

# I CONFLITTI DI LEGGI DAVANTI AGLI ARBITRI DEL COMMERCIO INTERNAZIONALE: NOTE IN TEMA DI COLLEGAMENTO OBIETTIVO ALLA LUCE DEL REGOLAMENTO “ROMA I” (\*)

PIETRO FRANZINA  
*Ricercatore di Diritto internazionale*  
*Università degli Studi di Ferrara*

Recibido: 24.08.2009 / Aceptado: 01.09.2009

**Riassunto:** Gli arbitri impiegano metodi diversi per individuare le “regole di diritto” applicabili al merito della controversia. In mancanza di *electio iuris* ad opera delle parti, tale operazione viene generalmente compiuta ricorrendo ora al metodo della *voie directe*, implicante per gli arbitri la possibilità di determinare senz’altro la disciplina materiale applicabile al rapporto litigioso, ora alle norme di conflitto che gli arbitri stessi ritengano appropriate alla fattispecie. In questo quadro, i pertinenti criteri di collegamento vengono in molti casi reperiti (o elaborati) secondo un procedimento che fa leva sui “principi generali” del diritto internazionale privato. L’articolo si sofferma sull’impiego di tali principi nella prassi odierna dell’arbitrato commerciale internazionale, cercando di stabilire se, ed eventualmente in che termini, le disposizioni contenute nel regolamento comunitario “Roma I” sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali rechino un riflesso dei predetti “principi generali” del diritto internazionale privato.

**Parole chiave:** arbitrato commerciale internazionale, conflitti di leggi, contratti, obbligazioni extracontrattuali, principi generali del diritto internazionale privato.

**Abstract:** Arbitrators employ different methods in order to determine the “rules of law” applicable to the merits of the dispute. Failing a choice of law agreed upon by the parties, arbitral tribunals usually resort either to the *voie directe*, identifying at once the legal regime to which the relationship at stake shall be submitted, or to the conflict-of-law rules that it considers to be appropriate in the circumstances. The process by which the relevant connecting factors are retrieved (or elaborated) by the arbitrators often implies a reference to the “general principles” of private international law. The paper examines the use of such principles in present-day international commercial arbitration and attempts to assess whether, and to what extent, the provisions contained in the “Rome I” regulation on the law applicable to contractual and non contractual obligations may be seen as reflecting “general principles” of private international law.

**Key words:** international commercial arbitration, conflict of laws, contracts, non contractual obligations, general principles of private international law.

**Sommario:** I. Il diritto oggettivamente applicabile al merito della lite nell’arbitrato internazionale. – II. Il ricorso ai “principi generali” del diritto internazionale privato. – III. Il regolamento “Roma I”, espressione di “principi generali”?

(\*) Questo articolo è stato scritto in occasione di un soggiorno presso il *Departamento de Derecho Social e Internacional Privado* della Universidad Carlos III di Madrid, finanziato con fondi comunitari nell’ambito del Programma LLP/Erasmus per borse di mobilità per attività di docenza. Tengo a ringraziare il prof. A.L. CALVO CARAVACA e gli altri componenti del suo gruppo ricerca per l’ospitalità riservatami.

## I. Il diritto oggettivamente applicabile al merito della lite nell'arbitrato internazionale

1. Nell'arbitrato commerciale internazionale la legge applicabile al merito della controversia viene individuata ricorrendo a metodi differenti<sup>1</sup>. Le moderne normative statali in materia di arbitrato prevedono in genere che gli arbitri, qualora le parti non abbiano provveduto esse stesse a scegliere la disciplina statale o non statale deputata a regolare il rapporto litigioso<sup>2</sup>, decidano il merito della lite in base alla legge statale richiamata dalle norme di conflitto da essi ritenute appropriate<sup>3</sup>, oppure – come si legge soprattutto nei testi più recenti – sulla base delle “regole di diritto” da essi considerate opportune<sup>4</sup>, cioè sulla base delle norme materiali che gli stessi arbitri, senza passare per il “filtro” di una disciplina di conflitto particolare, reputino idonee a regolare la fattispecie<sup>5</sup>.

La formula evocata da ultimo, che riferendosi alle “regole di diritto” abbraccia tanto l'ipotesi dell'applicazione di un ordinamento nazionale quanto quella dell'impiego di norme di natura diversa, come i Principi UNIDROIT o la *lex mercatoria*<sup>6</sup>, trova un sostanziale riscontro nei regolamenti delle principali

<sup>1</sup> Nella dottrina recente, v. su tutta la tematica: H.A. GRIGERA NAÓN, “Choice-of-law problems in international commercial arbitration”, *RCADI*, 2001 (t. 289), p. 9 ss.; F. VISMARA, *Le norme applicabili al merito della controversia nell'arbitrato internazionale*, Giuffrè, 2001; H.N. KULPA, *Das anwendbare (materielle) Recht in internationalen Handelsschiedsgerichtsverfahren*, Peter Lang, 2005. Di recente, v. sull'argomento anche E. JOLIVET, “La détermination du droit applicable au fond du litige”, in *Les cahiers de l'arbitrage*, a cura di A. Mourre, 2008/2, p. 15 ss. L'analisi proposta nel presente contributo farà riferimento in modo specifico alla determinazione del diritto applicabile nelle controversie riguardanti rapporti di *natura contrattuale*. Identici problemi possono ovviamente insorgere rispetto a qualsiasi altra lite compromettibile in arbitri. È qui possibile solamente segnalare che, in questi casi, la specificità della materia trattata impone l'impiego di soluzioni in parte diverse da quelle illustrate in queste pagine. Con specifico riferimento alle liti in tema di fatti illeciti, v. ad esempio F. GONZALEZ, “The treatment of tort in ICC arbitral awards”, *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 13 (2002), n. 2, p. 39 ss.

<sup>2</sup> V. ampiamente H.N. KULPA, *op. cit.*, p. 70 ss.

<sup>3</sup> Ad esempio, l'art. 46 dell'*Arbitration Act* britannico del 1996, dopo aver stabilito, al par. 1, che il tribunale arbitrale decida il merito della lite “in accordance with the law chosen by the parties as applicable to the substance of the dispute”, oppure, “if the parties so agree, in accordance with such other considerations as are agreed by them or determined by the tribunal”, dispone che qualora manchi un accordo delle parti (ovvero, se del caso, *nella misura in cui* manchi un simile accordo), il tribunale arbitrale “shall apply the law determined by the conflict of laws rules which it considers applicable” (su tale disposizione, v. S.R. SHACKLETON, “The applicable law in international arbitration under the new English Arbitration Act 1996”, *Arbitration International*, 1997, p. 375 ss.). L'art. 28 della legge modello dell'UNCITRAL sull'arbitrato commerciale internazionale prevede che il tribunale arbitrale, in difetto di una designazione operata dalle parti circa le “rules of law” applicabili al merito della lite, “shall apply the law determined by the conflict of laws rules which it considers applicable”; di analogo tenore la previsione dell'art. 33, par. 1, delle *Arbitration rules* della stessa UNCITRAL, adottate nel 1976: “The arbitral tribunal shall apply the law designated by the parties as applicable to the substance of the dispute. Failing such designation by the parties, the arbitral tribunal shall apply the law determined by the conflict of laws rules which it considers applicable”. Sulle due previsioni testé richiamate v. rispettivamente H.M. HOLTSMANN, J.E. NEUHAUS, *A guide to the UNCITRAL model law on international commercial arbitration*, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1989, p. 764 ss., e D. CARON, M. CAPLAN, M. PELLONPÄÄ, *The UNCITRAL arbitration rules*, Oxford University Press, 2006, p. 121 ss.

<sup>4</sup> V., fra gli altri, l'art. 1496 del *nouveau code de procédure civile* francese (“L'arbitre tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisies; à défaut d'un tel choix, conformément à celles qu'il estime appropriées”), o l'art. 34, par. 2, della *Ley de Arbitraje* spagnola del 23 dicembre 2003, a norma del quale, in caso di arbitrato internazionale, “los árbitros decidirán la controversia de conformidad con las normas jurídicas elegidas por las partes”, salvo che, “[s]i las partes no indican las normas jurídicas aplicables, los árbitros aplicarán las que estimen apropiadas”. Su quest'ultima disposizione, v. A.M. LÓPEZ RODRÍGUEZ, “Ley aplicable al fondo de la controversia en el arbitraje comercial internacional: el enfoque transaccional de la nueva ley española de arbitraje”, in *Cuestiones actuales del derecho mercantil internacional*, a cura di A.L. CALVO CARAVACA e S. AREAL LUDENA, Colex, 2005, p. 699 ss.; sulla disciplina francese v. invece, per tutti, J.-L. DELVOLVÉ, J. ROUCHE, G.H. POINOTON, *French arbitration law and practice*, Kluwer Law International, 2003, p. 144 ss.

<sup>5</sup> Riconoscendo agli arbitri la possibilità di applicare le “regole di diritto” da essi ritenute appropriate, le norme che riconducibili al modello di cui si parla nel testo non escludono l'eventualità che gli arbitri facciano applicazione, se del caso, in prima battuta, delle *norme di conflitto* che considerino adeguate. In altre parole, quella che viene accordata agli arbitri attraverso la soluzione descritta è un'autonomia più ampia di quella prefigurata dal metodo segnalato in precedenza, che comprende l'eventualità del ricorso al metodo conflittuale. Per un esempio recente, v. la sentenza CCI del 1998 nel caso n. 9636, in *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 19 (2008), n. 1, p. 109, in cui gli arbitri hanno provveduto ad identificare, richiamandosi all'art. 1496 del *nouveau code de procédure civile*, le norme di diritto internazionale privato a loro avviso più idonee a risolvere i conflitti di leggi riguardanti il rapporto controverso.

<sup>6</sup> V. ancora, per tutti, H.N. KULPA, *op. cit.*, p. 73. Più specificamente, sull'applicazione in sede arbitrale dei Principi UNIDROIT dei contratti commerciali internazionali, v. F. GÉLINAS, “La jurisprudence arbitrale de la CCI et les principes d'UNIDROIT”, *Les cahiers de l'arbitrage*, a cura di A. Mourre, 2002, p. 243 ss., e E. JOLIVET, “The UNIDROIT Principles in ICC Arbitration”, *ICC International Court of Arbitration Bulletin* (Special Supplement), 2005, p. 65 ss.

istituzioni che amministrano procedimenti arbitrali. L'art. 17, par. 1, delle *Rules of Arbitration* della Camera di Commercio internazionale, ad esempio, dopo aver stabilito che le parti "shall be free to agree upon the rules of law to be applied by the Arbitral Tribunal to the merits of the dispute", dispone che, "[i]n the absence of any such agreement, the Arbitral Tribunal shall apply the rules of law which it determines to be appropriate"<sup>7</sup>. Analogamente, l'art. 28, par. 1, delle *International Arbitration Rules* della *American Arbitration Association*, dispone che il tribunale arbitrale, in mancanza di scelta ad opera delle parti, "shall apply such law(s) or rules of law as it determines to be appropriate"<sup>8</sup>.

2. I metodi descritti – quello basato sull'uso di norme internazionalprivatistiche previamente individuate dagli arbitri, e quello incentrato sulla designazione "diretta" della disciplina materiale applicabile al rapporto – sottendono, a guardar bene, una comune logica "conflittualistica". Entrambe le tecniche presuppongono in ultima analisi la ricerca di un collegamento appropriato fra la fattispecie litigiosa e un determinato ordinamento giuridico (o altro complesso di regole). Come tali, esse richiedono agli arbitri di *selezionare gli indizi* suscettibili di esprimere un siffatto collegamento (la nazionalità delle parti, il luogo di conclusione del contratto, quello in cui le rispettive obbligazioni debbono essere adempiute, etc.), e di *determinarne la rispettiva rilevanza* (attribuendo maggior peso ad uno di essi o operandone una valutazione globale). Compiti, questi, che per essere assolti in modo razionale (in funzione del "controllo" cui l'operato degli arbitri è necessariamente soggetto, quanto meno ad opera delle parti)<sup>9</sup> devono per forza riflettere – anche se all'interno di un quadro flessibile – delle regole di giudizio, ossia dei *criteri*<sup>10</sup>. Se nell'ambito della prima delle tecniche illustrate questi criteri vengono identificati dagli arbitri in modo esplicito, attraverso la previa individuazione di una o più norme di conflitto "appropriate", nella c.d. *voie directe* i criteri in parola risultano assorbiti all'interno della più ampia valutazione compiuta dagli arbitri in vista della determinazione della disciplina materiale "adeguata" a regolare il caso di specie, e non godono necessariamente di un'autonoma "visibilità"<sup>11</sup>.

Questa differenza, ancorché non trascurabile, non vale a configurare le tecniche in questione come tecniche contrapposte, o mutualmente esclusive. Da un lato, perché, sul piano delle *modalità di funzionamento*, entrambe le tecniche presuppongono il riconoscimento di un ampio margine di discrezionalità in capo agli arbitri<sup>12</sup>. Dall'altro, sul piano dei *risultati* cui possono condurre, perché le due tecniche in pa-

<sup>7</sup> Il regolamento, nel testo in vigore dal 1° gennaio 1998, può leggersi all'indirizzo <http://www.iccwbo.org>. Nella precedente versione, la norma in esame, contenuta nell'art. 13, par. 3, prevedeva che gli arbitri individuassero la legge ("law") applicabile al merito della lite attraverso regole di conflitto da essi ritenute appropriate. Sull'attuale e la precedente disciplina dettata a questo riguardo dal regolamento, v. L. FUMAGALLI, "Art. 17", in *Regolamento di arbitrato della Camera di Commercio internazionale*, a cura di A. Briguglio e L. Salvaneschi, Giuffrè. 2005, p. 303 ss., e M. BÜHLER, Th.H WEBSTER, *Handbook of ICC arbitration*, Sweet and Maxwell, 2005, p. 207 ss.

<sup>8</sup> Il testo integrale del regolamento si trova nel sito <http://www.adr.org>. Previsioni simili si incontrano nei regolamenti di molte altre istituzioni: v., ad esempio, l'art. 22, par. 3, delle *Arbitration rules* della *London Court of International Arbitration* (<http://www.lcia.org>), o ancora l'art. 22, par. 1, delle *Arbitration Rules* dell'*Arbitration Institute* della Camera di Commercio di Stoccolma (<http://www.sccinstitute.com>) e l'art. 4 del *Nuevo Reglamento de la Corte Española de Arbitraje* (<https://www.camaras.org>).

<sup>9</sup> È stato messo in luce in dottrina come la discrezionalità accordata agli arbitri quanto alla individuazione delle norme applicabili al merito della lite non equivale al riconoscimento di una *incondizionata* libertà di scelta: la valutazione loro demandata, in altre parole, pur non obbedendo ad uno schema predeterminato, esige comunque di essere effettuata in modo prudente e responsabile. Cfr. D. CARON, M. CAPLAN, M. PELLONPÄÄ, *op. cit.*, p. 131, dove si nota – in relazione all'art. 33, par. 1, delle regole arbitrali dell'UNCITRAL – come nel corso dei lavori preparatori sia stata scartata, per queste ragioni, l'ipotesi di consentire al tribunale arbitrale di utilizzare le norme di conflitto "which it chooses", risultando preferibile prevedere l'impiego delle norme di conflitto "which it considers applicable".

<sup>10</sup> Sull'idea che anche il metodo della *voie directe* implichi necessariamente l'impiego di criteri, v. ad esempio E. SCHÄFER, H. VERBIST, CH. IMHOOS, *Die ICC-Schiedsgerichtsordnung in der Praxis*, Economica Verlag, 2000, p. 117.

<sup>11</sup> Cfr. P. LALIVE, "Les règles de conflit de loi appliquées au fond du litige par l'arbitre international siégeant en Suisse", *Revue de l'arbitrage*, 1976, p. 155 ss.

<sup>12</sup> I "binari" normativi lungo cui è convogliata l'individuazione diritto applicabile al merito della lite nel quadro della prima delle tecniche sopra indicate sono tracciati, come detto, dagli stessi arbitri mediante la selezione di norme di conflitto appropriate. L'esistenza di un ampio margine di apprezzamento costituisce la prima delle caratteristiche generalmente segnalate rimarcate dalla dottrina e dalla stessa giurisprudenza arbitrale rispetto alla determinazione del diritto applicabile al merito della controversia da parte degli arbitri; cfr. la sentenza CCI del 1966 nel caso n. 1422, in *JDI*, 1974, p. 885, nonché la sentenza CCI del 1982 nel caso n. 2730, in *Collection of ICC arbitral awards, 1974-1985*, a cura di S. Jarvin e Y. Derains, Paris, 1990, p. 490. Discrezionale, del resto, è la stessa scelta da parte degli arbitri fra la soluzione conflittuale e quella della *voie directe*; cfr. M. BENEDETTELLI, "L'arbitrato commerciale internazionale tra autonomia privata e coordinamento di sistemi giuridici: riflessioni in margine al nuovo regolamento di arbitrato della Camera di commercio internazionale", *RDIPP*, 1997, p. 906 s.

rola sono idonee in linea di principio a valorizzare i medesimi “indizi” e possono dunque condurre, in un considerevole numero di ipotesi, ad esiti coincidenti<sup>13</sup>. È vero, infatti, che, seguendo la *voie directe*, gli arbitri sono in grado di qualificare un certo regime giuridico come “appropriato” al caso di specie in ragione del contenuto materiale delle relative norme, più che in ragione della particolare intensità dei suoi legami “geografici” col caso considerato<sup>14</sup>. È anche vero, però, che le moderne norme di conflitto, lungi dall’essere insensibili agli interessi di ordine materiale riguardanti la regolamentazione del caso concreto, possono concorrere in vario modo, senza rinunciare dalla logica localizzatrice che tradizionalmente le connota, alla realizzazione di tali interessi: anch’esse, dunque, possono essere valutate dagli arbitri come più o meno “appropriate” alla disciplina dell’ipotesi in esame avuto riguardo alla loro maggiore o minore idoneità a soddisfare le esigenze di carattere sostanziale che gli arbitri stessi abbiano reputato meritevoli di speciale considerazione<sup>15</sup>.

L’esistenza di diversi punti di contatto fra i metodi sopra descritti emerge, del resto, anche confrontando tali metodi con la soluzione, apparentemente diversa tanto dall’uno quanto dall’altro, adottata a questo stesso proposito in alcuni ordinamenti nazionali. Ci riferiamo alla soluzione accolta dall’art. 187, par. 1, della legge federale svizzera di diritto internazionale privato, in virtù del quale “[i]l tribunale arbitrale decide la controversia”, in mancanza di scelta ad opera delle parti, “secondo il diritto con cui la fattispecie è più strettamente connessa”<sup>16</sup>. Tale disposizione, di chiara matrice internazionalprivatistica, impone agli arbitri un percorso argomentativo non diverso, nella struttura, da quello che caratterizza alcune regole di conflitto, tanto nazionali quanto di diritto uniforme, ispirate al principio di prossimità: regole, cioè, che gli arbitri ben potrebbero ritenere “appropriate” al caso di specie in forza della prima delle tecniche indicate in precedenza. Essa, nel contempo, attribuisce agli arbitri un margine di apprezzamento particolarmente ampio, offrendo loro una “griglia” concettuale al cui interno possono essere valorizzati e “organizzati” gli stessi indizi e le stesse considerazioni cui potrebbe essere dato rilievo nel quadro della *voie directe* (compresi gli indizi e le considerazioni che possono condurre alla designazione di una disciplina di fonte non statale, essendo questa compresa nelle “regole di diritto” cui testualmente si riferisce l’art. 187 della legge svizzera e le disposizioni da esso ispirate)<sup>17</sup>.

**3.** L’analisi della giurisprudenza mostra come l’applicazione concreta dei metodi illustrati nelle pagine precedenti segua una pluralità di approcci diversi, talora variamente combinati l’uno con l’altro.

<sup>13</sup> Fatta salva, beninteso, l’applicazione di regole materiali di origine non statale, ipotesi di fatto preclusa allorché gli arbitri facciano uso di norme di conflitto, dato che queste, per come sono configurate negli odierni sistemi di diritto internazionale privato e nei principali strumenti di diritto internazionale privato uniforme, non consentono generalmente di per sé stesse un richiamo a regole siffatte; si deve peraltro considerare che gli arbitri devono comunque, per regola, quanto meno “tener conto” degli usi del commercio internazionale: l’art. 28, par. 4, della legge modello dell’UNCITRAL recita: “In all cases, the arbitral tribunal shall decide in accordance with the terms of the contract and shall take into account the usages of the trade applicable to the transaction”.

<sup>14</sup> Un esempio di come delle considerazioni di ordine materiale possano flettere i risultati di una ricerca meramente “spaziale” del diritto applicabile al merito della lite è offerto dalla sentenza CCI del 1993 nel caso n. 7154, in *Journal du droit international*, 1994, p. 1059 ss.

<sup>15</sup> La dottrina internazionalprivatistica moderna ha messo in luce, per un verso, le giustificazioni funzionali di molte delle norme rispondenti al c.d. metodo tradizionale dei conflitti di leggi (v. per tutti B. AUDIT, “Le caractère fonctionnel de la règle de conflit”, *RCADI*, 1984 (t. 186), specie p. 271 ss.); dall’altro, ha rilevato come il metodo della localizzazione della fattispecie si presti ad essere variamente declinato, ad esempio prevedendo una pluralità di criteri di collegamento in concorso alternativo fra loro, o subordinando l’operare del richiamo internazionalprivatistico, conseguente all’impiego di criteri “spaziali”, alla possibilità di conseguire tramite esso determinate finalità di indole sostanziale. Su quest’ultima tematica, v. in generale P. PICONE, “Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé: cours général de droit international privé”, *RCADI*, 1999 (t. 276), p. 84 ss.

<sup>16</sup> V. su questa norma, anche per ulteriori riferimenti, B. DUTOIT, *Droit international privé suisse - Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987*, 4<sup>a</sup> ed., Bâle, 2005, p. 656 ss. Diverse istituzioni arbitrali contemplano nei propri regolamenti norme di analogo tenore. V. ad esempio l’art. 33, par. 1, delle *Swiss Rules of International Arbitration* delle Camere di Commercio Svizzere (<https://www.sccam.org>), che recita: “The arbitral tribunal shall decide the case in accordance with the rules of law agreed upon by the parties or, in the absence of a choice of law, by applying the rules of law with which the dispute has the closest connection”. Una formula simile si rinviene, fra gli altri, anche nel regolamento di arbitrato della Camera arbitrale nazionale ed internazionale di Milano, all’art. 3.

<sup>17</sup> Resta peraltro da stabilire se, ed eventualmente con quali adattamenti, sia possibile utilizzare il concetto di “prossimità”, elaborato nel diritto internazionale privato in funzione del richiamo di ordinamenti giuridici statali, con riferimento ad un corpo di regole non statali.

Un primo approccio, cui può riservarsi in questa sede solo un cenno, fa leva sulla tesi secondo la quale gli arbitri dovrebbero fare appello, per principio, ai criteri di collegamento in vigore nel paese della sede dell'arbitrato. Tale soluzione, pur trovando ancora quale riscontro nella prassi (in virtù, però, di una scelta di volta in volta liberamente compiuta dagli arbitri)<sup>18</sup>, ha oggi quasi del tutto perduto il consenso tributato in passato<sup>19</sup>. Tale evoluzione è avvenuta parallelamente al declino dell'idea in base alla quale l'opera dell'arbitro, che si vorrebbe per forza di cose integrata in un ordinamento giuridico nazionale<sup>20</sup>, consisterebbe fondamentalmente nel rendere giustizia in nome di uno Stato, risultando pertanto soggetta alle medesime norme "strumentali" che vincolano gli organi statali<sup>21</sup>.

Poche parole debbono essere spese anche in merito a quelle soluzioni che suggeriscono, al pari della precedente, l'impiego dei criteri di collegamento rinvenibili in un ordinamento giuridico determinato, sia esso l'ordinamento di provenienza dell'arbitro<sup>22</sup>, quello dello Stato i cui giudici sarebbero investiti della lite ove questa non fosse stata compromessa in arbitri<sup>23</sup>, quello del paese in cui la sentenza arbitrale è presumibilmente destinata a ricevere esecuzione<sup>24</sup> o, ancora, quello con cui la fattispecie appaia più intensamente connessa<sup>25</sup>. A prescindere dalle giustificazioni addotte in favore di ciascuna di queste teorie e al di là dei vantaggi (e soprattutto dei numerosi inconvenienti) insiti nel loro impiego, basti qui rilevare che nessuna delle soluzioni indicate gode di particolare fortuna nella prassi arbitrale.

Ben maggiore rilievo pratico riveste la soluzione che invita gli arbitri a fare riferimento alle norme di conflitto dei diversi paesi con cui la fattispecie appare collegata, in particolare il paese in cui ha sede il procedimento nonché il paese dell'attore e quello del convenuto, e ad applicare la legge su cui eventualmente convergono i richiami internazionalprivatistici operati da tali norme<sup>26</sup>. Non si può peraltro fare a meno di osservare come tale approccio, oltre ad essere per sua natura incapace di fornire *sempre e in ogni caso* una risposta al problema della legge applicabile al merito della lite<sup>27</sup>, susciti qualche perplessità sotto il profilo della giustificazione che lo sorregge e sotto il profilo della sua effettiva praticabilità. Se, infatti, è evidente che questo modo di procedere mira a salvaguardare le ragionevoli aspettative delle parti, è lecito dubitare che tali aspettative abbiano ad oggetto l'applicazione delle *norme di conflitto* dei rispettivi paesi: appare in effetti più ragionevole pensare che le parti si rappresentino, semmai, l'applicazione di una determinata regolamentazione materiale, percepita da esse come "vicina" alla fattispecie litigiosa (e ciò a prescindere dal fatto che si tratti, o meno, della disciplina richiamata dalle norme di conflitto di questo o quel paese). D'altro canto, quello che sembrerebbe essere un approccio suggerito da ragioni di pragmatismo, muove da un presupposto – l'univoca identificazione del paese in cui le parti

<sup>18</sup> V., per i riferimenti relativi alla giurisprudenza più risalente, J.D.M. LEW, *Applicable law in international arbitration*, Oceana, 1978, p. 201 s., p. 239 s e p. 255 ss.; nella giurisprudenza successiva, v. ad esempio la sentenza preliminare CCI del 1991 nel caso n. 6401.

<sup>19</sup> L'abbandono di questo approccio, accolto a suo tempo dallo stesso Institut de droit international (v. in particolare l'art. 11 della risoluzione su "L'arbitrage en droit international privé" adottata nella sessione di Amsterdam del 1957, integrata e confermata nella sessione di Neuchâtel del 1959: <http://www.idi-iiil.org>) e dalla più autorevole dottrina (F.A. MANN, "Lex facit arbitrum", in *International arbitration. Liber amicorum for Martin Domke*, a cura di P. Sanders, Nijhoff, 1967, p. 157 ss.), emerge già dalla Convenzione europea sull'arbitrato commerciale internazionale del 21 aprile 1961: ai sensi dell'art. VII, par. 1, di tale convenzione, infatti, gli arbitri "the arbitrators shall apply the proper law under the rule of conflict that the arbitrators deem applicable".

<sup>20</sup> Su questo assunto, cfr: S. BOLLÉE, *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des sentences arbitrales*, Economica, 2004, p. 17 ss.

<sup>21</sup> V. in proposito, anche per i necessari riferimenti, J.D.M. LEW, L.A. MISTELIS, S. KRÖLL, *Comparative international commercial arbitration*, Kluwer Law International, 2003, p. 429.

<sup>22</sup> V. DANILOWICZ, "The choice of applicable law in international arbitration", *Hastings International and Comparative Law Review*, 1985-1986, p. 261 s.

<sup>23</sup> V. in argomento, C. CROFF, "The applicable law in an international commercial arbitration: is it still a conflict of laws problem?", *International Lawyer*, 1982, p. 624.

<sup>24</sup> V. DANILOWICZ, *op. cit.*, p. 263.

<sup>25</sup> Ivi, p. 263 ss.

<sup>26</sup> V. in proposito Y. DERAIS, "L'application cumulative par l'arbitre des systèmes de conflit de lois intéressés au litige", in *Revue de l'arbitrage*, 1972, p. 99 ss., e più recentemente, dello stesso autore, "International Chamber of Commerce arbitration", *Pace Law Review*, 1984-1985, p. 602 s.

<sup>27</sup> Tutto infatti dipende dal grado di omogeneità riscontrabile fra le norme dei paesi in questione, quanto meno sul piano dei relativi risultati pratici. Un requisito, questo, tanto più difficile da raggiungere ove si tratti di procedimenti arbitrali con una pluralità di parti.

sono stabilite – che nell’odierna realtà del commercio internazionale non può essere sempre dato per scontato: a quale sistema di diritto internazionale privato dovranno infatti guardare gli arbitri nell’ipotesi in cui la sede statutaria dell’una o l’altra delle parti sia stabilita in un paese diverso da quello in cui si trovi la sua amministrazione centrale o il centro principale dei suoi interessi?

Accanto alla tecniche illustrate sin qui, la prassi arbitrale ne conosce un’altra, di impiego per la verità piuttosto discontinuo. Si tratta della tecnica che consiste nel ricavare o elaborare i criteri in esame a partire dai “principi generali” del diritto internazionale privato relativo alla materia di cui trattasi, cioè da principi largamente accettati, rinvenibili in più sistemi giuridici nazionali o in strumenti di diritto uniforme<sup>28</sup>. È su questa tecnica che intendiamo in questa sede concentrare l’attenzione, soffermandoci sulle ragioni che ne sorreggono l’impiego e sulle condizioni alle quali la stessa è in grado di operare utilmente.

## II. Il ricorso ai “principi generali” del diritto internazionale privato

4. Diverse sono le ragioni su cui riposa il ricorso ai “principi generali” del diritto internazionale privato ai fini della individuazione, nell’ambito dell’arbitrato, delle regole applicabili al merito della lite.

La prima attiene al fatto che il metodo in parola mette a disposizione degli arbitri dei criteri (o degli “approcci”) ragionevolmente precisi e in genere dotati di una consolidata esperienza applicativa, senza per questo costringere gli arbitri stessi a sviluppare il proprio discorso all’interno di una data esperienza giuridica statale, in linea col rifiuto dei particolarismi nazionali che caratterizza la moderna concezione del fenomeno arbitrale<sup>29</sup>.

La seconda ragione che giustifica l’impiego della tecnica in discorso riguarda il concetto stesso di “principio generale” e la funzione che esso assolve nelle esperienze giuridiche moderne. I “principi generali” – come attesta, in particolare, la riflessione condotta dalla dottrina internazionalpubblicistica<sup>30</sup> attorno alla formula utilizzata dall’art. 38, par. 1, lett. c), dello Statuto della Corte internazionale di giustizia<sup>31</sup> – incorporano delle massime di razionalità giuridica che, per quanto elaborate all’interno di contesti specifici (tipicamente nel contesto dei sistemi internazionalprivatistici nazionali o in quello degli strumenti di diritto uniforme, per quanto concerne il tema oggetto di questo scritto) si prestano ad essere impiegate anche all’interno di contesti assai diversi da quelli di origine (il contesto propriamente “transnazionale” dell’arbitrato, nel nostro caso). Ciò avviene mediante un processo di astrazione che, pren-

<sup>28</sup> V. in generale su questa tecnica, anche per i necessari riferimenti alla giurisprudenza arbitrale che ne attesta l’impiego, Y. DERAÏNS, “International Chamber of Commerce arbitration”, cit., p. 603 s.; O. LANDO, “The law applicable to the merits of the dispute”, in *Contemporary problems in international arbitration*, a cura di J.D.M. Lew, Nijhoff, 1987, p. 108 ss.; Y. DERAÏNS, “La jurisprudence des arbitres du commerce international en matière de détermination du droit applicable au contrat”, *Revue de droit des affaires internationales*, 1996, p. 523 ss.; Fouchard, Gaillard, *Goldman on international commercial arbitration*, a cura di E. Gaillard e J. Savage, Kluwer Law International, 1999, p. 873 ss.; V.L. CRAIG, W.W. PARK, J. PAULSSON, *International Chamber of Commerce arbitration*, 3<sup>a</sup> ed., Oceana, 2000, p. 327 s.; F. VISMARA, *op. cit.*, p. 181 ss.; H.N. KULPA, *op. cit.*, p. 181 ss. V. altresì K. LIPSTEIN, “International arbitration between governments and individuals and the conflict of laws”, in *Contemporary problems of International law. Essays in honour of Georg Schwarzenberger on his eightieth birthday*, a cura di B. Cheng e E.D. Brown, Stevens and Sons, 1988, p. 178 s. Vale la pena segnalare come il ricorso ai principi generali del diritto internazionale privato costituisca uno dei metodi attraverso i quali può essere concretizzata la formula del “collegamento più stretto” impiegata, come si è detto, dall’art. 187 della legge federale svizzera di diritto internazionale privato; v. A. BUCHER, A. BONOMI, *Droit international privé*, 2<sup>a</sup> ed., Helbing & Lichtenhan, 2004, p. 343.

<sup>29</sup> Tale sensibilità si trova felicemente espressa, proprio in relazione al problema della determinazione del diritto applicabile al merito della controversia, in un passaggio del lodo pronunciato il 15 maggio 1963 Cavin relativamente al caso *Sapphire International Petroleum*, riprodotto, in traduzione inglese, in *ICLQ*, 1964, p. 1011: “[c]ontrary to a State judge, who is bound to conform to the conflict law rules of the State in whose name he metes out justice, the arbitrator is not bound by such rules”, ma deve piuttosto impiegare, in difetto di un accordo delle parti, “the connecting factors generally used in doctrine and in case law and must disregard national particularities”.

<sup>30</sup> V. per tutti F. SALERNO, “Principi generali di diritto (diritto internazionale)”, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. XI, Utet, 1996, p. 524 ss.

<sup>31</sup> Si tratta, come è noto, della disposizione in forza della quale la Corte internazionale di giustizia, “la cui funzione consiste nel decidere in base al diritto internazionale le controversie di cui è investita”, applica a questo scopo, oltre alle convenzioni internazionali e alle regole consuetudinarie, i “principi generali del diritto riconosciuti dalle nazioni civili” (oltre che, a titolo sussidiario, la giurisprudenza internazionale e gli insegnamenti della dottrina).

dendo le mosse dalle norme speciali in cui tali massime si sono inizialmente manifestate, mira ad isolare i valori e le ragioni di fondo di una certa disciplina, facendo in modo così che quei valori e quelle ragioni possano tradursi in soluzioni normative applicabili in ambiti nuovi e diversi. Si tratta, in definitiva, di una tecnica particolarmente adatta ad assolvere una funzione normativa *integrativa*: precisamente la funzione che il fenomeno arbitrale – in mancanza di indicazioni utili ricavabili dall'accordo delle parti e nell'impossibilità (o inopportunità) di operare un rinvio ad un ordinamento statale "di riferimento" – sembra esigere.

La terza ragione, infine, riflette la speciale attitudine che proprio il diritto internazionale privato pare dimostrare verso il ragionamento "per principi". La necessità di superare i particolarismi nazionali, avvertita sin dagli albori della moderna riflessione scientifica su questa disciplina<sup>32</sup>, si è tradotta in una spiccata sensibilità per l'impiego del metodo storico e di quello comparativo<sup>33</sup>, percepiti come funzionali, fra le altre cose, alla rilevazione di rimandi e analogie fra sistemi nazionali, presupposto per l'emersione di "principi generali" di applicabilità tendenzialmente universale<sup>34</sup>.

5. Per produrre risultati utili, il ricorso ai "principi generali" presuppone il soddisfacimento di almeno due condizioni.

La prima consiste nella effettiva possibilità di rinvenire, all'esito di un'ampia ricognizione dei sistemi internazionalprivatistici nazionali e delle altre norme pertinenti, un corpo sufficientemente omogeneo di principi regolatori dei conflitti di leggi. Se l'obiettivo è quello di sottrarsi ai particolarismi nazionali, in linea con la tendenza alla "delocalizzazione" propria dell'arbitrato, è chiaro che le sole "massime di razionalità giuridica" suscettibili di interessare il lavoro dell'arbitro sono quelle che ispirano un numero significativo di sistemi "particolari", godendo come tali di un'adeguata rappresentatività. Nel contempo, trattandosi di offrire agli arbitri uno strumento pratico, idoneo a risolvere in modo "controllabile" un problema concreto, va da sé che un ragionamento "per principi", per rivelarsi fruttuoso, non può tradursi nell'elaborazione di massime troppo generiche o vaghe.

La seconda condizione cui è subordinato l'impiego "utile" della tecnica in parola è che i principi, una volta rilevati, siano suscettibili di essere estrapolati verso il diverso contesto dell'arbitrato commerciale internazionale. Per espletare la funzione integrativa di cui si è parlato in precedenza non basta, infatti, che una certa soluzione risulti omogeneamente diffusa in un numero significativo di sistemi giuridici "particolari", ma occorre anche che si tratti di una soluzione coerente con i bisogni e le logiche proprie dell'arbitrato, non tributaria, cioè, dei valori e delle caratteristiche del contesto (nazionale o inter-statale) in cui ha originariamente visto la luce.

Entrambe le condizioni, evidentemente, sono assai difficili da soddisfare. E ciò, da un lato, perché i sistemi internazionalprivatistici nazionali conservano un forte connotato "particolare", di per sé poco compatibile con l'emergere di diffuse analogie fra le soluzioni adottate nei vari paesi: è infatti innegabile che anche nel diritto internazionale privato si registrano rilevanti fenomeni di circolazione dei modelli normativi, ma è vero anche che il processo di codificazione della materia a livello statale – che in epoca recente ha conosciuto un nuovo impulso – contribuisce a rafforzare in molti casi il carattere nazionale delle soluzioni accolte localmente, "congelando" le dinamiche di circolazione dei modelli di cui, peraltro, proprio molte codificazioni recenti hanno beneficiato<sup>35</sup>. Dall'altro, perché talune esigenze di

<sup>32</sup> Basti pensare alla classica relazione manciniana, del 1874, destinata all'Institut de droit international, concernente la "Utilità di rendere obbligatorie per tutti gli Stati sotto la forma di uno o più trattati internazionali alcune regole generali del diritto internazionale privato per assicurare la decisione uniforme tra le differenti legislazioni civili e criminali", riprodotta in *Diritto internazionale*, 1959, I, p. 367 ss.

<sup>33</sup> R. DE NOVA, "Historical and comparative introduction to conflict of laws", *RCADI*, 1966 (t. 118), p. 441 ss.; F.K. JUENGER, "Lessons Comparison Might Teach", *AJCL*, 1975, p. 742 ss. Cfr. altresì B. OPPETIT, "Le droit international privé, droit savant", *RCADI*, 1993 (t. 234), specie p. 364 ss.

<sup>34</sup> Cfr., ad esempio, H. BATIFFOL, "Principes de droit international privé", *RCADI*, 1959 (t. 97), p. 435 ss.

<sup>35</sup> Su tutta la tematica, v. in generale B. AUDIT, "Le droit international privé en quête d'universalité", *RCADI*, 2003 (t. 305), p. 33 ss. Va peraltro rilevato come, proprio in materia di contratti, il particolarismo dei sistemi internazionalprivatistici nazionali appaia meno marcato di quanto non possa dirsi per altri settori: l'ipotesi di pervenire all'elaborazione di uno strumento (non vincolante) in cui siano stabilite delle regole, o dei principi, uniformi in questa materia viene del resto studiata da qualche anno in seno alla Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato; v. da ultimo, anche per i rinvii ai lavori precedenti, la nota del Bureau permanent del marzo 2009 intitolata "Étude de faisabilité sur le choix de la loi applicable en matière de contrats internationaux. Rapport sur les travaux effectués et plan de travail suggéré pour l'élaboration d'un futur instrument", documento preliminare n. 7, nel sito <http://www.hcch.net>.

regolamentazione, centrali nell'arbitrato, rivestono talora un'importanza marginale all'interno delle discipline "particolari" nelle quali i principi in discorso debbono essere ricercati: così, per limitarsi ad un esempio banale, mentre le norme di conflitto cui sono soggetti i giudici statali devono poter efficacemente regolare (anche, se non soprattutto) rapporti contrattuali dalla struttura relativamente semplice, le norme che servono agli arbitri devono per forza di cose essere idonee a disciplinare le situazioni che tipicamente interessano il "grande" contenzioso commerciale internazionale, fatto sovente di rapporti contrattuali complessi, frutto del collegamento e dell'interrelazione di una pluralità di negozi giuridici.

6. Questi limiti, beninteso, non impediscono del tutto alla "tecnica dei principi generali" di esprimere le proprie potenzialità. La consapevolezza di tali condizionamenti, piuttosto, consente di definire in modo più preciso il lavoro che l'interprete è chiamato a svolgere: per un verso, infatti, i limiti sopra segnalati inducono a privilegiare, nella rilevazione dei "principi generali", gli indizi ricavabili dagli strumenti del diritto internazionale privato uniforme, più che quelli offerti dai sistemi nazionali; per un altro verso, i limiti predetti confermano che l'individuazione dei principi "utili" agli arbitri, lungi dal potersi esaurire nel riscontro di un "denominatore comune" delle soluzioni "particolari" invalse in questo o quel corpo di regole, nazionale o uniforme, implica una rielaborazione critica di quanto rilevato alla luce delle speciali esigenze dell'arbitrato.

L'idea che lo sguardo degli arbitri debba indirizzarsi di preferenza verso gli strumenti del diritto uniforme non ha bisogno di spiegazioni approfondite. La circostanza che due o più Stati abbiano ritenuto di poter rinunciare all'applicazione delle rispettive regole di diritto comune in favore dell'impiego di una normativa uniforme segnala di per sé, almeno in linea di principio, una tendenza al superamento dei particolarismi nazionali. Lo stesso procedimento cui è affidata l'elaborazione di testi uniformi, del resto, specie all'interno di "fori" di confronto a carattere universale, come la Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato, consente di scorgere in quei testi il risultato di quello stesso dialogo fra culture che costituisce il presupposto della definizione di soluzioni a-nazionali<sup>36</sup>.

Più problematiche sono le implicazioni dell'esigenza, sopra segnalata, di una rielaborazione critica da parte degli arbitri delle soluzioni ricavabili dai principi rinvenibili nei sistemi nazionali o nelle norme uniformi.

Il tema può essere convenientemente affrontato esaminando una questione concreta: il possibile riferimento, ai fini della ricognizione di "principi generali" di diritto internazionale privato, alle norme di conflitto in materia contrattuale elaborate dalla Comunità europea nel quadro della "cooperazione giudiziaria in materia civile" di cui al titolo IV del Trattato.

### III. Il regolamento "Roma I", espressione di "principi generali"?

7. Gli arbitri del commercio internazionale hanno fatto riferimento in più occasioni alla Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali<sup>37</sup>, e più precisamente alla previsione contenuta nell'art. 4 della Convenzione, ai sensi del quale il contratto, in mancanza di *electio iuris*, è regolato dalla legge del paese col quale presenta il collegamento più stretto, paese da identificarsi in via presuntiva con quello in cui risiede la parte che deve fornire la "prestazione caratteristica". Al di là dei casi in cui le norme della Convenzione sono venute in rilievo nell'ambito del me-

<sup>36</sup> Si rivela di per sé inessenziale, in quest'ottica, il fatto che la convenzione di cui trattasi sia entrata in vigore sul piano internazionale, o meno. Nella sentenza CCI del 2000 nel caso n. 9651, in *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 12 (2000), n. 2, p. 76, ad esempio, si fa riferimento alla Convenzione dell'Aja del 22 dicembre 1986 sulla legge applicabile ai contratti internazionali di vendita di merci, mai entrata in vigore.

<sup>37</sup> In argomento, v. in generale C. KESSEDIAN, "La Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles – Vingt ans après", in *Private law in the international arena. Liber amicorum Kurt Siehr*, a cura di Basedow e altri, T.M.C. Asser Press, 2000, p. 337 ss., A. TWEEDDALE, K. TWEEDDALE, *Arbitration of commercial disputes*, Oxford University Press, 2005, p. 212 s., e soprattutto F. MARRELLA, "The New (Rome I) European Regulation on the Law Applicable to Contractual Obligations: What has Changed?", *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 19 (2008), n. 1, p. 187 ss. Circa il rilievo riconosciuto alla Convenzione di Roma nella ricerca dei principi generali atti alla determinazione del "collegamento più stretto" di cui all'art. 187 della legge federale svizzera di diritto internazionale privato (*cf. supra*, § 2) v. G. KAUFMANN-KOHLER, A. RIGOZZI, *Arbitrage international*, Schulthess, 2006, p. 270.

todo, sopra ricordato, della applicazione “cumulativa” delle regole di conflitto degli ordinamenti con cui la fattispecie è connessa<sup>38</sup>, varie sono le pronunce che scorgono all’interno di tale strumento delle “règles de droit international privé généralement acceptées”<sup>39</sup>, o dei criteri “largement appliqué[s] dans de nombreux pays”<sup>40</sup>. Non mancano poi decisioni in cui si rileva che strumenti come la Convenzione di Roma “serve as evidence of recognized international principles applicable to choice of law issues”<sup>41</sup>, o integrano senz’altro dei “principes généraux de droit international privé”<sup>42</sup>.

Il particolare rilievo riconosciuto, sotto questo profilo, alla Convenzione di Roma si spiega agevolmente. La sua disciplina – in vigore in alcuni degli Stati (gli Stati europei) maggiormente coinvolti nel commercio internazionale – ha costituito una sorta di terreno di incontro fra l’approccio ai conflitti di leggi tipico dell’Europa continentale e le soluzioni invalse nella tradizione di *common law*. Grazie a questa sua “rappresentatività”, e alla scelta dei redattori di elaborare, in tema di collegamento obiettivo, una disciplina relativamente semplice (quella dell’art. 4), basata su una regola *unica*, ancorché articolata al proprio interno, caratterizzata da un’ampia discrezionalità riconosciuta all’interprete, la Convenzione ha potuto costituire un modello per la redazione di norme di conflitto, tanto nazionali<sup>43</sup> quanto pattizie<sup>44</sup>, in contesti assai diversi rispetto a quello nel quale la Convenzione stessa è stata concepita<sup>45</sup>. Non stupisce, dunque, che nelle sue disposizioni possa essere stato riconosciuto un riflesso dei “principi generali” della materia.

**8.** Meno agevole, alla luce delle osservazioni che precedono, è stabilire se ed in che termini la revisione della Convenzione di Roma, conclusasi con l’adozione del regolamento (CE) n. 593/2008 del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (c.d. regolamento “Roma I”), abbia intaccato l’attitudine della disciplina in questione a costituire il riflesso dei “principi generali” della materia.

Per rispondere conviene anzitutto osservare come l’impianto generale del regolamento e molte delle disposizioni ivi contenute ricalchino il modello della Convenzione. Non mancano, tuttavia, innovazioni di rilievo. Non è ovviamente questa la sede per tentarne una ricognizione completa<sup>46</sup>. Ci limiteremo dunque ad alcune osservazioni volte ad un primo inquadramento della tematica.

In primo luogo, da un punto di vista generale, va rilevato che il regolamento “Roma I” si colloca in un quadro normativo assai diverso da quello cui appartiene il suo “predecessore”. Se è vero, infatti, che entrambi gli strumenti sono stati concepiti per concorrere alla realizzazione dei fini dell’integrazione comunitaria, non si può non rilevare come il disegno di tale integrazione sia profondamente mutato nel corso del tempo. Il diritto internazionale privato comunitario, nella sua attuale configurazione, non può ovviamente ignorare il fatto che le diverse politiche perseguite dalla Comunità (in materia assicurativa, finanziaria, della concorrenza, etc.) hanno conosciuto, dal 1980 ad oggi, un sviluppo importante, cui le

<sup>38</sup> Cfr. la sentenza parziale CCI del 1999 nel caso n. 10137, in *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 19 (2008), n. 1, p. 113.

<sup>39</sup> Così la sentenza CCI del 1989 nel caso n. 6360, in *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 1 (1990), n. 2, p. 24.

<sup>40</sup> Sentenza CCI del 1998 nel caso n. 9636, cit.

<sup>41</sup> Sentenza parziale CCI del 2004 nel caso n. 12494, in *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 19 (2008), n. 1, p. 126.

<sup>42</sup> Sentenza parziale CCI del 2001 nel caso n. 10988, in *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 19 (2008), n. 1, p. 115.

<sup>43</sup> Si pensi, ad esempio, alla previsione di cui all’art. 1211 del codice civile russo, introdotto nel 2001; vedine la traduzione francese in *RCDIP*, 2002, p. 188.

<sup>44</sup> Alludiamo in particolare all’influenza esercitata dalla Convenzione di Roma sulla Convenzione interamericana sul diritto applicabile ai contratti internazionali, aperta alla firma il 17 marzo 1994 a Città del Messico.

<sup>45</sup> Tra i fattori che hanno favorito la “fortuna” della Convenzione vi è probabilmente anche il fatto che, come è noto, le soluzioni ivi accolte sono state illustrate in un documento – la relazione dei professori Giuliano e Lagarde – che unisce al carattere ufficiale l’autorevolezza dei suoi redattori. È significativo, da questo punto di vista, il fatto che alcune sentenze arbitrali che menzionano la Convenzione si riferiscano, a fini interpretativi, anche alla relazione; cfr. ad esempio la sentenza CCI del 2002 nel caso n. 11864, in *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 19 (2008), n. 1, p. 119.

<sup>46</sup> Rinviamo per questo ai diversi studi monografici già apparsi su questo tema, fra cui si segnalano J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La ley aplicable a los contratos internacionales: el reglamento Roma I*, Colex, 2009, e E. CASTELLANOS RUIZ, *El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a los contratos internacionales y su aplicación por los tribunales españoles*, Comares, 2009.

stesse norme di conflitto devono raccordarsi. Il progetto che ruota attorno alla costruzione del “mercato interno” e che mira ad assicurarne il “corretto funzionamento” va assumendo, cioè, un’identità sempre più precisa, e questa identità si riflette per forza di cose sulle stesse norme di conflitto, condizionandone l’interpretazione ed il modo d’essere anche là dove il loro testo risulti identico a quello delle corrispondenti previsioni convenzionali<sup>47</sup>. Il diritto comunitario, lungi dall’essere semplicemente lo “sfondo” davanti al quale le norme in questione assicurano la soluzione dei conflitti di leggi, presenta oramai una impronta “legeforistica”, rispetto alla quale lo stesso diritto internazionale privato (comunitario) è chiamato ad essere coerente<sup>48</sup>.

In secondo luogo, per quanto specificamente riguarda la disciplina di conflitto a carattere obiettivo, va osservato come nel nuovo testo la dialettica tra certezza e flessibilità si sia risolta nell’adozione di un punto di equilibrio più favorevole alle ragioni della astratta prevedibilità della legge regolatrice del contratto. Gli spazi entro i quali l’interprete può esercitare il proprio apprezzamento, avuto riguardo alle specifiche circostanze del caso, appaiono fortemente ridimensionati rispetto all’esperienza convenzionale. In particolare, l’art. 4, l’unica disposizione del regolamento sulla quale ci soffermeremo in questa sede, introduce una serie di criteri di collegamento speciali a carattere rigido<sup>49</sup>, innovando profondamente in questo modo l’approccio seguito dalla Convenzione<sup>50</sup>. L’eventualità che la legge regolatrice del contratto venga individuata sulla scorta di una valutazione “di prossimità” compiuta discrezionalmente dall’interprete costituisce, nel nuovo strumento, un’ipotesi residuale<sup>51</sup>.

9. L’indicazione che può trarsi dai rilievi appena svolti è che la disciplina regolamentare, se confrontata con la disciplina della Convenzione, si rivela nel complesso *meno idonea* a costituire la base per la rilevazione dei “principi generali” del diritto internazionale privato dei contratti<sup>52</sup>. O meglio, per riprendere le osservazioni svolte in precedenza circa le condizioni per un impiego “utile” di siffatti principi, la nuova disciplina, se vuole essere presa a riferimento dagli arbitri per i fini sopra indicati, appare maggiormente bisognosa di un lavoro di “rielaborazione critica”.

Questa “elaborazione critica” – sia detto per inciso – potrebbe condurre ad esiti pratici assai diversi da quelli ricavabili dall’applicazione delle corrispondenti disposizioni regolamentari. In questo modo, rispetto alle liti che si presentino collegate in modo esclusivo o prevalente con la Comunità, il metodo dei “principi generali” potrebbe facilmente entrare in conflitto con quello dell’applicazione “cumulativa” delle norme di diritto internazionale privato dei paesi con cui la fattispecie risulti collegata (le norme del regolamento “Roma I”, oramai). In tali situazioni, escluso un impiego “combinato” dei due metodi (attesa la loro non convergenza), l’interprete dovrà necessariamente optare per una delle soluzioni a lui offerte. In questo scenario, il problema teorico concernente le ragioni idonee a giustificare l’impiego dell’uno o l’altro dei metodi sopra descritti potrebbe assumere un rilievo concreto ben maggiore di quello che ha avuto sin qui.

Due, comunque, sono le principali direttrici lungo le quali a nostro avviso questo lavoro di rielaborazione dovrebbe svilupparsi in rapporto al regolamento “Roma I”: da un lato, la salvaguardia del carattere discrezionale dell’opera dell’interprete (e dunque dell’arbitro, nel contesto che qui interessa); dall’altro, la valorizzazione delle specifiche soluzioni accolte dal regolamento in linea di sostanziale continuità con la Convenzione.

<sup>47</sup> Sia consentito rinviare, in proposito, alle osservazioni generali svolte in P. FRANZINA, “Norme di conflitto comunitarie in materia di contratti con consumatori e corretto funzionamento del mercato interno”, *RDI*, 2009, p. 122 ss., e agli autori ivi citati.

<sup>48</sup> Su tutta la tematica, v. F. SALERNO, “Considerazioni introduttive – I”, 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, *Nuove leggi civili commentate*, 2009, p. 528 ss.

<sup>49</sup> Il criterio della residenza del venditore per i contratti di compravendita di beni mobili, il criterio della residenza del prestatore di servizi per contratti di prestazione di servizi, etc.

<sup>50</sup> Sulle modifiche apportate dal regolamento “Roma I” in tema di collegamento obiettivo, v. in generale, oltre alle opere richiamate *supra*, alla nota 46, A. LEANDRO, “Articolo 4 – Legge applicabile in mancanza di scelta, I”, in *Regolamento CE n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008*, cit., p. 637 ss.

<sup>51</sup> V. soprattutto l’art. 4, par. 3 (“Se dal complesso delle circostanze del caso risulta chiaramente che il contratto presenta collegamenti manifestamente più stretti con un paese diverso da quello indicato ai paragrafi 1 o 2, si applica la legge di tale diverso paese”) e par. 4 (“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”).

Sotto il primo profilo va ricordato come la determinazione del diritto applicabile alla controversia sia caratterizzata, nell'arbitrato, da una spiccata flessibilità. Alla luce di ciò, è verosimile che gli arbitri faranno riferimento alle soluzioni adottate dal regolamento se e nella misura in cui ne sia possibile una rielaborazione in chiave flessibile. Le opportunità di un impiego "libero" del principio di prossimità, che nel regolamento – come si è detto – sono circondate da numerose cautele, manterranno nella prospettiva degli arbitri un'importanza centrale<sup>53</sup>. E ciò – lo si è detto in precedenza – anche in considerazione della necessità di risolvere in modo adeguato i problemi che caratterizzano il *genere* di liti che tipicamente vengono convogliate davanti agli arbitri, più che davanti ai giudici statali, come accade, ad esempio, allorché si faccia questione di un articolato complesso di negozi giuridici funzionale alla realizzazione di un'unitaria operazione economica: la flessibilità, in questi casi, può garantire l'assoggettamento dell'intera vicenda contrattuale ad un'unica legge, individuata in funzione di quello che gli arbitri stessi percepiscono essere il "baricentro" della vicenda stessa<sup>54</sup>.

Per quanto riguarda, infine, la seconda delle direttrici sopra segnalate, non si può escludere che le soluzioni "transitate" senza modifiche di sostanza dalla Convenzione di Roma al regolamento "Roma I" possano, proprio per tale ragione, guidare *positivamente* gli arbitri nella ricostruzione di corrispondenti "principi" di diritto internazionale privato. In questo quadro, chiarito che la continuità che si tratta di valorizzare è la continuità della *sostanza* dei criteri di collegamento (cioè la continuità riscontrabile nelle logiche che ispirano tali criteri, più che nel loro preciso modo di operare), è ragionevole pensare che gli arbitri potranno fare appello ai criteri speciali introdotti dal regolamento "Roma I" (una volta "depurati", per le ragioni già dette, della loro rigidità), là dove tali criteri – come quello della residenza del venditore, previsto dall'art. 4, par. 1, lett. a), del regolamento – "codificano" soluzioni di fatto identiche a quelle già offerte dalla Convenzione (sia pure attraverso il gioco delle "presunzioni" dell'art. 4)<sup>55</sup>. Ciò, beninteso, a patto che non si tratti di criteri concepiti essenzialmente per assecondare delle *policies* sostanziali *particolari*, proprie del diritto comunitario.

---

<sup>52</sup> Qualcosa è cambiato, d'altronde, anche sotto il profilo della "rappresentatività" della disciplina in discorso: è vero infatti, che il regolamento "Roma I" costituisce il "diritto comune" di ben 26 paesi (gli Stati membri della Comunità europea, esclusa la Danimarca), ma è vero anche che tali paesi, a fronte dell'emergere di nuove potenze economiche, contribuiscono ai flussi commerciali internazionali in misura comparativamente assai inferiore rispetto al passato.

<sup>53</sup> È del resto ampiamente attestata nella giurisprudenza arbitrale la tendenza ad impiegare, anche in assenza di espliciti richiami a regole di conflitto particolari o a principi generali del diritto internazionale privato, un approccio volto a determinare il diritto applicabile al rapporto sulla base di una valutazione complessiva della fattispecie, volta a determinare il paese con cui la stessa presenti il collegamento più stretto; v. in proposito, anche per maggiori riferimenti, Y. DERAÏNS, "La jurisprudence des arbitres du commerce international en matière de détermination du droit applicable au contrat", *Revue de droit des affaires internationales*, 1996, p. 523.

<sup>54</sup> Sulle soluzioni ricavabili a questo proposito dall'impiego dei "principi" della Convenzione di Roma, v. la fattispecie analizzata da H.A. GRIGERA NAÓN, *op. cit.*, p. 240. Circa le condizioni ed i limiti entro i quali il regolamento "Roma I" consente un'analoga ricerca del "centro di gravità" del rapporto, v. invece F. SALERNO, *op. cit.*, p. 527 s., e A. LEANDRO, *op. cit.*, specie p. 655 ss.

<sup>55</sup> Quanto ai conflitti di leggi in materia di vendita, indicazioni in questo senso erano del resto già emerse nella giurisprudenza arbitrale (anche) per il tramite di un raffronto con l'art. 3 della Convenzione dell'Aja del 15 giugno 1955 sulla legge applicabile ai contratti a carattere internazionale di oggetti mobili corporali; cfr. la sentenza CCI del 1986 nel caso n. 5118, in *JDI*, 1987, p. 1027, e la sentenza CCI del 1989 nel caso n. 5885, in *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 7 (1996), n. 1, p. 83.