti specifici, il regolamento Roma I allarga il ventaglio della Convenzione di Roma dettando due articoli per il contratto di trasporto e per il contratto di assicurazione. La proposta di regolamento prevedeva un articolo specifico anche per i contratti degli intermediari, ma la norma è sparita nel testo definitivo che si premura anzi di enumerare tra le esclusioni (lett. g) “la questione di stabilire se l’atto compiuto di un intermediario valga ad obbligare di fronte ai terzi il mandante”²⁵.

Nella Convenzione di Roma il contratto di trasporto era regolato – ma limitatamente al trasporto di merci – nel quadro dell’art. 4 (collegamento oggettivo) mediante una presunzione specifica di “prosimità” derogatrice della presunzione generale fondata sulla legge del prestatore caratteristico. La disciplina della Convenzione, fondata sulla competenza della legge del paese di residenza abituale del vettore se il paese di residenza coincide con quello di carico o scarico oppure con quello dove ha sede il mittente, viene conservata dal regolamento (art. 5, 1) che tuttavia la modifica leggermente parlando di “luogo di ricezione o di consegna” e soprattutto prevedendo una norma di “chiusura” che sceglie la legge del paese in cui si trova il luogo di consegna convenuto dalle parti. Si noti che, in conformità con la riforma generale operata dal regolamento nella disciplina del collegamento oggettivo, quelle che prima erano presunzioni sono divenute norme positive.

La disciplina di Roma I si caratterizza tuttavia ancora di più per il fatto di abbracciare anche il contratto di trasporto di passeggeri (art. 5,2), un settore nel quale il legislatore di diritto internazionale privato generalmente si astiene dall’intervenire per l’esistenza di numerose convenzioni di diritto uniforme²⁶.

Nel contratto di trasporto di passeggeri, la facoltà delle parti di scegliere la legge applicabile viene ovviamente riconosciuta, sempre con il limite che la legge scelta sia *doublée* dalla presenza di un altro collegamento che assicuri una certa congruità della scelta con i dati essenziali della fattispecie.

Questa circostanza, unita al carattere ontologicamente internazionale del trasporto disciplinato dal regolamento, rende inutile la riserva generale dell’art. 3, 4, sull’applicazione delle norme imperative del paese che domina gli elementi essenziali del rapporto contrattuale. Occorre constatare, d’altra parte, che l’art. 5 ha carattere di *lex specialis* rispetto alla norma dell’art. 3 e che da ciò dovrebbe discendere anche l’inap-

²⁴ Si veda il *Considerando* n. 25 di Roma I. Qui, come sempre, i *Considerando* non chiariscono i motivi alla modificazioni apportate alle proposte della Commissione.

²⁵ L’articolo 7 previsto nella proposta di regolamento chiariva di non volersi applicare a questo “lato” della figura. Giustificava poi la propria inclusione nella nuova disciplina regolamentare con l’insuccesso della Convenzione dell’Aja del 1978 (solo tre ratifiche). Sul punto si veda LAGARDE, *op.cit.*, p. 343 s.

²⁶ Cfr. S. BUSTI, *Contratto di trasporto terrestre (Tratt. CICU/MESSINED/MENGGONI)*, XXVI, t. 1), Milano 2007, p. 319 ss. Sulla questione, in generale, si veda P. IVALDI, *Diritto uniforme dei trasporti e diritto internazionale privato*, Milano 1990.

plicabilità sia della norma del par. 4 dell'art. 3 che fa salve le disposizioni di diritto comunitario sia del regime protettivo dei consumatori (quest'ultimo punto è esplicitamente affermato nel *Considerando* n. 32).

Una siffatta disciplina appare insoddisfacente se si pensa ai contratti di trasporto mediante piccoli aerei *executive* sempre più frequenti: la scelta imposta dal vettore mediante formulari contrattuali prestabiliti può portare alla legge di un paese in cui il passeggero – parte debole anche se può permettersi il costo del trasporto con questi mezzi – non è protetto in maniera adeguata e tuttavia la legge scelta ha titolo ad essere applicata perché è la legge del luogo di partenza, di destinazione etc.²⁷

Il passeggero risulta invece meglio tutelato se non vi è stata scelta della legge applicabile. Sarà allora competente la legge del paese della sua residenza abituale purché sussista la condizione supplementare che il luogo di partenza o di destinazione sia situato in tale paese. Tuttavia la tutela viene meno – ammesso sempre che la legge del paese di residenza rappresenti il canone della protezione²⁸ – se la condizione supplementare non è soddisfatta. Si applicherà allora la legge del paese in cui il vettore ha la residenza abituale.

Il par. 3 dell'art. 5 sancisce infine la clausola d'eccezione, con le stesse parole impiegate dall'art. 4. Questa ripetizione è un indizio ulteriore della specialità della nostra norma.

Un'altra riforma assai innovativa, rispetto alla Convenzione di Roma, è l'inserimento dell'articolo 7 dedicato al contratto di assicurazione. La norma non figurava nella proposta di regolamento che quindi non toccava il sistema della Convenzione di Roma conservando – nei limiti in cui la materia non era regolata da direttive comunitarie²⁹ – il sistema bicefalo collegamento soggettivo / collegamento oggettivo.

L'art. 7 di Roma I comunque ribadisce espressamente questo sistema conservando anche la clausola di eccezione ma trasformando la presunzione relativa al collegamento più stretto in una regola positiva: “*Nella misura in cui la legge applicabile non è stata scelta dalle parti, il contratto di assicurazione è disciplinato dalla legge del paese in cui l'assicuratore ha la residenza abituale*”. Il *Considerando* n. 32 dichiara che, come per i contratti di trasporto, la previsione di una disposizione specifica “dovrebbe garantire un adeguato livello di tutela dei titolari di polizza” e pertanto che la norma relativa ai contratti dei consumatori non dovrebbe applicarsi nella materia.

Ora, se la predisposizione di una norma specifica con le regole aggiuntive in essa previste e con le esclusioni che comporta (enunciate all'art. 1, 1 lett. j) si può valutare positivamente, la protezione del contraente assicurato resta da dimostrare. Forse ha contribuito a fare adottare la norma l'argomento della simmetria con il sistema della Convenzione di Bruxelles che per il contratto di assicurazione prevede norme specifiche di competenza. Le assicurazioni tuttavia pongono esigenze ben diverse nel campo processuale e in quello sostanziale. Se nel regolare l'accesso alla giurisdizione si presenta veramente l'esigenza di proteggere l'assicurato/parte debole, la disciplina sostanziale dei rapporti assicurativi costituisce già oggetto di vigilanza da parte dei poteri pubblici ed è spesso uniformizzata internazionalmente.

In definitiva, quindi, suscita una certa sorpresa l'inserimento dell'art. 7, un vero e proprio piccolo codice internazionalprivatistico delle assicurazioni, nel regolamento. La proposta della Commissione non lo contemplava. Il *Libro verde* (3.2.2.3) prendeva atto all'ostilità della maggior parte degli Stati ad inserire le norme di conflitto sulle assicurazioni, come pure quelle sul commercio elettronico, nel regolamento destinato a sostituire la Convenzione. Evidentemente ha prevalso la logica della completezza inerente ad ogni movimento di codificazione.

²⁷ Per quanto riguarda il trasporto aereo internazionale, la responsabilità del vettore per morte e lesioni del passeggero, perdita o avaria delle cose trasportate oppure ritardo è soggetta per effetto di normative internazionali – prima la Convenzione di Varsavia e dal 2004, per l'Unione europea, la Convenzione di Montreal del 28 maggio 1999 – a norme imperative che colpiscono di nullità le clausole del contratto di trasporto che derogano al regime uniforme in senso favorevole al vettore. Si veda S. BUSTI, *Il contratto di trasporto aereo* (Tratt. CICU / MESSINEO / MENGONI), XXVI, t. 3, Milano 2001, p. 489 ss. Il difetto del carattere internazionale nel trasporto oppure certi limiti caratteristici del regime internazionale uniforme rendono però applicabile, quando la fattispecie nel suo “assetto” finale (dato anche dal foro del giudizio) ha carattere internazionale, il sistema delle norme di conflitto. Si veda in proposito T. BALLARINO e S. BUSTI, *Manuale di diritto aeronautico e spaziale*, Milano (Giuffrè) 1999, p. 592 ss., 626 ss., nonché BUSTI, *op. ult. cit.*, p. 584 ss.

²⁸ Sui valori di giustizia in d.i.pr. mi permetto di rinviare al mio *Manuale breve di diritto internazionale privato*, 3a ediz., Padova (Cedam) 2008, p. 7 ss.

²⁹ Sul punto e sull'esegesi dell'articolo 7 del regolamento Roma I si veda UBERTAZZI, *op.cit.*, p. 88 ss.

6. La riforma più rilevante portata dal regolamento Roma I, ossia la sostituzione della presunzione dell'art. 4, 2 con regole precise di localizzazione, è stata ispirata, come già abbiamo accennato, dalla novellazione operata dal regolamento 44/2001 nel "sistema Bruxelles".

Il *Considerando* n. 17 lo dichiara esplicitamente: "Per quanto riguarda la legge applicabile in mancanza di scelta è opportuno dare alle nozioni di 'prestazione di servizi' e di 'vendita di beni' la stessa interpretazione utilizzata nell'applicazione dell'art. 5 del regolamento CE n. 44/2001 nella misura in cui la vendita di beni e la prestazione di servizi sono contemplati da detto regolamento". Il *Considerando* prosegue poi rilevando che i contratti di *franchising* e di distribuzione sono oggetto di norme specifiche.

Aggiungendo a queste quattro figure le due presunzioni specifiche già esistenti nella Convenzione di Roma (contratto di vendita di un bene immobile, contratto di locazione di un bene immobile: il secondo ormai separato dal primo) e le due figure nuove della vendita di beni all'asta e della vendita di strumenti finanziari (altre lacune colmate dal regolamento Roma I), abbiamo l'"ottagono" dei tipi contrattuali per i quali la competenza di una legge definita sostituisce il principio di "prossimità" dominante nel regime della Convenzione di Roma. La proposta di regolamento lo aveva pressoché abbandonato adottando gli otto criteri di collegamento "fissi" e prevedendo una competenza pure fissa della legge della residenza abituale del prestatore caratteristico per i contratti non contemplati esplicitamente. Il collegamento più stretto sopravviveva per i soli casi in cui la prestazione caratteristica non poteva essere determinata³⁰.

Il regolamento Roma I recupera in parte il collegamento più stretto nelle norme dei paragrafi 3 e 4 dell'art. 4. Il primo stabilisce, come già faceva la Convenzione di Roma nella sua ottica di paralizzare le presunzioni, che si applica la legge del paese diverso da quello indicato negli otto casi se il contratto presenta collegamenti manifestamente più stretti con tale paese³¹ (clausola d'eccezione o "di salvaguardia"). Il secondo stabilisce che "se la legge applicabile non può essere determinata a norma dei paragrafi 1 o 2, il contratto è disciplinato dalla legge del paese con il quale presenta il collegamento più stretto"³². Anche questa norma era presente nella Convenzione di Roma, ma con lo scopo limitato di escludere la presunzione generale della legge del prestatore caratteristico. Nonostante la "rimonta" compiuta, il principio di prossimità rimane ben lontano dall'aver il lustro che lo caratterizzava nel testo di Roma. Vi è dunque chi ha ritenuto di poterlo salvare corredandolo con un aggettivo qualificativo³³.

7. Già a partire dal testo della proposta della Commissione questo nuovo regime è stato criticato dal professor LAGARDE (e naturalmente con un vigore superiore a quello che oggi merita) perché "ripudia la flessibilità in nome della sicurezza giuridica" e fa arretrare il trattamento del contratto nel conflitto di leggi allo stato degli anni sessanta³⁴, quando le codificazioni che a quell'epoca incominciavano a spuntare³⁵ esponevano lunghi elenchi di figure contrattuali ciascuna con la sua legge regolatrice.

Il legislatore comunitario ha fatto una scelta decisa, già nella proposta di regolamento, a favore della prevedibilità, indicando la certezza del diritto come obiettivo generale del regolamento³⁶. Un concetto analogo, ancorché solo in parte, si legge nel regolamento 864/2007 (Roma II)³⁷ sulle obbligazioni extracontrattuali e senz'altro costituisce un'affermazione di principio rilevante per tutta l'opera legislativa dell'Unione europea nel campo del diritto internazionale privato, una sfida – potrebbe dirsi – che il legislatore comunitario ha affrontato con chiarezza maggiore dei legislatori nazionali anche per la maggiore intensità con la quale essa si presenta nel suo campo di attività.

³⁰ Per l'analisi della proposta e un esame della letteratura che ha ispirato, rimando ancora a UBERTAZZI, *op.cit.*, p. 67 ss.

³¹ Il *Considerando* n. 20 apporta un'importante contributo chiarificatore dicendo che per determinare tale paese "si dovrebbe considerare, tra l'altro, se il contratto in questione sia strettamente collegato a un altro contratto o ad altri contratti".

³² Anche qui il *Considerando* (nella specie il n. 21) apporta il chiarimento di cui alla nota che precede.

³³ V. S. POILLOT-PERUZZETTO (*Rép. Dalloz Dr. comm. Cah. Act.*, 2008-5 che distingue una prossimità *supposée*, una *averée* e un'altra *par défaut*).

³⁴ Parole appunto di LAGARDE, *op.cit.*, p. 338.

³⁵ Si veda per queste codificazioni T. BALLARINO, *Le codificazioni recenti del diritto internazionale privato in Europa, in Il nuovo diritto internazionale in Svizzera*, Milano (Giuffè) 1990, pp. 361-441, spec. a p. 436 ss. Prima di allora le codificazioni erano assai poche, prevalendo il concetto del diritto internazionale privato come diritto giurisprudenziale. Molto in evidenza, tra di esse, era quella tedesca del 1900, per la sua complessità, e quella italiana del 1939 / 1942 per la chiarezza dei principi ispiratori.

³⁶ *Considerando*, p. 16.

³⁷ Si veda il *Considerando* p. 14 in cui alla certezza del diritto viene affiancata "l'esigenza di amministrare la giustizia nei casi concreti" per giustificare la soluzione basata sulla coesistenza di una regola generale con altre regole specifiche e con la "clausola di salvaguardia".

In ambito nazionale il legislatore di diritto internazionale privato è inevitabilmente portato a pensare ai casi di applicazione della propria legge: un esempio significativo è la previgente norma di conflitto italiana che in assenza di una scelta di legge da parte dei contraenti poneva al primo posto, in ossequio ai noti principi manciniani, la loro cittadinanza comune e, al secondo, il criterio *locus regit actum* il quale nel prisma dell'applicazione introduceva la competenza della legge italiana per determinare il luogo di conclusione del contratto³⁸. A ciò si aggiunge che il legislatore nazionale si rivolge ai propri giudici che suppone attenti a tutelare, con i vari mezzi che hanno a disposizione, le esigenze della *lex fori*, ossia dell'ordinamento. Molto spesso, anzi, nel foro vale la regola per cui, mancando la prova del diritto straniero, il giudice applica la *lex fori*³⁹.

Diverse sono le esigenze del legislatore internazionale – qui sopranazionale – il cui pubblico eterogeneo è costituito da Stati: a questa platea di destinatari si devono offrire soluzioni rigorosamente chiare ed obiettive, non suscettibili di dar spazio alla critica di discriminare tra i destinatari delle norme di conflitto.

Correlativamente muta anche il compito dello studioso delle norme di conflitto che non dovrà più dedicarsi alla critica del dato esistente per suggerire una soluzione “migliore”, ma dovrà rispettare l'imperatività della legge (possiamo dire, con Hobbes, *auctoritas non veritas facit legem*⁴⁰).

L'enunciazione di un buon numero – otto – di criteri di collegamento rigidi provoca il regresso, insieme alla prossimità, della prestazione caratteristica. La prossimità comunque non scompare, come si è detto, e non scompare neppure la prestazione caratteristica perché la legge della parte che la effettua sarà competente, in base all'art.4 par. 2, quando gli elementi del contratto sono contemplati da più di una delle norme dell'“ottagono”. Con quest'ultima disposizione il legislatore comunitario ha affrontato la folla delle obiezioni fatte al criterio del prestatore caratteristico agitando l'argomento dei contratti che prevedono scambi di prestazioni di eguale importanza e comunque non monetarie⁴¹.

8. La “vocazione” alla legislazione ha avuto una manifestazione rilevante, come già abbiamo sottolineato, nell'aver incluso nel regolamento figure contrattuali nuove rispetto alla Convenzione di Roma, quali il contratto di trasporto di persone e il contratto di assicurazione.

Un'altra epifania sono gli artt. 14-17 di Roma I relativi a cessione di credito, surrogazione legale, obbligazioni solidali, compensazione legale che innovano il regime della Convenzione di Roma, dove erano previste soltanto norme sulla cessione del credito e sulla surrogazione.

Non è mio compito, in questa sede, soffermarmi su queste norme, decisamente complesse⁴²; è un fatto, però, che la regolamentazione di queste materie rappresenta un successo sul piano internazionale sol che si pensi all'insuccesso delle convenzioni promosse da UNIDROIT e dal UNICITRAL⁴³ in tema di cessione del credito. Gioverà ricordare che la prima (Convenzione sul *factoring* internazionale) aperta alla firma a Ottawa il 28 maggio 1988 è stata ratificata, sinora, soltanto da sette Stati; la seconda (Convenzione delle Nazioni Unite sulla cessione dei crediti nel commercio internazionale adottata dall'Assemblea generale il 12 dicembre 2001) sinora non è stata ratificata da nessuno Stato.

³⁸ Cfr. T. BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, Padova (Cedam) 1982, p. 855 ss.

³⁹ E' quanto rileva, per la Spagna, la prof.ssa CASTELLANOS RUIZ, *El Convenio de Roma de 1980 ante les tribunales españoles: balance de 15 años de vigencia*, in *La Unión europea ante el derecho de la globalización* a cura di A.-L. CALVO CARAVACA e E. CASTELLANOS RUIZ Ed. Colex, 2008 pp. 121-188.. Si veda *oltre*, paragrafo 9.

⁴⁰ TH. HOBBS, *Leviathan*, p. II, cap. XXVI

⁴¹ VILLANI (nel volume a cura de *Il Sole / 24 Ore*, a pag. 75) auspica l'eliminazione della prestazione caratteristica perché estranea alle tradizioni dei paesi dell'Unione europea e, come altri autori, ne rammenta l'origine in Svizzera dove è stata adottata, secondo l'osservazione sarcastica di JESSURUN D'OLIVERIRA, per il fatto che favorisce albergatori ed esportatori di orologi a cucù due categorie di operatori, a suo modo di vedere, molto importanti per questo paese (VILLANI, *La Convenzione di Roma sulla legge applicabile ai contratti*, 2a ediz., Bari, Cacucci, 2000, p. 95; un quadro dei fondamenti del concetto e delle critiche anche in A.-L. CALVO e J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, 9a ediz. Grenada 2008, II, p. 500 ss.).

Non si dovrebbe tuttavia svalutare l'importanza di questo contributo della scienza svizzera del d.i.pr. – la Svizzera non è membro dell'UE – quando la massima espressione di questa scienza, la legge federale sul d.i.pr. del 1987, è stata la miniera cui hanno attinto quasi tutti le leggi successive e anche i regolamenti comunitari (come Roma II).

⁴² Per la cessione di credito rinvio alle esposizioni di A. GARDELLA e A. LEANDRO, in *La legge applicabile* (cit., nota 6), risp. a pp. 106-128 e 129-140) e di A. BONOMI nel volume de *Il Sole / 24 Ore*, pp. 165-178.

⁴³ Si veda BONOMI, *op. cit.*, pp. 165-166 che illustra l'incidenza di questi testi sul regime di conflitto della cessione dei crediti.

Il testo comunitario è poi suscettibile di effetti sul piano dell'evoluzione della nostra disciplina, sostanziandosi in una nuova metodologia che trasferisce l'approfondimento dei problemi di conflitto – anche quelli più incerti perché collocati sulla frontiera di più statuti – dal tavolo del ricercatore all'aula del legislatore. E' certo che il regolamento, oltre a favorire la certezza del diritto in conformità con una direttiva "politica" della Commissione, potrà favorire una soluzione uniforme dei conflitti di legge relativi alle obbligazioni *ex contractu*. Anche se una giurisprudenza della Corte comunitaria tarderà a nascere, i giudici dei vari paesi potranno reciprocamente influenzarsi per il fatto di essere soggetti alle stesse norme e di muoversi in un ambito divenuto culturalmente unitario. Il vantaggio di poter accedere ad una giurisprudenza europea è particolarmente evidente per paesi come l'Italia e la Spagna che non hanno una giurisprudenza di diritto internazionale privato abbondante e creativa, come la Francia e la Svizzera.

9. Una revisione estesa pur nella brevità del dettato normativo, è stata ritenuta necessaria per il famoso art. 7, primo comma, della Convenzione di Roma⁴⁴.

Nonostante il suo tono abbastanza prudente ("*potrà essere data efficacia alle norme imperative di un altro paese con il quale la situazione presenta uno stretto legame...*"), questa norma è divenuta un vero e proprio apprendista stregone del diritto internazionale privato contemporaneo⁴⁵, numerosi essendo gli autori che l'hanno fatta funzionare "in bianco", ossia senza una indicazione precisa del tenore delle norme estranee alla *lex contractus* candidate ad assumere il ruolo di applicazione necessaria (questo *trend* si è manifestato anche in altri settori come il diritto delle società). Non va dimenticato comunque che gli stessi Stati membri della Comunità, "signori" della Convenzione, hanno nutrito seri dubbi sulla sua utilità, come dimostra il numero abbastanza elevato (sette) delle riserve apposte all'art. 7, paragrafo 1.

Riprendendo la questione *ab imis* il legislatore comunitario non poteva non accorgersi del contrasto tra il carattere vago dell'art. 7 e l'"obiettivo generale del regolamento" individuato nella "certezza del diritto nello spazio giudiziario europeo" che richiede nelle regole di conflitto di leggi "un alto grado di prevedibilità" (cito dal *Considerando*, n. 16).

Il nuovo testo che ne è uscito, l'art. 9 del regolamento, chiarisce prima di tutto cosa deve intendersi per norma di applicazione necessaria, "incassa" quindi l'esigibilità incondizionata per le norme di questo tipo del foro e conclude con il ben noto "*può essere data efficacia...*". L'articolazione logica delle disposizione può dirsi soddisfacente perché offre una definizione abbastanza chiara della nozione che impiega, definisce la propria portata nel caso più semplice e nell'affrontare il caso più tormentato fornisce alcune precisazioni essenziali.

Esprimendoci in maniera analitica possiamo dire che l'art. 9 del regolamento presenta, rispetta al vecchio art. 7 della Convenzione di Roma, i seguenti miglioramenti.

a) Le norme di applicazione necessaria (in francese: *lois de police*) sono ormai differenziate sistematicamente⁴⁶ dalle "norme imperative" (di un altro paese) di cui parlava l'art. 7⁴⁷. Le norme imperative figurano in molti luoghi del regolamento Roma I, come "norme alle quali non è permesso derogare convenzionalmente" (art. 3, par. 4; 6 par. 2; 8 par. 1) mentre la Convenzione di Roma indicava queste norme a volte come norme non derogabili convenzionalmente, a volte come norme imperative *tout court*, cioè con la stessa formula dell'art. 7. Le norme di applicazione necessaria ora sono isolate non soltanto semanticamente ma anche per effetto di una definizione precisa: sono le "*disposizioni il cui rispetto è ritenuto cruciale da un paese per la salvaguardia dei suoi interessi pubblici, quali la sua organizzazione politica, sociale o economica...*". La pesantezza delle condizioni richieste, e il richiamo del *Considerando* n. 37 alle "circostanze eccezionali" da cui devono emergere le "considerazioni di pubblico inte-

⁴⁴ Per un quadro d'insieme rinvio ancora a UBERTAZZI, *op.cit.*, p. 121 ss. Informazioni sul processo di elaborazione della norma, ma comunque senza arrivare al testo finale reso noto dopo la pubblicazione, si trovano in BOSCHIERO, *op.cit.*, nel volume de *Il Sole / 24 Ore* (cit. alla nota 7), pp. 101-128.

⁴⁵ Per gli aspetti estranei al diritto delle obbligazioni, si veda BONOMI, *Le norme imperative nel diritto internazionale privato*, Zürich (Schulthess), 1998, p. 375 ss.

⁴⁶ Si veda il *Considerando* n. 37.

⁴⁷ Così nel testo italiano. Il testo francese della Convenzione dichiarava (art. 3, 3) le "*dispositions impératives*" sinonimi delle norme "*auxquelles la loi...ne permet pas de déroger par contrat*". L'art. 7 riprendeva la formula delle *dispositions impératives* ma recava come rubrica "*Lois de police*".

resse”, potrebbe far propendere per una scarsa probabilità della messa in gioco di queste norme, ma l’argomento perde di peso se si pensa che la formula (compreso l’aggettivo “cruciale”) è ricalcata su quella della sentenza *Arblade*⁴⁸ nata da un rapporto di lavoro.

Non sarà qui inutile rammentare la carriera successiva delle norme di applicazione necessaria – allora semplicemente imperative – in ambito comunitario⁴⁹. Ricordiamo in particolare la nota sentenza *Ingmar*⁵⁰, dove la Corte ha stabilito come parametro per la prevalenza delle disposizioni comunitarie la protezione delle libertà comunitarie⁵¹. Si è dunque aperto per queste libertà, che si possono definire le *lois de police* comunitarie, uno scenario di operatività assai più vasto del rispetto del minimo *standard* comunitario⁵². Ne danno testimonianza le sentenze *Centros*, *Inspire Art e Überseering*⁵³ e la serie di sentenze relative al distacco di lavoratori salariati⁵⁴.

La distinzione rispetto alle semplici norme imperative⁵⁵ è comunque stabilita su ben basi solide.

b) L’efficacia può essere data ora non più, genericamente, alle norme imperative “di un altro paese con il quale la situazione presenti uno stretto legame” e che vogliono essere applicate, ma alle norme “*del paese in cui gli obblighi derivanti del contratto devono essere o sono stati eseguiti*” e soltanto se esse “rendono illecito l’adempimento del contratto”.

La norma, come ho detto, è innovativa rispetto all’art. 7 Conv. Roma, ma il suo modo di disporre non è originale: anzi si può dire che è un doppio *déjà vu*: da una parte riecheggia le impostazioni degli statuari (“*utrum effectus statuti* – nelle parole di Bartolo – *porrigatur extra territorium statuentium*”) dall’altra riprende la casistica sulla quale Wilhelm Wengler ha costruito i modelli iniziali di tutta questa problematica⁵⁶.

Così rivisitata, la normativa sulle norme di applicazione necessaria di uno Stato “terzo”⁵⁷ risulterà sicuramente più praticabile. Il suo ancoraggio al paese dell’esecuzione del contratto potrà conferire a queste norme un certo grado di prevedibilità dal momento che chi si appresta a concludere un contratto internazionale è naturalmente portato a cercare informazioni sulle leggi di quel paese.

⁴⁸ CGCE 23-XI-1999, cause 396 e 374/96, punto 30. Il termine usato in questa sentenza è “*lois de police*”. La sentenza – come osserva M. FALLON in una nota di commento (*Rev.crit.dr.int.privé*, 2000, p. 728 ss.) – ne dà per la prima volta una definizione comunitaria “susceptible de servir à l’interprétation de l’art. 7 de la Convention de Rome”.

⁴⁹ Si veda da ultimo sul problema E. PATAUT, *Lois de police et ordre juridique communautaire*, in *Les conflits de lois et le système juridique communautaire* (a cura di A. FUCHS, H. MUIR WATT, E. PATAUT), Paris (Daloz) 2004, pp. 117-143 con ampi riferimenti di letteratura.

⁵⁰ *Sopra*, nota 22.

⁵¹ La relazione tra norme nazionali ritenute imperative e libertà comunitarie sta alla base delle ben note sentenze della Corte in materia di mobilità delle società. In proposito mi permetto di rinviare al mio studio *Les règles de conflit sur les sociétés commerciales à l’épreuve du droit communautaire d’établissement*, in *Rev.crit.dr.int.privé*, 2003, pp. 373-402 (a p. 382 l’esame di *Arblade* e *Ingmar*).

⁵² Enunciando il principio del minimo standard comunitario, il *Libro verde* fa riferimento alla protezione del consumatore e in generale della parte debole. L’art. 3, come abbiamo visto, istituisce la riserva dell’applicazione del diritto comunitario, in caso di scelta di legge.

⁵³ BALLARINO, *op.ult.cit.*

⁵⁴ Si veda PATAUT, *op.cit.*, p. 122 ss.

⁵⁵ Sulla distinzione si veda T. BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, 3a.ediz. con la collaborazione di A. BONOMI, Padova (Cedam) 1999, p. 618.

⁵⁶ W. WENGLER, *Die Anknüpfung des zwingenden Schuldrechts im internationalen Privatrecht*, in *Zeitschr. f. vergleichende Rechtswissenschaft*, 1941, pp. 168-212 e successivamente si veda il suo commento al ben noto caso *Regazzoni v. Sethia* in *Internationales Recht und Diplomatie*, 1956, pp. 191-206 (sul quale, come su casi successivi di natura analoga, si veda anche BONOMI, *op. cit.*, p. 258 ss.).

⁵⁷ La soluzione del regolamento si avvicina notevolmente a certe soluzioni seguite in passato dalla giurisprudenza internazionale in ordine a normative quali quelle della moneta di pagamento, la protezione dei lavoratori, il controllo dei cambi. Il volume di B. CONFORTI (*L’esecuzione delle obbligazioni nel diritto internazionale privato*, Napoli, Morano 1962) esamina in maniera rigorosa questa problematica, insieme alla pratica da cui è nata, nella prospettiva di sottrarla all’impero della *lex contractus*. Il chiaro autore rileva che le norme in questione hanno un carattere *sui generis*: il momento contrattuale e l’interesse delle parti devono far posto alla tutela di interessi esclusivamente statali e la loro applicazione diventa necessaria (CONFORTI, *op.cit.*, p. 132 ss.).

Dal punto di vista teoretico, la costruzione di Conforti cercava una *via media* tra l’autocollegamento di Quadri e le teorie “scissionistiche” di Wengler, ma si ancorava al dato positivo indicando nell’art. 25, 2° comma, delle vecchie disposizioni preliminari il fondamento per l’applicazione delle norme citate. Il prof. De Nova ebbe però a rilevare la scarsa adattabilità di questa costruzione al sistema di diritto internazionale privato italiano allora (come oggi) poco flessibile. Si veda R. DE NOVA, *Obbligazione (dir.intern.priv.)*, in *Enc. diritto*, XXIX, 1979, p. 472: ivi estese indicazioni bibliografiche.

10. La Convenzione di Roma ha avuto grande importanza per l'elaborazione di nozioni rilevanti per la scienza del diritto, nel ramo specifico dei conflitti di leggi, ma non ha certo esercitato un'influenza significativa nella pratica legale⁵⁸. Si può dire, anzi, che il più delle volte l'applicazione di essa è servita solo per risolvere un problema di competenza giudiziaria. Siamo ben lontani, dunque, dalla rilevanza che nella pratica delle relazioni private internazionali, specie di carattere commerciale, ha avuto un testo come la Convenzione di Vienna del 1980 sulla vendita internazionale di merci.

Il potere legislativo "centrale" della Comunità manifestato dal regolamento ha tuttavia introdotto un elemento nuovo.

Disponendo ormai di un potere del genere, le istituzioni comunitarie sono in grado di fissare in maniera autonoma gli obiettivi che intendono raggiungere mediante l'adozione di norme regolamentari sui conflitti di leggi. I principi enunciati nel *Libro verde* (1, 4) ne sono una chiara illustrazione.

In materia di obbligazioni questi obiettivi non differiscono di molto – salvo il minimo *standard* comunitario – da quelli della Convenzione di Roma, il regolamento Roma I essendosi limitato ad un differente dosaggio dei mezzi a disposizione per raggiungerli nella consapevolezza del nuovo ruolo che spetta al legislatore comunitario. E' prevedibile tuttavia che un legislatore comunitario consapevole della propria aumentata forza si prepari a fare delle scelte nel campo delle norme di conflitto più innovative e dirompenti rispetto alla tradizione di moltissimi o molti Stati membri. Un sintomo si avverte nel progetto comunitario sul divorzio attualmente in elaborazione in sede comunitaria, che dà ingresso all'autonomia della volontà in sede di proroga della giurisdizione e di scelta di legge⁵⁹ e nel progetto in materia di successioni, per il momento allo stadio preliminare, orientato a scegliere l'ultima residenza abituale come legge applicabile alle successioni⁶⁰.

E' invece incontestabile – riportandoci sul piano del confronto tra la Convenzione di Roma e il regolamento – l'espansione delle normative di conflitto sia nella tipologia dei contratti disciplinati, sia nell'approfondimento "verticale" del rapporto obbligatorio, vale a dire nella disciplina di quelle che abbiamo chiamato vicende dell'obbligazione.

Qui la logica della completezza, che un legislatore centrale non può ignorare, ha portato a codificare problemi nuovi difficilmente accessibili al legislatore internazionale "per via di convenzioni". Siffatta estensione potrebbe essere foriera di difficoltà, ma il legislatore comunitario si è premunito inserendo, per le discipline nuove (come le assicurazioni) o di accentuata criticità (come la protezione dei consumatori, la cessione dei crediti etc.) la clausola di revisione dell'art. 27. Non sarà inutile, a questo punto, ricordare il ruolo anche più esteso che ha la clausola di revisione nel regolamento gemello Roma II (art. 30) dove si estende a coprire materie di grandissima importanza dal punto di vista tecnico e addirittura sociale come:

- il modo in cui il diritto straniero è applicato;
- l'incidenza delle nuove norme su di un testo internazionale di origine convenzionale come la Convenzione dell'Aja sulla legge applicabile in materia di incidenti della circolazione stradale;
- la disciplina di conflitto delle obbligazioni derivanti da violazioni della vita privata, dei diritti di personalità, della *privacy* etc.

La disponibilità, da parte delle istituzioni comunitarie, dello strumento regolamentare rende sicu-

⁵⁸ Per un esame delle più importanti sentenze sino all'inizio del 2001 si veda il volume *The European Contracts Convention. The Rome Convention on the law applicable to contractual obligations*, a cura di R. PLENDER e M. WILDERSPIN, 2a ediz. London (Sweet and Maxwell) 2001. Per l'Italia, e non soltanto, si veda O. LOPES PEGNA, *Il rilievo del collegamento più stretto dalla Convenzione di Roma alla proposta di regolamento "Roma I"*, in questa *Rivista*, 2006, pp. 756-782. Per la Spagna, si veda A.-L. CALVO CARAVACA e J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dir.), *Derecho internacional privado*, 9a ediz., Grenada 2008, vol. II, p. 505 ss. nonché E. CASTELLANOS RUIZ, *El Convenio de Roma de 1980 ante les tribunales españoles: balance de 15 años de vigencia*, in *La Unión europea ante el derecho de la globalización* a cura di A.-L. CALVO CARAVACA e E. CASTELLANOS RUIZ, Ed. Colex, 2008 pp. 121-188.

⁵⁹ A. BONOMI, *Le divorce en droit communautaire entre règles de droit international privé et objectifs de droit matériel*, in *Die Herausforderung von Grenzen*, Festschrift für Roland Bieber, Zürich, 2007, p. 771 ss.; J. MEEUSEN, *Concorrenza tra sistemi nel diritto internazionale privato europeo in materia di famiglia*, in S. BARIATTI, C. RICCI (ed.), *Lo scioglimento del matrimonio nei regolamenti europei: da Bruxelles II a Roma III*, Padova 2008, p. 162.

⁶⁰ A. DAVÌ, *Riflessioni sul futuro diritto internazionale privato europeo delle successioni*, in questa *Rivista*, 2005, pp. 297-341, spec. a p. 310 ss. Uno studio predisposto su incarico della Commissione CE è indicato da DAVÌ nella nota 3 del suo saggio. Vi è anche uno studio del CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO dal titolo *Réponses au questionnaire en matière de successions et de testaments*, pubblicato nei *Quaderni della "Rivista del Notariato"*, 2005.

ramente più facile un'opera di aggiornamento dei testi normativi di conflitto evitando le difficoltà incontrate dalla Conferenza dell'Aja⁶¹.

Il carattere imperativo del regolamento comunitario – effetto di un obbligo sancito dal Trattato CE (art. 249) – vale a dissipare i dubbi spesso sollevati in passato, ancorché negli ultimi tempi con frequenza assai minore⁶², sul carattere obbligatorio delle norme di conflitto⁶³.

Lo Stato che disattende la norma di conflitto comunitaria si renderebbe responsabile di una violazione del Trattato e potrebbe essere chiamato a rispondere di fronte alla Corte di giustizia. Avremmo così un controllo giudiziario sulle norme di conflitto comunitarie che, sia pure con caratteri differenti, si aggiungerebbe alle procedure di revisione e di controllo di legittimità previste nei vari ordinamenti nazionali. Ne risulterebbe una *Rechtspflege* delle nostre norme che potrebbe compensare la rilevata inadeguatezza – in termini di frequenza statistica e di prevedibile tempistica – che ha il rinvio pregiudiziale aperto ormai, con il regolamento, solo alle giurisdizioni di ultima istanza.

Unito al prevedibile formarsi di una cultura europea del diritto internazionale privato e agli sforzi già in atto per *rapprocher* il diritto europeo dei contratti, ciò consentirà di aspirare ad un regime europeo se non unico almeno tendente all'uniformità, delle obbligazioni in ambito transfrontaliero⁶⁴.

E rilevo, da ultimo, che nel processo di applicazione la norma di conflitto comunitarizzato avrà lo status, appunto, delle norme comunitarie. I sistemi di diritto nazionale, ha detto innumerevoli volte la Corte di giustizia⁶⁵, non possono, quanto alle azioni fondate sul diritto comunitario, essere meno favorevoli di quanto lo sono per i ricorsi analoghi di diritto nazionale (principio di equivalenza) né rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento comunitario (principio di effettività). A questi principi dovranno attenersi i giudici nazionali nell'applicare la disciplina di conflitto del regolamento.

⁶¹ Si allude in particolare al tentativo fatto dalla Convenzione dell'Aia di rivedere e modernizzare la Convenzione dell'Aja del 15 giugno 1955 sulla legge applicabile alle vendite di carattere internazionale di oggetti mobili corporali sfociato nella Convenzione del 1986 sulla legge applicabile ai contratti di vendita internazionale di merci che risulta attualmente ratificata da due soli Stati (Argentina e Moldavia) e ratificata da altri tre. L'aggiornamento dei testi dell'Aja è risultato invece agevole per le convenzioni sulla procedura (si veda nota 3).

Non rientra nei compiti di questo saggio approfondire il confronto tra l'opera di codificazione della Conferenza dell'Aja e quella della Comunità europea: rimando, in proposito, al saggio assai bene argomentato di E. PATAUT, *De Bruxelles à La Haye. Droit international privé communautaire et droit international privé conventionnel*, in *Mél. Lagarde* cit. pp. 661-695. Il contributo della Conferenza dell'Aja alla tecnica ed alla metodologia del d.i.pr. è stato efficacemente illustrato da A. VON OBERBECK, *La contribution de la Conférence de Le Haye au développement du droit international privé*, in *Recueil des Cours*, vol. 233 (1992-II), spec. p. 33 ss.

⁶² Si vedano tuttavia, per la Spagna, le osservazioni di CASTELLANOS RUIZ, *op. cit.*, p. 184.

⁶³ La teoria del carattere facoltativo delle norme di conflitto ha sedotto molte autori tedeschi (lo stesso prof. Sturm vi aderì): un elenco in F. STURM e G. STURM, in *Staudingers Kommentar zum BGB EGBGB/IPR*, 2003, Einl. zum IPR, Rn. 197. Per l'Italia si veda N. BOSCHIERO, *Norme di diritto internazionale privato "facoltative"?*, in *Riv. dir.int. priv. proc.*, 1993, pp. 541-588.

Questa teoria si incontra con due filoni di pensiero: da una parte la tendenza ad applicare la *lex fori* in caso di mancata prova del diritto straniero, dall'altra la cultura dell'*arrêt Bisbal* (l'autore di questo saggio ha posto in rilievo tali circostanze nella prima edizione, del 1982, del suo *Manuale*, a. 344, 367; si veda la terza edizione, del 1999, a p. 289). Nell'*arrêt Bisbal* (1959) la Corte di cassazione francese ha stabilito che le norme di conflitto francesi, nella misura in cui prescrivono l'applicazione di una legge straniera non hanno carattere di ordine pubblico: spetta quindi alle parti di richiederne l'applicazione e non si può imputare a colpa dei giudici di merito non avere applicato d'ufficio il diritto straniero. Su questa sentenza, e sulle numerose altre di vario tenore che l'hanno seguita, si veda B. ANCEL e Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5a ediz., Paris (Daloz) 2006, n° 32-34 (e altri paragrafi segnalati nell'indice), D. BUREAU e H. MUIR WATT, *Droit international privé*, I, Paris, p. 370 ss.

⁶⁴ Oltre ai principi UNIDROIT etc. ricordati nel paragrafo 4 del presente saggio, ricorderò il *Codice europeo dei contratti* redatto per cura dell'Accademia dei giusprivatisti europei. La parte prima dedicata agli aspetti generali è stata pubblicata nel 2001; la seconda (vendita e contratti collaterali), nel 2007.

⁶⁵ Cfr. da ultimo la sentenza *Courage* (20-IX-2001), causa C-453/99).