UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRIESTE

Sede Amministrativa del Dottorato di Ricerca

UNIVERSITÀ DI CAGLIARI
UNIVERSITÀ DI GENOVA
UNIVERSITÀ CATTOLICA DEL SACRO CUORE – MILANO
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA – LA SAPIENZA
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA – TOR VERGATA

SEDI CONVENZIONATE

XX ciclo
Dottorato di ricerca in
Diritto dell'Unione europea

METODI DI TUTELA DEL CONTRAENTE DEBOLE NEL DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO COMUNITARIO

Settore scientifico disciplinare: Diritto dell'Unione europea (IUS/14)

DOTTORANDA
Silvia Marino

COORDINATORE DEL COLLEGIO DEI DOCENTI E TUTORE
Chiar.mo Prof. Stefano Amadeo
Università degli Studi di Trieste

RELATORE
Chiar.mo Prof. Luigi Daniele
Università degli Studi di Roma
Tor Vergata

CORRELATORE
Chiar.ma Prof.ssa Sara Tonolo
Università degli Studi dell'Insubria

ANNO ACCADEMICO 2006 – 2007

La tesi è aggiornata al 24 febbraio 2008

METODI DI TUTELA DEL CONTRAENTE DEBOLE NEL DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO COMUNITARIO

INDICE

Capitolo introduttivo: *Premesse di diritto comunitario e di diritto internazionale privato*

1. Premessa 1
2. La cooperazione giudiziaria in materia civile 3
3. Il conflitto di qualificazioni e il diritto comunitario: la competenza della Corte di giustizia 10
4. I metodi di diritto internazionale privato 15
5. Cosa deve intendersi per tutela della parte debole nel diritto internazionale privato 18
6. Metodo e obiettivi 24

Capitolo primo: *La tutela del contraente debole e il metodo classico di diritto internazionale privato*

1. La localizzazione del rapporto 27
2. Due importanti sviluppi della teoria classica 34
3. Il rinvio 41
4. Il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze straniere 44
5. La Convenzione di Roma del 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali 49

5.1 Il criterio del collegamento più stretto 49

5.2 Le modifiche introdotte dal progetto di regolamento "Roma I" 56

5.3. Il principio di prossimità, il contratto di lavoro e la conoscenza della legge applicabile 59

5.4 Il rinvio nel sistema della Convenzione 64

5.5 Ordine pubblico, norme di applicazione necessaria e tutela della parte debole 66

6. Il metodo classico è idoneo a tutelare la parte contrattuale debole? 70

Capitolo secondo: *La tutela del contraente debole secondo i metodi del rinvio all'ordinamento giuridico competente e del riconoscimento dei diritti acquisiti*

1. Il rinvio all'ordinamento giuridico competente come metodo di diritto internazionale privato 75
   1.1 Premessa 75
   1.2 Il metodo: presupposti e limiti 76
2. La teoria del riconoscimento dei diritti acquisiti 81
3. I limiti dell'ordine pubblico e delle norme di applicazione necessaria 86
4. Il mutuo riconoscimento nelle libertà di circolazione comunitarie. Può parlarsi di un metodo di conflitto? 89
5. Un'applicazione del metodo del riconoscimento dei diritti acquisiti? Il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze secondo il reg. n. 44/2001 97
   5.1 Il riconoscimento delle sentenze relative a contratti di consumo e di assicurazione 104
6. La tutela della parte debole secondo le due teorie 108

Capitolo terzo: *La tutela del contraente debole e le norme a finalità materiale*

1. La regola di conflitto può porsi degli obiettivi di carattere materiale? 111
2. Il metodo materiale di diritto internazionale privato 116
   2.1 Il funzionamento delle norme di conflitto a finalità materiale 116
   2.2 Norme di conflitto "materiali" e il problema del rinvio 120
   2.3 Norme di applicazione necessaria e ordine pubblico 125
3. La Convenzione di Roma del 1980: metodo delle norme di conflitto "materiali" o rielaborazione del metodo della localizzazione? 130
   3.1 La Convenzione di Roma e il regolamento "Roma I" 130
   3.2 I contratti di *franchising* e di distribuzione 144
4. La tutela della parte contrattuale debole nell'individuazione del giudice competente 148
5. Convenzione di Roma e reg. n. 44/2001: una convergenza fra *forum* e *ius* per la tutela della parte debole? 155

Capitolo quarto: *La scelta della legge applicabile e del foro competente*

1. La scelta di legge come metodo autonomo di diritto internazionale privato? 163
2. Il rinvio 171
3. Scelta di legge e tutela della parte debole nel diritto comunitario: le disposizioni imperative 174
   3.1 Le disposizioni inderogabili 174
   3.2 I contraenti deboli 176
   3.3 I rapporti fra disposizioni inderogabili e norme di applicazione necessaria 183
   3.4 Il progetto di regolamento "Roma I" 187
   3.5 L'ordine pubblico come strumento per la tutela della parte debole 193
4. Scelta del giudice competente e tutela della parte debole nel diritto comunitario 196
   4.1 I limiti agli accordi sulla proroga di competenza 198
   4.2 La proroga tacita di competenza 207
5. La tutela minima garantita dal diritto comunitario 209

Conclusioni 219

Indice delle sentenze V

Bibliografia XI

Capitolo introduttivo:
Premesse di diritto comunitario e di diritto internazionale privato

1. Premessa

Il presente lavoro ha ad oggetto l'esame dei metodi degli coordinamento di ordinamenti di diritto internazionale privato nel diritto comunitario, con particolare riguardo alla tutela del contraente debole. Prima di affrontare questo studio, pare opportuno analizzare alcune questioni generali di diritto comunitario e di diritto internazionale privato che paiono rivestire carattere preliminare e di cui si vuole offrire un primo inquadramento.

Una tale scelta, oltre a consentire una trattazione unitaria di taluni argomenti, permette di intuire già le prime differenze – di portata teorica e pratica – fra diritto comunitario e diritto internazionale privato classico, di origine nazionale o convenzionale, nonché di cogliere fin dall'inizio i caratteri di specificità del primo nel settore della cooperazione giudiziaria in materia civile.

Deve essere fin da ora rilevata una prima, fondamentale differenza, che si ripercuote anche nelle modalità in cui vengono risolti i conflitti di legge e di competenza giurisdizionale, costituita dai diversi scopi delle due materie, il diritto comunitario e il diritto internazionale privato in senso classico[1]. Il diritto internazionale privato presuppone la differenza fra le norme materiali e cerca di risolvere il loro concorrere nella disciplina di una fattispecie. Ciò è tanto vero che parte della dottrina, soprattutto di *common law*, ha parlato di falso conflitto qualora il contenuto delle leggi potenzialmente applicabili sia lo stesso[2]; secondo altra dottrina[3], invece, qualora vengano adottate norme internazionali uniformi per la disciplina di rapporti transnazionali[4], per questi aspetti non è più necessario far ricorso alle norme di conflitto, perché

---

[1] IDOT L., *L'incidence de l'ordre communautaire sur le droit international privé*, in *Le droit international privé communautaire: émergence et incidences. Toulouse, 22 mars 2002. Petites affichés n. 248*, p. 27.
[2] V. *infra*, cap. I, par. 1.
[3] BATIFFOL H., LAGARDE P., *Traité de droit international privé*, tome 1, 1993, Paris, p. 420; RIGAUX F., FALLON M., *Droit international privé*, 2005, Bruxelles, p. 82.
[4] Sulle norme materiali: BATIFFOL H., *Le pluralisme de méthode en droit international privé*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 1973, tomo 139, p. 110.

non esiste un concorso fra diverse leggi, ma la disciplina è rinvenuta direttamente nella fonte internazionale. Pertanto, il diritto internazionale privato non sarebbe chiamato a intervenire in ogni ipotesi avente carattere transnazionale, ma solo quando vi sia un vero e proprio conflitto, e non solo concorso, di leggi applicabili.

Il diritto comunitario accetta la differenza delle leggi sostanziali nazionali[5], ma l'obiettivo principale, la creazione del mercato interno, viene realizzato attraverso altri strumenti, che solo un tipo di integrazione come quella comunitaria può consentire. Si fa, evidentemente, riferimento all'uniformazione e all'armonizzazione delle discipline nazionali, permesse dal carattere di diretta applicabilità e di diretta efficacia del diritto comunitario, nonché dall'art. 95 TCE, che consente l'adozione di atti necessari al ravvicinamento delle legislazioni nazionali "*che hanno per oggetto l'instaurazione e il funzionamento del mercato interno*"[6]. Si tratta pertanto di una differenza che vuole essere eliminata o almeno ridotta, poiché la costituzione del mercato comune avviene quantomeno attraverso un ravvicinamento delle legislazioni nazionali, alla stessa stregua di un mercato nazionale. La mera accettazione delle differenze normative – e quindi un sistema di diritto internazionale privato che si limiti a coordinarle nello spazio - è solo parzialmente idonea a conseguire lo scopo. Tuttavia, l'uniformazione complessiva della legislazione non è evidentemente possibile sia per le limitate competenze comunitarie, sia per la sua complessità tecnica, sia, infine, perché significherebbe rinuncia della sovranità degli Stati membri; in molti casi è allora possibile accontentarsi della semplice armonizzazione delle discipline nazionali. Tuttavia, quando nessuno dei due strumenti tipici del diritto comunitario, uniformazione e armonizzazione, è utilizzabile, resta la possibilità di ricorrere al coordinamento attraverso il diritto internazionale privato. Adottando un sistema sul conflitto di leggi e di giurisdizione comune, si è in grado di garantire l'uniformità nello spazio per quanto riguarda le questioni relative al giudice competente e alla legge applicabile; ciò consentirebbe, successivamente, la più facile circolazione del provvedimento in tutti gli Stati membri. Ne consegue che un sistema di diritto internazionale privato dovrebbe avere solo carattere sussidiario e funzionale in ambito comunitario[7].

---

[5] Ciò è particolarmente evidente nel campo della libera circolazione, soprattutto delle merci. Si veda *infra*, cap. II, par. 4.

[6] Allo stesso modo si può ricordare l'art. 47, par. 2 TCE, che attribuisce al Consiglio il potere di stabilire le direttive intese al coordinamento delle siposizoni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri relative all'accesso alle attività non salariate e all'esercizio di queste.

[7] Effettivamente, allo stato attuale forse non sarebbe nemmeno corretto parlare di un vero e proprio *sistema*, dal momento che l'intervento comunitario è ormai importante, ma non c'è una normativa uniforme e completa di diritto internazionale privato. Tuttavia, si deve notare come i recenti studi della Commissione tendano a coprire anche settori che fino a qualche anno fa si sarebbero ritenuti estranei all'ordinamento comunitario; si pensi, ad esempio, al

Ciò nonostante, è interessante notare come gli intervenit comunitari afferiscono a un settore di competenza che prende il nome di cooperazione giudiziaria in materia civile, perché non si limita a risolvere i problemi di giurisdizione e legge applicabile, ma stabilisce una rete di cooperazione fra i giudici nazionali[8] e crea dei procedimenti di carattere giurisdizionale negli Stati membri[9], sebbene in settori limitati e con carattere alternativo rispetto ai procedimenti nazionali[10].

Pertanto, vista la portata di questo elemento di integrazione, pare preliminarmente opportuno delineare, seppur in breve, la nascita e lo sviluppo della cooperazione giudiziaria in materia civile come settore autonomo del diritto comunitario.

2. La cooperazione giudiziaria in materia civile

Come noto, tra gli obiettivi espressi dal Trattato istitutivo della Comunità economica europea nel suo testo originario non si riscontrava la realizzazione di una cooperazione giudiziaria in materia civile. L'integrazione che si proponeva il Trattato istitutivo è di tipo economico: ciò risultava chiaramente dagli artt. 2 e 3, che enucleavano i compiti della Comunità e le relative azioni che possono essere intraprese. L'unica disposizione che concerneva degli aspetti che potremmo chiamare di cooperazione giudiziaria era l'allora art. 220 TCE (oggi 293, tuttora in vigore), il quale stabiliva solamente che gli Stati membri dovessero avviare negoziati

---

Libro verde sui conflitti di legge in materia di regime patrimoniale dei coniugi, compreso il problema della competenza giurisdizionale e del riconoscimento reciproco (COM(2006)400def.), o al Libro Verde Successioni e testamenti (COM(2005)65def.).

[8] Si veda, ad esempio: Decisione (CE) n. 470 del Consiglio del 28 maggio 2001, relativa all'istituzione di una rete giudiziaria europea in materia civile e commerciale, in *GU* n. L 174 del 27 giugno 2001, p. 25. Si può qui riprodurre l'art. 3 della decisione, rubricato Compiti e attività della rete: "*1. La rete ha il compito di: a) agevolare la cooperazione giudiziaria tra gli Stati membri in materia civile e commerciale, compresi l'ideazione, la progressiva predisposizione e l'aggiornamento di un sistema d'informazione destinato ai membri della rete; b) ideare, predisporre progressivamente e tenere aggiornato un sistema d'informazione accessibile al pubblico. 2. Fatti salvi gli altri atti comunitari o strumenti internazionali relativi alla cooperazione giudiziaria in materia civile e commerciale, la rete sviluppa le proprie attività in particolare con le finalità seguenti: a) assicurare il corretto svolgimento dei procedimenti con risvolti transnazionali e agevolare le richieste di cooperazione giudiziaria tra gli Stati membri, in particolare ove non si applichi alcun atto comunitario o strumento internazionale; b) garantire un'applicazione effettiva e pratica degli atti comunitari o delle convenzioni vigenti tra due o più Stati membri; c) predisporre e alimentare un sistema d'informazione, destinato al pubblico, sulla cooperazione giudiziaria in materia civile e commerciale all'interno dell'Unione europea, sugli strumenti comunitari e internazionali pertinenti, nonché sul diritto interno degli Stati membri, con particolare riferimento all'accesso alla giustizia*".

[9] Regolamento (CE) n. 1896/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, che istituisce un procedimento europeo d'ingiunzione di pagamento, in *GU* n. L 399 del 30 dicembre 2006, p. 1; Regolamento (CE) n. 861/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 luglio 2007, che istituisce un procedimento europeo per le controversie di modesta entità, in *GU* n. L 199 del 31 luglio 2007, p. 1.

[10] Si veda, art. 1, par. 1, reg. n. 861/2007 e art. 1, par. 2, reg. n. 1896/2006. Si noti come tali regolamenti non siano nemmeno autosufficienti, nel senso che non disciplinano tutti i momenti del procedimento, ma rinviano al diritto nazionale. Così, per le notificazioni e per le condizioni affinché il provvedimento abbia efficacia esecutiva, rispettivamente, l'art. 13 e l'art. 18, par. 2, reg. n. 1896/2006, per le modalità di esecuzione, l'art. 21 reg. n. 1896/2006 e l'art. 21, par. 1, reg. n. 861/2007; un rinvio espresso alle norme processuali nazionali è contenuto nell'art. 19 di tale ultimo regolamento.

intesi a garantire *la semplificazione delle formalità cui sono sottoposti il reciproco riconoscimento e la reciproca esecuzione delle decisioni giudiziarie e delle sentenze arbitrali*. La disposizione non attribuiva, pertanto, alcuna competenza propria alla Comunità, ma auspicava che l'integrazione economica e l'apertura delle frontiere intracomunitarie portasse con sé anche una maggior speditezza nella circolazione delle decisioni giurisdizionali (e arbitrali) negli Stati membri. A tal fine, la Comunità non avrebbe avuto alcuna competenza, nemmeno di iniziativa: gli Stati si impegnavano solamente ad avviare i necessari negoziati per concludere delle convenzioni internazionali in materia.

L'integrazione, non solo economica ma anche giudiziaria, è stata permessa e facilitata dalla successiva estensione delle competenze attribuite alla Comunità. Il primo importante passo nel settore di nostro interesse[11] è stato compiuto con il Trattato sull'Unione europea, che, come noto, ha creato la struttura cd. a pilastri, introducendo il settore della cooperazione giudiziaria in materia civile e penale. Lo sviluppo successivo, avvenuto con il trattato di Amsterdam, ha consentito la comunitarizzazione - ovvero il passaggio dal terzo al primo pilastro – dell'intero settore dei visti, diritto di asilo, immigrazione e delle altre politiche connesse con la libera circolazione delle persone. La cooperazione giudiziaria assumeva, inizialmente, carattere funzionale, rispetto a tale libertà: l'adozione di misure comunitarie in tale settore avrebbe consentito il riconoscimento dei diritti e degli *status* delle persone che si fossero spostate nel territorio comunitario, in maniera analoga a quanto avviene in un mercato interno.

La comunitarizzazione del settore comporta l'assoggettamento della materia a tutta la disciplina del primo pilastro[12], e, per quanto interessa direttamente il presente lavoro, influisce

---

[11] Brevemente, si può ricordare che la creazione di un vero e proprio mercato comune è stata agevolata dall'Atto Unico Europeo, che ha introdotto nel Trattato la nozione di mercato interno, come analogo a un mercato nazionale esteso a tutto il territorio comunitario. Ai sensi dell'art. 14, par. 2 TCE: " *Il mercato interno comporta uno spazio senza frontiere interne, nel quale è assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali secondo le disposizioni del presente trattato*". Nella sentenza *Schul* la Corte di giustizia ha affermato che: "*la nozione di mercato comune (...) mira ad eliminare ogni intralcio per gli scambi intracomunitari al fine di fondere i mercati nazionali in un mercato unico il più possibile simile a un vero e proprio mercato interno*" (Corte di giustizia 5 maggio 1982, causa 15/81, *Schul*, in *Racc*. 1409, punto 33 della motivazione).

[12] Il Trattato di Lisbona, presentato dalla Conferenza dei governi degli Stati membri nel testo definitivo il 3 dicembre 2007, apporterebbe ancora ulteriori innovazioni allo scopo di approfondire il livello di cooperazione giudiziaria fra Stati membri. Il Titolo IV del Trattato si intitolerebbe *Spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, non relegando la cooperazione giudiziaria alle altre *politiche connesse* che paiono avere rilevanza solo residuale. Inoltre, il capo III sarebbe intitolato *Cooperazione giudiziaria in materia civile* e amplierebbe le competenze attribuite alla Comunità allo scopo di assicurare una buona amministrazione della giustizia a livello comunitario. L'attuale art. 65 sarebbe sostituito con il seguente testo: "*1. L'Unione sviluppa una cooperazione giudiziaria nelle materie civili con implicazioni transnazionali, fondata sul principio di riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie e extragiudiziali. Tale cooperazione può includere l'adozione di misure intese a ravvicinare le disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri. 2. Ai fini del paragrafo 1, il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, adottano, in particolare se necessario al buon funzionamento del mercato interno, misure volte a garantire: a) il riconoscimento reciproco tra gli Stati membri delle decisioni*

sul tipo di atti di diritto derivato che possono essere emanati dalla Comunità, nonché sulle competenze pregiudiziali della Corte di giustizia[13].

Volendo procedere a una rapida panoramica dello sviluppo storico della cooperazione giudiziaria in materia civile e del susseguirsi degli atti adottati a livello comunitario, si deve ricordare come gli unici negoziati avviati ai sensi dell'art. 220 TCE abbiano avuto successo non quelli che hanno condotto alla firma della Convenzione di Bruxelles del 1968[14]. Come noto, la Convenzione supera i limitati obiettivi posti dalla disposizione del Trattato, stabilendo non solo delle semplificazioni per il riconoscimento e l'esecuzione dei provvedimenti giurisdizionali emanati in altri Stati membri, ma anche introducendo una prima parte relativa alla competenza diretta dei giudici. La Convenzione assume, pertanto, carattere doppio: in primo luogo si indicano i criteri di competenza nelle controversie di merito, quindi si disciplina un procedimento di riconoscimento ed esecuzione estremamente semplificato rispetto alle procedure nazionali di delibazione. Il testo convenzionale ha subito nel tempo numerose modifiche in occasione delle adesioni dei nuovi Stati membri[15].

L'innovazione più importante ai nostri fini è contenuta nella Convenzione di adesione della Spagna e del Portogallo, dal momento che l'art. 5, par. 1, è stato modificato allo scopo di introdurre una specifica disposizione in materia di contratto di lavoro[16]. Una tal modifica si era resa necessaria per due ordini di motivi.

---

giudiziarie ed extragiudiziali e la loro esecuzione; b) la notificazione transnazionale degli atti giudiziari ed extragiudiziali; c) la compatibilità delle regole applicabili negli Stati membri ai conflitti di leggi e di giurisdizione; d) la cooperazione nell'assunzione dei mezzi di prova; e) un accesso effettivo alla giustizia; f) l'eliminazione degli ostacoli al corretto svolgimento dei procedimenti civili, se necessario promuovendo la compatibilità delle norme di procedura civile applicabili negli Stati membri; g) lo sviluppo di metodi alternativi per la risoluzione delle controversie; h) un sostegno alla formazione dei magistrati e degli operatori giudiziari".

[13] V. *infra*, par. 3.

[14] Convenzione di Bruxelles del 1968 concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, in *GU* n. L 299 del 31 dicembre 1972, p. 32 (versione consolidata).

[15] Convenzione del 9 ottobre 1978, relativa all'adesione del Regno di Danimarca, dell'Irlanda e del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord, in *GU* n. L 304 del 30 ottobre 1978, p. 1; Convenzione relativa all'adesione della Repubblica ellenica, in *GU* n. L 388 del 31 dicembre 1982, p. 1; Convenzione relativa all'adesione del Regno di Spagna e della Repubblica portoghese, in *GU* n. L 285 del 3 ottobre 1989, p. 1; Convenzione relativa all'adesione della Repubblica d'Austria, della Repubblica di Finlandia e del Regno di Svezia, in *GU* n. C del 15 gennaio 1997, p. 1.

[16] Nonostante il fatto che si fosse discusso, in sede di negoziato, circa l'introduzione di un articolo specifico relativo al contratto di lavoro, questa ipotesi è stata in seguito abbandonata dal momento che proprio in quel periodo la Commissione stava elaborando un atto di diritto derivato per l'uniformazione dell'applicazione delle norme nazionali in materia di rapporto di lavoro. Come risulta chiaramente dalla Relazione Jenard (Relazione Jenard sulla Convenzione concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, in *GU* n. C 59 del 5 marzo 1979, p. 24), il comitato di esperti incaricato dell'elaborazione della Convenzione di Bruxelles ha preferito evitare l'inserimento di una disposizione specifica in materia per evitare un'eventuale non coincidenza con i criteri sulla legge applicabile. Inoltre, per determinare un criterio di competenza funzionale, sarebbe stato necessario distinguere le diverse categorie di lavoratori subordinati; questa distinzione, di carattere sostanziale, avrebbe potuto interferire con gli studi intrapresi dalla Commissione e portare a qualificazioni non coincidenti nei due diversi atti. Infine, vi erano difficoltà a raggiungere un accordo circa la possibilità di

In primo luogo, era già stata conclusa fra gli Stati membri della Comunità e i Paesi appartenenti all'EFTA la Convenzione di Lugano del 1988[17], avente lo stesso oggetto e scopo della Convenzione di Bruxelles, ma che non ne riproduceva fedelmente il testo. Infatti, l'art. 5, par. 1 di quella Convenzione conteneva una disposizione speciale in tema di contratto di lavoro, che indicava un titolo di giurisdizione specifico[18]. Si rendeva, pertanto, quantomeno opportuno uniformare le regole di competenza giurisdizionale nelle due Convenzioni.

In secondo luogo, le già rilevate specificità del contratto di lavoro avevano indotto la Corte a interpretare in modo autonomo, e creativo, l'art. 5, par. 1 della Convenzione. Nella sentenza *Ivenel*[19] la Corte aveva affermato che l'obbligazione rilevante per fondare la competenza giurisdizionale in questi contratti non è quella dedotta in giudizio[20], ma quella che caratterizza il contratto, ovvero la prestazione lavorativa; pertanto, il giudice competente doveva individuarsi in quello del luogo ove l'attività veniva svolta.

La Convenzione di adesione di Spagna e Portogallo, pertanto, introduce un nuovo periodo nella formulazione dell'art. 5, par. 1, specificando che "*in materia di contratto individuale di lavoro, il luogo è quello in cui il lavoratore svolge abitualmente la propria attività; qualora il lavoratore non svolga abitualmente la propria attività in un solo paese, il datore di lavoro può essere citato dinanzi al giudice del luogo in cui è situato o era situato lo stabilimento presso il quale è stato assunto*"[21].

---

concordare clausole di proroga di competenza per la sensibile differenza delle legislazioni nazionali. Ciò nondimeno, la Relazione riteneva applicabile al contratto di lavoro *le norme generali della convenzione*. Tuttavia, davanti ai giudici nazionali è sorto il dubbio circa l'inclusione di questo contratto nel campo di applicazione dell'art. 5, par. 1 della Convenzione. La Corte di giustizia, adita in via pregiudiziale, ha risolto la questione in senso positivo, pur notando le specificità del contratto di lavoro rispetto agli altri rapporti contrattuali (Corte di giustizia 13 novembre 1979, causa 25/79, *Sanicentral*, in *Racc.*, 3423).

[17] Convenzione di Lugano del 1988 concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, in *GU* n. L 319, p. 9.

[18] Secondo l'art. 5, par. 1 della Convenzione di Lugano: "*in materia di contratto individuale di lavoro il luogo* [di esecuzione dell'obbligazione dedotta in giudizio] *è quello in cui il lavoratore svolge abitualmente la sua attività e, se il lavoratore non svolge abitualmente la sua attività in un solo paese, è quello in cui si trova lo stabilimento dal quale è stato assunto*".

[19] Corte di giustizia 26 maggio 1982, causa 133/81, *Ivenel,* in *Racc*. 1891.

[20] Corte di giustizia 29 giugno 1994, causa C-288/92, *Custom made commercial*, in *Racc*. I-2913. Al punto 13 la Corte afferma che: "*l'art. 5, punto 1), prevede in particolare che in materia contrattuale il convenuto può essere citato davanti al giudice del luogo «in cui l'obbligazione dedotta in giudizio è stata o dev'essere eseguita». Tale luogo costituisce normalmente il luogo di collegamento più immediato fra la lite e il giudice competente e ha indotto a scegliere detto foro in materia contrattuale*".

[21] Si vede come la formulazione sia ancora diversa rispetto alla Convenzione di Lugano, dal momento che solo il lavoratore può agire nel luogo in cui si trova lo stabilimento di assunzione, evitandosi così il *forum actoris* a favore del datore di lavoro.

La Convenzione di Bruxelles non è, oggi, più in vigore. A seguito della comunitarizzazione del settore della cooperazione giudiziaria in materia civile[22], infatti, è stato approvato il regolamento n. 44/2001[23], avente lo stesso oggetto della Convenzione di Bruxelles[24]. Esso vincola tutti gli Stati membri ad eccezione della Danimarca, che non partecipa all'integrazione comunitaria nei settori del Titolo IV TCE. Tuttavia, è stato recentemente concluso un accordo fra la Comunità e la Danimarca allo scopo di estendere il campo di

[22] Si ricordi che il Consiglio aveva già stabilito l'adozione di alcune Convenzioni da parte degli Stati membri sulla base delle competenze attribuite dal terzo pilastro. Tali Convenzioni non sono mai entrate in vigore. Si tratta, precisamente, della Convenzione stabilita sulla base dell'articolo K.3 del trattato sull'Unione europea relativa alla notificazione negli Stati membri dell'Unione europea di atti giudiziari ed extragiudiziali in materia civile o commerciale, in *GU* n. C 261 del 27 agosto 1997, p. 2 e della Convenzione stabilita sulla base dell'articolo K.3 del trattato sull'Unione europea relativa relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di potestà dei genitori sui figli di entrambi i coniugi, in *GU* n. C 221 del 16 luglio 1998, p. 2. I lavori preparatori a queste Convenzioni sono poi serviti da base per l'approvazione di due regolamenti a seguito della comunitarizzazione (Regolamento (CE) n. 1347/2000 del Consiglio, del 29 maggio 2000, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di potestà dei genitori sui figli di entrambi i coniugi, in *GU* n. L 160 del 30 giugno 2000, p. 19, modificato dal Regolamento (CE) n. 2201/2003 del Consiglio del 27 novembre 2003 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, in *GU* n. L 338, del 23 dicembre 2003, p. 1 e ancora soggetto a prossima revisione – Proposta di regolamento del Consiglio che modifica il regolamento (CE) n. 2201/2003 limitatamente alla competenza giurisdizionale e introduce norme sulla legge applicabile in materia matrimoniale, presentata dalla Commissione il 17 luglio 2006, COM(2006)399def., 2006/135(CNS); Regolamento (CE) n. 1348/2000 del Consiglio, del 29 maggio 2000, relativo alla notificazione e alla comunicazione negli Stati membri degli atti giudiziari ed extragiudiziari in materia civile o commerciale, in *GU* n. L 160 del 30 giugno 2000, p. 160, recentemente sostituito dal Regolamento (CE) n. 1393/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 novembre 2007, relativo alla notificazione e alla comunicazione negli Stati membri degli atti giudiziari ed extragiudiziali in materia civile o commerciale («notificazione o comunicazione degli atti») e che abroga il regolamento (CE) n. 1348/2000 del Consiglio, in *GU* n. L 324 del 10 dicembre 2007, p. 79.

[23] Regolamento (CE) n. 44/2001 del Consiglio, del 22 dicembre 2000, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, in *GU* n. L 12 del 16 gennaio 2001, p. 1.

[24] Per l'esame delle conseguenze che tale cambiamento ha comportato, e per le modifiche introdotte dal regolamento: ANCEL B., *The Brussels I Regulation: comment*, in *Yearbook of Private International Law*, 2001, p. 101; BERAUDO J.P., *Le Règlement (CE) du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, in *Journal du droit international*, 2001, p. 1033; DROZ G.A.L., GAUDEMET – TALLON H., *La transformation de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 en Règlement du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, in *Revue critique de droit international privé*, 2001, p. 601; GAUDEMET - TALLON H., *Compétence et exécution des jugements en Europe. Réglement n. 44/2001, Conventions de Bruxelles et de Lugano*, 2002, Paris; JUNKER A., *Vom Brüsseler Übereinkommen zur Brüsseler Verordnung – Wandlungen des Internationalen Zivilprozessrechts*, in *Recht der Internationalen Wirtschaft*, 2002, p. 659; TAGARAS H., *La révision et communautarisation de la Convention de Bruxelles par le règlement 44/2001*, in *Cahiers de droit européen*, 2003, p. 399; CARBONE S.M., *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni in materia civile e commerciale nello spazio giudiziario europeo: dalla Convenzione di Bruxelles al regolamento (CE) n. 44/2001*, in *Diritto processuale civile e commerciale comunitario*, a cura di Carbone S.M., Frigo M., Fumagalli L., 2004, Milano, p. 3; KOHLER C., *Lo spazio giudiziario europeo in materia civile e il diritto internazionale privato comunitario*, in *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, a cura di Picone P., 2004, Padova, p. 65; MANSI F.P., *Il giudice italiano e le controversie europee*, 2004, Milano; DE CESARI P., *Diritto internazionale privato e processuale comunitario. Atti in vigore e in formazione nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, 2005, Torino; CARBONE S.M., *Lo spazio giudiziario europeo in materia civile e commerciale. Da Bruxelles I al regolamento CE n. 805/2004*, 2006, Torino; SALERNO F., *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel regolamento (CE) N. 44/2001 (La revisione della Convenzione di Bruxelles del 1968)*, 2006, Padova.

applicazione territoriale del regolamento anche a questo Stato[25]. Pertanto, nel presente lavoro non si farà riferimento alla Convenzione di Bruxelles, se non per metterne in rilievo alcune peculiarità rispetto al reg. n. 44/2001, nonché qualora sia necessario approfondire la giurisprudenza della Corte di giustizia e dei Tribunali nazionali, che hanno interpretato e applicato la Convenzione.

E' interessante notare come il reg. n. 44/2001 abbia portato delle sostanziali innovazioni nei settori di peculiare interesse ai fini del presente lavoro. Queste modifiche saranno meglio approfondite nel capitoli centrali, ma si ritiene qui opportuno rilevarne le principali.

In primo luogo si deve ricordare come lo stesso art. 5, par. 1 sia stato profondamente rinnovato, dal momento che stabilisce in via autonoma e rigida il luogo di esecuzione dell'obbligazione dedotta in giudizio per due contratti tipici, la compravendita di beni e la fornitura di servizi, individuato rispettivamente nel luogo di consegna dei beni e nel luogo in cui i servizi sono stati o avrebbero dovuto essere prestati in base al contratto[26].

Inoltre, il campo di applicazione della Sezione 4 relativa al contratto concluso dai consumatori viene ampliato, eliminando la condizione secondo la quale la parte debole deve compiere gli atti necessari alla conclusione del contratto nel proprio Stato di domicilio. Si include, così, anche il consumatore cd. attivo, che conclude un contratto in uno Stato diverso da quello del proprio domicilio[27].

Infine, viene introdotta una nuova Sezione 5, relativa ai contratti individuali di lavoro. I titoli di giurisdizione impiegati prendono le mosse da quelli della Convenzione di Bruxelles e dalla struttura delle già sperimentate Sezioni relative ai contratti di assicurazione e di consumo. Anche per questi contratti vi è, quindi, una disciplina speciale, finalizzata a individuare dei fori

---

[25] Accordo tra la Comunità europea e il Regno di Danimarca concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, in *GU* n. L 299 del 16 novembre 2005, p. 62; Decisione del Consiglio del 27 aprile 2006 relativa alla conclusione di un Accordo tra la Comunità europea e il Regno di Danimarca concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, in *GU* n. L 120 del 5 maggio 2006, p. 22; Informazione relativa alla data di entrata in vigore dell'accordo tra la Comunità europea e il Regno di Danimarca relativo alla notificazione e alla comunicazione degli atti giudiziari ed extragiudiziali in materia civile o commerciale, in *GU* n. L 34 del 4 aprile 2007, p. 70.

[26] Per i problemi interpretativi a cui ha dato origine la nuova formulazione dell'articolo, volendo limitarsi alla più recente giurisprudenza italiana: Tribunale di Reggio Emilia 12 dicembre 2005, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2007, p. 218; Tribunale di Padova, sez. distaccata di Este, 10 gennaio 2006, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2007, p. 147; Tribunale di Rovereto 24 agosto 2006, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2007, p. 741.

[27] VASILJEVA K., *1968 Brussels Convention and EU Council Regulation N. 44/2001: Jurisdiction in Consumer Contracts Concluded Online*, in *European Law Journal*, 2004, p. 123.

diversi rispetto a quelli determinati dall'art. 5, par. 1. Questi criteri di attribuzione della competenza verranno meglio esaminati in seguito[28].

Attraverso le innovazioni che sono state introdotte con l'approvazione del reg. n. 44/2001, si sono create ulteriori difformità con la Convenzione di Lugano. Pertanto, la Comunità ha concluso una nuova Convenzione con gli Stati dell'EFTA, allo scopo di aggiornare la precedente, adottando un testo analogo a quello del reg. n. 44/2001. Al momento in cui si scrive, il Consiglio ha già adottato la decisione relativa alla firma della nuova Convenzione[29].

E', invece, estranea a questo sviluppo la Convenzione di Roma del 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali[30]. Si tratta, infatti, di una convenzione internazionale liberamente negoziata fra gli Stati membri che non trova alcuna base giuridica nel Trattato, né alcun elemento ispiratore paragonabile all'art. 220. Essa si è rivelata opportuna proprio a seguito dell'applicazione della Convenzione di Bruxelles, allo scopo di garantire una tendenziale uniformità delle soluzioni delle questioni internazionalprivatistiche fra i diversi giudici nazionali[31]. L'armonizzazione delle norme sui conflitti di legge avrebbe condotto, altresì, alla diminuzione del rischio di *forum shopping*, dal momento che qualsiasi giudice astrattamente competente avrebbe applicato lo stesso sistema convenzionale e sarebbe pervenuto all'applicazione della stessa legge sostanziale.

Attualmente è in corso di discussione un progetto di regolamento cd. "Roma I"[32], sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, reso possibile dall'art. 65 TCE, che include nel settore della cooperazione giudiziaria anche la promozione dell'uniformazione delle regole sul conflitto di leggi. Al momento in cui si scrive, a seguito del primo parere del Parlamento

---

[28] V. *infra*, cap. III, par. 4.

[29] Decisione del Consiglio del 15 ottobre 2007 relativa alla firma, a nome della Comunità, della convenzione concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, in *GU* n. L 339 del 21 dicembre 2007, p. 1. Il testo della Convenzione è *ivi* pubblicato, p. 3. Si può ricordare che la Corte di giustizia è stata chiamata a pronunciarsi circa la sussistenza della competenza della Comunità a concludere accordi internazionali in materia di competenza giurisdizionale, riconoscimento ed esecuzione delle sentenze in materia civile e commerciale, dal momento che la precedente Convenzione di Lugano era stata conclusa dagli Stati membri. Nel parere 1/03 del 7 febbraio 2006, in *Racc*. I-1145, la Corte ha affermato che sia per quanto attiene la determinazione dei criteri di attribuzione della giurisdizione, sia per quanto riguarda il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze straniere, la competenza a concludere accordi internazionali spetta alla Comunità. Per un commento al parere si rinvia a FRANZINA P., *Le condizioni di applicabilità del regolamento (CE) n. 44/2001 alla luce del parere 1/03 della Corte di giustizia*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2006, p. 948.

[30] Convenzione di Roma del 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, versione consolidata, in *GU* n. C 334 del 30 dicembre 2005, p. 1.

[31] Relazione Giuliano - Lagarde sulla Convenzione relativa alla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, in *GU* n. C 282 del 31 ottobre 1980, p. 1.

[32] Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I) (COM(2005)650def. – 2005/261(COD)).

europeo, il regolamento è soggetto alla revisione linguistica.[33]. Nel presente lavoro si farà riferimento alla Convenzione di Roma, essendo l'unico strumento attualmente in vigore, ma, vista la prossima pubblicazione del regolamento, ampio spazio sarà dato anche alla discussione delle innovazioni che con questo strumento vogliono introdursi rispetto alla Convenzione di Roma.

3. Il conflitto di qualificazioni e il diritto comunitario: la competenza della Corte di giustizia

Una delle questioni teoriche maggiormente dibattute dalla dottrina di diritto internazionale privato riguarda il problema del conflitto di qualificazioni[34]. Pare interessante affrontare la questione, perché è ancora discussa dalla dottrina, mentre il diritto comunitario ha elaborato un sistema particolare e originale, grazie al quale le questioni interpretative vengono risolte in maniera diversa rispetto alle soluzioni teorizzate.

Il problema consiste nell'individuazione della legge competente a qualificare la fattispecie, in modo tale che sia poi possibile determinare la legge regolatrice dell'intera controversia. Come noto, l'esempio tipico è fornito dal caso *Bartholo*[35], nel quale si trattava di verificare se i diritti riconosciuti alla vedova nella successione *ab intestato* del marito dovessero considerarsi una questione relativa al regime patrimoniale dei coniugi, sulla base della legge algerina, Stato di domicilio dei coniugi e di ultima cittadinanza del marito, ovvero un diritto successorio, in forza della legge maltese, luogo di origine dei coniugi, ove si erano tenute le nozze. A seconda della diversa qualificazione, una differente legge sostanziale sarebbe stata applicabile e diritti patrimoniali diversi sarebbero stati riconosciuti alla vedova.

Teoricamente, sono state ricostruite quattro soluzioni.

In primo luogo, la *lex fori* potrebbe essere generalmente competente a qualificare i rapporti giuridici controversi. Infatti, il problema posto consiste nell'interpretazione di una regola sul conflitto di leggi, e il significato di una disposizione non può che essere demandato

---

[33] Prima relazione sulla proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I) (C6-0441/2005), del 21 novembre 2007.

[34] La letteratura sulla problematica è ampia. Ci si limita, qui, a rinviare ad alcune delle trattazioni maggiormente significative: SPERDUTI G., *Thèorie du droit international privé*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 1967, tomo 122, p. 265; AUDIT B., *Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (sur la «crise» des conflits de lois)*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 1984, tomo 186, p. 317; BATIFFOL H., LAGARDE P., *op. cit.*, p. 475; NORTH P.M., FAWCETT J.J., *Cheshire and North's private International Law*, 1999, London, p. 35; DICEY A.V., MORRIS J.C.H., *Dicey and Morris Conflict of Law*, 2000, London, p. 33; TONOLO S., *Il rinvio di qualificazione nei conflitti di legge*, 2003, Milano; MAYER P., HEUZÉ V., *Droit international privé*, 2004, Parigi, p. 164; RIGAUX F., FALLON M., *op. cit.*, pp. 174 e 281; AUDIT B., *Droit international privé*, 2006, Paris, p. 172; MOSCONI F., CAMPIGLIO C., *Diritto internazionale privato e processuale*, 2007, Torino, p. 182.

[35] Cour d'appel d'Alger 24 décembre 1889, *Bartholo*, in *Journal de droit international*, 1891, p. 1171.

all'ordinamento al quale essa appartiene, cioè alla *lex fori*. Inoltre, il problema della qualificazione si pone prima dell'individuazione della legge applicabile: pertanto, essa non potrà che essere operata in base all'unica legge in quel momento rilevante, quella dell'ordinamento interno[36].

In secondo luogo, la qualificazione può farsi *lege causae*: infatti, applicare la legge straniera secondo la qualificazione operata dalla *lex fori* significherebbe modificare il senso stesso della legge regolatrice della fattispecie, perché ne sarebbero disconosciute le categorie giuridiche[37]. Sebbene una tale qualificazione consenta senz'altro una maggior coerenza nell'applicazione della legge straniera, si deve notare che essa implica un circolo vizioso, e che, qualora più siano le leggi straniere potenzialmente in conflitto, non indica quale fra queste debba essere preferita.

Vi è, quindi, una posizione intermedia, che consiste in una sorta di doppia o seconda qualificazione[38]. Dapprima si applica la *lex fori* allo scopo di individuare quale sia la norma di conflitto applicabile; quindi, per determinare la disposizioni sostanziali rilevanti nel caso di specie si opera una seconda qualificazione *lege causae*. Una tale soluzione pare allo stesso tempo presentare i vantaggi delle due teorie precedenti, senza incorrere nelle loro incongruenze. Infatti, non si cade in alcun circolo vizioso, perché la qualificazione *lege causae* avviene necessariamente dopo l'individuazione della legge applicabile; inoltre, vengono applicate le categorie giuridiche della legge straniera, senza che le valutazioni della *lex fori* si impongano sulla legge applicabile[39].

Infine, l'ultima soluzione consiste in una qualificazione di diritto comparato, nel senso che devono essere prese in considerazione le categorie giuridiche delle leggi in conflitto ed esserne ricercati i punti di contatto e i principi comuni, allo scopo di consentire un qualificazione che sia

---

[36] Come rilevato da BATIFFOL H., LAGARDE P., *op. cit.*, p. 480, la legge straniera può rilevare se l'istituto da qualificare non sia conosciuto dalla *lex fori*. Allora, sarà necessario individuare, sulla base dell'altra legge in conflitto, quali siano le peculiarità dell'istituto e solo successivamente qualificarlo in base alla *lex fori*.

[37] La rilevante dottrina che sostiene tale tesi è citata in DICEY A.V., MORRIS J.C.H., *op. cit.*, p. 36.

[38] Per uno studio recente si veda GOLDSMITH J.L., *Statues of Limitations Puzzles*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 2006, in corso di pubblicazione.

[39] Si noti che BATIFFOL H., LAGARDE P., *op. cit.*, p. 482 si riferiscono a questa teoria come alla qualificazione secondo la legge applicabile al rapporto. Essi notano che una tale qualificazione potrebbe non condurre ad alcun risultato, soprattutto qualora si tratti di verificare l'avvenuta prescrizione di un diritto, come si è verificato nel caso deciso dal Reichsgericht 23 Januar 1882, in *Reichsgerichtzeitschrift*, 1882, 7.21. Un debitore aveva opposto la prescrizione della cambiale azionata. Secondo l'ordinamento tedesco, la prescrizione era regolata dalla legge applicabile al rapporto, cioè quella degli Stati Uniti, luogo di emissione della cambiale. Secondo la *lex causae*, tuttavia, la prescrizione doveva qualificarsi come questione processuale, da regolarsi secondo la *lex fori*. Pertanto, nessuna delle due leggi in conflitto ritenendosi applicabile, ne risultava che di fatto il diritto cambiario era imprescrittibile, sebbene le stesse leggi stabilissero dei termini di prescrizione.

unica ed accettabile in tutti gli ordinamenti in conflitto[40]. Questa teoria rischia, tuttavia, di estendere eccessivamente le categorie giuridiche allo scopo di trovarne una sufficientemente ampia, tale per cui sia accettabile da tutte le leggi potenzialmente applicabili. Ne consegue che questa teoria può comportare un'eccessiva generalizzazione.

Si è accennato brevemente a queste teorie allo scopo di sottolineare quale sia una delle peculiarità del sistema comunitario di cooperazione giudiziaria in materia civile, ovvero la competenza della Corte di giustizia a interpretare i Trattati e le norme di diritto derivato. La Corte non si è limitata inserirsi nel dibattito dottrinale e giurisprudenziale sul problema della qualificazione, ma lo ha risolto in modo originale. Come noto, la necessità di interpretare ed applicare il diritto comunitario uniformemente in tutti gli Stati membri ha indotto la Corte a procedere all'interpretazione autonoma – metodo già ampiamente sperimentato nell'ambito delle libertà di circolazione[41] – anche alla Convenzione di Bruxelles prima e al reg. n. 44/2001 poi. Secondo la Corte, è necessario privilegiare, per quanto possibile, un'interpretazione "comunitaria" dei termini impiegati dalla Convenzione di Bruxelles, al fine di garantirne l'effetto utile. Per fare ciò, la Corte desume principi comuni dai sistemi nazionali degli Stati membri, nonché dalle norme internazionali senza riferirsi alle categorie giuridiche della *lex fori* o della *lex causae*; deve essere ricercata un'interpretazione autonoma che possa essere ugualmente accettata e applicata in tutti gli Stati membri. Si risolve, così, il problema della qualificazione, caratterizzata dall'autonomia delle nozioni di diritto comunitario. Si deve notare come la tecnica interpretativa utilizzata dalla Corte si avvicini alla qualificazione di tipo comparatistico, certamente resa possibile o comunque semplificata, almeno fino all'ultimo allargamento, dalla comunanza di tradizione giuridica degli Stati membri[42].

---

[40] BATIFFOL H., LAGARDE P., *op. cit.*, p. 486; JAYME E., *Identité culturelle et intégration : le droit international privé postmoderne. Cours général de droit international privé*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 1995, p. 113.

[41] A nostro avviso, il settore nel quale questo approccio è più evidente è quello della libera circolazione dei lavoratori *ex* art. 39 del Trattato. La Corte ha negato la possibilità di rinviare all'ordinamento nazionale per la definizione della nozione di lavoratore; una tale soluzione non solo pregiudicherebbe l'uniforme applicazione del diritto comunitario in tutti gli Stati membri, ma consentirebbe, altresì, di aggirare le disposizioni del Trattato attraverso definizioni estremamente restrittive da parte degli Stati membri. In ogni caso, l'interpretazione non può essere in senso restrittivo (Corte di giustizia 19 marzo 1964, causa 75/63, *Unger*, in *Racc*. 351; Corte di giustizia 23 marzo 1982, causa 53/81, *Levin*, in *Racc*. 1035; Corte di giustizia 3 giugno 1986, causa 139/85, *Kempf*, in *Racc*. 1741; Corte di giustizia 3 luglio 1986, causa 66/85, *Lawrie-Blum*, in *Racc*. 2121).

[42] Corte di giustizia 22 marzo 1983, causa 34/82, *Peters*, in *Racc*. 987; Corte di giustizia 10 marzo 1992, causa C-241/89, *Powell Duffryn*, in *Racc*. I-1774; Corte di giustizia 28 settembre 1999, causa C-440/97, *GIE*, in *Racc*. I-6307; Corte di giustizia 19 febbraio 2002, causa C-256/00, *Besix SA*, in *Racc*. I-1699; Corte di giustizia 1 ottobre 2002, causa C-167/00, *Henkel,* in *Racc*. I-8111; Corte di giustizia 5 febbraio 2004, causa C-256/02, *Frahuil*, in *Racc*. I-1543. In tal senso: BARATTA R., *The process of characterisation in the EC conflict of laws: suggesting a flexible approach*, in *Yearbook of Private International Law*, 2004, p. 166.

Si noti che solo nel caso in cui non fosse possibile ricavare dagli ordinamenti giuridici nazionali principi di carattere comune, verrebbe meno la premessa dell'interpretazione autonoma e questa dovrebbe essere abbandonata. Ciò è avvenuto nell'interpretazione dell'art. 5, par. 1 della Convenzione di Bruxelles, e, in particolare, nell'individuazione del luogo in cui deve essere eseguita l'obbligazione contrattuale dedotta in giudizio[43]. Infatti, secondo quanto stabilito nella sentenza *Tessili*[44], tale luogo deve essere determinato in applicazione della *lex causae*, cioè la legge applicabile al rapporto secondo le norme di conflitto del foro[45]. Si tratta, tuttavia, di ipotesi eccezionali. All'interno dei sistemi di diritto civile e commerciale degli Stati membri può essere rinvenuto un elemento comune delle nozioni, dal momento che le tradizioni giuridiche, seppur diverse, non sono nemmeno eccessivamente distanti; inoltre si deve rilevare che per la Corte di giustizia è sufficiente un fattore caratterizzante di ampia portata. Così, è a nostro avviso significativo che per *materia contrattuale* ai sensi dell'art. 5, par. 1 della Convenzione di Bruxelles si intenda solamente un obbligo liberamente assunto da una parte nei confronti dell'altra[46], senza ulteriore caratterizzazione; non è nemmeno necessaria l'esistenza di una prestazione sinallagmatica. Solo in casi invero eccezionali sarà, quindi, impossibile rinvenire una nozione minima comune.

Può allora chiedersi come debba essere ricavata una tale nozione comune. A nostro avviso, significativi sono i criteri che la Corte di giustizia ha indicato nella sentenza *CILFIT*[47] per definire la cd. teoria dell'atto chiaro. Si tratta, infatti, di strumenti interpretativi generali del diritto comunitario, che possono aiutare anche il giudice nazionale a estrarre un'interpretazione autonoma delle rilevanti nozioni. Pertanto, il giudice dovrà valutare se quella stessa interpretazione si imporrebbe anche ai giudici appartenenti agli altri Stati membri e alla Corte di giustizia, raffrontare le diverse formulazioni linguistiche della norma, ricollocare le disposizioni

---

[43] Sui metodi interpretativi utilizzati dalla Corte e, in particolare, sulle nozioni autonome di diritto comunitario: BERTOLI P., *Corte di giustizia, integrazione comunitaria e diritto internazionale privato e processuale*, 2005, Milano; CARBONE S.M., *Lo spazio giudiziario europeo in materia civile e commerciale*, cit., p. 49; FRANZINA P., *La giurisdizione in materia contrattuale. L'art. 5 n. 1 del regolamento n. 44/2001/CE nella prospettiva dell'armonia delle decisioni*, 2006, Padova, p. 75; PARROT K., *L'interprétation des conventions de droit international privé*, 2006, Paris, p. 139; SALERNO F., *op. cit.*, p. 147.

[44] Corte di giustizia 6 ottobre 1976, causa 12/76, *Tessili*, in *Racc.* 1473.

[45] Un ulteriore caso in cui la Corte ha fatto riferimento ai diritti nazionali si è verificato nell'interpretazione dell'art. 21 della Convenzione di Bruxelles, in relazione al momento in cui un giudice deve considerarsi adito. Nella sentenza 7 giugno 1984, causa 129/83, *Zelger*, in *Racc.* 2397, la Corte ha affermato che la Convenzione non ha lo scopo di uniformare queste formalità procedurali, per cui la questione circa il soddisfacimento dei presupposti per considerarsi esistente una situazione di litispendenza deve essere valutata dal giudice sulla base del suo diritto nazionale. Si noti che la questione è attualmente risolta dall'art. 30 reg. n. 44/2001, il quale fa, tuttavia, riferimento alle leggi nazionali per la determinazione del momento in cui il procedimento può dirsi pendente.

[46] Corte di giustizia 28 ottobre 1998, causa C-51/97, *Reunion Europeenne*, in *Racc.* I-6511, sentenza *Frahuil*, cit.; Corte di giustizia 20 gennaio 2005, causa C-27/02, *Engler*, in *Racc.* I-481.

[47] Corte di giustizia 6 ottobre 1982, causa 283/81, *CILFIT*, in *Racc.* 3415.

di diritto comunitario nell'ambito del loro contesto e del loro specifico scopo, valutare la circostanza che il significato della medesima locuzione può non essere lo stesso nel diritto interno e nel diritto comunitario.

In caso di dubbio, il giudice nazionale può comunque rivolgersi alla Corte di giustizia in via pregiudiziale.

A questo proposito conviene ricordare che con la comunitarizzazione del settore della cooperazione giudiziaria e con l'approvazione del reg. n. 44/2001, paradossalmente le competenze pregiudiziali della Corte di giustizia sono diminuite. Infatti, secondo il Protocollo di Lussemburgo[48], potevano porre una questione pregiudiziale di interpretazione i giudici nazionali di ultima istanza e di grado d'appello. Ora, la competenza è disciplinata dall'art. 68 TCE, che limita l'applicabilità dell'art. 234 TCE alla condizione che siano i soli giudici di ultima istanza a porre la questione. Inoltre, dal testo della norma non è chiaro se si tratti di un obbligo o di una facoltà, anche se pare ragionevole propendere per la prima ipotesi, dal momento che altrimenti sarebbero pregiudicate le esigenze di uniformità nell'interpretazione e applicazione del diritto comunitario, nonché la certezza del diritto[49]. Inoltre, la Commissione ha recentemente emanato una Comunicazione[50], nella quale ha auspicato che il Consiglio eserciti i poteri attribuitigli dall'art. 67, par. 2 TCE, nel senso di estendere il sistema di competenze pregiudiziali della Corte di giustizia anche al Titolo IV del Trattato. In tal modo, l'art. 234 sarebbe applicabile nella sua interezza anche al sistema della cooperazione giudiziaria in materia civile.

Si noti, inoltre, che sono altresì entrati in vigore i Protocolli alla Convenzione di Roma del 1980[51], relativi all'attribuzione della competenza in via pregiudiziale alla Corte di giustizia. Nonostante l'importanza teorica della loro entrata in vigore, soprattutto vista la difficoltà di raggiungere il numero delle ratifiche necessario, tuttavia essi paiono destinati ad avere una scarsa applicazione quantomeno dal punto di vista temporale a causa della prossima approvazione del regolamento "Roma I" che, trovando la sua base giuridica negli artt. 61 e 65 TCE, sarebbe già soggetto alla competenza interpretativa dell'art. 68.

---

[48] Primo Protocollo relativo all'interpretazione della convenzione da parte della Corte di giustizia (versione consolidata), in *GU* n. C 27 del 26 gennaio 1998, p. 28.

[49] L'obbligo verrebbe meno nelle ipotesi delineate dalla sentenza *CILFIT*.

[50] Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo, al Comitato delle regioni e alla Corte di giustizia delle comunità europee per adattare le disposizioni del titolo IV del trattato che istituisce la Comunità europea relative alle competenze della Corte di giustizia, per una tutela giurisdizionale più effettiva, adottata il 28 giugno 2006, COM(2006)346def.

[51] Primo protocollo relativo all'interpretazione da parte della Corte di giustizia della Convenzione del 1980, (versione consolidata), in *GU* n. C 27 del 26 gennaio 1998, p. 47; secondo protocollo che attribuisce alla Corte di giustizia una competenza per l'interpretazione della convenzione del 1980 (versione consolidata), in *GU* n. C 27 del 26 gennaio 1998, p. 52. La disciplina è analoga a quella stabilita dal protocollo di Lussemburgo relativo alla Convenzione di Bruxelles.

4. I metodi di diritto internazionale privato

Il presente lavoro ha ad oggetto l'analisi del sistema di tutela garantita alla parte contrattuale debole dal diritto internazionale privato comunitario.

L'obiettivo che ci si pone non è, tuttavia, quello di individuare quali siano le norme che predispongono una tale tutela e di analizzarne l'applicazione giurisprudenziale; si vuole, invece, verificare se i metodi di diritto internazionale privato classici siano stati recepiti dal diritto comunitario, se siano utilizzati allo scopo di fornire una tutela alla parte contrattualmente debole e se possano essere considerati idonei a tali fini.

In primo luogo deve allora essere definito il concetto di metodo di diritto internazionale privato.

E' evidente che l'obiettivo primario del diritto internazionale privato e del diritto processuale civile internazionale è rispettivamente la risoluzione dei conflitti di legge e l'attribuzione della competenza giurisdizionale per le fattispecie che presentino elementi di transnazionalità.

Omettendo un'indagine prettamente storica[52], che non è parsa particolarmente rilevante ai nostri fini, si nota che diverse sono state nello spazio e nel tempo le soluzioni proposte per raggiungere questi obiettivi; le teorizzazioni più complete possono oggi essere considerate dei *modelli* o dei metodi tipici di diritto internazionale privato.

Questi modelli hanno avuto un successo variabile, soprattutto in dipendenza dei diversi sistemi giuridici in cui sono stati presentati, con una marcata differenza specialmente fra sistemi di *civil* e di *common law.*

Il maggior studioso italiano della problematica[53] individua essenzialmente quattro metodi, denominati *metodi di coordinamento di ordinamenti*: la teoria classica, il rinvio all'ordinamento competente, l'applicazione generalizzata della *lex fori*, le norme di conflitto a finalità materiale; l'Autore analizza, altresì, il ruolo dell'autonomia della volontà nel diritto internazionale privato[54].

---

[52] Per la quale si rimanda alle analisi degli autori citati nel cap. I, nota 1.

[53] Si rinvia, qui, ai suoi lavori a nostro avviso maggiormente significativi: PICONE P., *Ordinamento competente e diritto internazionale privato*, 1986, Padova; ID., *Il metodo dell'applicazione generalizzata della* lex fori, in *La riforma italiana del diritto internazionale privato*, 1998, Padova, p. 371; ID., *Les méthodes de coordination entre les ordres juridiques en droit international privé*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 1999, tomo 276, p. 9; ID., *Studi di diritto internazionale privato*, 2003, Napoli; ID., *Diritto internazionale privato comunitario e metodi di coordinamento tra ordinamenti*, in *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, a cura di Picone P., Padova, 2004, p. 485.

[54] Questo approccio è seguito in uno degli studi più completi sul punto, ovvero il corso tenuto all'Accademia di diritto internazionale dell'Aja, *Les méthodes de coordination entre les ordres juridiques en droit international privé*.

Già da ora deve rilevarsi come l'approccio seguito nel presente lavoro si differenzi, anche se solo parzialmente, da quello proposto dalla dottrina. Infatti, costituisce una scelta consapevole la mancata trattazione del metodo dell'applicazione generalizzata della *lex fori*, in quanto non adottato a livello comunitario nella materia oggetto del presente studio[55]; il suo esame non sarebbe dunque funzionale ai nostri scopi. Vi sarà, tuttavia, una breve analisi circa la tendenziale coincidenza fra *forum* e *ius* nel sistema di tutela della parte contrattuale debole; si noterà che si tratta invero di una conseguenza delle scelte operate a livello comunitario, certo voluta, ma che non si ispira a questo metodo, difettandone i presupposti necessari[56].

Inoltre, come meglio sarà successivamente giustificato[57], si è ritenuto opportuno suddividere il metodo del rinvio all'ordinamento competente in due modelli autonomi, il rinvio all'ordinamento competente in senso stretto e il riconoscimento dei diritti acquisiti. Si è trattato, ancora una volta, di una scelta che è parsa maggiormente funzionale al presente lavoro in considerazione dei criteri utilizzati dal diritto comunitario.

La distinzione fra diversi metodi ci consente di mettere in un luce obiettivi caratterizzanti e ulteriori che le norme di conflitto e di competenza giurisdizionale possono porsi e le cui specificità verranno adeguatamente messe in rilievo; da ciò sarà quindi possibile verificare se il diritto comunitario ne abbia fatto applicazione o meno, con particolare riguardo al sistema di tutela della parte contrattuale debole.

Ricordando che un esame più approfondito dei metodi è affrontato nei relativi capitoli centrali, pare qui opportuno ricordare almeno quali siano i loro obiettivi funzionali principali.

Per teoria classica si intende il metodo della localizzazione del rapporto come prospettato da Savigny[58]. Lo scopo è quello di individuare la *sede* di ogni rapporto giuridico astrattamente inteso – il contratto, la responsabilità delittuale, i rapporti fra coniugi, ecc. – determinata dal luogo in cui si situa l'elemento considerato maggiormente caratterizzante della fattispecie. Ne consegue che la determinazione della legge applicabile dipende dal luogo in cui è tale elemento è localizzato. Il risultato è costituito dall'uniformità delle soluzioni internazionalprivatistiche a prescindere dal giudice concretamente adito: infatti, ciascuno applicherà la stessa legge sostanziale, quella dello Stato in cui tale elemento caratterizzante si trova. La teoria è, quindi, improntata all'astrattezza, dal momento che la localizzazione avviene in forza di questo criterio

[55] Il metodo pare, invece, essere adottato in altri settori della cooperazione giudiziaria, quali le procedure di insolvenza. Si veda l'art. 4 del Regolamento (CE) n. 1346/2000 del Consiglio, del 29 maggio 2000, relativo alle procedure di insolvenza, in *GU* n. L 160 del 30 maggio 2000, p. 1.
[56] V. *infra*, cap. III, par. 5.
[57] V. *infra*, cap. II, par. 1.1.
[58] V. *infra*, cap. I.

di collegamento, necessariamente bilaterale, indipendentemente dalle particolarità della fattispecie concreta.

Due sviluppi della teoria classica, invece, prendono in maggior considerazione gli elementi specifici del singolo rapporto giuridico in esame. Si tratta della dottrina angloamericana della *closest and most real connection* e di quella continentale del collegamento più stretto. Lo scopo è costituito sempre dalla necessità di localizzare la fattispecie, ma non più in modo astratto, quanto piuttosto individuando l'ordinamento giuridico al quale essa, per le sue caratteristiche fattuali concrete, è maggiormente collegata. Non vi è un'astratta predeterminazione del criterio di collegamento, ma un esame sulla base degli elementi specifici della fattispecie.

Le teorie del rinvio all'ordinamento giuridico competente e del riconoscimento dei diritti acquisiti hanno origine anglosassone. L'obiettivo è di carattere funzionale, e si concretizza in un ampio coordinamento con gli ordinamenti giuridici stranieri. Il primo, brevemente, consiste nel compito del giudice di merito di emanare una decisione come se egli fosse il giudice dell'ordinamento considerato competente dal foro. Questa particolare posizione consente, successivamente, il riconoscimento di quella sentenza proprio nell'ordinamento giuridico preso in considerazione.

La teoria del riconoscimento dei diritti acquisti, invece, realizza il coordinamento in una fase successiva, quella del riconoscimento, appunto, del provvedimento giurisdizionale emanato o a sua volta riconosciuto nell'ordinamento competente. Questo avviene in maniera automatica: i diritti conseguiti hanno efficacia anche nel foro, per il solo fatto di esser state create, o riconosciute, o essere riconoscibili, nell'ordinamento competente. Questi approcci implicano delle soluzioni delle problematiche internazionalprivatistiche tipiche – quali il rispetto del limite dell'ordine pubblico[59] – invero peculiari.

Il metodo delle norme materiali di conflitto si pone, invece, obiettivi di carattere sostanziale. Pur sfruttando la localizzazione del rapporto, esso tende a privilegiare una delle parti – ad esempio, il consumatore - , oppure una determinata soluzione della controversia – ad esempio, lo stabilimento della filiazione. Un tale obiettivo è raggiunto principalmente inserendo nella stessa norma di conflitto il fine ultimo da perseguire, e contestualmente fornendo al giudice più criteri di collegamento di tipo spaziale, in modo tale che egli possa scegliere fra più

[59] V. *infra*, cap. II, par. 3.

leggi quella che meglio risponde alle indicate esigenze[60]. La legge concretamente applicabile è quella che consente di pervenire al risultato voluto. A questo metodo è riservata un'attenta analisi, perché può apparire quello utilizzato dalla Convenzione al fine di tutelare la parte debole[61], si potrà parlare di finalità materiale, tuttavia, a condizione di attribuire a tale locuzione un senso diverso da quello comunemente inteso dalla dottrina.

Infine, una parte sarà dedicata all'esame del ruolo dell'autonomia della volontà nel sistema di diritto internazionale privato e processuale comunitario. La scelta della legge e del giudice competente non sarà considerata un metodo autonomo; si è comunque ritenuto necessaria un'analisi approfondita dell'operattività dell'autonomia internazionalprivatistica, poiché assume una particolare rilevanza nel sistema comunitario, soprattutto per i limiti che incontra nel sistema di tutela della parte contrattuale debole[62].

5. Cosa deve intendersi per tutela della parte contrattuale debole nel diritto internazionale privato e processuale

Definito l'ambito oggettivo della ricerca, ovvero i metodi di diritto internazionale privato, deve ora qualificarsi il campo soggettivo, cioè cosa si intenda per parte contrattuale debole. A tal fine, pare opportuno fare riferimento alla giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee, che, pur interpretando la sola Convenzione di Bruxelles, fornisce degli elementi che paiono generalmente utili nell'individuazione di queste figure nel diritto internazionale privato e processuale.

Si deve premettere che le parti contrattuali deboli tradizionalmente considerate dal diritto comunitario sono il consumatore, il lavoratore, l'assicurato, il beneficiario e il contraente dell'assicurazione. Queste figure si caratterizzano principalmente per tre aspetti.

In primo luogo, esse sono considerate giuridicamente meno esperte rispetto alla loro controparte contrattuale[63], nel senso che esse comprendono con maggior difficoltà quali sono le conseguenze giuridiche del contratto che concludono.

---

[60] Come si vedrà *infra*, cap. III, par. 1, vi sono anche altri strumenti, più complessi, per raggiungere l'obiettivo. Quello citato pare essere tipico e il più chiaro per fornire un breve esempio della funzionalità del metodo.

[61] V. *infra*, cap. III, par. 3.

[62] Invece non si discuterà, se non incidentalmente, delle norme materiali di diritto internazionale privato, dal momento che non esistono norme uniformi comunitarie sulla tutela del contraente debole, ma solo – invero numerose – direttive di armonizzazione. Si ricordi che l'art. 153, par. 3 TCE, relativo alla protezione dei consumatori, richiama espressamente l'art. 95 TCE per indicare le misure adottabili nel settore, in quanto sempre finalizzate alla realizzazione del mercato interno.

[63] Corte di giustizia 11 luglio 2002, causa C-96/00, *Gabriel*, in *Racc*. I-6367; Corte di giustizia 20 gennaio 2005, causa C-27/02, *Engler*, in *Racc*. I-481; Corte di giustizia 20 gennaio 2005, causa C-464/01, *Gruber*, in *Racc*. I-439; Corte di giustizia 12 maggio 2005, causa C-112/03, *Société financière et industrielle du Peloux*, in *Racc*. I-3707;

Inoltre, sono le parti economicamente più deboli: infatti, ad esempio, le possibilità finanziarie di un contraente dell'assicurazione non potranno mai essere messe a confronto con quelle della società assicuratrice. L'elemento è particolarmente rilevante soprattutto nei contratti di lavoro, dove le stesse necessità economiche del lavoratore giustificano il contratto e rafforzano il rapporto di dipendenza di questi dal datore di lavoro.

Infine – e questa è una conseguenza delle due caratteristiche esaminate – la parte debole ha uno scarso potere contrattuale, nel senso che si trova nella condizione di dover semplicemente accettare o rifiutare quanto stabilito dalla controparte, senza poter generalmente incidere sul contenuto delle clausole e senza che sia possibile una vera e propria contrattazione.

Ne consegue che la parte debole si trova a dover accettare un contratto integralmente stipulato da altri, senza poter comprendere esattamente la portata di tutte le clausole – questo è particolarmente evidente nei contratti di assicurazione - , affrontando delle difficoltà finanziarie nel caso in cui dovessero sorgere delle controversie e dovesse rivolgersi a una consulenza legale, ovvero iniziare un procedimento giurisdizionale.

Per quanto attiene al contratto concluso dal consumatore, tali conseguenze si manifestano solo se l'altra parte è un professionista o un imprenditore; la disciplina speciale non si applica a contratti conclusi fra consumatori. E', allora, necessario definire la figura del consumatore, da un lato, e del professionista, dall'altro. E' consumatore chi conclude il contratto per esigenze di tipo privato, non connesse alla sua attività lavorativa: solo così è possibile affermare che la parte è giuridicamente meno esperta, perché il contratto è concluso in maniera meramente occasionale[64]. Per converso, l'art. 5, par. 2, del progetto di regolamento sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali definisce il professionista colui il quale agisce nell'ambito della propria attività professionale, e gode, pertanto, di una maggior esperienza pratica e giuridica in relazione ai contratti che conclude.

Corte di giustizia 26 maggio 2005, causa C-77/04, *GIE*, in *Racc*. I-4509. Per un esame completo delle caratteristiche che distinguono il consumatore dall'altra parte contrattuale: TONOLO S., *La nozione di consumatore ai fini della Convenzione di Bruxelles concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale*, in *Studium iuris*, 1999, p. 438.

[64] Art. 15, par. 1 reg. n. 44/2001; art. 5, par. 1 della Convenzione di Roma; art. 5, par. 1 del Progetto di regolamento "Roma I". Nella sentenza *Benincasa* (Corte di giustizia 20 febbraio 1997, causa C-269/95, *Benincasa*, in *Racc*. I-3767) la Corte ha affermato che non può considerarsi consumatore chi ha concluso il contratto per iniziare un'attività lavorativa, perché la finalità non è più meramente privata. Nella sentenza del 27 aprile 1999, causa C-99/96, *Mietz*, in *Racc*. I-2277 la Corte ha precisato che non rileva il valore economico del contratto, e che quindi il consumatore deve essere considerato tale per il solo fatto che egli voglia soddisfare un interesse di carattere personale, privato (nel caso di specie, si trattava dell'acquisto di una barca). Ancora, nella sentenza *Gruber* cit. la Corte ha chiarito che se la finalità è mista, la parte può considerarsi consumatore solo se lo scopo imprenditoriale è marginale rispetto al soddisfacimento di esigenze personali.

Vista la nozione di contraente debole, è ora necessario comprendere in cosa debba consistere la tutela del contraente debole nel diritto internazionale privato. Si deve preliminarmente osservare come le stesse caratteristiche che ci consentono di individuare la parte debole in un contratto internazionale sono presenti nei contratti interni. Il minor potere negoziale, la più difficile comprensione degli aspetti giuridici, la debolezza economica, sono elementi presenti allo stesso modo nei contratti interni e internazionali. In questi ultimi, solo, l'inesperienza giuridica della parte debole potrebbe essere più accentuata. Infatti, tale contraente potrebbe non porsi del tutto il problema del conflitto di legge e di giurisdizione; inoltre, non si può presumere che egli conosca il contenuto delle leggi straniere potenzialmente in conflitto.

Questa osservazione ci consente di rispondere al quesito, che cosa significhi tutelare la parte debole nel diritto internazionale privato e processuale.

Il problema dell'individuazione delle esigenze della parte da tutelare in un contratto internazionale, sorge, particolarmente, nel campo del conflitto di leggi[65]. In questo caso, infatti, due diverse teorie sono discusse. In primo luogo, si può ritenere che la tutela della parte debole che conclude un contratto internazionale consista nell'applicazione della legge, fra quelle in conflitto, che sia sostanzialmente la più favorevole[66] e riesca a soddisfare i suoi interessi concreti nel caso di specie.

Altra parte della dottrina[67], con cui si concorda, interpreta le necessità di tutela in maniera più restrittiva. Se le caratteristiche che accomunano le parti deboli sono le stesse – salvo la conoscenza della legge, per la quale si può presumere un'ignoranza della legge straniera ancora più gravosa - , che si tratti di un contratto interno, o di un contratto internazionale, non pare giustificato fornire una protezione così ampia, quale quella derivante dall'applicazione della legge maggiormente favorevole. Il mero carattere transnazionale del contratto, che in talune ipotesi potrebbe essere meramente accidentale[68], non pare motivo sufficiente per assicurare alla parte debole l'applicazione della legge più favorevole. L'obiettivo risulta più ridotto. A causa

---

[65] Il problema è stato ampiamente affrontato da POCAR F., *La protection de la partie faible en droit international privé*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 1984, tomo 188, p. 339. Si vedano, altresì, JESSURUN D'OLIVEIRA H.S., *«Characteristic obligation» in the Draft EEC Obligation Convention*, in *American Journal of Comparative Law*, 1977, p. 320; IMHOFF-SCHEIER A.C., *Protection du consommateur et contrats internationaux*, 1981, Genève; VON OVERBECK A.E., *Les questions générales du droit international privé à la lumière des codifications et de projets récents*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 1982, tomo 176, p. 75; BONOMI A., *Le norme imperative nel diritto internazionale privato*, 1998, Zürich, p. 181.

[66] LECLERC F., *La protection de la partie faible dans les contrats internationaux*, 1996, Bruxelles, spec. p. 406.

[67] Per tutti, si veda lo studio molto approfondito di MAYER P., *La protection de la partie faible en droit international privé*, in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, a cura di Ghestin G., Fontaine M., 1996, Paris, p. 528.

[68] Si pensi, ad esempio, agli acquisti del consumatore conclusi via Internet, per cui la parte debole potrebbe non rendersi nemmeno conto del fatto che il professionista ha sede in un altro Stato e che, pertanto, il contratto potrebbe rivestire carattere transnazionale.

dello squilibrio esistente fra i due contraenti, è necessario, ma anche sufficiente, garantire uno *standard* minimo di tutela. Il *favor* nei confronti della parte debole può adeguatamente concretizzarsi nell'applicazione di una legge che la parte debole conosca, o che almeno abbia una certa facilità a conoscere, allo scopo di sopperire alla sua inesperienza giuridica. L'unica legge che potremmo considerare conosciuta, a questi fini, è quella secondo la quale la parte debole vive e opera quotidianamente, quindi, ad esempio, la legge della residenza abituale o del domicilio per il consumatore e l'assicurato, e quella del luogo di svolgimento dell'attività per il lavoratore[69]. È, infatti, presumibile che essa vi si adegui, vi conformi il proprio comportamento, senza nemmeno porsi la questione circa la legge applicabile al rapporto, essendo parte giuridicamente inesperta. Anche se non si può presumere che questi contraenti conoscano nei dettagli la disciplina sostanziale di queste leggi – altrimenti non potremmo parlare di parti giuridicamente meno esperte, soprattutto nei contratti interni – , si può, invece, ritenere che tali leggi siano più facilmente conoscibili ed accessibili. Anche qualora sia necessaria l'assistenza legale per l'accertamento del contenuto della legge applicabile, la consulenza giuridica richiesta sarebbe meno costosa, qualora si tratti di conoscere il diritto locale e consigliare la parte debole sulla base di questo. Per il solo fatto che *a priori* non si possa essere certi della conoscenza della legge più vicina al contraente debole, non si può dedurre, come fa certa dottrina[70], che deve essere applicata quella in concreto più favorevole. In tal modo si creerebbe una palese discriminazione, fra parte debole che conclude un contratto internazionale e quella che stipula lo stesso contratto, ma interno. Solo nel primo caso, infatti, sarebbe possibile applicare una legge anche straniera e quindi non conosciuta dalla parte debole, se maggiormente favorevole rispetto a quella del domicilio o della residenza, mentre nel secondo caso lo stesso contraente non potrebbe beneficiare del gioco del conflitto di leggi e vedrebbe applicata la legge dell'unico ordinamento con il quale la fattispecie è connessa.

Invece, la garanzia dell'applicazione dello *standard* minimo stabilito dalla legge conosciuta, o meglio conoscibile, presenta notevoli vantaggi. In primo luogo, evita questa disparità di trattamento, perché in ogni caso il consumatore vedrà applicata la legge a lui più prossima, quella del suo domicilio o della sua residenza, esattamente come i consumatori che

---

[69] Questa distinzione appare opportuna, perché il lavoratore è considerato debole solamente nel rapporto con il proprio datore di lavoro, ed è quindi la conoscenza o la conoscibilità della legislazione lavoristica che deve essere tutelata. Alcune eccezioni saranno discusse *infra*, cap. I, par. 5.3, spec. nota 125. Del resto, già AUDIT B., *Le caractère fonctionnel*, cit., p. 275, per i rapporti tra privati in generale, rileva come sia loro vedere applicata una legge *qui ne les suprenne pas* e *que la solution des conflits de lois soit pour eux intelligible*, perché raramente le parti si pongono un problema di legge applicabile al momento della conclusione del contratto.

[70] LECLERC F., *op. cit.*, p. 406.

concludono un contratto interno. In secondo luogo, consente di rendere effettiva la tutela predisposta – infatti, se la parte debole non conosce i maggiori diritti garantitigli da un'altra legge in conflitto, difficilmente potrà farli valere, o comunque dovrà sostenere spese ulteriori per accertarli. Inoltre, applicare la legge che predispone la migliore tutela della parte debole può comportare un pregiudizio alla certezza del diritto e alla prevedibilità delle soluzioni sul conflitto di legge. Infatti, l'interesse del consumatore non è oggettivamente predeterminabile. Si pensi, ad esempio, al caso in cui il consumatore chieda l'annullamento del contratto per vizio di forma, oppure l'adempimento della prestazione da parte dell'altro contraente: nel primo caso la legge più favorevole sarà quella che consentirà l'eliminazione degli effetti del contratto, nel secondo, invece, quella che consentirà il mantenimento di tali effetti. Spetterebbe, quindi, al giudice valutare caso per caso quale sia il concreto interesse della parte debole e applicare la legge che meglio soddisfa le sue aspettative. Una tale valutazione pregiudicherebbe l'altra parte contrattuale, la quale non saprà fino all'insorgere della controversia quale sarà la legge applicabile al rapporto, e pertanto non potrà conformarvi il proprio comportamento, rischiando, nonostante l'assenza di malafede, di vedersi soccombente nel processo civile nel quale si applicherebbero sempre leggi a lui sfavorevoli.

Infine, non necessariamente questa tutela minima esclude *a priori* l'applicazione di una legge sostanzialmente ancora più favorevole alla parte debole. Rimane, infatti, possibile concludere un accordo sulla scelta di legge, che deve ritenersi valido ogniqualvolta non pregiudichi la tutela minima garantita dalla legge "conosciuta" dalla parte debole[71]. Una tale soluzione, anzi, è particolarmente auspicabile nei casi in cui la legge della sede della parte forte, scelta dalle parti, conosca una tutela sociale avanzata; in una tale ipotesi, si assicurerebbe contemporaneamente al contraente debole un'ampia tutela sostanziale, e all'altra parte l'applicazione della propria legge a un vasto numero di rapporti attinenti alla sua attività di impresa.

Proprio il momento dell'espressione dell'autonomia della volontà appare il più critico, poiché il contraente forte potrebbe imporre la scelta di una legge a sé favorevole, o che comunque prevede uno *standard* di tutela inferiore a quello della legge conosciuta dalla parte debole. Sono, allora, necessari dei correttivi alla scelta di legge, che possono consistere nell'imposizione di determinate forme alla clausola di scelta, ma anche, e con maggior efficacia, in limiti sostanziali, quali le norme imperative, le norme di applicazione necessaria e il limite

[71] Per maggiori approfondimenti v. *infra*, cap. IV, par. 3.

dell'ordine pubblico. Se questi strumenti operano, allora sarà possibile garantire la tutela minima anche in presenza di una scelta di legge[72].

Il fatto che, a nostro avviso, la tutela della parte debole si concreta nell'obiettivo di non recare pregiudizio all'esercizio di facoltà e di diritti attribuitele dalla legge meglio conosciuta, incide necessariamente sulla soluzione di alcuni problemi che si sono posti in dottrina, affrontati nel seguito[73], come, ad esempio, il conflitto fra norme di applicazione necessaria appartenenti a diversi ordinamenti.

Si tratta, ora, di chiarire cosa debba intendersi per tutela della parte debole nel diritto processuale civile internazionale. Deve rilevarsi che questo tipo di controversie sono solitamente caratterizzate da un valore economico modesto anche rispetto ai costi del procedimento, per cui la parte debole potrebbe essere disincentivata ad agire. I costi aumenterebbero se il procedimento fosse instaurato all'estero, dal momento che sarebbe necessario effettuare una domiciliazione, procedere a notificazioni all'estero, tradurre atti e documenti, assumere testimonianze e prove in uno Stato diverso dal proprio[74]. In una tale situazione, se fosse la parte debole a voler agire, molto probabilmente desisterebbe; se fosse convenuta, difficilmente si costituirebbe in giudizio.

La tutela consiste nel tentativo di non disincentivare l'azione o la difesa della parte debole, che già potrebbe preferire l'inerzia a causa del modesto valore economico del contratto rispetto a quello del procedimento. Pare, pertanto, opportuno evitare che il processo si instauri in uno Stato diverso da quello in cui si trova la parte debole, in modo tale da evitare un innalzamento delle spese processuali. Ne consegue che la competenza giurisdizionale dovrebbe essere attribuita al giudice fisicamente più prossimo alla parte debole, quindi, ancora una volta, a quello del domicilio o della residenza abituale del consumatore e dell'assicurato, a quello del luogo dello svolgimento dell'attività del lavoratore.

Anche in questo caso pare opportuno limitare l'autonomia delle parti – che altro non è che la volontà della parte contraente forte – in modo tale da evitare che tali titoli di giurisdizione vengano elusi attraverso una clausola di deroga dalla giurisdizione; oltre a correttivi di tipo

---

[72] La Convenzione di Roma del 1980 stabilisce una complessa disciplina circa l'operatività di questi strumenti. Per la loro analisi completa si rinvia, pertanto, al cap. IV, par. 3.

[73] V. *infra*, cap. III, par. 2.3.

[74] In tal senso, espressamente, il punto 18 della sentenza della Corte di giustizia 19 gennaio 1993, causa C-89/91, *Shearson Lehmann Hutton*, in *Racc.* I-139, nel quale si legge "*va (...) osservato che la particolare disciplina istituita dagli articoli 13 e seguenti della Convenzione mira a proteggere il consumatore, in quanto parte contraente considerata economicamente più debole e meno esperta sul piano giuridico della controparte. Bisogna quindi evitare che detta parte contraente, essendo costretta a proporre l'azione dinanzi ai giudici dello Stato sul cui territorio è domiciliata la controparte, si senta scoraggiata dall'adire le vie legali*". In dottrina: TONOLO S., *La nozione di consumatore*, cit., p. 440.

formale, sono possibili limiti di tipo sostanziale, quali la predeterminazione di una serie di giudici, fra i quali solamente le parti possono scegliere quello dotato di giurisdizione per la loro controversia.

Pertanto, nel corso del presente lavoro, quando si farà riferimento alla necessità di tutelare la parte debole, si penserà soprattutto alle caratteristiche qui delineate che permettono di qualificare un contraente come debole, e agli obiettivi, appena esposti, che a nostro avviso un sistema di diritto internazionale privato dovrebbe perseguire, ovvero l'applicazione dello *standard* minimo di tutela garantito dalla legge conosciuta dalla parte debole e l'attribuzione di competenza a un giudice fisicamente prossimo ad essa.

6. Metodo e obiettivi

Come si è già accennato[75], il presente lavoro vuole offrire un'indagine sull'applicazione dei metodi di diritto internazionale privato nello specifico ambito dei contratti conclusi dalla parte debole a livello comunitario. Fin dagli esordi di questo studio, è parso che il diritto comunitario prendesse ampia ispirazione da quasi tutti questi modelli. Pertanto, si è deciso di analizzarli separatamente, uno in ciascun capitolo, come teorizzati dalla dottrina ed applicati dalla giurisprudenza. L'esame proposto non prende in considerazione tutti gli aspetti di rilievo dei singoli metodi, ma è sempre finalizzato a mettere in luce le caratteristiche principali e che ci sono sembrate utili per l'obiettivo che ci si è posti. La prima parte di ciascun capitolo è, quindi, riservata a questa analisi.

Solo dopo l'esame dei caratteri principali dei singoli metodi è possibile verificare se essi siano stati adottati anche a livello comunitario. Gli strumenti a cui si farà soprattutto riferimento sono la Convenzione di Roma del 1980 – nonché il progetto di regolamento "Roma I" - e il reg. n. 44/2001, visto il limitato oggetto del presente lavoro. Tuttavia, in alcuni momenti si farà riferimento anche ad altri atti di diritto comunitario, allo scopo di mettere in luce o l'adozione generalizzata di un metodo, o le differenze sussistenti anche a livello teorico fra la materia contrattuale e altri settori della cooperazione giudiziaria in materia civile.

Si noterà, quindi, come alcune specifiche disposizioni sono dedicate proprio alla parte debole. Un esame particolarmente attento sarà loro dedicato, proprio allo scopo di verificare se esse siano ispirate a un particolare metodo di diritto internazionale privato, se lo accolgano interamente o se presentino carattere di – anche parziale – originalità. Alcuni aspetti problematici, di carattere teorico e pratico, saranno messi in rilievo. Ogni capitolo presenta,

[75] V. *supra*, par. 4.

quindi, delle conclusioni parziali circa l'idoneità del metodo, come elaborato dal diritto comunitario, ad assicurare la tutela della parte debole.

L'obiettivo è quello di rilevare come il sistema comunitario, pur non recependo integralmente i metodi tipici di diritto internazionale privato, ne tragga ispirazione e riesca a fornire una sufficiente tutela alla parte contrattuale debole.

Capitolo primo:
La tutela del contraente debole e il metodo classico di diritto internazionale privato

1. La localizzazione del rapporto

Il presente lavoro non intende fornire un'approfondita indagine storica dello sviluppo delle teorie di diritto internazionale privato; tuttavia, non si può non ricordare come il metodo della localizzazione del rapporto nel diritto internazionale privato si sia posto in contrapposizione con la teoria della sovranità e con le soluzioni raggiunte dagli statutari[76], dando effettivamente il via all'analisi moderna della materia.

Come noto, la teoria è stata proposta e sistematizzata da Savigny[77]. Secondo l'Autore, la legge applicabile a una fattispecie che presenta elementi di estraneità è quella che dal punto di vista spaziale risulta esserne la *sede* naturale. Precisamente, per ogni rapporto giuridico è individuabile un elemento fattuale da considerarsi preponderante, il quale si situa all'interno di un determinato ordinamento. L'intero rapporto viene così localizzato nel luogo dove si trova l'elemento caratterizzante, che ha una forza attrattiva tale da concentrare l'intera fattispecie in quell'ordinamento. Il luogo in cui si trova tale elemento costituisce la cosiddetta sede della fattispecie, che funge, quindi, da criterio di collegamento. Secondo tale teoria, ogni tipo di rapporto giuridico ha un fattore qualificante predeterminato, il quale permette di individuare un legame più intenso, più significativo con un luogo: questo costituirebbe la sede naturale del

[76] QUADRI R., *Lezioni di diritto internazionale privato*, 1965, Napoli, p. 42; DE NOVA R., *Historical an comparative introduction to conflict of laws*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 1966, tomo 118, p. 459; EHRENZWEIG A.A., *Private international law*, 1967, Leiden, p. 19; BARILE G., *Lezioni di diritto internazionale privato*, 1980, Padova, p. 42; SAUVEPLANNE J.G., *New trends in the doctrine of private International law and their impact in the court practice*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 1982, tomo 175, p. 20; AUDIT B., *Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (sur la «crise» des conflits de lois)*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 1984, tomo 186, p. 232; PATOCCHI P.M., *Règles de rattachement localisatrices et règles de rattachement à caractère substantiel: de quelques aspects récents de la diversification de la méthode conflictuelle en Europe*, 1985, Genève, p. 207; RIGAUX F., FALLON M., *Droit international privé*, 2005, Bruxelles, p. 88; AUDIT B., *Droit international privé*, 2006, Paris, p. 71.

[77] VON SAVIGNY F.K., *Sistema del diritto romano attuale*, traduzione dall'originale tedesco di Scialoja V., 1886, Torino.

rapporto. Il criterio di collegamento esalterebbe una convenienza di tipo spaziale nell'individuazione della legge applicabile[78]. Si tratta di un processo di riconduzione della fattispecie a un unico elemento considerato essenziale, in grado di concentrare su di se l'intero rapporto, nonostante il fatto che i diversi elementi fattuali siano teoricamente ricollegabili a più ordinamenti giuridici. Così, ad esempio, la legge regolatrice delle obbligazioni contrattuali è quella del luogo di esecuzione della prestazione.

Dottrina più recente, soprattutto successiva alla cd. *American Revolution*, ha sottolineato che la teoria della localizzazione è applicabile se sono soddisfatte alcune condizioni[79]. In primo luogo, secondo una parte della dottrina[80], se le leggi potenzialmente applicabili alla fattispecie conducono tutte al medesimo risultato materiale, alla stessa soluzione sostanziale, non può più parlarsi di *conflitto*, quanto piuttosto di *concorso*, poiché sarebbe concretamente indifferente quale legge viene applicata. Un vero e proprio conflitto sussiste solo se le leggi potenzialmente applicabili fossero sostanzialmente diverse, nel senso che non condurrebbero alla stessa soluzione materiale. La teoria della localizzazione, infatti, si pone l'obiettivo di garantire che la medesima soluzione sia adottata indipendentemente dal giudice adito per la risoluzione della controversia: pertanto, se i risultati sono materialmente equivalenti, indipendentemente dalla legge applicata, non si pone un problema di scelta di legge.

In secondo luogo, proprio per assicurare l'armonia internazionale delle soluzioni, è necessario che la legge richiamata sia interpretata e applicata allo stesso modo in tutti gli ordinamenti giuridici potenzialmente interessati. Ne consegue che non potrebbe essere operante il richiamo a una legge, la quale non si ritenga a sua volta competente a disciplinare quella fattispecie[81].

Devono, allora, rilevarsi alcune peculiari caratteristiche della teoria in esame.

---

[78] BATIFFOL H., LAGARDE P., *Traité de droit international privé*, tome 1, 1993, Paris, p. 398.

[79] Per maggiori riferimenti si veda *infra*, par. 2. BATIFFOL H., LAGARDE P., *op. cit.*, p. 405; PICONE P., *Les méthodes de coordination entre les ordres juridiques en droit international privé*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 1999, tomo 276, p. 49; NORTH P.M., FAWCETT J.J., *Cheshire and North's private International Law*, 1999, London, p. 25.

[80] CAVERS D.F., *Critique of the Choice of Law Problem*, in *Harvard Law Review*, 1933, p. 173; ID., *The Choice of Law Process*, 1965, Ann Arbor, p. 9; EHRENZWEIG A.A., *op. cit.*, p. 75; WESTEN K., *False conflict*, in *California Law Review*, 1967, p. 105: NORTH P.M., FAWCETT J.J., *op. cit.*, p. 23. Recentemente si vedano i commenti di LOUSSOUARN Y., BOUREL P., DE VAREILLES-SOMMIERES, *Droit international privé*, 2004, Paris, pp. 6 e 184; AUDIT B., *Droit international privé*, cit., p. 106. Per ulteriori riferimenti dottrinali si veda: BATIFFOL H., LAGARDE P., *op. cit.*, p. 406.

[81] QUADRI R., *Studi critici di diritto internazionale. Diritto internazionale privato*, I, 1, 1958, Milano, p. 355; SPERDUTI G., *Thèorie du droit international privé*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 1967, tomo 122, p. 173. La questione è stata affrontata in riferimento allo strumento del rinvio, per cui si richiama quella dottrina – v. *infra*, par. 3 - per ulteriori approfondimenti. Per una critica a questo orientamento, anche alla luce dell'ordinamento italiano: PICONE P., *Les méthodes de coordination*, cit., p. 54.

In primo luogo, il metodo si distingue per la sua astrattezza. Infatti la legge applicabile è quella del luogo della sede del rapporto indipendentemente dal suo contenuto e dalle posizioni giuridiche che intende tutelare e proteggere. Pertanto, la legge regolatrice si individua tramite un collegamento astratto, che opera per una serie di rapporti – ad esempio, il contratto – indipendentemente dalle peculiarità che la singola fattispecie presenta. Così, ad esempio, non vi sarebbe differenza, quanto alla determinazione della legge applicabile, fra un contratto che regola i rapporti fra due multinazionali e un acquisto di un bene mobile da parte di un turista in vacanza all'estero, rientrando entrambi i rapporti nella fattispecie contrattuale, il cui elemento caratterizzante è costituito dall'esecuzione della prestazione.

Si deve sottolineare come si debba parlare di "astrattezza" e non di "neutralità", nel senso che non rileva quale sia il contenuto materiale della legge applicabile e quali interessi intenda assicurare. Tuttavia, pur non prendendo in considerazione il contenuto sostanziale della legge applicabile, il legislatore potrebbe comunque predisporre una tutela per la parte debole individuando un particolare fattore di collegamento che le possa risultare favorevole. Così, ad esempio, il criterio della residenza abituale del consumatore per i contratti conclusi con il professionista può offrire una certa protezione alla parte debole attraverso l'individuazione di una legge ad esso vicina, ma tale determinazione è astratta perché tale legge sarà applicabile indipendentemente dal suo contenuto e anche se, per ipotesi, la legge dello Stato della sede del professionista predisponga maggiori garanzie per la tutela del contraente debole[82]. Tuttavia, per giungere a una tale soluzione, alcune fattispecie devono essere isolate dal *tipo* al quale appartengono – il contratto concluso dalla parte debole non potrà essere assimilato al contratto in generale – creandosi un settore speciale per il quale la localizzazione si concentra in un altro elemento della fattispecie – nell'esempio, la residenza abituale del consumatore piuttosto che il luogo di conclusione o di esecuzione del contratto. Così operando, la determinazione delle norme di conflitto diventa maggiormente precisa e tiene meglio conto delle specificità delle fattispecie concrete; tuttavia, si procede ancora per tipi – il contratto di consumo, appunto, piuttosto che il contratto in generale – che vengono così a costituire una vera e propria eccezione.

In secondo luogo, l'applicazione di questo metodo comporta un importante vantaggio pratico: dato il suo carattere astratto e non vincolato al singolo caso di specie[83], la teoria

[82] Si veda *infra*, cap. III, par. 3.1.

[83] Come si nota dagli esempi citati nel testo, è possibile individuare *a priori* l'elemento caratterizzante il rapporto giuridico fra le parti; qualora dovesse determinarsi la legge applicabile, sarebbe sufficiente verificare dove si

consente un'ampia prevedibilità circa la legge applicabile e conseguentemente garantisce la certezza del diritto. Fin dal sorgere del rapporto, infatti, le parti sono in grado di individuare la legge che lo regola e adeguarvi il proprio comportamento.

Come si è già avuto modo di accennare, l'obiettivo principalmente perseguito dai sostenitori di questa teoria è l'uniformità delle soluzioni nello spazio o l'armonia internazionale[84]. Collegando il rapporto giuridico con il luogo in cui esso ha la sua sede naturale, qualsiasi giudice astrattamente competente applicherebbe la stessa legge. Inoltre, il riconoscimento o l'esecuzione della sentenza così emanata non potrebbe essere impedita in altri ordinamenti a seguito di un controllo sulla legge applicata. La teoria consentirebbe, pertanto, di garantire che ciascun giudice applichi la stessa legge e che la decisione definitiva possa circolare anche in ordinamenti stranieri.

La teoria in esame ha una struttura rigida, caratteristica che l'ha esposta a diverse critiche. In particolare si è notato che il giudice non può esercitare alcun potere discrezionale nel caso in cui la fattispecie concreta sottoposta alla sua attenzione sia più strettamente collegata con uno Stato diverso, oppure qualora l'applicazione della legge designata causi evidenti ingiustizie. Alla rigida applicazione della legge di esecuzione del contratto consegue l'astrattezza nell'operatività del criterio di collegamento, senza alcun rilievo delle circostanze del caso concreto. Il giudice non potrebbe intervenire per riportare la situazione ad equità.

La rigidità è accentuata, nella formulazione più risalente della teoria classica, dalla marginale rilevanza delle norme di applicazione necessaria e dell'ordine pubblico[85], istituti

---

localizza questo elemento. Così, in materia contrattuale, fin dal momento della conclusione del contratto le parti conoscono il luogo di esecuzione dello stesso e conseguentemente la legge applicabile a tutto il loro rapporto.

[84] PATOCCHI P.M., *op. cit.*, p. 208; BATIFFOL H., LAGARDE P., *op. cit.*, p. 398; PICONE P., *Les méthodes de coordination*, cit., p. 37; MAYER P., HEUZE V., *Droit international privé*, 2004, Parigi, p. 83; RIGAUX F., FALLON M., *op. cit.*, p. 87.

[85] BATIFFOL H., LAGARDE P., *op. cit.*, p. 242; BONOMI A., *Le norme imperative nel diritto internazionale privato*, 1998, Zürich, p. 66; NUYTS A., *L'exception de* forum non conveniens, *Étude de droit international privé comparé*, 2003, Bruxelles, p. 3. La definizione di queste due nozioni suscita sempre alcune difficoltà in dottrina. Per le norme di applicazione necessaria si può riprendere la definizione fornita da FRANCESCAKIS P. (*La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, 1958, Paris, p. 13) – e si rinvia per approfondimenti al par. 5.5 di questo capitolo – secondo la quale le norme di applicazione necessaria "*s'appliquent comme telles et immédiatement à toutes les situations considérées au regard du droit*" interno, "*leur mise en œuvre écarte de la sorte toute intervention d'une règle de conflit* "; lo stesso Autore precisa, in uno scritto successivo: "*L'on confie à cette catégorie (de lois) tous les cas dans lesquels il n'y a pas seulement des intérêts particuliers, ni même de l' intérêt commun en tant que somme des intérêts particuliers, mais bien de l'ensemble de ces intérêts quand ils sont pris en charge par* l'organisation étatique. (…) *Ce domain correspond d'un mot à la croissance inouïe depuis lors, et sur la quelle il serait lourd d'insister, des objectifs politiques, culturels, sociaux, économiques que l'Etat met en œuvre au moyen de structures organisées par lui*" (FRANCESCAKIS P., *Quelques précisions sur les «lois d'application immédiate» et leurs rapports avec les règles de conflit de lois*, in *Revue critique de droit international privé*, 1966, p. 13). Nel presente lavoro, le locuzioni "norme di applicazione necessaria" e "norme internazionalmente imperative" saranno usate come sinonimi. Il concetto di ordine pubblico interviene, invece, in una fase successiva, quando gli effetti prodotti dalla legge straniera applicabile risultino incompatibili con i principi

capaci di limitare la portata della *lex causae* allo scopo di salvaguardare i principi fondamentali dell'ordinamento della *lex fori*. Dal momento che essi costituiscono una deroga al principio localizzatore, la quale consente l'applicazione della *lex fori* e che si giustifica in base al contenuto della legge regolatrice, questi strumenti devono essere utilizzati in casi eccezionali; altrimenti l'ordine pubblico e le norme di applicazione necessaria costituirebbero metodi per eludere l'applicazione della legge che per natura presenta uno stretto collegamento con la controversia. Solo in alcune ipotesi eccezionali possono porsi delle eccezioni alla bilateralità e alla ricerca della sede del rapporto di diritto: le ipotesi comprendono le norme imperative e gli istituti sconosciuti alla *lex fori*[86]. Se in questi casi non si ammettesse l'applicazione della *lex fori*, il sistema rimarrebbe parzialmente lacunoso.

Nei successivi sviluppi della teoria l'ordine pubblico ha ricevuto maggior spazio: pur costituendo un limite all'applicazione della legge straniera, esso serve a tutelare i principi fondamentali ai quali l'ordinamento del giudice non può rinunciare e costituisce di fatto un'estensione dell'applicabilità spaziale della *lex fori*. In una seconda fase, allo scopo di raggiungere determinati obiettivi di carattere materiale, la teoria ha accettato altresì la categoria delle norme di applicazione necessaria quali deroghe al funzionamento della norma di conflitto[87]. Il risultato raggiunto costituisce così un bilanciamento fra l'elaborazione tradizionale del metodo classico e la necessità di assicurare il rispetto di principi fondamentali della *lex fori* e, indirettamente, la sovranità dello Stato del giudice adito nel merito.

Quanto alla struttura della norma di conflitto, risulta evidente da quanto detto che deve trattarsi di una norma a carattere bilaterale. L'obiettivo è, infatti, quello di individuare la legge più idonea a regolare il rapporto controverso, la quale può essere indifferentemente, su un piano di parità, la *lex fori* o la legge straniera. La norma unilaterale determina il solo campo di applicazione spaziale della *lex fori*[88], cioè consentirebbe di applicare la legge dell'ordinamento del giudice quando l'elemento di collegamento sia ivi situato; qualora ciò non si verificasse, verrà in rilievo la legge straniera che "vuole" applicarsi secondo il proprio sistema di diritto internazionale privato. In presenza di una norma di conflitto unilaterale, si rileva una tendenza della giurisprudenza alla sua *bilateralizzazione*[89], in modo tale che il fattore di collegamento sia

---

propri della *lex fori*, e consente l'esclusione dell'applicazione di quella sola disposizione della *lex causae* a favore della legge del giudice.

[86] VON SAVIGNY F.K., *op. cit.*, p. 34; per un commento: BONOMI A., *op. cit.*, p. 63.

[87] BATIFFOL H., LAGARDE P., *op. cit.*, p. 427; PICONE P., *Les méthodes de coordination*, cit., p. 72.

[88] Secondo i sostenitori di questa teoria (v. le due note seguenti), il legislatore nazionale non ha sovranità per poter delimitare anche il campo di applicazione spaziale delle leggi straniere.

[89] Ciò si verifica soprattutto in materia di *status* personale. Si veda, ad esempio: Cour de Cassation (Belgio) 19 janvier 1882, in *Pasicrisie*, 1882, I, 28; Cour de Cassation (Belgio) 9 mars 1882, in *Pasicrisie*, 1882, I, 62;

idoneo altresì a individuare una legge straniera competente. Deve darsi tuttavia conto dell'esistenza, soprattutto nel recente passato, di alcune tendenze unilateraliste[90], secondo le quali le norme di conflitto hanno lo scopo di delimitare il campo di applicazione della *lex fori*, così riducendo il problema del conflitto di legge alla ripartizione delle competenze legislative degli Stati[91].

Tuttavia, non può ipotizzarsi l'estensione di questo metodo, in quanto comporta con sé alcune difficoltà applicative che paiono renderlo scarsamente utilizzabile in concreto. Nel caso in cui la *lex fori* non fosse applicabile, infatti, il giudice dovrà verificare se altre leggi vogliano applicarsi, sulla base del proprio diritto internazionale privato e non potrà limitarsi a individuare il luogo in cui il fattore di collegamento è localizzato, come avviene nelle norme a carattere bilaterale[92]. L'operazione è complessa, non solo perché il giudice deve analizzare il diritto internazionale privato di un ordinamento straniero, ma anche perché le leggi potenzialmente in conflitto possono essere numerose: la sola soluzione del problema della legge applicabile, seppur preliminare, diverrebbe piuttosto complesso. Inoltre, questa teoria lascia ancora delle lacune. Si consideri il caso classico dell'accertamento dello *status* di un cittadino inglese domiciliato in Francia: se le norme di conflitto nazionali fossero unilaterali, né l'ordinamento francese – che utilizza il criterio della nazionalità – né quello inglese – che fa riferimento al

---

Oberlandesgeright Frankfurt 7 August 1901, citata da GOTHOT P., *Le renouveau de la tendence unilatéraliste en droit intenational privé*, in *Revue critique de droit international privé*, 1971, p. 2; Tribunale di Rotterdam 24 giugno 1949, citato in STRUYCKEN A.V.M., *nota alla sentenza* Alnati, in *Revue critique de droit international privé*, 1967, p. 523; Tribunal Supremo 29 septiembre 1961, in *Revista española de derecho international*, 1963, p. 612. Si vedano: NIBOYET J.H.P., *Traité de droit international privé français*, vol. 3, 1938, Paris; BARILE G., *op. cit.*, p. 62; AUDIT B., *Le caractère fonctionnel*, cit., p. 232; JAYME E., *Identité culturelle et intégration : le droit international privé postmoderne. Cours général de droit international privé*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 1995, p. 92; PATAUT E., *Principe de souveraineté et conflits de juridictions*, 1999, Paris, p. 44; LOUSSOUARN Y., BOUREL P., DE VAREILLES-SOMMIERES, *op. cit.*, p. 99; AUDIT B., *Droit international privé*, cit., p. 94. Si deve infine rilevare come le norme di applicazione necessaria abbiano una struttura "*esclusivamente unilaterale*" (FRANCESCAKIS P., *op. cit.*, p. 15; BATIFFOL H., LAGARDE P., *op. cit.*, p. 425; PATAUT E., *op. cit.*, p. 47; MAYER P., HEUZÉ V., *op. cit.*, p. 86; RIGAUX F., FALLON M., *op. cit.*, p. 112), nel senso che la loro portata non può essere estesa nemmeno in via analogica: infatti, in questi casi, è la stessa *lex fori* a determinare quando alcune sue disposizioni siano comunque applicabili, anche se la legge regolatrice del rapporto è quella di un ordinamento giuridico diverso.

[90] NIBOYET J.H.P., *op. cit.*; EHRENZWEIG A.A., *A Treatise on the Conflicts of Laws*, 1962, St. Paul; QUADRI R., *Lezioni*, cit.; SPERDUTI G., *op. cit.* p. 173 ; GOTHOT P., *op. cit.*, p. 1; QUADRI R., *Scritti giuridici, II, Diritto internazionale privato e processuale,* 1988, Milano, p. 39; per ulteriori riferimenti giurisprudenziali e dottrinali si rinvia a: PATOCCHI P.M., *op. cit.* , p. 220; RIGAUX F., FALLON M., *op. cit.*, pp. 112 e 145. Già critici: DE NOVA R., *op. cit.*, p. 570; LOUSSOUARN Y., *Cours général de droit international privé*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 1973, tomo 139, p. 374.

[91] Classico esempio di norma di conflitto unilaterale è l'art. 310 del codice civile francese, sulla legge applicabile al divorzio, secondo la quale se non sono competenti altre leggi straniere, se i tribunali francesi hanno giurisdizione, allora la legge francese è applicabile. In alcuni casi, come quello relativo alla determinazione della cittadinanza di una persona fisica, la teoria unilateralista è universalmente accettata. In tali ipotesi entra in gioco la sovranità statale che meglio può essere rispettata attraverso una norma a carattere unilaterale (PATAUT E., *op. cit.*, p. 40).

[92] Questa soluzione è compiutamente esposta da QUADRI R., *Lezioni*, cit., p. 177 e ID., *Scritti giuridici,* cit., p. 35.

domicilio dell'interessato – sarebbero applicabili. Certo, nello stesso caso nemmeno la teoria bilaterale riesce a dare una soluzione coerente, se non quella dell'accettazione del rinvio indietro, che costituisce una necessità più che una conseguenza logica della teoria. Tuttavia, non pare ragionevole applicare una teoria, quale quella unilaterale, che si presenta nella pratica ancora più complessa e che comunque non riesce a fornire soluzioni e certezze maggiori di quelle che già sono fornite dall'impostazione più tradizionale bilaterale. Inoltre il giudice, per superare la lacuna e per evidenti motivi di semplicità potrebbe ritenere subordinatamente competente la *lex fori*. Ne conseguirebbe che sarebbe pregiudicato l'obiettivo primario della teoria della localizzazione del rapporto – cioè l'uniformità delle decisioni - , e si incentiverebbe il *forum shopping*, dal momento che l'attore sceglierebbe fra quelli competenti il giudice la cui *lex fori* sarebbe a suo avviso a lui più favorevole[93].

Nell'opposta ipotesi di cumulo, cioè quando sia la *lex fori*, sia un'altra legge si ritengano competenti, il conflitto non pare risolvibile e il giudice potrà applicare la propria legge per evidenti motivi di semplicità: gli autori che sostengono la tesi unilateralistica hanno proposto una serie di soluzioni, essenzialmente fondate sulle aspettative delle parti o sull'effettività della legge applicabile[94]. Si perderebbe, inoltre, quella certezza del diritto nel senso della prevedibilità della legge applicabile che la teoria localizzatrice vuole assicurare, dal momento che nei casi appena visti verrebbe attribuita una grande discrezionalità al giudice[95].

Le medesime osservazioni non valgono per le norme di diritto processuale civile internazionale. Per loro stessa natura esse hanno carattere unilaterale, potendo solo determinare la giurisdizione nazionale, non dovendo incidere sulla sovranità e sul potere di imperio degli altri Stati[96]. Pertanto le disposizioni nazionali sull'attribuzione di competenza giurisdizionale hanno carattere unilaterale. Diverso è il caso in cui tali norme siano contenute in strumenti internazionali, fra i quali sono da annoverarsi non solo le classiche convenzioni internazionali, ma anche gli atti di diritto comunitario: in tali casi, gli Stati si accordano circa la distribuzione

---

[93] MAYER P., HEUZÉ V., *op. cit.*, p. 82.

[94] Proprio per superare queste difficoltà la giurisprudenza procede talvolta alla bilateralizzazione della norma unilaterale di conflitto. Si vedano le note 14 e 15. LECLERC F., *La protection de la partie faible dans les contrats internationaux*, 1996, Bruxelles, p. 257 critica l'utilizzazione del metodo unilaterale ai fini della tutela del contraente debole proprio per la difficoltà di risolvere situazioni di conflitto negativo o positivo di leggi e per il fatto che essi verrebbero risolti non sulle basi dei principi della dottrina unilateralistica, ma in forza di considerazioni ad essi del tutto estranee. Anche secondo GAUDEMET - TALLON H., *Le pluralisme en droit international privé: richesses et faiblesses (Le funambule et l'arc-en-ciel)*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 2005, tomo 312, p. 297 la regola di carattere bilaterale è strumento necessario anche ai fini della giustizia materiale.

[95] Inoltre, la teoria unilateralista si fonda su un presupposto non condivisibile, per il quale se non vi fosse alcuna norma di conflitto, il campo di applicazione della disciplina materiale dettata dal proprio ordinamento giuridico sarebbe illimitato.

[96] MORELLI G., *Diritto processuale civile internazionale*, 1954, Padova, p. 76.

della competenza giurisdizionale fra le autorità presenti nei propri ordinamenti[97], e quindi individuano un criterio di collegamento che sia idoneo a operare in modo bilaterale.

2. Due importanti sviluppi della teoria classica

L'analisi della teoria classica non può prescindere da due suoi più recenti sviluppi che hanno contribuito alla formulazione del criterio generale accolto dalla Convenzione di Roma del 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali[98], cioè la già citata *American Revolution* e il principio di prossimità.

Il primo ha avuto degli echi solo indiretti sul continente europeo. La teoria va ricordata in quanto si pone come anello di congiunzione fra la teoria della localizzazione del rapporto di Savigny e il principio di prossimità, ovvero l'applicazione del criterio del collegamento più stretto.

I sistemi di *common law*, in assenza di codificazione, hanno individuato la legge applicabile ai rapporti con carattere transnazionale nella cd. "*better rule of law*". Il criterio si è rivelato di facile applicazione nei casi in cui le parti avessero scelto la legge applicabile al rapporto, in quanto la miglior legge si è individuata proprio in quella prescelta, per rispettare le reciproche aspettative delle parti. Questo meccanismo è apparso così funzionale, che i giudici non si sono limitati a prendere atto della clausola di scelta di legge, ma hanno cercato altresì una volontà delle parti desumibile dal contratto e non espressamente formalizzata[99]. Problemi sono sorti nei casi in cui nessuna indicazione in tal senso fosse desumibile dalle circostanze del rapporto e fosse quindi necessario cercare un collegamento effettivo e oggettivo. Dopo una lunga evoluzione[100], si è individuata la *proper law* nella legge che presenta *the closest and most real connection* con la fattispecie. Si procede, cioè, all'esame del caso concreto e all'individuazione della legge che, obiettivamente e indipendentemente dalla volontà delle parti, presenta il collegamento più stretto con la controversia in esame. Il punto di vista deve essere

[97] Nel caso della Convenzione di Bruxelles (Convenzione concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (versione consolidata), in *GU* n. C 27 del 26 gennaio 1998, p. 1) e del reg. n. 44/2001 (Regolamento (CE) n. 44/2001 del Consiglio, del 22 dicembre 2000, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, in *GU* n. L 12 del 16 gennaio 2001, p. 1) la ripartizione della giurisdizione fra i giudici degli Stati membri è tale da avvicinarsi a una suddivisione della competenza territoriale fra diversi giudici *in uno stesso Stato*. Si veda Corte di giustizia 3 maggio 2007, causa C-386/05, *Color Drack*, in *Racc.* I-3699.

[98] Convenzione di Roma del 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, versione consolidata, in *GU* n. C 334 del 30 dicembre 2005, p. 1.

[99] Qualora le parti avessero scelto, espressamente o implicitamente, la legge applicabile al proprio rapporto, il giudice sarebbe tenuto a rispettare la volontà così manifestata (DICEY A.V., MORRIS J.H.C., *Dicey and Morris Conflict of Law*, 2000, London, p. 1200).

[100] Per la quale si rinvia a BLOM J., *Choice of Law Methods in the Private International Law of Contracts*, in *The Canadian Yearbook of International Law*, 1980, p. 161; NORTH P.M., FAWCETT J.J., *op. cit.*, p. 20.

quello oggettivo e non quello soggettivo delle parti: deve cioè esservi un legame obiettivamente significativo fra la fattispecie e la legge applicabile[101]. Pertanto, si deve preferire quella legge che presenti il nesso più stretto con la fattispecie.

Oggi il *Restatement of law, II*[102] accoglie la teoria della *closest and most real connection* come legge avente il più stretto collegamento con la fattispecie. Si tratta sostanzialmente di una rinuncia a un criterio di collegamento rigido. Come messo in rilievo dalla dottrina[103], tuttavia, la fattispecie potrebbe presentare più fattori di collegamento con ordinamenti diversi e la teoria non offrirebbe alcuna soluzione, ovvero porterebbe a ritenere contemporaneamente applicabili più leggi differenti se nessun collegamento fosse preponderante. Per questo motivo, sia nel sistema statunitense, sia in quello inglese, sono state introdotti dalla dottrina e dalla pratica alcuni criteri per aiutare l'interprete alla determinazione della legge applicabile in queste ipotesi più complesse. Essi sono, ad esempio, la prevedibilità, la semplificazione, il mantenimento dell'ordine internazionale, gli interessi all'applicazione di una legge in conflitto piuttosto dell'altra[104], l'applicazione della miglior regola di diritto, le aspettative delle parti[105].

---

[101] BLOM J., *op. cit.*, p. 175. Come messo in rilievo da PICONE, *Les méthodes de coordination*, cit., p. 53, questa teoria ha prodotto solamente dei riflessi attenuati sul continente europeo, dal momento che i sistemi nazionali di diritto internazionale privato sono caratterizzati da rigidità. La teoria si è, allora, trasformata in una presunzione di uniformità della *lex fori* e della legge applicabile, che spetta alla parte interessata superare attraverso la dimostrazione dl contenuto della legge straniera

[102] Restatement of the law, II, American Law Institute, 1962, par. 118 "*Law Governing in the Absence of Effective Choice by the Parties*"; per commenti alla disposizione si veda: LEFLAR R.A., *American Conflicts Law*, 1959, New York, p. 219; EHRENZWEIG A.A., JAYME E., *Private International Law*, Volume III, Special Part, 1967, Leiden, p. 35; JAYME E., *Zur Krise des "Govermental – Interest Approach"*, in *Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung im Ausgang des 20. Jahrhunderts. Bewahrung oder Wende? Festschrift für Gerard Kegel*, a cura di Lüderlitz A., Schröder J., 1977, Frankfurt am Main, p. 359; FLETCHER I., *Conflict of laws and European Community Law*, 1982, Amsterdam, New York, Oxford, p. 163; BARATTA R., *Il collegamento più stretto nel diritto internazionale privato dei contratti*, 1991, Milano, p. 81; BATIFFOL H., LAGARDE P., *op. cit.*, p. 406; PICONE P., *Les méthodes de coordination*, cit., p. 70.

[103] NORTH P.M., FAWCETT J.J., *op. cit.*, p. 30.

[104] Si noti che, nel *governamental interest approach* (CURRIE B., *Notes on Methods and Objectives in the Conflict of Laws*, in *Selected Essays on the Conflict of Law*, 1963, Durham, p. 177), l'analisi degli interessi statali all'applicazione della propria legge costituisce unico elemento che consente di individuare la legge applicabile al rapporto. Ciò è tanto vero che è considerata ipotesi di *false conflict* il caso in cui sia immediatamente definibile la legge applicabile sulla base degli interessi statali; in caso di *true conflict*, invece, la *lex fori* è preferita. *Leading case* è considerata la sentenza *Babcock*, pronunciata dalla Corte d'appello di New York (*Babcock v. Jackson*, RC 1964, 284). L'attore, residente nello Stato di New York, chiedeva risarcimento dei danni subiti a seguito di un incidente automobilistico verificatosi nell'Ontario. Secondo la tradizionale norma di conflitto (*lex loci commissi delicti*) era applicabile la legge di tale ultimo Stato. Tuttavia il giudice ha rilevato che l'incidente si è verificato durante un trasporto di cortesia, che il conducente era altresì residente nello Stato di New York e che ivi erano localizzati altri elementi pertinenti della fattispecie, ovvero il luogo di immatricolazione della vettura nonchè la sede della società assicurative. Ne conseguiva, secondo la Corte d'appello, che la legge dello Stato di New York aveva un preminente interesse ad applicarsi a discapito della legge dello Stato dell'Ontario. Si veda, per un'applicazione della teoria descritta sul continente europeo, Cour de Cassation, Ch. Com., 16 novembre 1993, in *Revue critique de droit international privé*, 1994, p. 332.

[105] Come messo in rilievo da NUYTS A., *op. cit.*, p. 9, queste teorie riescono ad introdurre esigenze di tipo materiale nelle norme di conflitto (v. *infra*, cap. III, par. 1), dal momento che vanno presi in considerazione anche gli interessi specifici delle parti.

Chiarificatore è l'esempio di un Autore[106]: se due sono le leggi astrattamente applicabili a un contratto, e una di esse lo invalida in tutto o in una parte fondamentale, mentre per l'altra esso è interamente valido ed efficace, allora la seconda è la *proper law of contract*, perché non si può presumere che le parti abbiano voluto concludere un accordo invalido[107].

Questa teoria, non accolta nel continente europeo, ha tuttavia influenzato gli studi sul metodo internazionalprivatistico, dando così nascita a un altro sviluppo della teoria classica. Si fa particolare riferimento alla dottrina del collegamento più stretto, che può essere così brevemente descritta: «*un rapport de droit est régi par la loi du pays avec le quel il présente les liens les plus étroits*»[108]. Essa presenta i più importanti pregi della teoria savignana, e al contempo ne supera la rigidità. Infatti non si ricerca più la sede naturale da individuarsi per tipologia di rapporto[109], ma un collegamento concreto per la singola fattispecie considerata. La teoria non rigetta l'esame del rapporto di diritto, ma lo approfondisce in un'analisi degli elementi concreti della controversia[110], grazie alla quale individua, appunto, l'ordinamento che presenta i collegamenti più intensi con la fattispecie. La teoria comporta una relativizzazione della localizzazione del rapporto e rinuncia in parte alla prevedibilità che è assicurata dall'impostazione tradizionale[111] allo scopo di individuare una legge che meglio possa disciplinare il rapporto controverso. Così, se esso ha ad oggetto un bene materiale, potrebbe applicarsi la legge del luogo in cui esso si trova; altrimenti, il collegamento più stretto potrebbe individuarsi nella fonte del rapporto di diritto, e potrebbero prediligersi il luogo della conclusione del contratto, o il luogo in cui si è verificato il fatto nelle obbligazioni

---

[106] BLOM J., *op. cit.*, p. 176.

[107] BATIFFOL H., LAGARDE P., *op. cit.*, p. 408 ritengono che una simile teoria porti frequentemente all'applicazione della *lex fori*. Per ulteriori approfondimenti si rinvia alla dottrina già citata in relazione a questa teoria e a DICEY A.V., MORRIS J.H.C., *op. cit.*, p. 1195.

[108] LAGARDE P., *Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 1986, tomo 196, p. 29. Come ricorda le stesso Autore, la formulazione di questa teoria è stata sollecitata dalla stessa *American revolution*, i cui effetti si sono determinati, però, molto tardi sul continente europeo. Rimane, inoltre, una differenza molto importante rispetto al sistema statunitense, in quanto il *Restatement II* non è un atto al quale possa attribuirsi una *forza di legge*, contrariamente al principio di prossimità accolto in alcuni ordinamenti statali e nella Convenzione di Roma del 1980. Per una sintesi delle teorie di Lagarde: BALLARINO T., ROMANO G.P., *Le principe de proximité chez Paul Lagarde*, in *Mélangés en l'honneur de Paul Lagarde. Le droit international privé: esprit et méthodes*, a cura di Jobard-Bachellier M.-N., 2005, Paris, p. 37.

[109] Si deve altresì ricordare che Savigny aveva teorizzato delle macrocategorie, per cui tutti i contratti avrebbero trovato il collegamento nel luogo della loro esecuzione, tutte le controversie relative allo statuto personale sarebbero state disciplinate dalla legge del domicilio dell'interessato, ecc., senza alcuna distinzione in relazione alle problematiche di volta in volta rilevanti.

[110] Lagarde esemplifica prendendo in considerazione un contratto di permuta di immobili: posto che le controversie in materia immobiliare dovrebbero essere risolte sulla base della legge del luogo ove si trova il bene, secondo la teoria di Savigny, quale è la legge applicabile fra quella contrattuale e quella in materia immobiliare? (*Le principe de proximité*, cit., p. 30).

[111] PATOCCHI P.M., *op. cit.*, p. 228.

extracontrattuali[112]. Lo stretto collegamento potrebbe rinvenirsi sia soggettivamente in relazione alle parti, sia dal punto di vista oggettivo, sia, infine, potrebbe applicarsi la legge che sembra concretamente più adatta a regolare la fattispecie in esame[113].

Individuati gli elementi rilevanti della fattispecie, è, tuttavia, necessario stabilire dei criteri che permettano al giudice di determinare quale sia la legge che presenta il collegamento più stretto, quando siano presenti elementi di estraneità tendenti a ordinamenti diversi.

Una soluzione può essere quella della localizzazione *qualitativa* e *quantitativa*[114], per cui si individua preliminarmente quale sia il collegamento *preponderante* fra i vari presenti; nel caso in cui ciò non sia sufficiente, si potrebbe procedere a un'operazione di sommatoria degli elementi che si localizzano nei diversi ordinamenti, attribuendo rilevanza maggiore a quelli che paiono più significativi. Sulla scorta dell'esperienza inglese si possono anche considerare le aspettative delle parti, applicando la legge che esse potevano presumere avrebbe regolato il loro rapporto[115], o valutando i loro interessi concreti[116]; se la fonte della norma di conflitto è un atto internazionale, dovrebbero prendersi in considerazione gli scopi dell'atto, le eventuali definizioni ivi contenute, le regole di interpretazione dei trattati internazionali[117]. La stessa norma di diritto internazionale privato può contenere degli elementi che aiutino l'interprete nell'individuazione del collegamento più stretto. Ad esempio, l'art. 4 della Convenzione di Roma del 1980 cerca di risolvere eventuali conflitti attraverso alcune presunzioni circa la sussistenza del collegamento più stretto, le quali possono essere superate solo se si dimostri che la fattispecie concreta presenti dei collegamenti *concretamente* più stretti con un ordinamento giuridico diverso (parr. 2, 3, 4)[118].

---

[112] BATIFFOL H., LAGARDE P., *op. cit.*, p. 448. Più complesso è il caso dello *status* delle persone, il quale pare collegato con la stessa intensità sia al luogo del domicilio (criterio privilegiato negli ordinamenti di *common law*) sia allo Stato della cittadinanza (criterio generalmente designato dai Paesi di tradizione continentale).

[113] Questa soluzione non si discosterebbe dalla dottrina angloamericana della *better rule of law*, anche se i meccanismi di funzionamento delle due teorie sono diversi; v. *infra*, questo paragrafo.

[114] JAFFREY A.J., *The English Proper Law Doctrine and the EEC Convention*, in *The International and Comparative Law Quarterly*, 1984, p. 535; MAGAGNI M., *La prestazione caratteristica nella Convenzione di Roma del 19 giugno 1980*, 1989, Milano p. 395; PATOCCHI P.M., *op. cit.*, p. 235. AUDIT B., *Le caractère fonctionnel*, cit., p. 295 rileva l'importanza della valutazione qualitativa.

[115] PATOCCHI P.M., *op. cit.*, p. 239. Il criterio soggettivo non dovrebbe funzionare come correttivo alla localizzazione oggettiva, ma come succedaneo nel caso in cui questa non riesca a individuare una sola legge applicabile.

[116] BATIFFOL H., LAGARDE P., *op. cit.*, p. 446.

[117] BATIFFOL H., LAGARDE P., *op. cit.*, p. 447; MAYER P., HEUZÉ V., *op. cit.*, p. 130. Si veda l'art. 2, par. 2, l. 218/95 (Legge 31 maggio 1995, n. 218, di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato, in *GURI*, suppl. ord., 3 giugno 1995, n. 128).

[118] LAGARDE P., *Le principe de proximité*, cit., p. 42 ; v. *infra*, par. 5.1.

La teoria in esame si distingue dalla *closest and most real connection* di matrice statunitense[119]. Infatti, proprio per la struttura del ragionamento giuridico richiesto al giudice, la teoria americana permette di individuare la legge applicabile *in concreto* fra un numero di leggi potenzialmente applicabili alla fattispecie con la quale tutte presentano un collegamento. Il criterio del collegamento più stretto consente, invece, di determinare direttamente l'unica legge applicabile al caso di specie, non rilevando gli altri ordinamenti che astrattamente potrebbero vantare un titolo per l'applicazione della propria legge. Inoltre, il rischio di *dépeçage* sembra ridotto nell'applicazione del principio di prossimità: infatti, mentre secondo la teoria americana ogni rapporto fra le parti, anche se avente origine nella medesima fonte, potrebbe essere sottoposto a una legge diversa, secondo il principio di prossimità il contratto nella sua unità è sottoposto alla disciplina della legge avente il collegamento più significativo. Il *dépeçage* è, comunque, un istituto conosciuto anche da quest'ultima teoria. Esempio ne è l'art. 4, par. 1, ultima parte della Convenzione di Roma del 1980, il quale è, però, una norma a carattere eccezionale, sia per espressa previsione normativa, sia perché la sua applicazione è subordinata al soddisfacimento di diverse condizioni[120].

Si deve ricordare che, secondo i sostenitori di questa teoria[121], il principio di prossimità può avere una funzione correttrice, quando il criterio di collegamento primario non sia determinato dal collegamento più stretto. Ad esempio, la Convenzione di Roma del 1980, dopo aver indicato come criterio principale quello del collegamento più stretto e stabilito alcune presunzioni ai fini della sua individuazione, pone una clausola d'eccezione ai sensi della quale le suddette presunzioni "*vengono meno quando dal complesso delle circostanze risulta che il contratto presenta un collegamento più stretto con un altro paese*" (art. 4, par. 5, ultimo periodo). Le presunzioni costituiscono per il giudice un ausilio per l'individuazione di una legge significativamente connessa con la fattispecie, ma esse possono essere superate qualora, proprio per ragioni di prossimità, le circostanze concrete rendano opportuna l'applicazione di un'altra legge. Traspare, così, l'importanza di un'analisi concreta degli elementi fattuali, caratteristica che distingue nettamente questa teoria dall'impostazione classica. Il giudice, infatti, non farà automaticamente riferimento alle presunzioni previste dall'art. 4 della Convenzione di Roma,

[119] LAGARDE P., *Le principe de proximité*, cit., p. 118.
[120] Infatti si richiede che una parte del contratto sia separabile dal resto e che essa presenti un collegamento più stretto con la legge di un altro Paese. Pertanto, non è possibile ritenere che le obbligazioni contrattuali siano disciplinate da leggi diverse per il solo fatto dell'esistenza di un rapporto sinallagmatico. Il *dépeçage* potrebbe, ad esempio, essere ammissibile se si prevede altresì una garanzia a favore di uno dei contraenti; questa parte potrebbe considerarsi separabile dal resto delle pattuizioni contrattuali e potrebbe avere di fatto dei collegamenti più stretti con un altro Paese.
[121] LAGARDE P., *Le principe de proximité*, cit., p. 97.

ma, laddove necessario, le correggerà applicando la legge che effettivamente presenta il collegamento più stretto con la controversia.

Diversa è la problematica in relazione alla determinazione del giudice competente. Qui non è necessario individuare una sola autorità giurisdizionale, perché più ordinamenti possono ritenersi astrattamente competenti a conoscere una controversia; spetterà poi all'attore decidere quale foro adire[122]. Pertanto il principio di prossimità non pare avere la medesima rilevanza nella soluzione di questo problema. Inoltre si deve rilevare che i sistemi di *civil law* sono generalmente caratterizzati da una forte rigidità, nel senso che attribuiscono ai loro giudici una competenza giurisdizionale che non può essere negata per motivi di opportunità. Si pensi all'art. 3 l. 218/95, sul sistema di diritto internazionale privato italiano: esso determina l'ambito della giurisdizione italiana senza lasciare al giudice margini di discrezionalità, per dichiararsi eventualmente incompetente per ragioni di opportunità quando la norma gli attribuisce la competenza giurisdizionale. Una dichiarazione di incompetenza da parte dell'autorità giudiziaria così individuata è ammessa solo nelle ipotesi di litispendenza e connessione. L'unico elemento di flessibilità del sistema è dato dalle clausole di proroga del foro e dall'accettazione tacita della giurisdizione: in tali casi, tuttavia, libertà di scelta è attribuita alle parti, non certo al giudice, che dovrà dichiararsi competente se egli è validamente designato negli accordi di proroga. Sugli stessi principi sono fondati gli articoli da 2 a 18 del reg. n. 44/2001.

I sistemi di *common law* consentono ai giudici di esercitare una maggior discrezionalità fin dal momento della valutazione della sussistenza della competenza giurisdizionale. Infatti, possono sospendere il procedimento o dichiarare la propria incompetenza nei casi in cui esista un altro giudice parimenti dotato di giurisdizione e ritengano di non essere i giudici più adatti a conoscere di quella controversia (si tratta dell'eccezione del *forum non conveniens*); al contrario, nel caso in cui essi intendano conoscere la causa e vi è il rischio che un altro procedimento relativo alla stessa controversia venga instaurato davanti a un altro giudice – o esso sia già pendente - possono ordinare alle parti di non iniziare o proseguire un processo presso l'altra autorità giurisdizionale (si tratta della cd. *anti-suit injunction*)[123]. Questo potere discrezionale è esercitato per tutelare interessi pubblici e privati delle parti, nonché per facilitare l'assunzione

[122] BATIFFOL H., *Le pluralisme de méthode en droit international privé*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 1973, tomo 139, p. 91.

[123] Si veda, nella giurisprudenza inglese, House of Lords, *Spiliada maritime Corp. v. Cansulex Ltd.*, in *Lloyd's Law Reports*, 1987, p. 130, sentenza che ha posto i presupposti per la teoria del *forum non conveniens* (LEFLAR R.A., *op. cit.*, p. 71; NORTH P.M., FAWCETT J.J., *op. cit.*, p. 334; DICEY A.V., MORRIS J.H.C., *op. cit.*, p. 61; NUYTS A., *op.cit.*, p. 183). *Leading case* della teoria dell'*anti-suit injunction* è considerato il caso *Société Nationale Industrielle Aéerospatiale v. Lee Kui Jak*, in *All England Law Reports*, 1987, p. 871, deciso dal Privy Council.

delle prove, qualora si trovino all'estero o qualora esista un collegamento più significativo con un giudice situato in un altro Stato. Un tale sistema non è accettato negli Stati di tradizione civilistica, essenzialmente perché esso verrebbe a pregiudicare la certezza del diritto, con una spendita di tempo e di denaro per l'attore se il foro adito dovesse dichiarare la propria incompetenza, e che si risolverebbe in un diniego di giustizia se anche l'altro giudice dovesse esercitare lo stesso potere discrezionale[124]. Si noti, tuttavia, che nel progetto preliminare del 1999 della Convenzione dell'Aja sulla competenza giurisdizionale in materia civile e commerciale vi era stata un'apertura, nel senso di consentire la dichiarazione di incompetenza *in circostanze eccezionali*[125], disposizione che avrebbe potuto avvicinare i sistemi di *common* e di *civil law* quanto ai poteri riconosciuti al giudice.

A livello comunitario, infine, i fori alternativi e quelli esclusivi previsti dal reg. n. 44/2001 tendono ad assicurare un nesso fra la controversia e il giudice chiamato a decidere nel merito[126], tanto che la Corte ha potuto giustificare, sulla base del principio di prossimità, la conclusione secondo la quale "*l'art. 5, punto 1, lett. b), primo trattino, del regolamento n. 44/2001, che*

---

[124] LAGARDE P., *Le principe de proximité*, cit., p. 154. *Contra*: HARTLEY T., *Civil jurisdiction and judgments*, 1984, London; ID., *The modern approach to private international law. International litigation and transactions from a common law perspective*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 2006, tomo 319, p. 156. Si può ricordare che la Corte di giustizia ha ritenuto che questi poteri discrezionali non debbano essere esercitati, quando il giudice inglese è dotato di giurisdizione ai sensi della Convenzione di Bruxelles (e le medesime osservazioni valgono anche per quanto attiene il reg. n. 44/2001); si vedano le sentenze: Corte di giustizia 27 aprile 2004, causa C-159/02, *Turner*, in *Racc*. I-3565; Corte di giustizia 1 marzo 2005, causa C-281/02, *Owusu*, in *Racc*. I-1383 (per un commento e per l'analisi dei riflessi che questa sentenza ha esercitato sulla giurisprudenza inglese: BANDERA M., *La sentenza* Owusu*, il «forum non conveniens» e i conflitti di giurisdizione fra Stati membri e Stati terzi*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2007, p. 1025; si veda, altresì: IBILI F., *Civil jurisdiction and enforcement of judgments in Europe. At last : the EC Court of justice on* forum non conveniens, in *Netherlands International Law Review*, 2006, p. 127). Tuttavia, la stessa Corte ha ammesso un margine discrezionale del giudice nella valutazione della propria competenza ad emettere provvedimenti provvisori e cautelari ai sensi dell'art. 24 della Convenzione di Bruxelles, limitata alla circostanza che vi sia un *collegamento reale* fra l'oggetto della domanda e la competenza territoriale del giudice dello Stato richiesto (Corte di giustizia 17 novembre 1998, causa C-391/95, *Van Uden*, in *Racc.* I-7122). Questo margine di valutazione è interpretabile come una tendenza alla flessibilità, piuttosto che come un vero e proprio potere discrezionale del giudice comparabile a quello riconosciuto nei sistemi di *common law*. Si noti che LAGARDE P., *Le principe de proximité*, cit., p. 142 ritiene che l'eccezione del *forum non conveniens* possa costituire un'applicazione del principio del collegamento più stretto, almeno quando interviene come correttivo o eccezione.

[125] Precisamente, il progetto di articolo stabiliva quanto segue: "Article 22 Exceptional circumstances for declining jurisdiction *1. In exceptional circumstances, when the jurisdiction of the court seised is not founded on an exclusive choice of court agreement valid under Article 4, or on Article 7, 8 or 12, the court may, on application by a party, suspend its proceedings if in that case it is clearly inappropriate for that court to exercise jurisdiction and if a court of another State has jurisdiction and is clearly more appropriate to resolve the dispute. Such application must be made no later than at the time of the first defence on the merits*." (Preliminary Draft Convention on Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters adopted by the Special Commission on 30 October 1999). La disposizione avrebbe così codificato la dottrina del *forum non conveniens*, inteso in senso restrittivo (sulla differenza fra approccio liberale e restrittivo: NUYTS A., *op. cit.*, p. 152; sul progetto di Convenzione, p. 531).

[126] Si vedano, ad esempio: Corte di giustizia 15 novembre 1983, causa 288/82, *Duijnstee*, in *Racc*. 3663, punto 22 (sull'art. 16, n. 4 della Convenzione); Corte di giustizia 27 ottobre 1998, causa C-51/97, *Réunion europèenne*, in *Racc*. I-6511, punto 27 (in relazione all'art. 5.3); Corte di giustizia 18 maggio 2006, causa C-343/04, *CĚZ*, in *Racc*. I-4557, punto 28 (sull'art. 16, n. 1 della Convenzione).

determina sia la competenza internazionale che quella territoriale, mira ad unificare le norme sui conflitti di competenza e, pertanto, a designare direttamente il foro competente senza rinviare alle disposizioni degli ordinamenti nazionali"[127]. Costantemente ormai la Corte interpreta i criteri di collegamento dell'art. 5 del regolamento alla luce del principio di prossimità, nel senso che le rilevanti disposizioni devono essere interpretate restrittivamente anche allo scopo di assicurare una significativa connessione fra giudice competente e controversia. Così, nella sentenza *Kronhofer*[128] la Corte ha potuto affermare che "*la regola enunciata all'art. 5, punto 3, della Convenzione trova il suo fondamento nell'esistenza di un collegamento particolarmente stretto tra una data controversia e un giudice diverso da quello del domicilio del convenuto, che giustifica un'attribuzione di competenza a quest'ultimo giudice ai fini della buona amministrazione della giustizia*"[129], e quindi una più facile assunzione delle prove, la più comoda audizione dei testimoni, un più immediato accesso ai luoghi, e ogni altro vantaggio che la presenza del giudice nel luogo in cui si sono svolti i fatti può comportare.

Tuttavia, il principio di prossimità e la necessità di attribuire competenza a un giudice fisicamente vicino al rapporto litigioso non permeano l'intero regolamento. Infatti, la Corte di giustizia, in relazione alla Convenzione di Bruxelles, ha affermato che le parti di un contratto possono liberamente scegliere il giudice competente a conoscere le loro controversie, prescindendo "*da ogni legame oggettivo tra il rapporto giuridico controverso e il giudice designato*"[130]. L'esigenza di garantire in ogni caso quantomeno uno stretto collegamento tra la fattispecie e il giudice competente, quindi, non ha un carattere assoluto nel sistema del regolamento e può essere sacrificata in forza di altre necessità considerate di maggior rilevanza, quali il rispetto della volontà delle parti espressa in una clausola di proroga di competenza.

3. Il rinvio

Nell'applicazione dei metodi di soluzione del conflitto di leggi occorre poi considerare il rinvio. Tale procedimento opera quando la *lex fori* faccia riferimento anche al sistema internazionalprivatistico della legge designata e questa non si ritenga applicabile, richiamando la

---

[127] Sentenza *Color Drack*, cit., punto 30 della motivazione. Al punto 22, la Corte precisa che "*la norma della competenza del giudice del domicilio del convenuto è completata, infatti, all'art. 5, punto 1, del regolamento n. 44/2001, da una norma di competenza speciale in materia contrattuale. Questa, che risponde a un obiettivo di prossimità, è fondata sull'esistenza di una stretta correlazione tra il contratto e il giudice chiamato a conoscerne.*"

[128] Corte di giustizia 10 giugno 2004, causa C-168/02, *Kronhofer*, in *Racc*. I-6009.

[129] Punto 15 della motivazione. In tal senso si vedano anche: Corte di giustizia 30 novembre 1976, causa 21/76, *Bier*, in *Racc.* 1735; Corte di giustizia 1 ottobre 2002, causa C-167/00, *Henkel,* in *Racc*. I-8111.

[130] Corte di giustizia 16 marzo 1999, causa C-159/97, *Trasporti Castelletti*, in *Racc*. I-1597, punto 50. Si vedano, altresì: Corte di giustizia 17 gennaio 1980, causa 56/79, *Zelger*, in *Racc*. 89; Corte di giustizia 20 febbraio 1997, causa C-269/95, *Benincasa*, in *Racc*. I-3767.

legge di un altro ordinamento. Si distingue, allora, il rinvio *indietro* (*renvoi au premier degré*), che è effettuato a favore della *lex fori*, dal rinvio *oltre* o *altrove* (*renvoi au deuxième degré*), cioè verso un terzo ordinamento. Come messo in luce da autorevole dottrina[131], non è logicamente necessario prendere in considerazione altresì le norme di diritto internazionale privato della legge richiamata dalla *lex fori*; tuttavia, tale operazione può comportare dei vantaggi, quale quello di evitare dei conflitti negativi o positivi[132]. Si deve verificare, però, se il rinvio sia o meno compatibile con la finalità e la struttura delle teorie sino ad ora considerate.

Si deve ricordare che uno degli obiettivi primari del metodo della localizzazione è quello di garantire l'uniformità delle decisioni, nel senso che qualsiasi giudice astrattamente competente nel merito individuerebbe come applicabile la stessa legge materiale. In tale prospettiva il rinvio sembra permettere un miglior coordinamento fra ordinamenti. Infatti, se la *lex fori* individua una legge che *non vuole* applicarsi, allora è necessario far ricorso alle sue norme di diritto internazionale privato per determinare la legge che qualsiasi giudice, anche quello dell'ordinamento della legge richiamata, applicherebbe nella risoluzione di quella specifica controversia.

Tuttavia, il metodo della localizzazione si ispira all'universalità delle soluzioni di diritto internazionale privato, per cui gli ordinamenti interni dovrebbero prevedere lo stesso criterio di collegamento, quello della sede del rapporto. Se così fosse, non vi sarebbe spazio per il rinvio, dal momento che il richiamo sarebbe sempre accettato. Nella diversità dei sistemi di diritto internazionale privato nazionali, rilevata anche da Savigny, il rinvio può essere strumento funzionale all'uniformità delle soluzioni.

Tuttavia, possono sorgere difficoltà applicative, se *lex fori* e *lex causae* non utilizzano lo stesso metodo conflittuale. Ad esempio, se la legge applicabile si individua sulla base della teoria classica, e la *lex causae* rinvia a un'altra legge in forza di un altro metodo internazionalprivatistico, si individua una legge regolatrice del rapporto che non è quella della

---

[131] MAYER P., HEUZÉ V., *op. cit.*, p. 157.

[132] BATIFFOL H., LAGARDE P., *op. cit.*, p. 491. L'esempio che viene tradizionalmente proposto in tema di rinvio è il caso *Forgo* (Cour de Cassation, Ch. Civ., 24 juin 1878, in *Journal de droit international*, 1897, p. 285). Un cittadino bavarese si era trasferito in Francia da bambino e ivi era morto, senza mai aver ottenuto il domicilio. Apertasi la sua successione, sorse il problema della determinazione della legge applicabile. Secondo il sistema di diritto internazionale privato francese, la legge applicabile alla successione mobiliare era quella del luogo del domicilio del defunto, quindi la legge bavarese; secondo il diritto internazionale privato bavarese, tuttavia, era applicabile la legge della residenza abituale, e quindi quella francese. La *lex fori* individuava come competente una legge che non voleva applicarsi al caso di specie. Se il richiamo internazionalprivatistico si fosse inteso come limitato alle norme di diritto materiale dell'ordinamento richiamato, sarebbe stata applicabile la legge bavarese e alcuni lontani parenti del *de cuius* avrebbero ereditato; se, invece, il richiamo fosse stato esteso anche alle norme di conflitto dell'ordinamento bavarese, sarebbe stata applicabile la legge francese, che non riconosceva alcun diritto successorio a tali lontani parenti. I giudici francesi preferirono questa soluzione, affermando l'operatività del rinvio indietro.

sua sede naturale, come voluto dalla *lex fori*[133]. Si perdono così l'astrattezza e l'immediatezza nella determinazione della legge applicabile che sono tipiche della formulazione classica della teoria.

Inoltre non si superano i problemi che sono sollevati dal rinvio e che sono oggetto di critiche da parte della – ormai minoritaria – dottrina. Fra queste, si deve ricordare che se il rinvio è indietro, potrebbe crearsi un circolo vizioso, perché la *lex fori* rinvierà a un ordinamento che dichiarerà applicabile la *lex fori* medesima. In gran parte questi problemi sono oggi risolti dalle codificazioni nazionali di diritto internazionale privato[134], che determinano i casi e i limiti in cui il rinvio è accettato. Se, invece, il rinvio è altrove, può teoricamente prodursi una catena infinita di rinvii; in pratica, questo problema raramente si pone, dal momento che i fattori di collegamento di una fattispecie e i criteri utilizzati dai sistemi nazionali sono normalmente in numero ridotto[135].

Il vantaggio più evidente nell'applicazione del rinvio indietro consiste nel fatto che il giudice applica la sua legge, senza che sia necessario accertare il contenuto della legge straniera richiamata. Il rinvio oltre garantisce meglio l'uniformità delle decisioni; se esso è accettato, la decisione che applica la seconda legge richiamata è riconoscibile con gran probabilità in tre ordinamenti contemporaneamente interessati a quella fattispecie, cioè quello del foro, quello richiamato dalla *lex fori*, quello della *lex causae*. Questa uniformità rischia di venir meno quando il rinvio oltre non sia accettato; la dottrina discute sull'individuazione della legge applicabile in tali casi[136].

Se, alla luce dell'obiettivo di assicurare l'armonia internazionale, il rinvio è giustificato nella teoria della localizzazione del rapporto, analoghe considerazioni non sembrano possibili

---

[133] Per approfonditi studi sul coordinamento fra ordinamenti si rinvia all'ampia bibliografia di Picone, fra le cui opere si può ricordare, a questo proposito: PICONE P., *Les méthodes de coordination*, cit., p. 232; ID., *Studi di diritto internazionale privato*, 2003, Napoli; ID., *Diritto internazionale privato comunitario e metodi di coordinamento tra ordinamenti*, in *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, a cura di Picone P., 2004, Padova, p. 485.

[134] Si veda l'art. 13 della l. 218/1995.

[135] I due problemi possono altresì cumularsi, nel senso che la legge richiamata dalla legge individuata dopo una serie di rinvii oltre è quella del foro, dando vita nuovamente a una catena: in tal caso la soluzione dovrebbe essere, ancora una volta, ricercata nella *lex fori*.

[136] BATIFFOL H., LAGARDE P., *op. cit.*, p. 496; MAYER P., HEUZÉ V., *op. cit.*, p. 166. Può farsi riferimento alla *lex fori*, ma questo significherebbe configurare il diritto internazionale privato in senso unilateralista. Potrebbe ritenersi applicabile la legge richiamata dalla *lex fori*, affermando che il rinvio è uno strumento di carattere eccezionale e che pertanto non necessariamente deve essere utilizzato quando i suoi risultati concreti sono contrari alle finalità perseguite. Tuttavia, ciò significherebbe forzare la prima legge richiamata, la quale non si ritiene competente a disciplinare quella fattispecie e ne conseguirebbe una probabile disomogeneità delle soluzioni. Infine, si può applicare l'ultima legge designata: per quanto anche questa soluzione possa apparire una forzatura, essa potrebbe garantire meglio l'uniformità delle decisioni, perché dopo una catena di rinvii i giudici astrattamente competenti – o appartenenti a ordinamenti giuridici interessati a quella fattispecie - con maggiori probabilità arriveranno all'individuazione di quella legge come competente, piuttosto che alla *lex fori* o ad altre leggi susseguitesi nella catena.

per il principio di prossimità. Esso, infatti, prescinde da considerazioni astratte e cerca, sulla base degli elementi concreti della fattispecie, di individuare l'ordinamento giuridico che effettivamente presenta il legame più intenso con la fattispecie. Pertanto, secondo tale teoria, non può ammettersi il rinvio, perché esso condurrebbe necessariamente all'applicazione di un ordinamento meno collegato rispetto al primo[137]. Se, per assurdo, l'ordinamento richiamato per secondo fosse quello più prossimo alla fattispecie, ciò significherebbe che era erronea la prima qualificazione della fattispecie effettuata dal giudice – che non ha correttamente individuato l'ordinamento che presenta il collegamento più stretto; pertanto dovrebbe applicarsi la legge designata a seguito del rinvio in quanto legge più strettamente collegata con la fattispecie, indipendentemente dall'operatività del rinvio stesso. Questo strumento perde la sua portata e la sua utilità quando il criterio di collegamento è flessibile e consente al giudice di operare con una certa discrezionalità sulle circostanze concrete del caso[138].

Si vede come, nonostante le affinità di partenza delle due teorie prese in considerazione, le conseguenze in tema di rinvio sono opposte, dal momento che l'impostazione più tradizionale è compatibile con l'accettazione di tale strumento, salva la previsione di ulteriori specificazioni circa la sua operatività, mentre la teoria fondata sul principio del collegamento più stretto pare contrastare con questo meccanismo[139].

4. Il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze straniere

I sistemi nazionali di conflitto possono subordinare il riconoscimento e l'esecuzione di una sentenza straniera a un duplice controllo preliminare: il giudice richiesto può dover verificare dapprima la competenza del giudice del merito[140], e quindi quale sia la legge applicata nel caso concreto. Egli potrebbe, quindi, rifiutare di attribuire effetti alla sentenza nel proprio Stato, se essa non proviene da un giudice "competente", che abbia applicato la stessa legge che sarebbe stata richiamata dallo stesso giudice richiesto, se fosse stato investito della causa nel merito. Questo controllo si giustifica tradizionalmente per il fatto che lo Stato richiesto del riconoscimento o dell'esecuzione non può imporre al giudice del merito l'applicazione delle proprie norme di conflitto per la determinazione della legge applicabile alla fattispecie, ma,

[137] Questo non significa che l'ordinamento così richiamato non presenti dei collegamenti, anche significativi, con la fattispecie, ma l'obiettivo è quello di riuscire a individuare il legame *più intenso*, e non un qualsiasi nesso. BATIFFOL H., LAGARDE P., *op. cit.*, p. 507.
[138] LAGARDE P., *Le principe de proximité*, cit., p. 40.
[139] Quanto all'esame del rilievo del rinvio nella Convenzione di Roma, si veda *infra*, par. 5.4.
[140] In tal caso la competenza è talvolta intesa come "astratta competenza", nel senso che il giudice del merito ha fondato la propria giurisdizione su principi conosciuti anche dall'ordinamento richiesto del riconoscimento, o come effettiva competenza.

specularmente, può rifiutare il riconoscimento di una sentenza straniera emanata in forza di una legge che il diritto internazionale privato del giudice richiesto ritiene, invece, inapplicabile al caso di specie.

A livello comunitario controlli di questo tipo rivestono carattere eccezionale. In particolare, per quanto riguarda la giurisdizione, il reg. n. 44/2001 prevede espressamente che, salvo alcuni casi – relativi proprio al foro del consumatore e dell'assicurato, nonché nelle ipotesi di competenze esclusive[141] - il giudice del riconoscimento non può valutare la competenza del giudice del merito, e che in ogni caso questioni di competenza non rientrano nella nozione di ordine pubblico[142]. Il sistema è la logica conseguenza del principio di mutua fiducia fra autorità giurisdizionali degli Stati membri, per cui il giudice richiesto del riconoscimento non può sindacare le decisioni prese dal giudice adito nel merito, che è quello che meglio può verificare la propria competenza ai sensi del reg. n. 44/2001; ne consegue che questa valutazione non può essere successivamente rivista da altro giudice[143]. Si tratta, tuttavia, di un sistema a carattere speciale[144].

La teoria classica della localizzazione del rapporto non esclude che sia verificata l'esistenza quantomeno di un collegamento minimo fra il giudice del merito e la controversia. Infatti, si ritiene opportuno che il giudice adito presenti un collegamento spaziale significativo con la fattispecie; in caso contrario sarebbe pregiudicato l'intero funzionamento di questo metodo. Se le parti dovessero erroneamente adire un giudice non sufficientemente collegato con i fatti, e questi decidesse nel merito, un riesame della competenza giurisdizionale dovrebbe essere ammissibile da parte del giudice del riconoscimento.

Per il metodo classico appare dunque almeno opportuno un controllo della competenza del giudice. Questa è anche la scelta effettuata, ad esempio, dal legislatore italiano all'art. 64 l. 218/1995, ai sensi del quale la sentenza straniera non può essere riconosciuta se il giudice del merito non poteva conoscere della causa secondo criteri sulla competenza giurisdizionale

[141] Si veda *infra*, cap. II, par. 5.1.

[142] Si vedano gli artt. 35 e 36 del regolamento. In tale senso si è espressa anche la Corte di giustizia nel caso *Krombach* (28 marzo 2000, causa C-7/98, in *Racc*. I-1995), nel quale essa ha affermato che neanche la competenza fondata su criteri esorbitanti può essere valutata dal giudice del riconoscimento e dell'esecuzione alla luce dell'ordine pubblico.

[143] Questo principio è stato chiaramente formulato dalla Corte di giustizia nella sentenza del 9 dicembre 2003, causa C-116/02, *Gasser*, in *Racc*. I-4693.

[144] Nemmeno la Convenzione dell'Aja sulla proroga di competenza, conclusa il 30 giugno 2005, prevede che sia effettuato un controllo rigido circa la competenza del giudice del merito. Tuttavia il giudice richiesto può rifiutare il riconoscimento o l'esecuzione se la clausola di proroga di competenza era nulla o invalida, a meno che il giudice del merito l'abbia dichiarata valida. Può dunque aversi un controllo della competenza giurisdizionale del primo giudice, se la questione della validità della clausola non è stata da lui risolta in senso favorevole. Dal sistema convenzionale pare che l'eccezione di invalidità sia proponibile dalla parte interessata anche quando la questione non sia del tutto stata discussa nel giudizio di merito.

conformi a quelli dell'ordinamento italiano[145]. Si esclude, così, che la competenza del giudice del merito sia basata su criteri del tutto esorbitanti e non significativi.

Viceversa, si riscontra una tendenza ad abbandonare il controllo della legge applicata; ciò si verifica anche nel sistema comunitario. Infatti, il reg. n. 44/2001, contrariamente alla Convenzione di Bruxelles, non prevede alcun motivo ostativo al riconoscimento di decisioni straniere relativo alla legge applicata. Secondo il sistema convenzionale (art. 27, n. 4) l'esecuzione poteva essere rifiutata se il giudice del merito avesse risolto una questione preliminare relativa allo stato o alla capacità delle persone fisiche, al regime patrimoniale tra coniugi, ai testamenti o alle successioni, violando una disposizione di diritto internazionale privato della legge del giudice del riconoscimento, a meno che l'applicazione delle due distinte leggi non producesse lo stesso risultato[146]. In questioni particolarmente delicate, dunque, la Convenzione consentiva un limitato controllo della legge applicata dal giudice del merito, allo scopo di garantire ai soggetti interessati la soluzione più corretta a livello internazionalprivatistico[147] e di rispettare il loro *status*. Questo controllo viene meno nel regolamento; pertanto, non è più necessario esaminare quale legge sia stata applicata dal giudice del merito e quali effetti essa abbia prodotto nel caso concreto. Tuttavia si deve rilevare come la soluzione adottata a livello comunitario si fondi sul pregnante presupposto della reciproca fiducia fra Stati membri e i loro organi giurisdizionali. Solo grazie a questo fattore di coesione è possibile consentire la libera circolazione delle decisioni giudiziarie senza tale previo controllo nel momento del riconoscimento o dell'esecuzione.

L'opportunità di evitare controlli sulla legge applicata è peraltro rilevata anche dai sostenitori del principio di prossimità. Tuttavia, in questo caso sembra ipotizzabile un esame della competenza del giudice del merito da parte del giudice richiesto dell'esecuzione e del riconoscimento. Dal momento che il giudice maggiormente idoneo a conoscere della controversia è quello più vicino alla fattispecie - pur non potendosi ravvisare una competenza esclusiva - la decisione di un altro giudice potrebbe non essere riconosciuta per non essere

[145] Per una più completa teorizzazione dei problemi relativi al riconoscimento e all'esecuzione di sentenze straniere e un'analisi approfondita del processo di delibazione conosciuto in Italia fino alla riforma del 1995 si rinvia a: MORELLI G., *op. cit.*, p. 262.
[146] PICONE P., *Diritto internazionale privato comunitario*, cit., p. 497.
[147] In caso contrario, nello Stato richiesto potrebbero crearsi delle situazioni contrastanti, dovendosi eseguire una decisione che applica una legge straniera che non è quella che viene richiamata dalla legge del giudice dello Stato richiesto. Per questo motivo, qualora gli effetti pratici dell'applicazione di due diverse leggi fossero gli stessi, non si porrebbe alcun problema e il giudice richiesto potrebbe riconoscere effetti esecutivi alla sentenza straniera.

l'organo decidente quello più adatto a risolvere la questione[148]. Il giudice del riconoscimento godrebbe di una certa discrezionalità in questo esame.

Inoltre, la caratteristica flessibilità del principio di prossimità e il controllo sulla competenza giurisdizionale possono consentire una tutela al contraente più debole. Infatti, lo Stato richiesto del riconoscimento potrebbe attribuire una competenza esclusiva, o comunque in qualche modo rafforzata[149], a un giudice che potrebbe risultare particolarmente favorevole alla parte debole[150]. Pertanto, la decisione sarebbe riconosciuta solo se il giudice che l'ha emessa è quello "esclusivamente" competente. A tali premesse consegue che potrebbe rifiutarsi il riconoscimento e l'esecuzione della sentenza emanata dal giudice imperativamente individuato dalle norme sulla competenza giurisdizionale in materia di contratti conclusi dalla parte debole, come avviene, in effetti, nell'ordinamento comunitario in relazione ai contratti di assicurazione e di consumo (art. 35 reg. n. 44/2001)[151].

Considerazioni apparentemente analoghe possono farsi per quanto attiene al controllo della legge applicata nel merito da parte del giudice del riconoscimento. Dal momento che il principio di prossimità tende a garantire anche l'uniformità delle soluzioni indipendentemente dal giudice adito, si potrebbe ritenere che, se nel merito non è stata applicata la legge avente il collegamento più stretto, o almeno un collegamento significativo con la fattispecie, la decisione non sarebbe idonea a circolare. Tuttavia, un controllo di questo tipo pregiudicherebbe la stessa pienezza della giurisdizione in capo al giudice del merito. Tralasciando il caso in cui gli effetti del riconoscimento della sentenza sarebbero contrari all'ordine pubblico dell'ordinamento richiesto[152], e l'ipotesi in cui vi siano delle norme di applicazione necessaria dello Stato richiesto

[148] Questa è la *ratio* che, *ex* artt. 22 e 35 reg. n. 44/2001 porta a escludere il riconoscimento delle sentenze pronunciate da un giudice incompetente, se la competenza è esclusiva e rientrante nel campo di applicazione dell'art. 22 medesimo. Sembra, in tal caso, potersi rielaborare la dottrina del *forum non conveniens* di matrice anglosassone. Dal momento che il giudice che ha pronunciato la sentenza da riconoscere non è quello più adatto a giudicare della causa, per l'esistenza di un altro giudice più prossimo ai fatti, allora l'autorità richiesta dell'esecuzione potrebbe rifiutarla.

[149] Rafforzata potrebbe essere considerata l'attribuzione di competenza ai giudici del domicilio del consumatore, del contraente dell'assicurazione, dell'assicurato e del beneficiario del contratto di assicurazione nel reg. n. 44/2001, dal momento che essa può essere derogata dalla volontà delle parti in casi limitati e che la violazione delle norme sulla giurisdizione nei contratti di consumo e di assicurazione può essere eccezionalmente verificata dal giudice del riconoscimento (si veda *infra*, cap. III, par. 4 e cap. IV, par. 4.1).

[150] Nella valutazione della sussistenza di uno stretto collegamento entrerebbero in gioco anche esigenze di carattere materiale, quali la necessità di non costringere una parte economicamente svantaggiata e giuridicamente meno esperta a difendersi o ad agire davanti a un giudice lontano dal suo domicilio: v. *supra*, cap. introduttivo, par. 5.

[151] V. *infra*, cap. II, par. 5.1.

[152] In questo caso nemmeno vi è un problema di scelta di legge applicabile, perché lo stesso ordinamento richiesto potrebbe individuare quella legge come competente, nonostante il fatto che i suoi effetti pratici nel caso concreto siano contrari all'ordine pubblico.

del riconoscimento non applicate dal giudice del merito[153], se la regola di conflitto si fonda esclusivamente sul principio di prossimità risulta più difficile giustificare il controllo sulla legge applicabile. Se il giudice del riconoscimento ritiene che la decisione è stata emanata dal giudice competente, ciò significa che egli lo ha considerato come il più adatto a conoscere della controversia, e pertanto non potrebbe sindacare il fatto che egli abbia applicato le proprie norme di diritto internazionale privato per la determinazione della legge applicabile. Se il giudice del riconoscimento pretendesse il rispetto dei principi del proprio sistema di diritto internazionale privato, il giudice del merito sarebbe considerato quasi una sorta di emanazione del giudice del riconoscimento, l'ordinamento del quale sostanzialmente detterebbe le norme di conflitto. Ciò significherebbe, essenzialmente, svuotare la portata della giurisdizione del giudice adito[154]. Pertanto non è accettabile un controllo sulla legge individuata come applicabile da parte del giudice considerato competente anche dall'autorità giurisdizionale richiesta del riconoscimento o dell'esecuzione.

Da questa breve analisi risulta evidente che un sistema di controlli sulla giurisdizione e sulla legge applicata nel merito può costituire un importante ostacolo alla libera circolazione delle decisioni in ambito comunitario. L'eventuale sindacato del giudice del riconoscimento sull'operato del giudice del merito può pregiudicare l'obiettivo di creare uno spazio di cooperazione più forte, che pone fra i suoi principi fondamentali la reciproca fiducia fra autorità giurisdizionali[155], ed è, pertanto, fortemente limitato nell'ordinamento comunitario.

---

[153] In questo caso vi sarebbe un conflitto con il principio di sovranità, per cui il giudice richiesto potrebbe ritenere più opportuno l'applicazione della legge del proprio Stato; LAGARDE P., *Le principe de proximité*, cit., p. 183.

[154] LAGARDE P., *Le principe de proximité*, cit., p. 184. Riflessioni analoghe valgono anche nel caso in cui le parti abbiano designato il giudice competente. In tal caso, un riesame dei metodi seguiti per individuare la legge applicabile al caso di specie significherebbe svuotare di contenuto la scelta operata dalle parti, che hanno designato un giudice, accettando le conseguenze che derivano da questa opzione, ivi compresa l'applicazione delle sue norme di conflitto.

[155] Circa la necessità di abolire in ambito comunitario qualsiasi controllo nella circolazione delle decisioni giurisdizionali si veda: VAN DER GRINTEN P., *Abolishing Exequatur in the European Union: an Alternative*, in *Crossing borders: essays in European and private international law, nationality law and Islamic law in honour of Frans van der Velden*, a cura di van der Grinten P., Heukels T., 2006, The Hague, p. 71.

5. La Convenzione di Roma del 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali

Dopo aver brevemente analizzato le principali problematiche relative alla teoria classica della localizzazione del rapporto e al principio del collegamento più stretto, è ora necessario vedere come gli stessi istituti siano recepiti nel sistema comunitario, con particolare riguardo alla Convenzione di Roma e al diritto derivato[156].

5.1 Il criterio del collegamento più stretto

Come si è già avuto modo di accennare, la Convenzione di Roma del 1980 accoglie il principio di prossimità come criterio generale di collegamento[157]. Ai sensi dell'art. 4, in mancanza di scelta di legge compiuta dalle parti, "*il contratto è regolato dalla legge del paese*

[156] La Convenzione di Roma non disciplina i contratti di assicurazione *per la copertura di rischi localizzati nei territori degli Stati membri della Comunità europea*, salvi i contratti di riassicurazione (art. 1, parr. 3 e 4 Conv.; critico su questa scelta: POCAR F., *Conflitti di leggi e di giurisdizioni in materia di assicurazioni nella Comunità Economica europea*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1987, p. 417). Per queste ipotesi sono state emanate norme di conflitto speciali, contenute in due direttive di coordinamento dei servizi assicurativi (Seconda Direttiva 88/357/CEE del Consiglio del 22 giugno 1988 recante coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative riguardanti l'assicurazione diretta diversa dall'assicurazione sulla vita, e alla fissazione delle disposizioni volte ad agevolare l'esercizio effettivo della libera prestazione di servizi e che modifica la direttiva 73/239/CEE, in *GU* n. L 172 del 4 luglio 1988, p. 1; Seconda direttiva 90/619/CEE del Consiglio, dell'8 novembre 1990, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative riguardanti l'assicurazione sulla vita, fissa le disposizioni destinate a facilitare l'esercizio effettivo della libera prestazione di servizi e modifica la direttiva 79/269/CEE, in *GU* n. L 330 del 29 novembre 1990, p. 50, successivamente abrogata dalla Direttiva 2002/83/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 novembre 2002, relativa all'assicurazione sulla vita, in *GU* n. L 345 del 19 dicembre 2002, p. 1). Si noti che il progetto di regolamento "Roma I" estende il proprio campo di applicazione anche ai contratti di assicurazione; inoltre, il documento del 25 giugno 2007 del Consiglio (JUSTCIV 175 CODEC716) inserisce un nuovo art. 5*bis*, rubricato proprio contratto di assicurazione. La disposizione è complessa e distingue a seconda che si tratti di assicurazioni grandi rischi – definiti al par. *1bis* - o riassicurazioni, assicurazioni obbligatorie e altre assicurazioni.

[157] In generale sulla Convenzione di Roma si rinvia a: COLLINS L., *Contractual obligations – The EEC preliminary draft Convention on private international law*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1976, p. 35; FLETCHER I., *op. cit.*; *La Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, a cura della Scuola di Notariato A. Anselmi di Roma, 1983, Milano; PICCHIO FORLATI L., *La Convenzione di Roma del 1980 sulla legge applicabile ai contratti nell'ordinamento italiano*, in *Giurisdizione e legge applicabile ai contratti nella CEE*, a cura di Jayme E., Picchio Forlati L.,1990, Padova, p. 109; LAGARDE P., *Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980*, in *Revue critique de droit international privé*, 1991, p. 287; BARATTA R., *op. cit.*; SACERDOTI G., FRIGO M. (a cura di), *La Convenzione di Roma sul diritto applicabile ai contratti internazionali*, 1994, Milano; BIANCA C.M., GIARDINA A. (a cura di), *Convenzione sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma 19 giugno 1980)*, 1995, Padova; DUTOIT B., *The Rome Convention on the Choice of Law for Contracts*, in *European Private International Law*, a cura di von Hoffman B., 1998, Nijmegen, p. 39; CARELLA G., *Autonomia della volontà e scelta di legge nel diritto internazionale privato*, 1999, Bari; BARATTA R., *Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, in *Il diritto privato dell'Unione europea,* tomo II, a cura di Tizzano A., 2006, Torino, p. 1373; BOSCHIERO N., *Obbligazioni contrattuali (diritto internazionale privato)*, in *Enciclopedia del diritto, Aggiornamento*, 2000, Milano; CELLE P., *I contatti di assicurazione grandi rischi nel diritto internazionale privato*, 2000, Padova; CONETTI G., TROMBETTA PANIGALDI F., TONOLO S., *La legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, in *Il diritto privato nella giurisprudenza, I contratti in generale, I*, a cura di Cendon P., 2000, Torino, p. 163; VILLANI U., *La Convenzione di Roma sulla legge applicabile ai contratti*, 2000, Bari; CONETTI G., *Contratto nel diritto internazionale privato*, in *Digesto delle discipline privatistiche, Aggiornamento*, 2003, Torino; BOSCHIERO N., *Verso il rinnovamento e la trasformazione della Convenzione di Roma: problemi generali*, in *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, cit., p. 319.

con il quale presenta il collegamento più stretto". Si è optato, così, per un criterio flessibile, nonostante alcune obiezioni sollevate proprio dall'Italia nella fase del negoziato[158]. Queste erano ispirate all'idea che un criterio rigido avrebbe meglio garantito la certezza del diritto e la prevedibilità della legge applicabile. Ad avviso degli esperti che hanno elaborato la Convenzione[159], una scelta a favore di una norma di conflitto rigida si sarebbe rivelata inopportuna. Infatti, la Convenzione prevede una disciplina generale per tutti i tipi di contratto, distinguendo solo quelli conclusi dal consumatore e dal lavoratore. Sarebbe stato, pertanto, estremamente difficile individuare un criterio di collegamento rigido e funzionale per la generalità dei contratti; un certo margine di discrezionalità lasciato all'interprete avrebbe consentito di individuare di volta in volta, per ogni singolo tipo di contratto e nelle fattispecie concrete, la legge più idonea a regolare quel caso[160].

Anche la dir. 88/357 sui servizi di assicurazione diversi da quella vita[161] assume il principio di prossimità come criterio di collegamento, nel caso in cui la scelta di legge non sia espressa con ragionevole certezza, ovvero in caso di mancanza di scelta. Tuttavia, la disposizione limita il novero degli ordinamenti nei quali tale prossimità va ricercata, facendosi solo riferimento ai luoghi di localizzazione del rischio o dei rischi e di residenza abituale o amministrazione centrale del contraente assicurato, l'art. 7, par. 1, lett. h) stabilisce, inoltre, che il collegamento più stretto si presuppone esistere con lo Stato del luogo ove è situato il rischio. La struttura della norma è pertanto molto simile all'art. 4 della Convenzione di Roma. La discrezionalità del giudice nell'individuazione della legge maggiormente collegata alla fattispecie pare, in queste ipotesi, maggiormente ristretta. Tuttavia, la diversa formulazione delle norme non sembra comportare diversi risultati pratici; anche qualora non vi fossero queste

---

[158] Traspare dalla Relazione Giuliano - Lagarde sulla Convenzione di Roma (Relazione sulla Convenzione relativa alla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, in *GU* n. C 282 del 31 ottobre 1980, p. 1, commento all'art. 4) come l'Italia fosse l'unico Stato membro allora a conoscere un criterio di collegamento rigido per la determinazione della legge applicabile ai rapporti contrattuali, individuato in via generale dalla nazionalità dei contraenti, se comune, o dal luogo di conclusione del contratto (art. 25 disp. prel. c.c.). Il diritto inglese, ad esempio, già applicava la teoria della *closest and most real connection*. Si veda: NORTH P.M., FAWCETT J.J., *op. cit.*, p. 533.

[159] Si veda la Relazione Giuliano – Lagarde, commento all'art. 4.

[160] BARATTA R., *Il collegamento più stretto*, cit., p. 72. Deve rilevarsi come l'Autore citi altresì autorevole dottrina straniera contraria alla soluzione accolta nella Convenzione, perché i redattori avrebbero potuto raggiungere una soluzione di compromesso per uniformare effettivamente il diritto internazionale privato dei contratti all'interno della Comunità: in tal modo troppo spazio sarebbe lasciato all'interprete. Nell'attuale proposta di regolamento la scelta è opposta.

[161] La direttiva non pare avere fra i suoi principali obiettivi quello della tutela della parte contrattuale debole attraverso il sistema internazionalprivatistico. Infatti, una certa protezione contro abusi che potrebbero essere compiuti nei confronti delle parti meno deboli dovrebbero essere già evitati attraverso il coordinamento e l'armonizzazione effettuate dalle due direttive. Questi obiettivi paiono, a nostro avviso, chiari nel momento in cui il criterio principale non è costituito meramente dal luogo di residenza abituale del contraente, ma dal principio di prossimità che solo si presume concretizzarsi nel luogo in cui il rischio è situato. Si richiede, evidentemente, un forte collegamento oggettivo, indipendentemente da qualsiasi esigenza di tutela della parte debole.

indicazioni da parte del legislatore della direttiva, difficilmente il giudice potrebbe trovare maggiormente connesso con il contratto un altro e diverso ordinamento rispetto a quelli indicati[162]. Pertanto, le osservazioni che si proporranno nel presente paragrafo devono ritenersi valevoli anche per i criteri speciali del contratto di assicurazione.

Anche la discrezionalità lasciata dalla Convenzione di Roma è in qualche modo limitata[163].

Infatti, una serie di presunzioni aiuta l'interprete a individuare quale sia il collegamento più stretto[164]. In via generale, esso si presume esistente nel luogo della residenza abituale della parte che deve fornire la prestazione caratteristica[165]; se è una persona giuridica, si fa riferimento al luogo ove essa ha la propria amministrazione centrale, ma se il contratto è stato concluso nello svolgimento dell'attività professionale del prestatore caratteristico, deve prendersi in considerazione la sede principale dell'attività, o la diversa sede tenuta all'adempimento dell'obbligazione[166].

Si può dubitare del fatto che questo criterio individui effettivamente il luogo con cui il contratto presenta il collegamento più stretto: infatti, non si tratta del luogo di esecuzione della prestazione caratteristica, ma della residenza del soggetto che la deve adempiere. Questa può trovarsi in un Paese diverso da quello in cui l'obbligazione deve essere adempiuta e può costituire un elemento accidentale e marginale del contratto, tale da non riuscire a

---

[162] Rileva le analogie fra la Convenzione di Roma e la dir. 88/357 la Court of Appeal, Civil division, 12th March 1997, *Credit Lyonnais v. New Hampshire Insurance Company*, consultabile sul sito www.bailii.org. Nella sentenza la Corte ha fatto riferimento alla pratica sorta dall'applicazione della Convenzione di Roma e della relativa dottrina allo scopo di individuare quale fosse la legge più strettamente collegata con il contratto in esame.

[163] Eccezionalmente, è consentito il *dépeçage* (si veda anche l'art. 7, par. 1, lett. h) dir. 88/357). Infatti, qualora il contratto sia separabile in più parti, e ciascuna di esse presenti collegamenti più stretti con ordinamenti diversi, il giudice potrà applicare leggi diverse. Si tratta, evidentemente, di contratti di una certa complessità, che prevedono più obbligazioni a capo di ciascun contraente. Si ritiene, comunque, che questa disposizione consenta di applicare nel modo più preciso il principio di prossimità, individuandosi in tal modo la legge più prossima a un determinato rapporto giuridico come se fosse indipendente rispetto al contratto globale che lo contiene.

[164] Come rileva LAGARDE P., *Le principe de proximité*, cit., p. 41, in relazione al sistema svizzero, e p. 46, l'indicazione di una serie di presunzioni non è incompatibile con la struttura del principio di prossimità, purché si tratti di un catalogo di rapporti esemplificativo ma non esclusivo e che sia superabile tramite l'analisi degli altri elementi di fatto.

[165] Per la nozione di prestazione caratteristica si fa rinvio alla dottrina citata in relazione all'analisi della Convenzione di Roma. Particolarmente devono essere segnalate l'opera di LECLERC F., *op. cit.*, p. 172; MAGAGNI M., *op. cit.*, spec. pp. 270 e 431; ANCEL M.E., *La prestation caractéristique du contrat*, 2002, Paris.

[166] Per prevenire conflitti mobili, è stato specificato che la residenza deve valutarsi al momento della conclusione del contratto. In tal modo si supera una difficoltà interpretativa classica del diritto internazionale privato, ovvero l'incidenza delle modificazioni degli elementi di fatto nel corso del rapporto instaurato, e si evita altresì che il prestatore caratteristico possa fraudolentemente modificare la legge applicabile dopo la conclusione del contratto, attraverso un mero cambiamento della propria residenza abituale. Per il problema del conflitto mobile si veda: DICEY A.V., MORRIS J.H.C., *op. cit.*, p. 55; MAYER P., HEUZÉ V., *op. cit.*, p. 177; RIGAUX F., FALLON M., *op. cit.*, p. 213.

caratterizzarlo[167]. Anche le dottrine anglo americane[168] non prendono in considerazione, fra gli elementi rilevanti per la determinazione della legge applicabile, la residenza del prestatore caratteristico; come risulta dalla stessa Relazione Giuliano – Lagarde, la giurisprudenza e i legislatori degli altri Stati membri hanno attribuito maggior rilievo alla funzione economico – sociale del contratto, che si concretizza nel luogo di adempimento della prestazione caratteristica. La stessa Relazione, tuttavia, all'inizio del commento alla disposizione, fa riferimento al "*luogo in cui deve effettuarsi la prestazione caratteristica*", il quale coincide con il luogo della residenza del prestatore caratteristico solo nel caso in cui l'obbligazione sia chiedibile e le parti non abbiano designato un luogo diverso. Si afferma, poi, che "*è naturale*" che la residenza prevalga sul luogo di esecuzione vero e proprio, senza meglio motivare[169]. Pare, tuttavia, che nell'individuazione del collegamento più stretto sia preponderante il luogo di esecuzione di tale prestazione[170]; solo i paragrafi successivi contengono delle presunzioni

---

[167] BLOM J., *op. cit.*, p. 184; FLETCHER I., *op. cit.*, p. 162; BADIALI G., *Le droit international privé des Communautés européennes*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 1985, tomo 191, p. 98; NORTH P.M., FAWCETT J.J., *op. cit.*, p. 573; DICEY A.V., MORRIS J.H.C., *op. cit.*, p. 1234 (il criterio della residenza del prestatore caratteristico si allontana dalla *closest and most real connection* di matrice anglosassone, che vedeva quale legge applicabile al contratto quella del luogo dell'esecuzione della prestazione caratteristica). Tuttavia, secondo LAGARDE P., *Le nouveau droit international privé des contrats*, cit., p. 308 la residenza abituale del prestatore caratteristico sarebbe più facilmente determinabile rispetto al luogo di esecuzione della prestazione.

[168] V. *supra*, par. 2.

[169] Rileva tali incongruenze anche: LOPES PEGNA O., *Il rilievo del collegamento più stretto dalla Convenzione di Roma alla proposta di regolamento «Roma I»*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2006, p. 773. Si veda, nel senso di dare scarso rilievo a questa incongruenza: MAGAGNI M., *op. cit.*, p. 57.

[170] Il criterio della residenza può favorire la parte contrattualmente più forte al di fuori dell'ambito dei contratti conclusi dal consumatore. Questo in quanto egli è spesso il prestatore caratteristico, tenuto a un'obbligazione diversa da quella pecuniaria. Inoltre, proprio quando egli agisce per la sua attività professionale, ha rilievo il luogo della sua sede (D'OLIVEIRA J., *«Charateristic Performance» in the Draft EEC Obligation Convention*, in *American journal of comparative Law*, 1977, p. 303; GIARDINA A., *Volontà delle parti, prestazione caratteristica e collegamento più significativo*, in *Verso una disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti*, a cura di Treves T., 1983, Padova, p. 4; PICCHIO FORLATI L., *op. cit.*, p. 142; LECLERC F., *op. cit.*, p. 173; LOPES PEGNA O., *op. cit.*, p. 764; si deve ricordare che secondo LANDO O., *The EEC Convention on the law applicable to contractual obligations*, in *Common Market Law Review*, 1987, p. 202; LAGARDE P., *Le nouveau droit international privé des contrats*, cit., p. 308 e MAGAGNI M., *op. cit.*, p. 175, GONZÁLES CAMPOS J.D., *Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des régles de droit international privé. Cours général*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 2000, p. 348 che in questo modo si tutelano le aspettative del prestatore caratteristico che agisce a livello professionale di veder regolati tutti i contratti da lui conclusi dalla stessa legge sostanziale, razionalizzando e uniformando i suoi rapporti contrattuali). Secondo VILLANI U., *op. cit.*, p. 96 il criterio della residenza del prestatore caratteristico concretizza un fattore di collegamento – il collegamento più stretto, appunto – altrimenti eccessivamente elastico, e presenta il vantaggio di essere facilmente conoscibile. Pur condividendo tali affermazioni, le obiezioni contrarie all'utilizzazione di questo collegamento paiono assorbenti; i medesimi obiettivi posti in luce dall'Autore sarebbero potuti essere raggiunti individuando diversa presunzione, maggiormente significativa. LECLERC F., *op. cit.*, p. 417 si chiede se sia possibile interpretare la nozione di prestatore caratteristico in senso sociologico, individuandolo così nella parte debole. Si deve notare, che la dir. 88/357 si distanzia da questo tipo di presunzione, dal momento che il luogo di localizzazione del rischio può corrispondere in via residuale allo Stato di residenza del contraente, mentre l'art. 4 della Convenzione di Roma, applicato senza alcun correttivo, condurrebbe al luogo della sede della società assicuratrice.

maggiormente caratterizzanti[171], relative a contratti che abbiano ad oggetto un diritto reale immobiliare o contratti di trasporto.

Si discute in dottrina circa la valenza di queste presunzioni[172]. La Relazione Giuliano – Lagarde indica solamente che esse ammettono la prova contraria quando le circostanze lo richiedono. Si ritiene, allora, che si tratti di presunzioni semplici[173]: quantomeno la parte interessata ad escludere l'applicazione della legge così richiamata dovrebbe poter dimostrare che la fattispecie concreta presenta un collegamento più stretto con un altro Stato membro, ad esempio perché tutti gli altri fattori rilevanti sono localizzati in tale altro Paese. Tuttavia si ritiene che anche il giudice, qualora dovesse rilevare che altri elementi siano preponderanti, dovrebbe d'ufficio poter superare queste presunzioni e ritenere che il rapporto è maggiormente collegato con un altro ordinamento.

L'art. 4 pone una clausola di eccezione, stabilendo che le presunzioni non si applicano, se risulta che vi sia un diverso collegamento più stretto[174]. L'inserimento di una clausola di questo tipo era già stata proposta da alcuni Autori, soprattutto svizzeri, nel momento della riforma del sistema nazionale di diritto internazionale privato, allo scopo di superare l'applicazione della

---

[171] Si ricorda che, qualora il contratto abbia ad oggetto un diritto reale o un diritto di utilizzazione su un bene immobile, deve farsi riferimento al luogo in cui esso si trova. Se, invece, si tratta di un contratto di trasporto di merci, il collegamento più stretto si presume nel luogo della sede principale del vettore, se esso si trova nello stesso Paese del luogo di carico, o di scarico, o della sede principale del mittente. In tale ultimo caso, quindi, la presunzione prende in considerazione due elementi che devono necessariamente coincidere: la sede del vettore e lo Stato di carico o di scarico, ovvero, infine, la sede del mittente. In tal modo si può ritenere che il contratto di trasporto sia sufficientemente caratterizzato, perché ben due suoi elementi rilevanti devono essere localizzati all'interno dello stesso Stato contraente.

[172] Per una trattazione completa della problematica si vedano: MAGAGNI M., *op. cit.*, p. 406; BARATTA R., *Il collegamento più stretto*, cit., p. 163; FRIGO M., *La determinazione della legge applicabile in mancanza di scelta dei contraenti e le norme imperative nella Convenzione di Roma*, in *La Convenzione di Roma sul diritto applicabile ai contratti internazionali*, cit., p. 23; KOKKINI-IATRIDOU D. (a cura di), *Les clauses d'exception en matière de conflits de lois et de conflits de juridiction – ou le principe de proximité*, 1994, Dodrecht, Boston, London; BARATTA R., *Commento all'art. 4*, in *Convenzione sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma 19 giugno 1980)*, a cura di Bianca C.M., Giardina A., 1995, Padova, p. 960; TONOLO S., *I criteri di collegamento accolti dalla Convenzione di Roma*, in *La legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, cit., p. 196; VILLANI U., *op. cit.*, p. 99; PLENDER R., WILDERSPIN M., *The European Contracts Convention, the Rome Convention on the Choice of Law for Contracts*, London, 2001, p. 119; ANCEL M.E., *op. cit.*, p. 321. Si può qui ricordare che, oltre alla teoria esposta nel testo, si è ritenuto che il principio del collegamento più stretto sarebbe applicabile solamente in via residuale, quando le presunzioni siano superate dalla clausola di eccezione ovvero la fattispecie non rientri nel loro campo di applicazione (MAGAGNI M., *op. cit.*, p. 162): tecnicamente le presunzioni costituirebbero veri e propri criteri di collegamento a carattere speciale. Un'ulteriore interpretazione ha individuato nelle indicazioni dell'art. 4 delle mere *supposizioni*, delle guide per limitare l'altrimenti ampissima discrezionalità del giudice. Pertanto la disposizione enuclea degli elementi attraverso i quali il giudice può accertare quale sia il collegamento più stretto, dal quale può discostarsi solamente fornendo una motivazione adeguata (BARATTA R., *Il collegamento più stretto*, cit., p. 177; BONOMI A., *op.cit.*, p. 33).

[173] GIULIANO M., *La loi applicable aux contrats: problèmes choisis*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 1977, tomo 158, p. 235; REMY – CARLAY P., *nota a Tribunal de grande istance de Poitiers*, 22 decembre 1999, in *Revue critique de droit international privé*, 2001, p. 673. Si veda, altresì, la dottrina citata da BARATTA R., *Il collegamento più stretto*, cit., p. 165.

[174] LAGARDE P., *Le principe de proximité*, cit., p. 97.

legge designata da un criterio di collegamento rigido, "*lorsque les circonstances particulières imposent le droit d'un autre Etat comme étant plus approprié*"[175]. Vista la ritenuta scarsa idoneità della presunzione generale, quella della residenza del prestatore caratteristico, soprattutto in rapporto alle due disposizioni successive, non pare particolarmente gravoso dimostrare l'esistenza di un collegamento più stringente nei rapporti contrattuali in generale: infatti, la sola circostanza che la prestazione debba essere effettuata altrove – soprattutto se le parti si sono accordate su questo aspetto – può indurre il giudice ad abbandonare la presunzione stessa.

La possibilità di determinare un diverso collegamento più stretto non può, tuttavia, essere di applicazione generalizzata. Può comunque essere forte la tentazione per il giudice di scavalcare le presunzioni senza compiere un'analisi dettagliata della fattispecie e applicare la *lex fori*, ritenuta come la legge avente un evidente rapporto più stretto con il caso in esame[176]. Questa tendenza risulta favorita perché i criteri sulla competenza giurisdizionale sono, a nostro avviso, maggiormente caratterizzati rispetto alla residenza del prestatore caratteristico. Infatti, la giurisdizione si determina in base al luogo ove l'obbligazione dedotta in giudizio è stata o deve essere adempiuta (art. 5, n. 1 reg. n. 44/2001); per il contratto di compravendita di beni, il luogo dell'esecuzione dell'obbligazione è quello della consegna dei beni stessi, mentre nel caso di prestazione di servizi, è quello in cui essi sono stati o avrebbero dovuto essere prestati. Qualora la competenza sia fondata sul primo criterio indicato, quello del luogo di esecuzione della prestazione dedotta in giudizio, il giudice presenta un collegamento intenso con la fattispecie, il quale potrebbe essere considerato preponderante rispetto alla presunzione dettata dall'art. 4 della Convenzione di Roma. Nel caso, invece, dei contratti nominati dall'art. 5, n. 1, reg. n. 44/2001, la disposizione pare individuare autonomamente la prestazione caratteristica del contratto, dal

---

[175] MARIDAKIS G.S., *Annuaire de l'Institut de droit international*, t. 47-II, 1957, p. 53. Estremamente critico nei confronti della dottrina della prestazione caratteristica: D'OLIVEIRA J., *op. cit.*, p. 303.

[176] Corte d'appello di Zutphen 21 luglio 1992, citata da BOELE-WOELKI K., *Exception clauses in private international law – Netherlands*, in *Les clauses d'exception en matière de conflits de lois et de conflits de juridiction*, cit., p. 262; Cour d'appel de Paris, 18° Ch. E, 7 juin 1996, in *Revue critique de droit international privé*, 1997, p. 55; Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 14 dicembre 1999, n. 895, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2000, 1078; Tribunal de grande istance de Poitiers 22 decembre 1999, in *Revue critique de droit international privé*, 2001, p. 670; Corte di Cassazione 10 marzo 2000, n. 58, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2000, p. 773; Cour de Cassation, Ch. Com., 4 mars 2003, in *Revue critique de droit international privé*, 2003, p. 285. La Corte di Cassazione francese ha recentemente annullato una sentenza della Corte d'appello di Orléans che aveva individuato come applicabile la legge francese, pur trovandosi la sede del prestatore caratteristico in Germania, senza esporre i termini di confronto che hanno condotto a ritenere l'esistenza di più stretti collegamenti con la Francia (Cour de Cassation, Ch. Com., 19 décembre 2006, in *Revue critique de droit international privé*, 2007, p. 593). In dottrina: NORTH P.M., FAWCETT J.J., *op. cit.*, p. 573; DICEY A.V., MORRIS J.H.C., *op. cit.*, p. 1240; PINNA A. (a cura di), *The protection of the European Consumer: some Aspects of Private International Law*, in *Tilbury foreign law review*, 2002, p. 330; HARTLEY T., *The modern approach to private international law*, cit., p. 218.

momento che i criteri di collegamento operano a prescindere dall'obbligazione dedotta in giudizio. Pertanto pare che il giudice adito ai sensi dell'art. 5, n. 1 reg. n. 44/2001 potrebbe facilmente superare le presunzioni stabilite dalla Convenzione di Roma proprio in forza del titolo che gli attribuisce la competenza, cioè il fatto che egli è il giudice del luogo in cui è stata o deve essere effettuata la prestazione caratteristica o, quantomeno, quella dedotta in giudizio, elementi maggiormente significativi rispetto al luogo di residenza del prestatore caratteristico[177]. Al contrario, per quanto attiene i rapporti contrattuali relativi a diritti reali su beni immobili, la clausola di eccezione pare di difficile applicazione per il motivo opposto. Ai sensi dell'art. 22 reg. n. 44/2001 è competente il giudice del luogo in cui si trova l'immobile; pertanto, difficilmente sarà applicabile una legge diversa dalla *lex fori*, anche perché la presenza del bene immobile costituisce un collegamento difficilmente superabile[178]. Un discorso in parte diverso vale per *i contratti di affitto di immobili*. In questo ambito la Relazione Giuliano – Lagarde propone un esempio di applicabilità della clausola di eccezione: se due cittadini belgi stipulassero un contratto di locazione avente ad oggetto un immobile situato in Italia, si potrebbe ritenere il collegamento più stretto sussista con la legge della comune cittadinanza. Si deve, tuttavia, ricordare che proprio per queste ipotesi, e qualora il contratto abbia durata infrasemestrale, il reg. n. 44/2001 stabilisce che è altresì competente il giudice del domicilio del

---

[177] In questo senso: Corte di Cassazione 6 agosto 1998, n. 7714, in *Foro it.*, 1999, I, 2634; High Court 21st September 2000, *Definitely Maybe Ltd v. Mark Lieber berg Konnzertagentur Gmbh*, in *International Litigation Procedure*, 2001, p. 434; Court of Appeal, Civil division, 21st December 2001, *Samcrete Egypt Engineers and Contractors s.a.a v. Land Rover Express Ltd.*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2002, p. 1138; High Court, Queens Bench Division, Commercial Court, 15th March 2002, *American Motorists Insurance Co. v. Cellstar Corporation and Cellstar Ltd.*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2003, p. 599; tali soluzioni sono facilitate poiché prima dell'entrata in vigore della Convenzione di Roma il luogo di esecuzione del contratto costituiva uno dei criteri di collegamento maggiormente impiegati dalla giurisprudenza (MEINERTZHAGEN-LIMPENS A., *Les clauses d'exception en matière de conflits de lois et de conflits de juridiction - Belgique*, e SPIEGEL N., *Les clauses d'exception en matière de conflits de lois et de conflits de juridiction- France*, in *Les clauses d'exception en matière de conflits de lois et de conflits de juridiction*, cit., pp. 62 e 203). STADLER A., *From the Brussels Convention to regulation 44/2001: cornerstones of a European law of civil procedure*, in *Common Market Law Review*, 2005, p. 1655, effettua il ragionamento contrario. L'Autore sottolinea, inoltre, come nemmeno i criteri di collegamento previsti dall'art. 5, n. 1 reg. n. 44/2001 siano sufficienti ad assicurare un effettivo collegamento fra foro e fattispecie, perchè non necessariamente tutti gli elementi probatori rilevanti si trovano nel luogo di esecuzione della prestazione. A nostro avviso, tuttavia, risulta comunque maggiormente appropriato il criterio di cui al reg. n. 44/2001, piuttosto che quello della residenza del prestatore caratteristico, perché pare poter assicurare una maggior prossimità con i fatti in molti casi. Sulla non perfetta coincidenza dei criteri di collegamento del reg. n. 44/2001 e della Convenzione di Roma: FRANZINA P., *La giurisdizione in materia contrattuale. L'art. 5 n. 1 del regolamento n. 44/2001/CE nella prospettiva dell'armonia delle decisioni*, 2006, Padova, p. 50. L'Autore, tuttavia, non rileva la maggior caratterizzazione dei criteri di collegamento di cui al regolamento sulla competenza giurisdizionale, ma si sofferma sull'esame dei motivi per i quali una coincidenza fra *forum* e *ius* non è necessariamente un obiettivo perseguito in ambito comunitario. Se gli argomenti esposti sono condivisibili, non si può fare a meno di ribadire che il giudice sarà sempre tentato di applicare la *lex fori* per semplicità, e che egli potrà trovare un solido appiglio nell'art. 5, n. 1 reg. n. 44/2001. Per l'esame di queste – parziali – coincidenze nell'ambito dei contratti di consumo e di lavoro si veda *infra*, cap. III, par. 5.

[178] In tal senso si veda anche: VILLANI U., *op. cit.*, p. 110.

convenuto. Tralasciando la non perfetta corrispondenza dei criteri di collegamento fra Convenzione e regolamento – i quali stabiliscono rispettivamente la residenza abituale e il domicilio - in tali ipotesi sarebbe giustificata la competenza sia del giudice belga, sia di quello italiano, i quali preferiranno applicare la *lex fori* o in forza della presunzione citata, o perché essa pare presentare il collegamento più stretto con la fattispecie[179]. Il superamento della presunzione può, quindi, dipendere da quale giudice sia stato adito.

5.2 Le modifiche introdotte dal progetto di regolamento "Roma I"

Il progetto di Regolamento "Roma I"[180] riduce fortemente la portata del principio di prossimità. Secondo la Commissione è necessario individuare un criterio di collegamento che assicuri certezza e prevedibilità. Pertanto, nella proposta di regolamento presentata da tale istituzione, il principio di prossimità appare in maniera residuale, e vi si fa riferimento quando non sia determinabile la prestazione caratteristica[181]. Solo a seguito delle modifiche apportate dal Consiglio e dal Parlamento, il principio di prossimità acquisisce un rilievo maggiore.

Iniziando dall'analisi della struttura della norma, si ricorda come il nuovo art. 4 conterrebbe un catalogo di tipi di contratto, per ciascuno dei quali è determinato il criterio di collegamento[182]. Solo qualora non si rientri nel catalogo dei contratti nominati dall'art. 4, allora il giudice dovrà applicare la legge del luogo di residenza abituale del prestatore caratteristico[183]. Si noti che, a differenza della Convenzione, questo criterio non costituirebbe più una mera presunzione, ma un collegamento rigidamente predeterminato, applicabile ogniqualvolta il contratto in esame non sia nominato. Secondo la proposta della Commissione, solo se la prestazione caratteristica non è individuabile, allora il contratto sarà regolato dalla legge del luogo che presenta il più stretto collegamento.

Il parere del Parlamento[184] propone un emendamento alla proposta, che reintroduce la clausola di eccezione oggi prevista all'art. 4, par. 5 della Convenzione di Roma, assicurando l'applicazione della legge che presenta il collegamento più stretto con il contratto, quando i

[179] Si veda Bundesgerichtshof 12 ottobre 1989, in *IPrax*, 1990, p. 318.
[180] Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I) (COM(2005)650def. – 2005/261(COD)).
[181] Secondo LOPES PEGNA O., *op. cit.*, p. 759, il principio, seppur residuale, non sarebbe del tutto marginale, in quanto sarebbe applicabile in tutte le ipotesi in cui non sia determinabile una prestazione caratteristica, come nei contratti di *joint venture*, o di reciproca concessione di diritti di proprietà intellettuale.
[182] Nel senso che vi è un'individuazione *a priori* del prestatore caratteristico: LOPES PEGNA O., *op. cit*, p. 758.
[183] Secondo il documento presentato dal Consiglio il 25 giugno 2007 il criterio della residenza abituale del prestatore caratteristico sarebbe applicabile anche nel caso di contratti misti, cioè quando "*gli elementi del contratto sono contemplati da più lettere (...) del paragrafo 1*" (art. 4, par. 2).
[184] Prima relazione sulla proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I) (C6-441/2005), presentata il 21 novembre 2007.

criteri di collegamento rigidamente stabiliti non siano in grado di individuare una legge sufficientemente collegata con il rapporto contrattuale. Pertanto, qualora il testo definitivamente approvato fosse quello proposto dal Parlamento, il giudice sarebbe chiamato a individuare la legge regolatrice del rapporto sulla base dei criteri rigidi di localizzazione, ma dovrebbe altresì valutare, con carattere discrezionale, se quella fattispecie non presenti dei collegamenti più intensi con un altro ordinamento a causa degli elementi specifici di quel rapporto.

Inoltre, sempre secondo il testo approvato dal Parlamento, il contratto è disciplinato dalla legge con il quale presenta il collegamento più stretto anche se la legge applicabile non può essere determinata a norma dei parr. 1 e 2 (art. 4, par. 2*ter*). Si tratta di una sorta di clausola di salvaguardia, posta allo scopo di dare al giudice una risposta alle problematiche internazionalprivatistiche qualora le norme già predisposte non fossero sufficienti[185].

Si nota immediatamente come sia cambiato lo stesso approccio al problema dell'individuazione della legge applicabile. Infatti, il principio di prossimità gioca un ruolo meramente marginale, mentre il criterio di collegamento principale torna ad essere di stampo savignano – anche se più preciso e modellato su singole fattispecie contrattuali – e pertanto rigidamente predeterminato. Inoltre, i criteri di collegamento per i contratti nominati – ad eccezione di quelli di *franchising* e di distribuzione[186] - si ispirano alla presunzione presente nella Convenzione di Roma, nel senso che essi costituiscono espressione del criterio della residenza abituale del prestatore caratteristico. Basti pensare al contratto di vendita, che sarebbe disciplinato dalla legge del luogo di residenza abituale del venditore; questa parte – evidentemente – è il prestatore caratteristico nel contratto, e già la presunzione dell'art. 4, par. 2 della Convenzione di Roma avrebbe condotto all'applicazione di tale legge. Tuttavia, il fatto che non si tratti più di una mera presunzione induce a ritenere che il criterio di collegamento si sia irrigidito rispetto alla flessibilità propria della Convenzione[187].

---

[185] Ci si potrebbe chiedere, allora, se la mancata conoscenza del contenuto della legge applicabile al rapporto possa costituire motivo di applicazione di tale clausola, alla stessa stregua dell'art. 14, par. 2 della l. 218/95.

[186] Sui quali si veda *infra*, cap. III, par. 3.2.

[187] Si noti che in un sistema nazionale la soluzione accolta quanto alla determinazione della legge applicabile in mancanza di scelta si trova a metà strada fra il principio di prossimità della Convenzione di Roma e i criteri rigidi indicati dalla proposta di regolamento. Infatti, ai sensi dell'art. 117 la legge federale svizzera sul sistema di diritto internazionale privato, è applicabile la legge del luogo con il quale il contratto è più strettamente connesso; tuttavia, "*Si presume che la connessione più stretta sia quella con lo Stato in cui la parte che deve eseguire la prestazione caratteristica ha la dimora abituale o, se ha concluso il contratto in base a un'attività professionale o commerciale, in cui ha la stabile organizzazione*" (par. 2). Un tale criterio ricorda quello della Convenzione di Roma, dal momento che il principio di prossimità è temperato da una presunzione. Tuttavia, per alcuni contratti nominati il successivo paragrafo 3 indica quale sia la prestazione caratteristica, stabilendo così, di fatto, dei criteri di collegamento rigidi, che ricordano quelli impiegati dal progetto di regolamento (stabilisce il par. 3: "*È segnatamente prestazione caratteristica: a. nei contratti di alienazione, la prestazione dell'alienante; b. nei contratti di cessione d'uso, la prestazione della parte che cede l'uso di una cosa o di un diritto; c. nel mandato,*

Solo con l'introduzione della clausola di eccezione, proposta dal Parlamento, l'astrattezza dei criteri posti dalla proposta di regolamento viene temperata attraverso un'analisi degli elementi fattuali del rapporto. Tuttavia, secondo l'emendamento del Parlamento, affinché operi la clausola di eccezione è necessario che il contratto risulti *chiaramente* e *manifestamente* collegato in modo più significativo con un altro ordinamento. Pertanto, si dovrebbe pensare a ipotesi in cui il criterio di collegamento adottato determini come applicabile una legge invero debolmente collegata con il rapporto, come ad esempio nel caso in cui tutti gli altri elementi della fattispecie fossero localizzati in un altro ordinamento.

Proprio per le incertezze e per l'ampiezza dei poteri che la Convenzione di Roma ha lasciato al giudice nazionale, con la proposta di regolamento si è cercato di tipizzare una serie di contratti di una certa frequenza nei rapporti commerciali. Sembra, così, essere accolta la teoria della localizzazione del rapporto, sebbene temperata: per ogni tipologia di contratto è determinato un fattore rilevante, del quale pare costituire la sede[188]. Certamente una disposizione di questo tipo assicura una maggior certezza e prevedibilità del diritto, nonché una più forte armonizzazione delle soluzioni[189]; tuttavia, si riduce la discrezionalità del giudice.

Inoltre, proprio per la maggior caratterizzazione normativa del rapporto contrattuale, non vi è più spazio per il *dépeçage*, considerato strumento di grande flessibilità e utilità nei contratti complessi. Per tali casi, tuttavia, la relazione del Parlamento prevede un criterio di collegamento unico, determinato dalla residenza abituale del prestatore caratteristico[190]. Non pare che questo criterio possa garantire una sufficiente connessione fra fattispecie e legge applicabile, perché si

---

nell'appalto o in analoghi contratti di prestazione di servizi, la prestazione del servizio; d. nei contratti di deposito, la prestazione del depositario; e. nei contratti di garanzia o fideiussione, la prestazione del garante o fideiussore").

[188] LAGARDE P., *Remarques sur la proposition de règlement de la Commission européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)*, in *Revue critique de droit international privé*, 2006, p. 339, LOPES PEGNA O., *op. cit*, p. 758, rilevano come non tutti i criteri determinati si fondino sulla stessa *ratio*, alcuni cercando il collegamento più stretto, altri, come per il contratto di franchising e di distribuzione, provvedendo una tutela per la parte contrattualmente debole. Per il *franchisor* e il distributore il regolamento pare apprestare una disciplina in qualche modo intermedia fra quella generale e quella speciale di tutela della parte contrattuale debole, il consumatore (v. *infra*, cap. III, par. 3.2).

[189] LOPES PEGNA O., *op. cit.*, p. 779. Con una soluzione di questo tipo possono sorgere dei problemi quanto alla qualificazione dei contratti. Tuttavia si ritiene che la questione possa piuttosto agevolmente essere superata grazie all'attività interpretativa della Corte di giustizia, che sarà immediatamente competente a ricevere questioni pregiudiziali dal momento dell'entrata in vigore del regolamento per effetto dell'art. 68 TCE. Inoltre, alcune delle locuzioni impiegate sono comuni al reg. n. 44/2001; vista la finalità comune e l'analogo campo di applicazione dei due regolamenti, si ritiene che possa farsi tesoro della giurisprudenza interpretativa già sorta in relazione al suddetto regolamento e alla Convenzione di Bruxelles. Inoltre alcuni dei contratti ivi previsti trovano una disciplina di armonizzazione a livello comunitario; si pensi al contratto di *franchising* (art. 1, n. 1, lett. a) regolamento (CEE) n. 4087/1988 della Commissione, del 30 novembre 1998, concernente l'applicazione dell'articolo 85, paragrafo 3, del Trattato a categorie di accordi di *franchising*, in *GU* n. L 359 del 28 dicembre 1988, p. 46).

[190] Ai sensi dell'art. 4, par. 2: "*Se il contratto non è coperto dal paragrafo 1 o se gli elementi del contratto sono contemplati da più di una delle lettere da a) a h ter) del paragrafo 1, il contratto è disciplinato dalla legge del paese nel quale la parte che deve fornire la prestazione caratteristica del contratto ha la residenza abituale*".

tratta di contratti che presentano diversi elementi e obbligazioni reciproche. Pertanto, si dubita del fatto che tale soluzione possa essere effettivamente funzionale.

La scelta della Commissione di procedere a un irrigidimento del criterio di collegamento, anche se può comportare alcune difficoltà applicative per il problema della qualificazione dei contratti nominati, sembra possa garantire meglio la creazione di uno spazio giudiziario europeo nel quale tutti i giudici astrattamente competenti siano messi nella possibilità di applicare la stessa legge sulla base di criteri di collegamento uniformi[191], viste le difficoltà pratiche che il principio di prossimità aveva causato.

5.3 Il principio di prossimità, i contratti di lavoro e la conoscenza della legge applicabile

L'art. 6 della Convenzione di Roma, che individua la legge applicabile al contratto di lavoro, accoglie il criterio del collegamento più stretto. La norma si differenzia sia dal principio generale posto dall'art. 4, sia dal metodo utilizzato all'art. 5 sul contratto concluso dal consumatore[192].

In primo luogo, il principio non costituisce un criterio di collegamento autonomo, ma interviene come clausola di eccezione. Infatti la disposizione stabilisce che il contratto è regolato dalla legge del luogo di abituale esecuzione del contratto di lavoro – anche se il lavoratore è temporaneamente inviato in un altro Stato – o, se un tale luogo non è individuabile, dalla legge del luogo in cui si trova la sede che ha proceduto alla sua assunzione. Se, tuttavia, il rapporto presenta un collegamento più stretto con un altro Paese, si applica tale legge. L'art. 6 individua un collegamento sufficientemente stretto tra legge applicabile e rapporto nel luogo di abituale svolgimento dell'attività lavorativa o nella sede d'assunzione. Se questi due collegamenti rigidi non dovessero portare all'applicazione di una legge avente un significativo collegamento con la fattispecie, opererebbe la clausola di eccezione.

La dottrina si è chiesta se l'eccezione potrebbe avere finalità materiali, nel senso di individuare una legge che offra una maggior tutela al lavoratore[193]. Le risposte non sono univoche. Dalla formulazione letterale dell'art. 6, par. 2 della Convenzione di Roma non paiono venire in rilievo considerazioni circa il contenuto delle norme in conflitto. Inoltre, le stesse finalità materiali non paiono potersi contemperare con lo scopo principale della clausola di eccezione, che è appunto quello espresso di meglio localizzare il rapporto giuridico alla luce del

[191] Il fatto che si cerchi di aumentare le possibilità che in tutti gli Stati membri si applichi la stessa legge alla fattispecie concreta, riduce il rischio che siano emesse decisioni contrastanti.
[192] Si veda *infra*, cap. III, par. 3.1.
[193] Si veda specialmente: KOKKINI-IATRIDOU D. (a cura di), *op. cit.*; MOREAU M.A., *Nota a* Cour d'appel de Paris, 18° Ch. E, 7 juin 1996, in *Revue critique de droit international privé*, 1997, p. 63.

principio di prossimità[194]. La legge più favorevole alla parte debole, al lavoratore, non necessariamente è quella, fra le diverse in conflitto, che presenta un collegamento più stretto con la fattispecie[195]. Né pare del tutto logico definire la legge più vicina al lavoratore quella più protettrice nei suoi confronti. Pertanto si ritiene che la clausola di eccezione debba operare solo allo scopo di consentire una miglior localizzazione della fattispecie in esame[196].

L'art. 6, par. 2, differisce dall'art. 4 per il diverso ragionamento che il giudice è chiamato ad effettuare nella determinazione della legge applicabile. Nell'ipotesi generale il giudice dovrà verificare se il contratto costituisca un rapporto per il quale vige una presunzione specifica (contratto relativo a diritti reali su beni immobili, trasporto di merci); in caso negativo, deve individuare la residenza del prestatore caratteristico e così determinare la legge applicabile; tuttavia, al giudice è consentito valutare conclusivamente se l'ordinamento giuridico così individuato è quello che presenta il collegamento più stretto con la fattispecie. Nel caso del contratto di lavoro, l'interprete deve individuare il luogo di esecuzione dell'attività lavorativa o la sede di assunzione e applicare la relativa legge. Uno spazio discrezionale rimane solo se appare evidente che il rapporto ha un collegamento più stretto con un altro Stato, ad esempio perché tutti gli altri elementi rilevanti sono interni a un diverso Paese[197].

La stessa disposizione appare orientata alla tutela del lavoratore, nel senso di consentire l'applicazione di una legge conosciuta dalla parte debole, ma non intende individuare – a nostro

---

[194] BONOMI A., *op. cit.*, p. 189; v. anche *infra*, cap. III, par. 3.1.

[195] BARATTA R., *Il collegamento più stretto*, cit., p. 235. Non pare, tuttavia, che la clausola di eccezione possa essere di frequente applicazione, vista la coincidenza fra titoli di giurisdizione nel reg. n. 44/2001 e i criteri di collegamento della Convenzione di Roma. Per approfondimenti su tale coincidenza si veda *infra*, cap. III, par. 5.

[196] Non si ritiene condivisibile, nè sufficientemente giustificata, nemmeno l'opinione di PAMBOUKIS C., *Les clauses d'exception en matière de conflits de lois et de conflits de juridiction – Grece*, in *Les clauses d'exception en matière de conflits de lois et de conflits de juridiction*, cit., p. 229, secondo il quale l'art. 6 si ispira ad esigenze di prossimità e che la legge che offre una "*protection minimale*" deve considerarsi la più vicina alla fattispecie. Se queste conclusioni possono ritenersi accettabili per quanto riguarda i criteri di collegamento rigidi (v. *supra*, cap. introduttivo, par. 5 e *infra*, cap. III, par. 3.1), la stessa riflessione non può essere estesa anche alla clausola di eccezione. Del resto lo stesso Autore, *op. loc. cit.*, afferma che "*la clause d'exception se combine mal avec le souci de protection du travailleur*". Ritenendo il contrario, si avrebbe una sorta di correzione del metodo della localizzazione attraverso una clausola di eccezione ispirata al metodo materiale (PICONE P., *Ordinamento competente e diritto internazionale privato*, 1986, Padova, p. 20; *contra*: BARATTA R., *Il collegamento più stretto*, *op. cit.*, p. 233). Per ulteriori approfondimenti si rinvia a: SINAY-CYTERMANN A., *La protection de la partie faible en droit international privé*, in *Mélangés en l'honneur de Paul* Lagarde, cit., p. 737; JAULT-SESEKE F., *L'office du juge dans l'application de la règle de conflit de lois en matière de contrat de travail*, in *Revue critique de droit international privé*, 2005, p. 269.

[197] Per una completa analisi del ragionamento giuridico che deve essere compiuto dal giudice: MAGAGNI M., *op. cit.*, p. 400; BARATTA R., *Il collegamento più stretto*, cit., p. 242. Si deve concordare con l'ultimo Autore citato quanto al rilievo eccezionale della clausola di cui all'art. 6, par. 2. Essa costituisce un diverso e autonomo criterio di collegamento, ma ha un rilievo del tutto secondario nell'ambito della struttura della norma. A nostro avviso, già l'applicazione della corrispondente clausola di eccezione di cui all'art. 30, par. 2 dell'EGBGB tedesco per il solo fatto che lavoratore e datore di lavoro erano cittadini britannici, mentre la prestazione veniva svolta su navi battenti bandiera tedesca costituisce un'interpretazione estensiva della clausola stessa (Bundesarbeitsgericht 24 August 1989, in *Recht der internationalen Wirtshaft*, 1990, p. 754).

avviso correttamente[198] – la legge sostanzialmente più favorevole alla parte debole. Infatti, ai fini della determinazione della legge applicabile non viene preso in considerazione il contenuto delle norme sostanziali che si applicherebbero al rapporto[199]. E', tuttavia, presupposto che il lavoratore quantomeno conoscerà la legislazione sociale dello Stato in cui esercita abitualmente la propria attività, e sarà così a conoscenza dei diritti che gli spettano[200]. Analoghe osservazioni valgono per il contratto di assicurazione diversa da quella sulla vita, dal momento che il collegamento più stretto si presume sussistere con il luogo in cui il rischio è localizzato (art. 7, par. 1, lett. h) dir. 88/357). Ai sensi dell'art. 2, lett. d) della direttiva[201], fuori dai casi di alcuni contratti nominati, il rischio si intende situato nel luogo di residenza abituale del contraente assicurato. Anche in questo caso, sarà più facilmente garantita la conoscibilità della legge applicabile a favore della parte debole[202].

---

[198] V. *supra*, cap. introduttivo, par. 5.

[199] Il problema non sembra avere particolare rilevanza nel caso in cui le leggi in conflitto siano quelle di soli Stati membri, data l'ampia armonizzazione avvenuta all'interno dell'Unione. Si deve, tuttavia, ricordare che la Convenzione ha carattere universale e che pertanto possono essere richiamate anche leggi di Paesi extracomunitari: in tal caso, problemi circa la tutela sociale garantita al lavoratore si potrebbero porre.

[200] Tuttavia, qualche problema di conoscibilità potrebbe porsi per il lavoratore transfrontaliero, che è "*qualsiasi lavoratore che è occupato nel territorio di uno Stato membro e risiede nel territorio di un altro Stato membro dove, di massima, ritorna ogni giorno o almeno una volta alla settimana*" (art. 1, par. 1, lett. b) Regolamento 1408/71/CEE del Consiglio del 4 giugno 1971 relativo all'applicazione dei regimi di sicurezza sociale ai lavoratori subordinati e ai loro familiari che si spostano all'interno della Comunità, in *GUCE* n. L 149 del 5 luglio 1971, p. 2), proprio per la mancanza di stabilità nel luogo in cui svolge la propria attività lavorativa. POCAR F., *La protection de la partie faible en droit international privé*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 1984, tomo 188, p. 392 rileva come in questo caso si verifichi di fatto un'inversione della regola di conflitto più classica, che fa riferimento alla prestazione caratteristica, perché quest'ultima porta all'applicazione della legge della parte contrattualmente forte, la quale, solitamente, non sarà tenuta a un'obbligazione meramente pecuniaria. Tuttavia, ad avviso dell'Autore, anche questo criterio di collegamento ha bisogno di correttivi, perché la legge così individuata potrebbe non essere quella sostanzialmente più favorevole e perché non è assicurato che la parte debole conosca effettivamente tutte le tutele che l'ordinamento giuridico gli offre, dovendo in ogni caso ricorrere all'assistenza legale. L'Autore rileva altresì come l'applicazione del criterio generale dell'art. 4 avrebbe portato all'applicazione della legge della residenza del lavoratore, con maggiori garanzie almeno quanto alla conoscibilità della legge applicabile. Pertanto l'Autore contesta la bontà della soluzione della Convenzione di Roma, proprio perché non apporta alcun tipo di correttivo. Secondo TONOLO S., *I criteri di collegamento accolti dalla Convenzione di Roma*, cit., p. 216, il principio del collegamento più stretto non ha in tal caso l'obiettivo di tutelare la parte debole, essendo la protezione del lavoratore già garantita dai limiti posti alla scelta di legge applicabile e dall'applicazione delle norme imperative. Si veda anche *infra*, cap. III, par. 3.1.

[201] Per luogo di situazione del rischio si intende: *"-lo Stato membro in cui sono ubicati i beni, quando l'assicurazione si riferisce sia a beni immobili, sia a beni immobili e al loro contenuto, qualora questo sia coperto dalla stessa polizza assicurativa; - lo Stato membro di immatricolazione, quando l'assicurazione si riferisce a veicoli immatricolati di ogni tipo; - lo Stato membro in cui il contraente assicurato ha sottoscritto il contratto nel caso di contratti di durata inferiore o pari a quattro mesi relativi a rischi inerenti ad un viaggio o a una vacanza, qualunque sia il ramo in questione; - lo Stato membro in cui il contraente assicurato risiede abitualmente, ovvero, se il contraente è una persona giuridica, lo Stato membro in cui è situato lo stabilimento della persona giuridica al quale si riferisce il contratto, in tutti i casi non esplicitamente previsti dai trattini precedenti*".

[202] Si noti, tuttavia, come il risultato non sia così certo come nel caso del contratto di lavoro. Infatti, la scelta di legge applicabile è ammissibile con limiti minori rispetto al contratto di lavoro (v. *infra*, cap. IV, par. 3.2); inoltre, per una comunque ampia categoria di contratti il luogo di localizzazione del rischio non corrisponde a quello della residenza abituale della parte debole.

Nel contratto di lavoro, tuttavia, contrariamente ad ogni esigenza di garantire almeno la conoscibilità, il secondo criterio di collegamento previsto è quello del luogo della sede dell'impresa che l'ha assunto. Lo squilibrio è evidente: al fine di garantire la certezza del diritto la Convenzione ha optato per un criterio che tende a favorire l'impresa piuttosto che il lavoratore, il quale, in questa ultima ipotesi, potrebbe ignorare completamente la legislazione sociale dello Stato della sede di assunzione, nel quale potrebbe non aver mai prestato attività lavorativa e che potrebbe avere un rilievo del tutto accidentale nel rapporto di lavoro. Questa sorta di inversione nei criteri di collegamento pare, comunque, accadere in ipotesi marginali, ovvero quando non sia individuabile il luogo di abituale svolgimento dell'attività. Infatti, volendo – come pare opportuno – estendere la giurisprudenza della Corte di giustizia sull'art. 5, par. 1 della Convenzione di Bruxelles anche al problema dell'individuazione della legge applicabile, si deve rilevare come si è costantemente affermato che un luogo abituale può essere rinvenuto anche nel caso in cui il lavoratore viaggi frequentemente per lavoro, purché abbia un ufficio dal quale egli organizza i suoi viaggi, e il suo lavoro[203]. Pertanto, anche se il lavoratore si sposta costantemente per motivi di lavoro, ma mantiene un luogo fisso di coordinamento e di organizzazione, lì è individuabile il luogo di svolgimento abituale dell'attività e sarà applicabile la legge in vigore in quell'ordinamento. Il criterio del luogo di assunzione sarebbe raramente applicabile[204].

---

[203] Corte di giustizia 13 luglio 1993, causa C-125/92, *Mulox*, in *Racc*. I-4085; Corte di giustizia 9 gennaio 1997, causa C-383/95, *Rutten*, in *Racc*. I-57. Il luogo dello svolgimento abituale dell'attività lavorativa ha una tale forza attrattiva, che "*in una controversia tra un lavoratore ed un primo datore di lavoro, il luogo in cui il lavoratore adempie i suoi obblighi nei confronti di un secondo datore di lavoro può essere considerato il luogo in cui egli svolge abitualmente la sua attività, qualora il primo datore di lavoro, nei confronti del quale gli obblighi del lavoratore sono sospesi, abbia esso stesso, al momento della conclusione del secondo contratto, un interesse all'esecuzione della prestazione che deve essere fornita dal lavoratore al secondo datore di lavoro in un luogo stabilito da quest'ultimo. L'esistenza di un tale interesse deve essere valutata globalmente, prendendo in considerazione tutte le circostanze del caso di specie*" (Corte di giustizia 10 aprile 2003, causa C-437/00, *Pugliese*, in *Racc*. I-3573). Il Tribunal Superior de Justicia spagnolo ha correttamente applicato i principi rilevati nella sentenza *Pugliese* in una controversia relativa a un contratto che opponeva un giocatore di calcio e due società presso le quali era stato impiegato, una spagnola e una italiana (Tribunal Superior de Justicia, Sala de lo Social, 18 julio 2005, n. 1018, in *Base de Datos Aranzadi, Repertorio de jurisprudencia social*, 2005, n. 2583). Il giudice nazionale ha sottolineato alcune differenze fattuali fra la controversia posta al suo esame e i fatti nella causa Pugliese, quali, ad esempio, il fatto che il primo contratto fosse estinto, che l'azione era diretta nei confronti di entrambi i datori di lavoro e che il giocatore fondava dei diritti di credito derivanti dal contratto di cessione intercorso fra le due squadre (punto 8 della sentenza). Tuttavia, altri elementi hanno indotto il giudice a ritenere non rilevanti queste differenze e a affermare la competenza giurisdizionale del giudice spagnolo. Implicitamente – e prima ancora della sentenza *Pugliese*, e sulla sola scorta della sentenza *Ivenel* (Corte di giustizia 26 maggio 1982, causa 133/81, *Ivenel,* in *Racc*. 1891) - la stessa concentrazione davanti al giudice del luogo di abituale esecuzione del lavoro per domande poste nei confronti del datore e della relativa società capogruppo è stata affermata da Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 17 maggio 1995, n. 5392, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1996, p. 325.

[204] Inoltre, in relazione solo alla determinazione della legge applicabile, nulla osta che il giudice ritenga che due sono i Paesi nei quali il lavoratore compie abitualmente la propria attività, ad esempio perché trascorre sei mesi all'anno in uno Stato gli altri sei mesi in un altro Paese. In questo caso, se non vi sono altri elementi per far ritenere

Si deve ancora rilevare come l'applicazione della clausola di eccezione potrebbe sacrificare l'interesse della parte debole alla conoscenza della legge applicabile. Nonostante il fatto che il rapporto di lavoro abbia dei collegamenti intensi con un ordinamento diverso da quello del luogo dello svolgimento abituale dell'attività o del luogo di assunzione, non si può presumere che il lavoratore conosca la legislazione sociale di quell'ordinamento, a meno che non coincida con uno degli Stati nei quali egli eserciti la propria attività lavorativa. Inoltre, si deve ricordare che l'operatività della clausola di eccezione dipende dalla discrezionalità del giudice: pertanto, venendo meno la prevedibilità della legge applicabile, diventa altresì meno certa la sua conoscenza da parte del lavoratore. Sarebbe, allora confermato che la clausola di eccezione costituirebbe un correttivo meramente localizzatore, perché non garantirebbe né l'applicazione della legge sostanzialmente più favorevole al lavoratore, né di quella a lui meglio conosciuta.

L'art. 6 sembra, pertanto, essere maggiormente ispirato a esigenze diverse rispetto alla tutela della parte debole: infatti, tutti i lavoratori che esercitano la loro attività in uno Stato membro sono, in linea di principio, soggetti alla legge di tale Stato. Tre paiono essere i vantaggi principali di un tale criterio di collegamento. In primo luogo, non si creano disparità di trattamento fra i prestatori di lavoro sulla base di elementi che possono essere considerati accidentali in un rapporto di lavoro, quali la residenza o la cittadinanza; inoltre, si applica una legge che dovrebbe essere conosciuta dalla parte debole; infine, si consente contemporaneamente una gestione più efficiente della singola impresa, dal momento che il datore di lavoro vedrà applicata sempre la stessa legge ai rapporti con i propri dipendenti, nonostante il fatto che alcuni siano lavoratori migranti o frontalieri.

La proposta di regolamento "Roma I" pone alcune precisazioni in merito all'individuazione della legge applicabile al contratto di lavoro, ma sostanzialmente non modifica gli originari criteri di collegamento. Recependo la giurisprudenza della Corte di giustizia in tema di competenza giurisdizionale[205], si precisa che il luogo di abituale svolgimento dell'attività lavorativa può essere anche quello dal quale il lavoratore organizza gli spostamenti all'estero in esecuzione del contratto. Nella proposta della Commissione viene specificato che un trasferimento temporaneo non rileva ai fini della determinazione della legge applicabile, e si considera tale quello a seguito del quale il lavoratore riprende il suo servizio nello Stato membro

---

preponderante un luogo piuttosto che l'altro e decidere, quindi, in base al collegamento più stretto, il giudice potrebbe ritenere astrattamente applicabili due – o più – leggi e scegliere definitivamente una delle due secondo criteri discrezionali purché correttamente motivati.

[205] V. *supra*, nota 128.

di origine[206]. Nei testi approvati dal Consiglio e dal Parlamento questa precisazione è contenuta in un considerando (n. 11*ter* della relazione del Parlamento). La definizione di lavoro temporaneo offerta dall'art. 6, par. 2, lett. a) del progetto di regolamento ricalca in sostanza la nozione di *lavoratore distaccato* ai sensi dell'art. 2 della direttiva 96/71 relativa al distacco dei lavoratori[207], ai sensi del quale: "*per lavoratore distaccato si intende il lavoratore che, per un periodo limitato, svolge il proprio lavoro nel territorio di uno Stato membro diverso da quello nel cui territorio lavora abitualmente*". E' interessante notare questo parallelo, dal momento che l'art. 3 della direttiva stabilisce che non possono essere derogate le disposizioni dello Stato ospitante in relazione a determinate materie, relative, ad esempio, alla sicurezza, ai periodi di riposo, alle ferie[208]. Pertanto, se il regolamento "Roma I" sarà approvato nei termini di cui al testo, pare potersi affermare che la legge applicabile al lavoratore distaccato sia quella dello Stato dal quale egli è stato inviato, dal momento che ivi svolge abitualmente la sua prestazione caratteristica, con applicazione eccezionale della legge dello Stato di invio per le materie indicate dall'art. 3 dir. 96/71. La stessa soluzione sembra profilarsi anche nel momento attuale, anche se la Convenzione di Roma non definisce cosa debba intendersi per invio temporaneo, e pare pertanto che il criterio principale per la distinzione sia il tempo di permanenza nello Stato di destinazione.

5.4 Il rinvio nel sistema della Convenzione

La Convenzione di Roma del 1980 esclude il rinvio (art. 15). Questa scelta dipende logicamente da alcune sue caratteristiche.

In primo luogo si tratta di una convenzione internazionale, conclusa fra Stati membri dell'Unione europea. Dal momento che i giudici applicano un sistema unico di diritto internazionale privato, non è necessario ricercare l'uniformità delle soluzioni e l'armonia dei giudicati attraverso uno strumento di coordinamento fra ordinamenti, qual è il rinvio. La Convenzione di Roma consente di individuare la legge applicabile al rapporto contrattuale in

[206] Secondo la proposta presentata dalla Commissione, non osta alla qualificazione come trasferimento temporaneo il fatto che il lavoratore abbia concluso nello Stato di destinazione un altro contratto di lavoro con lo stesso datore di lavoro o con un soggetto ad esso collegato; questa precisazione viene meno a seguito degli emendamenti proposti dal Parlamento.

[207] Direttiva 96/71/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 16 dicembre 1996 relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi, in *GU* n. L 18 del 21 gennaio 1996, p. 1.

[208] Sulla natura di queste disposizioni, v. *infra*, cap. III, par. 2.3. Si noti che la direttiva supera così i problemi di *dumpimg* sociale che la sentenza della Corte di giustizia *Rush Portugesa* avrebbe potuto creare nel momento in cui affermava che: "*il diritto comunitario non osta a che gli Stati membri estendano l'applicazione delle loro leggi o dei contratti collettivi di lavoro stipulati tra le parti sociali a chiunque svolga un lavoro subordinato, anche temporaneo, nel loro territorio*" (Corte di giustizia 27 marzo 1990, causa C-113/89, *Rush Portuguesa*, in *Racc*. I-1417, punto 18 della motivazione).

modo uniforme in tutti gli Stati membri. L'omogeneità delle soluzioni è garantita dal fatto che i giudici devono cercare di interpretare in maniera uniforme le disposizioni della Convenzione. Questo obiettivo è assicurato, oggi, dall'entrata in vigore dei due Protocolli alla Convenzione, relativi all'interpretazione da parte della Corte di giustizia della Convenzione stessa[209], e verrebbe rafforzato dall'eventuale approvazione del regolamento "Roma I". Acquisendo la Corte di giustizia la competenza a interpretare le disposizioni di tali atti, non vi dovrebbero più essere significative divergenze fra giudici di diversi Stati membri nemmeno in relazione al significato da attribuire ai singoli criteri di collegamento. L'interpretazione uniforme delle norme di diritto internazionale privato consente di garantire con maggior certezza l'armonia delle soluzioni che potrebbero essere fornite da più giudici comunitari astrattamente competenti[210].

In secondo luogo la Convenzione accoglie la teoria del collegamento più stretto, formalizzata espressamente nell'art. 4, e successivamente ripresa nell'art. 6 in relazione ai contratti di lavoro. In un sistema siffatto, l'accettazione del rinvio pregiudicherebbe l'obiettivo stesso della Convenzione. Secondo la Relazione Giuliano – Lagarde "*non sarebbe logico che il giudice (...) assoggettasse il contratto, tramite rinvio, alla legge di un altro paese unicamente perché la norma di conflitto del paese in cui il contratto è stato localizzato contiene altri momenti di collegamento*"[211]. Pertanto è necessario assicurare l'effettiva operatività del collegamento più stretto; tale priorità è confermata dal progetto di regolamento "Roma I", la cui relazione esplicativa nemmeno discute il problema del rinvio e propone in materia una disposizione dall'identico tenore letterale rispetto a quella contenuta nella Convenzione.

Con riferimento alla questione del rinvio, pertanto, la Convenzione e la proposta di regolamento si conformano compiutamente alla teoria del collegamento più stretto e operano una scelta certamente condivisibile sia dal punto di vista teorico, sia pratico.

---

[209] Si tratta del Primo Protocollo relativo all'interpretazione da parte della Corte di giustizia della convenzione del 1980 e del secondo Protocollo che attribuisce alla Corte di giustizia una competenza per l'interpretazione della convenzione del 1980 (versione consolidata in *GU* n. C 27 del 26 gennaio 1998, p. 47 e 53 rispettivamente).

[210] Si deve ricordare che l'ordinamento comunitario cerca di evitare l'emanazione di più decisioni in relazione alla medesima controversia: hanno carattere rigido le disposizioni sulla litispendenza di cui all'art. 27 reg. n. 44/2001.

[211] Si deve ricordare che la Convenzione ha carattere universale e che pertanto potrebbe ritenersi applicabile una legge di uno Stato extracomunitario, dandosi, così, inizio a una catena di rinvii.

5.5 Ordine pubblico, norme di applicazione necessaria e tutela del contraente debole

Come si è già rilevato[212], la Convenzione di Roma riconosce l'applicabilità delle eccezioni dell'ordine pubblico e delle norme di applicazione necessaria[213]. Senza voler fornire una compiuta analisi della disciplina generale di questi due istituti nell'ambito della Convenzione[214], si può ricordare che l'art. 7 attribuisce rilevanza non solo alle norme di applicazione necessaria della *lex fori* del giudice adito, ma anche a quelle di un altro ordinamento giuridico, purché vi sia un collegamento fra questo e la fattispecie concreta ed esse si applichino indipendentemente dalla legge regolatrice del contratto[215]. Si deve, tuttavia, rilevare che un emendamento del Parlamento alla proposta di regolamento "Roma I" elimina la disposizione che consente di *dare efficacia* alle norme di applicazione necessaria di uno Stato diverso da quello del foro. La modifica viene motivata dall'esigenza "*di migliorare la regolamentazione, in quanto allinea Roma I su Roma II, cosa che potrebbe facilitare la fusione definitiva di Roma I e Roma II in un unico strumento*"[216], motivazione certo giuridicamente non ben fondata e che si basa solamente su – discutibili – motivi di opportunità.

Una disciplina analoga a quella della Convenzione di Roma è contenuta nelle due citate direttive sui servizi di assicurazione[217].

La disposizione sembra ispirata al rispetto del principio di sovranità[218], ma contestualmente riesce a perseguire obiettivi di tutela della parte debole. Si pensi ancora una

---

[212] V. *supra*, parr. 1 e 2.

[213] Per un'analisi di tali nozioni nella Convenzione di Roma si rinvia specificamente a: BLOM J., *op. cit.*, p. 190; FLETCHER I., *op. cit.*, p. 169; PICCHIO FORLATI L., *op. cit.*, p. 177; NORTH P.M., FAWCETT J.J., *op. cit.*, p. 575; DICEY A.V., MORRIS J.H.C., *op. cit.*, p. 1290; BOSCHIERO N., *op. cit.*, p. 360.

[214] Si ritiene più interessante proporre successivamente un'analisi delle due eccezioni all'applicazione della legge straniera richiamata in esclusiva relazione alla tutela della parte contraente debole e al loro rapporto con le direttive di diritto materiale emanate a livello comunitario (v. *infra*, cap. III, par. 2.3 e cap. IV, par. 3.1 e 3.3).

[215] Sulle norme di applicazione necessaria di ordinamenti diversi da quello della *lex fori*, si vedano: MAYER P., *Les lois de police étrangères*, in *Journal du droit international*, 1981, p. 277; BONOMI A., *op. cit.*, p. 223.

[216] Si ricordi che l'art. 16 del Regolamento (CE) n. 864/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 luglio 2007, sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali («Roma II »), in *GU* n. L 199 del 31 luglio 2007, p. 40 prevede solamente che: "*Le disposizioni del presente regolamento non pregiudicano l'applicazione delle disposizioni della legge del foro che siano di applicazione necessaria alla situazione, quale che sia la legge applicabile all'obbligazione extracontrattuale*", senza alcun riferimento a norme di applicazione necessaria di altri ordinamenti, che presentino connessioni rilevanti con la fattispecie.

[217] Art. 7, par. 2, dir. 88/357 e art. 32, par. 4 dir. 2002/83. Si noti, tuttavia, che non risultano applicabili le disposizioni imperative di qualsiasi ordinamento che presenti un legame significativo con la fattispecie, ma viene limitato il catalogo delle leggi rilevanti (nello stesso senso il documento del Consiglio del 25 giugno 2007 sulla proposta di Regolamento "Roma I": v. *infra*, cap. IV, par. 3.4). In particolare, nel contratto di assicurazione vita, possono applicarsi le disposizioni imperative della legge dello Stato membro dell'impegno. Relativamente agli altri contratti di assicurazione, possono essere richiamate le disposizioni imperative dello Stato in cui è localizzato il rischio, o dello Stato che prevede l'obbligo di contrarre. In entrambi i casi si pone, altresì condizione per cui il diritto di uno Stato membro (non è qui chiaro se si tratti della *lex fori*, o della *lex causae*) lo deve consentire o prevedere.

volta al caso del lavoratore frontaliero: se la legge del luogo di residenza contempla norme di applicazione necessaria relative all'esecuzione del rapporto, anche se il giudice competente a conoscere della controversia non è quello del luogo di residenza del lavoratore[219], egli potrà applicare le suddette norme. Tuttavia non è sufficiente che l'ordinamento qualifichi delle norme come di applicazione necessaria; il giudice dovrebbe operare una valutazione concreta circa l'opportunità di applicarle nel caso di specie, dal momento che ai sensi dell'art. 7, par. 1 della Convenzione di Roma "*ai fini di decidere se debba essere data efficacia a queste norme imperative, si terrà conto della loro natura e del loro oggetto, nonché delle conseguenze che deriverebbero dalla loro applicazione o non applicazione*"[220]. Le norme di applicazione necessaria straniere non costituiscono un limite aprioristico del conflitto di leggi, ma, ai fini della loro applicazione, deve essere tenuto in particolare considerazione il loro scopo ed oggetto per espressa previsione dell'art. 7[221]. Per quanto rileva ai fini del presente lavoro, non pare allora che possa ricevere attuazione una norma straniera che, sebbene orientata alla tutela di una parte debole, e nonostante sia qualificata come di applicazione necessaria, detti una disciplina meno favorevole di quella che risulterebbe dall'applicazione della legge regolatrice del contratto. Questa soluzione significa applicare sempre la legge più favorevole alle esigenze della parte debole e quindi operare un confronto fra norme in conflitto; si tratta, tuttavia, di una comparazione richiesta dallo stesso art. 7, nel momento in cui indica i criteri che il giudice deve seguire per decidere sull'applicabilità di una norma di applicazione necessaria straniera.

---

[218] Nonostante il fatto che un ordinamento presenti un contatto troppo tenue con la fattispecie concreta affinché la sua legge sia chiamata a disciplinare il rapporto, esso può avere interesse all'applicazione di alcune sue norme di particolare rilievo collettivo o sociale.

[219] Quale probabilmente non é, ai sensi della Sezione 5 del capo II del reg. n. 44/2001.

[220] Sul rapporto fra questa disposizione e gli artt. 3, par. 3, 5, par. 2 e 6, par. 1 si veda *infra*, cap. IV, par. 3.3. Come noto, la sentenza che ha stimolato la discussione dottrina le sul rilievo da attribuire alle norme di applicazione necessaria straniere è la sentenza dello Hoge Raad 13 maggio 1966, *Alnati*, (trad. francese) in *Revue critique de droit international privé*, 1967, p. 522, nella quale la Suprema Corte olandese ha riconosciuto che, nonostante la scelta di legge operata dalle parti, uno Stato può attribuire una tale importanza all'applicazione delle proprie norme, anche al di fuori del proprio territorio, che pure il giudice straniero deve tenerne conto. Nel caso di specie, la Corte non ha ritenuto che le norme asseritamente imperative del diritto belga avessero una tale forza di applicazione extraterritoriale e contraria alla scelta di legge delle parti. Si ricordi, tuttavia, che questa non è stata la prima sentenza sul continente europeo a impiegare – anche se indirettamente – la nozione di norma di applicazione necessaria straniera (v. *infra*, cap. IV, nota 101). Si noti che l'art. 1.4 dei Principi Unidroit prevede espressamente che: "*The mandatory rules of the forum and the possibility also of those of third States, will like wise prevails [on the application of the above mentioned Principles], provided that they claim application whatever the law governing the contract and, in case of the rules of third States, there is a close connection between those States and the contract in question*". Analoghi i contenuti dei *Principles of European Contract Law*. L'assolutezza di questa soluzione sembra, tuttavia, smentita dal comunque ampio numero di riserve che sono state poste all'art. 7, par. 1 della Convenzione di Roma, nonché dal fatto che la Relazione del Parlamento sulla proposta di regolamento "Roma I" elimina del tutto la disposizione sulle norme di applicazione necessaria di uno Stato terzo.

[221] MENGOZZI P., *La Convenzione C.E.E.sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali. Il notaio e le norme di applicazione necessaria*, in AA.VV., *La Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, cit., p. 275; BONOMI A., *op. cit.*, p. 297.

Nonostante le difficoltà che ne possono derivare, una tale analisi porterebbe un sicuro vantaggio. Infatti, se la legge individuata tramite i criteri ordinari fosse più favorevole rispetto alle norme di applicazione necessaria straniere, queste non sarebbero pregiudicate dall'applicazione della *lex causae*, e, contemporaneamente, non sarebbe derogato il risultato che la stessa *lex causae* ha voluto perseguire con una legislazione favorevole dal punto di vista sociale. Ne conseguirebbe che la parte debole del contratto vedrebbe applicata una disciplina orientata a suo favore, anche se composta da norme dedotte dalla legge applicabile e da norme di applicazione necessaria di ordinamenti giuridici diversi. In questa ipotesi si limita, pertanto, l'astrattezza del principio di prossimità in favore di una legge i cui effetti sarebbero più favorevoli nei confronti di una parte; in queste circostanze la Convenzione di Roma ammette che sia preso in considerazione il contenuto sostanziale della legge richiamata per delinearne i limiti di applicabilità.

Con una formulazione propria alle convenzioni internazionali, l'art. 7, par. 2 rende applicabili le norme di applicazione necessaria della *lex fori* del giudice adito[222]. In tal caso la *ratio* della disposizione è quello di garantire il rispetto del principio di sovranità, in quanto non può essere richiesto al giudice di derogare alle norme particolarmente importanti e caratterizzanti il sistema[223].

La proposta di regolamento cerca di definire le norme di applicazione necessaria. Esse costituirebbero delle disposizioni imperative "*il cui rispetto è ritenuto cruciale da un paese per la salvaguardia della sua organizzazione politica, sociale o economica, al punto da esigerne l'applicazione a tutte le situazioni che rientrino nel suo campo d'applicazione, qualunque sia la legge applicabile secondo il presente regolamento*". L'emendamento proposto dal Parlamento propone un'ulteriore precisazione, nel senso di definire le disposizioni imperative come quelle "*il cui rispetto è ritenuto cruciale da un paese per la salvaguardia dei suoi interessi pubblici, quali la sua organizzazione politica, sociale o economica, al punto da esigerne l'applicazione a tutte le situazioni che rientrino nel loro campo d'applicazione, qualunque sia la legge applicabile al contratto secondo il presente regolamento*". Secondo il considerando 13, come

[222] Disposizioni analoghe sono contenute nelle direttive sui servizi assicurativi; si vedano gli articoli 32, par. 4 dir. 2002/83 e 7, par. 2 dir. 88/357.

[223] A seguito dell'armonizzazione di diversi aspetti di carattere sostanziale dei contratti conclusi dal consumatore o dall'assicurato, non paiono più aver fondamento quelle preoccupazioni che aveva espresso la dottrina italiana a seguito dell'entrata in vigore della Convenzione di Roma, circa la scarsa protezione garantita allora nel nostro ordinamento alle parti deboli. Si veda: ALPA G., BESSONE M., *La Convenzione di Roma sulla legge applicabile in materia di obbligazioni. Aspetti civilistici*, in *La Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, cit., p. 96; FRIGO M., *La determinazione della legge applicabile in mancanza di scelta dei contraenti e le norme imperative della Convenzione di Roma*, in *La Convenzione di Roma sul diritto applicabile ai contratti internazionali*, cit., p. 29; RUSCELLO F., *Commento all'art. 5*, in *Convenzione sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma 19 giugno 1980)*, cit., p. 982.

modificato dal Parlamento, il concetto di "norme di applicazione necessaria" dovrebbe essere distinto dall'espressione "disposizioni alle quali non è permesso derogare convenzionalmente", figurante fra l'altro all'articolo 3, paragrafo 4, e dovrebbe essere inteso in maniera più restrittiva.

La disposizione cerca quindi di specificare le definizioni nate in dottrina[224], ma non pare che riesca a precisarle in modo adeguato, anche perché ancora una volta fa riferimento al loro carattere imperativo e le connota con elementi che appaiono maggiormente sociologici che giuridici (quali l'esigenza cruciale del suo rispetto o la salvaguardia dell'organizzazione sociale). Qualificare gli interessi sottesi alle norme di applicazione necessaria come pubblici – come voluto dal Parlamento europeo - , non riesce ancora a caratterizzare in maniera significativa questo tipo di norme, né ad offrire all'interprete un criterio pratico per la loro individuazione.

Ulteriore eccezione all'applicazione della legge individuata è costituita dall'ordine pubblico. Il contrasto degli effetti dell'applicazione della legge straniera con l'ordine pubblico del giudice adito nel merito deve essere manifesto: la norma ha vocazione di applicarsi in via del tutto eccezionale. Criticabile risulta pertanto la sentenza della Corte di Cassazione nel caso *Bottoni*[225], ove si è ritenuto che la legge statunitense[226] contrastasse con l'ordine pubblico italiano in materia di licenziamento senza giusta causa, in assenza di qualsivoglia analisi relativa

---

[224] Si veda *supra*, note 10 e 140. Si tratta di una formulazione espressamente ispiratasi alla sentenza *Arblade* della Corte di giustizia (23 novembre 1999, cause riunite C-369 e C-376/96, *Arblade*, in *Racc*., I-8453). Ai punti 30 e 31 la Corte ha affermato che le leggi di polizia e di sicurezza devono essere intese come "*norme nazionali la cui osservanza è stata reputata cruciale per la salvaguardia dell'organizzazione politica, sociale o economica dello Stato membro interessato, al punto da imporne il rispetto a chiunque si trovi nel territorio nazionale di tale Stato membro o a qualunque rapporto giuridico localizzato nel suo territorio. L'appartenenza di una norma nazionale alla categoria delle leggi di polizia e di sicurezza non la sottrae dall'osservanza delle disposizioni del Trattato, pena la violazione dei principi di preminenza e di applicazione uniforme del diritto comunitario*". Pertanto, nonostante l'interpretazione restrittiva data dalla Corte delle norme di applicazione necessaria e delle essenziali finalità che esse possono perseguire, rimane tuttavia necessario che esse non si pongano in contrasto con il diritto comunitario, la cui primazia deve essere sempre rispettata. GAUDEMET - TALLON H., *Le pluralisme en droit international privé*, cit., p. 265 rileva che una tale giurisprudenza è in grado di neutralizzare le norme di applicazione necessaria nazionali.

[225] Corte di Cassazione, sez. lav., 11 novembre 2002, n. 15822, in *Foro it.*, 2003, I, 484. In dottrina: CLERICI R., *Rapporti di lavoro, ordine pubblico e Convenzione di Roma del 1980*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2003, p. 809; OGRISEG C., *Recesso libero e limite all'ordine pubblico*, in *Massimario di giurisprudenza del lavoro*, 2003, p. 361. In Italia il *favor laboris* è riconosciuto come principio di ordine pubblico internazionale (Corte di Cassazione 6 settembre 1980, n. 5156, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 1982, II, p. 42; Corte di Cassazione 9 marzo 1998, n. 2622, in DI BLASE A., *Guida alla giurisprudenza italiana e comunitaria di diritto internazionale privato*, 2004, Napoli, p. 252). Meno recentemente il Bundesarbeitsgericht ha affermato che un periodo di preavviso di licenziamento più breve rispetto a quello riconosciuto in Germania non costituisce motivo di ordine pubblico tale da dover disapplicare la norma straniera richiamata; tantomeno si tratterebbe di norme di applicazione necessaria (Bundesarbeitsgericht 24 August 1989, cit.).

[226] Non è nemmeno chiaro cosa dovesse intendersi per "legge statunitense", dal momento che la disciplina del rapporto di lavoro è di competenza statale e che la stessa Convenzione di Roma ritiene applicabile la legge degli ordinamenti giuridici componenti sistemi giuridici non unificati, quindi, nel caso degli U.S.A., la legge dei singoli Stati e non della federazione. Il luogo di abituale svolgimento dell'attività si trovava nello Stato di New York.

al contenuto della legge del luogo di abituale svolgimento dell'attività o verifica delle tutele assicurate al lavoratore ingiustamente licenziato. La motivazione della sentenza risulta, pertanto, lacunosa, dal momento che il limite dell'ordine pubblico è intervenuto ben prima dell'analisi degli effetti che l'applicazione della legge straniera avrebbe provocato nell'ordinamento italiano, addirittura senza verificare se la legge applicabile prevedesse un sistema di tutela se non uguale, almeno sufficientemente efficace. Ciò ha consentito di ritenere applicabile la legge italiana e conseguentemente ordinare la reintegrazione nel posto di lavoro.

La proposta di regolamento non ha apportato alcuna modifica sul punto, nonostante il fatto che sarebbe opportuno formulare la disposizione in modo tale che l'eccezione di ordine pubblico sia applicata in ipotesi estremamente circoscritte e a seguito di un vaglio più profondo rispetto a quello effettuato dal giudice italiano nel caso *Bottoni*.

6. Il metodo classico è idoneo a tutelare la parte contrattuale debole?

Si deve, quindi, indagare se i metodi analizzati nel presente capitolo siano idonei ad assicurare una protezione della parte contraente debole. Anticipando le conclusioni, si ritiene che la risposta sia negativa.

Per quanto attiene alla teoria savignana della localizzazione del rapporto, l'inadeguatezza si desume dalla rigidità del criterio di collegamento. Esso è individuato in un elemento considerato pregnante di una fattispecie astratta, il quale consente di localizzare la "sede" del rapporto nel caso concreto. Tuttavia, esso non cambia sulla base di considerazioni soggettive, quali l'essere una parte un consumatore che conclude un contratto con un professionista. Anche in questo caso è centrale la problematica della localizzazione del rapporto, e non rilevano altre eventuali necessità dipendenti dallo *status* soggettivo di uno dei contraenti. Inoltre, il metodo individua una legge applicabile indipendentemente dal suo contenuto e dalla conoscenza che ne potrebbe avere la parte debole del rapporto[227]. Ciò non significa che, effettivamente, la legge

[227] Il problema del contenuto della legge sostanziale richiamata dalla norma di conflitto potrebbe non avere una portata particolarmente rilevante all'interno dello spazio giudiziario europeo. Infatti, come noto, una forte armonizzazione è intervenuta in materia di contratti conclusi con il consumatore (si veda, ad es.: Direttiva 87/102/CEE del Consiglio del 22 dicembre 1986, relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di credito al consumo, in *GU* n. L 42 del 12 dicembre 1987, p. 48; Direttiva 93/13/CEE del Consiglio del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori , in *GU* n. L 95 del 21 aprile 1993, p. 29), di assicurazione (es.: Direttiva 73/239 del Consiglio del 24 luglio 1973, recante coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative in materia di accesso e di esercizio dell'assicurazione diretta diversa dell'assicurazione sulla vita, in *GU* n. L 228 del 16 agosto 1973, p. 3) e, per alcuni elementi, di lavoro (dir. 96/71 relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi, cit.). Pertanto le legislazioni nazionali degli Stati membri conoscono quantomeno un *minimum standard* di tutela di queste parti, anche se, naturalmente, nulla vieta di promulgare delle leggi a carattere

richiamata non sia *in concreto* quella più favorevole alla parte debole fra quelle ipoteticamente in conflitto nel caso di specie, né che essa non possa essere da lui ben conosciuta, ad esempio perché coincidente con la legge del luogo del suo domicilio. Tuttavia, un metodo così rigido non fornisce una ragionevole certezza circa l'effettivo raggiungimento degli scopi di tutela, che diviene del tutto casuale. Proprio per questo motivo assumono una maggior rilevanza l'*ordine pubblico* e le *norme di applicazione necessaria*. Attraverso questi due strumenti lo Stato del foro può assicurare una tutela materiale minima alla parte contraente debole nei casi in cui la legge richiamata non conosca gli stessi *standards*. Pertanto, riconoscendo quale valore pregnante del proprio ordinamento giuridico la tutela della parte debole come soggetto giuridicamente meno esperto, il giudice potrebbe individuare nella *lex fori* norme di applicazione necessaria che consentano un'effettiva protezione di tale parte nel caso concreto, oppure ritenere che gli effetti dell'applicazione della legge straniera – che, per ipotesi, non ponga la stessa attenzione a tali problematiche di carattere sociale – siano contrari all'ordine pubblico e non darne concreta attuazione[228]. La protezione della parte debole si raggiungerebbe attraverso l'applicazione combinata della *lex causae* e delle norme di applicazione necessaria della *lex fori* ed eventualmente di altri ordinamenti significativamente collegati, e, infine, tramite l'eccezione dell'ordine pubblico. Una tale soluzione potrebbe consentire l'applicazione di una disciplina materialmente favorevole alla parte debole, ma non riuscirebbe a garantire la conoscibilità della legge applicabile, visto il concorso di diverse fonti provenienti da più ordinamenti. La parte debole, in quanto giuridicamente meno esperta, difficilmente riuscirà a prevedere quale sia la complessa disciplina risultante dall'interazione di *lex causae* e norme di applicazione necessaria[229].

Si ritiene, quindi, che il metodo classico non riesca a garantire una sufficiente tutela della parte debole, la cui effettività dipende in larga misura dalla sensibilità del giudice adito, sia qualora si optasse per una modalità di protezione ampia, consistente nell'applicazione della legge sostanzialmente più favorevole, sia qualora si ritenesse adeguata una tutela limitata a uno *standard* minimo presumibilmente conosciuto dal contraente debole.

---

ancora maggiormente sociale, e quindi più garantista nei confronti di queste parti. LECLERC F., *op. cit.*, p. 419, rileva che il metodo tradizionale non riesce a introdurre nella norma di conflitto valori materiali.

[228] Si deve tuttavia notare che l'eccezione di ordine pubblico non sempre può essere efficace in questi casi, dal momento che non necessariamente tutte le norme protettive della parte debole rientrano nella nozione di ordine pubblico dello Stato del foro. Si veda: MAYER P., *La protection de la partie faible en droit international privé*, in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, a cura di Ghestin G. e Fontaine M., 1996, Paris, p. 531.

[229] Rileva le insufficienze del metodo: LECLERC F., *op. cit.*, p. 402.

Le teorie statunitensi e il principio di prossimità hanno riscosso un importante successo in dottrina e presso i legislatori nazionali proprio perché sembrano riuscire a superare i problemi di rigidità del criterio della localizzazione.

In particolare, proprio le elaborazioni d'oltreoceano paiono dare più che un metodo per la risoluzione dei conflitti di legge, dei criteri guida per individuare quale sia la legge più idonea a disciplinare il caso di specie[230]. Pertanto, proprio la peculiarità soggettiva di una fattispecie, caratterizzata dall'essere una delle parti contrattuali un soggetto considerato debole, consente all'interprete di operare con maggior flessibilità. Egli può, infatti, valutare qual è la legge materialmente più favorevole alla parte debole, oppure preferire, in un bilanciamento con altre leggi eventualmente in conflitto – e a nostro avviso in modo più corretto - , quella che con maggiori probabilità è conosciuta dal contraente debole e alla quale egli può aver conformato il proprio comportamento. Si può, quindi, ritenere che tra i vari elementi che devono essere presi in considerazione per la risoluzione del conflitto possono rientrare anche esigenze di carattere materiale. Anche in questo caso, tuttavia, parte del risultato concreto è rimesso alla discrezionalità e alla sensibilità del singolo giudice, che può ritenere più o meno pregnanti, e dunque più o meno degne di tutela, esigenze di protezione del contraente debole.

Riflessioni analoghe possono farsi in relazione al principio di prossimità. Si riscontra, infatti, una maggior flessibilità nell'applicazione rispetto alla teoria della localizzazione. Pertanto, si potrebbe ritenere che proprio la caratterizzazione soggettiva di uno dei contraenti, la qualità di parte debole, permei di sé in tal modo l'intero rapporto contrattuale, da doversi ritenere che la legge applicabile vada individuata proprio in quella del suo domicilio (o della sua residenza) a causa della prossimità fisica. Solo attraverso questa interpretazione – che, tuttavia, non pare rispondere effettivamente agli obiettivi che si pone il principio di prossimità - , può addivenirsi all'applicazione della legge che con maggiori probabilità è conosciuta dalla parte debole. Deve comunque escludersi l'operatività di considerazioni di carattere materiale sul contenuto delle leggi in conflitto. Infatti, anche il principio di prossimità è caratterizzato dall'astrattezza rispetto alla concreta disciplina materiale richiamata, e l'interprete non pare poter compiere valutazioni di convenienza e di maggior tutela nell'applicazione della legge di uno o dell'altro ordinamento giuridico. Anche in tal caso, dunque possono venire in rilievo gli istituti dell'ordine pubblico e delle norme di applicazione necessaria, se l'ordinamento del giudice è più sensibile a questo tipo di esigenze sociali.

---

[230] PATOCCHI P.M., *op. cit.*, p. 250; HONORATI C., *La legge applicabile alla concorrenza sleale*, 1995, Padova, p. 96.

Conclusivamente, si deve affermare che i metodi analizzati in questo primo capitolo non paiono del tutto idonei a garantire la tutela della parte debole dal punto di vista sostanziale, nel senso di poter rendere applicabile la legge che sia concretamente più favorevole al contraente debole, a meno che non si prevedano dei correttivi, la cui applicazione dipende, però, sia dal livello di tutela sociale conosciuto nello Stato in cui si trova il l'organo giudicante, sia dalla sensibilità personale del giudice stesso. Il collegamento alla legge regolatrice del rapporto è, infatti astratto, dipendendo solamente dalla sua previa localizzazione in un ordinamento, e prescinde dalle peculiarità del caso concreto. Pertanto, proprio perché la protezione del contraente debole è rimessa a strumenti che consentono l'esercizio di un potere discrezionale del giudice, la protezione del contraente debole è in gran parte rimessa all'autorità giurisdizionale competente nel merito.

Tali metodi non soddisfano nemmeno le esigenze da noi considerate principali nella tutela del contraente debole, cioè la conoscenza della legge applicabile e il rispetto dello *standard* minimo da essa previsto. Infatti la localizzazione, sia rigida, sia flessibile, può portare all'individuazione di una legge lontana dalla parte debole, a meno che non si consideri la qualità soggettiva di una determinata parte nel rapporto così assorbente, da riuscire a localizzare tutta la fattispecie nel luogo di residenza del contraente debole. Non pare, tuttavia, che le teorie esaminate nel presente capitolo consentano una simile conclusione.

In relazione alla competenza giurisdizionale, si è visto come i fori alternativi di cui all'art. 5 reg. n. 44/2001 rispondano al principio di prossimità, soprattutto alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia che tende ad enfatizzare questo elemento di necessario collegamento fra giudice competente e controversia. Tuttavia, allo scopo di meglio tutelare il contraente debole, questo tipo di prossimità non pare sempre sufficiente. Infatti, esso è predisposto al fine di assicurare una buona amministrazione della giustizia, obiettivo che viene perseguito individuando come competente il giudice del luogo ove si è verificato l'evento, proprio perché con maggiori probabilità ivi andranno assunte le prove, sarà più semplice procedere a ispezioni dei luoghi, perquisizioni, sequestri, e altre esigenze processuali di questo tipo. Queste esigenze sono avulse dalla politica di protezione del contraente debole. Pertanto, risulta necessario stabilire delle norme di competenza ulteriormente derogatorie rispetto agli articoli 2 e 5, che nel reg. n. 44/2001 sono chiamate, appunto, speciali, in modo tale che sia assicurata la prossimità del giudice non rispetto al luogo ove si sono verificati i fatti e quindi alle prove, ma allo stesso

contraente debole. Si discuterà in seguito di questi fori, alla luce degli obiettivi che si pongono[231].

Nei prossimi capitoli si verificherà se altri metodi tipici del diritto internazionale privato possono ritenersi idonei al perseguimento dell'obiettivo della tutela della parte debole.

[231] V. *infra*, cap. III, par. 4.

Capitolo secondo:

La tutela del contraente debole secondo i metodi del rinvio all'ordinamento giuridico competente e del riconoscimento dei diritti acquisiti

1. Il rinvio all'ordinamento giuridico competente come metodo di diritto internazionale privato

1.1 Premessa

Nel presente capitolo vengono esaminati due metodi di diritto internazionale privato, il *rinvio all'ordinamento giuridico competente* e il *riconoscimento dei diritti acquisiti* (o delle *situazioni giuridiche create in un altro Stato*). La dottrina italiana che si è occupata con maggior attenzione della loro sistematizzazione[232] li ha in effetti considerati come espressione di un unico metodo, denominato *rinvio all'ordinamento giuridico competente* e ha posto in luce alcune diversità a seconda che esso rilevi nella fase del merito, ovvero del riconoscimento della sentenza straniera.

Nel presente lavoro si è, invece, preferito operare una distinzione in due metodi autonomi. Si utilizza, così, la locuzione *rinvio all'ordinamento giuridico competente* qualora si tratti di accertare o costituire un diritto nel foro in sede di merito; mentre per *riconoscimento dei diritti acquisti* si intende il metodo che viene utilizzato, appunto, in sede di riconoscimento di situazioni giuridiche createsi all'estero, accertate o costituite tramite un atto autoritativo[233]. Questa suddivisione segue quella operata tradizionalmente dalla dottrina di *common law*[234], che distingue tra *double renvoi*, rilevante nella fase del merito, e *vested rights*, in sede di riconoscimento. Come premessa metodologica, pare opportuno segnalare che si utilizzeranno

[232] PICONE P., *Ordinamento competente e diritto internazionale privato*, 1986, Padova; ID., *Les méthodes de coordination entre les ordres juridiques en droit international privé*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 1999, tomo 276, p. 119.

[233] Nella trattazione si avrà particolare riguardo alle sentenze, e, più generalmente, ai provvedimenti giurisdizionali che creano o accertano diritti soggettivi.

[234] Per più precisi riferimenti bibliografici si rinvia agli Autori citati nei prossimi due paragrafi. Si noti come anche la dottrina di matrice civilista abbia accolto la distinzione fra *vested rights* e doppio rinvio conosciuta nel *common law*. Per un'analisi dettagliata dello sviluppo delle teorie: KEGEL G., *The crisis of conflict of laws*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, tomo 112,1964, p. 95.

quali sinonimi le locuzioni *diritti acquisiti*, *situazioni giuridiche straniere* e *sentenze* o *atti stranieri* allo scopo di indicare qualsiasi diritto costituitosi all'estero in forza di un provvedimento – amministrativo o – giurisdizionale che ha applicato la legge straniera[235].

Pur trattandosi di due metodi strettamente correlati, dal momento che presuppongono entrambi un'ampia apertura agli ordinamenti giuridici stranieri, una tale suddivisione appare funzionale al presente lavoro. Infatti, il *rinvio all'ordinamento giuridico competente* così come da noi inteso non pare aver spazio nell'ambito del diritto internazionale privato comunitario relativo ai rapporti contrattuali. Al contrario, il sistema del riconoscimento e dell'esecuzione delle sentenze straniere stabilito dal reg. n. 44/2001 si ispira, rielaborandolo, al principio del mutuo riconoscimento[236]. Pertanto, nonostante la stretta interdipendenza fra i due metodi, non pare corretto assimilarli nello studio dei metodi di coordinamento impiegati a livello comunitario, che – nello specifico settore che ci interessa, il rapporto contrattuale - non ne ha fatto applicazione allo stesso modo[237].

Si analizzano di seguito, preliminarmente, le caratteristiche principali e le peculiarità dei due metodi.

1.2 Il metodo: presupposti e limiti

Il metodo del rinvio all'ordinamento giuridico competente si pone, diversamente dalla teoria classica, degli obiettivi di carattere funzionale. Infatti, al momento della risoluzione dei conflitti di diritto internazionale privato, il giudice non deve limitarsi a individuare quale ordinamento funga da sede del rapporto, o presenti il più stretto collegamento, ma deve compiere delle valutazioni ulteriori. Infatti, presupposto essenziale alla risoluzione del conflitto è il fatto che la situazione giuridica, da costituire nel foro, debba poter circolare anche fuori dal proprio ordinamento. In particolare, il giudice dovrà verificare che la sentenza – e il relativo diritto accertato o costituito – sia riconoscibile nell'ordinamento giuridico competente, ovvero quello che, secondo la *lex fori*, sarebbe chiamato ad accertare o costituire quel diritto. Pertanto,

[235] Secondo PICONE P., *Ordinamento competente e diritto internazionale privato*, cit., p. 85, costituisce *situazione giuridica straniera* "*una situazione giuridica che abbia una fonte normativa appartenente ad un ordinamento straniero. E cioè o una situazione giuridica che derivi direttamente dall'applicazione di determinate norme materiali astratte e generali di una legge straniera, a condizione evidentemente che tali norme siano applicabili secondo la legge cui appartengono; o una situazione giuridica che, quale che sia la legge applicata, abbia la propria fonte normativa nell'atto (sentenza, atto amministrativo, ecc.) di un organo pubblico di uno Stato estero*".

[236] V. *infra*, par. 4.

[237] La stessa dottrina (PICONE P., *Studi di diritto internazionale privato*, 2003, Napoli, p. 364) ha rilevato come il metodo del rinvio all'ordinamento giuridico competente non possa essere generalizzato a tutti i settori del diritto e che esso appare particolarmente appropriato, ad esempio, in materia di *status* famigliari e in particolare di divorzio. E' rilevato, altresì, che il metodo ha una sua particolare valenza soprattutto nell'ambito del riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze straniere, piuttosto che nella determinazione della legge applicabile.

fin dal momento della decisione nel merito tramite una valutazione prognostica, il giudice dovrà cercare di risolvere il conflitto in modo tale che le situazioni così create e i diritti accertati nella sentenza possano essere riconosciuti nell'ordinamento competente.

Questa teoria pare avere un particolare pregio nei casi in cui la costituenda situazione non abbia dei nessi particolarmente stretti con il foro – si, pensi, ad esempio, a un divorzio fra soggetti residenti all'estero o di cittadinanza straniera. In queste ipotesi l'ordinamento del foro può non avere particolare interesse a regolare la fattispecie, proprio perché essa non produrrà alcun significativo effetto all'interno di quel sistema; può, allora, soddisfare le aspettative delle parti la creazione di situazioni che possono essere riconosciute nell'ordinamento maggiormente collegato con la fattispecie.

Si deve notare, tuttavia, come questo approccio non si limiti a stabilire l'applicazione di una legge strettamente collegata con la fattispecie, quanto piuttosto esiga che venga pronunciata una decisione che possa produrre i propri effetti in quell'ordinamento. La norma di conflitto individua quale ordinamento debba considerarsi competente a costituire quella situazione giuridica. Pertanto, in primo luogo, è individuato il giudice, appartenente a quell'ordinamento, che secondo la *lex fori* dovrebbe costituire quel diritto o quella situazione. Il giudice del merito deve porsi nell'ottica dell'ordinamento straniero e decidere *come se* egli fosse un giudice appartenente a quell'ordinamento.

La particolarità che distingue questo metodo - e quello del riconoscimento dei diritti acquisiti – dagli altri analizzati nel corso del presente lavoro, è che il conflitto non è visto come concorso fra leggi nazionali nella disciplina di una fattispecie, ma come potenziale sottoposizione della fattispecie a un intero ordinamento giuridico e, quindi, in primo luogo, individuazione di un'autorità giurisdizionale competente a costituire o accertare un diritto[238].

Questa dottrina ricorda i presupposti della *foreign court theory*, o teoria del doppio rinvio[239], sviluppatasi particolarmente nei sistemi di *common law*. Questo metodo richiede al

---

[238] PICONE P., *Ordinamento competente e diritto internazionale privato*, cit., p. 34. Come messo in rilievo dalla dottrina (PICONE P., *Les méthodes de coordination*, cit., p. 121), in tal caso per ordinamento giuridico non si può intendere come sistema normativo unitario e globale, dal momento che non sarebbe possibile ritenere che un giudice, all'interno del proprio ordinamento giuridico, "applichi" un diverso ordinamento. La contraddittorietà, secondo PICONE P., *op. loc. cit.*, diventa palese nel caso in cui venga pronunciata sentenza di divorzio fra due cittadini stranieri. E' evidente che in tal caso viene in rilievo l'ordinamento giuridico del foro, il quale applica la legge straniera; infatti, la sentenza ha creato una situazione giuridica diversa, la dissoluzione del matrimonio, che discende naturalmente e formalmente dall'ordinamento del foro. Non si può, pertanto ritenere che il giudice abbia applicato un ordinamento straniero. Eventualmente, solo la legge straniera potrà essere applicata dal giudice adito.

[239] WENGLER W., *Les principes généraux du droit international privé et leurs conflits*, in *Revue critique de droit international privé*, 1952, p. 610; FRANCESCAKIS P., *Quelques précisions sur les «lois d'application immédiate» et leurs rapports avec les règles de conflit de lois*, in *Revue critique de droit international privé*, 1966, p. 106; EHRENZWEIG A.A., *Private international law*, 1967, Leiden, p. 146; NORTH P.M., FAWCETT J.J., *Cheshire and*

giudice, il cui sistema di diritto internazionale privato conduce all'applicazione di un sistema giuridico straniero, di risolvere le questioni di conflitto di leggi come se egli fosse giudice dell'ordinamento richiamato, adito nel merito. Il giudice dovrebbe dunque assumere le vesti dell'autorità giudiziaria appartenente al sistema giuridico richiamato dalla legge del foro e risolvere le problematiche di diritto internazionale privato allo stesso modo in cui lo farebbe quel giudice.

Sia nella teoria del doppio rinvio, sia nel rinvio all'ordinamento giuridico competente, la norma di conflitto opera primariamente come norma sull'individuazione di un giudice dotato di giurisdizione, anche se non si può parlare di una vera e propria attribuzione di potere giurisdizionale[240]. Le due teorie non sono, in effetti, assimilabili né a metodi per la determinazione della giurisdizione internazionale, né a criteri di collegamento. Il giudice del merito deve "vestire i panni"[241] del giudice appartenente all'ordinamento competente e decidere come se egli fosse quel giudice, prendendo in considerazione l'ordinamento straniero nel suo complesso e le sue valutazioni giuridiche.

Il metodo si differenzia inoltre dal rinvio, perché non è sufficiente verificare quale sia il criterio di collegamento adottato dalla legge richiamata per quella stessa fattispecie, allo scopo di verificare se quella legge *voglia* applicarsi o meno, ma devono essere prese in considerazione tutte le valutazioni di carattere conflittuale dell'ordinamento competente. Un esempio, citato dalla dottrina[242], può chiarire la differenza. Si supponga che una questione relativa a un testamento formato da un cittadino inglese, deceduto in Belgio, che ha lasciato dei beni nel Regno Unito, insorga davanti al giudice inglese[243]. Sulla base della teoria del doppio rinvio,

---

North's private International Law, 1999, London, p. 55; DICEY A.V., MORRIS J.H.C., *Dicey and Morris Conflict of Law*, 2000, London, p. 67. La dottrina viene, altresì, chiamata *del rinvio totale* o *la dottrina inglese del rinvio*. Si può qui ricordare che una prima traccia di questa teoria, anche se non compiutamente e consapevolmente sviluppata, si trova in una remota decisione tedesca, resa dall'Oberappelationsgericht di Lübeck il 21 marzo 1861 (caso *Krebs contro Rosalino*, in *Seuffert's Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten*, 1861, Munich, n. 107, citata da DE NOVA R., *Historical an comparative introduction to conflict of laws*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 1966, tomo 118, p. 491), nel quale la Corte ha affermato che il richiamo dell'ordinamento straniero dovesse intendersi come un *Gesamtverweisung*, un rinvio totale, e che la controversia dovesse essere decisa esattamente come se fosse stata adito nel merito il giudice dell'ordinamento che il foro richiama.

[240] Infatti, il giudice adito non si spoglia della propria competenza per il solo fatto che la *lex fori* consideri competente un altro ordinamento, come dovrebbe avvenire se la teoria fosse considerata un metodo di attribuzione di giurisdizione.

[241] Nella sentenza *Collier v. Rivaz* (1841, 2 Curt, 855, citata da DICEY A.V., MORRIS J.H.C., *op. cit.*, p. 68), primo caso di applicazione della teoria del doppio rinvio, la Corte ha affermato che: "*the court sitting here to determine it, must consider itself sitting in Belgium under the peculiar circumstances of the case*".

[242] NORTH P.M., FAWCETT J.J., *op. cit.*, p. 55.

[243] Nella sentenza *Collier* la Corte doveva valutare la validità formale di un testamento e di sei poscritti redatti da un cittadino britannico domiciliato in Belgio secondo il diritto inglese, ma domiciliato nel Regno Unito secondo il diritto belga. Il testamento e due dei poscritti erano redatti nella forma richiesta dal diritto belga, e immediatamente

questi dovrebbe verificare quale sarebbe la soluzione adottata dal giudice competente secondo le norme di conflitto inglesi, cioè, nel caso di specie, il giudice belga. Questi, sulla base del proprio sistema di diritto internazionale privato, sarebbe chiamato ad applicare la legge inglese. Nel risolvere quello che nei paesi continentali sarebbe chiamato *rinvio indietro*[244], il giudice inglese è invece chiamato ad analizzare quale sarebbe la soluzione accolta dal giudice belga, in quanto competente secondo il sistema di conflitto inglese. Potrebbe darsi l'ipotesi che il sistema belga accetti il rinvio ed applichi la propria legge, oppure potrebbe ritenere che la legge inglese sia quella regolatrice il rapporto. Pertanto, se il sistema richiamato dalla legge inglese accetta il rinvio indietro, sarà applicata la legge straniera dell'ordinamento considerato competente; in caso contrario, sarà applicata la *lex fori*[245].

Il metodo del rinvio all'ordinamento competente è fortemente tributario della teoria del doppio rinvio, che è stata rielaborata allo scopo di garantire la più facile circolazione dei provvedimenti giurisdizionali[246]. La diversa prospettiva del conflitto, che è propria al metodo in esame, consente, infatti, di risolvere il problema delle situazioni giuridiche cosiddette claudicanti. Con questa locuzione di intende denotare quei rapporti e quei diritti che sono costituiti o comunque efficaci in uno Stato, ma che non possono essere riconosciuti o eseguiti, in tutto o in parte, in un diverso ordinamento giuridico. La problematica è particolarmente

---

riconoscibili nell'ordinamento inglese; gli altri quattro poscritti avevano, invece, la forma richiesta dal diritto inglese (il quale, in materia di forma testamentaria, stabiliva il solo criterio rigido di collegamento dell'ultimo domicilio del testatore). Stabilito che, secondo la legge belga, la forma dei testamenti redatti dagli stranieri non domiciliati in Belgio era regolata dalla legge della cittadinanza e che il giudice belga avrebbe applicato la legge inglese, la Corte ha ammesso la validità dei poscritti.

[244] Si veda *supra*, cap. I, par. 3. Sulla rilevanza del rinvio, come conosciuto nell'ordinamento competente, per l'applicazione della teoria in esame si veda: DE NOVA R., *op. cit.*, p. 500.

[245] La teoria lascia aperte alcune questioni critiche. In primo luogo, è possibile pervenire a decisioni uniformi solo se il metodo è accettato in uno degli ordinamenti in conflitto, ma non negli altri. In caso contrario, il giudice inglese – nell'esempio di cui al testo – cercherà di fornire la stessa soluzione a cui addiverrebbe il giudice belga, il quale, a sua volta, si rimetterebbe alle determinazioni dell'ordinamento inglese, creandosi così un circolo che non può essere interrotto sulla base della teoria stessa. E', pertanto, necessario che l'ordinamento competente secondo il sistema che accetta il doppio rinvio conosca un'impostazione per la risoluzione del conflitto di leggi di stampo continentale. In secondo luogo, l'adozione di questo metodo significa il totale abbandono del sistema internazionalprivatistico nazionale, il quale verrebbe sostituito dalle norme di conflitto dell'ordinamento competente: sarebbe sufficiente la determinazione della competenza giurisdizionale internazionale. Inoltre, tale teoria comporta delle difficoltà applicative notevoli (sulle quali NORTH P.M., FAWCETT J.J., *op. cit.*, p. 58; si può ricordare, ad esempio che il giudice inglese deve riuscire ad accertare quale siano le soluzioni adottate dall'ordinamento competente in materia di rinvio – inteso nel significato continentale, elemento che può provocare un'incertezza nel risultato finale: DICEY A.V., MORRIS J.H.C., *op. cit.*, p. 76). Nello stesso senso: BATIFFOL H., LAGARDE P., *Traité de droit international privé*, tome 1, 1993, Paris, p. 503; RIGAUX F., FALLON M., *Droit international privé*, 2005, Bruxelles, p. 240.

[246] Tuttavia, non pare che la principale obiezione mossa alla teoria del doppio rinvio possa essere superata dal metodo del rinvio all'ordinamento competente. Infatti, se il sistema richiamato accetta quest'ultimo metodo, a sua volta vorrà costituire delle situazioni giuridiche che siano riconoscibili in uno Stato terzo o nello Stato d'origine. Pertanto, anche in questo caso, l'eventuale circolarità non pare potersi arrestare sulla base dei supposti del metodo in esame.

importante nel caso degli *status* personali. Ad esempio, in un caso di divorzio fra stranieri, il giudice adito deve porsi nella prospettiva che la sentenza dovrà avere efficacia anche nello Stato della nazionalità degli *ex* coniugi. In caso contrario, lo *status* personale dei soggetti cambierebbe a seconda dell'ordinamento giuridico di volta in volta rilevante, rimanendo ad esempio il matrimonio valido ed efficace per lo Stato della cittadinanza, mentre esso risulta sciolto nell'ordinamento del foro[247]. Non sarà, allora, sufficiente applicare la legge straniera, ma si dovranno tenere in considerazione quelle condizioni materiali e procedurali considerate come necessarie dall'ordinamento competente, allo scopo di permettere successivamente il riconoscimento della situazione giuridica così creata anche nell'ordinamento richiamato.

Come messo in rilievo dalla dottrina[248], questo non significa soltanto prendere in considerazione i valori di cui è informato l'ordinamento competente, allo scopo di emanare una decisione che vi sia conforme; è necessario, altresì, esaminare le stesse norme e tecniche di diritto internazionale privato dell'ordinamento competente. Un esempio è già stato fornito circa il rinvio, inteso nel senso civilistico.

Inoltre, il giudice deve prendere in considerazione il procedimento di riconoscimento delle sentenze straniere. Solo attraverso l'analisi delle condizioni richieste per il riconoscimento e l'esecuzione dei provvedimenti giurisdizionali stranieri poste dall'ordinamento competente, il giudice di merito potrà emanare una sentenza che, per le sue caratteristiche formali e sostanziali, potrà circolare anche nell'ordinamento straniero[249].

L'esigenza di coordinamento fra ordinamenti non è sempre sentita con la stessa intensità. Si può, in questa sede, ricordare che la dottrina italiana che maggiormente si è occupata di questo tema ha operato una suddivisione sulla base del ruolo che assume la condizione della riconoscibilità all'estero nel momento della decisione di merito[250].

---

[247] La questione, effettivamente, sarebbe problematica se uno dei due coniugi contraesse un nuovo matrimonio nello Stato del foro e ne richiedesse successivamente la trascrizione nel Paese di cittadinanza. Poiché in quest'ultimo Stato il primo matrimonio sarebbe ancora valido, non solo non sarebbe possibile riconoscere gli effetti del secondo.

[248] PICONE P., *Les méthodes de coordination*, cit., p. 124.

[249] Questa affermazione non è contraddetta dal fatto che è l'ordinamento del foro, attraverso le proprie norme di diritto internazionale privato, a indicare quale sia l'ordinamento competente; infatti, se in questo ordinamento è previsto l'esame della competenza indiretta, il giudice del merito potrà emanare una decisione solo se l'ordinamento richiamato gli riconosce competenza indiretta; altrimenti egli emanerà una decisione che non potrà essere riconosciuta nell'ordinamento competente, venendo così meno lo scopo primario del metodo in esame. Come si nota, si crea così una forte interazione fra le questioni relative alla legge applicabile e quelle attinenti la competenza giurisdizionale.

[250] PICONE P., *Ordinamento competente e diritto internazionale privato*, cit., p. 60. Si distingue, allora, a seconda che la riconoscibilità della sentenza all'estero sia considerata un presupposto processuale dal quale dipende la stessa competenza del giudice adito (il presupposto può consistere nella certezza del riconoscimento, nella mera probabilità, o in una soluzione intermedia), ovvero costituisca una condizione di validità della situazione così creata, oppure, infine, una condizione di efficacia.

2. La teoria del riconoscimento dei diritti acquisiti

Anche il metodo del riconoscimento dei diritti e delle situazioni create all'estero si differenzia dalla teoria classica per il suo carattere funzionale, nella ricerca del massimo coordinamento fra foro e ordinamento da cui proviene l'atto da riconoscere o eseguire.

Tuttavia, a nostro avviso, il metodo del riconoscimento dei diritti acquisiti si discosta anche dal rinvio all'ordinamento giuridico competente, pur avendo tale matrice comune. Il riconoscimento delle situazioni acquisite si colloca in una fase successiva a quella del merito, essendo necessario far produrre nel foro gli effetti propri a una situazione o a un diritto già costituiti o riconosciuti in un altro Stato. Il metodo del riconoscimento si pone, pertanto, a valle e costituisce uno strumento complementare al rinvio all'ordinamento giuridico competente[251].

Il principio cardine del metodo consiste infatti nel riconoscimento di tutte le situazioni giuridiche che si sono prodotte o che sono considerate efficaci nell'ordinamento competente[252]. Questo significa che non solo le situazioni giuridiche createsi in quell'ordinamento sono riconoscibili ed eseguibili, ma che anche gli atti stranieri, che ivi hanno ottenuto il riconoscimento o l'esecuzione, sono a loro volta riconoscibili o eseguibili nello Stato del foro. Ai fini del riconoscimento rilevano solo gli effetti di quella situazione nell'ordinamento competente.

Questo metodo ci pare essere uno sviluppo della teoria dei *vested* (o *acquired*) *rights*. Come chiarito dalla dottrina di origine anglosassone[253], la teoria si basa sul principio della territorialità, nel senso che il giudice non può riconoscere ed applicare la legge straniera, né eseguire i giudicati provenienti da altri Stati, dal momento che solo la legge territoriale regola tutti i casi che richiedono una sua decisione. Nemmeno il carattere transnazionale della fattispecie è elemento che può costituire un'eccezione a tale teoria; tuttavia, è riconosciuto al giudice il potere di proteggere i diritti che siano stati riconosciuti all'attore dalla legge o da una sentenza straniera. Un effetto extraterritoriale sarebbe così attribuito non alla legge, ma al diritto

---

[251] Questa differenza pare ulteriormente poter legittimare la distinzione che si è qui proposta fra le due teorie come due metodi separati per la risoluzione dei conflitti internazionalprivatistici.

[252] Si noti come già MORELLI G., *Diritto processuale civile internazionale*, 1954, Padova, p. 278, analizzando il giudizio di delibazione, sottolineava come gli ordinamenti giuridici fossero improntati a un eccessivo separatismo, che non consentiva, se non nei casi in cui fossero concluse specifiche convenzioni internazionali, di riconoscere immediatamente le sentenze straniere, magari come fatto giuridico in senso stretto.

[253] NORTH P.M., FAWCETT J.J., *op. cit.*, p. 20. Negli Stati Uniti, il metodo è stato compiutamente teorizzato da BEALE J.H., *A Treatise on the Conflict of Laws*, vol. I, 1935, New York, anche se nella prospettiva degli *interstate conflicts*; nel Regno Unito da DICEY A.V., *Digest of the Law of England with reference to the conflict of laws*, 1896, London, ove si legge: "*Any right which has been duly acquired under the law of any civilised country is recognised and, in general, enforced by English Courts, and no right which has not been duly acquired is enforced or, in general, recognised by English Courts*" (p. 23). Per ulteriori approfondimenti, si rinvia a: FRANCESCAKIS P., *op. cit.*, p. 152 e p. 190; BATIFFOL H., LAGARDE P., *op. cit.*, p. 405.

che è stato creato attraverso l'applicazione di tale legge[254]. La stessa dottrina di *common law* è, oggi, piuttosto critica nei confronti di questa teoria, pur riconoscendo che essa è in grado di assicurare il raggiungimento di uno degli obiettivi principali del diritto internazionale privato, la protezione dei diritti acquisiti anche se creatisi all'estero[255].

La teoria del riconoscimento dei diritti acquisiti in forma moderna è diretta conseguenza della premessa, vista nel paragrafo precedente, per il quale in questi casi non si pone una questione di conflitto di leggi, quanto piuttosto di potenziale concorso fra ordinamenti giuridici. Pertanto, anche la sentenza civile costituisce una regola concreta dell'ordinamento di origine che viene introdotta nello Stato del foro attraverso il criterio di collegamento. Il fatto di prendere in considerazione l'ordinamento nel suo insieme consente un'automatica efficacia anche dei provvedimenti particolari, quali appunto le sentenze, e non si limita a rendere applicabile la legge straniera ad una fattispecie che presenti caratteri di estraneità[256].

---

[254] Si noti che la teoria è indifferente al conflitto mobile, dal momento che variazioni degli elementi fattuali non incidono sulla situazione giuridica che, una volta costituita, deve essere considerate alla stregua di un fatto e pertanto essere riconosciuta (FRANCESCAKIS P., *op. cit.*, p. 190; RIGAUX F., FALLON M., *op. cit.*, p. 252). In senso contrario, BATIFFOL H., LAGARDE P., *op. cit.*, p. 526. Sulle problematiche relative al fattore tempo nella teoria qui discussa si veda la precisa analisi di MUIR-WATT H., *Quelques remarques sur la théorie anglo-américaine des droits acquis*, in *Revue critique de droit international privé*, 1986, p. 425. Tuttavia, secondo l'impostazione che si è preferita nel corso del presente lavoro, nell'ambito della teoria dei diritti acquisiti non vi è questione di costituzione di nuovi diritti o di creazione di situazioni giuridiche, ma di solo riconoscimento di un diritto già costituitosi all'estero tramite atto autoritativo.

[255] NORTH P.M., FAWCETT J.J., *op. cit.*, p. 21. Si accenna, qui, alle principali critiche che vengono esposte dagli Autori alla teoria in esame. In primo luogo, è contraddittorio ritenere che la legge straniera si applichi solo all'interno della giurisdizione territoriale e al contempo ammettere il suo riconoscimento attraverso l'esecuzione delle sentenze che provengono da quell'ordinamento o che applicano la legge straniera. In secondo luogo, l'affermazione che devono essere tutelati i diritti acquisiti all'estero non risolve il problema internazionalprivatistico alla base, nel senso che non indica quale sia l'ordinamento competente. Infatti, solo se la sentenza è stata emanata dall'ordinamento che è riconosciuto competente dal foro, la situazione sarà immediatamente tutelabile, mentre più complesso è il caso in cui il diritto sia stato costituito in un terzo Stato. Inoltre, il metodo non è sempre utilizzabile, dal momento che i sistemi di *common law* potrebbero richiedere il riconoscimento di diritti o di situazioni che, invece, sono stati rifiutati all'estero. L'Autore citato indica questo esempio. Nel caso di una successione su un fondo situato in territorio inglese di una vedova di cittadinanza francese, il giudice inglese potrebbe qualificare la fattispecie come relativa alla successione o al regime patrimoniale dei coniugi. In tale seconda ipotesi, dovrebbe riconoscere alla vedova tutti i diritti garantiti dalla legge francese. Tuttavia, il diritto francese qualificherebbe la fattispecie come di successione *mortis causa*, e il giudice inglese riconoscerebbe dei diritti che non sarebbero ammessi in Francia. LAGARDE P., *Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 1986, tomo 196, p. 162 rileva, inoltre, che non vi è sempre un solo foro preponderante, il cui ordinamento può essere considerato competente, ma vi sono generalmente più fori che possono presentare eguale titolo a conoscere una controversia.

[256] Si deve notare come la diversa impostazione teorica sia in grado di superare almeno due delle obiezioni sollevate alla teoria dei *vested rights* viste nella nota precedente. In primo luogo, non si parte dalla premessa secondo la quale il diritto straniero ha efficacia solamente territoriale. Infatti, il metodo accetta e anzi postula l'applicazione della legge straniera, intesa addirittura come ordinamento complessivo. Il diritto costituito all'estero è riconosciuto nel foro proprio perché parte di un ordinamento straniero che viene ad applicarsi – con i limiti e la precisazioni viste nel testo – nello Stato del foro. La sentenza o l'atto autoritativo altro non costituisce che un comando concreto all'interno dell'ordinamento competente. In secondo luogo, non si pone qui un problema di legge applicabile negli stessi termini del *common law*. Infatti, negli ordinamenti continentali il problema internazionalprivatistico, la

Il metodo si pone, pertanto, l'obiettivo di favorire al massimo il coordinamento, accettando di attribuire efficacia a tutte le situazioni che provengono dall'ordinamento straniero, indipendentemente dal fatto che esse siano ivi create. Le situazioni giuridiche sono riconosciute per il solo fatto che esse producono effetti nell'ordinamento competente. Il giudice richiesto del riconoscimento non è tenuto a operare alcun controllo, nemmeno relativo alla competenza indiretta e la legge applicabile, ma accetta le valutazioni compiute dall'ordinamento competente e il punto di vista di quest'ultimo[257].

L'automatico riconoscimento e l'attribuzione di effetti alla situazione creatasi all'estero non esclude la necessità di attivare uno specifico procedimento, di carattere giurisdizionale o amministrativo[258]. Ciò non significa, infatti, frapporre ostacoli alla circolazione della sentenza nello Stato membro richiesto del riconoscimento. In primo luogo, infatti, potrà essere necessario verificare che nell'ordinamento giuridico competente quella situazione sia effettivamente esistente e valida; inoltre, non necessariamente gli Stati sono disposti ad accettare *sic et simpliciter* tutti i valori provenienti da altri ordinamenti, i quali sono valutati quantomeno alla stregua della compatibilità con l'ordine pubblico del foro.

---

determinazione dell'ordinamento competente, è operata *a priori* dai legislatori nazionali. Pertanto, se la situazione da riconoscere proviene dal sistema giuridico indicato dal foro, essa è riconoscibile così come costituita nel sistema d'origine. Per quanto attiene l'ultima obiezione, relativa a possibili differenze fra ordinamenti nel momento in cui si effettua il riconoscimento, si deve ammettere che si tratta di un problema generale di diritto internazionale privato, che dipende dalle diverse qualificazioni che la stessa fattispecie riceve in diversi ordinamenti giuridici e costituisce un margine di variabilità all'interno della disciplina (per questi aspetti: TONOLO S., *Il rinvio di qualificazione nei conflitti di legge*, 2003, Milano; per il sistema comunitario, che supera, almeno in parte, queste problematiche, v. *supra*, cap. introduttivo, par. 3).

[257] E' interessante notare come lo stesso PICONE P., *Les méthodes de coordination entre les ordres juridiques en droit international privé*, cit., p. 132 rilevi una difficoltà in cui può incorrere l'interprete quando si tratti di verificare se la norma di diritto internazionale privato accolga il metodo del riconoscimento delle situazioni giuridiche, ovvero la teoria classica. La differenza si concentra nella nozione di *legge* che viene utilizzata dal diritto internazionale privato. Nel metodo del riconoscimento, per *legge* deve intendersi l'ordinamento nella sua integralità, per cui la situazione giuridica sarà riconosciuta così come esistente e valida nell'ordinamento straniero. Se, invece, il parametro per la riconoscibilità è costituito dalla legge in concreto applicata, allora non avrà rilevanza in quale ordinamento quella situazione si sia formata, non essendo nemmeno necessario che essa sia riconosciuta come valida ed esistente nell'ordinamento considerato competente.

[258] PICONE P., *Les méthodes de coordination entre les ordres juridiques en droit international privé*, cit., p. 133 rileva che il metodo in esame può operare automaticamente, attraverso un mero rinvio all'ordinamento giuridico competente, oppure attraverso dei procedimenti *ad hoc*. In Italia, prima della legge di riforma del 1995, in rinvio si riteneva operare in deroga al procedimento di delibazione di cui agli artt. 796 sgg. c.p.c. nei casi in cui le situazioni giuridiche create all'estero in forza di una sentenza, di un atto di volontaria giurisdizione o di un atto amministrativo fossero almeno riconosciute nell'ordinamento la cui legge veniva richiamata dal sistema italiano. Attualmente, questo metodo è accolto nell'art. 65 della legge 218/95 (Legge 31 maggio 1995, n. 218, di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato, in *GURI*, suppl. ord., 3 giugno 1995, n. 128), ai sensi del quale: "*Hanno effetto in Italia i provvedimenti stranieri relativi alla capacità delle persone nonché all'esistenza di rapporti di famiglia o di diritti della personalità quando essi sono stati pronunciati dalle Autorità dello Stato la cui legge è richiamata dalle norme della presente legge o producono effetti nell'ordinamento di quello Stato, anche se pronunciati da autorità di altro Stato, purché non siano contrari all'ordine pubblico e siano stati rispettati i diritti essenziali della difesa*".

Il provvedimento che conclude il procedimento nello Stato del riconoscimento non può, tuttavia, avere carattere costitutivo, ma meramente dichiarativo. Infatti, l'ordinamento richiesto non costituisce nuovamente la stessa situazione giuridica al proprio interno, ma si limita a riconoscere gli effetti che quella situazione produce nell'ordinamento di origine, consentendo che essi si dispieghino anche al proprio interno. Ne è chiaro esempio il sistema di esecuzione delle sentenze straniere predisposto dallo stesso reg. n. 44/2001, nella cui Sezione 2 del Capo III chiaramente si fa riferimento a una dichiarazione di esecutività, e non alla costituzione di effetti esecutivi nello Stato richiesto.

Il risultato più importante che questo metodo riesce a raggiungere consiste nell'evitare che si creino situazioni claudicanti anche nel momento del riconoscimento e dell'esecuzione. Se, infatti, la situazione non fosse riconosciuta nell'ordinamento richiesto, o lo fosse solo parzialmente, il diritto conseguito sarebbe ineffettivo, in quanto non eseguibile o riconoscibile in Stati diversi da quello in cui esso è stato costituito.

Tuttavia, anche se il riconoscimento degli effetti della sentenza fosse solo parziale, il principio del coordinamento fra gli ordinamenti sembrerebbe di fatto disconosciuto. Infatti, nello Stato richiesto si produrrebbe una situazione in parte diversa da quella esistente nell'ordinamento d'origine: l'effetto del riconoscimento non sarebbe più dichiarativo, ma costitutivo di una situazione nuova che solo trae origine dalla sentenza straniera e dal diritto ivi accertato. Attraverso il riconoscimento lo Stato richiesto sarebbe così in grado di incidere nel merito di una situazione giuridica creatasi all'estero e per la quale esso potrebbe non avere alcuna competenza diretta. La situazione risultante sarebbe, in ogni caso, almeno parzialmente claudicante, perché gli effetti propri nei due ordinamenti coinvolti – quello del merito e quello richiesto del riconoscimento – sarebbero diversi.

Invece, riconoscere piena efficacia alla situazione o al diritto creatosi o riconosciuto all'estero in forza di un atto autoritativo straniero significa non solo, tecnicamente, promuovere efficacemente il coordinamento fra gli ordinamenti coinvolti, ma anche consentire che quella situazione e quel diritto abbiano la stessa efficacia in qualsiasi Stato in cui, in futuro, potrà essere rilevante farli valere.

E' evidente che l'obiettivo di assicurare efficacia e validità alle situazioni giuridiche createsi in uno Stato anche in altri ordinamenti risulta ancora più importante nel sistema comunitario, dal momento che la libera circolazione delle persone è senz'altro facilitata se vengono riconosciuti gli *status* personali e i diritti conseguiti negli altri Stati membri. Come

messo in rilievo dalla dottrina[259], questo metodo è particolarmente funzionale quando debbano riconoscersi situazioni di stato personale e diritti reali. Ne è conferma l'art. 21 del reg. n. 2201/2003[260], relativo alla materia matrimoniale e alla responsabilità genitoriale, che pone il principio dell'automatico riconoscimento in tutti gli altri Stati membri[261], senza che sia necessario ricorrere ad alcun procedimento.

Nel sistema comunitario la possibilità di assicurare la libera circolazione delle decisioni giudiziarie anche in materia contrattuale è non meno rilevante. Infatti, l'obiettivo di stimolare la libera circolazione delle persone e l'offerta di servizi in più Stati membri comporta con sé la necessità di garantire una tutela giurisdizionale effettiva anche nelle controversie internazionali; ne consegue la possibilità di eseguire una decisione emanata in uno Stato membro in qualsiasi altro Stato membro senza che sia necessario attivare procedimenti di carattere costitutivo che potrebbero sfociare in un nuovo esame nel merito.

Pertanto, lo stesso reg. n. 44/2001 basa il sistema del riconoscimento e dell'esecuzione delle leggi straniere su principi analoghi – ma, come si vedrà, non perfettamente coincidenti – a quelli del metodo del riconoscimento delle situazioni giuridiche straniere, tanto da potersi parlare di un principio di mutuo riconoscimento delle sentenze straniere emanate negli Stati membri.

---

[259] PICONE P., *Les méthodes de coordination entre les ordres juridiques en droit international privé*, cit., p. 137, il quale lo ritiene, tuttavia, utilizzabile per tutte le situazioni giuridiche.

[260] Regolamento (CE) n. 2201/2003 del Consiglio del 27 novembre 2003, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, che abroga il regolamento (CE) n. 1347/2000, in *GU* n. L 338 del 32 dicembre 2003, p. 1.

[261] Gli articoli successivi pongono dei motivi ostativi al riconoscimento automatico, a seconda che la decisione riguardi il divorzio, la separazione personale, l'annullamento del matrimonio, ovvero la responsabilità genitoriale. E' interessante notare che oltre all'espresso divieto di riesame nel merito, presente anche all'art. 36 reg. n. 44/2001, e del riesame della competenza indiretta (cfr. art. 35, par. 3 reg. n. 44/2001), l'art. 25 del reg. n. 2201/2003 stabilisce anche che il riconoscimento di una decisione non può essere rifiutato per il fatto che il divorzio, la separazione personale o l'annullamento del matrimonio non sono conosciuti nello Stato richiesto. Questa norma mette bene in luce il principio del riconoscimento delle situazioni giuridiche create all'estero. Esse, infatti, devono aver efficacia e validità anche in quegli Stati membri che non conoscono il medesimo istituto, senza che questa divergenza fra ordinamenti giuridici possa costituire legittima causa di mancato riconoscimento. Tali disposizioni resterebbero immutate anche a seguito dell'entrata in vigore del regolamento che modifica il reg. n. 2201/2003, al momento ancora in fase di discussione (Proposta di regolamento del Consiglio che modifica il regolamento (CE) n. 2201/2003 limitatamente alla competenza giurisdizionale e introduce norme sulla legge applicabile in materia matrimoniale, presentata dalla Commissione il 17 luglio 2005, 2006/135(CNS)). V. PICONE P., *Diritto internazionale privato comunitario e metodi di coordinamento tra ordinamenti*, in *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, a cura di Picone P., 2004, Padova, p. 513.

3. I limiti dell'ordine pubblico e delle norme di applicazione necessaria

Si deve, ora, verificare come operino i tradizionali limiti all'applicazione della legge straniera all'interno dei metodi analizzati nei precedenti paragrafi, il rinvio all'ordinamento competente e il riconoscimento dei diritti acquisiti.

La penetrazione dei valori provenienti da altri ordinamenti – che si è vista tipica dei due metodi - può essere dunque impedita solo in casi invero eccezionali, altrimenti verrebbe meno lo stesso scopo dei metodi qui analizzati, e il giudice dello Stato del foro potrebbe impedire il coordinamento con ordinamenti giuridici stranieri attraverso un uso estensivo dei limiti dell'ordine pubblico e delle norme di applicazione necessaria[262].

Tuttavia, ci si può chiedere se l'ordine pubblico straniero possa avere degli effetti riflessi nello Stato del foro, e cioè se e in quali casi debba prendersi in considerazione l'ordine pubblico dell'ordinamento competente[263].

Il problema si pone raramente nel caso del riconoscimento, poiché la situazione giuridica è stata creata nell'ordinamento competente, il quale avrà già compiuto delle valutazioni circa la corrispondenza al proprio ordine pubblico. Il problema sussiste, invece, quando il diritto sia stato acquisito in un terzo ordinamento giuridico e non ancora riconosciuto nell'ordinamento competente. In tal caso, infatti, le valutazioni circa la conformità con l'ordinamento competente spettano al giudice del riconoscimento.

La questione sorge con maggior intensità nel caso in cui il foro sia chiamato a costituire una situazione che deve essere riconosciuta nell'ordinamento competente. Infatti, se il provvedimento dello Stato del foro produce degli effetti contrari all'ordine pubblico dell'ordinamento competente, esso non potrà ivi essere riconosciuto o eseguito, venendo così meno all'obiettivo primario del metodo in esame, la circolazione del provvedimento giurisdizionale nell'ordinamento competente. Si deve, allora, ritenere che la valutazione dei valori, espressi nel limite dell'ordine pubblico, del sistema giuridico considerato competente è funzionale alla successiva circolazione del provvedimento. Pertanto, il giudice – sia del merito, sia del riconoscimento - dovrebbe verificare che la costituenda situazione non incontri il limite

---

[262] FRANCESCAKIS P., *op. cit.*, p. 36 rileva come la teoria del rispetto dei diritti acquisiti non sfugga all'applicazione dell'ordine pubblico. Un esempio di tale applicazione restrittiva è rinvenibile proprio nel sistema comunitario, dal momento che l'art. 34, n. 1, reg. n. 44/2001 stabilisce che le decisioni non sono riconosciute se ciò risulta *manifestamente* contrario all'ordine pubblico (si veda meglio *infra*, par. 4. La stessa formulazione è presente nell'art. 22, par. 1, lett. a) reg. n. 2201/2003). L'avverbio utilizzato dimostra chiaramente che non ogni difformità esistente fra gli ordinamenti coinvolti costituisce motivo sufficiente per negare il riconoscimento della sentenza straniera nello Stato richiesto, ma deve sussistere, invece, un'evidente contrarietà rispetto ai principi fondamentali dell'ordinamento richiesto.

[263] PICONE P., *Ordinamento competente e diritto internazionale privato*, cit., p. 223.

dell'ordine pubblico[264], *così come conosciuto e interpretato nello stesso ordinamento competente*[265].

Per quanto concerne le norme di applicazione necessaria pare potersi concludere in senso analogo a quanto osservato per l'ordine pubblico.

In questo caso la necessità di prendere almeno in considerazione le norme di applicazione necessaria dell'ordinamento competente da parte del giudice del foro trova una conferma, almeno a livello comunitario, dallo stesso art. 7, par. 1 della Convenzione di Roma. Si ricordi che la loro applicabilità è subordinata all'esame delle conseguenze derivanti dalla loro applicazione o non applicazione: il giudice del foro può facilmente giungere alla conclusione che la mancata applicazione delle norme internazionalmente imperative dell'ordinamento competente costituirebbe un mancato coordinamento con lo stesso, e pertanto dovrebbe ritenere opportuno procedere alla loro applicazione.

Più complesso pare il discorso circa l'applicabilità delle norme internazionalmente imperative dello Stato del foro. Da una parte, non si può ritenere che il giudice crei nel proprio ordinamento una situazione che contrasti in maniera evidente con le proprie norme di applicazione necessaria. D'altra parte, tuttavia, ciò potrebbe pregiudicare il coordinamento con l'ordinamento competente.

Pare, allora, opportuno compiere alcune distinzioni.

In primo luogo, la mancata applicazione di tali norme potrebbe dar vita a delle situazioni difficilmente accettabili nel foro stesso, come, ad esempio, l'ammissibilità del matrimonio poligamico, se l'ordinamento competente sia quello della cittadinanza dell'interessato. Ciò si verifica quando i principi fondanti i due ordinamenti in conflitto sono così diversi, che non pare possibile un coordinamento fra valori. In tali casi, si dovrebbe concludere a favore dell'operatività delle norme di applicazione necessaria del foro, perché difficilmente il giudice creerà una situazione in netto contrasto con i principi del proprio ordinamento.

---

[264] PICONE P., *Ordinamento competente e diritto internazionale privato*, cit., p. 225.

[265] Un tale esame può presentare degli aspetti di complessità, dal momento che sarà necessario valutare l'intero sistema dei valori dell'ordinamento competente e distinguere, soprattutto sulla base della giurisprudenza nazionale, quali fra questi costituiscano principi di ordine pubblico. Si noti, tuttavia, che un tale esame non è sempre necessario, ma solo se la legge applicabile non è quella dell'ordinamento competente. E', inoltre, difficile ritenere che il giudice del merito, per la sua cultura giuridica, faccia operare il limite dell'ordine pubblico straniero qualora sia applicabile la *lex fori*. La soluzione potrebbe pregiudicare il successivo riconoscimento della decisione nell'ordinamento competente, ma in pratica è invero difficile supporre che il giudice ritenga la propria legge inapplicabile per un conflitto di valori. In questo caso, inoltre, proprio i valori dell'ordinamento competente potrebbero specularmente essere ritenuti contrari all'ordine pubblico dello Stato del giudice; conseguentemente, è difficile ritenere che il giudice non applichi la *lex fori*.

In secondo luogo, la legge applicabile secondo l'ordinamento competente può essere conforme negli obiettivi alle norme di applicazione necessaria del foro. Ciò non significa che il foro e la legge applicabile prevedano la stessa disciplina sostanziale – in tal caso, infatti, il conflitto sarebbe meramente apparente o formale e non avrebbe alcun rilievo la qualificazione di una disposizione come norma di applicazione necessaria -, ma che nonostante alcune diversità vi è una sostanziale omogeneità di principi fra le due fonti. Se la *lex causae* prevede una disciplina più rigorosa rispetto alle norme di applicazione necessaria, allora, il problema pare non porsi, e il giudice applicherà la legge designata dall'ordinamento competente. Nella situazione opposta la soluzione pare più complessa. Infatti, si potrebbe ritenere che, vista l'accettazione dei valori stranieri, le norme di applicazione necessaria della *lex fori* potrebbero non essere applicate, perché il coordinamento con l'ordinamento competente permette comunque di giungere a una soluzione sostanziale che non provoca grave pregiudizio al contenuto delle norme di applicazione necessaria del foro. Tuttavia, pare difficile che un giudice ignori l'applicabilità delle norme internazionalmente imperative della *lex fori*; inoltre, allo scopo di valutare l'operatività delle norme di applicazione necessaria non deve compiersi una valutazione di compatibilità con l'ordinamento interno analoga a quella che si compie quando deve verificarsi la contrarietà all'ordine pubblico. In un tal caso, il giudice applicherebbe le norme internazionalmente imperative della *lex fori*; la sentenza potrebbe essere riconosciuta nell'ordinamento competente a causa della sostanziale omogeneità con i valori della *lex causae*.

Ne consegue che non pare potersi dare una soluzione di carattere generale: la questione della rilevanza delle norme di applicazione necessaria del foro deve essere risolta caso per caso, in dipendenza dai valori propri degli ordinamenti giuridici interessati e dal rilievo che a ciascuno viene attribuito.

4. Il mutuo riconoscimento nelle libertà di circolazione comunitarie. Può parlarsi di un metodo di conflitto?

Nel presente paragrafo si intende aprire una breve digressione su una tematica recentemente discussa dalla dottrina, relativa alla configurabilità del principio del mutuo riconoscimento nei settori della libera circolazione come norma di conflitto. L'esame può essere interessante in questo contesto per verificare se e come modelli tipici del diritto internazionale privato possano venire, anche implicitamente, accolti in un settore diverso del diritto comunitario rispetto alla cooperazione giudiziaria; e analizzare, conclusivamente, quali riflessi essi abbiano proprio nel sistema internazionalprivatistico comunitario.

I contenuti e le conseguenze della giurisprudenza *Cassis de Djion*[266] sono noti[267]. Si parla comunemente del principio dello Stato d'origine o del mutuo riconoscimento[268]: se un bene è legalmente prodotto e commercializzato nello Stato membro esportatore, allora esso è idoneo a circolare anche negli altri Stati membri. Nato nel campo della libera circolazione delle merci, l'approccio è ora accolto anche in relazione alle altre libertà di circolazione e con una certa chiarezza risulta nell'ambito libera circolazione dei servizi[269] e della libertà di stabilimento[270], anche secondario delle persone giuridiche[271].

---

[266] Corte di giustizia 20 febbraio 1979, causa 120/78, *Rewe-Zentral*, in *Racc.* 649, meglio conosciuta come *Cassis de Dijon*. Già nella sentenza 11 luglio 1974, causa 8/74, *Dassonville*, in *Racc.* 837 la Corte aveva affermato che misure ad effetto equivalente alle restrizioni quantitative all'importazione possono essere costituite anche da misure non discriminatorie.

[267] Sulle libertà di circolazione si vedano, fra le varie opere di carattere generale: NASCIMBENE B. (a cura di), *La libera circolazione dei lavoratori*, 1998, Milano; STROZZI G. (a cura di), *Diritto dell'Unione Europea, parte speciale*, 2000, Torino; TIZZANO A. (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione Europea*, tomo I, 2006, Torino; WEISS F., WOOLGRIDGE F., *Free movement of persons within the European Community*, 2002, The Hague; WYATT D., DASHWOOD A. (eds.), *Wyatt and Dashwood's European Union Law*, 2000, London; CONDINANZI M., LANG A., NASCIMBENE B., *Cittadinanza dell'Unione e libera circolazione delle persone*, 2003, Milano; OLIVER P., *Free movement of goods in the European Community*, 2003, London; TESAURO G., *Diritto comunitario*, 2005, Padova; DANIELE L., *Diritto del mercato unico europeo*, 2006, Milano; CRAIG P., DE BURCA G., *EU Law. Text, cases and materials*, 2007, Oxford.

[268] Si vedano le sentenze della Corte di giustizia 16 dicembre 1980, causa 27/80, *Fjetie*, in *Racc.* 3839; Corte di giustizia 12 marzo 1987, causa 178/84, *Commissione c. Germania*, in *Racc.* 1227; Corte di giustizia 14 luglio 1988, causa 407/85, *Drei Glocken*, in *Racc.* 4233; Corte di giustizia 14 luglio 1988, causa 90/86, *Zoni*, in *Racc.* 4285.

[269] Il principio dello Stato d'origine nella legislazione comunitaria in materia di servizi è stata analizzata da TEBBENS H.D., *Les conflits de lois en matière de publicité déloyale à l'épreuve du droit communautaire*, in *Revue critique de droit international privé*, 1994, p. 468.

[270] Corte di giustizia 7 maggio 1991, causa C-340/89, *Vlassopoulou*, in *Racc.* I-2357; Corte di giustizia 8 luglio 1999, causa C-234/97, *de Bobadilla*, in *Racc.* I-4773; Corte di giustizia 22 gennaio 2002, causa C-31/00, *Dreessen,* in *Racc.* I-663.

[271] L'approccio si è concretizzato nel riconoscimento anche delle normative straniere in tema di costituzione della società (BENEDETTELLI M.V., *Libertà comunitarie di circolazione e diritto internazionale privato delle società,* in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2001, p. 569). Ciò è evidente nel caso *Centros* (Corte di giustizia 9 marzo 1999, causa C-212/97, *Centros*, in *Racc.* I-1495), nel quale la Corte, come noto, ha affermato che la Danimarca non poteva rifiutare l'iscrizione al registro di una filiale di una società inglese – nonostante il fatto che nel caso di specie sussistessero dei sospetti di frode alla legge – ma che doveva limitarsi a riconoscere la corretta costituzione della società ai sensi del diritto inglese, senza poter imporre le condizioni previste dalla propria

Questa giurisprudenza è finalizzata ad evitare il cd. *double burden*, il quale imporrebbe il contemporaneo rispetto sia della legge dello Stato di origine, sia di quello di destinazione, creando così notevoli difficoltà per la circolazione intracomunitaria di merci e persone[272].

Restrizioni alla libera circolazione sono ammesse, come noto, solo per i motivi previsti dal Trattato[273], oppure qualora sussistano delle esigenze imperative[274], che possono giustificare un ostacolo alla libera circolazione solo se necessarie e proporzionate all'obiettivo da raggiungere[275]. Nell'ottica dell'approccio uniforme alle libertà di circolazione, la giurisprudenza relativa alle esigenze imperative è stata estesa anche alla libera prestazione di servizi[276].

Così individuato il campo di operatività del principio dello Stato d'origine, la dottrina si chiede se esso possa costituire una norma di conflitto, che richiama, appunto, la legge del luogo da cui proviene il prestatore di servizi o la merce, salve le esigenze imperative dello Stato di destinazione.

---

normativa. In senso analogo: Corte di giustizia 2 novembre 2002, causa C-208/00, *Überseering*, in *Racc*. I-9919; Corte di giustizia 30 settembre 2003, causa C-167/01, *Inspire Art*, in *Racc*. I-10155.

[272] Solo nella sentenza *Keck* la Corte ha operato una distinzione fra ostacoli tecnici e modalità di vendita, alle quali non si applica la giurisprudenza *Cassis de Dijon* (Corte di giustizia 24 novembre 1993, cause riunite C-267 e 268/91, *Keck e Mithouard*, in *Racc*. I-6097).

[273] Si tratta dei noti motivi di ordine pubblico, pubblica sicurezza e sanità pubblica, o qualora l'attività lavorativa comporti l'esercizio di pubblici poteri– nelle libertà di circolazione delle persone -, o dai motivi previsti dall'art. 30 TCE – nel campo della libera circolazione delle merci.

[274] Sulla differenza fra esigenze imperative e deroghe *ex* art. 30 TCE si veda la sentenza della Corte di Giustizia 25 luglio 1991, cause riunite C-1 e C-176/90, *Aragonesa*, in *Racc*. I-4151, secondo la quale: "*visto che l' art. 36* (oggi 30, n.d.r.) *è applicabile anche quando la misura controversa limita solo le importazioni, mentre, secondo la giurisprudenza della Corte, nell' interpretazione dell'art. 30* (oggi 28, n.d.r.) *si può parlare di esigenza imperativa solo se detta misura riguarda indistintamente i prodotti nazionali ed i prodotti importati*" (punto 13 della motivazione); in dottrina OLIVER P., *Some further reflections on the scope of Articles 28-30 (ex 30-36) EC*, in *Common Market Law Review*, 1999, p. 783; SHUIBHNE N.N., *The free movement of goods and Article 28 EC: an evolving framework*, in *European Law Review*, 2002, p. 408; OLIVER P., ROTH W.H., *The internal market and the four freedoms*, in *Common Market Law Review*, 2004, p. 407.

[275] Come noto, ulteriore limite è costituito dal fatto che non vi siano norme di armonizzazione comunitarie; in tal caso, gli Stati devono attenervisi senza poter sollevare, *ex post*, l'esistenza di una loro esigenza imperativa. Soprattutto nel campo dei servizi, l'approccio uniforme è stato facilitato dall'emanazione di numerose direttive: ROSSOLILLO G., *op. cit.*, p. 227; PICONE P., *Diritto internazionale privato comunitario*, cit., p. 494; NICOLIN S., *Il mutuo riconoscimento tra mercato interno e sussidiarietà*, 2005, Padova, p. 173.

[276] Si deve ricordare che anche l'interpretazione e l'applicazione di tali esigenze deve essere restrittiva, in quanto esse sono costituite solamente da *motivi imperativi di interesse pubblico*; si ricordi che nella stessa sentenza *Cassis de Dijon* la Corte ha riconosciuto come esigenze imperative l'efficacia dei controlli fiscali, la protezione della salute pubblica, la lealtà dei negozi commerciali e la difesa dei consumatori. Nell'ambito della libera prestazione di servizi, tuttavia, si è giunti ad un'ampia estensione di tali esigenze, fino a comprendere, ad esempio, la lotta contro la criminalità e la frode (Corte di giustizia 24 marzo 1994, causa C-275/92, *Schindler*, in *Racc*. I-1039; Corte di giustizia 21 ottobre 1999, causa C-67/98, *Zenatti*, in *Racc*. I-7289) o la protezione dei lavoratori (Corte di giustizia 27 marzo 1990, causa C-113/89, *Rush Portuguesa*, in *Racc.* I-1417). Inoltre le limitazioni alla libera circolazione così apposte devono essere idonee a garantire il conseguimento dello scopo perseguito e non devono essere sproporzionate, nel senso che non devono esistere misure egualmente efficaci ma meno pregiudizievoli agli scambi intracomunitari.

Le soluzioni offerte dalla dottrina sono numerose[277].

Alcuni Autori ne hanno ricavato delle norme di conflitto *implicite*; da tale qualificazione risulta un'incidenza del principio dello Stato d'origine sui sistemi di conflitto nazionali. Le posizioni sono, tuttavia, ulteriormente diverse fra di loro[278].

Altra parte della dottrina ha tuttavia ritenuto che non fosse possibile ravvisare nelle norme sulla libera circolazione una norma di conflitto che abbia la funzione di correttivo dei sistemi di diritto internazionale privato nazionali[279].

Alternativamente, parte della dottrina ha sostenuto che i sistemi internazionalprivatistici e il mutuo riconoscimento nell'ambito della libera circolazione sono reciprocamente indifferenti: le norme comunitarie, infatti, non potrebbero intervenire sulla formulazione delle regole di

---

[277] Per un'ampia illustrazione della dottrina si veda: MICHAELS R., *EU Law as Private International Law? Reconceptualising the Country-of-origin Principle as Vested-rights Theory*, in *Journal of Private International Law*, 2006, p. 208.

[278] Alcuni Autori ritengono che le disposizioni del Trattato costituiscano espressione dell'*Herkunftlandprinzip* che fungerebbe da criterio di collegamento speciale (WOLF M., *Privates Bankvertragsrecht im EG-Binnenmarkt*, in *Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft*, 1990, p. 1944, il quale si riferisce, tuttavia, ai soli mercati bancari, sulla particolarità dei quali si veda: NICOLIN S., *op. cit.*, p. 178). Da tale qualificazione conseguirebbe che sarebbe esclusa l'applicazione delle norme di conflitto statali e che le deroghe alla libera circolazione dovrebbero essere ricondotte al limite dell'ordine pubblico. Altra parte della dottrina ritiene che si tratti di una regola a carattere alternativo a finalità materiale, in quanto prevalenza verrà data a quella legge che si riveli più favorevole per l'offerente tra quella dello Stato d'origine e quella del Paese di destinazione (BASEDOW J., *Conflicts of economic regulation*, in *American Journal of Comparative Law*, 1994, p. 444; ID., *Der kollisionrechtliche Gehalt der Produktfreiheiten im europäischen Binnenmarkt: favor offerentis*, in *Rabels Zeitschrift für Ausländisches und Privatrecht*, 1995, p. 1). Una posizione ancora diversa pare interpretare le disposizioni del Trattato come un rinvio all'ordinamento di destinazione, qualificando la legge del Paese d'origine come *loi de police* (BERNARD N., *La libre circulation des merchandises, des personnes et des services dans le Traitè CE sous l'angle de la compétence*, in *Cahiers de droit européen*, 1998, p. 11; AUDIT M., *Régulation du marché intérieur et libre circulation des lois*, in *Journal du droit international*, 2006, p. 1333). Secondo RADICATI DI BROZOLO L., *L'influence sur les conflits de lois des principes de droit communautaire en matière de liberté de circulation*, in *Revue critique de droit international privé*, 1993, p. 410, i principi sul mercato unico non hanno modificato il sistema conflittuale, ma possono, in talune ipotesi, influenzare la determinazione della legge applicabile e l'operatività delle norme di applicazione necessaria. Sul modo in cui la libertà di circolazione può incidere sulle norme di conflitto nazionali, che devono rispondere ai principi di necessità e proporzionalità per poter essere considerati compatibili con il sistema comunitario: FALLON M., *Libertés communautaires et règles de conflits de lois*, in *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, a cura di Fuchs A., Muir Watt H., Pataut E., 2004, Paris, p. 56; si veda anche: FALLON M., MEEUSEN J., *Private international law in the European Union and the exception of mutual recognition*, in *Yearbook of Private International Law*, 2002, p. 48.

[279] Secondo JAYME E., KOHLER C., *Europäisches Kollisionrecht 2001: Annerkennungsprinzip statt IPR?*, in *IPRax*, 2001, p. 502 si può parlare di riconoscimento solo in relazione a sentenze o a provvedimenti autoritativi, mentre per le norme di diritto ci si dovrebbe, piuttosto, riferire all'applicabilità; inoltre, non risulterebbe chiaro quale sia il campo di applicazione del principio di mutuo riconoscimento e come da questo sia possibile determinare la legge applicabile. Secondo BENEDETTELLI M.V., *op. cit.*, p. 598 non può affermarsi che il contenuto delle norme di conflitto sia in grado di provocare ostacoli alla libera circolazione delle merci (si veda *infra*, questo paragrafo, nel testo, per analoghe riflessioni), ma piuttosto la causa è costituita dalla disciplina materiale delle leggi in conflitto. La diversità, del resto, costituisce logica conseguenza del mantenimento di poteri normativi a capo degli Stati.

conflitto, ma solo la legge dichiarata applicabile deve essere vagliata alla luce di principi sulla libera circolazione[280].

Si deve rilevare come la stessa Corte di giustizia abbia negato che dal Trattato sia immediatamente ricavabile il principio dello Stato d'origine inteso come norma di conflitto. Nella sentenza *Germania contro Parlamento e Consiglio* essa ha affermato che: "*occorre constatare, preliminarmente, che non è stato dimostrato che il legislatore comunitario abbia posto il principio del controllo da parte dello Stato di origine nel settore del diritto bancario con l'intendimento di subordinare ad esso, in modo sistematico, ogni altra regola in questo settore. Inoltre, non trattandosi di un principio enunciato dal Trattato, il legislatore comunitario ben poteva discostarsene senza recare pregiudizio al legittimo affidamento degli interessati*"[281].

La varietà delle posizioni dottrinali ci induce ad aggiungere alcune ulteriori osservazioni. Due sono i problemi che si possono porre nell'analisi delle interazioni fra libertà di circolazione comunitarie e sistema di diritto internazionale privato. Il primo è relativo alla configurabilità di una norma di conflitto contenuta nelle disposizioni del Trattato sulla libera circolazione; il secondo alle – eventuali – influenze che il principio dello Stato d'origine può avere sulle norme di conflitto nazionali.

Per quanto attiene il primo punto, come messo, a nostro avviso, correttamente in rilievo dalla dottrina[282], nessuna delle teorie menzionate riesce a cogliere esattamente l'aspetto peculiare della questione. Infatti, le disposizioni sulla libera circolazione sono ricostruite come un sistema conflittuale tradizionale, fondato o sulla teoria classica, o sul metodo delle norme a carattere materiale[283]. In questo caso non si tratta di un mero conflitto fra leggi: nella giurisprudenza della Corte di giustizia il riferimento allo Stato d'origine non serve per individuare quale sia la legge applicabile, ma per verificare se in un ordinamento esista ed abbia

---

[280] TEBBENS H., *op. cit.*, p. 476; PLENDER R., WILDERSPIN M., *The European Contracts Convention, the Rome Convention on the Choice of Law for Contracts*, 2001, London, par. 9.22, nota; IDOT L., *L'incidence de l'ordre communautaire sur le droit international privé*, in *Le droit international privé communautaire: émergence et incidences. Toulouse, 22 mars 2002. Petites affichés n. 248*, p. 35; HEUZE' V., *De la compétence de la loi du pays d'origine en matière contractuelle ou l'anti-droit européen*, in *Mélangés en l'honneur de Paul Lagarde. Le droit international privé: esprit et méthodes*, a cura di Jobard-Bachellier M.-N., 2005, Paris, p. 393. Significativo un passaggio delle conclusione dell'Avv. Gen. Colomer per la causa *Überseering*, presentate il 4 dicembre 2001 (Corte di giustizia 5 novembre 2002, causa C-208/88, *Überseering*, in *Racc*. I-9919) secondo il quale: "*il diritto europeo continua a non incidere direttamente sulla capacità degli Stati membri di organizzare liberamente le rispettive norme di conflitto, salvo imporre il rispetto dei suoi principi*" (punto 40).

[281] Corte di giustizia 13 maggio 1997, causa C-233/94, *Germania contro Parlamento e Consiglio*, in *Racc*. I-2405, punto 64 della motivazione.

[282] PICONE P., *Diritto internazionale privato comunitario*, cit., p. 495. Per un parallelo con la teoria dei *vested rights*: MICHAELS R., *op. cit.*, p. 213.

[283] Si veda *infra*, cap. III, par. 1.

efficacia una determinata situazione giuridica – ad esempio, la conformità di un prodotto alla normativa tecnica interna. Il riferimento allo Stato d'origine è effettuato indipendentemente dalla legge che è stata applicata nel caso di specie per verificare se quel bene avesse le caratteristiche tecniche richieste in quell'ordinamento. Così si giustifica, altresì, la circolazione intracomunitaria dei prodotti in libera pratica, beni provenienti da Paesi terzi, ma le cui qualità tecniche sono state approvate in uno Stato membro e che pertanto possono liberamente circolare anche negli altri Stati membri (art. 23 TCE). Pertanto, la citata dottrina[284] conclude nel senso che le norme sulla libera circolazione costituiscono applicazione del metodo del rinvio all'ordinamento competente.

Questa conclusione avrebbe trovato un'ulteriore conferma se la cd. direttiva Bolkestein[285] fosse stata approvata nel testo originariamente proposto dalla Commissione[286]. Il primo progetto, infatti, accoglieva espressamente il principio dello Stato d'origine[287], precisando che esso si sarebbe dovuto applicare al comportamento del prestatore, alla qualità e il contenuto del servizio, alla pubblicità, ai contratti e alla responsabilità del prestatore. Inoltre, responsabile del controllo dell'attività del prestatore sarebbe stato lo Stato d'origine, al quale sarebbero rimasti i poteri di vigilanza e le cui relative decisioni avrebbero dovuto essere riconosciute e rispettate negli altri Stati membri[288].

---

[284] PICONE P., *Diritto internazionale privato comunitario*, cit., p. 495.

[285] Direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006 relativa ai servizi nel mercato interno, in *GU* n. L 376 del 27 dicembre 2006, p. 36.

[286] Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa ai servizi nel mercato interno, COM(2004)2def2, 2004/1(COD).

[287] Il progetto di articolo 16, rubricato *Principio del paese d'origine*, stabiliva, infatti, che: "*1. Gli Stati membri provvedono affinché i prestatori di servizi siano soggetti esclusivamente alle disposizioni nazionali dello Stato membro d'origine applicabili all'ambito regolamentato. Il primo comma riguarda le disposizioni nazionali relative all'accesso ad un'attività di servizio e al suo esercizio, in particolare quelle che disciplinano il comportamento del prestatore, la qualità o il contenuto del servizio, la pubblicità, i contratti e la responsabilità del prestatore. 2. Lo Stato membro d'origine è responsabile del controllo dell'attività del prestatore e dei servizi che questi fornisce, anche qualora il prestatore fornisca servizi in un altro Stato membro*".

[288] L'ampiezza del campo di applicazione della legge dello Stato d'origine avrebbe, tuttavia, sollevato alcune difficoltà di coordinamento con la Convenzione di Roma e l'allora progetto di regolamento "Roma II" (Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali, presentata dalla Commissione il 22 luglio 2003, COM(2003)427def., oggi del Regolamento (CE) n. 864/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 luglio 2007, sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali («Roma II »), in *GU* n. L 199 del 31 luglio 2007, p. 40), tanto da far affermare a una parte della dottrina che l'unico modo di risolvere tali contrasti sarebbe stata la mancata approvazione dell'art. 16 (DE SCHUTTER O., FRANQ S., *La proposition de directive relative aux services dans le marché intérieur: reconnaissance mutuelle, harmonisation et conflits de lois dans l'Europe élargie*, in *Cahiers de droit européen*, 2005, p. 640). Tuttavia, lo stesso progetto di direttiva cercava di coordinare la portata dell'art. 16 con il sistema internazionalprivatistico già in vigore, escludendo, ad esempio, dalla portata del principio dello Stato d'origine "*le materie disciplinate dalla direttiva 96/71/CE*" (art. 17, n. 5), la "*libertà degli interessati di scegliere il diritto applicabile al loro contratto*" (art. 17, n. 20), i "*contratti conclusi dai consumatori aventi per oggetto la fornitura di servizi se ed in quanto le disposizioni che li regolano non sono completamente armonizzate a livello comunitario*" (art. 17, n. 21).

Una nuova formulazione dell'art. 16 è oggi presente nel testo della direttiva. Come si nota già dalla stessa rubrica dell'articolo ("*Libera prestazione di servizi*"), la disposizione si limita a fornire una – scarna – definizione di servizio, riprendendo nozioni che sono già conosciute e ampiamente sperimentate nell'applicazione degli artt. 49 e seguenti del Trattato[289].

Pertanto, attualmente il principio dello Stato d'origine costituirebbe un'applicazione del metodo del rinvio all'ordinamento competente nell'ambito della libera circolazione. La bontà di un tale inquadramento è confermata dalla stessa nozione di esigenza imperativa; dal punto di vista internazionalprivatistico, essa potrebbe essere qualificata come principio di ordine pubblico[290]. Infatti, come le esigenze imperative, l'ordine pubblico non viene in rilievo in ogni caso di difformità fra legislazioni nazionali coinvolte, ma solo qualora l'applicazione della legge dello Stato d'origine produce degli effetti incompatibili con la tutela di certi interessi rilevanti nel Paese di destinazione.

La questione relativa alle influenze che il principio dello Stato d'origine può avere sui sistemi di diritto internazionale privato nazionali è un problema di carattere diverso e prescinde dal modo in cui il principio viene qualificato. Solo in questo senso può, a nostro avviso, correttamente rilevarsi l'indifferenza fra sistema comunitario e internazionalprivatistico nazionale. L'ostacolo alla libera circolazione non si crea in forza della mera applicazione del sistema conflittuale dello Stato di destinazione, ma sulla base di una fattispecie complessa[291]. Il presupposto è costituito dalla diversità fra legge dello Stato d'origine – con ciò intendendosi, in questo caso, la legge che è stata o che sarebbe applicabile secondo quell'ordinamento – e legge applicabile secondo le norme di conflitto dello Stato di destinazione. Non sussiste un rapporto diretto e immeditato fra principio dello Stato d'origine e norme di conflitto nazionali. Infatti, la Corte di giustizia non ha mai affermato l'incompatibilità della norma di diritto internazionale privato nazionale con i principi sulla libera circolazione comunitari. Solo la comparazione fra le due discipline sostanziali può consentire di determinare, in primo luogo, l'ostacolo alla libera

---

[289] Si prevede, infatti, che gli Stati membri devono rispettare il diritto dei prestatori di servizi a svolgere le proprie attività nello Stato di destinazione ed assicurare l'accesso e il libero esercizio delle attività. Per un'analisi complessiva del rapporto fra la direttiva e il principio dello Stato d'origine: MALATESTA A., *Principio dello Stato d'origine e norme di conflitto dopo la direttiva 2006/123/CE sui servizi nel mercato interno: una partita finita?*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2007, p. 293.

[290] MICHAELS R., *op. cit.*, p. 224.

[291] MICHAELS R., *op. cit.*, p. 237. Nel senso che la norma di conflitto non può, in quanto tale, costituire un ostacolo alla libera circolazione: BENEDETTELLI M.V., *op. cit.*, p. 598; BARIATTI S., *Prime considerazioni sugli effetti dei principi generali delle norme materiali del Trattato CE sul diritto internazionale privato comunitario*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2003, p. 689; ID., *Restrictions resulting from the EC Treaty provision for Brussel I and Rome I*, in *Enforcement of international contracts in the European Union*, a cura di Meeusen J., Pertegás M., Straetmans G., 2004, Antwerp, Oxford, New York, p. 80; PICONE P., *Diritto internazionale privato comunitario*, cit., p. 495.

circolazione, causato da una normativa più restrittiva nello Stato di destinazione, e, secondariamente, determinare quale delle due leggi abbia titolo ad applicarsi concretamente. Pertanto, gli Stati rimangono competenti a stabilire norme di conflitto per la determinazione della legge applicabile alle condizioni e ai requisiti che merci e persone devono soddisfare per poter accedere al mercato nazionale[292]: l'eventuale contrasto non si verifica fra disposizioni di diritto comunitario e sistemi internazionalprivatistici, ma fra le discipline sostanziali delle leggi interessate[293]. Quella che consentirà il più facile esercizio delle libertà di circolazione sarà applicabile al caso concreto, a prescindere dal sistema internazionalprivatistico sottostante[294].

---

[292] Per quanto attiene l'interpretazione della sentenza *Centros* e i suoi – negati – riflessi sui sistemi internazionalprivatistici nazionali: BENEDETTELLI M.V., *Libertà comunitarie di circolazione*, cit., p. 569; ID., *Connecting factors, principles of coordination between conflict systems, criteria of applicabilità: three different notions for «European Community private international law»*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 2005, p. 431.

[293] La determinazione della legge applicabile alla responsabilità contrattuale o extracontrattuale del prestatore di servizi o del lavoratore nello Stato ospitante è problema ancora diverso rispetto a quello affrontato nel testo, relativo alle caratteristiche che le merci e i servizi devono presentare per poter circolare liberamente nel territorio comunitario. Si noti preliminarmente come la questione della responsabilità contrattuale abbia maggior rilevanza nella libera circolazione dei servizi piuttosto che nelle merci, dal momento che anche le caratteristiche del contratto potrebbero essere considerate un elemento del servizio (RADICATI DI BROZOLO L., *op. cit.*, p. 409). Secondo l'art. 16 del progetto di direttiva Bolkestein nella sua formulazione originale, il principio del mutuo riconoscimento avrebbe inciso anche sulla responsabilità contrattuale ed extracontrattuale del prestatore, e conseguentemente sulle norme di conflitto di origine comunitaria e statale. A seguito dell'approvazione del reg. n. 864/2007 il discorso circa l'influenza del principio del mutuo riconoscimento sui sistemi di conflitto nazionali è puramente teorico in tutti i campi della responsabilità civile, dal momento che questa è regolata da apposite norme di conflitto; si può solo, genericamente, rilevare che il criterio dell'effetto di cui alla regola generale dell'art. 4, par. 1, sembra essere in contrasto con il principio dello Stato d'origine nella maggior parte delle ipotesi.

[294] Per concludere sul rapporto fra principio del mutuo riconoscimento nelle libertà di circolazione e diritto internazionale privato, si può qui ricordare la Direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2000, relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società di informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno, in *GU* n. L 178 del 17 luglio 2000, p. 1. L'art. 3, rubricato *mercato interno*, dispone che: "*ogni Stato membro provvede affinché i servizi della società dell'informazione, forniti da un prestatore stabilito nel suo territorio, rispettino le disposizioni nazionali vigenti in detto Stato membro nell'ambito regolamentato*". Alcune perplessità sorgono nell'interpretazione di questa disposizione, poiché l'art. 1, par. 4 stabilisce che la direttiva non *introduce norme supplementari di diritto internazionale privato*. La contraddizione è ancora più palese dal momento che l'art. 3, par. 1 non si applica, ai sensi dell'art. 3, par. 3 e dell'allegato della direttiva, alla scelta di legge applicabile al rapporto contrattuale, nonché ai contratti conclusi dai consumatori. Pare difficile non attribuire alle disposizioni in esame natura conflittuale (NORTH P.M., *Private international law: change or decay?*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2001, p. 505). Secondo alcuni Autori, la disposizione non riguarderebbe il conflitto di legge, essendone espressamente esclusa la natura conflittuale, e non imporrebbe l'applicazione della legge dello Stato d'origine (PLENDER R., WILDERSPIN M., *op. cit.*, par. 9.22, affermano che la chiarezza dell'art. 1, par. 4 è tale per cui deve escludersi qualsiasi riflesso della direttiva sulla Convenzione di Roma. Si veda anche: BARIATTI S., *op. cit.*, p. 689). Altra dottrina afferma che l'art. 3 non comporta il rinvio alla legge della sede del prestatore, ma l'applicazione del sistema di diritto internazionale privato del giudice adito (WILDERSPIN M., LEWIS X., *Les relations entre le droit communautaire et les règles de conflits de lois des Etats membres*, in *Revue critique de droit international privé*, 2002, p. 303). Altri Autori, ancora, mettono in luce come l'utilizzo della clausola mercato unico costituisce una sorta di *full faith and credit clause*, assimilabile a quella dell'ordinamento statunitense (NICOLIN S., *op. cit.*, p. 206). Ancora, viene proposta una distinzione circa il significato della clausola *mercato comune* per lo Stato d'origine o per lo Stato di destinazione (FALLON M., MEEUSEN J., *Le commerce électronique, la directive 2000/31/CE et le droit international privé*, in *Revue critique de droit international privé*, 2002, p. 480), avvicinandosi, nel primo caso, a una qualificazione delle disposizioni interne comparabile a quella delle norme di applicazione necessaria, nel secondo caso all'eccezione di ordine pubblico. Tuttavia, non pare che alla cosiddetta clausola del *mercato interno* possa darsi un significato diverso dal principio di non discriminazione contenuto agli articoli 28 e 49 del Trattato, come interpretati dalla Corte di

Inoltre, non può nemmeno affermarsi che il principio dello Stato d'origine condizioni le scelte del legislatore comunitario nel settore del diritto internazionale privato. In materia contrattuale, ad esempio, tale principio pare accolto nella presunzione generale dell'art. 4, par. 2 della Convenzione di Roma, dal momento che fa riferimento al luogo della residenza abituale del prestatore caratteristico. Si noti, tuttavia, che si tratta pur sempre di una presunzione, che può essere superata qualora il contratto presenti un collegamento più stretto con un altro ordinamento. Pertanto, non si ritiene di poter affermare che la Convenzione di Roma accolga quale criterio di collegamento generale il principio dello Stato d'origine. Inoltre, se il progetto di regolamento "Roma I" dovesse essere approvato nei termini attuali, la conclusione sarebbe solo parzialmente diversa. Infatti, l'art. 4, dalla lettera a) alla lettera f), costituiscono applicazione del criterio del luogo della residenza del prestatore caratteristico; e questo è il criterio di collegamento generale per tutti i contratti non nominati. Tuttavia, nel parere del Parlamento, vi è ancora spazio per la clausola di eccezione; pertanto, ancora non si potrebbe affermare che il principio dello Stato d'origine costituisca il principale criterio di collegamento accolto dal sistema comunitario.

Un'eccezione presente sia nella Convenzione, sia nel progetto di regolamento, è costituita dal contratto concluso dal consumatore, ed è giustificata da una diversa esigenza, la tutela della parte contrattuale debole. Si noti che questi contratti erano esclusi dal campo di applicazione dell'art. 16 del progetto di direttiva Bolkestein (art. 17, n. 21)[295] e che la protezione del consumatore costituisce un'esigenza imperativa ai sensi della sentenza *Cassis de Dijon*, che

---

giustizia. Infatti, l'art. 3 altro non consente che l'"esportazione" della legge di stabilimento nei casi in cui i servizi informatici vengano forniti in un altro Stato membro (PLENDER R., WILDERSPIN M., *op. cit.*, par. 9.22; TEBBENS H.D., *Les règles de conflit contenues dans les instruments de droit dérivé*, in *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, cit., p. 104). Si deve notare, tuttavia, che il campo di applicazione dell'art. 3 è molto limitato. Ai sensi dell'art. 2, lett. h), non costituisce *ambito regolamentato* la disciplina sulle merci, sulla consegna e sui servizi non prestati in via elettronica. Ne consegue che per questa – ampia – parte del servizio si applicano le normali regole di conflitto di origine nazionale o comunitaria, contemperate dal principio del mutuo riconoscimento e dello Stato d'origine derivanti dal Trattato. L'accesso all'attività e il suo esercizio sarebbero, invece, sottoposti all'art. 3, par. 1. Tuttavia, proprio per quanto attiene l'accesso, la stessa direttiva (art. 4) esclude la possibilità di richiedere un'autorizzazione preventiva; quanto all'esercizio, gli elementi fondamentali quanto agli obblighi di informazione, alle comunicazioni commerciali, alle modalità di conclusione dei contratti, sono contenuti nella direttiva medesima. Hellner M., *The Country of Oriugin Principle in the E-Commerce Directive: A Conflict with Conflict of Laws?*, *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, cit., p. 205, esamina le diverse interpretazioni del combinato disposto delle due disposizioni, non condividendo, tuttavia, nemmeno quella da noi fornita (p. 216).

[295] Oggi, in modo più generico, l'art. 3, par. 2 della direttiva stabilisce che: "*La presente direttiva non riguarda le norme di diritto internazionale privato, in particolare quelle che disciplinano la legge applicabile alle obbligazioni contrattuali ed extracontrattuali, ivi comprese quelle che garantiscono che i consumatori beneficeranno della tutela riconosciuta loro dalla normativa sulla protezione dei consumatori vigente nel loro Stato membro*". Si noti che secondo l'art. 17, par. 1, l'art. 16 non si applica alle materie disciplinate dalla dir. 96/71 (n. 2) e alle *disposizioni riguardanti obblighi contrattuali e non contrattuali, compresa la forma dei contratti, determinate in virtù delle norme di diritto internazionale privato* (n. 15).

giustifica l'applicazione della legge dello Stato di destinazione (anche se, in tale ultimo caso, deve provarsi la non equivalenza della legge dello Stato d'origine). Inoltre il progetto di regolamento "Roma I" prevede delle deroghe alla legge del luogo di residenza del prestatore caratteristico per i contratti di *franchising* e di distribuzione; probabilmente anche queste eccezioni sono giustificate dallo squilibrio contrattuale delle parti[296].

Queste brevi osservazioni ci consentono già di verificare l'eterogeneità dei fini del sistema comunitario di diritto internazionale privato e affermare, con altra dottrina[297], che il principio dello Stato d'origine non gode di alcuna preferenza all'interno della Convenzione di Roma.

5. Un'applicazione del metodo del riconoscimento dei diritti acquisiti? Il riconoscimento e l'esecuzione secondo il reg. n. 44/2001

Il regolamento prevede un sistema semplificato per il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze straniere, che si fonda sul principio del mutuo riconoscimento. Pertanto, il provvedimento giurisdizionale emanato in uno Stato membro circola liberamente in tutti gli altri Stati membri, senza che sia necessario attivare alcuna procedura specifica, né di tipo amministrativo, né giurisdizionale. Solo l'opposizione al riconoscimento e l'apposizione dell'*exequatur* sono subordinati all'esperimento di un procedimento particolare, tuttavia estremamente semplificato sia per quanto attiene la documentazione da produrre (artt. 53-56 reg. n. 44/2001), sia in relazione alle attività del giudice e delle parti (artt. 42-43). Lo stesso considerando n. 16 del regolamento indica le ragioni per le quali è opportuno istituire un sistema di mutuo riconoscimento intracomunitario, ben lontano da quello che era, ad esempio, il giudizio di delibazione nel sistema italiano prima della riforma del 1995 (artt. 796 sgg. cod. proc. civ.). Infatti, "*la reciproca fiducia nella giustizia in seno alla Comunità implica che le decisioni emesse in un altro Stato membro siano riconosciute di pieno diritto, ossia senza che sia necessario esperire alcun procedimento, salvo che ci siano contestazioni*". Prosegue il considerando successivo nel senso che la reciproca fiducia deve implicare dei procedimenti di *exequatur* efficaci e rapidi, che si limitino a un mero controllo formale dei documenti e senza che il giudice possa negare l'esecutività per i motivi ostativi di cui agli artt. 34 e 35[298]: la concessione dell'*exequatur* dovrebbe essere, pertanto, pressoché automatica. Il contraddittorio è

[296] Si veda *infra*, cap. III, par. 3.2.
[297] BARIATTI S., *op. cit.*, p. 688.
[298] Il procedimento di *exequatur* rimane ancora necessario, perché l'esecuzione delle sentenze straniere costituisce un atto di imperio compiuto in forza di un titolo di uno Stato, sul territorio di un altro Stato. Il provvedimento giurisdizionale non è dotato di alcuna forza coercitiva in Paesi diversi da quello in cui è stato emanato; pertanto, deve essere dotato di effetti esecutivi.

posticipato a una seconda fase eventuale, ad iniziativa della parte contro la quale l'esecuzione è stata concessa, allo scopo di far valere il diritto di difesa e di dimostrare l'esistenza di condizioni che si oppongono all'esecuzione della sentenza nello Stato richiesto[299].

Il sistema si basa, pertanto, su due principi cardine: da un lato, l'eliminazione o quantomeno la forte riduzione delle formalità necessarie per ottenere il riconoscimento e la dichiarazione di esecutività del provvedimento giurisdizionale straniero, dall'altro, la possibilità di far valere motivi ostativi alla libera circolazione delle sentenze solo in casi tassativamente determinati e solo su istanza della parte interessata, quindi mai attraverso un rilievo del giudice d'ufficio.

Parte della dottrina[300] ha messo in luce come i procedimenti per l'esecuzione delle sentenze straniere siano sempre più semplificati all'interno dell'Unione, tanto da auspicare l'abolizione generale dell'*exequatur* fra gli Stati membri. La dottrina citata traccia il percorso che il settore della cooperazione giudiziaria in materia civile ha compiuto in questi ultimi anni verso l'obiettivo di facilitare e rendere più rapida la circolazione delle sentenze fra Stati membri. Come è noto, un primo passo in tal senso è stato compiuto proprio con la trasformazione della Convenzione di Bruxelles nel reg. n. 44/2001, dal momento che la prima prevedeva una fase giurisdizionale *inaudita altera parte* nella quale i motivi ostativi all'esecuzione potevano essere rilevati d'ufficio dal giudice (art. 34)[301]. Il fatto che oggi la prima fase si sostanzi in un mero controllo di tipo formale, quasi di carattere amministrativo, conduce già a una notevole semplificazione; l'esistenza di motivi ostativi può solo essere fatta valere dalla parte contro la quale l'istanza è proposta in un eventuale fase successiva a contraddittorio pieno.

Un secondo passo verso la semplificazione delle modalità di circolazione dei provvedimenti giurisdizionali si è avuta con il reg. n. 805/2004[302], il cui art. 5, rubricato *Abolizione dell'exequatur*, stabilisce che: "*la decisione giudiziaria che sia stata certificata come titolo esecutivo europeo nello Stato membro d'origine è riconosciuta ed eseguita negli altri Stati membri senza che sia necessaria una dichiarazione di esecutività e senza che sia possibile*

[299] BALLARINO T., MARI L., *Uniformità e riconoscimento. Vecchi problemi e nuove tendenze della cooperazione giudiziaria nella Comunità europea*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2006, p. 13, parlano di presunzione di regolarità della sentenza straniera.

[300] VAN DER GRINTEN P., *Abolishing Exequatur in the European Union: an Alternative*, in *Crossing borders: essays in European and private international law, nationality law and Islamic law in honour of Frans van der Velden*, a cura di van der Grinten P., Heukels T., 2006, The Hague, p. 71.

[301] Questo è ancora il sistema utilizzato dal reg. n. 2201/2003 (art. 31, par. 2).

[302] Regolamento (CE) n. 805/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 aprile 2004 che istituisce il titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati, in *GU* n. L 143 del 30 aprile 2004, p. 15. Si vedano: FUMAGALLI L., *Il titolo esecutivo europeo per crediti non contestati nel regolamento comunitario n. 805/2004*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2006, p. 23; ZILINSKI M., *Abolishing exequatur in the European Union: the European Enforcement Order*, in *Netherlands International Law Review*, 2005, p. 471.

opporsi al suo riconoscimento". L'unico limite all'automaticità è costituito dalla circostanza che la decisione, certificata come titolo esecutivo europeo, sia in contrasto con un altro provvedimento anteriore, pronunciato nello Stato richiesto o in uno Stato terzo, ad alcune circoscritte condizioni cumulative[303]. Inoltre, i requisiti richiesti per la certificazione non sono numerosi; è sufficiente che la decisione sia esecutiva nello Stato d'origine e che non sia in conflitto con le disposizioni sulla competenza giurisdizionale di cui alle Sezioni 3 e 6 del reg. n. 44/2001, ovvero che sia stata emanata dal giudice del luogo del domicilio del consumatore, quando questi sia debitore[304]. Si noti che la certificazione come titolo esecutivo europeo è rilasciata dallo stesso giudice che ha emanato il provvedimento giurisdizionale; pertanto, pare difficile che egli ritenga, in questa sede, che nel merito si sia erroneamente ritenuta la competenza. L'unico motivo per cui concretamente potrebbe essere negata la certificazione è relativo, allora, alla mancanza di effetti esecutivi della decisione nello Stato d'origine. Essendo la sentenza pressoché incontestabile nello Stato di esecuzione, il regolamento porta di fatto il metodo del mutuo riconoscimento alla sua massima espressione[305].

Infine, un ulteriore passo verso la completa libera circolazione delle sentenze nel territorio intracomunitario è costituito, a nostro avviso, dal reg. n. 1896/2006[306] e dal reg. n. 861/2007[307]. La disciplina del riconoscimento e dell'esecuzione è simile a quella del reg. n. 805/2004 (rispettivamente, art. 19 e artt. 20 sgg.), con l'importante differenza che i nuovi regolamenti stabiliscono in maniera uniforme le fasi essenziali del procedimento di merito, prima di giungere alla disciplina dell'esecuzione. Ne consegue che il rischio che la sentenza non circoli fra gli Stati membri è ancor più ridotta. Infatti, non è necessaria alcuna ulteriore certificazione, né da parte del giudice che si è pronunciato sul merito, né di quello dello Stato richiesto. Inoltre, l'esecuzione può essere negata solo per motivi di incompatibilità con una sentenza precedente simili a quelli visti per il reg. n. 805/2004.

---

[303] Precisamente, la decisione anteriore deve avere lo stesso oggetto e le stesse parti e, se pronunciata in uno Stato terzo, deve avere i requisiti per essere riconosciuta o dichiarata esecutiva nello Stato richiesto; inoltre, il debitore non deve aver avuto la possibilità di far rilevare l'incompatibilità – o, forse, meglio la litispendenza o la *res iudicata* – nel procedimento svoltosi nello Stato membro d'origine.
[304] Si veda *infra*, par. 4.1.
[305] BALLARINO T., MARI L., *op. cit.*, p. 18.
[306] Regolamento (CE) n. 1896/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, che istituisce un procedimento europeo d'ingiunzione di pagamento, in *GU* n. L 399 del 30 dicembre 2006, p. 1.
[307] Regolamento (CE) n. 861/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 luglio 2007, che istituisce un procedimento europeo per le controversie di modesta entità, in *GU* n. L 199 del 31 luglio 2007, p. 1.

Tornando all'analisi del reg. n. 44/2001, si ricorda che i motivi ostativi al riconoscimento di carattere generale, di cui all'art. 34, sono interpretati restrittivamente[308]. In tal senso è particolarmente chiara, a nostro avviso, la sentenza *Krombach*[309], nella quale la Corte ha affermato che tali eccezioni al riconoscimento "*costituisc[ono] un ostacolo alla realizzazione di uno degli obiettivi fondamentali della Convenzione*"[310]. In particolare, la clausola dell'ordine pubblico deve essere applicata solamente in casi eccezionali[311], tanto che la Corte, pur non potendo definirne il contenuto, può "*controllare i limiti entro i quali il giudice di uno Stato contraente può ricorrere a tale nozione per non riconoscere una decisione emanata da un giudice di un altro Stato membro*"[312].

Si ricordi che, proprio per diminuire il numero dei casi in cui una sentenza può non essere riconosciuta, il reg. n. 44/2001 non ha recepito uno dei motivi ostativi previsti dalla Convenzione di Bruxelles, relativo al controllo della legge applicata in materia di *status* personali[313]. Invece, l'art. 34, n. 4 del regolamento inserisce, quale causa di diniego del riconoscimento, l'incompatibilità della sentenza con altra, resa precedentemente in un altro Stato membro, qualora abbia tutti i requisiti necessari per essere riconosciuta nello stesso Stato richiesto. Questa precisazione pare costituire un nuovo motivo ostativo – la Convenzione di Bruxelles si riferiva alle sole sentenze emanate in uno Stato terzo o nello Stato richiesto – ma, come risulta chiaramente dai lavori preparatori del regolamento, essa è stata inserita allo scopo di colmare la lacuna che si era creata nel sistema convenzionale e ne costituisce logica conseguenza. Ancora, l'art. 34, n. 2 stabilisce che la mancata notificazione al convenuto

---

[308] Si noti come il motivo ostativo relativo alla regolare notificazione della domanda giudiziale (art. 27, n. 2 della Convenzione; come noto, l'art. 34, n. 2 non richiede più che la notificazione sia avvenuta regolarmente, proprio per evitare che irregolarità meramente formali possano pregiudicare il riconoscimento della sentenza negli altri Stati membri – sulle conseguenze di tale modifica si veda: SALERNO F., *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel regolamento (CE) N. 44/2001 (La revisione della Convenzione di Bruxelles del 1968)*, 2006, Padova, p. 324) e alla sufficienza del tempo lasciato al convenuto per presentare le proprie difese è finalizzato a garantire il diritto di difesa del convenuto. Pertanto, eventuali notifiche o comunicazioni effettuate in fasi successive l'instaurazione del contraddittorio non sono in grado di sanare il vizio iniziale (Corte di giustizia 12 novembre 1992, causa C-123/91, *Minalmet*, in *Racc.* I-5661). La norma vuole contemperare, da un lato, il diritto di difesa del convenuto, che deve essere portato a conoscenza del procedimento che si sta instaurando contro di lui, e l'obiettivo del regolamento di assicurare la libera circolazione delle sentenze emanate in Stati membri.

[309] Corte di giustizia 28 marzo 2000, causa C-7/98, *Krombach*, in *Racc*. I-1995.

[310] Punto 21 della motivazione.

[311] Ne consegue, pertanto, che la competenza esorbitante del giudice del merito non può essere contestata in sede d'esecuzione come motivo di ordine pubblico. Invece, diritti fondamentali riconosciuti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e garantiti anche dagli ordinamenti nazionali, quali il diritto di difesa, costituiscono principio di ordine pubblico e la loro violazione è motivo per il mancato riconoscimento della sentenza. Si noti che l'art. 34, n. 1 reg. n. 44/2001 richiede espressamente che il contrasto con l'ordine pubblico del foro sia *manifesto*, mentre l'art. 27, n. 1 della Convenzione di Bruxelles si riferiva semplicemente a una situazione di contrarietà.

[312] Punto 23 della motivazione.

[313] Si veda *supra*, cap. I, par. 4.

dell'atto introduttivo del giudizio in tempo utile affinché egli possa presentare le proprie difese costituisce un ulteriore motivo ostativo al riconoscimento e all'esecuzione della sentenza straniera.

Inoltre, il giudice richiesto del riconoscimento non può procedere a un nuovo esame nel merito; egli è vincolato alle valutazioni di fatto compiute dal giudice che ha emanato la sentenza (art. 35, par. 2).

Al termine di questo breve esame della disciplina del regolamento, è ora possibile verificare se il sistema di riconoscimento ed esecuzione delle sentenze straniere recepisca o meno il metodo di conflitto del riconoscimento dei diritti acquisiti. La risposta è, a nostro avviso, solo parzialmente positiva.

In primo luogo le ragioni che giustificano il sistema comunitario sono diverse e più ampie rispetto a quelle sottese alla teoria del riconoscimento dei diritti acquisiti. Infatti, l'obiettivo principale è costituito dalla circolazione dei provvedimenti giurisdizionali al fine di facilitare la libera circolazione delle persone. Lo scopo è la creazione di uno spazio unico, all'interno del quale anche i provvedimenti giurisdizionali possano circolare liberamente, senza barriere nazionali. La riconoscibilità delle sentenze straniere è funzionale, allora, alla libera circolazione delle persone, che possono veder riconosciuti i propri *status* e i propri diritti in qualsiasi Stato membro.

Ne consegue che non esiste un ordinamento considerato competente alla stessa stregua delle dottrine analizzate nel presente capitolo. Il giudice del riconoscimento non può nemmeno controllare la competenza giurisdizionale del giudice del merito, ma deve limitarsi ad attribuire efficacia alle sentenze provenienti dagli altri Stati membri, senza alcuna verifica sul fondamento della giurisdizione[314]. Pertanto, tutte le sentenze emanate nello spazio giudiziario europeo sono suscettibili di circolare liberamente. Si può, allora, affermare che i regolamenti comunitari si ispirano al metodo del riconoscimento dei diritti acquisiti, ma solo nel senso di consentire un'ampia apertura fra ordinamenti giuridici, tanto che parte della dottrina vi si riferisce, a nostro avviso correttamente, come a una quinta libertà di circolazione, accanto a quella delle merci, persone, servizi e capitali[315]. Lo Stato richiesto accetta le valutazioni compiute da un organo giurisdizionale di ogni altro Stato membro, con ciò aprendo il proprio ordinamento verso sistemi giuridici diversi. Il mutuo riconoscimento intracomunitario costituisce, pertanto, uno sviluppo

[314] Si rilevi che, in mancanza di un ordinamento competente, non ha alcuna rilevanza l'ordine pubblico straniero: il limite è costituito dal solo ordine pubblico del foro.

[315] BALLARINO T., MARI L., *op. cit.*, p. 12; CARBONE S.M., *Lo spazio giudiziario europeo in materia civile e commerciale. Da Bruxelles I al regolamento CE n. 805/2004*, 2006, Torino, p. 10.

della teoria del riconoscimento dei diritti acquisiti, nel senso di voler generalizzare la circolazione dei provvedimenti giurisdizionali.

Ciò è confermato dal fatto che i motivi ostativi possono essere qualificati come limiti di ordine pubblico nel senso internazionalprivatistico del termine - si ricordi che la dottrina qualifica l'art. 34, n. 2 come clausola di ordine pubblico processuale[316] - oppure sono giustificati da motivi di mera logica interna, dal momento che il contrasto fra sentenze minerebbe la coerenza interna dell'ordinamento.

Inoltre, l'impossibilità per il giudice del riconoscimento di procedere a una nuova valutazione dei fatti trova le sue radici nel metodo del riconoscimento dei diritti acquisiti. Infatti, la sentenza straniera deve essere riconosciuta ed eseguita così come pronunciata dal giudice del merito. In caso contrario, potrebbero o crearsi ancora una volta delle situazioni claudicanti, o il giudice del riconoscimento costituirebbe di fatto una situazione giuridica del tutto nuova, collegata solo accidentalmente con quella stabilita nella sentenza da riconoscere. Si noti che è possibile anche il solo riconoscimento parziale (art. 48); tuttavia, tale limitazione degli effetti della sentenza non può essere giustificata dalla volontà di procedere a un riesame nel merito, o da una nuova valutazione delle circostanze, ma dal solo fatto che parte della decisione da riconoscere non soddisfa le condizioni stabilite dal regolamento.

Tuttavia, si deve notare come il mutuo riconoscimento ponga una condizione importante, che non è conosciuta dal metodo internazionalprivatistico del rispetto dei diritti acquisiti. Infatti, il sistema semplificato si applica solo per le sentenze che siano state emesse da giudici appartenenti a Stati membri, e non per provvedimenti giurisdizionali che, adottati in Paesi terzi, siano stati poi riconosciuti in uno Stato membro. Ciò risulta evidente già dalla definizione che l'art. 32 fornisce di *decisione*, in quanto vi si indicano espressamente solo i provvedimenti emanati da un giudice di uno Stato membro[317]. Ne consegue che le sentenze, emesse da giudici di Stati terzi ma riconosciute in uno Stato membro, non possono circolare secondo il procedimento semplificato del reg. n. 44/2001.

Dal punto di vista teorico si deve, pertanto, notare come questa limitazione sia originale non solo rispetto ai principi sulla libera circolazione comunitari – si pensi alle merci in libera pratica – ma anche ai presupposti generali del metodo del riconoscimento dei diritti acquisiti.

---

[316] CARBONE S.M., *op. cit.*, p. 268.

[317] L'impossibilità di procedere a un'interpretazione estensiva, che forzi la lettera della disposizione, è confermata dalla Corte di giustizia nel caso *Owens Bank* (Corte di giustizia 20 gennaio 1994, causa C-129/92, *Owens Bank*, in *Racc*. I-117), nella quale si fa derivare dall'inesistenza di un foro specifico per il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze emanate in uno Stato terzo la non accessibilità della procedura semplificata per le sentenze emesse in uno Stato terzo.

Come si è visto[318], infatti, in tali casi vi è un'accettazione totale dei valori e delle valutazioni compiuti dall'ordinamento competente ed è irrilevante se ivi quel diritto sia stato creato o meramente riconosciuto. Un tale coordinamento non esiste, invece, nel sistema del reg. n. 44/2001.

Questa conseguenza, che potrebbe essere accettabile sul piano teorico in base alla reciproca fiducia fra soli Stati membri, risulta, tuttavia, poco comprensibile sul piano pratico.

In primo luogo, si accetta così una palese discriminazione fra convenuti citati in uno Stato terzo e convenuti citati in un foro comunitario ai sensi dell'art. 4, par. 1 reg. n. 44/2001. In quest'ultimo caso, infatti, la sentenza potrà circolare liberamente solo perché emanata da un giudice di uno Stato membro, nonostante il fatto che il titolo di giurisdizione sia costituito da un criterio nazionale esorbitante.

In secondo luogo, proprio la reciproca fiducia dovrebbe consentire la circolazione delle sentenze straniere già riconosciute in un altro Stato membro, salvi i limiti di cui all'art. 34. Infatti, i sistemi nazionali per il riconoscimento e l'esecuzione di sentenze straniere prevedono, generalmente, una serie di condizioni più restrittive rispetto a quelle stabilite dal regolamento comunitario[319]. Pertanto, una volta riconosciuta la sentenza in uno Stato membro secondo il procedimento previsto dalla *lex fori*, si può avere pressoché la certezza circa la bontà, almeno formale, della decisione riconosciuta e circa il fatto che essa non risulti manifestamente confliggente con i principi propri dell'ordinamento comunitario. Nel caso contrario, infatti, essa non sarebbe riconosciuta nemmeno nel primo Stato membro richiesto. Non si vede perché, quindi, tale sentenza non possa circolare liberamente anche negli altri Stati membri dopo essere già stata riconosciuta in uno Stato membro in conformità alla *lex fori*, ed essere soggetta alla procedura semplificata di cui al reg. n. 44/2001.

Ne consegue che il sistema del mutuo riconoscimento, come accolto nel regolamento, risulta ancora più restrittivo del principio dello Stato d'origine, come applicato alle libertà di circolazione "classiche" (merci, persone, capitali), dal momento che fuoriescono dal suo campo di applicazione diritti acquisiti in Stati terzi e riconosciuti in uno Stato membro.

---

[318] V. *supra*, par. 2.1.
[319] Basti evidentemente pensare all'art. 64 della l. 218/95.

5.1 Il riconoscimento delle sentenze relative a contratti di consumo e di assicurazione

L'automatico riconoscimento delle sentenze emanate in un altro Stato membro conosce un ulteriore limite, giustificato anche dalla necessità di predisporre una tutela del contraente debole. L'art. 35 dispone che "*le decisioni non sono riconosciute se le disposizioni delle Sezioni 3, 4 e 6 del capo II sono state violate*"[320]. La norma costituisce un'evidente deroga al principio del mutuo riconoscimento, giustificata, per quanto attiene le Sezioni 3 e 4, dalla presenza di una determinata parte nel procedimento di merito.

Ne consegue un rafforzamento dell'esclusività dei fori del consumatore e dell'assicurato, dal momento che la sentenza emanata da un giudice incompetente non può avere effetti al di fuori dello Stato d'origine.

Pare difficile fornire un inquadramento teorico di queste eccezioni nell'ambito della teoria del riconoscimento dei diritti acquisiti. Potrebbe forse affermarsi che i titoli di giurisdizione di cui alle Sezioni 3 e 4 siano disposizioni imperative di diritto comunitario, essendo la deroga alla giurisdizione ammessa solo a condizione che siano rispettate le condizioni formali e sostanziali indicate negli articoli 13 e 17[321]; assumerebbe carattere imperativo lo stesso limite posto all'autonomia delle parti nella determinazione del giudice competente. Una tale qualificazione sarebbe giustificata dalla necessità di tutelare la parte debole, esattamente come avviene nell'ambito delle esigenze imperative delineate dalla giurisprudenza della Corte di giustizia nel campo della libera circolazione delle merci e dei servizi.

Pare tuttavia più corretto ritenere che l'art. 35 derivi da un bilanciamento fra principio del mutuo riconoscimento e teoria della localizzazione[322], soprattutto perché la disposizione non è certo idonea a tutelare un'esigenza di carattere sostanziale della parte debole (così come avviene, invece, per le esigenze imperative), ma ha solo effetti di tipo processuale, relativi alla competenza giurisdizionale. Pertanto, il regolamento inserisce in un sistema caratterizzato dall'automaticità del riconoscimento un elemento ostativo, che si fonda su un – limitato – controllo della competenza del giudice del merito, allo scopo di assicurare che la sentenza sia emanata dal giudice presso il quale la fattispecie si ritiene localizzata.

---

[320] Essendo estranei all'oggetto del presente lavoro non si prenderanno in considerazione i fori esclusivi di cui all'art. 22, unica disposizione contenuta nel capo 6. Le competenze esclusive godono, pertanto, di una tutela rafforzata, nel senso che la sentenza emanata da un giudice incompetente avrà effetti solo nell'ordinamento d'origine e non potrà essere riconosciuta in alcun altro Stato membro. Per un'applicazione, nell'ambito dei contratti di consumo: Cour d'appel de Douai, 8ème Ch., 9 février 1989, nota in *Journal de droit internatrional*, 1991, p. 161.

[321] V. *infra*,cap. IV, par. 4.

[322] Come si vedrà meglio *infra*, cap. III, par. 4, in queste ipotesi la teoria della localizzazione è a sua volta bilanciata da considerazioni di carattere materiale a favore della parte debole.

Il regolamento, tuttavia, non include fra le eccezioni al principio del mutuo riconoscimento il rispetto della competenza giurisdizionale nelle controversie relative a un rapporto di lavoro, oggetto della nuova Sezione 5. Secondo la Commissione[323], un qualsiasi controllo sulla competenza avrebbe pregiudicato gli interessi dell'attore, il quale, nella maggior parte dei casi, è il lavoratore stesso. Una tale osservazione non è del tutto condivisibile: analoghe considerazioni potrebbero, infatti, farsi, anche per le altre parti contrattuali deboli, le quali possono assumere la veste di attore in diverse ipotesi (si pensi, ad esempio, al caso del consumatore che agisce per ottenere il corretto adempimento della prestazione contrattuale dell'altra parte). Nonostante il fatto che l'esclusione del lavoratore paia costituire una diminuzione delle garanzie apprestategli, si deve notare come di fatto non sia sempre così.

Se il consumatore e l'assicurato agiscono in un foro diverso da quello designato dal regolamento, o accettano tacitamente la competenza del giudice adito dal professionista o dall'assicuratore rispettivamente[324], la sentenza di merito non potrà essere riconosciuta negli altri Stati membri, poiché sarà stato adito un giudice diverso da quelli indicati nelle Sezioni speciali. Questa automaticità nella negazione degli effetti può essere contraria agli interessi delle stesse parti deboli; una successiva verifica della competenza indiretta potrebbe non costituire uno strumento di tutela. Infatti, se è stata accettata una giurisdizione diversa da quella prevista dalle Sezioni 3 e 4 reg. n. 44/2001, ciò può significare che la stessa parte debole ha trovato convenienza a instaurare il processo davanti a un giudice diverso da quello ivi designato. Si deve notare che in questo frangente rischi di frode o di abusi da parte del contraente più forte sono raramente configurabili; nel momento dell'instaurazione del giudizio o della costituzione come convenuto, la parte debole sarà assistita da un difensore, che potrà prospettare l'opportunità di adire un foro diverso rispetto a quelli individuati dal reg. n. 44/2001, ovvero di eccepire – o meno - l'incompetenza del giudice adito dall'altra parte contrattuale. L'automaticità della negazione del riconoscimento è, a nostro avviso, inopportuna.

Il giudice del riconoscimento dovrebbe rispettare questa volontà tacita della parte debole e dare effetti alla sentenza di merito, anche se il giudice adito dovesse essere diverso da quello designato dalle Sezioni 3 e 4 del regolamento e se esso possa fondare la propria competenza esclusivamente sulla proroga tacita. Infatti, diversamente dalle competenze esclusive di cui all'art. 22, i fori speciali di cui alle Sezioni 3 e 4 cercano di tutelare un interesse meramente

[323] Proposta di regolamento (CE) del Consiglio concernente la competenza giurisdizionale nonché il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, presentata dalla Commissione, 14 luglio 1999, COM(1999)348def., commento all'art. 42.
[324] Sulla proroga di competenza in questi contratti, si veda *infra*, cap. IV, par. 4.2.

soggettivo, di cui è titolare una sola parte del rapporto. Pertanto, se il contraente debole rinuncia consapevolmente alla tutela apprestatagli, il giudice del riconoscimento non dovrebbe sovvertire questa scelta, impedendo il riconoscimento. Se, invece, nel giudizio di merito il convenuto abbia eccepito l'incompetenza del giudice, non sussisterebbe alcuna proroga di giurisdizione; nel caso in cui il giudice dichiari erroneamente la propria competenza, questa statuizione potrebbe essere riconsiderata dal giudice del riconoscimento ai sensi dell'art. 35 reg. n. 44/2001.

Inoltre, procedere al riconoscimento significa salvaguardare meglio le aspettative di entrambe le parti, che si attendono la riconoscibilità e l'esecutività della sentenza di merito, se nel corso del procedimento principale nemmeno sono state discusse questioni relative alla competenza giurisdizionale.

Accettando questa interpretazione maggiormente restrittiva dell'art. 35, le differenze con il principio del riconoscimento automatico non sarebbero così rilevanti come può apparire a una prima lettura delle norme. Infatti, le sentenze relative ai contratti di consumo e di assicurazione potranno sempre essere riconosciute, indipendentemente al giudice che le ha emesse, a meno che nel procedimento principale non si sia discusso del problema della giurisdizione e il giudice del merito abbia erroneamente ritenuto la propria competenza.

Per i contratti di lavoro questo limitato controllo è escluso e la sentenza deve essere riconosciuta o eseguita anche se pronunciata da un giudice incompetente. Pertanto, se la decisione del lavoratore di adire un foro diverso da quelli previsti dal regolamento fosse consapevole e non contestata dal datore di lavoro, si rispetterebbe l'autonomia del lavoratore nell'individuazione del giudice dando efficacia a quella sentenza; se, invece, l'azione davanti a un giudice incompetente fosse frutto di un errore, eccepito dal datore di lavoro ma non riconosciuto dal giudice, ebbene, un tale errore non potrebbe essere corretto nemmeno in sede d'esecuzione, circostanza che pare invero contrastante rispetto al regime delle altre parti deboli, senza esservi una giustificazione obiettiva, e conseguenza che non pare del tutto logica penalizzando eccessivamente il datore di lavoro non concorde con la scelta del foro operata dal lavoratore[325].

[325] Queste osservazioni valgono, evidentemente, per tutte le sentenze emanate nel campo di applicazione del regolamento. La giustificazione di ritrova nella mutua fiducia fra autorità giurisdizionali degli Stati membri, che consentirebbe di affermare che un giudice, che statuisce sulla propria competenza, applica correttamente il reg. n. 44/2001. Salva la considerazione che la mutua fiducia costituisce più una presupposizione che una constatazione di un dato di fatto – come risulta chiaramente dalla sentenza della Corte di giustizia 9 dicembre 2003, causa C-116/02, *Gasser*, in *Racc*. I-4693 (si veda il paragrafo successivo) – le conseguenze che ne derivano per il contratto di lavoro appaiono ancora meno giustificate proprio alla luce del regime peculiare riservato alle altre parti deboli.

Conclusivamente, non pare che la distinzione dell'art. 35 sia correttamente fondata e soprattutto che la soluzione ivi raggiunta riesca a tutelare sempre la parte debole.

In una prospettiva sistemativa, si deve ricordare che il reg. n. 805/2004 pone dei requisiti specifici per la certificazione come titolo esecutivo europeo di una sentenza relativa a un contratto di assicurazione o concluso da un consumatore[326].

Nel primo caso, infatti, la sentenza non può essere certificata come titolo esecutivo europeo se sono state violate le norme sulla competenza di cui alla Sezione 3 del capo II reg. n. 44/2001 (art. 6, par. 1, lett b) reg. n. 805/2004). In una tale ipotesi, pertanto, la sentenza emessa dal giudice incompetente può produrre effetti esclusivamente nello Stato d'origine e non può circolare negli altri Stati membri né attraverso il tramite del riconoscimento semplificato del reg. n. 44/2001, né come titolo esecutivo europeo.

Inoltre, qualora la sentenza di merito abbia ad oggetto un contratto concluso dal consumatore, essa può essere certificata come titolo esecutivo europeo solo se è stata emanata dal giudice del domicilio del consumatore, il quale sia altresì debitore[327]. Si noti che in tal caso la tutela del consumatore è particolarmente forte e si sostanzia in un annullamento dell'autonomia privata. Infatti, se venisse stipulata una proroga di competenza successiva al sorgere della controversia ai sensi dell'art. 17, n. 1 reg. n. 44/2001 e che attribuisse giurisdizione a un giudice diverso da quello del domicilio del consumatore, l'altra parte, creditrice di una somma di danaro non contestata, non potrebbe far certificare la sentenza emanata in proprio favore da tale giudice, ma potrebbe solo ricorrere al procedimento di riconoscimento ed esecuzione del reg. n. 44/2001.

Si noti, inoltre, che se creditore fosse il consumatore, il reg. n. 805/2004 non sarebbe applicabile. Infatti, il credito non contestato è solamente quello pecuniario[328] e pare difficile che il consumatore possa essere creditore di una somma di denaro. Ne consegue che il consumatore-creditore deve sempre avvalersi del procedimento di cui all'art. 44/2001, e per questo motivo

---

[326] Invece, il reg. n. 861/2007 non prevede disposizioni speciali in tema di contratti conclusi dalla parte debole, ma secondo il considerando 4 il regolamento tende a "*semplificare e accelerare le controversie transfrontaliere di modesta entità in materia commerciale e riguardanti i consumatori*".

[327] La disposizione (art. 6, par. 1, lett. d) reg. n. 805/2004) contiene altri requisiti, e prevede che la sentenza possa essere certificata come titolo esecutivo europeo se il credito non è stato contestato ai sensi dell'art. 3, par. 1, lett. b) o c) dello stesso regolamento, se, quindi " *b) il debitore non [ha mai contesto il credito] nel corso del procedimento giudiziario, in conformità alle relative procedure giudiziarie previste dalla legislazione dello Stato membro d'origine; o c) il debitore non è comparso o non si è fatto rappresentare in un'udienza relativa a un determinato credito pur avendo contestato inizialmente il credito stesso nel corso del procedimento, sempre che tale comportamento equivalga a un'ammissione tacita del credito o dei fatti allegati dal creditore secondo la legislazione dello Stato membro d'origine".*

[328] Ai sensi dell'art. 4, n. 2 reg. n. 805/2004 per credito si intende "*un credito relativo al pagamento di uno specifico importo di denaro esigibile o la cui data di esigibilità è indicata nella decisione giudiziaria, nella transazione o nell'atto pubblico*".

pare importante attribuire all'art. 35 l'interpretazione estensiva di cui sopra, allo scopo di evitare che la parte debole, creditrice e vittoriosa nel merito, non veda riconosciuta la sentenza per un problema di competenza giurisdizionale che non si è mai posto nel procedimento principale.

L'impossibilità di utilizzare sia gli strumenti del reg. n. 44/2001, sia la certificazione europea come titolo esecutivo non garantirebbe una tutela della parte debole, in molti casi frustrerebbe le sue stesse aspettative e la costringerebbe a iniziare un nuovo procedimento nel merito nello Stato in cui l'esecuzione è richiesta. Pertanto, un'interpretazione dell'art. 35, quale quella qui proposta, costituisce uno strumento importante per la tutela della parte debole nel momento dell'esecuzione.

6. La tutela della parte debole secondo le due teorie

Alcune conclusioni parziali circa l'effettività della tutela della parte debole sono già state tracciate nel precedente paragrafo. Si è visto come il reg. n. 44/2001, nell'accogliere – sebbene parzialmente – il metodo del rispetto dei diritti acquisiti, richiede esclusivamente la verifica della competenza giurisdizionale del giudice del merito, così limitandosi a un controllo di tipo meramente formale e non sempre utile dal punto di vista della parte debole. Solo un'interpretazione restrittiva dell'art. 35 consentirebbe di giungere a una disciplina maggiormente protettiva degli interessi della parte debole, anche se solamente per quanto attiene la competenza giurisdizionale.

Non hanno, invece, alcun rilievo valutazioni di merito, circa, ad esempio, la corretta individuazione della legge applicabile e la ponderazione con disposizioni imperative e norme di applicazione necessaria – nemmeno se dovesse trattarsi di norme applicabili ai sensi dell'art. 7, par. 1 della Convenzione di Roma e appartenenti alla legge dello Stato richiesto del riconoscimento e l'esecuzione.

La tutela appare, pertanto, meramente formale.

A nostro avviso, questa è la conseguenza diretta di due premesse sulle quali si fonda il sistema del reg. n. 44/2001.

La prima è costituita dalla reciproca fiducia fra Stati membri. Questo principio non consente al giudice richiesto del riconoscimento di operare una nuova valutazione sulla fattispecie e sulla soluzione giuridica offerta dal giudice del merito. Significativi sono, in tal senso, gli articoli del regolamento che vietano il riesame nel merito della sentenza straniera (art. 36) e la valutazione della competenza indiretta (art. 35, par. 3); inoltre, il giudice del riconoscimento è vincolato alle constatazioni di fatto del giudice del merito (art. 35, par. 2). La

stessa Corte di giustizia ha affermato che proprio questo principio ha consentito di prevedere un sistema di riconoscimento ed esecuzione delle sentenze straniere estremamente semplificato, previa rinuncia, da parte degli Stati membri, all'applicazione dei più lunghi e complessi meccanismi nazionali di delibazione[329]. Pertanto, la fiducia che deve sussistere nella correttezza dell'attività giurisdizionale svolta negli altri Stati membri porta ad eliminare quasi tutti i controlli sulla sentenza e sulle valutazioni ivi compiute dagli altri giudici, ivi compresi i casi in cui queste vertano su contratti conclusi da parti deboli. Pare quasi esservi una presunzione – implicita – in forza della quale il giudice del merito ha correttamente interpretato ed applicato le disposizioni della Convenzione di Roma e del reg. n. 44/2001, per cui la parte debole ha sicuramente ottenuto la miglior tutela possibile nella fase del merito.

La seconda premessa deriva da una caratteristica propria dei metodi esaminati nel corso del presente paragrafo, ed è costituita dalla sua astrattezza. Infatti, il mutuo riconoscimento ha come scopo l'apertura alle valutazioni proprie di un altro ordinamento giuridico, onde consentire la circolazione dei provvedimenti giurisdizionali, salvo il limite dell'ordine pubblico. Pertanto, la qualità e l'efficacia della tutela della parte debole dipendono dall'ordinamento giuridico nazionale. La questione è rilevante in ambito internazionale, dal momento che potrebbe essere richiamato un ordinamento che non conosce o non ha ancora pienamente sviluppato una politica sociale di tutela del contraente debole. Si deve notare, tuttavia, che il problema è di portata ridotta in ambito comunitario, perché il riconoscimento semplificato è ammissibile solo a favore di provvedimenti giurisdizionali emanati in Stati membri, e quindi da giudici che avranno applicato la Convenzione di Roma, con tutte le tutele e i limiti che essa cerca di offrire, nonché lo *standard* minimo previsto dalle direttive comunitarie[330]. Pertanto, salvo il caso di errore[331], la sentenza da riconoscere o eseguire dovrebbe riuscire a fornire una tutela sufficientemente significativa della parte debole.

Si potrebbe affermare, allora, che la parte debole vittoriosa trova un vantaggio nel solo fatto di poter procedere al riconoscimento o all'esecuzione della sentenza con rapidità e senza dover sopportare oneri economici di particolare entità. Dello stesso regime beneficiano, tuttavia, tutte le parti, dal momento che il mutuo riconoscimento ha come obiettivo specifico proprio quello della libera circolazione dei provvedimenti giurisdizionali nel modo più rapido e meno

[329] Sentenza *Gasser*, cit., punto 72.
[330] V. *infra*, cap. IV, par. 5.
[331] Si noti che la possibilità di errore è insita nello stesso art. 35, ammettendosi il mancato riconoscimento per violazione di alcune norme di competenza. Tuttavia, non vengono forniti gli strumenti necessari per comprendere quando di tratti di errore del giudice o di scelta consapevole delle parti e, inoltre, non si forniscono soluzioni uniformi per le tre parti deboli considerate nel regolamento.

oneroso possibile. Pertanto, non si può affermare che la tutela della parte debole sia assicurata in modo particolare in questa fase, perché in ogni caso la parte vittoriosa potrà godere dei vantaggi di speditezza garantiti da questo metodo.

Solo i regolamenti n. 805/2004 e n. 1896/2006 prevedono delle disparità fra consumatore e controparte contrattuale, che possono garantire una tutela un po' più significativa. Infatti, la decisione non è certificabile come titolo esecutivo europeo se il debitore è il consumatore e il provvedimento non sia stato pronunciato dal giudice del suo domicilio[332]. La parte forte non potrà, quindi, avvalersi del sistema di circolazione estremamente semplificato predisposto dal regolamento, se non avrà adito il giudice del domicilio del consumatore. Una tutela analoga è fornita dal reg. n. 1896/2006, il quale stabilisce la competenza esclusiva del giudice del luogo del domicilio del consumatore – debitore nei procedimenti per ingiunzione di pagamento europea, con esclusione degli altri fori stabiliti dal reg. n. 44/2001 (art. 6, par. 2). La domanda di ingiunzione deve essere rigettata se il giudice adito non è competente ai sensi di questa disposizione (art. 11, par. 1, lett. a)[333]: anche in tal caso, quindi, la parte forte non può avvantaggiarsi di un sistema di circolazione delle sentenze estremamente semplificato se non ha permesso al consumatore di difendersi davanti al giudice del proprio domicilio, venendo così meno ogni possibilità di scelta del giudice competente ai sensi dell'art. 17 reg. n. 44/2001.

Tuttavia, anche la tutela fornita da questi due recenti regolamenti si dimostra meramente formale, dal momento che si basa sulla sola competenza giurisdizionale del giudice del merito, non garantisce la comparizione del convenuto[334], né il controllo della correttezza delle soluzioni applicate sulla base della Convenzione di Roma.

In conclusione è possibile affermare che né le due teorie descritte, né la loro applicazione nel sistema comunitario, consentono di fornire una sufficiente tutela alla parte contrattuale debole, se non accidentalmente, e comunque tendono ad offrire gli stessi vantaggi ad entrambe le parti della controversia. Pertanto, non costituiscono metodi precisamente idonei a tutelare la parte debole.

---

[332] L'art. 6, par. 1, lett. b) impone altresì il rispetto delle competenze giurisdizionali relative al contratto di assicurazione. Tuttavia, questa disposizione si applica allo stesso modo, a prescindere da chi sia la parte creditrice o vittoriosa nel procedimento, e pertanto può indifferentemente giocare a favore di entrambe le parti.

[333] Si noti che, ai sensi dell'art. 8, il giudice deve valutare d'ufficio "*quanto prima e sulla scorta del contenuto del modulo di domanda, se siano soddisfatte le condizioni di cui*" all'art. 6.

[334] Questo pare essere un bilanciamento con le esigenze della parte forte – attrice. Infatti, qualora l'azione sia stata esperita presso il giudice del domicilio della parte debole, l'altro contraente ha instaurato un corretto contraddittorio e ha l'aspettativa che il consumatore si difenda. Pertanto, non può essere successivamente impedita la circolazione della sentenza che lo dovesse vedere vittorioso. In tal caso, infatti, sarà corretto imputare al consumatore il disinteresse nella controversia e quindi anche gli svantaggi derivanti dalla libera circolazione della sentenza di condanna.

Capitolo terzo:
La tutela del contraente debole e le norme a finalità materiale

1. La regola di conflitto può porsi degli obiettivi di carattere materiale?

Secondo la teoria classica la regola di conflitto ha una struttura neutra, nel senso che la sua funzione consiste essenzialmente nella localizzazione della fattispecie, individuando un giudice dotato di giurisdizione e la legge applicabile indipendentemente da ogni altra considerazione diversa da quella spaziale. Ne consegue, come visto[335], che la teoria opera astrattamente, dal momento che non rileva quale sia *in concreto* il contenuto della legge richiamata nella scelta di legge, né quale risultato sostanziale si consegua applicando la legge rigidamente individuata, né la circostanza che la parte debole possa adeguatamente conoscere la legge applicabile. Soli correttivi sono costituiti dalle norme di applicazione necessaria e l'eccezione dell'ordine pubblico, che incidono sul contenuto della legge applicabile.

Nemmeno le teorie dei diritti acquisiti e il rinvio all'ordinamento competente riescono a realizzare le esigenze di tipo materiale connesse alla tutela della parte debole. Questi due metodi consentono il riconoscimento immediato di situazioni giuridiche createsi in qualsiasi altro Stato, garantendo così la stabilità dei rapporti giuridici. Si tratta di un obiettivo particolarmente importante soprattutto nell'Unione europea, in quanto le persone possono circolare fra gli Stati membri conservando il loro *status* e i loro diritti in tutto il territorio comunitario, ma non si prendono in considerazione esigenze di tipo materiale. Come si è notato[336], non si riscontra alcun *favor* nei confronti della parte debole.

Tuttavia, come messo in rilievo da qualche tempo dalla miglior dottrina[337], anche la norma di conflitto può perseguire degli obiettivi di carattere sostanziale. Infatti, la sua operatività può

---

[335] Si veda *supra*, cap. I, par. 6.
[336] Si veda *supra*, cap. II, par. 6.
[337] Si rinvia a: CAVERS D.F., *Critique of the Choice of Law Problem*, in *Harvard Law Review*, 1933, p. 173; LALIVE P., *Tendences et méthodes en droit international privé*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 1977, tomo 155, p. 343; SIMITIS S., *Internationales Arbeitsrecht – Standort und Perspektiven*, in *Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung im Ausgang des 20. Jahrhunderts. Bewahrung oder Wende? Festschrift für*

essere subordinata a condizioni tali per cui la determinazione della competenza giurisdizionale e della legge applicabile non opera astrattamente, ma sia preposta a conseguire anche obiettivi di carattere materiale.

La teoria si è sviluppata in maniera significativa soprattutto nell'ambito delle norme sul conflitto di leggi; diversi metodi sono stati impiegati allo scopo di far rilevare considerazioni di carattere materiale. Essi sono caratterizzati dal fatto che la norma non si limita a indicare la legge applicabile alla fattispecie, ma detta un catalogo di criteri di collegamento alternativi fra loro. L'individuazione della legge applicabile fra le più richiamate è subordinata al fatto che una di queste sia in grado di soddisfare una condizione di carattere materiale, espressamente o implicitamente posta dal legislatore[338]. Pertanto, la norma di conflitto a carattere materiale non localizza rigidamente la fattispecie secondo la teoria savignana, ma indica più criteri di collegamento alternativi fra loro; fra questi, prevale quello che conduce a una legge che sia in grado di garantire il raggiungimento di un certo risultato di carattere materiale individuato

---

Gerard Kegel, a cura di Lüderlitz A., Schröder J., 1977, Frankfurt am Main, p. 154; BUCHER A., *Sur les règles de rattachement à caractère substantiel*, in *Liber amicorum Adolf F. Schnitzer*, 1979, Genéve, p. 37; SAUVEPLANNE J.G., *New trends in the doctrine of private international law and their impact in the court practice*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 1982, tomo 175, p. 38; PATOCCHI P.M., *Règles de rattachement localisatrices et règles de rattachement à caractère substantiel: de quelques aspects récents de la diversification de la méthode conflictuelle en Europe*, 1985, Genève, p. 241; BATIFFOL H., LAGARDE P., *Traité de droit international privé*, tome 1, 1993, Paris, p. 451; GAUDEMET - TALLON H., *L'utilisation des règles de conflit à caractère substantiel dans les Conventions internationales (l'exemple des Conventions de la Haye)*, in *L'internationalisation du droit. Mélangés en l'honneur de Yvon Loussouarn*, a cura di Audit B., Loussouarn Y.E.J.J., 1994, Paris, p. 181; LECLERC F., *La protection de la partie faible dans les contrats internationaux*, 1996, Bruxelles, p. 60; CARELLA G., *Autonomia della volontà e scelta di legge nel diritto internazionale privato*, 1999, Bari, p. 77; PICONE P., *Les méthodes de coordination entre les ordres juridiques en droit international privé*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 1999, tomo 276, p. 84; MAYER P., HEUZE V., *Droit international privé*, 2004, Parigi, p. 99; BALLARINO T., ROMANO G.P., *Le principe de proximité chez Paul Lagarde*, in *Mélangés en l'honneur de Paul Lagarde. Le droit international privé: esprit et méthodes*, a cura di Jobard-Bachellier M.-N., 2005, Paris, p. 45; MOHAMED MAHMOUD M.S., *Loi d'autonomie et méthodes de protection de la partie faible en droit international privé*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 2005, tomo 315, p. 175; RIGAUX F., FALLON M., *Droit international privé*, 2005, Bruxelles, p. 119. Uno studio recente molto completo si trova in: GONZÁLES CAMPOS J.D., *Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des régles de droit international privé. Cours général*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 2000, p. 9. Già KEGEL G., *The Crisis of Conflict of Laws*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 1964, t. 112, p. 185 aveva introdotto nella norma di conflitto esigenze di tipo diverso dalla mera individuazione della legge applicabile al rapporto in senso astratto, savignano, parlando di "*justice of conflict of laws*"; si veda: JAYME M., *Zur Krise des "Governmental-Interest Approach*", in *Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung im Ausgang des 20. Jahrhunderts. Bewahrung oder Wende? Festschrift für Gerard Kegel*, cit. p. 359. Recentemente, importanti studi sui valori nel diritto internazionale privato sono stati condotti da VRELLIS S., *La justice «materielle» dans une codification du droit international privé*, in *E pluribus unum: liber amicorum Georges A. L. Droz*, 1996, The Hague, p. 541 e ID., *Conflit ou coordination de valeurs en droit international privé*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 2006, in corso di pubblicazione.

[338] PATOCCHI P.M., *op. cit.*, p. 229; RIGAUX F., FALLON M., *op. cit.*, p. 118 li chiamano, a giusto titolo, "collegamenti complessi". V., altresì, LECLERC F., *op. cit.*, pp. 60, 437 e 556 e GAUDEMET - TALLON H., *Le pluralisme en droit international privé: richesses et faiblesses (Le funambule et l'arc-en-ciel)*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 2005, tomo 312, p. 232; AUDIT B., *Droit international privé*, 2006, Paris, p. 85.

nell'ordinamento d'origine. La legge applicabile è quella che è in grado di soddisfare la condizione prevista, l'obiettivo di carattere sostanziale. Un condizionamento della norma di conflitto di questo tipo permette, pertanto, di applicare quella legge, fra le diverse richiamate, che garantisca il raggiungimento di un obiettivo di carattere materiale predeterminato.

Si ritiene di poter distinguere diverse modalità operative del metodo in esame.

In primo luogo, i criteri di collegamento, alternativi fra loro, possono non essere posti in alcun ordine gerarchico. L'individuazione della *lex causae* viene pertanto subordinata alla sola condizione che la stessa legge soddisfi certe esigenze di carattere materiale che dipendono da valutazioni di politica legislativa.

Nella maggior parte dei casi queste condizioni tendono a voler assicurare il conseguimento di un risultato giuridicamente rilevante. Ne è un esempio evidente l'art. 9 della Convenzione di Roma del 1980, il quale indica, come legge applicabile alla forma del contratto quella del *luogo che ne regola la sostanza* in forza della Convenzione, oppure, alternativamente, se le parti del contratto si trovano nello stesso Paese, quella *del luogo in cui* il contratto *viene concluso*, o in assenza di tale requisito, quelle dei Paesi ove si trovano le parti contraenti. La disposizione citata richiama, quindi, più leggi astrattamente applicabili: quella che regola la sostanza della forma e quella del luogo – o dei luoghi – ove si trovano le parti al momento della conclusione del contratto. La norma si ispira al *favor validitatis*, per cui il giudice dovrà scegliere quella legge che consente di considerare il contratto valido quanto alla forma[339]. Non rileva quale tra queste leggi richiamate consenta di considerare formalmente valido il contratto, né il fatto che, secondo le altre leggi astrattamente in conflitto, esso sia da ritenersi nullo: una volta individuata la legge che consente di perseguire l'obiettivo del *favor validitatis*, il giudice può applicarla immediatamente. Ne consegue che il contratto dovrà considerarsi invalido solo se tutte le leggi richiamate dalla disposizione prescrivono dei requisiti di forma che nel caso concreto non sono stati rispettati[340].

---

[339] Si veda, altresì, il commento della Relazione Giuliano – Lagarde sull'art. 9. Quanto all'opportunità di garantire il *favor validitatis* si veda già BARILE G., *Lezioni di diritto internazionale privato*, 1980, Padova, p. 102.

[340] Per un commento più ampio sulla portata della disposizione e sui criteri di collegamento scelti si rinvia a: BALLARINO T., *Disciplina della forma*, in *La Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, a cura della Scuola di Notariato A. Anselmi di Roma, 1983, Milano, p. 163; PICCHIO FORLATI L., *La Convenzione di Roma 1980 sulla legge applicabile ai contratti nell'ordinamento italiano*, in *Giurisdizione e legge applicabile ai contratti nella CEE*, a cura di Jayme E., Picchio Forlati L., 1990, Padova, p. 158; LUCCHINI A., *La disciplina della forma e della prova nella convenzione di Roma*, in *La Convenzione di Roma sul diritto applicabile ai contratti internazionali*, a cura di Sacerdoti G., Frigo M., 1994, Milano, p. 111; BALLARINO T., *Commento all'art.* 9, in *Convenzione sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma 19 giugno 1980)*, a cura di Bianca C.M., Giardina A., 1995, Padova, p. 1030; TONOLO S., *I criteri di collegamento accolti dalla Convenzione di Roma*, in CONETTI G., TROMBETTA PANIGALDI F., TONOLO S., *La legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, in *Il diritto privato nella giurisprudenza, I contratti in generale, I*, a cura di Cendon P., 2000, Torino,

In secondo luogo, la norma di conflitto, pur presentando una struttura alternativa, si distingue perché i criteri di collegamento sono posti in ordine gerarchico, nel senso che, se la legge designata per prima non è idonea a raggiungere un determinato obiettivo, allora deve farsi applicazione di un'altra legge successivamente richiamata. Lo strumento è parzialmente diverso da quello prima analizzato, perché esiste un criterio principale, e se le condizioni per la sua applicazione non sono soddisfatte, subentrano dei criteri sussidiari (cd. "a cascata"). Solo se la legge richiamata attraverso il criterio di collegamento principale non consente di pervenire a quel risultato, allora si ricorre agli altri criteri subordinati[341]. Si pensi, ad esempio, all'art. 31 della legge italiana di diritto internazionale privato, sulla legge applicabile alla separazione personale e allo scioglimento del matrimonio. Se la legge nazionale comune dei coniugi e quella del luogo di prevalente localizzazione della vita matrimoniale[342] non ammettono la separazione o lo scioglimento del matrimonio, allora è applicabile la *lex fori*, la legge italiana. Il legislatore, pertanto, si preoccupa di tutelare un interesse privato delle parti, quello di porre termine al proprio matrimonio, e lo fa derogando alla normale operatività delle norme di conflitto sulla base di considerazioni di carattere materiale. Prima di giungere, tuttavia, all'applicazione della *lex fori*, il giudice dovrà verificare se l'istituto in esame esiste o meno nell'ordinamento richiamato per primo.

Gli esempi appena citati (art. 9 Convenzione di Roma e art. 31 l. 218/95) hanno il loro denominatore comune nel fatto che *a priori* è posto un obiettivo specifico da raggiungere, il quale può essere espresso direttamente dal legislatore, oppure ricavato in via interpretativa[343]. Dal momento che la determinazione di un solo criterio di collegamento potrebbe non essere sufficiente a tal fine, o si prevede il concorso alternativo e sussidiario di altri criteri, o si stabilisce direttamente l'applicabilità di una legge di cui si conosce il contenuto e che persegue gli stessi obiettivi. La preferenza per la *lex fori*, è, in tal caso, scontata.

---

p. 228; PLENDER R., WILDERSPIN M., *The European Contracts Convention, the Rome Convention on the Choice of Law for Contracts*, 2001, London, p. 212.

[341] Come noto, la struttura a cascata non è adottata solo nell'ambito delle norme di conflitto a carattere materiale. Essa è particolarmente utile in tutti i casi in cui il primo criterio di collegamento non possa operare. Pertanto, norme di conflitto alternative con un criterio gerarchico si rinvengono ogniqualvolta può essere impossibile soddisfare le condizioni poste dalla norma di conflitto, per motivi sia giuridici, sia fattuali. Questo è il caso, ad esempio, dell'art. 29 l. 218/95, che individua la legge nazionale comune come quella applicabile ai rapporti personali fra coniugi; solo in mancanza (impossibilità di funzionamento del criterio principale), la legge indica un altro fattore di collegamento, il luogo di prevalente localizzazione della vita matrimoniale, questa volta di tipo fattuale e quindi sicuramente individuabile. Per l'operare di questa tecnica: PICONE P., *Les méthodes de coordination entre les ordres juridiques en droit international privé*, cit., p. 66.

[342] La tipologia di questa alternatività fra criteri di collegamento è la stessa discussa nella nota precedente.

[343] Si noti che il legislatore può indicare, alternativamente, quale sia l'obiettivo generalmente perseguito, ovvero quale sia l'effetto che deve produrre la legge applicabile; PATOCCHI P.M., *op. cit.*, p. 243.

Una norma di conflitto può, altresì, contemperare più criteri di collegamento cumulativi, nel senso che devono essere rispettate le prescrizioni di due o più leggi nazionali. Così, ad esempio, il caso se il divorzio potesse essere pronunciato qualora sia possibile in base ad entrambe le leggi nazionali dei coniugi. Il cumulo dei criteri di collegamento rende manifesto un disfavore verso l'istituto regolamentato, all'ammissibilità del quale si pongono più condizioni. Anche questo tipo di norma, pertanto, contiene in sé delle valutazioni di carattere sostanziale, anche se, in tal caso, per manifestare un disfavore nei confronti di un determinato risultato.

Infine, il legislatore può attribuire una limitata scelta della legge applicabile a una delle parti[344]. Anche qui la norma di conflitto individua due o più leggi potenzialmente applicabili e tutte poste sullo stesso piano, ma spetta a una – o più - parti determinare quale sia la legge regolatrice del rapporto. Questo è il caso dell'art. 62, I c., l. 218/95, il quale, dopo avere determinato quale criterio generale il luogo in cui si è verificato l'evento, stabilisce che "*il danneggiato può chiedere l'applicazione della legge dello Stato in cui si è verificato il fatto che ha causato il danno*". Sempre in materia extracontrattuale può ricordarsi l'art. 7 reg. n. 864/2007[345], ai sensi del quale la legge applicabile all'obbligazione extracontrattuale che deriva da danno ambientale è quella del Paese in cui il danno si verifica, "*a meno che la persona che chiede il risarcimento dei danni scelga di fondare le sue pretese sulla legge del paese in cui il fatto che ha determinato il danno si è verificato*". Anche in tal caso è evidente la volontà del legislatore comunitario di proteggere una parte a causa del tipo di danno che essa ha subito, alla quale, viene, conseguentemente, lasciata una minima discrezionalità quanto alla legge applicabile al rapporto. Pertanto, se la legge del luogo dell'azione fosse concretamente più favorevole al danneggiato rispetto a quella del luogo dell'evento, egli potrebbe chiedere l'applicazione della prima legge. Anche in tal caso, dunque, deve essere operata un'analisi del contenuto delle leggi in conflitto; tuttavia, tale compito spetta al danneggiato, che non potrà revocare la sua scelta una volta eventualmente resosi conto che, per errore, la legge del luogo dell'evento gli era più favorevole. L'esame non spetta più al giudice, il quale, in mancanza di

[344] Si noti che RIGAUX F., FALLON M., *op. cit.*, p. 120, considera questo tipo di disposizione una regola di collegamento complessa, condizionata dall'applicazione di un fatto materiale, quale la scelta della legge da parte di uno dei soggetti interessati. A nostro avviso, come si vedrà nel testo, la stessa operatività nel giudizio dei due tipi di disposizioni è diversa, per quanto si debba concordare che anche in tal caso la determinazione della legge applicabile è condizionata. Una disposizione di questo tipo ha carattere materiale a favore di una sola parte (CARELLA G., *op. cit.*, p. 86).

[345] Regolamento (CE) n. 864/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 luglio 2007, sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali («Roma II »), in *GU* n. L 199 del 31 luglio 2007, p. 40.

scelta da parte del danneggiato, si limiterà ad applicare la legge del luogo dell'evento, senza porsi alcuna questione circa il contenuto della legge del luogo dell'azione[346].

Come dimostrato da questi esempi, la norma di conflitto può quindi porsi degli obiettivi di carattere materiale. A tal fine, non è sufficiente la predisposizione di norme formulate sulla base del modello proposto dalla teoria classica, ma è necessario porre dei correttivi, poiché tali finalità di carattere materiale devono entrare nelle disposizioni di conflitto e operare come criterio direttivo per orientare la scelta del giudice – o della parte i cui interessi vengono favoriti.

Nel presente capitolo si intende esaminare l'operatività delle norme di conflitto a finalità materiale nell'ambito del diritto internazionale privato classico e verificare se questo metodo è stato adottato a livello comunitario. Infine si vuole verificare se la quasi totale coincidenza fra *forum* e *ius*, che si realizza nel sistema comunitario nell'ambito limitato dei contratti conclusi dalla parte debole, possa essere espressione di un metodo di diritto internazionale privato e se riesca a garantire una sufficiente tutela della parte debole.

2. Il metodo materiale di diritto internazionale privato

2.1 Il funzionamento delle norme di conflitto a finalità materiale

La previsione di norme di conflitto a struttura alternativa consente di pervenire a un determinato risultato materiale con relativa facilità.

Come si è visto nel precedente paragrafo, il funzionamento di queste disposizioni è piuttosto semplice e consiste essenzialmente nella predisposizione, da parte del legislatore, di un numero di criteri di collegamento a più leggi potenzialmente applicabili e nella scelta – del giudice o di una delle parti – di una di tali leggi. Una disposizione di conflitto a carattere materiale può essere interpretata come una norma che prevede molteplici collegamenti autonomi, la cui applicazione è subordinata al verificarsi di una o più condizioni poste dal legislatore.

Nonostante il fatto che l'individuazione della disciplina maggiormente idonea a perseguire un obiettivo sostanziale predeterminato appaia operazione piuttosto semplice, tuttavia alcuni dubbi possono porsi al giudice. Infatti non è sempre evidente quale sia la legge maggiormente favorevole nel caso di specie. Pare utile richiamare un esempio citato in dottrina[347]: nell'ambito

[346] MAYER P., HEUZÉ V., *op. cit.*, p. 102.
[347] GAUDEMET - TALLON H., *L'utilisation des règles de conflit à caractère substantiel*, cit., p. 189. Per simili critiche circa la determinazione della parte che deve essere favorita si veda anche: BATIFFOL H., *Le pluralisme de méthode en droit international privé*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 1973, tomo 139, p. 133.

del diritto successorio, l'applicazione del *favor validitatis*[348] giocherebbe automaticamente a favore dell'erede testamentario, piuttosto che dell'erede legittimo, senza alcuna ragione obiettiva per effettuare una tale discriminazione[349]. Il *favor* costituirebbe un vantaggio per una parte, ma evidentemente uno svantaggio per l'altra. A nostro avviso, manca in questa impostazione un'analisi degli interessi tutelati dal legislatore. Così, nell'esempio citato, non si dovrebbe concentrare l'attenzione sul conflitto fra erede testamentario ed erede legittimo, ma sul fatto che si vuole salvaguardare quanto più possibile la volontà del defunto, indipendentemente dalla forma in cui essa è stata espressa, a prescindere dalla circostanza che ciò possa comportare un vantaggio all'erede testamentario[350]. Ne consegue che il *favor validitatis* non provocherebbe una discriminazione arbitraria fra successibili, ma l'attuazione di una scelta politica concreta che tende ad attribuire particolare importanza alla volontà del *de cuius* e sarebbe pertanto giustificato.

In altri casi, il *favor* consente di stabilizzare rapporti giuridici contrattuali e ad evitare abusi commessi da una parte a danno dell'altra. Così, ad esempio, tornando all'art. 9 della Convenzione di Roma, se secondo una delle leggi richiamata il contratto è valido se stipulato in forma scritta, ma secondo l'altra la forma è libera, quest'ultima è applicabile, per evitare che la parte, che per ipotesi si sia successivamente pentita di aver concluso quel contratto, ne invochi l'invalidità sulla base della prima legge, più severa in termini di forma. Una soluzione di questo tipo garantisce una maggior certezza nei rapporti giuridici sia fra le parti, sia con i terzi, obiettivo senz'altro legittimamente perseguito dal legislatore.

Parte della dottrina si interroga sulle conseguenze da trarre nel caso in cui le leggi alternativamente richiamate consentano il raggiungimento dello stesso obiettivo[351]: ci si chiede come il giudice possa giustificare l'applicazione dell'una piuttosto che dell'altra legge. Il problema è poco rilevante nel caso in cui la norma di diritto internazionale privato designi la legge applicabile a solo una parte o un elemento del contratto[352]. Così, l'art. 9 della

---

[348] Tale *favor* è espresso dalla Convenzione dell'Aja del 5 ottobre 1961, sulla legge applicabile alla forma dei testamenti.

[349] Da questa e da altre critiche sollevate contro il metodo materiale di diritto internazionale privato l'Autore conclude che il metodo classico è quello che meglio corrisponde alle finalità della disciplina, ovvero quello di localizzare il rapporto giuridico.

[350] Infatti, proprio per salvaguardare i diritti riconosciuti dalla legge italiana ai legittimari, l'art. 46, II c., secondo periodo, l. 218/95, pone una norma di applicazione necessaria che impone il rispetto dei diritti dei legittimari in caso di successione *mortis causa* da un cittadino italiano.

[351] GAUDEMET - TALLON H., *op. cit.*, p. 189.

[352] Come messo in rilievo da PICONE P., *Les méthodes de coordination entre les ordres juridiques en droit international privé*, cit., p. 85, le norme di diritto internazionale privato a finalità materiale possono essere classificate sulla base del rapporto esistente fra le diverse regole di conflitto materiale e il rapporto giuridico da disciplinare. Così, la *lex causae* può essere chiamata a disciplinare interamente il rapporto giuridico in questione,

Convenzione di Roma ha un campo di applicazione limitato alla forma del contratto, rinviando, per tutte le altre questioni, ai criteri di collegamento individuati agli articoli da 3 a 6. Pertanto, il fatto che le leggi richiamate considerino egualmente valido – o invalido – il contratto, non pone un problema di difficile risoluzione al giudice, che potrà applicare l'una o l'altra legge indifferentemente, senza pregiudizio per la scelta di legge applicabile nel merito.

Diverso sembra il caso in cui le leggi in conflitto siano applicabili all'intero rapporto, e consentano sì di perseguire lo stesso risultato, ma, ad esempio, secondo strumenti diversi, per cui una legge risulta in concreto più favorevole dell'altra, in modo tale che l'applicazione dell'una o dell'altra legge non sia indifferente. Si può prendere ad esempio l'art. 33, II c., l. 218/95, ai sensi del quale: "*è legittimo il figlio considerato tale dalla legge dello Stato di cui uno dei genitori è cittadino al momento della nascita del figlio*". Qual è la legge applicabile se i genitori hanno diverse cittadinanze, ed entrambe le loro leggi consentono lo stabilimento della filiazione? Se le discipline sono materialmente uguali, si potrebbe trattare di un ipotesi di *falso conflitto*, per cui il giudice potrà decidere con una certa autonomia quale sia la legge applicabile al rapporto senza che si produca alcun effetto sfavorevole in capo agli interessati[353]. Nel – più frequente - caso contrario, potrebbe ritenersi applicabile la legge che pone delle condizioni o degli oneri maggiori per il perseguimento del risultato perseguito. L'applicazione della legge meno favorevole, ma idonea a garantire quel risultato predeterminato nel caso concreto, presenta un utile vantaggio, particolarmente evidente qualora si controverta su *status* personali. Infatti, il rapporto giuridico sarà così riconosciuto sia nell'ordinamento della *lex fori*, sia nell'ordinamento della *lex causae*, sia nel terzo ordinamento in conflitto, dal momento che la sentenza si è fondata su una legge restrittiva, la situazione si è creata a condizioni più gravose e *a fortiori* essa sarebbe stata costituita in quest'ultimo ordinamento. Diversamente, si rischierebbe un diniego di riconoscimento nello Stato in cui vige la legge meno favorevole, perché quella situazione giuridica si sarebbe costituita in forza di condizioni meno stringenti di quelle richieste

---

pervenendosi direttamente alla costituzione o alla produzione dell'effetto giuridico cercato. Altrimenti, ed è questo il caso ora esaminato nel testo, le norme di conflitto provvedono alla determinazione della legge applicabile a un singolo aspetto del rapporto. Infine, certi criteri di collegamento hanno carattere speciale e si presentano come una deroga all'operare della norma generale di conflitto. L'Autore prende ad esempio di quest'ultima categoria gli artt. 5 e 6 della Convenzione di Roma del 1980.

[353] Il giudice dovrebbe comunque motivare la sua scelta sulla base di alcune considerazioni di carattere oggettivo, quali l'esistenza di collegamenti più intensi con uno degli ordinamenti giuridici in conflitto, o il particolare interesse di una legge ad applicarsi al caso di specie, ad esempio perché contenente delle norme di applicazione necessaria che vanno nel senso voluto dalla stessa norma di conflitto della *lex fori*. Una volta assicurato quel risultato, non ha più senso ricercare lo stesso effetto tramite l'applicazione di altre leggi (LECLERC F., *op. cit.*, p. 447).

dall'ordinamento, con evidente pregiudizio per gli interessati[354]. Si potrebbe ritenere che il giudice del riconoscimento potrebbe compiere un esame nel merito prima di attribuire efficacia a quella situazione nel proprio ordinamento. Qualora, come avviene nel diritto comunitario, l'esame nel merito non fosse ammesso (art. 45, par. 2 reg. n. 44/2001), si potrebbe rischiare il mancato riconoscimento per contrarietà all'ordine pubblico[355].

Un tale processo di cognizione e di interpretazione di più leggi straniere in conflitto costituisce un onere importante per il giudice, che deve scegliere fra le leggi astrattamente applicabili, soprattutto negli ordinamenti in cui il principio *iura novit curia* vige anche in relazione al diritto straniero. Si tratta, infatti, di un'opera di interpretazione del diritto sostanziale preventiva alla stessa determinazione della legge applicabile, che, anzi, consentirà proprio di determinare la *lex causae*. Questa pare essere la difficoltà più rilevante insita in questo metodo per il tempo e le energie processuali che un accertamento siffatto richiede. Tuttavia, non pare che un tale ostacolo possa impedire o limitare l'utilizzazione del metodo.

I vantaggi che ne derivano sono, a nostro avviso, di gran lunga superiori. Infatti, il sistema descritto può essere qualificato in parte come localizzatore, in parte orientato a considerazioni di carattere materiale[356], riuscendo a superare il problema dell'astrattezza del metodo classico attraverso un sistema che non se ne allontana eccessivamente. Le disposizioni che si sono finora brevemente commentate individuano pur sempre alcuni ordinamenti che in quanto tali presentano dei collegamenti significativi con la fattispecie astratta - come avviene, anche se in modo più rigido, nel metodo classico – ma la scelta è orientata a finalità materiali e dipendente dalla disciplina sostanziale concretamente applicabile. La "localizzazione" si effettua non solo in termini spaziali, ma anche sulla base dell'effetto voluto: pertanto il termine perde la sua accezione classica di "determinazione della *sede* del rapporto", per avvicinarsi a quella di "individuazione della *proper law of the contract*", dove l'idoneità è determinata dal contenuto materiale della *lex causae*. Inoltre, il metodo consente di perseguire determinate scelte politiche

[354] Nello Stato che stabilisce degli oneri più intensi per il raggiungimento di un determinato obiettivo, il rapporto giuridico, costituitosi in un altro Stato in forza della disciplina materiale vigente in un terzo Stato, sarebbe probabilmente riconoscibile solo se esistesse una clausola di *favor* per il riconoscimento della situazione giuridica di cui si tratta, ovvero se quell'ordinamento adottasse il metodo del riconoscimento dei diritti acquisiti o del rinvio all'ordinamento giuridico competente. La riconoscibilità non è, pertanto, assicurata, se è applicata una legge meno restrittiva.

[355] Si noti che il problema si porrebbe solo in rari casi nel campo di applicazione del reg. n. 44/2001, dal momento che il giudice del riconoscimento non deve valutare né la competenza giurisdizionale del giudice del merito, né la legge applicata. Tuttavia, la mancata applicazione delle più stringenti condizioni imposte dalla legge sostanziale dello Stato richiesto potrebbe impedire il riconoscimento della sentenza, qualora gli effetti del provvedimento siano contrari all'ordine pubblico proprio per questa mancanza.

[356] PATOCCHI P.M., *op. cit.*, p. 234.

senza riferirsi *sic et simpliciter* alla *lex fori*, accettando quindi valori anche provenienti da altri ordinamenti.

Si deve rilevare che il metodo materiale può costituire un'importante eccezione al principio del collegamento più stretto. Ragioni di prossimità hanno una rilevanza sfumata e il loro soddisfacimento è già esaurito nel momento della determinazione legislativa del catalogo delle leggi astrattamente competenti. Pertanto, la legge più prossima alla fattispecie concreta potrebbe non essere applicata nel caso di specie, perché inidonea dal punto di vista sostanziale. Vi è un rapporto "inversamente proporzionale" fra localizzazione ed obiettivo di carattere materiale, nel senso che maggiore è il numero dei criteri di collegamento individuati, e quindi più forte è l'esigenza sostanziale assorbita nella norma di conflitto, meno rileva la necessità di collegare nella maniera più significativa il rapporto a un determinato ordinamento giuridico.

Non si può, infine, negare che le norme di conflitto a carattere materiale costituiscano delle norme di diritto internazionale privato nel senso tradizionalmente inteso. Infatti, il loro scopo è quello di determinare la legge applicabile al rapporto, anche se sulla base di considerazioni in parte diverse rispetto a quelle della teoria classica. Infatti, la connessione spaziale diventa solo un elemento che consente l'individuazione di un catalogo di leggi astrattamente applicabili, ma non è fattore sufficiente per determinare la disciplina che il giudice dovrà applicare. La ricerca della legge applicabile e la localizzazione del rapporto non costituiscono più sinonimi, tanto che la prossimità pare non rilevare del tutto nel ragionamento del giudice, che deve individuare la legge applicabile sulla sola base delle considerazioni materiali espresse dal legislatore.

2.2 Norme di conflitto "materiali" e il problema del rinvio

Nel metodo materiale di diritto internazionale privato la questione dell'ammissibilità del rinvio si interseca con gli obiettivi sostanziali che la norma di conflitto persegue. Una volta individuata la legge applicabile idonea al raggiungimento degli scopi stabiliti dal legislatore, si deve verificare se l'eventuale rinvio operato dalla legge così designata debba essere accettato[357]. Infatti, in tal caso, si rischierebbe di applicare una legge che non risponde alle finalità di carattere materiale, rendendo in pratica vana la formulazione di una norma di conflitto improntata a obiettivi di carattere sostanziale. Nel caso contrario, invece, si potrebbe

[357] Nel presente paragrafo non si tratteranno più questioni generali circa le problematiche che l'istituto del rinvio suscita, già brevemente viste *supra*, cap. I, par. 3. Si intende soffermarsi, invece, sulle sole problematiche strettamente connesse con il metodo in esame.

pregiudicare l'uniformità delle decisioni, dal momento che la legge richiamata non "vuole" applicarsi al caso di specie.

La dottrina si è già interrogata su questa questione, fornendo diverse soluzioni.

Alcuni Autori[358] hanno messo in luce come il rinvio potrebbe sopperire ad eventuali mancanze delle leggi richiamate dalle norme di conflitto, delle quali nessuna sarebbe in grado di raggiungere il risultato materiale voluto. In tal caso, se il rinvio è operato nei confronti di una legge che, invece, consente il soddisfacimento di quell'obiettivo, esso dovrebbe essere accettato. Il funzionamento delle norme di diritto internazionale privato della legge richiamata sarebbe, così, subordinato anch'esso alla condizione materiale posta dalla *lex fori*: il rinvio opererebbe solo *in favorem*.

Per quanto interessante, e idonea a rispettare le aspettative della *lex fori*, non sembra condivisibile una siffatta impostazione. Infatti, si trasporrebbero nell'ordinamento della legge richiamata per prima esigenze avvertite dall'ordinamento d'origine e non necessariamente condivise al punto da subordinarvi l'operatività delle norme di conflitto. Si snaturerebbe, così, la norma di diritto internazionale privato della legge richiamata, che sarebbe applicata solo se consentisse di raggiungere un risultato determinato dall'ordinamento di origine. Ne conseguirebbe, ad esempio, l'operatività di una legge a seguito di un rinvio oltre effettuato sulla base delle sole esigenze della *lex fori*. L'interpretazione della legge richiamata per prima sarebbe condizionata e modificata dalle finalità di carattere materiale che si pone la *lex fori*: ciò contrasterebbe con la teoria del rinvio e con la teoria generale di diritto internazionale privato, che, al contrario, esigono che la *lex causae* sia interpretata e applicata secondo gli strumenti suoi propri[359] e non sulla base della *lex fori*. La compenetrazione delle esigenze dell'ordinamento d'origine nella legge richiamata non sarebbe, pertanto, giustificata. Infine, nemmeno l'uniformità delle decisioni sarebbe così rispettata, essendo il rinvio condizionato e quindi inoperante nei casi in cui la legge richiamata non possa considerarsi idonea.

---

[358] BATIFFOL H., LAGARDE P., *op. cit.*, p. 508. AUDIT B., *Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (sur la «crise» des conflits de lois)*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 1984, tomo 186, p. 334; ID., *Droit international privé*, cit., p. 189 ritiene ammissibili il rinvio *in favorem* in materia di forma degli atti. Si deve notare, tuttavia, che l'Autore prende in considerazione una norma di conflitto a carattare rigidamente localizzatore che collega al luogo in cui l'atto è stato concluso, e non una norma a struttura alternativa. L'esempio citato dall'Autore è la sentenza della Cour de Cassation, 1er Ch. Civ., 15 juin 1982, in *Revue critique de droit international privé*, 1983, p. 300, in materia di validità formale del matrimonio, la quale ha ammesso il rinvio *in favorem* in quanto la legge così individuata avrebbe consentito di dichiarare il matrimonio valido.

[359] Per tutti, si veda : QUADRI R., *Lezioni di diritto internazionale privato*, 1965, Napoli, p. 142.

Altra dottrina[360] ha rilevato che il rinvio *in favorem* modifica i presupposti classici dei sistemi internazionalprivatistici, nel senso che l'obiettivo principale non consiste più nella ricerca dell'armonia internazionale, ma nel favore espresso nei confronti di un determinato obiettivo. Pertanto, la questione circa l'operatività del rinvio non può essere risolta *a priori* e in astratto: in questi casi, le ulteriori leggi richiamate a seguito del rinvio possono essere applicate solo se nessuna delle leggi alternativamente richiamate dalla norma di conflitto della *lex fori* sia stata in grado di garantire quel risultato[361]. L'accettazione del rinvio risulterebbe, quindi, doppiamente condizionata. In primo luogo il rinvio non può operare se una delle leggi richiamate dall'ordinamento del foro già garantisce quel risultato voluto dalla *lex fori*: l'applicazione della legge individuata per seconda non è subordinata al fatto che la prima legge non voglia applicarsi, essendo l'eventuale rinvio condizionato esclusivamente dal contenuto materiale delle leggi. In secondo luogo, anche la legge richiamata a seguito del rinvio oltre deve essere applicata indipendentemente dall'accettazione del rinvio, essendo rilevante esclusivamente la sua disciplina sostanziale. Si tratta di due conseguenze tipiche di questo metodo di conflitto, che, come è chiaro, costituiscono una profonda innovazione rispetto alla teoria classica.

Ancora, secondo altra parte della dottrina[362], il rinvio non pare compatibile con il metodo materiale. In primo luogo, ammettere il rinvio fra le varie leggi già designate dalla *lex fori* non avrebbe alcun senso, dal momento che esse possono entrare in conflitto in forza della stessa *lex fori*, a prescindere dal rinvio. In secondo luogo, se una legge non permette il raggiungimento dell'obiettivo, essa non avrebbe titolo ad applicarsi, nemmeno limitatamente al suo sistema di diritto internazionale privato e quindi indipendentemente dalla volontà espressa nelle sue norme di conflitto. Inoltre, se una delle leggi individuate dalla *lex fori* consente il raggiungimento dell'obiettivo, ancora una volta non sarebbe logico procedere al rinvio e sarebbe applicabile anche se essa non dovesse ritenersi competente – presumibilmente, ma tale orientamento non specifica, perché dovrebbero prevalere le esigenze della *lex fori*. Inoltre, contro l'utilizzazione dello strumento del rinvio, si sostiene che il sistema internazionalprivatistico ha già enumerato una serie di leggi applicabili: questo significherebbe che solo quelle, e non altre, sarebbero

---

[360] PICONE P., *Les méthodes de coordination entre les ordres juridiques en droit international privé*, cit., p. 99.
[361] PICONE P., *Il conflitto tra metodi diversi di coordinamento tra ordinamenti*, in *Studi di diritto internazionale privato*, 2003, Napoli, p. 625.
[362] PATOCCHI P.M., *op. cit.*, p. 284, la cui opinione è diffusamente esposta nel testo e LECLERC F., *op. cit.*, p. 724. Si veda, altresì, MAYER P., HEUZE V., *op. cit.*, p. 163: "*[Les] rattachements alternatifs exclut[ent] nécessairement le renvoi, car elles comporte[nt] un élément de solution substantielle auquel son auteur (législateur ou jurisprudence) n'est pas prêt à renoncer*".

competenti a disciplinare la fattispecie. Pertanto, la legge richiamata per seconda non sarebbe riconosciuta come *lex causae* dall'ordinamento di origine[363].

Il legislatore italiano ha accolto solo in casi limitati il rinvio *in favorem*. Infatti il rinvio non è ammesso *riguardo alle disposizioni concernenti la forma degli atti* (art. 13, II c., lett. b)), materia d'elezione delle norme a finalità materiale; la scelta è giustificata dal fatto che il sistema attuale di diritto internazionale privato richiama un ampio numero di leggi applicabili alla forma, pur di consentire la validità dell'atto[364], e si allinea alla tendenza espressa nell'art. 9 della Convenzione di Roma. Il rinvio è, invece, ammesso in materia di filiazione: si tratta, tuttavia, di un rinvio *in favorem* condizionato al fatto che la legge applicabile consenta lo stabilimento della filiazione[365].

A nostro avviso, per i motivi indicati *supra*, il rinvio *in favorem* non può essere giustificato. Inoltre il rinvio *in favorem* non pare sempre utile, soprattutto in materia contrattuale. Infatti, se la regola di conflitto alternativa pone l'opzione di due o più leggi applicabili, purché si raggiunga un determinato risultato, ma nessuna delle leggi astrattamente richiamate risulta idonea, non si vede perché il giudice dovrebbe ricercare tramite rinvio altre leggi, pur di perseguire quel risultato. L'esempio che pare più calzante è proprio quella della validità formale degli atti. Se tutte le leggi richiamate prevedono che l'atto sia invalido, questo significa che le parti non hanno preso in sufficiente considerazione la necessità di attribuire all'atto una determinata veste formale, dimostrando una certa negligenza: pertanto, non è giustificato cercare una legge che finalmente riconosca validità all'atto. Il *favor negotii* non può spingersi fino al punto di tutelare delle parti che non sono state sufficientemente diligenti e di distorcere i sistemi di diritto internazionale privato della *lex fori* e della legge richiamata per prima, interpretandoli alla sola luce delle finalità materiali.

Prescindendosi dalle scelte che ha operato la Convenzione di Roma in tema di rinvio, astrattamente l'utilizzazione del rinvio *in favorem* non pare nemmeno strumento necessario per

---

[363] Successivamente l'Autore sfuma questa conclusione, affermando che essa debba ritenersi senz'altro valida quando il legislatore indica un catalogo massimo di leggi applicabili. Invece, se la norma di conflitto contempla un basso numero di leggi richiamabili, e indica la soglia minima del *favor* delle situazioni internazionali, allora si potrebbe ammettere il rinvio nei limiti in cui esso consenta di raggiungere l'obiettivo stabilito dalla norma di conflitto. Si tratterebbe di un rinvio *in favorem* in casi estremamente limitati.

[364] Si pensi all'art. 48, rubricato *Forma del testamento*, ai sensi del quale: "*Il testamento è valido, quanto alla forma, se è considerato tale dalla legge dello Stato nel quale il testatore ha disposto, ovvero dalla legge dello Stato in cui il testatore, al momento del testamento o della morte, era cittadino o dalla legge dello Stato in cui aveva il domicilio o la residenza*". Complessivamente, la norma è astrattamente capace di richiamare ben sette leggi diverse. Non sarebbe coerente ammettere ulteriormente il rinvio ad altre leggi non prese in considerazione dal legislatore.

[365] Secondo PICONE P., *Les méthodes de coordination entre les ordres juridiques en droit international privé*, cit., p. 98, "*cette solution montre clairement, en effet (...), que le législateur italien a été bien conscient de la radicale autonomie de la méthode matérielle des conflits des lois à l'égard de la méthode traditionnelle fondée sur la localisation des rapports de droit* ".

la tutela di una parte contrattualmente debole, quantomeno a livello comunitario. Infatti, vi è stata un'ampia armonizzazione della disciplina statale sostanziale dei contratti conclusi con il consumatore, con il lavoratore e con l'assicurato[366]. Pertanto le legislazioni nazionali, seppur non identiche – in quanto è sempre possibile apprestare una tutela superiore a quella minima determinata dalle direttive comunitarie – sono largamente convergenti quanto agli obiettivi minimi che si pongono. Finché le leggi applicabili sono quelle degli ordinamenti degli Stati membri, non pare doversi far luogo al rinvio oltre per assicurare una protezione minima di carattere sostanziale della parte debole.

Anche nel caso contrario, ulteriori rinvii sarebbero a nostro avviso controproducenti. Infatti, la tutela della parte debole può essere perseguita attraverso altri strumenti, pacificamente ammessi dalla Convenzione di Roma e dai sistemi di diritto internazionale privato statali. Si tratta, ancora una volta, delle norme di applicazione necessaria e dell'eccezione dell'ordine pubblico. Se l'ordinamento del giudice adito conosce una legislazione particolarmente favorevole alla parte contraente debole, egli potrebbe individuare delle disposizioni imperative ai sensi dell'art. 7, par. 2 della Convenzione di Roma ancora prima dell'operare delle norme di conflitto. Se, invece, l'applicazione della legge richiamata produce degli effetti manifestamente contrari all'ordine pubblico della *lex fori*, ad esempio perché non riconosce alcuna tutela della parte debole, allora la sua operatività potrà essere esclusa in tutto o in parte.

Attraverso l'operare di questi due limiti, il rinvio *in favorem* perderebbe significato perché gli obiettivi minimi che la stessa norma di diritto internazionale privato vuole perseguire sarebbero raggiunti attraverso altri strumenti, la cui applicazione pare comunque meno problematica[367].

Queste considerazioni ci consentono di raggiungere facilmente la conclusione che il rinvio, anche se *in favorem*, non dovrebbe trovare alcuno spazio all'interno del metodo ora in esame. Come noto, la Convenzione di Roma – così come il progetto di regolamento "Roma I" - esclude del tutto il rinvio, senza porre alcuna eccezione per tener eventualmente conto di esigenze di carattere materiale[368].

---

[366] Si veda *infra*, cap. IV, par. 5.

[367] Inoltre il legislatore, fermamente interessato al raggiungimento di un determinato risultato, potrebbe prevedere una norma di conflitto a cascata, che preveda, in ultimo luogo ed eventualmente quale *extrema ratio*, l'applicazione della *lex fori*, che sicuramente conterrà una disciplina capace di tutelare quell'obiettivo particolarmente sensibile. Si pensi ancora all'art. 31 l. 218/95.

[368] Una soluzione analoga si deve raggiungere per quanto attiene l'operatività della clausola di eccezione apposta a norme di conflitto a carattere materiale. Una tal clausola snaturerebbe del tutto la finalità della norma di conflitto, dal momento che prevarrebbero esigenze di miglior localizzazione piuttosto che di perseguimento di un obiettivo determinato.

2.3 Norme di applicazione necessaria e ordine pubblico

L'ultima questione di particolare interesse che le norme di conflitto alternative a finalità materiale paiono porre è relativa alla rilevanza delle norme di applicazione necessaria e dell'eccezione dell'ordine pubblico. In particolare, si proporranno alcune riflessioni sul rapporto fra questi due istituti e la *lex causae* individuata da una norma di conflitto a carattere materiale, riflessioni che ci saranno poi utili anche nell'ambito della trattazione del tema della scelta della legge applicabile.

La questione presenta alcuni aspetti di complessità per quanto concerne le norme di applicazione necessaria. La circostanza che, come noto, l'operatività delle disposizioni imperative è antecedente al sistema di conflitto, e in qualche modo ne prescinde, non elimina del tutto i dubbi circa la loro applicabilità in alcune situazioni in cui anche la *lex causae* sia particolarmente favorevole a quel risultato di carattere materiale[369].

Evidentemente, se nessuna delle leggi astrattamente richiamate è in grado di raggiungere il risultato voluto, allora le norme di applicazione necessaria hanno senz'altro vigore in quanto parte integrante della *lex fori*; la stessa conclusione nel caso in cui si individui una *lex causae* idonea agli obiettivi perseguiti dal legislatore, ma non in modo così incisivo come la *lex fori*.

Se, tuttavia, la *lex causae* appresta una tutela ancora più ampia, o agevola in misura maggiore il raggiungimento di quell'obiettivo, ci si deve chiedere se residui lo spazio per l'operatività delle norme di applicazione necessaria, in quanto le esigenze della *lex fori* sarebbero comunque garantite. Ci si deve chiedere, quindi, se la norma di conflitto stabilisca un obiettivo minimo di tutela dell'interesse perseguito, tale per cui una protezione ancora maggiore – offerta dalla *lex causae* - può senz'altro ricevere applicazione nell'ordinamento interno anche a scapito delle norme di applicazione necessaria, ovvero se l'obiettivo sia rigidamente prefissato. Una situazione siffatta potrebbe darsi allorché la *lex fori*, attraverso il sistema di diritto internazionale privato, abbia individuato un adeguato bilanciamento fra la tutela dell'interesse che ritiene da proteggere (ad esempio, l'interesse del consumatore) e gli altri

[369] La dottrina ha rilevato alcune difficoltà insite nella Convenzione di Roma relative, in particolare, al rapporto fra artt. 3, par. 3, 5, par. 3, 6, par. 2 e 7. Il problema verrà meglio affrontato nel prossimo capitolo, nell'analisi dei limiti dell'autonomia internazionalprivatistica delle parti. Si noti che LECLERC F., *op. cit.*, p. 330, ritiene che neanche l'utilizzo delle norme di applicazione necessaria sia sufficiente a garantire la tutela del contraente debole. Ad avviso dell'Autore, infatti, esse sono difficilmente individuabili *a priori* e può essere complesso determinarne il campo di applicazione materiale e spaziale. A nostro avviso, queste critiche possono adattarsi alla categoria delle norme internazionalmente imperative in generale e non pare che per questi motivi debba escludersi del tutto la loro operatività nell'ambito dei contratti conclusi con una parte debole. Inoltre, tali difficoltà pratiche sono rilevanti nel caso di individuazione di norme di applicazione necessaria di un ordinamento straniero ai sensi dell'art. 7, par. 1 della Convenzione di Roma, ma non nel caso classico di norme di origine nazionale. Certo, deve trattarsi pur sempre di correttivi ad applicazione eccezionale, e, correttamente, non può parlarsi di un vero e proprio metodo.

interessi contrapposti (quello dell'imprenditore). Una protezione maggiore potrebbe comportare un disequilibrio fra diritti e obblighi reciproci delle parti, che potrebbe causare delle ingiustizie a sfavore, nel nostro caso, dell'operatore professionale.

La prima soluzione proposta, ovvero l'individuazione di uno *standard* minimo di tutela da parte delle norme di applicazione necessaria, consente invero di meglio rispettare sia la *lex fori*, sia la *lex causae*[370]; proprio per il maggior grado di protezione offerto da quest'ultima, infatti, sono contemporaneamente garantiti il *minimo* di tutela delle norme internazionalmente imperative della *lex fori* e le maggiori garanzie stabilite dalla stessa *lex causae*. In un tal caso, l'ordinamento della *lex fori* non potrà ritenersi perturbato per la mancata applicazione delle sue norme di applicazione necessaria.

Il caso più complesso, per la risoluzione del quale si chiede una grande sensibilità del giudice, attiene alle ipotesi in cui la *lex causae* – sempre conforme alle finalità posta dal sistema internazionalprivatistico della *lex fori* – non possa considerarsi globalmente peggiorativa o migliorativa delle condizioni poste dalla *lex fori*, ma semplicemente preveda una disciplina diversa rispetto alle norme di applicazione necessaria. L'esempio tipico è quello del rapporto di lavoro, proprio per la complessità degli accordi ad esso sottostanti e per il fatto che spesso la sua disciplina è considerata di applicazione necessaria. Le soluzioni astrattamente possibili sono due.

Il giudice potrebbe operare una sorta di spezzettamento, nel senso di applicare per ogni singola questione la norma di volta in volta più favorevole alla parte debole. Secondo parte della dottrina, a livello comunitario una soluzione siffatta sarebbe giustificata dalla stessa esplicita ammissibilità del *dépeçage* nella Convenzione di Roma[371].

---

[370] Anche secondo BONOMI A., *Le norme imperative nel diritto internazionale privato*, 1998, Zürich, p. 374 deve farsi una valutazione degli interessi tutelati dalle leggi in conflitto e dalle norme di applicazione necessaria ed applicare quella che pare più idonea a raggiungere l'obiettivo voluto. Si noti che, secondo LECLERC F., *op.cit.*, p. 379, le norme di applicazione necessaria costituiscono «*règles d'application minimale*» nel senso che tendono a garantire il livello minimo di protezione assicurato da quell'ordine giuridico.

[371] Il limite, difficile da trovare e che pare non rendere praticabile questa alternativa, è quello della coerenza del sistema che ne deriva. Si vedano, tuttavia: PATOCCHI P.M., *op. cit.*, p. 307; TONOLO S., *I criteri di collegamento accolti dalla Convenzione di Roma*, in *La legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, cit., p. 207; VILLANI U., *La Convenzione di Roma sulla legge applicabile ai contratti*, 2000, Bari, p. 140; PLENDER R., WILDERSPIN M., *op. cit.*, p. 149; STRAETMANS G., *The consumer concept in EC law*, in *Enforcement of international contracts in the European Union*, a cura di Meeusen J., Pertegás M., Straetmans G., 2004, Antwerp, Oxford, New York, p. 335; MOHAMED MAHMOUD M.S., *op. cit.*, p. 227.

Altra dottrina ritiene, invece, che non sia possibile procedere al cumulo delle tutele, e che pertanto il giudice sia tenuto ad applicare la legge che globalmente possa considerarsi maggiormente favorevole[372].

Quest'ultima soluzione pare preferibile. Deve in primo luogo rilevarsi che il *dépeçage* è sì ammesso dalla Convenzione di Roma, nonché dalla seconda direttiva sull'assicurazione diversa da quella sulla vita[373], ma solo qualora una parte del contratto sia separabile dal resto. Ora, è evidente che non tutti i contratti possono essere parcellizzati nelle singole disposizioni che li compongono, e che molte clausole – ad esempio di *favor* nei confronti della parte debole - possono dipendere dall'inserimento di disposizioni di bilanciamento poste a favore dell'altra parte. In questi casi, una suddivisione del contratto per procedere a un'incondizionata tutela del contraente debole non pare del tutto giustificata. Inoltre, la stessa legislazione nazionale potrebbe prevedere delle disposizioni di estremo favore per una parte, compensate, tuttavia, da altri obblighi posti a suo carico. Pertanto, se si dovessero applicare solamente le norme di favore degli ordinamenti coinvolti, ne risulterebbe un notevole squilibrio a carico della parte più forte. Infine, una tale tutela pare eccedere le stesse esigenze di protezione della parte debole. Infatti, il contraente debole in un contratto internazionale sarebbe così *a priori* meglio tutelato rispetto alla stessa parte che conclude un contratto interno. Scopo delle norme di conflitto a finalità materiale non è quello di garantire la miglior tutela possibile, ma di evitare che la parte debole perda dei diritti o delle facoltà per il solo fatto che il contratto che conclude è qualificabile come internazionale[374]. Non pare necessario garantire a tale soggetto la *miglior* disciplina possibile, anche se risultante dalla composizione delle diverse disposizioni favorevoli della *lex causae* e della *lex fori*. Pertanto pare più corretto affermare che il giudice debba individuare la legge complessivamente più favorevole alla parte debole senza procedere a uno spezzettamento del rapporto giuridico, perché l'applicazione unica di una sola legge, in tutti i suoi aspetti, consente

---

[372] IMHOFF-SCHEIER A.C., *Protection du consommateur et contrats internationaux*, 1981,Genève, p. 204; CONFORTI B., *La volontà delle parti come criterio di collegamento*, in *La Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, cit., p. 151; DICEY A.V., MORRIS J.H.C., *Dicey and Morris Conflict of Law*, 2000, London, p. 1290 e 1308. Questo metodo è stato utilizzato dalla Cour d'appel de Luxembourg, citata da JAYME E., *Identité culturelle et intégration : le droit international privé postmoderne. Cours général de droit international privé*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 1995, p. 106, in un caso relativo as una domanda di indennizzo da parte del lavoratore domiciliato nel Lussemburgo e dipendente in un'azienda francese. Il contratto conteneva una clausola di scelta a favore della legge francese. La Corte ha comparato i regimi sul rapporto di lavoro stabiliti dagli ordinamenti in conflitto ed è giunta alla conclusione che il diritto francese era nel suo complesso più favorevole rispetto al diritto lussemburghese.

[373] Art. 7, par. 1, lett. h) della seconda Direttiva 88/357/CEE del Consiglio del 22 giugno 1988 recante coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative riguardanti l'assicurazione diretta diversa dall'assicurazione sulla vita, e alla fissazione delle disposizioni volte ad agevolare l'esercizio effettivo della libera prestazione di servizi e che modifica la direttiva 73/239/CEE, in *GU* n. L 172 del 4 luglio 1988, p. 1.

[374] V. *supra*, cap. introduttivo, par. 5.

di realizzare una disciplina più armonica degli interessi in causa[375]. In tal senso pare deporre la sentenza *Mazzoleni*[376], nella quale la Corte di giustizia ha affermato che deve assicurarsi la tutela sociale del lavoratore distaccato, la quale non necessariamente viene realizzata attraverso l'applicazione della legge che conosce un minimo salariale più elevato; pare potersi dedurre che il giudice nazionale deve scegliere *in blocco* una delle due leggi in conflitto, sulla base dell'analisi della fattispecie concreta.

Inoltre, si garantisce la più facile conoscibilità della disciplina del rapporto anche da parte del contraente debole, dal momento che essa è costituita da una legge nazionale nella sua interezza e non da un insieme di norme appartenenti alcune alla *lex causae*, altre alla *lex fori*. Per una parte giuridicamente non esperta sarebbe pressoché impossibile determinare la disciplina del rapporto – traendola da diversi ordinamenti – senza la consulenza di un legale.

In una materia specifica, ma di estremo rilievo a livello comunitario, il problema dell'applicabilità delle disposizioni imperative è risolto direttamente dal diritto derivato. L'art. 3 dir. 96/71[377] stabilisce che gli Stati membri devono provvedere affinché le imprese che distaccano lavoratori garantiscano "*ai lavoratori distaccati nel loro territorio le condizioni di lavoro e di occupazione relative alle materie*" indicate nell'apposito successivo catalogo e fissate da disposizioni legislative, regolamentari, amministrative o da contratti collettivi. Pertanto, l'articolo sembra già indicare le norme di applicazione necessaria rilevanti in materia di contratto di lavoro, stabilendo che, indipendentemente dalla legge applicabile[378], alcuni minimi inderogabili dello Stato ospitante devono essere rispettati. Si tratta di un'importante eccezione al normale operare della norma di conflitto, in quanto viene immediatamente posto un

[375] Inoltre, sarà molto più facile per il giudice individuare quale sia, globalmente, la legge più favorevole, piuttosto che compiere un'analisi dettagliata per ogni singola disposizione, perdendo così di vista la funzione economico-sociale del rapporto. Tuttavia, si tratta dell'unica ipotesi nella quale, a nostro avviso, un tale esame comparatistico può essere effettuato. Inoltre, si ritiene che il ragionamento sottostante a questa comparazione sia peculiare. Nel caso delle disposizioni imperative – come, ad esempio, nell'art. 3, par. 3, nell'art. 5, par. 2 e nell'art. 6, par. 1 della Convenzione di Roma - il giudice deve applicare la legge scelta e solo successivamente verificare che non si sia prodotta una deroga non consentita; l'obiettivo primario è quello di evitare elusioni delle disposizioni imperative della legge altrimenti applicabile, o di una legge che presenta una stretta connessione con la fattispecie – come nel caso delle direttive. Le norme di applicazione necessaria si applicano ancora prima che si ponga una questione di conflitto di leggi e il confronto con la *lex causae* serve eventualmente a raggiungere con maggior facilità *gli stessi obiettivi* posti dalla norma di applicazione necessaria.

[376] Corte di giustizia 15 marzo 2001, causa C-165/98, *Mazzoleni*, in *Racc*. I-2189.

[377] Direttiva 96/71/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 dicembre 1996 relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi, in *GU* n. L 18 del 21 febbraio 1997, p. 1. Il considerando 14 della direttiva parla di un "nocciolo duro" di norme protettive chiaramente definite, collegando l'art. 3 della direttiva agli articoli 6 e 7 della Convezione di Roma. In dottrina: MOREAU M.-A., *Le détachement des travailleurs effectuant une prestation de services dans l'Union européenne*, in *Journal du droit international*, 1996, p. 888; JAULT-SESEKE F., *L'office du juge dans l'application de la règle de conflit de lois en matière de contrat de travail*, in *Revue critique de droit international privé*, 2005, p. 266.

[378] La legge applicabile non è quella del luogo ove il lavoratore viene distaccato, ma quella dello Stato dove egli compie abitualmente la sua attività, ai sensi dell'art. 6 della Convenzione di Roma.

ostacolo alla penetrazione di leggi provenienti da ordinamenti diversi: la disposizione ha un carattere unilaterale, perché richiede l'applicazione solo di parte della *lex fori*. Si rilevi, tuttavia, che l'ostacolo può anche essere superato, perché ai sensi del par. 7, le precedenti previsioni "*non ostano all'applicazione di condizioni di lavoro e di occupazione che siano più favorevoli ai lavoratori*"[379]. Il conflitto fra norme di applicazione necessaria e *lex causae* è risolto legislativamente a favore del sistema che conosce la maggior tutela sostanziale della parte debole, come presupposto all'inizio del presente paragrafo. Grazie all'art. 3 della direttiva norme poste a tutela del lavoratore, e della cui natura imperativa si sarebbe potuto dubitare, ricevono, invece, senz'altro applicazione, e possono essere derogate soltanto *in melius*. Da questa composita disciplina si desume un interesse a ricercare una legge che sia la più favorevole possibile per il lavoratore. Proprio per il generale riferimento alle condizioni di lavoro e di occupazione, piuttosto che ai singoli diritti, pare potersi confermare che il conflitto fra *lex causae* e norme di applicazione necessaria debba essere risolto sulla base di una considerazione generale delle tutele rispettivamente predisposte[380].

Per quanto concerne l'eccezione di ordine pubblico, la soluzione pare invero di più facile portata. Infatti, non può esplicare effetti manifestamente contrari all'ordine pubblico una norma che si ritiene applicabile proprio in forza degli effetti che essa produce[381]. Ogni eventuale contrarietà all'ordine pubblico è già eliminata in radice attraverso la norma di conflitto

---

[379] Si noti che ai sensi dell'art. 3, par. 10 dir. 96/71: "*La presente direttiva non osta a che gli Stati membri, nel rispetto del trattato, impongano alle imprese nazionali ed a quelle di altri Stati, in pari misura: – condizioni di lavoro e di occupazione riguardanti materie diverse da quelle contemplate al paragrafo 1, primo comma del presente articolo laddove si tratti di disposizioni di ordine pubblico, – condizioni di lavoro e di occupazione stabilite in contratti collettivi o arbitrati a norma del paragrafo 8 riguardanti attività diverse da quelle contemplate dall'allegato*". La Commissione ha recentemente proposto un ricorso per inadempimento nei confronti del Lussemburgo, che avrebbe esteso il novero delle norme rientranti nell'"*ordine pubblico nazionale*" e che si imporrebbero ai lavoratori provenienti da altri Stati membri (causa C-319/06, *Commissione contro Lussemburgo*). Il 13 settembre 2007 l'Avvocato generale Trstenjak ha presentato le conclusioni, sostenendo che "*gli Stati membri non siano liberi di pretendere da parte di imprese fornitrici di servizi stabilite in altri Stati membri l'osservanza di tutte le norme imperative del proprio diritto del lavoro. Nell'interesse di una realizzazione la più ampia possibile della libera prestazione dei servizi occorre concordare con la Commissione, secondo la quale possono essere considerate solo quelle condizioni di lavoro e di occupazione previste dalla legge che risultino indispensabili per l'ordinamento giuridico di uno Stato membro. Occorre verificare attentamente se le disposizioni contestate soddisfino tale requisito*" (punto 47).

[380] Come rilevato da PLENDER R., WILDERSPIN M., *op. cit.*, p. 156, non pare facile una qualificazione della disposizione in esame, dal momento che essa potrebbe interpretarsi sia come una norma di carattere materiale che assicura un minimo di tutela al lavoratore e che pertanto potrebbe essere superato dall'applicazione di un'altra legge in conflitto, sia come l'indicazione di una catalogo autonomo di norme di applicazione necessaria, una definizione operata a livello comunitario. Riprendendo il pensiero di BOSCHIERO N., *Obbligazioni contrattuali (diritto internazionale privato)*, in *Enciclopedia del diritto, Aggiornamento*, 2000, Milano, p. 836, la finalità è proprio quella di innalzare la tutela del lavoratore attraverso l'individuazione di norme di applicazione necessaria sottratte alla discrezionalità del giudice.

[381] AUDIT B., *Le caractère fonctionnel*, cit., p. 349; LECLERC F., *op. cit.*, p. 195; GAUDEMET - TALLON H., *Le pluralisme en droit international privé*, cit., p. 233; MOHAMED MAHMOUD M.S., *op. cit.*, p. 252.

materiale, che impedisce l'ingresso di norme non conformi all'obiettivo perseguito e, a maggior ragione, contrarie all'ordine pubblico. In questo metodo, pertanto, non può rilevare alcun limite successivo all'applicazione della legge designata.

3. La Convenzione di Roma del 1980: metodo delle norme di conflitto materiali o rielaborazione del metodo della localizzazione?

3.1 La Convenzione di Roma e il regolamento "Roma I"

Così delineati i caratteri principali del metodo materiale delle norme di conflitto, ci si deve chiedere se il diritto comunitario ne abbia fatto uso al fine di assicurare una maggior tutela al contraente debole. Nel presente paragrafo ci si soffermerà in particolar modo sulla Convenzione di Roma; una breve analisi sarà altresì riservata alle direttive sui servizi assicurativi.

Come noto, la Convenzione contempla due disposizioni che individuano la legge applicabile ai contratti conclusi da una parte considerata debole, gli articoli 5 e 6, relativi al consumatore e al lavoratore rispettivamente.

Per necessità di chiarezza si deve preliminarmente rilevare che l'art. 5, par. 1, contiene una – seppur minimale – definizione di contratto concluso con il consumatore, il quale deve avere "*per oggetto la fornitura di beni mobili materiali o di servizi a una persona, il consumatore, per un uso che può considerarsi estraneo alla sua attività professionale, e ai contratti destinati al finanziamento di tale fornitura*"[382]. La definizione contiene, pertanto, un elemento oggettivo, costituito dalla tipologia contrattuale, e uno soggettivo, che individua le qualità di una parte[383]. Le due condizioni sono evidentemente cumulative.

---

[382] Per delimitare il campo di applicazione di tale disposizione si ricordi, altresì, che ai sensi del par. 4, l'art. 5 non si applica al contratto di trasporto e "*al contratto di fornitura di servizi quando i servizi dovuti al consumatore devono essere forniti esclusivamente in un paese diverso da quello in cui risiede abitualmente*", a meno che il contratto "*preveda per un prezzo globale prestazioni combinate di trasporto e alloggio*" (par. 5). Rientrano, pertanto, nel campo di applicazione della disposizione i contratti di viaggio *tutto compreso*, di cui alla Direttiva 90/314/CEE del Consiglio, del 13 giugno 1990, concernente i viaggi, le vacanze ed i circuiti "tutto compreso", in *GU* n. L 158 del 23 giugno 1990, p. 59.

[383] La stessa Corte di giustizia, nell'interpretazione dell'art. 13 della Convenzione di Bruxelles, ha valorizzato la circostanza che il contratto deve essere concluso in riferimento a una parte per motivi estranei da quelli professionali, tanto da affermare che: "*un soggetto che ha stipulato un contratto relativo ad un bene destinato ad un uso in parte professionale ed in parte estraneo alla sua attività professionale non ha il diritto di avvalersi del beneficio delle regole di competenza specifiche previste dagli artt. 13-15 della detta convenzione, a meno che l'uso professionale sia talmente marginale da avere un ruolo trascurabile nel contesto globale dell'operazione di cui trattasi, essendo irrilevante a tale riguardo il fatto che predomini l'aspetto extraprofessionale*" (Corte di giustizia 20 gennaio 2005, causa C-464/01, *Gruber*, in *Racc.* I-439, punto 54, primo trattino). Si noti che l'Oberster Gerichtshof, che aveva posto il rinvio pregiudiziale nella causa appena citata, ha ritenuto inapplicabili le disposizioni protettive a favore del consumatore, dal momento che il contratto non era concluso per scopi meramente personali. Infatti, trattandosi di un contratto di compravendita di materiali per un tetto, il giudice nazionale ha verificato che l'edificio non veniva usato solo come abitazione, ma anche per motivi professionali (in

Per quanto attiene più strettamente la determinazione della legge applicabile, l'art. 5, par. 3 stabilisce che, in deroga al criterio generale del collegamento più stretto, qualora le parti non abbiano scelto la legge applicabile al rapporto[384], "*tali contratti sono sottoposti alla legge del paese nel quale il consumatore ha la sua residenza abituale*"[385], purché siano soddisfatte alcune condizioni. Precisamente, la conclusione del contratto deve essere stata preceduta da una proposta o da una pubblicità nello Stato di residenza del consumatore, e questi deve aver ivi compiuto gli atti necessari alla conclusione del contratto; oppure l'ordine del consumatore deve esser stato ricevuto nel paese di residenza; oppure, infine, il contratto costituisce una compravendita e il consumatore ha proceduto all'acquisto in uno Stato diverso da quello di residenza, purché il viaggio sia stato organizzato dall'imprenditore/professionista per incitare il consumatore a concludere la vendita[386].

---

particolare, ivi era contenuta anche la stalla; Oberster Gerichtshof 19 Mai 2005, in *Juristische Blätter*, 2005, p. 594).

[384] Sulla scelta di legge applicabile si veda il capitolo successivo.

[385] Ai sensi dell'art. 9, par. 5 la forma del contratto concluso dal consumatore è disciplinata dalla legge della sua residenza abituale. La disposizione, dunque, deroga ai criteri di collegamento generali (v. *supra*, par. 1).

[386] Si tornerà a discutere delle condizioni in relazione al caso in cui queste non siano soddisfatte. Per l'analisi più completa su questo aspetto si rinvia alla dottrina citata nella nota 82 del cap. I; si sottolinea come le condizioni vogliano assicurare che esista un effettivo collegamento fra contratto e luogo della residenza abituale del consumatore, tale da giustificare l'applicazione delle disposizioni imperative di questo ordinamento (HARTLEY T., *Consumer Protection Provisions in the EEC Convention*, in *Contract Conflicts: The E.E.C. Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations*, a cura di North P.M., 1982, Amsterdam, New York, Oxford, p. 127; MORSE C.J.G., *The EEC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations*, in *Yearbook of European Law*, 1982, p. 135; GKOUTIZINS A., *Free movement of services in EC Treaty and the law of contractual obligations relating to banking and financial services*, in *Common Market Law Review*, 2004, p. 139). Conviene ricordare che nei famosi casi *Gran Canaria* i giudici tedeschi hanno ritenuto inapplicabile l'art. 5 della Convenzione. Sotto tale denominazione vi sono essenzialmente due gruppi di sentenze. Nel primo dei turisti tedeschi avevano concluso dei contratti di *timeshare* durante le loro vacanze nelle Canarie, ma, tornati in Germania, hanno esercitato il diritto di recesso. La legge applicabile era quella delle Isole di Man in quanto scelta. Così, la società che aveva venduto il diritto di godimento chiedeva il pagamento del prezzo, mentre i turisti chiedevano riconvenzionalmente la restituzione di quanto già pagato. In questi casi la giurisprudenza (si veda, ad esempio, Bundesgerichtshof 19 März 1997, in *Revue critique de droit international privé*, 1998, p. 610) ha escluso l'applicabilità dell'art. 5 della Convenzione di Roma, perché il contratto di *timeshare* non costituisce un contratto per la fornitura di beni o servizi e poiché i turisti erano stati sollecitati all'acquisto non in Germania, luogo di residenza, bensì in Spagna. Il problema è oggi risolto dalla Direttiva 94/47/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 ottobre 1994, concernente la tutela dell'acquirente per taluni aspetti dei contratti relativi all'acquisizione di un diritto di godimento a tempo parziale di beni immobili, in *GU* n. L 280 del 29 ottobre 1994, p. 83. Nel secondo gruppo di sentenze, i turisti venivano indotti all'acquisto di beni mobili durante le vacanze in Spagna, Stato che non aveva ancora trasposto la Direttiva 85/577 del Consiglio del 20 dicembre 1985 per la tutela dei consumatori in caso di contratti negoziati fuori dai locali commerciali, in *GU* n. L 372 del 31 dicembre 1985, p. 31, la cui legge era scelta come applicabile e che non conosceva il diritto di recesso. L'art. 5 non è stato ritenuto applicabile perché le forniture non erano state pubblicizzate in Germania, né il venditore aveva organizzato lo spostamento o la permanenza all'estero allo scopo di far concludere il contratto (Oberlandesgericht Hamm 1 Dezember 1988, in *IPRax*, 1990, p. 242). Alcuni Tribunali hanno interpretato estensivamente le disposizioni dell'EGBGB tedesco; si è così potuto affermare, in maniera a nostro avviso non condivisibile, che fosse applicabile l'art. 27, par. 3 dell'EGBGB (corrispondente all'art. 3, par. 3 della Convenzione di Roma), trattandosi di un contratto meramente interno, ovvero l'art. 29, par. 1, n. 2 (corrispondente all'art. 5, par. 2 secondo trattino, della Convenzione), dal momento che la proposta alla conclusione del contratto sarebbe stata effettuata in Germania (Landesgericht

L'art. 6 ha una struttura simile a quella dell'art. 5, pur non contenendo alcuna definizione di contratto di lavoro[387]. Il par. 2 si pone in parziale deroga rispetto al criterio generale, stabilendo che il contratto è regolato dalla legge del luogo di abituale prestazione del lavoro, ovvero, se non è determinabile un luogo abituale, quello in cui si trova la sede che ha proceduto ad assumere il lavoratore. Questi criteri si applicano a meno che il contratto non presenti un collegamento più stretto con un altro Stato, nel qual caso tale legge sarà applicabile[388].

Conviene a questo punto ricordare che anche le direttive di coordinamento del mercato dei servizi assicurativi contengono alcune norme di diritto internazionale privato. Si fa riferimento, in particolare, all'art. 7, par 1, dir. 88/357 e all'art. 32, parr. 1 e 2, dir. 2002/83[389]. Prescindendo ora dai limiti posti alla scelta di legge applicabile il metodo ivi prescelto pare discostarsi sensibilmente da quello adottato dalla Convenzione di Roma. Nelle menzionate norme, infatti, non pare esservi alcun riferimento, espresso o implicito, al contraente debole.

Le disposizioni delle direttive sono, tuttavia, complesse e solo dopo una loro attenta analisi è possibile verificare se vi sia una considerazione particolare del contraente debole.

La direttiva 88/357 accoglie il principio di prossimità, limitato a una delle leggi indicate dall'art. 7, con un presunzione a favore del luogo in cui il rischio è localizzato: nel caso in cui il

---

Hamburg 21 Februar 1990, in *IPRax*, 1990, p. 239; Oberlandesgericht Frankfurt 1 Juni 1989, in *IPRax*, 1990, p. 236). Una tale interpretazione, a nostro avviso, è contraria alla formulazione letterale delle disposizioni.

[387] In tale ambito può sicuramente essere d'ausilio la giurisprudenza della Corte di giustizia sull'interpretazione dell'art. 5, n. 1 della Convenzione di Bruxelles e dell'art. 39 del Trattato. Pertanto, è lavoratore chi esercita un attività subordinata sotto la direzione e a favore di un altro soggetto, in cambio di una retribuzione. Si vedano, ad esempio: Corte di giustizia 19 marzo 1964, causa 75/63, *Unger*, in *Racc.* 351; Corte di giustizia 23 marzo 1982, causa 53/81, *Levin*, in *Racc.* 1035; Corte di giustizia 3 giugno 1986, causa 139/85, *Kempf*, in *Racc.* 1741; Corte di giustizia 3 luglio 1986, causa 66/85, *Lawrie-Blum*, in *Racc.* 2121; Corte di giustizia 26 febbraio 1992, causa C-357/89, *Raulin*, in *Racc.* I-1027; Corte di giustizia 7 settembre 2004, causa C-456/02, *Trojani*, in *Racc.* I-7537. Ne sono pertanto sicuramente esclusi i contratti collettivi. Ci si chiede se nel campo di applicazione delle norme protettrici rientrino altresì i contratti di lavoro conclusi con personale a livello dirigenziale. Astrattamente la loro attività rientra nella definizione fornita, ma non necessariamente si tratta di parti deboli, dal momento che possono vantare un forte potere contrattuale per le competenze che essi hanno e che il datore di lavoro intende sfruttare. La loro opera, in talune circostanze, può essere difficilmente fungibile. La giurisprudenza francese ha applicato l'art. 6 della Convenzione di Roma – prima della sua entrata in vigore – anche a questo tipo di rapporti di lavoro (Cour d'appel Paris 27 novembre 1986, in *Revue critique de droit international privé*, 1988, p. 314). Analogamente, la Corte di Cassazione italiana ha ritenuto applicabile la giurisprudenza *Ivenel* (Corte di giustizia 26 maggio 1982, causa 133/81, *Ivenel,* in *Racc.* 1891) a un contratto di dirigente di azienda industriale (Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 17 maggio 1995, n. 5392, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1996, p. 325). In mancanza di distinzioni operate dalla disposizione, questa pare la soluzione più corretta.

[388] Circa la valenza della clausola d'eccezione v. *supra*, cap. I, par. 5.3. Proprio per l'incompatibilità esistente, a nostro avviso, fra clausola di eccezione e norma di conflitto a finalità materiale, non si può attribuire all'art. 6 tale natura. La disposizione tende, in ogni caso, a localizzare il rapporto.

[389] Direttiva 2002/83/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 novembre 2002, relativa all'assicurazione sulla vita, in *GU* n. L 345 del 19 dicembre 2002, p. 1, che, per quanto attiene le questioni relative alla legge applicabile al contratto di assicurazione, riprende le disposizioni contenute nell'art. 4 della seconda direttiva 90/619/CEE del Consiglio, dell'8 novembre 1990, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative riguardanti l'assicurazione sulla vita, fissa le disposizioni destinate a facilitare l'esercizio effettivo della libera prestazione di servizi e modifica la direttiva 79/269/CEE, in *GU* n. L 330 del 29 novembre 1990, p. 50.

contraente sia una persona fisica, tale luogo coincide con la sua residenza abituale nella maggior parte dei contratti, avvicinandosi questo criterio di collegamento agli artt. 5 e 6 della Convenzione di Roma[390]. Tuttavia, il luogo di localizzazione del rischio non si trova sempre nella residenza abituale del contraente assicurato[391]; inoltre, trattandosi di una presunzione essa è superabile per l'esistenza di altri elementi che facciano ritenere la fattispecie più strettamente collegata con un altro ordinamento giuridico fra quelli presi in considerazione dall'art. 7. Pertanto, l'applicazione di una legge prossima al contraente può essere meramente accidentale. Tuttavia, è applicabile la legge del luogo di residenza abituale del contraente assicurato, qualora coincida con il luogo di localizzazione del rischio (art. 7, par. 1, lett. a)). Nonostante il fatto che dalla formulazione della disposizione pare necessaria la coincidenza di due elementi fattuali della fattispecie all'interno dello stesso ordinamento, costituendo una specificazione del principio di prossimità, si deve notare come per tutti i contratti non nominati dall'art. 2, par. 1, lett. d), la coincidenza è automatica nel luogo di residenza abituale del contraente. Anche in tal caso, quindi, si applica la legge spazialmente più vicina alla parte debole[392]. I criteri di collegamento posti dalla direttiva sulle assicurazioni diverse da quella sulla vita sono complessi, e non può dirsi prevista una disciplina speciale a favore del contraente assicurato parte debole; tuttavia, risultano numerosi casi in cui è richiamata la legge della residenza abituale del contraente dell'assicurazione[393].

La dir. 2002/83 contiene una disciplina più specifica per i casi in cui il contraente sia una persona fisica – e, quindi, più probabilmente, un contraente debole, che si avvicina sensibilmente a quella prevista per il contratto di consumo. In generale, è applicabile la legge dello Stato membro dell'impegno (art. 32, par. 1); questo è lo "*Stato membro in cui il contraente ha la residenza abituale ovvero, se il contraente è persona giuridica, lo Stato membro in cui è*

---

[390] V. *supra*, cap. I, par. 5.3. L'art. 7, par. 1, lett. h) così stabilisce: "*Diversamente, o in caso di mancata scelta, il contratto è disciplinato dalla legislazione del paese tra quelli di cui alle precedenti lettere, con il quale presenta più stretti legami. (...) Si presume che il contratto presenti i più legami con lo Stato membro in cui il rischio è situato*".

[391] V. art. 2, par. 1, lett. d) dir. 88/357, riportato *supra*, cap. I, nota 126.

[392] Si noti, tuttavia, che a differenza della Sezione 5 del reg. n. 44/2001 nessuna norma specifica è prevista per l'assicurato e per il beneficiario dell'assicurazione.

[393] Nei casi in cui ciò non avvenga, ci si può chiedere, allora, se siano applicabili le disposizioni relative al contratto di consumo qualora il contraente dell'assicurazione o l'assicurato rivesta altresì qualità di consumatore. Teoricamente non pare che vi siano motivi che ostino a una tale assimilazione. Tuttavia, si deve notare come la Convenzione di Roma del 1980 esclude dal proprio campo di applicazione materiale proprio i contratti di assicurazione, qualora il rischio sia situato in uno Stato membro: assimilare l'assicurazione al contratto di consumo nonostante questa esclusione significherebbe interpretare le disposizioni della Convenzione in senso contrario al loro significato ordinario. Inoltre, il progetto di regolamento "Roma I", nella versione approvata dal Consiglio, prevede dei criteri di collegamento specifici per questo contratto, per cui, qualora il testo definitivo dovesse contenere una disposizione siffatta, non pare potersi applicare la disciplina di un altro tipo di contratto per il principio di specialità.

situato lo stabilimento di tale persona giuridica a cui si riferisce il contratto" (art. 1, par. 1, lett. g))[394]. Vista l'analogia con l'art. 5 della Convenzione di Roma, le osservazioni per questo proposte sono valevoli anche per i contratti di assicurazione non vita, nonché per le assicurazioni sulla vita nei casi in cui i complessi criteri di collegamento conducano all'applicazione della legge del luogo di residenza abituale del contraente.

Si può ritenere che queste disposizioni costituiscano norme di conflitto a finalità materiale?

A nostro avviso, la risposta non può che essere negativa, almeno sulla base della nozione tipica di norma a finalità materiale esposta nei precedenti paragrafi. Tuttavia, è evidente l'obiettivo dei compilatori della Convenzione di individuare un criterio di collegamento favorevole alla parte debole[395], ma il metodo utilizzato si discosta da quello delle norme di conflitto a finalità materiale[396].

---

[394] Il documento del Consiglio del giugno 2007 elaborato in seno al progetto di regolamento "Roma I" inserisce una disposizione specifica in materia di contratto di assicurazione (art. 5*bis*, tuttavia non riprodotto nella relazione del Parlamento del mese di dicembre). La norma è piuttosto complessa e distingue a seconda che il contratto copra i cd. grandi rischi, che si tratti di assicurazione obbligatoria, ovvero le altre ipotesi. Nel primo caso: "*1. I contratti d'assicurazione relativi a grandi rischi ai sensi del paragrafo 1 bis e i contratti di riassicurazione sono disciplinati dalla legge del paese nel quale l'assicuratore o il riassicuratore ha la residenza abituale, a meno che la legge applicabile non sia stata scelta conformemente all'articolo 3. 1.bis Per "grandi rischi" ai sensi del paragrafo 1 si intendono i rischi di cui all'articolo 5, lettera d) della prima direttiva 73/239/CEE del Consiglio, del 24 luglio 1973, recante coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative in materia di accesso e di esercizio dell'assicurazione diretta (diversa dell'assicurazione sulla vita) 2. Ciò vale anche qualora siffatti rischi siano situati in un paese terzo*". Qualora si tratti di assicurazione obbligatoria, invece, "*il contratto d'assicurazione che copre un rischio per il quale un paese impone un obbligo di assicurazione è disciplinato dalla legge di tale paese*" (par. 2, I periodo). Tuttavia "*se tale paese, nel caso di un contratto che copre un rischio ai sensi del paragrafo 1, accorda la libertà di scelta della legge applicabile al contratto, le parti possono scegliere qualsiasi legge conformemente alle disposizioni dell'articolo 3 e, indipendentemente dalla legge scelta, devono conformarsi alle disposizioni della legge di tale paese alle quali non è permesso derogare convenzionalmente*" (par. 2, II periodo). Per tutti gli altri casi, si applica la legge del luogo in cui è localizzato il rischio al momento della conclusione del contratto. "*Per paese in cui il rischio è situato si intende: a) per l'assicurazione di rischi inerenti a beni immobili, in particolare edifici e impianti, nonché beni in essi ubicati che sono coperti dal medesimo contratto d'assicurazione, il paese in cui sono ubicati i beni; b) per l'assicurazione di rischi inerenti a veicoli di ogni tipo soggetti a immatricolazione in un registro ufficiale o ufficialmente riconosciuto e ai quali è apposto un segno distintivo, il paese di immatricolazione; c) per l'assicurazione di rischi inerenti a un viaggio o a una vacanza in contratti d'assicurazione con un termine effettivo massimo di quattro mesi, il paese nel quale il contraente assicurato ha contratto l'assicurazione ; d) in tutti gli altri casi, il paese nel quale il contraente assicurato (...) ha la residenza abituale.]*" (par. 5). La distinzione che viene operata tra grandi rischi e altre tipologie di rischi già mette in luce come siano prese in considerazione le specificità dei diversi rapporti contrattuali nel contratto di assicurazione. Così, se per i grandi rischi, il criterio di collegamento è evidentemente ispirato alla localizzazione del rapporto alla stessa stregua dei contratti nominati di cui all'art. 4 del progetto di regolamento (residenza abituale del prestatore caratteristico), per gli altri rischi prevale il luogo in cui è situato il rischio assicurato. Il par. 5 determina poi in via autonoma cosa debba intendersi per luogo di localizzazione del rischio, e si deve notare che solo nell'ultimo caso previsto ha rilevanza la prossimità del contraente assicurato alla legge applicabile. Pertanto, non paiono essere prese in particolare considerazione esigenze di tutela dell'assicurato come parte debole, ma piuttosto la necessità di individuare una legge che sia significativamente collegata con la fattispecie.

[395] Si veda la Relazione Giuliano - Lagarde. Particolarmente significativo è l'inizio del commento all'art. 5, che si riporta parzialmente: "*La maggior parte degli esperti che dal 1973 hanno partecipato ai lavori del gruppo hanno*

E' opportuno mettere in luce i motivi per i quali, nonostante l'espressa finalità delle richiamate disposizioni della Convenzione, esse non possono considerarsi norme di conflitto di carattere materiale.

Gli articoli esaminati non hanno la tipica struttura delle disposizioni che si sono analizzate nei precedenti paragrafi, non prevedendo più criteri di collegamento alternativi fra di loro. Infatti, esse si pongono in espressa deroga al criterio generale del collegamento più stretto per individuare una legge che pare essere quella più idonea a disciplinare questo tipo di contratti. Non è data al giudice alcuna possibilità alternativa: il contratto concluso con una delle parti deboli contemplate dalla Convenzione è senz'altro regolato da una legge individuata sulla base di un criterio di localizzazione[397]. Ne è tipico esempio l'art. 5, par. 3, disposizione della Convenzione caratterizzata da una forte rigidità, dal momento che non riconosce nemmeno una clausola di eccezione come l'art. 6; ciò desta all'interprete alcune perplessità, proprio per il fatto che si è posto l'espresso obiettivo di tutelare una parte del rapporto, mentre al giudice non è lasciata alcuna discrezionalità – per quanto limitata – per l'individuazione di una legge che, date le circostanze concrete, appaia maggiormente idonea a regolare il rapporto[398].

Neppure si può ritenere che gli articoli 5, par. 3 e 6, par. 2 fungano da alternativa rispetto all'art. 4. Un'interpretazione siffatta è, a nostro avviso, contraria alla stessa formulazione letterale delle disposizioni citate, che si pongono come una deroga al principio del collegamento più stretto. Questa conclusione non è ammissibile nemmeno per il contratto di lavoro, nonostante il fatto che l'ultimo periodo dell'art. 6 si riferisca espressamente al principio di

---

ritenuto (...) che la tutela del consumatore – scopo perseguito attualmente da numerosi legislatori nazionali – comporta un ribaltamento del criterio di collegamento previsto dall'articolo 4, o una modifica della libertà di scelta prevista dall'articolo 3. In effetti (...) in questo tipo di contratti dovrebbe normalmente prevalere la legge dell'acquirente (parte più debole) sulla legge del venditore".

[396] Nel senso che formalmente queste disposizioni non possono considerarsi regole di conflitto alternative: MAYER P., *op. cit.*, p. 529.

[397] Si noti che, per quanto attiene il contratto concluso dal consumatore, la rigidità è tale che anche la forma del contratto è regolata esclusivamente dalla legge del luogo di residenza abituale del consumatore, e mai dalla legge del luogo ove si trovano i contraenti o uno dei due contraenti (art. 9, par. 5 della Convenzione). Si tratta di uno strumento che vuole aumentare la protezione della parte debole, evitando il frazionamento del contratto operato in base del contenuto e della forma. Pertanto, la legge applicabile deve essere quella della residenza del consumatore, soddisfacendosi così meglio le aspettative della parte debole (LECLERC F., *op. cit.*, p. 641). Tuttavia, sulla base delle stesse considerazioni dell'Autore citato (p. 546), questa rigidità dovrebbe essere criticabile. Infatti, non si può *a priori* affermare che l'interesse della parte debole sia sempre coincidente con l'annullamento, totale o parziale, del contratto, o, al contrario, con il suo mantenimento in vigore. Pertanto, un'astratta localizzazione, come quella operata dalla Convenzione di Roma, non è sempre in grado di rispondere concretamente alle esigenze della parte debole.

[398] Così si esprimeva già POCAR F., *L'unification des règles de conflit en matière des contrats dans la Communauté économique européenne*, in *Comunicazioni e studi*, 1978, vol. XV, p. 186 sul progetto di Convenzione. Più recentemente: VILLANI U., *op. cit.*, p. 142; BOSCHIERO N., *Verso il rinnovamento e la trasformazione della Convenzione di Roma: problemi generali*, in *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, a cura di Picone P., 2004, Padova, p. 400.

prossimità. Come si è visto[399], questo criterio ha un ruolo meramente secondario nella determinazione della legge applicabile al contratto di lavoro, nel senso che subentra solo nei casi in cui i due criteri rigidamente prefissati non riescano a individuare una legge che sia significativamente collegata con la fattispecie concreta[400]. Quindi, non si tratta di un vero e proprio collegamento alternativo, ma di un collegamento sussidiario che può entrare in gioco anche per finalità diverse dall'esigenza di tutela della parte debole. Il principio del collegamento più stretto opera, pertanto, come un mero fattore di flessibilità della norma, improntata a una rigida localizzazione di matrice savignana.

Inoltre, si deve rilevare come nessuna considerazione di carattere materiale entri a far parte del procedimento che consente l'individuazione della legge applicabile. Questo, ancora una volta, è ben evidente nell'art. 6, il quale, a differenza dell'art. 5, determina più criteri di collegamento. La scelta del giudice è guidata da parametri ben determinati, che non hanno nulla a che fare con il contenuto materiale della legge individuata. Infatti, il criterio base è dato dal luogo di abituale prestazione lavorativa; solo qualora esso non dovesse operare, perché di fatto un tale luogo non è individuabile, allora può farsi riferimento al luogo della sede di assunzione, indipendentemente dal contenuto materiale delle due leggi. La disposizione ha la struttura della norma di conflitto a cascata. Pertanto, se la legge del luogo di assunzione dovesse essere più favorevole per il lavoratore rispetto alla legge di abituale svolgimento dell'attività, e un tal luogo abituale esistesse, il giudice non potrà applicare la legge del luogo di assunzione, anche se, per ipotesi, dovesse essere maggiormente favorevole al lavoratore. Inoltre la disposizione prevede una clausola di eccezione al fine di localizzare in maniera più significativa il contratto. L'esigenza di individuare uno stretto collegamento induce a ritenere che l'esigenza di protezione del lavoratore sia contemperata ad altre esigenze, mentre non può ritenersi che la clausola di eccezione abbia anche finalità materiali, nel senso che essa possa condurre all'applicazione della legge sostanzialmente più favorevole per il lavoratore: rimane del tutto esclusa dalla stessa formulazione della disposizione la presa in considerazione del contenuto delle norme in conflitto[401]. Anche le recenti codificazioni nazionali di diritto internazionale privato utilizzano la

[399] V. *supra*, cap. I, par. 5.3.

[400] Pare che l'eccezione possa venire in rilievo soprattutto quando non sia possibile determinare un luogo di abituale prestazione dell'attività lavorativa, perché invece, in tal caso, si può riconoscere un legame sufficientemente significativo fra la controversia e la legge applicabile. Così potrebbe non essere nel caso in cui l'art. 6 porti ad applicare la legge del luogo della sede di assunzione del lavoratore, la quale potrebbe costituire un elemento puramente accidentale nella fattispecie.

[401] V. *supra*, cap. I, par. 5.3. L'operatività della clausola di eccezione può condurre addirittura all'allontanamento dalla finalità di tutela, così come intesa nel presente lavoro. Infatti, ciò potrebbe significare l'applicazione di una legge che non è conosciuta dal lavoratore, non essendo quella alla quale conforma la sua attività lavorativa

clausola di eccezione al fine di meglio localizzare la fattispecie, piuttosto che allo scopo di rendere applicabile una legge che meglio risponda ad esigenze di carattere sostanziale[402].

Un altro chiaro esempio circa il carattere astratto della tutela fornita dalla Convenzione di Roma è dato dall'art. 9, par. 5, in materia di forma dei contratti conclusi dal consumatore. Il collegamento è rigido a favore della legge del luogo di residenza abituale della parte debole. Ne consegue che viene meno il *favor validitatis* che caratterizza l'intero art. 9, nel senso che si individua una sola legge applicabile, indipendentemente dai risultati materiali a cui essa conduce. Questa localizzazione rigida, da una parte, può costituire un vantaggio per il consumatore, dal momento che non vi è una tendenza a voler considerare il contratto valido e che la forma sarà disciplinata dalla legge che egli presumibilmente meglio conosce; d'altra parte, non tiene effettivamente conto di quali siano gli interessi concreti della parte debole, se egli preferisca mantenere in vita il contratto o invalidarlo e, se del caso, che tipo di risarcimento chiedere. Tra le varie leggi in conflitto ne è scelta una, non necessariamente convergente con l'interesse della parte debole. Il criterio di collegamento è stato prescelto proprio perché quella legge è la meglio conosciuta dalla parte debole, che avrà potuto sapere prima della conclusione del contratto quale forma esso debba rivestire. La disposizione da una parte tutela il consumatore, che sia stato indotto a concludere il contratto in una forma non conosciuta dal proprio ordinamento giuridico, dall'altra costituisce una sorta di sanzione nei suoi confronti, perché, nonostante la maggior conoscibilità della legge applicabile, non vi si è adeguato, comminando, pertanto, l'invalidità del contratto per carenza dei requisiti formali. Si rilevi che anche una norma di conflitto a cascata come quella dell'art. 9, par. 1 e ispirata al *favor validitatis* sarebbe stata almeno in parte insoddisfacente, proprio perché non può essere determinato *a priori* se il consumatore preferisce mantenere la validità o far valere l'invalidità del contratto nel caso concreto: ne conseguirebbe l'ignoranza circa la legge applicabile fino al momento in cui sorge la controversia. Ciò conferma che la *ratio* della disposizione deve

---

quotidianamnete. Il rispetto della prossimità può andare a scapito della tutela della parte debole della conoscenza della legge da parte sua e dello *standard* minimo di tutela garantita dalla legge del luogo di abituale svolgimento dell'attività. MOURA RAMOS R.M., *Les clauses d'exception en matière de conflit de lois et de conflit de juridictions – Portugal*, in *Les clauses d'exception en matière de conflits de lois et de conflits de juridiction – ou le principe de proximité*, a cura di Kokkini-Iatridou D., 1994, Dodrecht, Boston, London, p. 288; NUYTS A., *L'exception de* forum non conveniens*, Étude de droit international privé comparé*, 2003, Bruxelles, p. 9. Ne consegue, secondo l'Autore da ultimo citato, che le clausole di eccezione non si confondono con le norme di applicazione necessaria, che rilevano, invece, proprio per il loro contenuto.

[402]Si vedano, ad esempio, la legge tedesca del 21 maggio 1999 sul diritto internazionale privato delle obbligazioni extracontrattuali e dei beni (in *Revue critique de droit international privé,* 1999, p. 870) e la proposta del Gruppo europeo di diritto internazionale privato sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali, presentata alla riunione di Lussemburgo del 25-27 settembre 1998 (in *Revue critique de droit international privé,* 1998, p. 802). KOKKINI-IATRIDOU D. (a cura di), *Les clauses d'exception en matière de conflits de lois et de conflits de juridiction*, cit.; NUYTS A., *op. cit.*, p. 9.

rinvenirsi nella volontà di applicare la legge conosciuta dal consumatore, discostandosi così dal metodo di conflitto a finalità materiale.

A nostro avviso, le disposizioni in esame altro non costituiscono che un adattamento della teoria localizzatrice a un caso specifico. Infatti, si prevede un unico criterio di collegamento che concentra tutto il rapporto, consentendo, così, l'applicazione di una legge per tutte le relative controversie. La localizzazione è influenzata da considerazioni materiali, ma non in maniera così stringente da subordinare la scelta di legge al contenuto sostanziale della legge stessa. Il condizionamento determinato dalla necessità di tutelare la parte debole si individua nel criterio di collegamento impiegato, quello della residenza abituale per il consumatore, quello del luogo di svolgimento abituale dell'attività per il lavoratore. La tutela garantita alla parte debole non consiste, pertanto, nell'individuazione di una legge a lui sostanzialmente favorevole.

I criteri di collegamento individuati consentono di applicare la legge che presumibilmente la parte debole meglio conosce e alla quale avrà, con maggior probabilità, conformato il proprio comportamento. Questa presunzione di conoscenza pare particolarmente forte nel caso del contraente dell'assicurazione, sia vita (art. 32, par. 1 dir. 2002/83), sia diversa da quella sulla vita (art. 7, par. 1, lett. a) dir. 88/357). Infatti, la scelta di legge è ammissibile, qualora sia consentita rispettivamente dalla legge del luogo dell'impegno e della localizzazione del rischio – che corrispondono, almeno tendenzialmente, al luogo di residenza abituale del contraente assicurato. Ciò significa presupporre che lo stesso contraente dell'assicurazione conosca così bene la legge sostanziale applicabile, da sapere altresì se sia ammissibile e a quali condizioni una scelta di legge. In tal caso, pare difficile qualificare la norma come protettrice della parte debole. Infatti, proprio per le sue caratteristiche il sottoscrittore di un contratto di assicurazione è giuridicamente meno esperto e pertanto non si può presumere una conoscenza giuridica così approfondita. Inoltre, l'assenza di limiti formali o sostanziali di origine comunitaria non impedisce l'esplicarsi del potere negoziale dell'assicurazione, che potrebbe imporre l'applicazione di qualsiasi legge, purché consentito dalla legge di residenza abituale del contraente. Pertanto, consentire un'ampia autonomia internazionalprivatistica solo sulla base della presunzione di conoscenza della legge applicabile non costituisce un modo efficace di tutela della parte debole, che si troverà comunque sottoposta alla volontà dell'assicurazione. In questi casi è rimessa ai singoli Stati membri la previsione di limiti adeguati all'esplicarsi dell'autonomia internazionalprivatistica.

La conoscenza della legge applicabile può essere presunta, con le debite precisazioni, nell'ambito dei contratti conclusi dal consumatore e in relazione al criterio del luogo di abituale

svolgimento dell'attività lavorativa[403]. Al contrario, la legge del luogo di assunzione è, verosimilmente, meglio conosciuta dal datore di lavoro e non è certo che il lavoratore conosca i diritti che gli derivano dall'applicazione di tale legge. Tale criterio di collegamento pare, pertanto, maggiormente favorevole alla parte forte del rapporto contrattuale.

Questa conclusione può tuttavia essere attenuata nella sua rigidità dalle seguenti considerazioni. In primo luogo si deve notare che il criterio di collegamento in discussione ha un campo di applicazione estremamente ridotto, dal momento che opera solo qualora non esiste un luogo principale di attività del lavoratore subordinato. Infatti, in una nota sentenza, la Corte di giustizia nell'esame dell'art. 5, n. 1 della Convenzione di Bruxelles, ha affermato che tale luogo può essere altresì individuato laddove il lavoratore ha un ufficio, dal quale organizza i suoi successivi viaggi e nel quale fa ritorno a seguito di ogni suo spostamento[404]. La stessa interpretazione può essere estesa anche nell'ambito della Convenzione di Roma, visti gli importanti legami esistenti fra questi due testi[405]; pertanto, la legge del luogo di assunzione dovrebbe essere raramente richiamata. Inoltre, proprio in questi casi sarà più facile per il giudice individuare un altro collegamento più stretto che consenta di non applicare una legge che appare così favorevole al datore di lavoro. L'eccezione prevista dall'art. 6 ha, quindi, un campo di applicazione piuttosto limitato.

Pertanto, l'obiettivo degli articoli 5 e 6 della Convenzione di Roma e delle direttive menzionate pare essere quello di localizzare il rapporto secondo il metodo tradizionale, ma scegliendo un criterio di collegamento che, seppur rigido, sia maggiormente favorevole a una delle due parti[406]. Questo metodo, come rilevato, appare ben distante dalle norme di conflitto a finalità materiale.

Con ciò non si vuole negare che le disposizioni richiamate abbiano una finalità di carattere materiale, ma pare che le considerazioni sostanziali non abbiano avuto un peso tale da poter costituire delle condizioni per il funzionamento delle norme di conflitto. La finalità non si è espressa secondo il metodo tradizionalmente utilizzato. Gli articoli 5 e 6 e le direttive sui servizi

---

[403] Deve rilevarsi che si tratta di una mera presunzione di conoscenza, dal momento che non è possibile indagare circa le effettive conoscenze giuridiche della parte debole. Si noti, tuttavia, che la legge di residenza abituale del consumatore è, almeno, più facilmente conoscibile da parte del contraente debole (v. *supra*, cap. introduttivo, par. 5). Quanto al lavoratore, si rinvia a quanto già detto *supra*, cap. I, par. 5.3, spec. nota 125.

[404] Corte di giustizia 13 luglio 1993, causa C-125/92, *Mulox*, in *Racc*. I-4085; Corte di giustizia 9 gennaio 1997, causa C-383/95, *Rutten*, in *Racc*. I-57; per una recente applicazione italiana di questa giurisprudenza: Corte d'appello di Venezia, 26 aprile 2005, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2006, p. 746.

[405] La stessa Corte di giustizia ha rilevato la stretta connessione fra la Convenzione di Bruxelles e quella di Roma, e ha interpretato le disposizioni della prima alla luce della seconda, proprio nell'ambito del contratto di lavoro. Si veda la sentenza *Ivenel*, cit.

[406] L'analisi a nostro avviso più completa è offerta da POCAR F., *La protection de la partie faible en droit international privé*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 1984, tomo 188, spec. p. 392.

assicurativi cercano piuttosto di contemperare due esigenze, la prima, quella di individuare una legge che sia significativamente collegata con la fattispecie, la seconda, quella di garantire una sufficiente tutela alla parte contrattuale debole[407]. La formulazione di queste disposizioni non è stata ispirata solamente dalla volontà di tutelare la parte debole, ma altri fattori sono, infatti, entrati in gioco. Così, non solo si è scelto di indicare una legge strettamente collegata alla fattispecie, ma si è individuata una legge comunque prevedibile per la parte forte; inoltre, la rigidità consente di assicurare il principio della certezza del diritto. Per quanto attiene il contratto di lavoro, come si è visto[408], sono subentrate anche ulteriori considerazioni, quali la coerenza della disciplina di tutti i contratti di lavoro conclusi dallo stesso datore di lavoro, nonché la non discriminazione fra prestatori che svolgono la loro attività a favore dello stesso soggetto.

Non si sono, allora, passivamente accolti i criteri di collegamento tradizionali in materia contrattuale, quali il luogo di conclusione o di esecuzione del contratto[409], ma se ne è adottato uno nuovo, che cerca di avvicinarsi alle esigenze della parte debole e che funge da correttivo alla teoria savignana. Inoltre, la formulazione delle commentate disposizioni della Convenzione di Roma consente di superare l'incertezza che è insita nelle norme di conflitto alternative[410]. Infatti, in tali casi, fino al momento dell'individuazione della legge concretamente applicabile da parte del giudice, le parti non sapranno a quale legge il loro rapporto è sottoposto, creando così una situazione di grave incertezza. Invece, attraverso la localizzazione della fattispecie, si recupera uno dei più importanti vantaggi della teoria classica, quello della prevedibilità, perché il criterio di collegamento risulta rigidamente predeterminato. Inoltre, per quanto attiene il contratto concluso dal consumatore, si garantisce a quest'ultimo l'applicazione della legge che in ogni caso avrebbe regolato il contratto, anche se non fosse stato qualificabile come internazionale. Con questo si assicura, a nostro avviso, un'ampia tutela al consumatore: a questi risulta indifferente concludere un contratto interno ovvero internazionale, dal momento che la legge applicabile sarà sempre la stessa.

---

[407] MOHAMED MAHMOUD M.S., *op. cit.*, p. 188 rileva come non sarebbe stato necessario individuare un criterio di collegamento che corrisponda altresì alle necessità di localizzare il rapporto, se l'obiettivo unico fosse stato solo quello di tutelare la parte contraente debole. GAUDEMET - TALLON H., *Le pluralisme en droit international privé*, cit., p. 247 afferma che le disposizioni in esame si pongono l'obiettivo di garantire la conoscibilità della legge applicabile da parte del contraente debole.

[408] V. *supra*, cap. I, par. 5.3.

[409] POCAR F., *La protection de la partie faible*, cit., p. 386 individua i motivi per i quali questi criteri di collegamento non consentono affatto di tutelare la parte più debole. Secondo LECLERC F., *op. cit.*, p. 413 il luogo di conclusione del contratto si rivela del tutto inidoneo ai fini della tutela del contraente debole, perché facilmente manipolabile dalla parte forte; inoltre, il collegamento operato sulla base del luogo di esecuzione del contratto non necessariamente conduce a una disciplina sostanziale favorevole, proprio per la sua astrattezza.

[410] LOUSSOUARN Y., BOUREL P., DE VAREILLES-SOMMIERES P., *Droit international privé*, 2004, Paris, p. 189.

La mancata presa in considerazione di esigenze di tipo materiale ha suscitato alcune critiche in dottrina[411]. Una prima preoccupazione è sorta, negli anni subito successivi alla ratifica della Convenzione, proprio con riferimento all'ordinamento all'italiano, che all'epoca conosceva una disciplina piuttosto arretrata in relazione ai contratti di consumo[412]. Tuttavia, a seguito dell'ampia armonizzazione operata dal diritto comunitario, a partire dagli anni '90 anche gli Stati meno sensibili a queste esigenze hanno introdotto una legislazione sociale importante. Pertanto, se la legge richiamata dagli articoli 5 e 6 è una legge di uno Stato membro, si può presumere che la parte debole troverà comunque una sufficiente tutela di carattere materiale.

Il problema può continuare a porsi nei casi in cui la Convenzione di Roma richiami una legge di uno Stato non membro. In tali ipotesi, per garantire l'applicazione di uno *standard* minimo di tutela – in armonia con le stesse politiche comunitarie[413] - possono trovare spazio gli istituti delle norme di applicazione necessaria e dell'ordine pubblico, come correttivi alla rigidità della norma di conflitto[414].

Queste due eccezioni al normale operare delle norme di conflitto hanno una particolare rilevanza nell'ambito degli articoli 5 e 6 della Convenzione di Roma non solo quando la legge applicabile sia quella di un Stato terzo. Una tale rilevanza è elemento che suffraga la tesi della lontananza di queste disposizioni dal metodo di conflitto a finalità materiale[415].

Per quanto attiene l'operatività delle norme di applicazione necessaria, è chiaro che il giudice sarà indotto a farne applicazione ogniqualvolta la *lex fori*[416] o una legge di un altro Stato[417], ma significativamente collegata, preveda un sistema materiale di tutela più avanzato della *lex causae*. Si noti che, se la legge del luogo della sede del professionista/imprenditore o

---

[411] ALPA G., BESSONE M., *La Convenzione di Roma sulla legge applicabile in materia di obbligazioni. Aspetti civilistici*, in *La Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, cit., p. 96; POCAR F., *La protection de la partie faible*, cit., p. 394; SALVADORI M.M., *La protezione del contraente debole (consumatori e lavoratori) nella Convenzione di Roma*, in *La Convenzione di Roma sul diritto applicabile ai contratti internazionali*, cit., pp. 133 e 146; RUSCELLO F., *Commento all'art. 5*, in *Convenzione sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma 19 giugno 1980)*, cit., p. 976; TONOLO S., *I criteri di collegamento accolti dalla Convenzione di Roma*, in *La legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, cit., p. 210; VILLANI U., *op. cit.*, p. 142; BOSCHIERO N., *Verso il rinnovamento,* cit., p. 403.

[412] V. *supra*, cap. I, nota 148.

[413] V. *infra*, cap. IV, par. 5.

[414] Si noti che la proposta di regolamento "Roma I" introduce la nozione di *disposizione imperativa di diritto comunitario* (art. 3, par. 5), che consentirebbe di applicare le disposizioni direttamente efficaci delle direttive sui contratti conclusi dal consumatore anche quando sia applicabile la legge di uno Stato terzo. Si veda meglio *infra*, cap. IV, par. 3.4.

[415] Si veda *supra*, par. 2.3, dove si è rilevato che tali istituti dovrebbero avere un ruolo meramente marginale nell'ambito del metodo in esame.

[416] Si noti, tuttavia, che la *lex fori* e la *lex causae* spesso coincideranno: si veda infra, par. 5.

[417] La parte debole può fare riferimento all'art. 7, par. 1 della Convenzione di Roma, ma si deve ricordare che in questo caso la discrezionalità del giudice è più ampia, dal momento che dovrà verificare le conseguenze dell'applicazione – o della non applicazione – delle norme dello Stato terzo nel caso di specie.

del datore di lavoro stabilisse una legislazione sociale particolarmente avanzata, questa potrebbe avere titolo ad applicarsi, in maniera parziale o totale, come norma di applicazione necessaria ai sensi dell'art. 7, par. 1[418]. Una tal soluzione riuscirebbe a garantire un'importante tutela di carattere sostanziale alla parte debole, senza pregiudicare gli interessi dell'altra parte, la quale, presumibilmente, avrà già cercato di adeguare il proprio comportamento alla più severa disciplina dello Stato in cui esercita la propria attività.

Anche l'eccezione di ordine pubblico può avere un campo di applicazione relativamente importante. Difficilmente esso può essere invocato nei confronti di legislazioni di Stati membri dell'Unione, dal momento che, proprio grazie all'armonizzazione, almeno i principi fondanti sono comuni. Pertanto, si ritiene di poter escludere che l'applicazione di una legge di uno Stato membro produca degli effetti manifestamente incompatibili con l'ordine pubblico del foro. Tuttavia, una tale eccezione può aver rilevanza qualora la legge applicabile sia quella di uno Stato terzo, la quale non riconosca alcuna tutela a consumatori e lavoratori. E' quanto pare essersi verificato nel caso *Bottoni*[419]- , nel quale la Corte ha rifiutato di applicare a un rapporto di lavoro il diritto statunitense in quanto non avrebbe garantito, ad avviso dell'organo giudicante, la reintegrazione nel posto di lavoro a seguito di licenziamento senza giusta causa[420].

Si noti che le presenti osservazioni conservano la loro validità anche in riferimento al progetto di regolamento "Roma I". Infatti, i criteri di collegamento applicabili in mancanza di scelta ai contratti conclusi dalle parti deboli non si modificherebbero, mantenendosi così la stessa struttura delle disposizioni. Si deve rilevare, tuttavia, che l'attuale proposta meglio determina il campo di applicazione delle due disposizioni. In particolare, l'art. 5, par. 2 ampia il suo campo di applicazione a tutte le tipologie di contratti conclusi da consumatori; inoltre, chiarisce che il contratto deve essere concluso con un professionista, cioè con un soggetto "*che agisce nell'esercizio della sua attività professionale*"; quindi, risulta sufficiente che la parte forte abbia diretto le sue attività nello Stato di residenza del consumatore, rendendo così la disposizione applicabile anche ai casi in cui la parte debole compia degli acquisti in un altro Stato, diverso da quello della propria residenza, indipendentemente dalla sollecitazione dello

[418] Resta il dubbio circa la qualificazione come norme di applicazione necessaria di specifiche discipline sulla tutela di alcune parti deboli. Si ritiene che non tutta la legislazione di questo tipo possa essere *in quanto tale* qualificata come di applicazione necessaria, nonostante il fatto che determinate esigenze di protezione siano fortemente avvertite a livello sociale. Tuttavia, non pare lecito dubitare del fatto che alcune disposizioni, anche fortemente protettive, possano essere considerate di applicazione necessaria in alcuni Stati membri e che esse possano entrare nell'ambito dell'art. 7 della Convenzione di Roma.

[419] Corte di Cassazione, sezione lavoro, 11 novembre 2002, n. 15822, in *Foro italiano*, 2003, I, 484.

[420] Si ricordi tuttavia che la Corte di Cassazione italiana non ha esaminato quali fossero gli effetti dell'applicazione della legge straniera nell'ordinamento interno, così mancando un passaggio fondamentale antecedente l'operatività dell'eccezione dell'ordine pubblico

stesso professionista[421]. La proposta della Commissione prevedeva, inoltre, una disposizione a tutela della parte forte, inconsapevolmente ignaro di quale sia la residenza abituale del consumatore: in tal caso non avrebbe operato il criterio di collegamento individuato dall'art. 5, par. 2[422]. La disposizione è venuta meno nei testi successivi elaborati dal Parlamento e dal Consiglio; una tale precisazione sarebbe comunque rilevante nei contratti conclusi a distanza, particolarmente nel commercio elettronico[423], in quanto idonea a tutelare quel professionista che abbia, ad esempio, ricevuto notizie false dal consumatore, pur avendogli correttamente e in buona fede richiesto le necessarie informazioni personali. In un siffatto caso non pare opportuno continuare a garantire l'applicabilità della legge di residenza abituale del consumatore, dal momento che questi si è comportato in modo scorretto[424]. Maggiore tutela sarebbe, infatti, giustamente accordata al professionista che, nonostante la sua buona fede e la sua correttezza nella contrattazione, non abbia ricevuto informazioni precise da parte del consumatore.

Di modesta portata paiono le innovazioni previste per quanto attiene il contratto di lavoro, soprattutto se dovesse approvarsi il testo come emendato dal Parlamento europeo. Infatti, sono

---

[421] Questa circostanza pare, invece, esclusa dall'attuale formulazione dell'art. 5, par. 2 della Convenzione di Roma, dal momento che si richiede che il consumatore abbia compiuto gli atti necessari alla conclusione del contratto nel proprio Stato di residenza.

[422] Il successivo par. 3 specifica con maggior grado di dettaglio le tipologie di contratti esclusi dall'art. 5. Si veda: PIZZOLANTE G., *I contratti con i consumatori nella proposta di regolamento sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2006, p. 987. Il catsalogo è stato parzialmente modificato dal documento presentato dal Consiglio il 25 giugno 2007 e dal parere del Parlamento del 21 novembre 2007.

[423] Ci si permette di rinviare a un nostro breve lavoro sul punto: MARINO S., *Il commercio elettronico tra legge applicabile e giudice competente*, in *La legge applicabile ai contratti nella proposta di regolamento "Roma I"*, a cura di Franzina P., 2006, Padova, p. 161; un'analisi particolarmente approfondita è offerta da FALLON M., MEEUSEN J., *Le commerce électronique, la directive 2000/31/CE et le droit international privé*, in *Revue critique de droit international privé*, 2002, p. 435. LECLERC F., *op. cit.*, p. 498 dubita del fatto che il consumatore, che abbia personalmente contattato il professionista avente sede in un altro Stato membro, o che abbia acquistato *on line*, sia meritevole di tutela, in quanto consapevole degli elementi di estraneità presenti nel rapporto. Questa conclusione non ci pare del tutto in linea con l'obiettivo che l'Autore si è posto, quello di trovare la legge sostanzialmente più favorevole al consumatore, in quanto l'acquirente "attivo" perderebbe la massima tutela così predisposta per il solo fatto di aver avuto bisogno di contattare un professionista. La stessa conclusione non è accettabile a maggior ragione nemmeno alla luce dello scopo che, a nostro avviso, deve avere la norma di conflitto quando un contraente sia debole, perché non pare giustificato il fatto che tale parte debba perdere il vantaggio derivante dall'applicazione della legge della propria residenza. Questa disposizione sparisce nel citato documento del Consiglio del 25 giugno 2007 e negli emendamenti apportati dal parlamento europeo.

[424] Qualora dovesse verificarsi tale caso, la proposta di regolamento non indica quale sia la legge applicabile. Si ritiene di dover, allora, far riferimento alle norme generali, quindi agli articoli 3 e 4. Pertanto, si potrebbe ritenere che a tali condizioni sia ammissibile una scelta di legge applicabile, apparentemente esclusa nell'ambito dell'art. 5 (si veda *infra*, cap. IV, par. 3); in mancanza, il contratto sarebbe regolato dalla legge di residenza abituale del venditore ai sensi dell'art. 4, par. 1, lett. a), con un'inversione del criterio adottato nell'art. 5. E' interessante notare che l'art. 7 del Progetto di Convenzione dell'Aja sulla competenza e il riconoscimento in materia civile e commerciale del 2001 (consultabile sul sito www.hcch.net) stabilisse, sebbene in parentesi, un'eccezione all'applicabilità delle disposizioni a tutela del consumatore analoga a quella presente nella proposta di regolamento "Roma I".

solo precisati i rapporti fra lavoro subordinato e lavoro distaccato[425], coordinandosi così le previsioni dell'attuale Convenzione con quelle della direttiva 96/71. Inoltre, rimarrebbe ancora irrisolta la questione della legge applicabile al rapporto di lavoro eseguito in un territorio non soggetto a sovranità statale, per la quale la Commissione aveva proposto l'applicazione della legge del luogo della sede che ha proceduto all'assunzione (art. 6, par. 2, lett. b)). Infine, anche il criterio del collegamento più stretto come correttivo nei casi in cui il principio di prossimità non sia sufficientemente rispettato rimane applicabile. Pertanto, la proposta di regolamento, non riesce a risolvere la maggior parte delle problematiche che erano rimaste dubbie nella dottrina e nella giurisprudenza in relazione al proprio campo di applicazione.

Infine, in riferimento al contratto di assicurazione, l'art. 5*bis*, par. 3 del testo adottato dal regolamento stabilisce che la legge applicabile è quella di situazione del rischio, quando non si tratti di assicurazioni grandi rischi, riassicurazioni o assicurazioni obbligatorie, eliminandosi così il criterio del collegamento più stretto per i contratti diversi dalle assicurazioni vita. Il par. 5 riprende le stesse definizioni di luogo di situazione del rischio di cui alla dir. 88/357: ne consegue che, fuori dai contratti nominati, è ancora applicabile la legge del luogo di residenza abituale del contraente. Pertanto, l'inserimento di tale articolo nella struttura del regolamento "Roma I" consentirebbe di estendere le riflessioni proposte finora ai contratti di consumo e di lavoro a tutti i contratti di assicurazione[426].

3.2 I contratti di *franchising* e di distribuzione

Conclusivamente si deve rilevare che il progetto di regolamento pare inserire due nuove figure di parti contrattuali deboli, il *franchisee* e il distributore. La proposta non prevede una disciplina così completa e specifica come per le due tradizionali categorie di contraente debole, il consumatore e il lavoratore, ma inserisce dei criteri di collegamento specifici all'art. 4; i contratti di *franchising* e di distribuzione diventano, così, tipici. Anche in tal caso le norme rilevanti sono caratterizzate da obiettivi di carattere materiale, ma il metodo utilizzato si basa pur sempre sulla localizzazione del rapporto. Viene, infatti, richiamata la legge della residenza abituale, rispettivamente, del *franchisee* e del distributore. La relazione al progetto riconosce che per queste due categorie di contratti sono sorte le maggiori difficoltà da parte della giurisprudenza e della dottrina per l'individuazione della prestazione caratteristica[427], ma che,

[425] V. *supra*, cap. I, par. 5.3.
[426] Si ricordi che l'art. 5*bis* viene meno nella relazione del Parlamento.
[427] Si vedano in particolare le dettagliate opere di MAGAGNI M., *La prestazione caratteristica nella Convenzione di Roma del 19 giugno 1980*, 1989, Milano e di ANCEL M.E., *La prestation caractéristique du contrat*, 2002, Paris.

tuttavia, "*il diritto comunitario sostanziale protegge il* franchisee *e il distributore come parti deboli*"[428], dal momento che si trovano in una situazione di dipendenza economica rispetto alla controparte. Ne consegue implicitamente che anche il diritto internazionale privato deve tutelare questi soggetti. Pertanto, l'individuazione di un criterio specifico consente di evitare che tali contratti siano regolati dalla legge avente il collegamento più stretto con la fattispecie – dal momento che una prestazione caratteristica non pare sicuramente determinabile – e li sottrae dall'incertezza e dalla imprevedibilità che derivano dall'applicazione del principio di prossimità.

Il criterio di collegamento individuato viene precisato dall'art. 18 della proposta, modificato dalla relazione approvata dal Parlamento, nel senso che per residenza abituale di società, associazioni e persone giuridiche deve intendersi il luogo in cui si trova la loro amministrazione centrale; invece, qualora il contratto sia concluso da una persona fisica nell'esercizio della propria attività professionale, la residenza abituale coincide con il luogo di attività principale. La legge così individuata è quella che con maggiori probabilità è conosciuta dalla parte considerata debole, esattamente a quanto avviene per il consumatore. Infatti, qualora *franchisee* e distributore siano persone fisiche, sarà applicabile quella legge alla quale essi conformano quotidianamente il loro comportamento professionale, dal momento che il collegamento si effettua con la legge del luogo in cui essi svolgono la loro attività principale[429].

Forniscono un quadro completa della dottrina e della giurisprudenza francese: LECLERC F., *op. cit.*, p. 152; HUET A., *nota a Cour de Cassation, 15 mai 2001*, in *Journal de droit international*, 2001, p. 1123. In giurisprudenza, per le diverse posizioni assunte: Landgericht Dortmund 8 April 1988, in *Iprax*, 1989, p. 51; Hoge Raad 23 mei 1998, n. 16439, *Elinga BV v. British Wool International Ltd*, in *Nederlands Internationaal Privaatrecht*, n. 288, 1998; Cour de Cassation, 1er Ch. Civ., 6 février 2000, in *Revue critique de droit international privé*, 2000, p. 149; Cour de Cassation, 1er Ch. Civ., 15 mai 2001, in *Journal de droit international*, 2001, p. 1121; Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 11 giugno 2001, n. 7860, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2002, p. 157; Cour de Cassation, 1er Ch. Civ., 25 novembre 2003, in *Journal de droit international*, 2004, p. 1179 (pare essere il consolidamento in Francia della corrente che ritiene prestazione caratteristica quella della fornitura della merce: si veda ANCEL M.E., *nota alla sentenza*, *ivi*, p. 1180; LAGARDE P., *Remarques sur la proposition de règlement de la Commission européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)*, in *Revue critique de droit international privé*, 2006, p. 339). Recentemente, la Corte di Cassazione, sulla base della struttura del contratto in esame, ha affermato che: "*nei contratti di distribuzione commerciale, la prestazione caratteristica va identificata (per il suo carattere specifico) nella fornitura della merce, da cui dipende la successiva attività di distribuzione del prodotto.*" (Corte di Cassazione 4 maggio 2006, n. 10223, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2007, p. 194). FERRIER D., *La franchise internationale*, in *Journal du droit international*, 1988, p. 649 espone le diverse teorie quanto all'applicabilità della legge della sede del *franchisee* piuttosto che del *franchisor*.

[428] Si ricordi che nella sentenza *Benincasa* (Corte di giustizia 20 febbraio 1997, causa C-269/95, in *Racc*. I-37679) la Corte aveva escluso che un soggetto, che stesse per intraprendere un'attività di *franchising*, potesse essere considerato consumatore ai fini della Convenzione di Bruxelles.

[429] L'art. 18 non compare nella proposta presentata dalla Commissione. Essa appare, invero, opportuna, anche ai fini che si stanno ora discutendo, perché consente una maggiore tutela di *franchisee* e distributore, se persone fisiche. Infatti, se il collegamento fosse stato operato con la legge della residenza abituale della persona fisica, in primo luogo sarebbe stata applicabile una legge non significativamente collegata con la fattispecie in tutti i casi in cui vi fosse scissione fra la residenza e il luogo di esercizio dell'attività da parte del *franchisee* e distributore.. Inoltre, non sarebbero state sufficientemente garantite nemmeno le esigenze di protezione. Infatti, queste parti conformano l'esercizio della loro attività imprenditoriale alla legge del luogo in cui essi la svolgono, e non a quello

Qualche dubbio può sorgere nel caso in cui queste parti assumano veste collettiva. Infatti, in questi casi, non necessariamente l'amministrazione centrale – criterio di collegamento giuridico – coincide con il luogo di svolgimento dell'attività[430]. Tuttavia, non si può ritenere che *franchisee* e distributore, organizzati in forma associativa, non conoscano del tutto la legge del luogo ove essi hanno fissato la loro amministrazione centrale; inoltre, anche in una tale condizione di ignoranza, sarebbe per loro più facile conoscerne il contenuto rispetto ad altre leggi potenzialmente in conflitto, in quanto essi già si trovano fisicamente in quello Stato, e la necessaria consulenza legale sarà accessibile e non eccessivamente dispendiosa. Inoltre, una persona giuridica è considerata dal diritto comunitario meno bisognosa di tutela, per cui, anche se appartenente a una categoria debole, non sarebbe necessario apprestare la stessa protezione prevista per le persone fisiche e quindi individuare comunque la legge *più* prossima alla parte debole[431].

Diversamente dalla figure contrattuali deboli tipiche – consumatore, lavoratore, assicurato – questi due nuovi soggetti sono comunque dei professionisti; essi possono considerarsi deboli per il fatto che non hanno lo stesso potere contrattuale del *franchisor* e della casa madre, con la conseguenza di dover accettare delle clausole sfavorevoli pur di iniziare la loro attività. Tuttavia, non necessariamente si tratta di soggetti giuridicamente poco esperti come il consumatore o il lavoratore: essi sono operatori nel mercato e conosceranno quantomeno la disciplina relativa all'esercizio della loro attività. Pertanto, essi potrebbero essere considerati meno bisognosi di protezione rispetto alle figure classiche di contraente debole, le quali paiono essere considerate del tutto sprovviste di un qualsiasi bagaglio di conoscenze giuridiche e pertanto sostanzialmente prive di una qualsiasi autonomia contrattuale sostanziale.

---

dello Stato in cui essi risiedono. Pertanto, non sarebbe stata garantita nemmeno la conoscenza della legge applicabile, dal momento che la legge della residenza abituale non rileverebbe ai fini professionali e ben potrebbe essere, per questi aspetti, ignorata dalla parte debole.

[430] Basti qui pensare alla fattispecie nel caso *Centros* (Corte di giustizia 9 marzo 1999, causa C-212/97, *Centros*, in *Racc*. I-1495): l'attività imprenditoriale di una società registrata nel Regno Unito era svolta esclusivamente in Danimarca. La Corte di giustizia ha affermato che simili situazioni sono ammissibili e che costituiscono la logica conseguenza dell'esercizio dalla libertà di stabilimento garantita dal Trattato. Si può, più facilmente, pensare al caso di un distributore operante in più Stati membri, con sede in uno solo di questi.

[431] Si ricordi che anche nelle direttive di armonizzazione relative alla tutela del consumatore, questi è generalmente definito come una *persona fisica*, restando tali direttive inapplicabile alle persone giuridiche (si veda, ad esempio, art. 2, par. 1, n. 2 Direttiva 97/7/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 maggio 1997 riguardante la protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza, in *GU* n. L 144 del 4 giugno 1997, p. 19 e art. 2, par. 1, lett. d) Direttiva 2002/65/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 settembre 2002, concernente la commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori e che modifica la direttiva 90/619/CEE del Consiglio e le direttive 97/7/CE e 98/27/CE, in *GU* n. L 271 del 9 ottobre 2002, p. 16. Sulla nozione di consumatore come persona fisica si veda l'attento esame di: STRAETMANS G., *op. cit.*, p. 295.

Questa affermazione è confermata dalla disciplina sulla scelta della legge applicabile, che rimane libera per i contratti di *franchising* e di distribuzione, mentre è ancora condizionata al non pregiudizio delle disposizioni imperative della legge altrimenti applicabile per i contratti di consumo. Se ne deduce che tali nuove parti deboli hanno comunque la capacità e l'esperienza sufficiente per comprendere la portata giuridica di una clausola siffatta e le sue conseguenze, capacità che, invece, si presume assente nei consumatori[432].

Il fatto di non predisporre una disciplina esauriente come quella degli artt. 5 e 6 per *franchisee* e distributore è indice della consapevolezza che la loro posizione non può essere equiparata a quella delle figure classiche di contraente debole. Per un soggetto che ha delle conoscenze giuridiche sarebbe sufficiente predisporre una tutela che gli consenta di esercitare liberamente la propria autonomia negoziale, senza dover accettare la volontà contrattuale della parte più forte. *Franchisee* e distributore costituirebbero così due nuove figure di contraente debole, ma non così debole come il consumatore, il lavoratore e l'assicurato. La proposta di regolamento sembra aprire una zona intermedia fra contratto concluso fra parti in uguale posizione e contratto con la parte debole. Ne consegue una tutela *minima* a favore di *franchisee* e distributore che presenta i rilevati caratteri comuni con il contratto di consumo, ma che, per la restante disciplina, si rimette alle disposizioni comuni. Questa scelta appare quantomeno discutibile sul piano della politica del diritto. Non solo *franchisee* e distributore possono considerarsi professionisti che appartengono a questa categoria di soggetti, giuridicamente non inesperti ma con scarso potere contrattuale; nella medesima situazione si trova, ad esempio, anche il piccolo imprenditore, quando contratta con una grande impresa. Ne consegue che, volendo introdurre una terza tipologia di contraente, la scelta dei soli *franchisee* e distributore appare discriminatoria rispetto a un ampio numero di piccoli imprenditori che si trovano pressoché nella stessa situazione di fatto. Il progetto di regolamento non consente, evidentemente, alcuna estensione. Tuttavia, anche a voler pensare all'introduzione di una nuova categoria, a metà strada fra contratto di consumo e contratti conclusi fra parti dallo stesso potere negoziale, essa avrebbe inevitabilmente i contorni sfumati. Infatti, si dovrebbe di volta in volta valutare se la parte potenzialmente debole sia riuscita ad esercitare il suo potere contrattuale e a negoziare effettivamente l'accordo, piuttosto che limitarsi a sottoscrivere un contratto già determinato da altri. Questa valutazione casistica dipenderebbe essenzialmente dalla sensibilità del giudice e ne risulterebbe una grandissima incertezza del diritto; le parti non saprebbero qual

[432] Come si vedrà meglio *infra*, cap. IV, par. 3.4, la proposta di regolamento "Roma I" presentata dalla Commissione suggeriva di eliminare del tutto la possibilità di scelta nei contratti di consumo. A seguito degli emendamenti del Parlamento, tale facoltà ritorna, con gli stessi limiti esistenti oggi nella Convenzione di Roma.

è la legge applicabile al loro rapporto se non dopo l'insorgere della controversia e l'instaurazione del processo, con i conseguenti gravi problemi che potrebbero insorgere nel precedente momento dell'esecuzione del contratto.

4. La tutela della parte contrattuale debole nell'individuazione del giudice competente

Come si è già accennato[433], la struttura della norma attributiva di competenza giurisdizionale è diversa da quella della norma di conflitto che consente di individuare la legge applicabile al rapporto.

Ci interessa rilevare ora un'ulteriore caratteristica. Sia la determinazione della giurisdizione, sia l'individuazione della legge applicabile costituiscono evidentemente delle questioni preliminari al procedimento giurisdizionale, dal momento che solo una volta risolte queste problematiche, sarà possibile procedere all'esame del merito. Tuttavia, le norme di conflitto lasciano aperto il dubbio circa la disciplina sostanziale del rapporto, nel senso che dalla loro lettura non si è in grado di conoscere immediatamente quale sarà la regolamentazione degli interessi nel caso concreto. Diversamente avviene per le norme sulla giurisdizione, le quali indicano immediatamente i giudici dotati di competenza internazionale. Il fatto che la norma di conflitto individui come applicabile la legge dello Stato di residenza abituale del consumatore non dice ancora nulla sulla disciplina concreta, soprattutto perché potrebbero intervenire i limiti dell'ordine pubblico e delle norme di applicazione necessaria a modificare il contenuto della *lex causae*; invece, la norma che attribuisce giurisdizione risolve già un problema *materiale*, ovvero quello della determinazione del giudice da adire[434]. Questa differenza, apparentemente scontata, ha una grande rilevanza ai nostri fini.

Infatti, la norma sulla competenza giurisdizionale ci consente di conoscere immediatamente quale sarà il risultato che l'applicazione della norma stessa comporta, cioè l'attribuzione di competenza a un – o più, ma sempre in numero ragionevolmente limitato – giudice; invece, la norma di conflitto determinerà una e una sola legge applicabile, ma, nonostante questa maggior precisione, non sarà possibile aver chiaro fin dall'inizio quali saranno le effettive conseguenze dell'applicazione di tale legge. Come si diceva nel precedente paragrafo, individuare come competente la legge della residenza abituale del consumatore non

[433] V. *supra*, cap. I, parr. 1 e 2.

[434] Questa differenza è stata tanto esaltata da alcuni Autori, che essi denominano le norme sulla competenza *regole materiali*, proprio perché risolvono direttamente ed immediatamente un problema (VON OVERBECK A.E., *Les questions générales du droit international privé à la lumière des codifications et de projets récents*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 1982, tomo 176, p. 67; LOUSSOUARN Y., BOUREL P., DE VAREILLES-SOMMIÈRES P., *op. cit.*, p. 63).

significa che questa sia la disciplina che meglio riesce a tutelare gli interessi sostanziali della parte debole.

Invece, la norma sulla competenza giurisdizionale è, a nostro avviso, per sua stessa struttura maggiormente idonea a garantire una certa tutela della parte contraente debole, perché è più facilmente individuabile il risultato che si raggiunge applicando la norma stessa[435].

In primo luogo, deve ricordarsi che per *protezione della parte contrattuale debole* nell'ambito del diritto processuale civile internazionale si intende l'attribuzione di competenza giurisdizionale a un giudice che sia fisicamente prossimo alla parte debole[436].

La Convenzione di Bruxelles prima e il reg. n. 44/2001 oggi consentono all'assicurato, al contraente, al beneficiario dell'assicurazione e al consumatore di agire nel foro del proprio domicilio, e al lavoratore nel luogo in cui presta abitualmente la propria attività lavorativa[437]. Nei primi due casi si ammette eccezionalmente il *forum actoris*[438], giustificato dalle suddette

---

[435] Questa affermazione deve considerarsi sfumata per il fatto che le norme sulla competenza giurisdizionale non indicano sempre un solo foro competente, per cui resterà in capo all'attore la scelta del giudice da adire. Inoltre, sono generalmente ammissibili accordi di proroga fra le parti. Infine, negli ordinamenti di *common law*, l'applicazione della dottrina del *forum non conveniens* consente a un giudice competente di dichiarare la propria incompetenza per meri motivi di inidoneità dell'organo giudicante (v. *supra*, cap. I, note 48 e 49).

[436] V. *supra*, cap. introduttivo, par. 5.

[437] Si ricorda che ai sensi dell'art. 59 del regolamento, "*1. Per determinare se una parte ha il domicilio nel territorio dello Stato membro in cui è pendente il procedimento, il giudice applica la legge nazionale. 2. Qualora una parte non sia domiciliata nello Stato membro i cui giudici sono aditi, il giudice, per stabilire se essa ha il domicilio in un altro Stato membro, applica la legge di quest'ultimo Stato*". Inoltre, per quanto riguarda i contratti conclusi dal consumatore, si deve ricordare come il reg. n. 44/2001 ponga delle ulteriori condizioni di applicazione. Infatti, possono essere invocate le norme a protezione della parte debole se il contratto costituisca una vendita a rate di beni mobili materiali o un'operazione di credito connessa a un tale acquisto; per tutti gli altri contratti, è necessario che il professionista abbia diretto le proprie attività, con qualsiasi mezzo, verso lo Stato dei domicilio del consumatore (art. 15). L'art. 13 della Convenzione di Bruxelles richiedeva, altresì, che il consumatore avesse effettuato atti diretti alla conclusione del contratto nel proprio Stato di domicilio. Correttamente la Cour d'appel de Pau, nell'applicazione di tale disposizione, ha escluso l'applicabilità dell'art. 13 della Convenzione di Bruxelles a un contratto di *timeshare*, concluso da due cittadini francesi in Spagna e relativo a un bene immobile ivi situato (Cour d'appel de Pau, 1ere Ch., 24 septembre 2002, consultabile sul sito http://curia.europa.eu/common/recdoc/convention/fr/2005/31-2005.htm), e la Cour de Cassation ha raggiunto la stessa conclusione con riferimento a un contratti di compravendita di mobili da cucina, sottoscritto in Germania (Cour de Cassation, 1ere Ch. Civ., 12 julliet 2005, in *Journal de droit international*, 2006, p. 179). Si noti che, a differenza dell'art. 5, n. 1, affinché esista un contratto ai sensi dell'art. 13 della Convenzione (affermazione che pare valere anche per l'art. 15 reg. n. 44/2001), deve sussistere un rapporto sinallagmatico fra professionista e consumatore (Corte di giustizia 20 gennaio 2005, causa C-27/02, *Engler*, in *Racc.* I-481; qualche anno prima il Bundesgerichtshof era giunto ad opposta conclusione: Bundesgerichtshof 28 November 2002, in *Neue juristische Wochenschrift*, 2003, Heft 6, p. 426, pur tuttavia affermando che la competenza del giudice tedesco avrebbe potuto fondarsi anche sull'art. 5, n. 3 della Convenzione di Bruxelles).

[438] Nella recente sentenza *FBTO* (Corte di giustizia 13 dicembre 2007, causa C- 463/06, non ancora pubbl. in *Racc.*) la Corte ha chiarito l'interpretazione dell'art. 11, par. 2 reg. n. 44/2001. La disposizione stabilisce che: "*2. Le disposizioni di cui agli articoli 8, 9 e 10 sono applicabili all'azione diretta proposta dalla persona lesa contro l'assicuratore, sempre che tale azione sia possibile*". La sentenza ha particolare rilevanza, dal momento che legittima il *forum actoris* anche qualora ad agire sia la persona lesa. Il giudice *a quo* ha chiesto alla Corte se l'articolo dovesse interpretarsi nel senso che la persona lesa potesse proporre l'azione diretta nel suo Stato di domicilio, qualora l'assicuratore fosse domiciliato in un altro Stato membro. Secondo la Corte: "*Si deve rilevare, al riguardo, che quest'ultima disposizione non si limita ad attribuire la competenza ai giudici del domicilio dei*

esigenze di tutela della parte debole, ma fortemente ed espressamente avversato in tutte le altre ipotesi[439].

La protezione accordata alle tre parti deboli non si ferma a questo. Si deve ricordare che le disposizioni relative ai contratti di assicurazione, a quelli conclusi dal consumatore e al rapporto di lavoro sono contenute rispettivamente in tre sezioni distinte del regolamento[440], che contengono una disciplina autonoma e speciale di tali tipologie di contratti[441]. L'attribuzione di competenza al giudice fisicamente più prossimo alla parte debole costituisce solo un elemento, anche se importante, di un più ampio sistema orientato alla sua tutela, ma non si esaurisce in esso.

Basti pensare che in tutti e tre i casi il contraente debole ha a disposizione una scelta di più fori alternativamente dotati di giurisdizione, fra i quali egli può scegliere secondo la propria maggior convenienza. Così, l'assicurato – nonché il beneficiario e il contraente dell'assicurazione – e il consumatore possono altresì agire davanti al giudice del domicilio dell'altra parte[442], il lavoratore davanti al giudice del domicilio del datore di lavoro, o davanti al luogo in cui è o era situata la sede in cui egli è stato assunto[443]. Il solo fatto di avere una – per

---

soggetti ivi elencati, ma che, al contrario, prevede la norma della competenza del domicilio dell'attore, riconoscendo in tal modo a detti soggetti la possibilità di citare l'assicuratore dinanzi al giudice del luogo in cui essi sono domiciliati. Così, interpretare il rinvio operato dall'art. 11, n. 2, del regolamento n. 44/2001 all'art. 9, n. 1, lett. b), del regolamento medesimo nel senso che consente alla persona lesa di agire in giudizio esclusivamente dinanzi ai giudici competenti in forza di quest'ultima disposizione, e cioè i giudici del domicilio del contraente dell'assicurazione, dell'assicurato o del beneficiario, si porrebbe direttamente in contrasto con il tenore letterale di detto art. 11, n. 2. Detto rinvio induce ad ampliare la sfera di applicazione di tale regola a categorie di attori, che agiscono in giudizio nei confronti dell'assicuratore, diverse dal contraente dell'assicurazione, dall'assicurato o dal beneficiario del contratto di assicurazione. Così, la funzione di tale rinvio consiste nell'aggiungere all'elenco degli attori, contenuto nell'art. 9, n. 1, lett. b), i soggetti che hanno subito un danno" (punti 25 e 26 della motivazione). Pertanto: "*Il rinvio effettuato nell'art. 11, n. 2, (...) all'art. 9, n. 1, lett. b), del regolamento medesimo deve essere interpretato nel senso che la persona lesa può proporre un'azione diretta contro l'assicuratore dinanzi al giudice del luogo dello Stato membro in cui è domiciliata, qualora una siffatta azione diretta sia consentita e l'assicuratore sia domiciliato nel territorio di uno Stato membro*" (dispositivo).

[439] La Corte di giustizia evita di interpretare le norme della Convenzione e del regolamento nel senso che esse possano giungere ad ammettere la competenza del giudice del domicilio dell'attore. In particolare, nell'interpretazione dell'art. 5, n. 3 della Convenzione, in materia di *delitti e quasi-delitti* (oggi *illeciti civili dolosi o colposi*), la Corte ha escluso che la locuzione *luogo in cui l'evento dannoso è avvenuto* possa essere interpretato nel senso che sia altresì competente il giudice del luogo in cui si sono verificati i danni meramente patrimoniali, perché questo luogo corrisponde quasi certamente con quello del domicilio dell'attore. In tal senso si veda: Corte di giustizia 19 settembre 1995, causa C-364/93, *Marinari*, in *Racc*. I-2721; Corte di giustizia 10 giugno 2004, causa C-168/02, *Kronhofer*, in *Racc*. I-6009.

[440] La Sezione 3 è rubricata *Competenza in materia di assicurazioni*, la 4 *Competenza in materia di contratti conclusi da consumatori*, la 5 *Competenza in materia di contratti individuali di lavoro*.

[441] Gli articoli 8, 15 e 18 fanno salvi esclusivamente gli articoli 4 e 5, n. 5 del regolamento, relativi, rispettivamente, alle norma sulla giurisdizione in caso di convenuto non domiciliato in uno Stato membro e al foro della succursale.

[442] Si ricorda che ai sensi dell'art. 60, par. 1: "*Ai fini dell'applicazione del presente regolamento una società o un'altra persona giuridica è domiciliata nel luogo in cui si trova: a) la sua sede statutaria, o b) la sua amministrazione centrale, oppure c) il suo centro di attività principale*".

[443] Si noti, tuttavia, come questo foro possa essere non del tutto favorevole al lavoratore. Se questi non presta abitualmente attività in un solo Stato membro, egli potrà scegliere solamente fra il giudice del domicilio del

quanto modesta – possibilità di scelta sul foro da adire costituisce un'ulteriore importante tutela della parte debole. Infatti, potrebbe per questi essere maggiormente conveniente agire in un luogo diverso da quello del proprio domicilio, nonostante i costi più elevati, ad esempio perché successivamente sarà più semplice e veloce procedere all'esecuzione forzata. Se questi motivi prevalgono sull'esigenza di condurre un procedimento giurisdizionale fisicamente vicino al proprio domicilio, allora la parte debole può rifiutare quello che pare essere in astratto il foro maggiormente idoneo, quello del proprio domicilio, appunto, ed adire un altro giudice[444].

La tutela non si arresta ancora. Le tre Sezioni rilevanti contengono delle disposizioni dalla medesima formulazione letterale (rispettivamente gli articoli 12, par. 1, 16, par. 2, 20, par. 1), secondo le quale la parte forte del rapporto contrattuale può agire contro l'assicurato, il consumatore e il lavoratore solamente nel *forum rei*. Pertanto, a fronte di una scelta posta a favore della parte debole, che comprende altresì il *forum actoris*, l'unico giudice competente a conoscere le controversie instaurate dall'assicurazione, dal professionista o dal datore di lavoro è quello del domicilio del convenuto[445].

Si ricordi, infine, che l'art. 6 dir. 96/71 stabilisce che "*per far valere il diritto alle condizioni di lavoro e di occupazione garantite all'articolo 3 può essere promosso un procedimento giudiziario nello Stato membro nel cui territorio il lavoratore è o era distaccato, ferma restando, se del caso, la facoltà di promuovere, in base alle convenzioni internazionali vigenti in materia di competenza giudiziaria, un procedimento giudiziario in un altro Stato*".

---

convenuto e quello della sede di assunzione, localizzando così la controversia piuttosto in prossimità del datore di lavoro. Una certa perplessità circa l'idoneità del foro dell'assunzione era già stata espressa dalla Commissione nelle osservazioni presentate nella causa *Six Constructions* (Corte di giustizia 15 febbraio 1989, causa 32/88, *Six Constructions*, in *Racc*. 341, spec. punto 13), in quanto non terrebbe conto della necessità di garantire la tutela al contraente più debole. La Corte ha rigettato la possibilità di utilizzare un tale criterio di collegamento, non previsto dall'art. 5, n. 1 della Convenzione di Bruxelles, ma per il fatto che la disposizione, avendo carattere eccezionale, non poteva essere interpretata estensivamente fino a ricomprendere un tal foro.

[444] Il regolamento (CE) n. 1896/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, che istituisce un procedimento europeo d'ingiunzione di pagamento, in *GU* n. L 399 del 30 dicembre 2006, p. 1, conferma la tutela accordata però al solo consumatore, stabilendo che il giudice competente è quello del luogo del domicilio del convenuto, quando questi è consumatore (art. 6, v. *supra*, cap. II, par. 6). Il caso opposto pare difficilmente realizzabile, dal momento che il campo di applicazione del regolamento è limitato alle controversie aventi per oggetto "*il recupero di crediti pecuniari per uno specifico importo esigibili alla data in cui si propone la domanda di ingiunzione*" (art. 4). L'art. 6 non fa che confermare il collegamento individuato dal reg. n. 44/2001, impedendo, però, qualsiasi accordo di proroga. Probabilmente le altre parti contrattuali deboli non sono state considerate per la maggior difficoltà negli accertamenti di fatto che generalmente comportano le controversie in materia assicurativa e lavorativa rispetto ai contratti di consumo, accertamenti che non sono compatibili con un procedimento accelerato come quello per ingiunzione.

[445] Si noti come la simmetria sia perfetta nel caso dei contratti di assicurazione e di consumo, nel senso che la parte debole può agire davanti al giudice del domicilio proprio e del convenuto, mentre la parte forte ha a disposizione solo il foro del convenuto, essendogli negata la possibilità di agire presso il giudice della propria sede. Una tale simmetria non sussiste nel contratto di lavoro, dal momento che il lavoratore ha a disposizione il foro del domicilio del convenuto e quello del luogo abituale di prestazione dell'attività, ma non quello del proprio domicilio, mentre solo in questo potrà essere convenuto.

Tale eccezione alla competenza giurisdizionale si fonda sugli stessi principi del reg. n. 44/2001. Infatti, anche la dir. 96/71 tende a garantire la prossimità fisica del lavoratore al giudice competente, con la conseguenza che si eviterebbero ulteriori spese per l'instaurazione di un giudizio all'estero. Lo Stato del distacco è il luogo in cui il lavoratore si trova fisicamente per un periodo di tempo determinato: qualora i diritti contemplati dalle disposizioni imperative sulle condizioni di lavoro dello Stato del distacco non fossero osservate, sarebbe assurdo costringere il lavoratore ad agire nel luogo di abituale svolgimento dell'attività ai sensi del reg. n. 44/2001, perché sarebbe scoraggiato all'azione. Più logico pare, invece, attribuire una competenza alternativa al giudice del luogo ove il lavoratore si trova in quel momento. Ugualmente pare corretto riconoscere tale competenza giurisdizionale per un solo certo tipo di domande, quelle che attengono più strettamente al lavoro eseguito in distaccamento, in primo luogo perché può esservi urgenza di tutelare i diritti del lavoratore, in secondo luogo perché il giudice dello Stato del distacco non pare il più idoneo a conoscere di tutte le controversie che dovessero sorgere nel corso dell'intero rapporto di lavoro, ivi comprese quelle che fossero sorte prima o dopo il distacco nel luogo di abituale svolgimento dell'attività lavorativa.

Evidente essendo la volontà di individuare un giudice competente che per motivi di prossimità fisica sia favorevole alla parte debole, ci si può chiedere se le disposizioni esaminate costituiscano norme a finalità materiale. La risposta è negativa se consideriamo la definizione tipica di questo tipo di norma fornita nel paragrafo 1. Infatti, la sola circostanza che sia adito un giudice fisicamente vicino alla parte debole non ci assicura circa il risultato che tale giudice raggiungerà, dal momento che la combinazione fra norme sulla giurisdizione e norme che individuano la legge regolatrice del rapporto potrebbero portare all'applicazione di una legge non favorevole alla parte debole.

Tuttavia, due caratteristiche di queste disposizioni possono condurre a ritenere che si possa parlare di norme di conflitto a carattere materiale, anche se non in senso tradizionale.

In primo luogo le stesse norme sulla giurisdizione sono fortemente condizionate dall'obiettivo sottostante, cioè l'individuazione di un giudice fisicamente vicino alla parte debole, tanto da legittimare il *forum actoris*, che, come visto, è un criterio avversato dal sistema del regolamento e dalla giurisprudenza della Corte di giustizia. Il sistema utilizzato è sempre quello localizzatore: il regolamento non impone una valutazione prognostica su quale sarà il giudice che emetterà la sentenza sostanzialmente più favorevole per la parte debole, attribuendo a questo la competenza, ma determina, secondo la struttura tipica della norma di conflitto nella teoria classica, più giudici astrattamente competenti. L'elemento rilevante che ci consente di

parlare di una finalità materiale, anche se in senso lato, è che la localizzazione stessa non avviene in modo astratto, ma – come avviene negli artt. 5 e 6 della Convenzione di Roma – sbilanciando il criterio di collegamento a favore di una delle due parti. Pertanto, l'obiettivo di facilitare l'azione e la difesa del contraente debole si inserisce nella norma sulla giurisdizione, influenzandone il criterio di collegamento.

In secondo luogo si deve rilevare che, a differenza degli artt. 5 e 6 della Convenzione di Roma, la struttura delle sezioni speciali si avvicina a quella tipica delle norme di conflitto a carattere materiale, come precedentemente delineata. Infatti, è stato sottolineato come viene attribuita alla parte debole una scelta fra più giudici alternativamente competenti. Spetta ad essa, sulla base dei suoi specifici interessi nel caso concreto, decidere quale giudice gli convenga adire. Essendo il sistema di determinazione della legge applicabile uniformato a livello comunitario, fra le ragioni che possono spingere il consumatore ad adire l'uno o l'altro dei giudici alternativamente competenti non rientra la legge che sarà presumibilmente applicata, dal momento che grazie alla Convenzione di Roma ciascun giudice dovrebbe giungere alla stessa soluzione. Vengono allora offerte più possibilità, la cui scelta spetta all'attore in quanto soggetto debole, sulla base di valutazioni che possono anche rivestire carattere meramente personale e che ciò nonostante assumono rilievo nel sistema del regolamento. Alla parte debole è lasciata la possibilità di scelta fra più fori predeterminati, in modo tale che essa possa individuare quello che sembra più adatto alle proprie specifiche esigenze, quindi o perché appare un giudice fisicamente vicino, o perché la sentenza emanata dal giudice adito potrà più facilmente essere eseguita, o perché più facile sarà il soddisfacimento dell'onere della prova. L'importanza della scelta fra più fori preventivamente individuati è sottolineata proprio dal fatto che una tale opportunità non è concessa alla parte forte, per la quale è stabilita, invece, una disposizione di carattere meramente localizzatore e ispirata al foro generale, il domicilio del convenuto. Il vantaggio attribuito alla parte debole è dato proprio dal fatto che è messa a sua disposizione una scelta fra giudici alternativamente competenti, che invece non è riconosciuta all'altra parte del contratto.

Conclusivamente si deve ricordare che la Corte di giustizia interpreta restrittivamente le disposizioni menzionate. Infatti, il sistema di tutela della parte debole costituisce un'importante deroga ai principi generali espressi dal regolamento, quali la competenza generale del *forum rei*. Pertanto, ogni eccezione deve essere interpretata restrittivamente sulla base della formulazione letterale della disposizione e del suo scopo. Particolarmente evidente risulta questo approccio nella definizione stessa di parte debole. Così, "*al fine di stabilire lo status di consumatore di una*

persona, nozione che va interpretata restrittivamente, occorre riferirsi al ruolo di tale persona in un contratto determinato, rispetto alla natura e alla finalità di quest'ultimo, e non invece alla situazione soggettiva di tale stessa persona"; "*un soggetto che ha stipulato un contratto relativo ad un bene destinato ad un uso in parte professionale ed in parte estraneo alla sua attività professionale non ha il diritto di avvalersi del beneficio delle regole di competenza specifiche previste dagli artt. 13-15 della detta convenzione, a meno che l'uso professionale sia talmente marginale da avere un ruolo trascurabile nel contesto globale dell'operazione di cui trattasi, essendo irrilevante a tale riguardo il fatto che predomini l'aspetto extraprofessionale*"[446]; in materia di contratto di assicurazione la Corte ha affermato che "*nei rapporti tra un riassicurato e il suo riassicuratore non è giustificata alcune tutela particolare. Le due parti del contratto di riassicurazione sono infatti professionisti del settore delle assicurazioni, e non si può presumere che l'uno si trovi in posizione di debolezza rispetto all'altro*"[447].

L'evidente scopo materiale degli articoli menzionati, costantemente messo in luce dalla giurisprudenza della Corte, conforta a ritenere che si tratta di norme che non si limitano a localizzare un giudice che presenti un certo collegamento con la fattispecie, ma fortemente caratterizzate dalla loro finalità, tanto, appunto, da potervisi riferire con la locuzione *norme sulla giurisdizione a finalità materiale*[448].

---

[446] Sentenza *Gruber*, cit., dispositivo. Si deve ricordare, altresì, che "*si deduce dalla lettera e dalla finalità di tali norme che esse contemplano esclusivamente il caso del consumatore finale privato, non impegnato in attività commerciali o professionali (...) che abbia concluso uno dei contratti enumerati dall'art. 13 e che sia parte processuale nell'azione esperita a norma dell'art. 14*" (sentenza *Shearson Lehmann Hutton*, cit., punto 22). Ne consegue che *"una persona giuridica che agisca in qualità di cessionaria dei diritti di un consumatore finale privato, senza essere direttamente parte di un contratto concluso tra un professionista ed un privato, non può vedersi riconoscere la qualità di consumatore ai sensi della Convenzione di Bruxelles, cosicché essa non può avvalersi degli artt. 13-15 di detta Convenzione. Orbene, tale interpretazione deve ugualmente valere in ordine ad un'associazione per la tutela dei consumatori, (...) che ha intentato un'azione di interesse collettivo per conto di questi ultimi*" (Corte di giustizia 1 ottobre 2002, causa C-167/00, *Henkel,* in *Racc*. I-8111, punto 33).

[447] Corte di giustizia 13 luglio 2000, causa C-412/98, *Group Josi*, in *Racc*. I-5925, punto 66 della motivazione.

[448] Contrariamente a LOUSSOUARN Y., BOUREL P., DE VAREILLES-SOMMIÈRES P., *op. loc. cit.*, non si vuole qui mettere in rilievo il fatto che le norme sulla giurisdizione risolvono direttamente il problema che ci si pone, quello della competenza giurisdizionale, mentre le norme di conflitto sulla legge applicabile sono solo uno strumento per arrivare alla soluzione - sostanziale – del problema. Questa circostanza è solo un elemento che ci consente di sottolineare come la tutela della parte debole sia tecnicamente più semplice in relazione all'individuazione del giudice competente, poiché pare sufficiente individuare quello fisicamente più vicino alla parte debole, ed eventualmente aggiungerne degli altri, alternativamente competenti, per consentire la scelta. Gli elementi che accomunano queste disposizioni con le norme di conflitto a carattere materiale sono lo scopo, lo strumento, consistente nella formulazione di una disposizione a struttura alternativa e la necessità di procedere a considerazioni anche di mera convenienza.

5. Convenzione di Roma e reg. n. 44/2001: una convergenza fra forum e ius per la tutela della parte debole?

E' evidente che i criteri di collegamento utilizzati dalla Convenzione di Roma e dalla Convenzione di Bruxelles, prima, e dal regolamento 44/2001, poi, sono molto simili sia nell'ambito dei contratti conclusi dal consumatore, sia nella sfera dei rapporti di lavoro subordinato; nonostante la complessità dei criteri di collegamento utilizzati dalle direttive sulle assicurazioni vita, in molti casi vi è anche coincidenza fra *forum* e *ius* per i contratti di assicurazione.

Inoltre, le revisioni alla Convenzione di Bruxelles e il reg. n. 44/2001 hanno avvicinato la formulazione dei pertinenti articoli a quella delle disposizioni della Convenzione di Roma e la proposta di regolamento "Roma I" compie l'ultimo passo verso l'uniformazione fra titoli di giurisdizione e criteri di collegamento.

Volendo soffermare la nostra attenzione sul solo diritto attualmente in vigore, si deve rilevare che la Convenzione di Roma limita il campo di applicazione dell'art. 5 ai soli contratti aventi ad oggetto la vendita di beni mobili materiali o di servizi, e ai contratti di finanziamento di tale fornitura, mentre il reg. n. 44/2001 amplia l'ambito della tutela del consumatore a tutti i contratti conclusi fra consumatore e professionista[449], purché le attività commerciali o professionali siano dirette verso lo Stato membro di domicilio del consumatore e il contratto rientri nell'ambito di tali attività. L'applicabilità dell'art. 5 della Convenzione è subordinata al soddisfacimento di tre condizioni alternative, menzionate *supra*[450], che vengono meno nel reg. n. 44/2001[451]. Il campo di applicazione dell'art. 5 del regolamento è, pertanto, più ampio della corrispondente disposizione della Convenzione di Roma, includendo il consumatore attivo che abbia proceduto alla conclusione del contratto in uno Stato diverso da quello della propria residenza abituale; si crea perciò una non totale corrispondenza dell'ampiezza della protezione garantita rispettivamente dalla Convenzione di Roma e dal reg. n. 44/2001.

Si deve notare che il progetto di regolamento "Roma I", nella definizione del campo di applicazione dell'art. 5, usa la stessa formulazione letterale dell'art. 15, par. 1, lett. c) del reg. n.

---

[449] Si noti che sia la Convenzione, sia il regolamento adottano la stessa definizione di consumatore, adottando pressoché la medesima formulazione letterale, quale persona che conclude il contratto *per un uso che possa considerarsi estraneo alla sua attività professionale* (art. 5, par. 1 Convenzione di Roma e art. 15 par. 1 reg. n. 44/2001). Non è definita la figura del professionista, la quale, tuttavia, può essere ricavata per implicito e *a contrario* come colui che conclude il contratto per un fine rientrante nella sua attività professionale o imprenditoriale. Questa è la definizione fornita invece dall'art. 5, par. 2 del progetto di regolamento "Roma I".

[450] V. par. 3.1.

[451] Qui la tutela è applicabile se il contratto ha ad oggetto la vendita di beni mobili materiali o il suo finanziamento, mentre per tutti gli altri contratti è sufficiente che il professionista abbia diretto, in qualsiasi modo, le proprie attività nello Stato di domicilio del consumatore.

44/2001, con un'importante precisazione: la norma è applicabile, purché il professionista non ignorasse "*il luogo di residenza abituale del consumatore e tale ignoranza non fosse imputabile ad una sua imprudenza*"; inoltre, questa disposizione verrebbe meno secondo il citato documento del Consiglio e la relazione del Parlamento europeo. Pertanto, se il testo della proposta di regolamento venisse approvato in questi termini – come da noi auspicato - , si creerebbe una – solo modesta e di non rilevante portata pratica – sfasatura fra i due regolamenti[452]; altrimenti, la coincidenza sarebbe pressoché totale.

L'ultima differenza che potrebbe rivestire un certo rilievo riguarda proprio il criterio di collegamento, che è la residenza abituale nella Convenzione di Roma e nel progetto di regolamento, e il domicilio nel reg. n. 44/2001. Essendo, tuttavia, il consumatore una persona fisica, si può affermare che nella maggior parte dei casi i due criteri coincidono, realizzandosi così una concordanza tra *forum* e *ius*.

Grande uniformità si riscontra anche per quanto attiene il campo di applicazione delle disposizioni relative al rapporto di lavoro e i criteri di collegamento individuati. Come noto, la stessa Corte di giustizia ha inizialmente interpretato l'art. 5, n. 1 della Convenzione di Bruxelles alla luce dell'art. 6 della Convenzione di Roma, stabilendo così un'eccezione alla giurisprudenza *Tessili*[453] e *de Bloos*[454], e un importante parallelismo tra giudice competente e legge applicabile, nel limitato ambito del contratto di lavoro[455]. Così, la coincidenza fra *forum* e

---

[452] Può sorgere ancora un problema nell'ambito dell'*e-commerce*, quello della conoscenza da parte dell'imprenditore della qualità di consumatore della controparte. JUDE J.M., *nota alla sentenza Gruber*, in *Revue critique de droit international privé*, 2005, p. 513, fa discendere dalla difficoltà dell'imprenditore di conoscere quale qualifica rivesta l'altro contraente la conseguenza che è questi a dover provare di aver agito come consumatore.

[453] Corte di giustizia 6 ottobre 1976, causa 12/76, *Tessili*, in *Racc.* 1473.

[454] Corte di giustizia 6 ottobre 1976, causa 14/76, *De Bloos*, in *Racc.* 1497. Si veda, specificamente, il punto 15 della sentenza *Ivenel*, cit., circa la concordanza fra *forum* e *ius* in materia di contratto di lavoro come mezzo di tutela del lavoratore. PUSTORINO P., *Observations sur les principes généraux opérant dans le droit international privé et procédural communautaire*, in *Revue du droit de l'Union européenne*, 2005, p. 133.

[455] Per un'analisi più completa delle modifiche apportate nel tempo alla Convenzione di Bruxelles e successivamente con l'approvazione del reg. n. 44/2001 si rinvia a: FOCSANEANU L., *Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, in *Revue du marché commun*, 1984, p. 487; KAYE P., *Civil jurisdiction and enforcement of foreign judgments*, 1987, London; VON OVERBECK A.E., *Interprétation traditionnelle de l'article 5.-1. des Conventions de Bruxelles et de Lugano: le coup de grâce?*, in *E pluribus unum*, cit., p. 287; BERAUDO J.P., *Le Règlement (CE) du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, in *Journal du droit international*, 2001, p. 1033; DROZ G.A.L., GAUDEMET – TALLON H., *La transformation de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 en Règlement du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, in *Revue critique de droit international privé*, 2001, p. 601; GAUDEMET - TALLON H., *Compétence et exécution des jugements en Europe. Réglement n. 44/2001, Conventions de Bruxelles et de Lugano*, 2002, Paris; MOSCONI F., *La giurisdizione in materia di lavoro nel regolamento (CE) n. 44/2001*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2003, p. 5; CARBONE S.M., *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni in materia civile e commerciale nello spazio giudiziario europeo: dalla Convenzione di Bruxelles al regolamento (CE) n. 44/2001*, in *Diritto processuale civile e commerciale comunitario*, a cura di Carbone S.M., Frigo M., Fumagalli L., 2004, Milano, p. 3;

ius pare quasi assoluta, anche in riferimento al progetto di Regolamento "Roma I"[456], dal momento che le condizioni di applicazione delle disposizioni rilevanti e i criteri di collegamento adottati sono gli stessi. Si noti, tuttavia, la possibile sfasatura che esiterebbe se il lavoratore adisse il giudice del luogo del domicilio del datore di lavoro, la cui legge, invece, non è richiamata come applicabile in quanto tale, ma solo se coincidente con la legge del luogo di abituale svolgimento dell'attività o di assunzione[457].

Particolare rilievo ha, ai fini del nostro esame, l'art. 6 della dir. 96/71, che si pone in parziale deroga ai titoli di giurisdizione di cui agli artt. 18 sgg. reg. n. 44/2001[458]. L'eccezione è costituita dal fatto che si attribuisce giurisdizione a un giudice che è capace di conoscere le sole controversie relative a un numero limitato di diritti, elencati all'art. 3. Questa disposizione enuclea le norme di applicazione necessaria dello Stato in cui il lavoratore presta la propria attività: per farne accertare la violazione, può essere adito lo stesso giudice del luogo dello Stato in cui il lavoratore è distaccato, realizzandosi così ancora una volta una concordanza fra *forum* e *ius*. La coincidenza pare in questo caso particolarmente rilevante, proprio perché il giudice è chiamato, in via eccezionale e senza poter estendere la propria cognizione all'intero rapporto di lavoro, a conoscere delle sole presunte violazioni delle norme di applicazione necessaria della propria legge, circostanza che può costituire per il lavoratore garanzia della loro corretta applicazione. Si noti, tuttavia, che si tratta di una deroga facoltativa, dal momento che la stessa disposizione fa salve altre convenzioni internazionali che prevedano diversi criteri di collegamento. Pur avendo i redattori della direttiva presente la Convenzione di Bruxelles, oggi il lavoratore potrà agire anche nei fori di cui al reg. n. 44/2001 per la tutela degli stessi diritti, disciplinati sempre dalla legge dello Stato di distacco. Questa soluzione potrebbe essere favorita dal lavoratore quando egli pone più domande al datore di lavoro, in modo tale da poter concentrare l'intera controversia davanti a un solo giudice. Si noti che tali norme, per il loro

---

MANSI F.P., *Il giudice italiano e le controversie europee*, 2004, Milano; BRIGGS A., REES P. (eds.), *Civil jurisdiction and judgments*, 2005, London, par. 2.84; GIACALONE G., *Il regolamento CE 44/2001 sulla competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle sentenze in materia civile e commerciale (cd. Bruxelles I)*, in *Diritto civile comunitario e cooperazione giurisdizionale civile*, a cura di Ambrosi I., Scarano L., 2005, Milano; STADLER A., *From the Brussels Convention to regulation 44/2001: cornerstones of a European law of civil procedure*, in *Common Market Law Review*, 2005, p. 1637; CARBONE S.M., *Lo spazio giudiziario europeo in materia civile e commerciale. Da Bruxelles I al regolamento CE n. 805/2004*, 2006, Torino; SALERNO F., *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel regolamento (CE) N. 44/2001 (La revisione della Convenzione di Bruxelles del 1968)*, 2006, Padova.

[456] V. *supra*, par. 3.1.

[457] La Convenzione di Roma si limita a stabilire l'applicabilità della legge del luogo di abituale svolgimento dell'attività lavorativa. Se il lavoratore dovesse aver cessato la propria attività, si potrebbe pensare di applicare comunque la legge del luogo in cui svolgeva il lavoro valorizzando la connessione esistente tra la Convenzione e il reg. n. 44/2001. In caso contrario, dovrebbe farsi ricorso al criterio suppletivo indicato dalla Convenzione.

[458] Sul punto si veda: PATAUT E., *Principe de souveraineté et conflits de juridictions*, 1999, Paris, p. 190.

carattere, possono essere applicate altresì dal giudice del luogo di abituale svolgimento dell'attività lavorativa ai sensi dell'art. 7, par. 1 della Convenzione di Roma[459].

L'analisi dei casi in cui può giungersi a una tale coincidenza per il contratto di assicurazione è maggiormente complessa e ci porterebbe a un'analisi particolare di tutte le tipologie di controversie che possono sorgere tra assicurazione, contraente, assicurato, beneficiario e terzo danneggiato. Infatti, come visto, diversi sono i fori alternativi posti dalla Sezione 4 del reg. n. 44/2001, e complesso è il sistema di individuazione della legge applicabile. Comunque si può tendenzialmente affermare che una coincidenza si può verificare con una certa probabilità nelle controversie tra assicurazione e contraente, indipendentemente da quale sia la parte attrice, dal momento che il giudice dotato di giurisdizione è quello del luogo del domicilio del contraente, la legge applicabile – in un ampio numero di ipotesi – quella della sua residenza abituale.

La conclusione per cui il sistema comunitario ricerca la coincidenza fra *forum* e *ius* non ci porta, tuttavia, a concludere che le disposizioni in esame costituiscano una manifestazione del metodo del *jurisdictional approach* o dell'applicazione generalizzata della *lex fori*. Come chiaramente messo in luce da una certa dottrina[460], secondo l'approccio tradizionale al metodo la legge interna è considerata applicabile in quanto *lex fori*, cioè indipendentemente dall'esistenza di una regola di conflitto. Questo non è il caso nelle norme analizzate nel presente paragrafo: la *lex fori* non è applicata in quanto tale, ma perché richiamata da una norma di conflitto di carattere bilaterale che, come visto, può anche portare all'applicazione di una legge diversa da quella del foro. Considerazioni in parte diverse possono farsi in relazione alla direttiva sul distacco dei lavoratori, ma tuttavia non pare che nemmeno in questo caso il diritto comunitario abbia utilizzato il metodo in esame. In primo luogo, la formulazione letterale dell'art. 6 fonda la competenza giurisdizionale in base alla legge applicabile e più precisamente, a causa dell'esistenza di norme di applicazione necessaria, stabilendo così un'inversione rispetto al *jurisdictional approach* che determina la competenza dell'autorità giudiziaria, facendone poi discendere automaticamente l'applicabilità della *lex fori*. Si deve tuttavia notare che il giudice del luogo del distacco è adito al solo scopo di veder applicata la legge del foro, e che egli non può applicare alcun'altra legge proprio perché la sua competenza è limitata; l'applicabilità della *lex fori* è strettamente collegata alla competenza giurisdizionale. Tuttavia, l'art. 3, par. 7 della

[459] Il documento del Consiglio del 25 giugno 2007 e la relazione del Parlamento europeo eliminano l'attuale art. 7, par. 1 della Convenzione di Roma. Sulle conseguenze di una tale scelta si veda *infra,*, cap. IV, par. 3.4.

[460] PICONE P., *Il metodo dell'applicazione generalizzata della* lex fori, in *La riforma italiana del diritto internazionale privato*, 1998, Padova, p. 371; ID., *Les méthodes de coordination entre les ordres juridiques en droit international privé*, cit., p. 143. Per un esame completo delle diverse teorie: LALIVE P., *op. cit.*, p. 154.

direttiva, facendo salve le condizioni di lavoro più favorevoli al lavoratore pare attenuare questa stretta interdipendenza fra competenza giurisdizionale e *lex fori*. Infatti, sembra potersi desumere che lo stesso giudice del luogo del distacco possa applicare altre leggi, strettamente connesse con il rapporto di lavoro – quali quella del luogo di abituale svolgimento dell'attività lavorativa – al fine di fornire una tutela ancora più pregnante al lavoratore. Questa conclusione sarebbe rafforzata dallo stesso art. 6, che richiama l'art. 3 nella sua integrità. Il fatto che possa, quindi, sussistere un conflitto di leggi, nonostante la stretta connessione esistente fra la competenza giurisdizionale e l'applicazione della *lex fori*, porta ad escludere che queste disposizioni siano manifestazione del *jurisdictional approach*.

Ci si deve chiedere, allora, se questa tendenziale coincidenza fra *forum* e *ius* sia idonea a tutelare la parte debole del rapporto in quanto tale, prescindendosi cioè dai singoli vantaggi che la Convenzione di Roma e il reg. n. 44/2001 intendono attribuire[461]. La sola coincidenza può portare al risultato di offrire un *minimum* di tutela alla parte debole[462]?

La risposta pare essere positiva. In primo luogo, infatti, si verifica così quel generale vantaggio determinato dall'applicazione della *lex fori* che consiste nel fatto che il giudice meglio conosce la legge del proprio ordinamento. Pertanto, ridotti saranno i rischi di scorretta interpretazione e applicazione di tale legge. Inoltre, vengono evitate tutte le difficoltà connesse all'accertamento della legge di altri Stati, che risultano di particolare delicatezza sia negli ordinamenti in cui il principio *iura novit curia* vale anche in relazione alla legge straniera, sia in quelli ove le parti debbano dimostrare il contenuto della legge straniera applicabile[463].

---

[461] Insistendo ancora sul fatto che la legge applicabile potrebbe non essere quella materialmente più favorevole alla parte debole, potremmo facilmente giungere alla conclusione che la coincidenza fra *forum* e *ius* potrebbe non essere quella del tutto più favorevole alla parte debole. Infatti, il giudice fisicamente più vicino applicherà la *lex fori*, la quale potrebbe non essere quella sostanzialmente migliore a proteggere le aspettative della parte debole. Al contrario, un giudice lontano – quello del domicilio dell'altra parte – potrebbe applicare la propria legge, maggiormente favorevole. Si noti che la stessa parte debole ha la possibilità di adire il giudice del domicilio dell'altra parte, il quale, soddisfatte le condizioni dell'art. 5 della Convezione di Roma, dovrà poi applicare la legge della residenza abituale del consumatore o del luogo di abituale svolgimento dell'attività lavorativa. In circostanze fattuali particolarmente favorevoli l'attore potrebbe, così, adire un giudice che gli risulti comunque favorevole, ad esempio perché il suo ordinamento conosce i *punitive damages*, o per disposizioni particolari in tema di onere della prova, e vedere applicata al merito una legge favorevole. Si noti che, qualora il contratto non rientri nel campo di applicazione dell'art. 5 della Convezione di Roma, sarà applicabile il principio di prossimità e la presunzione che conduce alla legge della residenza del prestatore caratteristico (art. 4). Pertanto il consumatore che abbia adito il giudice del domicilio dell'altra parte, in queste condizioni, realizza ancora una volta la coincidenza fra *forum* e *ius*.

[462] Si deve rilevare che la coincidenza può essere rafforzata grazie all'utilizzazione da parte della Corte di giustizia degli stessi metodi interpretativi già sperimentati nel campo di applicazione dell'art. 5, n. 1 al futuro regolamento sulla legge applicabile alla materia contrattuale (AUDIT M., *L'interprétation autonome du droit international privé communautaire*, in *Journal de droit international*, 2004, p. 804).

[463] Si veda *infra*, cap. IV, nota 51. Per simili osservazioni: POCAR F., *La legge applicabile ai contratti con i consumatori*, in *Verso una disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti*, a cura di Treves T., 1983, Padova, p. 309; TONOLO S., *La nozione di consumatore ai fini della Convenzione di Bruxelles concernente la*

Inoltre, l'applicazione della *lex fori* toglie ogni rilevanza alle problematiche relative all'accertamento delle norme di applicazione necessaria e all'eccezione di ordine pubblico. Eventualmente, potrebbero essere prese in considerazione le norme di applicazione necessaria di un diverso ordinamento ai sensi dell'art. 7, par. 1 della Convenzione di Roma, magari proprio allo scopo di tutelare maggiormente nel merito la parte debole, applicando, ad esempio, le disposizioni imperative della legge del luogo della sede dell'altra parte, se più sviluppata dal punto di vista della tutela sociale.

Infine, l'applicazione della *lex fori* potrebbe meglio rispondere alle aspettative della parte debole, soprattutto quando viene adito il giudice ad essa più prossimo. Infatti, come parte *giuridicamente meno esperta*, essa potrebbe ritenere che il giudice debba automaticamente applicare il proprio diritto interno, anche in presenza di una fattispecie a carattere transnazionale. Pertanto la parte debole potrebbe non porsi del tutto il problema della legge applicabile, ritenendo sufficiente la sola circostanza di adire il giudice fisicamente più vicino per veder applicata quella stessa legge.

Anche qualora ciò non fosse[464], la parte debole potrebbe comunque non aspettarsi di dover agire o di essere convenuta in un altro Stato membro, in un procedimento lontano nel quale si applicherà una legge sconosciuta o di difficile conoscibilità, anche se il contratto ha un evidente carattere internazionale e la parte debole ne è consapevole.

Proprio nel campo di applicazione della dir. 96/71 si ha, a nostro avviso, conferma della bontà di queste considerazioni. Infatti, il giudice del luogo di distacco del lavoratore ha competenza ad applicare le sole disposizioni imperative sulle condizioni di lavoro e di occupazione della *lex fori*. La preoccupazione di garantire la corretta applicabilità della legge e la sua conoscibilità da parte del lavoratore appare, in questo caso, evidente, e trova un'eccezione solamente in considerazioni di carattere materiale (art. 3, par. 7), allo scopo di fornire una tutela sostanzialmente più forte al contraente debole.

Si può infine affermare che il metodo utilizzato a livello comunitario per la tutela della parte debole presenta delle caratteristiche di novità o quantomeno peculiari. Una lettura congiunta della Convenzione di Roma e del reg. n. 44/2001 consente di giungere alla

---

competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, in *Studium iuris*, 1999, p. 440.

[464] Non si può, infatti, presumere una totale e generalizzata ignoranza delle questioni giuridiche che una fattispecie transnazionale può comportare. Del resto si deve rilevare che nel momento dell'instaurazione del processo la parte debole avrà presumibilmente consultato un professionista legale, o, nel caso del lavoratore, quantomeno un sindacato, che possono averlo informato circa le problematiche che la questione può comportare. Questo non accade solo nei casi, invero non frequenti, in cui le parti processuali possono agire senza la rappresentanza di un difensore.

conclusione che il sistema complessivo riesce a fornire un'adeguata protezione della parte debole, contemperata da altre esigenze messe in luce nei precedenti paragrafi. Nonostante il fatto che alcune scelte della Convenzione di Roma e del regolamento possano apparire criticabili - soprattutto a chi sostiene che la legge applicabile ai contratti in esame debba essere la più favorevole possibile dal punto di vista sostanziale alla parte debole -, la soluzione complessiva delle questioni internazionalprivatistiche appare, alla luce di queste riflessioni, certo soddisfacente.

La ricercata coincidenza fra *forum* e *ius* può costituire, in effetti, uno strumento idoneo alla tutela del contraente debole.

Capitolo quarto:

La scelta della legge applicabile e del foro competente

1. La scelta di legge come metodo autonomo di diritto internazionale privato?

Nella maggior parte degli ordinamenti giuridici è ormai riconosciuta la possibilità per le parti di scegliere la legge applicabile al proprio rapporto e di individuare il giudice competente a risolvere una controversia già sorta o futura. La libertà di scelta si esplica nel modo più completo proprio in materia contrattuale, ma anche in altri settori del diritto privato viene riconosciuta alle parti una – solitamente limitata – autonomia internazionalprivatistica. Si pensi, ad esempio al regolamento 864/2007 sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali[465], il cui articolo 14 indica i casi in cui le parti possono procedere a una scelta della legge applicabile[466], o alla proposta di regolamento comunitario in materia matrimoniale, che consentirebbe alle parti una limitata scelta della legge regolatrice al divorzio e alla separazione personale[467]. Anche nel diritto interno i legislatori nazionali hanno sentito

[465] Regolamento (CE) n. 864/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 luglio 2007, sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali («Roma II »), in *GU* n. L 199 del 31 luglio 2007, p. 40.

[466] La disposizione ha il seguente tenore letterale: "*Articolo 14 Libertà di scelta 1. Le parti possono convenire di sottoporre l'obbligazione extracontrattuale ad una legge di loro scelta: a) con un accordo posteriore al verificarsi del fatto che ha determinato il danno; b) se tutte le parti esercitano un'attività commerciale, anche mediante un accordo liberamente negoziato prima del verificarsi del fatto che ha determinato il danno. La scelta è espressa o risulta in modo non equivoco dalle circostanze del caso di specie e non pregiudica i diritti dei terzi. 2. Qualora tutti gli elementi pertinenti alla situazione siano ubicati, nel momento in cui si verifica il fatto che determina il danno, in un paese diverso da quello la cui legge è stata scelta, la scelta effettuata dalle parti non pregiudica l'applicazione delle disposizioni alle quali la legge di tale diverso paese non permette di derogare convenzionalmente. 3. Qualora tutti gli elementi pertinenti alla situazione siano ubicati, nel momento in cui si verifica il fatto che determina il danno, in uno o più Stati membri, la scelta di una legge applicabile diversa da quella di uno Stato membro ad opera delle parti non pregiudica l'applicazione delle disposizioni del diritto comunitario, se del caso, nella forma in cui sono applicate nello Stato membro del foro, alle quali non e permesso derogare convenzionalmente*". Ne sono espressamente esclusi gli atti di concorrenza sleale e gli atti limitativi della concorrenza, nonché le violazioni dei diritti di proprietà intellettuale.

[467] Proposta di regolamento del Consiglio che modifica il regolamento (CE) n. 2201/2003 limitatamente alla competenza giurisdizionale e introduce norme sulla scelta di legge applicabile in materia matrimoniale (COM(2006)399, 2006/135(CNS)). Come indicato già nel titolo della proposta, il regolamento si pone l'obiettivo di garantire una maggior flessibilità anche nella soluzione degli aspetti internazionalprivatistici del rapporto matrimoniale, consentendo sia la scelta del foro, sia della legge applicabile, seppur con limitazioni. Si vedano l'art. 1, n. 2, che introdurrebbe nel Regolamento (CE) n. 2201/2003 del Consiglio, del 27 novembre 2003, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di

l'esigenza di lasciare alle parti una certa autonomia nel campo del diritto internazionale privato; basti così pensare al sistema italiano, che ormai consente la scelta di legge anche nei rapporti patrimoniali fra coniugi (art. 30 l. 218/95) o nelle successioni *mortis causa* testamentarie (art. 46). Tali settori, pur non essendo del tutto sottratti all'autonomia privatistica di diritto interno, sono certo lontani dalla materia contrattuale, campo d'elezione privilegiato dell'esercizio dell'autonomia privata.

Questa espansione graduale degli ambiti in cui può operare la volontà delle parti in campo internazionalprivatistico induce preliminarmente a chiedersi se l'autonomia della volontà possa essere considerata un metodo autonomo, accanto agli altri metodi di diritto internazionale privato esaminati nei precedenti capitoli[468].

Per cercare di fornire una risposta, è necessario indicare, almeno sommariamente, in quali forme o limiti l'autonomia privata può esplicarsi.

In primo luogo, l'autonomia delle parti può essere assoluta, nel senso che esse possono scegliere qualsiasi legge applicabile o foro competente, a prescindere dal fatto che esista o meno un nesso con il rapporto concreto. Questo è il caso della Convenzione di Roma del 1980 che si

---

responsabilità genitoriale, che abroga il regolamento (CE) n. 1347/2000, in *GU* n. L 388 del 23 dicembre 2003, p. 1 un nuovo articolo 3*bis*, secondo il quale: "*1. I coniugi possono concordare che una o le autorità giurisdizionali di uno Stato membro saranno competenti a decidere nel procedimento di divorzio o separazione personale che li opponga, purché abbiano un legame sostanziale con quello Stato membro in quanto: (a) ricorre uno dei criteri di competenza giurisdizionale di cui all'articolo 3, oppure (b) è quello il luogo in cui i coniugi hanno avuto l'ultima residenza abituale comune per almeno tre anni, oppure (c) uno dei coniugi è cittadino di quello Stato membro o, nel caso del Regno Unito e dell'Irlanda, ha il "domicile" nel territorio di uno di questi Stati membri*" e l'art. 1, par. 7, ai sensi del quale sarebbe inserito un nuovo articolo 20*bis* nel citato regolamento, dal seguente tenore: "Scelta della legge a opera delle parti *1. I coniugi possono designare di comune accordo la legge applicabile al divorzio e alla separazione personale scegliendo tra una delle seguenti leggi: (a) la legge dello Stato dell'ultima residenza abituale comune dei coniugi purché uno dei due vi risieda ancora; (b) la legge dello Stato di cui uno dei coniugi ha la cittadinanza o, nel caso del Regno Unito e dell'Irlanda, del "domicile" di uno dei coniugi; (c) la legge dello Stato in cui i coniugi hanno risieduto per almeno cinque anni; (d) la legge dello Stato membro in cui è presentata la domanda*".

[468] Secondo certa dottrina (PATOCCHI P.M., *Règles de rattachement localisatrices et règles de rattachement à caractère substantiel: de quelques aspects récents de la diversification de la méthode conflictuelle en Europe*, 1985, Genève; GAUDEMET - TALLON H., *L'utilisation des règles de conflit à caractère substantiel dans les Conventions internationales (l'exemple des Conventions de la Haye)*, in *L'internationalisation du droit. Mélangés en l'honneur de Yvon Loussouarn*, a cura di Audit B., Loussouarn Y.E.J.J., 1994, Paris, p. 181; LECLERC F., *La protection de la partie faible dans les contrats internationaux*, 1996, Bruxelles, p. 437; si veda, per un'attenta analisi della dottrina, CARELLA G., *Autonomia della volontà e scelta di legge nel diritto internazionale privato*, 1999, Bari, p. 79) la scelta della legge applicabile costituisce norma a carattere materiale, dal momento che le parti autonomamente scelgono la legge sulla base di una valutazione di convenienza. Sembra, a nostro avviso, più corretto affermare, con CARBONE S.M., *L'autonomia privata nei rapporti economici internazionali e i suoi limiti*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2007, p. 899, che la scelta di legge può rivestire funzione materiale, nel senso che le parti possono assicurarsi dei vantaggi maggiori rispetto alle perdite e la scelta può consentire la massima efficienza e funzionalità. Tuttavia queste caratteristiche non possono bastare per definire la scelta di legge come norma di conflitto a carattere materiale come da noi descritta nel cap. III, par. 1. Per un'analisi della problematica in settori diversi da quello contrattuale si rinvia a: VIARENGO I., *Autonomia della volontà e rapporti patrimoniali tra coniugi nel diritto internazionale privato*, 1996, Padova; DE CESARI P., *Autonomia della volontà e legge regolatrice delle successioni*, 2001, Padova.

limita a stabilire che *il contratto è regolato dalla legge scelta dalle parti* (art. 3, par. 1)[469] e che consente la scelta di legge anche quando il contratto debba qualificarsi meramente interno (art. 3, par. 3)[470], e dell'art. 23 del reg. n. 44/2001, il quale consente l'individuazione di un qualsiasi foro competente per la risoluzione delle eventuali controversie[471].

Tuttavia, la scelta non può mai considerarsi assoluta nel senso letterale del termine: anche nei due casi presi in esame sono previsti dei limiti, anzitutto quanto alla forma, in secondo luogo, in relazione alla Convenzione di Roma, quanto al contenuto della legge individuata dalle parti.

Per quanto attiene al primo limite, la Convenzione di Roma stabilisce che la scelta *deve essere espressa, o risultare in modo ragionevolmente certo dalle disposizioni del contratto o dalle circostanze*[472]. Ne consegue che non è ammissibile una scelta tacita, la quale sarebbe individuabile dal giudice sulla sola base degli elementi oggettivi del contratto, ma non da un'espressione di volontà delle parti. Il reg. n. 44/2001, poi, pretende la forma scritta – o almeno una conferma scritta - della clausola di proroga del foro; sono altresì ammesse forme che le parti abbiano stabilito fra di loro, ovvero conosciute dagli usi commerciali. Ulteriori condizioni sono poste alle clausole di proroga di competenza nei contratti conclusi dalle parti deboli[473].

In relazione al secondo limite, quello contenutistico, si deve ricordare che la scelta di legge applicabile operata in un contratto meramente interno non può recare pregiudizio alle *disposizioni imperative* della legge del Paese con cui il contratto è collegato in via esclusiva. La scelta delle parti non può essere giustificata dalla volontà di escludere tali norme imperative, che non possono essere eluse tramite l'esercizio dell'autonomia privatistica; pertanto è necessario garantirne l'applicazione qualora il contratto non possa essere qualificato come internazionale.

In secondo luogo l'autonomia può essere limitata in senso sostanziale, prevedendosi un ventaglio predeterminato di leggi entro il quale la scelta può avvenire. Così avviene nelle

---

[469] Analogamente l'art. 14, par. 1, reg. n. 864/2007 consente alle parti la più ampia scelta circa la legge applicabile.

[470] Per contratto meramente interno, ai sensi dell'art. 3, par. 3, si intende quel contratto in cui tutti i dati di fatto si riferiscono a un solo Paese, vi sia o meno anche la scelta del foro.

[471] Nella sentenza *Trasporti Castelletti* la Corte, in relazione all'art. 17 della Convenzione di Bruxelles, ha affermato che "*l'elezione del foro competente può essere valutata solo alla luce di considerazioni che siano collegate ai requisiti previsti dall'art. 17. (...) l'art. 17 della Convenzione prescinde da qualsiasi legame oggettivo tra il rapporto giuridico e il giudice designato*" (Corte di giustizia 16 marzo 1999, causa C-159/97, *Trasporti Castelletti*, in *Racc*. I-1597, punti 48 e 49 della motivazione). La stessa ampiezza di scelta è consentita dalla Convenzione dell'Aja del 30 giugno 2005 sugli accordi di proroga di competenza.

[472] La medesima condizione è posta, altresì, all'art. 14 del reg. n. 864/2007, il quale stabilisce, inoltre, che la scelta debba essere successiva al fatto che ha determinato il danno, e può essere anteriore solo se le parti esercitano attività commerciale.

[473] V. *infra*, par. 4.1.

direttive sulle assicurazioni vita e diverse da quelle sulla vita[474]. L'art. 7 dir. 88/357 pone dei limiti quanto alla legge individuabile dalle parti, consentendo la scelta fra alcune leggi che presentino connessioni significative con gli elementi di fatto del contratto. Così, ad esempio, se il contraente non ha la residenza o la sede nello Stato in cui il rischio assicurato è localizzato, le parti possono scegliere di applicare o la legge dello Stato in cui il rischio è situato, o quella del Paese in cui il contraente ha la residenza abituale o l'amministrazione centrale. Se l'assicurato esercita attività professionale e il contratto copre rischi localizzati in diversi Stati membri, allora la scelta può ricadere sulla legge di uno qualsiasi di questi Stati – nonché su quello della residenza e dell'amministrazione centrale[475]. La scelta di ogni altra legge deve considerarsi invalida. L'art. 32 dir. 2002/83, invece, consente la scelta di legge quando il contraente è una persona fisica che ha residenza in uno Stato membro diverso da quello della cittadinanza: in tal caso, le parti possono allora concordare l'applicazione della legge della cittadinanza (art. 32, par. 2). In questi casi, dunque, il metodo della localizzazione si inserisce all'interno dell'autonomia delle parti, nel senso che una scelta rimane possibile, ma essa è limitata a delle leggi che abbiano un collegamento, considerato sufficientemente significativo, con il rapporto contrattuale e predeterminato dal legislatore[476].

Infine, la scelta fra diverse leggi astrattamente applicabili o fra giudici alternativamente competenti può essere riservata a una delle parti. In tal caso, esigenze di carattere sostanziale condizionano l'autonomia internazionalprivatistica. Si sono già ricordati l'art. 62 l. 218/95 e il reg. n. 864/2007[477]. Un sistema analogo è stabilito dal reg. n. 44/2001, il quale consente all'attore che sia parte debole di decidere quale giudice adire fra più fori individuati e

---

[474] Seconda Direttiva 88/357/CEE del Consiglio del 22 giugno 1988 recante coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative riguardanti l'assicurazione diretta diversa dall'assicurazione sulla vita, e alla fissazione delle disposizioni volte ad agevolare l'esercizio effettivo della libera prestazione di servizi e che modifica la direttiva 73/239/CEE, in *GU* n. L 172 del 4 luglio 1988, p. 1; Direttiva 2002/83/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 novembre 2002, relativa all'assicurazione sulla vita, in *GU* n. L 345 del 19 dicembre 2002, p. 1.

[475] Si deve notare, tuttavia, che se gli ordinamenti così coinvolti conoscono una disciplina maggiormente liberale quanto alla scelta di legge, allora le parti possono derogare a queste disposizioni limitatrici.

[476] Si noti, ancora, come esempio di interazione fra metodi, l'art. 5*bis*, par. 3, II per., del documento del Consiglio del 25 giugno 2007 (JUSTCIV 175 CODEC 716), ai sensi del quale: "*Le parti possono scegliere come legge applicabile al contratto di assicurazione conformemente all'articolo 3: a) la legge del paese nel quale il rischio è situato al momento della conclusione del contratto; b) la legge del paese nel quale il contraente assicurato ha la residenza abituale; c) [in caso di assicurazione sulla vita,] la legge del paese di cui il contraente assicurato ha la cittadinanza, se il contraente assicurato è una persona fisica e, al momento della conclusione del contratto, ha la residenza abituale in un paese diverso da quello di cui ha la cittadinanza; [d) per un contratto di assicurazione limitato a eventi che si verifichino in un dato paese, la legge di tale paese]*". E' interessante notare come la limitazione alla scelta della legge applicabile sia posta solo in relazione a contratti diversi da quelli che coprono grandi rischi, contratti di riassicurazione o assicurazioni obbligatorie.

[477] V. *supra*, cap. III, par. 1.

alternativamente competenti[478]. Questo tipo di norma è stato analizzato nel precedente capitolo, e non si ritiene di approfondirne ulteriori aspetti.

Come si vede, il diritto comunitario ammette la scelta della legge applicabile solo se espressa, o, quantomeno, tacita, nel senso che essa deve essere desumibile dalle circostanze del rapporto. Una scelta implicita è, invece, ammessa nell'ambito dell'attribuzione della competenza giurisdizionale, precisamente dall'art. 24 del reg. n. 44/2001, secondo il quale il giudice adito acquista competenza per il solo fatto che il convenuto, regolarmente costituitosi, non abbia eccepito il difetto di competenza.

Tuttavia si deve notare che alcuni ordinamenti nazionali hanno conosciuto, altresì, la scelta di legge implicita. Nei sistemi di *common law* si è parlato di *imputed intention*. La teoria è ben chiarita da una remota formula impiegata dalla Court of Appeal inglese[479], che conviene riportare interamente: premesso che le parti potrebbero non essersi poste il problema della determinazione della legge applicabile al rapporto, "*then the Court has to impute an intention, or to determine for the parties what is the proper law which, as just and reasonable persons, they ought or would have intended if they had though about the question when they made the contract*". In assenza di un'espressa scelta di legge, spetterebbe quindi al giudice individuare quale sarebbe stata la scelta delle parti se si fossero poste la questione. Il giudice dovrebbe indagare la volontà ipotetica delle parti, la quale avrebbe costituito la *proper law of the contract*[480]. Una scelta di legge implicita aveva gli stessi effetti della scelta espressa dalle parti.

Da questa prima formula si è giunti, poi, alla teoria della *closest and most real connection*, tanto che le Corti non hanno sempre percepito la differenza fra la ricerca della volontà implicita e la localizzazione che si opera tramite il principio di prossimità[481]; per questo motivo anche elementi di carattere soggettivo costituiscono indizi per l'individuazione della *proper law* nei

---

[478] V. *supra*, cap. III, par. 4.

[479] *Mount Albert Borough Council v. Australian Temperance & General Mutual Life Assurance Society Ltd*, 1938, citata da BLOM J., *Choice of Law Methods in the Private International Law of Contracts*, in *The Canadian Yearbook of International Law*, 1980, p. 173. Per un commento alla teoria: MANN F.A., *The proper law of the contract*, in *The International Law Quarterly*, 1950, p. 60.

[480] MANN F.A., *op. cit.*, p. 60; DICEY A.V., MORRIS J.H.C., *Dicey and Morris Conflict of Law*, 2000, London, p. 1197. Il metodo si è sviluppato anche in alcuni Paesi continentali (LOUSSOUARN Y., *Cours général de droit international privé*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 1973, tomo 139, p. 354; GIULIANO M., *La loi applicable aux contrats: problèmes choisis*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 1977, tomo 158, p. 215; PATOCCHI P.M., *op. cit.*, p. 56; LAGARDE P., *Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 1986, tomo 196, p. 32; LANDO O., *The EEC Convention on the law applicable to contractual obligations*, in *Common Market Law Review*, 1987, p. 173; BARATTA R., *Il collegamento più stretto nel diritto internazionale privato dei contratti*, 1991, Milano, p. 102; LECLERC F., *op. cit.*, p. 142; CARELLA G., *op. cit.*, p. 49).

[481] BLOM J., *op. cit.*, p. 175; LANDO O., *op. cit.*, p. 191; HARTLEY T., *The modern approach to private international law. International litigation and transactions from a common law perspective*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 2006, tomo 319, p. 210.

sistemi di *common law*[482]. Soluzioni simili non sono ammissibili in ambito comunitario: l'obiettivo, particolarmente sentito nei sistemi continentali, è quello di garantire la certezza e la prevedibilità delle soluzioni, mentre l'indagine sulla volontà presunta delle parti potrebbe avere un carattere fortemente discrezionale. Pertanto, in mancanza di scelta, soccorrono i criteri rigidi descritti nei precedenti capitoli[483].

A seguito di queste considerazioni, si può dubitare che il criterio della scelta della legge e del giudice competente costituisca un metodo autonomo di diritto internazionale privato.

La possibilità di scegliere il giudice competente e la legge applicabile al proprio rapporto trova la sua origine nella necessità di garantire alle parti di esprimere la propria autonomia privata. In altri termini, per risolvere le questioni di diritto internazionale privato non sarebbe logicamente necessario consentire alle parti di operare una propria autonoma scelta; una volta individuati i criteri di collegamento pertinenti da parte del legislatore, la questione dell'individuazione del giudice competente e della legge applicabile al rapporto sarebbe, infatti, ugualmente risolta senza coinvolgere la volontà delle parti. L'opportunità di lasciare una tale discrezionalità alle parti non è insita nel diritto internazionale privato, ma discende da un principio più generale che informa i moderni sistemi di diritto civile. Soprattutto in materia contrattuale – ma in generale, quando si verta in materia di diritti disponibili – la libertà delle parti trova il suo fondamento non tanto nel diritto internazionale privato, ma nell'autonomia negoziale. Così come nel diritto interno le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto, o derogare a disposizioni non imperative, è altresì possibile che esse scelgano la legge e il giudice che, anche per ragioni del tutto soggettive, appaiano i più indicati a risolvere le controversie che eventualmente dovessero insorgere[484]. Attraverso la scelta della legge applicabile, le parti non esercitano un'autonomia di tipo internazionalprivatistico, ma una libertà

[482] Si veda *supra*, cap. I, par. 2.

[483] Ciò non significa che il diritto comunitario e i sistemi di *civil law* non conoscano l'esigenza di tutelare le aspettative delle parti. Come si è visto *supra*, cap. III, par. 5, i criteri di collegamento adottati in relazione alle parti contrattuali deboli possono essere giustificati anche alla luce delle aspettative della parte *giuridicamente meno esperta* del rapporto contrattuale. Tuttavia, pur tenendosi conto di un elemento soggettivo, deve rilevarsi anzitutto che esso è codificato e non rimesso al libero apprezzamento del giudice, consentendosi così una maggior certezza giuridica; inoltre, non è dato rilievo a un'eventuale diversa aspettativa della parte debole, che, per ipotesi, avesse ritenuto applicabile un'altra legge.

[484] Ciò appare tanto più vero dal momento che i sistemi di *common law* applicano in maniera diversa la teoria del *forum non conveniens* quando le parti abbiano scelto il giudice competente. Sul punto si veda: NUYTS A., *L'exception de* forum non conveniens, *Étude de droit international privé comparé*, 2003, Bruxelles, p. 371. L'Autore rileva come in alcuni casi la giurisprudenza inglese abbia del tutto escluso l'applicazione di questa dottrina, essendo il giudice scelto dalle parti, per definizione, il più adatto a conoscere la controversia. In altri casi, invece, la clausola di proroga della giurisdizione produce un solo effetto di inversione dell'onere della prova: spetta quindi al convenuto dimostrare che lo spostamento della competenza non pregiudica il diritto di azione della controparte.

di diritto privato; esse individuano il complesso di norme che saranno applicabili al loro contratto, uniformando il proprio accordo e il loro successivo comportamento all'ordinamento così individuato. Si tratta di una scelta di carattere materiale, analoga a quella che si opera quando il contenuto del contratto – interno – è determinato dalle parti in deroga alle disposizioni non imperative. Individuando la legge applicabile, le parti esercitano la loro autonomia nel senso sostanziale.

In quest'ottica si giustificano disposizioni come quella dell'art. 3, par. 3 della Convenzione di Roma, che fa salve le disposizioni imperative della legge applicabile in contratti meramente interni: l'ampiezza dell'autonomia delle parti non può essere tale da travalicare la loro applicabilità, poiché non sarebbero in ogni caso derogabili dall'autonomia privata nei contratti interni. Può dirsi, impiegando una formulazione del *common law*, che la scelta deve essere compiuta *bona fide and legal*[485], allo scopo di soddisfare effettive esigenze delle parti e non con il solo obiettivo di evitare l'applicazione di certe norme.

Quando la scelta risulta limitata, la libertà delle parti appare solo complementare alle esigenze tipiche del diritto internazionale privato. Così, quando sono indicate solo alcune leggi che possono essere scelte, vi è una compenetrazione fra metodo della localizzazione e autonomia privata: si consente una scelta limitata giustificata dalla necessità di garantire comunque un significativo collegamento fra la fattispecie e la legge applicabile o il giudice competente. Si tratta di un compromesso fra le due diverse esigenze, di cui non si può dire che una sia prevalente rispetto all'altra: si rinuncia, da un lato, a una localizzazione stretta, rigorosa, ma, d'altra parte, si limita la scelta[486]. Allo stesso modo, quando viene consentita la scelta della legge o del foro a una sola parte, l'autonomia privata è temperata dalla necessità di tutelare una parte, offrendole la possibilità di scegliere, fra più alternative, quella che essa ritiene più favorevole.

Quando la scelta è illimitata, invece, - salva la previsione di particolari forme allo scopo di garantire la certezza del diritto - essa costituisce mera applicazione dell'autonomia negoziale. Attraverso il criterio della scelta di legge si introduce nel sistema internazionalprivatistico un elemento di soggettività, che non è presente negli altri metodi analizzati nel corso dei precedenti

[485] Supreme Court, *Golden Acres Ltd. V. Queensland Estates Pty. Ltd*, 1969, citata da BLOM J., *op. cit.*, p. 166; v. DICEY A.V., MORRIS J.H.C., *op. cit.*, p. 1197. Già in tempi remoti il Privy Council aveva ammesso che la legge scelta potesse non avere alcun collegamento oggettivo con la fattispecie, purché la scelta fosse, appunto *bona fide and legal* (Privy Council [1939] A.C. 277,commentata da MANN F.A., *op. cit.*, p. 64).

[486] CARELLA G., *op. cit.*, p. 64. L'Autore rileva successivamente (p. 82) che mancano nella scelta di legge criteri localizzatori e il criterio materiale alla cui stregua operare la scelta.

paragrafi, e sulla sola base di questo elemento volontaristico risulta la concreta disciplina del rapporto.

Del resto, a nostro avviso, il criterio della scelta non può essere concepito né come una forma particolare del metodo della localizzazione, né come una norma di conflitto a carattere materiale.

La prima ipotesi non sarebbe accettabile proprio perché non necessariamente la legge scelta presenta significative connessioni con la fattispecie, né, tantomeno, il relativo ordinamento ne costituisce la sede[487]. La funzione propria della teoria classica e dei suoi successivi sviluppi consiste, infatti, nell'individuare una legge, fra le varie in conflitto, che sia collegata con la fattispecie. Questo potrebbe non avvenire nel caso della scelta di legge. Infatti le parti potrebbero individuare come applicabile una legge che non presenta alcun fattore di connessione con la fattispecie, per il solo fatto che la normativa appare particolarmente conveniente per gli interessi soggettivi delle parti. Con un ragionamento *a contrario*, si potrebbe allora affermare che, se le parti avessero individuato come competente un ordinamento privo di significativi collegamenti con la fattispecie, la scelta dovrebbe o essere invalidata, o essere corretta in favore di una di quelle leggi che oggettivamente sarebbero in conflitto. Questo non risulta verificarsi.

Il criterio della scelta di legge ha in comune con il metodo materiale delle norme di conflitto il fatto che vengono presi in considerazione interessi privati nella determinazione della legge applicabile e del giudice competente. Tuttavia, la scelta di legge non tende a tutelare una delle parti del rapporto, ma vuole garantire il rispetto della volontà privata espressa negozialmente in un accordo sulla legge applicabile o sulla proroga di competenza. L'interesse privato non è, quindi, quello di una sola delle parti, ma quello di entrambe, il quale si è espresso in uno specifico accordo.

Come si vedrà nei paragrafi successivi, le stesse scelte trovano poi dei limiti formali e sostanziali nell'ambito dei contratti conclusi dalle parti deboli, che non devono essere sacrificate a causa della scelta eventualmente operata unilateralmente – e imposta – da parte dell'altro contraente.

Questa commistione di diverse esigenze ci induce a concludere nel senso che l'autonomia privata, pur avendo un evidente rilievo soprattutto in materia contrattuale, non pare poter essere

[487] CARBONE S.M., *op. cit.*, p. 901.

considerato attualmente un vero e proprio metodo di diritto internazionale privato[488]. Nell'ordinamento comunitario esso gioca, tuttavia, un ruolo essenziale e soprattutto nel campo della scelta di legge applicabile pone interessanti problemi: per questo motivo, quindi, si riserva un capitolo alla sua analisi.

2. Il rinvio

Come indicato nel paragrafo precedente, la possibilità per le parti di scegliere – con limiti formali o sostanziali – la legge applicabile al loro rapporto e il giudice competente a risolvere le eventuali controversie altro non costituisce che una forma in cui si esprime l'autonomia privata. Questo inquadramento ci induce a dare immediata risposta negativa alla questione, se sia possibile effettuare il rinvio quando la legge applicabile sia stata scelta dalle parti. Il problema non si pone nel campo di applicazione della Convenzione di Roma, il cui art. 15 esclude in ogni caso il rinvio; tuttavia, esso può sorgere in relazione al contratto di assicurazione, dal momento che le direttive sui servizi assicurativi nulla prevedono quanto alla possibile accettazione del rinvio[489], pur consentendo, con alcuni limiti, la scelta della legge applicabile. Si deve, allora, giustificare perché il rinvio non è compatibile con l'esercizio dell'autonomia privata.

In primo luogo, se il rinvio fosse accettato, verrebbe disattesa la stessa volontà delle parti[490]. Infatti, queste si sono poste il problema della determinazione della legge applicabile ai loro rapporti e lo hanno risolto sulla base delle esigenze più diverse, ad esempio perché tutti i soggetti coinvolti conoscono bene la legge scelta, o perché essa è favorevole alle parti, o perché,

---

[488] PICONE P., *Les méthodes de coordination entre les ordres juridiques en droit international privé*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 1999, tomo 276, p. 193. Lo stesso LAGARDE P., *op. cit.*, p. 64, pur sostenendo che il principio della libera scelta ha acquisito una sua propria autonomia, riconosce che esso non ha rotto tutti i legami con il principio di prossimità. Tuttavia, nonostante la complementarietà dei metodi, un elemento di incompatibilità si rileva nel fatto che, una volta operata la scelta, non sarà più possibile applicare il principio di prossimità anche se dovesse rilevarsi un ordinamento maggiormente connesso con la fattispecie (p. 48). Secondo CARELLA G., *op. cit.*, p. 44 la volontà delle parti non costituisce nemmeno un criterio di collegamento, perché la scelta può essere modificata nel corso dell'evolversi del rapporto contrattuale, perché è ammissibile solo nei contratti internazionali (cosa di cui si dubita tuttavia alla luce dell'art. 3, par. 3 della Convenzione di Roma); in ogni caso non risponde ad esigenze di localizzazione, altrimenti dovrebbe escludersi il *dépeçage*, ma può rispondere a finalità di tipo materiale, perché la legge è scelta in base al suo contenuto (p. 79). Ad avviso dell'Autore da ultimo citato, inoltre, non sarebbe possibile individuare una teoria che riesca a spiegare e giustificare l'autonomia della volontà in tutte le forme in cui essa si manifesta (p. 96); pertanto pare potersi concludere nel senso che l'autonomia internazionalprivatistica altro non costituisce che una forma di autonomia negoziale (p. 119).

[489] Si ricordi che l'art. 13, II c., lett. a) della l. 218/95 esclude espressamente il rinvio nei casi in cui la legge applicabile sia stata determinata dalla volontà delle parti.

[490] AUDIT B., *Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (sur la «crise» des conflits de lois)*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 1984, tomo 186, p. 333; BATIFFOL H., LAGARDE P., *Traité de droit international privé*, tome 1, 1993, Paris, p. 509; COURSIER P., *Le conflit de lois en matière de contrat de travail*, 1993, Paris, p. 161; PICONE P., *Les méthodes de coordination*, cit., p. 191; MAYER P., HEUZE V., *Droit international privé*, 2004, Parigi, p. 163; RIGAUX F., FALLON M., *Droit international privé*, 2005, Bruxelles, p. 234 AUDIT B., *Droit international privé*, 2006, Paris, p. 190.

invece, essa è neutra rispetto agli interessi contrapposti[491]. Le parti avranno trovato nella legge scelta una disciplina che riuscirà a soddisfare i loro interessi contrapposti. Ora, ritenere che la sola manifestazione della volontà non sia sufficiente a determinare la legge applicabile, nonostante lo spazio lasciato dal legislatore all'autonomia privata, ma sia opportuno accettare il rinvio operato dalla legge designata, conduce a una situazione contraria alle aspettative delle parti. Accettare il rinvio equivarrebbe a porre nel nulla la scelta operata e sacrificare legittime aspettative.

Si potrebbe ritenere, tuttavia, che il rinvio debba essere accettato, in quanto non sarebbe possibile regolare la controversia tramite una legge che non vuole applicarsi. Questo sarebbe soprattutto il caso in cui le parti abbiano scelto una legge che abbia collegamenti molto labili o inesistenti con la fattispecie: il rinvio potrebbe non solo condurre a una legge che "vuole" applicarsi, ma che sia anche più vicina al rapporto giuridico. Queste esigenze – certo tipiche e problematiche nel diritto internazionale privato – non hanno, tuttavia, rilievo nell'ambito di operatività dell'autonomia delle parti. In primo luogo non necessariamente la legge designata dalle parti deve rispondere altresì ad esigenze di localizzazione. Ne è conferma l'art. 3, par. 3 della Convenzione di Roma, che non pone alcun limite alla scelta di legge applicabile nei contratti puramente interni – salve le norme inderogabili. L'autonomia privata non incontra limiti se non quelli espressamente stabiliti: quindi, solo se è previsto un numero limitato di leggi entro il quale deve avvenire la scelta, allora ogni altra diversa designazione è inefficace, ma in tal caso sarà stato lo stesso legislatore a farsi carico delle esigenze localizzatrici, individuando un ristretto numero di leggi entro le quali può essere effettuata la scelta – come avviene proprio nelle direttive sui servizi assicurativi. In secondo luogo, nella teoria generale il fatto che la *lex causae* si consideri applicabile non è considerata condizione necessaria e inderogabile. Basti pensare, infatti, all'accettazione del rinvio indietro, nel qual caso la *lex fori* non vuole evidentemente applicarsi, o ancora alle limitazioni che vengono poste al rinvio oltre[492], o ai limiti che la dottrina generalmente ritiene nel rinvio *in favorem*[493].

Inoltre, la stessa armonia internazionale delle soluzioni è salvaguardata anche senza l'accettazione del rinvio, dal momento che qualsiasi giudice applicherà la legge scelta dalle parti. Pertanto, questo strumento perde del tutto la sua funzionalità tipica.

---

[491] GAUDEMET - TALLON H., *Le pluralisme en droit international privé: richesses et faiblesses (Le funambule et l'arc-en-ciel)*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 2005, tomo 312, p. 283.
[492] V. *supra*, cap. I, par. 3.
[493] V. *supra*, cap. III, par. 2.2.

Né potrebbe obiettarsi che il richiamo alla legge applicabile da parte della *lex fori* comprende sempre anche il sistema di diritto internazionale privato dell'ordinamento individuato. Una tale assolutezza di principio non è oggi accettata, tanto che lo stesso strumento del rinvio viene talvolta condizionato al soddisfacimento di esigenze diverse – e si pensi, ancora una volta, al rinvio *in favorem*.

Infine, parte della dottrina[494] ha messo in luce come debba operare il rinvio ogniqualvolta le parti, nella scelta della legge, abbiano fatto altresì riferimento al sistema di diritto internazionale privato dell'ordinamento richiamato. In tal caso, costituirebbe soddisfacimento delle aspettative delle parti accettare il rinvio. La tesi è senz'altro da condividere, nulla vieta alle parti di esercitare la propria autonomia in tal modo, ma in tal caso la situazione non sarebbe, a nostro avviso, configurabile come un vero e proprio rinvio, trattandosi piuttosto di una determinazione indiretta della legge applicabile[495]. L'ipotesi è, inoltre, quantomeno rara: per quanto le parti contrattuali possano essere professionisti anche assistiti da giuristi nella formazione del contratto, non pare che esse possano avere alcun interesse a scegliere volontariamente un sistema così complicato e non sempre certo per la designazione della legge applicabile. Se le parti volessero richiamare la legge individuata dalla legge scelta tramite rinvio, sarebbe sufficiente designare quella legge. Né questo strumento potrebbe essere utilizzato per eludere le eventuali limitazioni poste dal legislatore all'autonomia privata: come visto, esse si giustificano in base ad esigenze che trascendono la necessità di rispettare l'autonomia privata e che le parti devono rispettare. Pertanto, non sarebbe possibile operare il rinvio, che costituirebbe uno strumento per eludere i limiti posti.

Ne consegue che il rinvio operato a seguito della scelta di legge non è ammissibile nemmeno quando sia *in favorem* della parte debole. A parte le critiche già esposte nei confronti di questa forma di rinvio[496], altri sono gli strumenti predisposti per evitare una scelta di legge del tutto favorevole alla parte forte, quali la perdurante applicabilità delle disposizioni imperative della legge applicabile in mancanza di scelta - sulle quali il prossimo paragrafo – o limitazioni al catalogo delle leggi che possono essere scelte dalle parti – così le direttive sui servizi assicurativi[497].

---

[494] PATOCCHI P.M., *op. cit.*, p. 289, il quale riporta altresì un esempio giurisprudenziale contrario. COURSIER P., *op. cit.*, p. 161 critica questa possibilità.
[495] PICONE P., *Les méthodes de coordination*, cit., p. 191.
[496] V. *supra*, cap. III, par. 2.2.
[497] Queste limitazioni sono state poste a favore del contraente, che non si vedrà imposte delle leggi non significativamente collegate rispetto al contratto concluso e che risultino favorevoli solamente all'assicurazione. Certo non può dirsi che si tratti di norme di conflitto a carattere materiale (si veda, in tal senso: HEUZÉ V., *le droit des assurances*, in *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, a cura di Fuchs A., Muir Watt H.,

Pertanto, in assenza di qualsiasi indicazione contraria espressa nelle menzionate direttive, sulla base dei principi così individuati, non può accettarsi il rinvio quando le parti abbiano proceduto alla scelta della legge applicabile[498].

3. Scelta di legge e tutela della parte debole nel diritto comunitario: le disposizioni imperative

La Convenzione di Roma pone alcuni limiti espressi alla scelta di legge applicabile sulla base del tipo di contratto di cui si tratta. Nel presente paragrafo si intende analizzare le modalità con cui le Convenzione limita l'autonomia delle parti, con particolare riguardo ai contratti conclusi dalle parti deboli, cercando altresì di pervenire a una sistematizzazione dell'ampio numero di disposizioni poste in questo ambito.

3.1 Le disposizioni inderogabili

La norma generale è contenuta nell'art. 3, par. 3, il quale, come ricordato, stabilisce che la scelta di legge contenuta in un contratto meramente interno non può pregiudicare le disposizioni imperative dell'unica legge con la quale il rapporto ha collegamenti. In forza della definizione ivi contenuta, le disposizioni imperative sono quelle che non possono essere derogate dalle parti[499]. La dottrina[500] ha lungamente discusso il significato di questa disposizione, che

---

Pataut E., 2004, Paris, p. 247), ma almeno vengono garantiti alla parte debole un significativo nesso fra fattispecie e legge, nonché una probabile conoscenza – o almeno più facile conoscibilità – della legge applicabile.

[498] Si noti, inoltre, che le direttive fanno salvi i sistemi di diritto internazionale privato degli Stati membri in materia di obbligazioni contrattuali, salvo quanto particolarmente previsto dalle direttive stesse. Ci si deve chiedere cosa si intenda con questo richiamo, dal momento che le direttive disciplinano compiutamente gli aspetti internazionalprivatistici dei rapporti assicurativi, consentendo la scelta di legge, individuando la legge applicabile in mancanza di scelta, facendo salve le disposizioni imperative nei contratti interni, risolvendo addirittura il problema degli ordinamenti plurilegislativi. La salvezza degli ordinamenti interni potrebbe, allora, consistere nella disciplina di alcuni aspetti specifici del contratto di assicurazione che non sono stati presi in considerazione dalla direttiva, quali la capacità e la forma. La stessa Convenzione di Roma, del resto, conosce la differenza fra legge applicabile al contenuto del rapporto e legge applicabile ad altri aspetti, e, pertanto, una medesima differenziazione potrebbe sussistere anche nel campo del contratto di assicurazione. Tuttavia, questa salvezza dei sistemi nazionali potrebbe anche intendersi in senso ampio, lasciando cioè impregiudicate le disposizioni generali di diritto internazionale privato, quali quelle sul rinvio – sempre limitatamente alle obbligazioni contrattuali. Accettando una tale interpretazione delle disposizioni in esame, si concluderebbe facilmente che il rinvio sarebbe sempre escluso, sia in forza dell'art. 15 della Convenzione di Roma, che evidentemente costituisce una *norma generale di diritto internazionale privato in materia di obbligazioni contrattuali*, in parte in forza dei richiami che diversi Stati hanno effettuato alla medesima Convenzione per la sua applicazione o generalizzata (si veda l'art. 57 l. 218/95) o all'interno dello stesso Stato membro (v. Contracts (Applicable Law) Act 1990 del Regno Unito).

[499] E' interessante la lettura della Relazione Giuliano - Lagarde sul punto. Si mette in luce la natura compromissoria della disposizione in esame, frutto di due tendenze che si erano manifestate in sede di discussione della Convenzione. Da un lato, taluni esperti avrebbero voluto limitare la scelta delle parti nel senso che essa non avrebbe avuto effetto se il contratto fosse stato qualificabile come meramente interno; dall'altro lato, si è invece rilevata l'esigenza di soddisfare le aspettative delle parti che liberamente e in buona fede avessero attuato una scelta di legge.

[500] Si può fare riferimento agli Autori citati al cap. I, nota 82.

risulterebbe sostanzialmente immodificata anche nel regolamento "Roma I"[501]. I maggiori problemi interpretativi nascono non tanto dalla formulazione dell'art. 3, par. 3, ma dal fatto che la stessa locuzione è utilizzata anche in altre disposizioni con significati apparentemente diversi[502].

In ogni caso si può affermare che la disposizione in esame non abbia ad oggetto la tutela di una parte considerata debole. Le disposizioni imperative dell'art. 3, par. 3 altro non sono che le norme inderogabili di diritto interno, quelle che si impongono alle parti nonostante una loro contraria volontà, anche espressa. Pertanto, la disposizione in esame ha la funzione principale di evitare che i contraenti, attraverso la scelta della legge, eludano l'applicazione delle norme considerate inderogabili da parte dell'unico ordinamento con cui la fattispecie presenta dei collegamenti[503]. La scelta della legge deve essere, pertanto, effettuata *in buona fede*, per utilizzare l'espressione anglosassone, deve rispondere cioè a motivi di effettiva convenienza delle parti e non fraudolenti[504].

La disposizione in esame conferma, altresì, la tesi precedentemente esposta circa la valenza dell'autonomia internazionalprivatistica. Al di fuori del comune limite delle disposizioni imperative, come l'autonomia negoziale, essa può esprimersi liberamente, risultando quindi una

---

[501] Il documento presentato dal Consiglio e il parere del Parlamento utilizzano l'espressione *disposizioni alle quali non si può derogare convenzionalmente*.

[502] Si veda *infra*, questo paragrafo.

[503] Il contratto interno, per essere tale, deve presentare elementi di fatto che si riferiscano tutti a un unico Paese, anche a prescindere dalla scelta del giudice competente. Ci si può chiedere se un elemento poco significativo della fattispecie (come, ad esempio, una cittadinanza non effettiva) possa far condurre a ritenere il contratto transnazionale. La formulazione perentoria dell'art. 3, par. 3 sembra far propendere per una risposta affermativa, ma tuttavia si ritiene che l'interpretazione della norma debba essere maggiormente elastica. E' interno il contratto i cui elementi significativi si ricollegano a un solo ordinamento, anche se esistono contatti, magari anche labili, con un altro Stato. E' interessante sottolineare che sulla base della definizione dell'art. 3, par. 3, la sola proroga del foro non consente di qualificare il contratto come internazionale. Tuttavia, già una tale situazione è idonea a configurare un conflitto di leggi ai sensi dell'art. 1, par. 1 della Convenzione: in tal senso già LAGARDE P., *Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en viguer de la Convention de Rome du 19 juin 1980*, in *Revue critique de droit International privé*, 1991, p. 294. GIULIANO M., *op. cit.*, p. 225, afferma che la nozione di contratto internazionale è "*sans doute un peu floue*", che può essere precisata solo affermando che si tratta di un contratto che presenta uno o più elementi di estraneità che attribuiscono a più leggi vocazione ad applicarsi. L'esistenza degli elementi di transnazionalità deve essere apprezzata dal giudice, e solo rispetto al giudice adito è possibile rilevare se la situazione debba considerarsi meramente interna o internazionale.

[504] Ci si è, quindi, chiesti, quale legge debba applicarsi nei casi in cui la *lex causae* sia conforme alle disposizioni imperative della legge altrimenti applicabile, ma predisponga comunque una disciplina diversa per giungere allo stesso risultato. La soluzione pare dipendere da un'analisi specifica della fattispecie e delle leggi in concorso, piuttosto che da principi generalmente ricavabili dal sistema. Se la legge scelta dovesse essere più rigorosa, allora questa dovrebbe, a nostro avviso, applicarsi. Come già visto per il caso di conflitto fra norme di applicazione necessaria del foro e *lex causae* nel sistema delle norme di conflitto a carattere materiale (v. *supra*, cap. III, par. 2.3), in questo modo si creerebbe una situazione giuridica che più facilmente potrebbe circolare in diversi ordinamenti. Questa soluzione pare ancora più corretta in questo caso, dal momento che si tratta di norme inderogabili, le quali esprimono certo un obiettivo di politica sociale dello Stato, ma non in maniera così stringente come le norme di applicazione necessaria. Inoltre, è evidente che le parti non hanno intenti fraudolenti, per cui nulla pare ostare all'applicazione della legge scelta.

species del *genus* autonomia privata. La disposizione ci conferma, cioè, che la libertà di scelta di legge altro non costituisce che libertà nella determinazione del contenuto e degli effetti del contratto in modo autonomo rispetto a quella che sarebbe la legge applicabile in assenza di scelta. Il risultato che si ottiene consiste in entrambi i casi nella libera determinazione del contenuto del contratto; nell'esercizio dell'autonomia internazionalprivatistica tale volontà si esercita in modo particolare, ma produce le medesime conseguenze, una disciplina sostanziale derogatoria alle disposizioni non imperative della legge altrimenti applicabile[505].

3.2 I contraenti deboli

Parte della dottrina[506] ha correttamente rilevato che l'autonomia privata nella scelta di legge applicabile costituisce in campo contrattuale un principio al quale è possibile rinunciare solo per tutelare ulteriori esigenze di particolare rilievo. Negare del tutto la possibilità di concordare una scelta di legge anche nei contratti conclusi dalle parti deboli pare una soluzione eccessiva rispetto all'obiettivo che si vuole raggiungere, ovvero quello di evitare che la parte debole subisca la scelta unilateralmente operata dall'altro contraente, rischiando, così, di eludere la tutela minima garantita dalla legge altrimenti applicabile. Infatti, in taluni casi anche il contraente debole potrebbe comunque godere di un certo potere negoziale – e si pone l'esempio di un lavoratore altamente qualificato e specializzato, che potrebbe richiedere l'applicazione di una determinata legge al proprio rapporto di lavoro; in alcuni casi lo stesso datore di lavoro potrebbe preferire di applicare ai rapporti di lavoro leggi diverse, più favorevoli ai lavoratori, per ottenere la fidelizzazione del dipendente. L'esclusione dell'autonomia privata non pare poter essere giustificata esclusivamente sulla base dell'esigenza di tutelare la parte debole[507]. Ne consegue che la scelta di legge deve essere ammessa solo limitatamente. Infatti, attribuire alla legge scelta sulla base dell'autonomia privata il compito di provvedere alla tutela del contraente debole significa rimettere le esigenze della parte debole nelle mani del contraente forte[508].

---

[505] Anche l'art. 3, par. 4 della Convenzione di Roma può confermare che la scelta di legge altro non costituisce che espressione dell'autonomia negoziale delle parti. Infatti, la clausola di scelta della legge è sottoposta alla legge che disciplina il contratto, equiparando così l'accordo sulla legge alle altre clausole contrattuali.

[506] POCAR F., *La protection de la partie faible en droit international privé*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 1984, tomo 188, p. 372.

[507] Secondo l'Autore (*op. cit.*, p. 375) una giustificazione potrebbe essere rinvenuta nel fatto che si ritiene opportuno regolare certe situazioni giuridiche in maniera uniforme.

[508] LECLERC F., *op. cit.*, p. 538. L'Autore menziona una sentenza della Corte di Cassazione francese (Cour de Cassation, Ch. Soc., 6 novembre 1985, in *Revue critique de droit international privé*, 1986, p. 501), nella quale si è affermato che il lavoratore non poteva beneficiare del periodo di preavviso stabilito dalla legge francese, più lungo rispetto a quello del Ghana, legge applicabile in mancanza di scelta delle parti, nonostante il fatto che l'impresa avesse sede in Francia. Con questo esempio l'Autore vuole sottolineare come la parte forte non abbia in realtà

Uno dei metodi di limitazione dell'esercizio dell'autonomia privata consiste nel prevedere una ventaglio limitato di leggi che possono essere scelte[509].

Questa è la soluzione oggi accolta dalle direttive sui servizi assicurativi. Infatti, ai sensi dell'art. 7 dir. 88/357, se il contraente non ha la residenza abituale (o l'amministrazione centrale, se persona giuridica) nello Stato in cui è localizzato il rischio, le parti possono alternativamente scegliere o la legge della residenza abituale (o dell'amministrazione centrale), o la legge del luogo in cui il rischio è situato. Se il contraente esercita attività professionale e il contratto si riferisce a più rischi, allora può essere scelta la legge di uno degli Stati tali rischi sono localizzati, oppure quella del luogo di residenza abituale (o dell'amministrazione centrale) del contraente assicurato. Si noti che l'art. 7, par. 1, lett. d) pone una clausola di flessibilità, nel senso che una maggiore libertà di scelta è ammessa se consentita dalla legge applicabile al contratto. Questo rinvio agli ordinamenti interni potrebbe pregiudicare l'effettiva tutela della parte debole, dal momento che questa dipende dalle legislazioni nazionali e non più da limiti imposti a livello comunitario[510]. La direttiva sulle assicurazioni vita è più esplicita nel voler fornire una tutela alla parte debole, dal momento che l'art. 32, par. 2 prende in espressa considerazione il caso del contraente – persona fisica. Infatti, la scelta è limitata alla legge dello Stato di cittadinanza, nel caso in cui non corrisponda con il paese di residenza. In questa ipotesi la limitazione del novero delle leggi che possono essere scelte è finalizzata all'applicazione di una legge che, con maggiori probabilità, è conosciuta dalla parte debole.

Il metodo di tutela del contraente assicurato non cambierebbe se il regolamento "Roma I" fosse approvato nei termini proposti dal Consiglio nel documento del giugno 2007. Infatti, per i contratti di assicurazione relativi a rischi diversi dai grandi rischi, dai contratti di riassicurazione e di assicurazione obbligatoria, la scelta è limitata a un numero determinato di leggi[511]. Questa caratteristica e la circostanza che possono essere scelte delle leggi che la parte contrattuale debole dovrebbe conoscere (quale la legge del paese di residenza abituale o di cittadinanza), può

---

interesse a scegliere una legge applicabile che tuteli l'altro contraente, nemmeno se ciò comporti la scelta della legge della sede del datore di lavoro.

[509] POCAR F., *La protection de la partie faible*, cit., p. 378 rileva come anche questa tecnica potrebbe non essere sufficiente, dal momento che altre leggi in conflitto, ma non contemplate fra quelle eligibili, potrebbero essere maggiormente favorevoli alla parte debole.

[510] V. *supra*, cap. III, par. 3.1.

[511] V. *supra*, cap. III, nota 59. Si riporta nuovamente l'art. 5*bis*, par. 3, II per. della proposta del Consiglio per motivi di maggior chiarezza: "*Le parti possono scegliere come legge applicabile al contratto di assicurazione conformemente all'articolo 3: a) la legge del paese nel quale il rischio è situato al momento della conclusione del contratto; b) la legge del paese nel quale il contraente assicurato ha la residenza abituale; c) [in caso di assicurazione sulla vita,] la legge del paese di cui il contraente assicurato ha la cittadinanza, se il contraente assicurato è una persona fisica e, al momento della conclusione del contratto, ha la residenza abituale in un paese diverso da quello di cui ha la cittadinanza; [d) per un contratto di assicurazione limitato a eventi che si verifichino in un dato paese, la legge di tale paese]*".

offrire un minimo di tutela al contraente dell'assicurazione. In tal caso, infatti, la parte forte del rapporto contrattuale non può imporre la propria volontà quanto alla scelta di legge applicabile, avendo dei limiti che o richiamano una legge facilmente conoscibile dalla parte debole, o che almeno garantiscono una significativa localizzazione del rapporto[512].

Un sistema diverso è quello previsto dagli artt. 5 e 6 in materia di contratti conclusi dal consumatore e dal lavoratore. In entrambi i casi, la scelta di legge non può privare la parte debole della protezione garantitagli dalla legge che sarebbe applicabile in mancanza di scelta, quindi quella della residenza abituale del consumatore e quella del luogo di abituale svolgimento dell'attività lavorativa o della sede di assunzione (art. 5, par. 2; art. 6, par. 1)[513]. La funzione di queste disposizioni è evidente. La parte debole non deve essere privata della tutela accordatale dalla legge applicabile in mancanza di scelta, altrimenti l'autonomia privata diverrebbe uno strumento nelle mani dell'altro contraente per imporre una legge a lui del tutto favorevole. Non avendo la parte debole alcun potere negoziale, si vedrebbe costretta ad accettare la clausola della scelta di legge anche se, per ipotesi, capisse che questo equivarrebbe a una rinuncia dei diritti riconosciutigli dalla legge altrimenti applicabile. Per evitarlo, l'unica soluzione consisterebbe nel non concludere il contratto, ipotesi che, evidentemente, è ancora più contraria ai suoi interessi. Pertanto, siffatte disposizioni consentono di riequilibrare le posizioni contrattuali delle parti. Se la legge scelta non conosce un sistema di protezione della parte debole, ovvero esso non è sufficientemente evoluto, allora si applicano le disposizioni della legge competente in mancanza di scelta[514].

---

[512] Inoltre, è importante rilevare la differenza rispetto ai contratti di assicurazione grandi rischi, di riassicurazione, per i quali la scelta di legge sarebbe libera ai sensi dell'art. 3. Non avrebbe, poi, significato una scelta di legge nel caso di assicurazione obbligatoria, dal momento che la stessa obbligatorietà dipende dalla legge applicabile. Infatti, ai sensi dell'art. 5*bis*, par. 2 del documento del Consiglio: "*Il contratto d'assicurazione che copre un rischio per il quale un paese impone un obbligo di assicurazione è disciplinato dalla legge di tale paese*". Tuttavia, anche in tal caso vi è un rinvio all'ordinamento interno, qualora questo accordi libertà negoziale alle parti nonostante l'obbligatorietà dell'assicurazione. Stabilisce, infatti, l'art. 5*bis*, par. 2, II per.: "*Se tale paese, nel caso di un contratto che copre un rischio ai sensi del paragrafo 1, accorda la libertà di scelta della legge applicabile al contratto, le parti possono scegliere qualsiasi legge conformemente alle disposizioni dell'articolo 3 e, indipendentemente dalla legge scelta, devono conformarsi alle disposizioni della legge di tale paese alle quali non è permesso derogare convenzionalmente"*. La salvezza delle disposizioni imperative è finalizzata alla salvaguardia del carattere obbligatorio del contratto.

[513] Anche in questo caso la disciplina protettiva dell'art. 5 è applicabile solo per certi tipi di contratti conclusi dal consumatore, purché siano rispettate determinate condizioni. Per il loro esame si veda *supra*, cap. III, par. 3. Nel senso che le disposizioni imperative della *lex fori* non sono applicabili se la legge regolatrice del contratto in mancanza di scelta non è, appunto, la *lex fori*: Bundesarbeitsgericht 29 October 1992, in *IPRax*, 1994, p. 123. Proprio per il diverso metodo adottato, le direttive sui servizi assicurativi non fanno riferimento alle disposizioni inderogabili della legge applicabile in mancanza di scelta, salvo quanto visto nella nota precedente per i contratti di assicurazione obbligatoria.

[514] POCAR F., *La protection de la partie faible*, cit., p. 382 critica anche questo metodo dal momento che non riuscirebbe a garantire sufficiente prevedibilità, e perché può richiedere il difficile compito del confronto fra i risultati materiali che si raggiungerebbero attraverso l'applicazione di due leggi straniere, ma tuttavia riesce, a

Queste disposizioni hanno una funzione di carattere materiale. Diversamente dall'art. 3, par. 3 e dall'art. 7 della Convenzione, la loro formulazione letterale non è nel senso che le disposizioni imperative devono comunque applicarsi, ma piuttosto che la protezione da queste accordate non è derogabile. A nostro avviso la differenza è rilevante. Così, se la legge scelta non conosce un adeguato sistema di tutela della parte debole, questa si vedrà protetta dalle norme della legge applicabile in mancanza di scelta[515]: la *lex contractus* rimarrà pur sempre quella scelta, ma sarà integrata dalle disposizioni imperative della legge altrimenti applicabile[516].

---

nostro avviso, a contemperare le esigenze di tutela con il metodo internazionalprivatistico. PATOCCHI P.M., *op. cit.*, p. 300 precisa che la limitazione della volontà è giustificata da motivi di carattere materiale. Secondo LECLERC F., *op. cit.*, p. 391 si tratta di norme che contengono in sé la loro eccezione, ovvero un limite di ordine pubblico. In generale: BONOMI A., *Le norme imperative nel diritto internazionale privato*, 1998, Zürich, p. 140.

[515] Si noti che nei sistemi che richiedono la prova da parte dell'interessato del contenuto della legge straniere, nei – rari – casi di non coincidenza fra *forum* e *ius*, sarà presumibilmente la parte debole a dover dimostrare il carattere maggiormente favorevole della legge applicabile in mancanza di scelta, perdendosi così conseguentemente una parte della stessa tutela predisposta: un tale onere della prova, infatti, può essere complesso da soddisfare e richiede ulteriori spese da affrontare a carico della parte debole. Per la Francia si veda, ad esempio, l'analisi offerta da COURSIER P., *op. cit.*, pp. 214 e 247, per cui inizialmente la Corte di Cassazione richiedeva che il lavoratore dimostrasse che la legge applicabile al contratto fosse maggiormente favorevole, ma successivamente si è imposta l'applicazione d'ufficio delle *norme a carattere imperativo* (le disposizioni imperative). Più recentemente la giurisprudenza francese ha offerto una soluzione più favorevole al lavoratore, nel senso che egli non deve dimostrare il *favor* della legge del luogo di svolgimento abituale dell'attività (Cour de Cassation, Soc., 20 octobre 2004, citata da JAULT-SESEKE F., *L'office du juge dans l'application de la règle de conflit de lois en matière de contrat de travail*, in *Revue critique de droit international privé*, 2005, p. 282); tuttavia, la stessa Corte di Cassazione ha riaffermato il principio generale dell'onere di provare il diritto straniero incombente sulle parti, anche se per una controversia esulante il campo di applicazione della Convenzione di Roma (si trattava, precisamente, del riconoscimento di figlio naturale, richiesto da una madre di cittadinanza bielorussa nei confronti di un presunto padre francese: Cour de Cassation, 1er Ch. Civ., 21 novembre 2006, in *Revue critique de droit international privé*, 2007, p. 575); lo stesso AUDIT B., *Droit international privé*, cit., p. 228 qualifica il diritto straniero come un mero fatto, salvo attribuire al giudice un ruolo non meramente passivo nella ricerca del contenuto della *lex causae*. Secondo JAYME E., *Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. Cours général de droit international privé*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 1995, p. 124 il sistema francese deve considerarsi misto, nel senso che spetta al giudice accertare il contenuto della legge applicabile, se la norma di conflitto è contenuta in una convenzione internazionale o la controversia verte su diritti indisponibili; negli altri casi, le parti devono provare il contenuto della legge straniera applicabile. In generale: MOHAMED MAHMOUD M.S., *Loi d'autonomie et méthodes de protection de la partie faible en droit international privé*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 2005, tomo 315, p. 190. Per quanto attiene il contratto di consumo, si deve rilevare l'importante intervento comunitario, attraverso lo strumento della direttiva, che pone quantomeno dei principi nella disciplina di tali rapporti. La loro inderogabilità e il principio del primato impongono l'applicazione di tali disposizioni da parte del giudice d'ufficio. Ne sono conferma la sentenza *Ingmar* (Corte di giustizia 9 novembre 2000, causa C-381/98, *Ingmar*, in *Racc.* I-9305), nella quale la Corte ha affermato che le parti non possono eludere l'applicazione delle disposizioni imperative di diritto comunitario attraverso la scelta della legge applicabile, e la sentenza *Eco Swiss* (Corte di giustizia 1 giugno 1999, causa C-126/97, *Eco Swiss*, in *Racc.* I-3055), che impone l'applicazione ufficiosa delle disposizioni imperative di origine nazionale. Pertanto, il consumatore vedrà applicate d'ufficio almeno le disposizioni delle rilevanti direttive, il cui contenuto non deve essere dimostrato. Il problema dell'onere della prova sorge nuovamente nella sua interezza se la legge straniera prevede una tutela ancora più ampia di quella garantita dalla direttiva.

[516] TREVES T., *Norme imperative e di applicazione necessaria nella Convenzione di Roma del 19 giugno 1980* , in *Verso una disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti*, a cura di Treves T., 1983, Padova, p. 31, sottolinea come il rispetto delle disposizioni imperative può avvenire non solo attraverso la loro applicazione, ma anche assumendole all'interno della nozione di ordine pubblico, o attraverso l'interpretazione della *lex contractus* alla luce delle disposizioni imperative. Queste alternative paiono poco percorribili. Per quanto attiene la sussunzione delle disposizioni imperative nell'ordine pubblico, si deve ricordare che questa nozione è interpretata

L'art. 5, par. 2 e l'art. 6, par. 1 stabiliscono una soglia minima di protezione, quella ottenuta tramite l'applicazione delle disposizioni imperative della legge applicabile, e dispongono che sotto questo *standard* minimo non è possibile scendere nemmeno attraverso l'esercizio dell'autonomia privata. Pertanto, se la legge scelta è più favorevole, nulla osta alla sua integrale applicazione, perché non si reca così alcun pregiudizio né alla protezione della parte debole, né agli obiettivi di politica sociale della legge competente in mancanza di scelta. I menzionati articoli impongono al giudice di valutare il contenuto delle norme inderogabili della legge applicabile in mancanza di scelta e di considerare la tutela da esse predisposta quale un minimo – e si noti che tale minimo è variabile, dipendendo dalle legislazioni nazionali e non dal diritto comunitario. Se la legge scelta può fornire una miglior tutela, allora essa è applicabile: in tal caso non si può, infatti, affermare che la parte debole sia stata privata delle garanzie offerte dalla legge regolatrice del contratto in mancanza di scelta.

Una questione problematica sorge quando la legge scelta conferisce diritti diversi da quelli garantiti dalla legge applicabile, ma non può globalmente ritenersi né più né meno favorevole, in quanto meramente divergente. Esigenze di coerenza della disciplina del contratto già esaminate[517], richiedono, a nostro avviso, di applicare una sola legge, quella che globalmente appare più favorevole alla parte debole. Non si ritiene, infatti, possibile, operare uno spezzettamento del contratto nelle sue singole clausole per ricercare di volta in volta la norma più favorevole a uno dei due contraenti.

Inoltre, come detto[518], l'obiettivo non pare essere l'applicazione della miglior legge in assoluto per il contraente debole, che godrebbe così di un'ampissima tutela per il solo fatto di aver concluso un contratto internazionale invece che meramente interno, anche se per circostanze del tutto occasionali e non significative sul piano del diritto. Questo significa che, se è corretto ritenere che la parte debole non debba essere pregiudicata nel *minimum* di tutela accordatale, tuttavia non necessariamente deve essere applicata la massima protezione possibile[519]. Questo non pare essere uno scopo della Convenzione di Roma, che, nella determinazione della legge applicabile ai contratti, si affida a criteri di collegamento oggettivi

---

restrittivamente, tanto che l'art. 16 della Convenzione di Roma richiede che l'incompatibilità sia manifesta. Quanto alla seconda possibilità, non pare possa pretendersi di interpretare una legge alla luce di altre disposizioni, contenute in un diverso ordinamento, per l'assenza di qualsiasi criterio di tipo gerarchico fra le due; inoltre, il criterio non sarebbe del tutto utilizzabile, se le discipline presentassero forte carattere divergente.

[517] V. *supra*, cap. III, par. 2.3.

[518] V. *supra*, cap. introduttivo, par. 5.

[519] Gli Autori che, invece, ritengono che l'obiettivo sia quello di garantire comunque la miglior protezione possibile alla parte debole, affermano che è necessario operare uno spezzettamento del contratto e costruire una disciplina composta dalle singole disposizioni delle leggi in conflitto. Si veda *supra*, cap. III, nota 37.

indipendenti dal contenuto della legge. In effetti, l'unico momento in cui paiono rilevare considerazioni di carattere materiale si ravvisa proprio nelle disposizioni in esame, ma la struttura e le finalità della Convenzione non paiono autorizzare una loro interpretazione estensiva. Pertanto, pare doversi escludere il *dépeçage* ai fini della tutela della parte debole[520]. Essa è già protetta attraverso la garanzia di un *minimum* standard, che, oltretutto, è contenuto nella legge che essa presumibilmente meglio conosce.

Uno spezzettamento potrebbe essere ammesso solo in casi eccezionali. Si potrebbe pensare all'ipotesi, invero più teorica che reale, in cui la legge scelta sia in generale più favorevole alla legge altrimenti applicabile, tranne che per un singolo aspetto, per il quale non stabilisce alcuna tutela o comunque un grado di protezione molto inferiore. Forse, in questo solo caso, potrebbe ritenersi di dover applicare contemporaneamente le disposizioni più favorevoli estratte da entrambe le leggi, perché la sola legge scelta dalle parti consentirebbe un livello di protezione comunque insufficiente alla luce della legge altrimenti applicabile. In questa ipotesi, tuttavia, potrebbe essere giustificata anche l'applicazione della sola legge del luogo di residenza del consumatore o di abituale svolgimento dell'attività del lavoratore: in tal modo la parte debole vedrebbe applicata la legge che meglio conosce e nessun pregiudizio le deriverebbe, e contemporaneamente si otterrebbe il vantaggio di evitare il *dépeçage*.

Il conflitto di leggi sarebbe così risolto in modo sempre favorevole alla parte debole: si applicherebbe in ogni caso la legge meglio conosciuta dal contraente debole, a meno che la legge scelta – ovvero imposta – non sia materialmente più favorevole nel caso di specie, senza la necessità di applicare diverse disposizioni appartenenti a differenti ordinamenti. Questa soluzione riesce anche a meglio soddisfare le esigenze di prevedibilità e della certezza del diritto, dal momento che le parti non avranno bisogno di individuare, per ogni questione attinente al loro rapporto, quale sia e a quale ordinamento appartenga la norma più favorevole, per poi ricavare la disciplina complessiva da un insieme - non necessariamente coerente – di norme appartenenti a più ordinamenti. Le disposizioni in esame consentirebbero un equo contemperamento fra la volontà di tutelare sostanzialmente al meglio la parte debole e l'opportunità di applicare la legge dalla stessa conosciuta, due forme tipiche di protezione del contraente debole, senza disattendere le aspettative della controparte[521].

---

[520] Deve rilevarsi che il *dépeçage* è ammesso dalla Convenzione di Roma solo se una parte del contratto è separabile dal resto (art. 4, par. 1). Non pare che questi contratti possano assumere veste così complessa da poterne separare delle parti. Pertanto lo spezzettamento dovrebbe essere evitato.

[521] Si evita, altresì di creare una sproporzione fra legge applicabile al contratto internazionale e a quello meramente interno, dal momento che per il primo non si cercherà la legge in assoluto più favorevole. Comunque, ai sensi

Rimane ancora aperta una questione interpretativa.

Deve, infatti, chiedersi se gli articoli 5, par. 2 e 6, par. 1 si riferiscono alle disposizioni imperative semplici o alle norme di applicazione necessaria. Infatti, proprio l'art. 3 le definisce come norme inderogabili; tuttavia, l'art. 7 utilizza la stessa espressione per riferirsi alle norme di applicazione necessaria, ovvero *applicabili qualunque sia la legge regolatrice del contratto*. La coincidenza fra questi due tipi di norme è solo parziale, nel senso che tutte le norme di applicazione necessaria sono inderogabili, mentre non è vero il contrario. La dottrina ha a lungo dibattuto questi aspetti, senza ancora arrivare a una posizione unanime[522].

A nostro avviso, quelle contemplate negli artt. 5, par. 2 e 6, par. 1 sono norme inderogabili come definite nell'art. 3, par. 3[523].

In primo luogo, si notano delle importanti differenze rispetto all'art. 7[524]. Le norme di applicazione necessaria regolano il rapporto indipendentemente dalla legge applicabile al contratto e quindi a prescindere da qualsiasi conflitto di leggi. Ne consegue – salvo alcuni casi di conflitto, già esaminati[525] - che non rileva quale sia il loro contenuto, diversamente da quanto accade nel campo di applicazione degli articoli 5, par. 2 e 6, par. 1. Inoltre, l'applicabilità dell'art. 7 è generale, mentre le disposizioni in esame operano solo qualora vi sia stata una scelta della legge applicabile, esattamente come accade nell'ambito dell'art. 3, par. 3, il quale limita gli effetti della scelta di legge. Un'assimilazione fra artt. 5, par. 2 e 6, par. 1 e art. 7 costituirebbe inoltre, a nostro avviso, un'interpretazione che toglie significato alle disposizioni in esame. Infatti, affinché nei casi contemplati dagli artt. 5 e 6 siano applicabili le disposizioni imperative dell'art. 7, non sarebbe necessaria una norma specifica, ma sarebbe senz'altro sufficiente lo

---

dell'art. 3, la scelta di legge sarebbe possibile anche nei contratti meramente interni, per i quali, però, si incontrano i limiti di cui all'art. 3, par. 3 e delle disposizioni in esame nel testo.

[522] Si vedano le discussioni dottrinali riportate da CARELLA G., *op. cit.*, pp. 116 e 124.

[523] In tal senso si veda: POCAR F., *L'unification des règles de conflit en matière des contrats dans la Communauté économique européenne*, in *Comunicazioni e studi*, 1978, vol. XV, p. 190; FLETCHER I., *Conflict of laws and European Community Law*, 1982, Amsterdam, New York, Oxford, p. 169; TREVES T., *op. cit.*, p. 26; BARATTA R., *op. cit.*, p. 220; COURSIER P., *op. cit.*, p. 203; CARELLA G., *op. cit.*, p. 125; NORTH P.M., FAWCETT J.J., *Cheshire and North's private International Law*, 1999, London, p. 578; PATAUT E., *Principe de souveraineté et conflits de juridictions*, 1999, Paris, p. 155; DICEY A.V., MORRIS J.H.C., *op. cit.*, p. 1290; VILLANI U., *La Convenzione di Roma sulla legge applicabile ai contratti*, 2000, Bari, pp. 138 e 161; PLENDER R., WILDERSPIN M., *The European Contracts Convention, the Rome Convention on the Choice of Law for Contracts*, 2001, London, p. 149; BOSCHIERO N., *Obbligazioni contrattuali (diritto internazionale privato)*, in *Enciclopedia del diritto, Aggiornamento*, 2000, Milano, p. 839; PATAUT E., *Lois de police et ordre juridique communautaire*, in *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, cit., p. 139; MOHAMED MAHMOUD M.S., *op cit.*, p. 199. RIGAUX F., FALLON M., *op. cit.*, p. 139 notano come la differenza sul piano pratico abbia *l'épaisseur d'un cheveu*: la natura imperative delle disposizioni di cui agli artt. 5, par. 2 e 6, par. 1 della Convenzione di Roma dipenderebbe dal diritto materiale interno, quella dell'art. 7 dalla volontà del legislatore di rafforzare quella norma attraverso una regola speciale d'applicabilità.

[524] Analoghe disposizioni sono contenute nelle direttive sui servizi assicurativi.

[525] V. *supra*, cap. III, par. 2.3.

stesso art. 7[526]. Invece, per affermare l'inderogabilità di norme interne che non costituiscono norme di applicazione necessaria, era necessario prevedere un'apposita disciplina. Infine, il fatto che la categoria delle disposizioni inderogabili per autonomia privata sia più ampia delle norme di applicazione necessaria consente una tutela maggiormente effettiva della parte debole, la quale beneficerà di una protezione più completa, alla quale non potrà rinunciare e che potrà essere derogata solo in senso ad essa favorevole[527].

Una tale qualificazione delle disposizioni imperative di cui agli artt. 5, par. 2 e 6, par. 1 conferma la conclusione secondo la quale l'autonomia internazionalprivatistica altro non costituisce che una forma di autonomia negoziale, proprio perché consente una deroga, limitata, appunto, dalle disposizioni imperative, alla legge altrimenti applicabile[528].

3.3 I rapporti fra le disposizioni inderogabili e le norme di applicazione necessaria

Ci si deve infine chiedere quali siano i rapporti fra l'art. 5, par. 2 (e il corrispondente art. 6, par. 1) e l'art. 7. In particolare, si deve analizzare se le norme di cui all'art. 7 possono applicarsi anche nell'ambito dei contratti di consumo e di lavoro, qualora sia stata scelta la legge applicabile ed – eventualmente – siano state individuate disposizioni inderogabili della legge altrimenti applicabile. A nostro avviso, la risposta deve essere distinta a seconda che si tratti di norme del foro o di norme di un altro ordinamento ai sensi del primo paragrafo dell'articolo.

Nel primo caso, la risposta dev'essere senz'altro positiva, trattandosi di norme la cui applicazione prescinde dal conflitto di leggi e dalla tipologia di contratto[529]. Inoltre, difficilmente il giudice risolverà una controversia tralasciando del tutto l'analisi delle norme di applicazione necessaria della *lex fori*, proprio perché esprimono principi cardine dell'ordinamento cui egli stesso appartiene. Infine, la nozione contenuta nell'art. 7 pare sufficientemente ampia da ricomprendere anche le discipline a favore del consumatore e del

[526] Questa interpretazione sarebbe confermata dalla Relazione Giuliano - Lagarde alla Convenzione di Roma, nella parte in cui, analizzando l'art. 5, par. 2, gli esperti affermano che la disposizione afferma il principio per cui "*la scelta della legge applicabile in un contratto concluso da un consumatore non può avere per risultato di privarlo della protezione garantitagli dalla legge del paese nel quale risiede abitualmente*". L'utilizzazione del termine *legge* induce a un'interpretazione ampia della locuzione *disposizioni imperative* contenuta nell'articolo, non limitata a – poche ed eventuali – norme di applicazione necessaria.

[527] Si deve peraltro rilevare che non necessariamente le norme a tutela della parte debole sono considerate norme di applicazione necessaria ai sensi dell'art. 7 della Convenzione. In tal caso, anche se la legislazione sociale fosse particolarmente elevata, essa sarebbe facilmente posta nel nulla attraverso l'esercizio dell'autonomia contrattuale. Non essendo sempre sufficiente l'art. 7, allora la protezione della parte debole è rafforzata rendendo internazionalmente rilevanti norme inderogabili sul piano interno.

[528] CARELLA G., *op. cit.*, p. 125.

[529] Sorprende pertanto la sentenza della Cour de Cassation, Ch. Soc., 6 novembre 1985, cit., che applica al contratto di lavoro la legge del Ghana, più sfavorevole della legge francese in tema di preavviso di licenziamento, senza nemmeno chiedersi se la norma francese possa costituire norma di applicazione necessaria.

lavoratore, se considerate tali dalla *lex fori*[530]. Così, se le norme di applicazione necessaria della *lex fori* sono ancora più favorevoli rispetto alla *lex causae* o alla legge oggettivamente applicabile, allora sarà data piena attuazione all'art. 7, par. 2. In caso contrario, ancora una volta deve operarsi quel bilanciamento fra interessi concreti di cui si è già discusso, senza, tuttavia, potersi operare il *dépeçage* se non è individuabile una legge più favorevole in tutti gli aspetti[531].

Tuttavia, questo problema non pare porsi frequentemente, perché, come visto, spesso vi è una coincidenza fra *forum* e *ius*[532]. Pertanto, le norme di applicazione necessaria della *lex fori* faranno generalmente parte delle disposizioni imperative di cui agli artt. 5, par. 2 e 6, par. 1.

Una maggior complessità si ravvisa nei casi in cui un altro ordinamento pare strettamente correlato alla fattispecie, e ci si interroghi sull'applicabilità delle sue norme di applicazione necessaria. Si deve notare che l'art. 7, par. 1 non richiama *sic et simpliciter* le norme di applicazione necessaria di uno Stato terzo, ma si limita a indicare al giudice la necessità di *darvi efficacia*, anche sulla base delle *conseguenze che deriverebbero dalla loro applicazione o non applicazione*. Il significato di questa disposizione non è ancora chiarito[533]. A nostro avviso si tratta di una norma che solo attribuisce al giudice una facoltà, la quale non sarebbe altrimenti ricavabile da alcun principio di diritto internazionale privato. Infatti, il giudice è tenuto ad applicare la *lex causae* e a far entrare il limite preventivo delle norme di applicazione necessaria della *lex fori*, ma non è tenuto a dar effetto anche alle scelte politiche di altri ordinamenti.

---

[530] MAYER P., *Les lois de police étrangères*, in *Journal du droit international*, 1981, p. 328.

[531] Favorevole a un'analisi anche di carattere sostanziale fra leggi in conflitto e norme di applicazione necessaria è: BONOMI A., *op. cit.*, p. 154.

[532] V. *supra*, cap. III, par. 5.

[533] La dottrina è concorde nel ritenere che la disposizione lascia un'ampia discrezionalità al giudice, ma diverse sono le impostazioni dei vari Autori. Secondo GIULIANO M., *op. cit.*, p. 254 "*les mots «donner effet» confèrent au juge la tâche très délicate de combiner les disposirtions impératives avec la loi normalment applicable au contrat dans la situation concrète*". LOUSSOUARN Y., BOUREL P., DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé*, 2004, Paris, p. 154 parlano di mera facoltà nell'applicazione di tali norme. MAYER P., *Les lois de police étrangères*, cit., p. 327 ritiene che si tratti di un'eventualità piuttosto che di una facoltà, nel senso che se la natura e l'oggetto delle norme di applicazione necessaria lo giustificano, dovrà esser dato loro effetto; il giudice non ne è, tuttavia, obbligato; un posizione simile ha BONOMI A., *op. cit.*, p. 370. Secondo COURSIER P., *op. cit.*, p. 233 la locuzione utilizzata è inutile e significa comunque la possibilità di applicare le norme internazionalmente imperative di altri Stati che presentino stretti collegamenti con la fattispecie. Secondo MOHAMED MAHMOUD M.S., *op cit.*, p. 232 il giudice è tenuto all'applicazione di tali norme se protettrici della parte debole, purché vi sia uno stretto colleamento fra ordinamento e fattispecie, dato, ad esempio, dal luogo di esecuzione del contratto. Secondo TREVES T., *op. cit.*, pp. 35 e 39, invece, vi è un obbligo di applicazione delle norme di cui all'art. 7, par. 1; questa conclusione si dedurrebbe non solo dall'uso del verbo *dovere* nel secondo periodo della disposizione, ma anche per il fatto che vengono esplicitate le valutazioni che il giudice deve compiere per dare efficacia alle norme di cui si tratta. CORRAO M.E., *Commento all'art. 7*, in *Convenzione sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma 19 giugno 1980)*, a cura di Bianca C.M., Giardina A., 1995, Padova, p. 1015 giunge all'opposta conclusione, affermando che non è escluso che il giudice giunga ad applicare le norme di applicazione necessaria, ma che nella generalità dei casi si limiterà a prenderle in considerazione. Nel caso contrario, infatti, il giudice dovrà applicare un cumulo di leggi e operare un *depeçage* che ad avviso dell'Autore non può essere giustificato sulla sola base dell'art. 3.

Tuttavia, una volta stabilita l'opportunità di *dare efficacia* a tali norme, anche se appartenenti a un altro Paese, è difficile che il giudice possa far altro che applicarle[534].

Nulla pare tuttavia escludere l'applicabilità di questa disposizione anche ai contratti di consumo e di lavoro: pertanto, il giudice potrà *dare effetto* alle norme di applicazione necessaria di uno Stato terzo se così potrà raggiungere un risultato a suo avviso più equo[535]. Si tratta comunque di un'ipotesi piuttosto rara a verificarsi. In tal caso, infatti, ci sarebbe un concorso fra eventuale legge scelta dalle parti, legge altrimenti applicabile, *lex fori* e un altro ordinamento. Pare difficile ritenere che dei contratti dalla struttura semplice come quelli in esame possano avere dei collegamenti significativi con un numero così ampio di ordinamenti[536], salvo, in alcuni casi, il contratto di lavoro, quando il rapporto si svolge in più Stati. Inoltre pare difficile potersi ritenere che a seguito dell'applicazione dell'art. 5 (o art. 6) e dell'art. 7, par. 2 la posizione del contraente debole possa essere migliorata ulteriormente dal punto di vista sostanziale, dal momento che già tre leggi potrebbero essere intervenute per offrire la miglior garanzia possibile. Nonostante l'astratta possibilità di addivenire a una tale soluzione e a un concorso potenziale di ben quattro leggi diverse, un conflitto di questo tipo non pare davvero realizzabile.

L'applicabilità dell'art. 7 non deve essere negata, a nostro avviso, nemmeno per quei contratti conclusi dal consumatore che non rientrano nel campo di applicazione dell'art. 5. La tesi opposta è stata talora sostenuta[537], sul presupposto che l'art. 5, par. 2 può essere visto come una clausola speciale di applicazione delle *lois de police*. Questa interpretazione è confermata

---

[534] BUCHER A., *L'ordre public et le but social des lois en droit international privé*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 1993, tomo 239, p. 102. TREVES T., *op. cit.*, p. 37, sottolinea un parallelismo fra le due frasi del primo paragrafo dell'art. 7, concludendo che le locuzioni "*dare efficacia*" e "*applicare*" sono equivalenti.

[535] Sulle norme di applicazione necessaria della *lex fori* e di altri ordinamenti giuridici: FALLON M., *Le droit applicable aux clauses abusives après la transposition de la directive n. 93/13 du 5 avril 1993*, in *Revue européenne de droit de la consommation*, 1996, p. 9. MAYER P., *Les lois de police étrangères*, cit., p. 329 sottolinea come, nel conflitto fra norme di applicazione necessaria appartenenti a diversi ordinamenti, debba applicarsi quella più favorevole. Qualora le norme perseguano politiche diverse, si crea una situazione di vero conflitto, la cui risoluzione dipenderà dalla circostanza che vi rientrino o meno le norme del foro.

[536] MAYER P., *Les lois de police étrangères*, cit., p. 328; TREVES T., *op. cit.*, p. 41.

[537] LAGARDE P., *Le nouveau droit international privé des contrats*, cit., p. 316, posizione recepita da PARROT K., *L'interprétation des conventions de droit international privé*, 2006, Paris, p. 134. Secondo FALLON M., *op. cit.*, p. 10, l'art. 7 della Convenzione non sarebbe logicamente applicabile ai contratti individuati dall'art. 5; tuttavia, la formulazione delle disposizioni induce a ritenere la loro operatività. A seguito delle modifiche apportate dal Consiglio al progetto di regolamento "Roma I", parrebbe venir meno qualsiasi dubbio circa l'applicabilità dell'art. 7, dal momento che l'art. 5, par. 1*bis* richiama la disciplina generale degli articoli 3 e 4; tuttavia, questo espresso richiamo non è recepito dagli emendamenti successivamente apportati dal Parlamento alla proposta della Commissione. Secondo GONZÁLES CAMPOS J.D., *Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des régles de droit international privé. Cours général*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 2000, p. 407 le norme internaizonalemnte imperative della *lex fori* non sarebbero applicabili, perchè non si spiegherebbe "*que les mêmes règles soient applicables tantôt en tant que droit régissant le contrat tantôt comme des règles impératives, selon que l'article 5 de la Convention de Rome est ou n'est pas applicable ?* ".

dalla maggior parte delle sentenze conosciute con il nome *Gran Canaria*[538]; i giudici tedeschi hanno ritenuto che le norme di applicazione necessaria della *lex fori* non fossero invocabili da parte dei consumatori, poiché il contratto non era stato concluso in Germania e quindi la legge tedesca non avrebbe potuto essere invocata per annullare il contratto e chiedere la restituzione del prezzo[539]. Una tale soluzione non pare soddisfacente. L'art. 7, par. 2, non richiede che vi sia uno stretto collegamento fra contratto e norme di applicazione necessaria, essendo sufficiente che quelle del foro si impongano al giudice per forza propria. Inoltre, questa interpretazione ha come conseguenza la privazione di qualsiasi tutela del consumatore attivo, che non è tutelato né dalle disposizioni imperative *ex* art. 5, par. 2, né dalle – eventuali – norme di applicazione necessaria[540]. L'art. 5 non interferisce con l'art. 7; pertanto, non pare ragionevole escluderne l'applicabilità nei casi in cui debba tutelarsi una parte debole, anche se non sono soddisfatte le condizioni di cui all'art. 5, mentre esse risultano generalmente applicabili a tutti gli altri tipi di contratti. Così, correttamente, alcune giurisdizioni nazionali hanno affermato la potenziale applicabilità delle norme di applicazione necessaria della *lex fori* fuori dal campo di applicazione dell'art. 5 della Convenzione di Roma, anche se poi concludendo che le disposizioni invocate non rivestivano tale carattere internazionalmente imperativo[541].

---

[538] Si ricordano, ad esempio, Bundesgerichtshof 19 März 1997, in *Revue critique de droit international privé*, 1998, p. 610 e Oberlandesgericht Hamm 1 Dezember 1988, in *IPRax*, 1990, p. 242. Nel senso che l'art. 29, par. 1 dell'EGBGB, corrispondente all'art. 5, par. 2 della Convenzione di Roma, costituisce una norma speciale che prevale sull'art. 34 EGBGB (dallo stesso tenore letterale dell'art. 7 della Convenzione) si veda: Bundesgerichtshof 26 October 1993, in *IPRax*, 1994, p. 449. Solo in mancanza di scelta sarebbe stata applicabile la legge tedesca (v. SCHNABEL K., *Exception clauses in conflicts law and international law of procedure – Germany*, in *Les clauses d'exception en matière de conflits de lois et de conflits de juridiction – ou le principe de proximité*, a cura di Kokkini-Iatridou D., 1994, Dodrecht, Boston, London, p. 53).

[539] Più incerta è l'interpretazione da darsi alla sentenza della Cour de Cassation, 1er Ch. Civ., 19 octobre 1999, in *Revue critique de droit international privé*, 2000, p. 29. La Suprema Corte francese ha cassato una sentenza d'appello che, dopo aver affermato che non erano soddisfatte le condizioni di applicazione dell'art. 5, par. 2 della Convenzione di Roma, aveva ritenuto che le disposizioni dell'art. 7 riguardassero le sole *lois de police*, e non le disposizioni a tutela del consumatore, rientranti nel campo di applicazione dell'art. 5; inoltre, sempre secondo la Corte d'appello, dal confronto fra art. 5 e art. 7 risultava che la protezione del consumatore non poteva essere qualificata come *lois de police*. Tuttavia, la Corte di Cassazione ha premesso che la Convenzione di Roma non era ancora in vigore, prima di cassare la sentenza, non riuscendo a chiarire se condividesse l'interpretazione della Corte d'appello secondo la quale le disposizioni a tutela del consumatore non costituiscono norme di applicazione necessaria.

[540] SINAY-CYTERMANN A., *La protection de la partie faible en droit international privé*, in *Mélangés en l'honneur de Paul Lagarde. Le droit international privé: esprit et méthodes*, a cura di Jobard-Bachellier M.-N., 2005, Paris, p. 745. Secondo MAYER P., *La protection de la partie faible en droit international privé*, in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, a cura di Ghestin G. e Fontaine M., 1996, Paris, p. 533, l'art. 5 deroga all'art. 7 nel suo specifico ambito di applicazione, al di fuori del quale sono applicabili norme imperative anche di altri ordinamenti, ai sensi dell'art. 7.

[541] Tribunal d'istance de Niort 1er Juillet 1998, in *Contrats, concurrence, consommation*, 1998, n. 137, p. 18. Nelle sentenze del 15 juillet 1992 (citata da PLENDER R., WILDERSPIN M., *op. cit.*, p. 150) e del 23 mai 2006, in *Revue critique de droit international privé*, 2007, p. 85 rispettivamente la Corte d'appello lussemburghese e la Corte di Cassazione francese hanno escluso che il contratto in esame rientrasse nel campo di applicazione dell'art. 5 della Convenzione: infatti il consumatore non aveva compiuto gli atti necessari alla conclusione del contratto nello Stato

Si noti che, proprio per superare l'*impasse* che deriva dalla mancata rilevanza delle norme di applicazione necessaria a contratti conclusi dai consumatori non rientranti nell'ambito dell'art. 5, alcuni tribunali di merito tedeschi hanno cercato delle soluzioni alternative, quali la qualificazione come principio di ordine pubblico del diritto di recesso garantito dalla *lex fori*[542], ovvero ha dichiarato l'invalidità della scelta di legge[543].

In secondo luogo, la perdurante applicabilità delle norme di applicazione necessaria deve essere garantita, perché trattasi di disposizioni che tutelano anche interessi collettivi[544]; il loro ambito non può essere limitato per il solo fatto che l'art. 5 ha un ristretto campo di applicazione[545].

3.4 Il progetto di regolamento "Roma I"

Il progetto offre già alcuni spunti di riflessione, sia quanto ai limiti della scelta di legge applicabile, sia in tema di disposizioni imperative.

Una delle più discusse modifiche della proposta del regolamento riguarda proprio il contratto concluso dal consumatore. Secondo il progetto presentato dalla Commissione, l'art. 5 non consente più la scelta di legge[546]. La relazione esplicativa sottolinea che nella prassi si opera uno smembramento del contratto, dal momento che le parti individuano come applicabile la legge della sede del professionista, alla quale si accostano poi le disposizioni imperative della legge della residenza abituale del consumatore. Pertanto, volendo offrire una soluzione contemporaneamente più certa e comunque favorevole al consumatore, l'autonomia privata viene del tutto eliminata e viene previsto un criterio di collegamento rigido alla legge del luogo di residenza del consumatore.

---

membro di residenza. Tuttavia, le Corti hanno analizzato se le norme a tutela del consumatore potessero considerarsi di applicazione necessaria, per eventualmente applicarle in forza dell'art. 7, tuttavia escludendo una tale qualificazione.

[542] Amstgericht Lichtenfels 24 Mai 1989, in *IPRax*, 1990, p. 235; Oberlandesgericht Celle 28 August 1990, in *IPRax*, 1991, p. 334. Per un commento: LÜDERLITZ A., *Internationaler Verbraucherschutz in Nöten*, in *IPRax*, 1990, p. 216.

[543] Landesgericht Limburg 22 März 1988, in *Neue juristische Wochenschrift, Rechtsprechungs-Report*, 1989, p. 119.

[544] Secondo BONOMI A., *op cit.*, p. 184, la tesi restrittiva sarebbe superata dal fatto che le direttive in materia di protezione di consumatori (v. *infra*, par. 5) impongono agli Stati membri di garantire l'applicazione necessaria delle norme interne attuative, a condizione che esista uno stretto legame con il territorio di uno Stato membro, che sussiste qualora il consumatore abbia residenza in uno Stato membro. L'operatività delle norme di applicazione necessaria colmerebbe una lacuna nella tutela del consumatore.

[545] MOHAMED MAHMOUD M.S., *op cit.*, p. 200.

[546] L'art. 6 rimane, invece, in questa parte, immutato. L'art. 5, par. 1 del documento del Consiglio del 25 giugno 2007 specifica che: "*Non è possibile derogare alla legge applicabile in virtù del presente paragrafo sulla base di una legge scelta dalle parti a norma dell'articolo 3*". L'art. 120, II c. della legge federale svizzera di diritto internazionale privato del 18 dicembre 1987 esclude la scelta di legge ai contratti di consumo ai fini della tutela del contraente debole.

La soluzione ha lasciato alcune perplessità.

In primo luogo, il sistema della Convenzione consente l'applicazione simultanea di più leggi a un contratto. Quindi una limitata compenetrazione fra legge scelta e legge del luogo di residenza del consumatore appare fisiologica, non patologica. Inoltre, lo smembramento non pare del tutto risolto, dal momento che resterebbero efficaci le norme di applicazione necessaria della *lex fori*[547]; non può essere del tutto escluso che i giudici saranno tentati a interpretare estensivamente la nozione di norma di applicazione necessaria allo scopo di farvi rientrare quelle che oggi sono le disposizioni imperative dell'art. 5, par. 2, se appartenenti alla *lex fori*.

In secondo luogo, non necessariamente l'impossibilità di procedere a una scelta di legge corrisponde alla soluzione migliore per il consumatore. Infatti, è quantomeno dubbio che la legge della sua residenza sia sempre materialmente più favorevole rispetto alla legge scelta. In caso di esercizio dell'autonomia contrattuale pare corretto garantire alla parte debole l'applicazione almeno di quelle norme che egli conosce e che egli si aspetta essere applicate al rapporto, ma nulla esclude che le parti concordino l'applicazione di una legge più favorevole al consumatore, elemento che compenserebbe l'ignoranza della legge applicabile da parte sua. Anche la legge del luogo della sede potrebbe predisporre un elevato *standard* di tutela della parte debole e riuscirebbe a soddisfare non solo le esigenze del contraente debole, ma anche quelle del professionista, e che si può assicurare l'applicazione di quella legge per tutti i contratti che egli conclude[548].

Favorire *a priori* la conoscibilità della legge applicabile rispetto alla possibilità di garantire un miglior trattamento alla parte debole pare, in effetti, contrario alla ragionevolezza e sproporzionato rispetto alle esigenze di protezione della parte debole. La scelta di legge costituisce un elemento di flessibilità nel sistema internazionalprivatistico: limitarne l'operatività contribuisce senz'altro alla tutela della parte più debole del rapporto, ma negarla del tutto rischia di causare un eccessivo irrigidimento[549]. Inoltre, un sistema improntato alla

[547] Già nel documento del Consiglio del giugno 2007 si discute circa l'opportunità di mantenere l'applicabilità delle norme di applicazione necessaria straniere, individuandosi, tuttavia, degli ordinamenti strettamente collegati con il rapporto contrattuale (luogo di esecuzione o di residenza abituale delle parti). Il parere del Parlamento non fa riferimento alle norme di applicazione necessaria straniere. Si veda *infra*, questo paragrafo.

[548] Come messo in luce da GAUDEMET - TALLON H., *Le pluralisme en droit international privé*, cit., p. 283, la scelta di legge può avvenire perché essa è favorevole a entrambe le parti, o perché è neutra, o perché è conosciuta dai contraenti. Le prime due motivazioni possono ben giustificare una scelta di legge anche nei contratti conclusi dal consumatore. POCAR F., *La protection de la partie faible*, cit., p. 375.

[549] GAUDEMET - TALLON H., *Le pluralisme en droit international privé*, cit., p. 320.

tutela di una parte deve consentire anche un confronto fra più leggi astrattamente applicabili, consentendo così la scelta[550].

Inoltre, si crea una forte discrepanza fra consumatore residente in uno Stato membro, il cui contratto soddisfa le condizioni stabilite dall'art. 5, lo stesso consumatore, il quale ha concluso un contratto secondo modalità diverse da quelle stabilite dall'art. 5[551], e consumatore residente in uno Stato extracomunitario, il cui contratto cade nel campo di applicazione degli artt. 3 e 4 del regolamento che, come la Convenzione, consentono la massima libertà di scelta.

Queste critiche, sollevate dalla dottrina fin dalla pubblicazione della proposta di regolamento della Commissione[552], hanno indotto il Parlamento europeo a introdurre un emendamento nel progetto, teso a introdurre nuovamente la scelta di legge anche nei contratti di consumo. La disposizione[553] ha una formulazione letterale analoga a quella dell'art. 5, par. 2 della Convenzione di Roma, pertanto si possono richiamare, in questa sede, le osservazioni già proposte nell'esame di questo articolo[554].

Si ricorda che proprio la disciplina sulla scelta di legge applicabile ci ha indotto[555] a ritenere che *franchisee* e distributore non possono considerarsi parti deboli alla stessa stregua del consumatore, dal momento che, in relazione ai contratti conclusi con *franchisor* e fornitore, la scelta di legge sarebbe libera ai sensi dell'art. 3.

Importanti novità sarebbero introdotte anche per quanto attiene le disposizioni imperative e le norme di applicazione necessaria.

---

[550] LAGARDE P., *Remarques sur la proposition de règlement de la Commission européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)*, in *Revue critique de droit international privé*, 2006, p. 342.

[551] Si noti che l'art. 5, par. 1*bis* del documento del Consiglio stabilisce espressamente che: "*se le condizioni stabilite al paragrafo 1, lettera a) o b) non sono soddisfatte, la legge applicabile a un contratto concluso tra un consumatore e un professionista è determinata in virtù degli articoli 3 e 4*", anche se già attualmente non vi sono dubbi circa l'applicabilità della disciplina generale nei casi in cui non si rientri nell'ambito dell'art. 5.

[552] Si veda: BERTOLI P., *Il ruolo della Corte di Giustizia e l'interpretazione del futuro regolamento "Roma I"*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2006, p. 1012; LAGARDE P., *Remarques sur la proposition de règlement*, cit., p. 342; PIZZOLANTE G., *I contratti con i consumatori nella proposta di regolamento sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2006, p. 987. Tuttavia LANDO O., *op. cit.*, p. 184, nel commentare le disposizioni della Convenzione di Roma, rilevava che la mera applicazione delle disposizioni imperative non era strumento sufficiente per la tutela del contraente debole, se non altro per il fatto che un giudice difficilmente riesce ad accertare quali siano le disposizioni imperative di un diverso ordinamento; ne concludeva per la necessità di eliminare la scelta di legge. L'Autore non teneva conto, però, della quasi perfetta coincidenza fra *forum* e *ius*.

[553] Si tratta dell'art. 5, par. 2, dal seguente tenore: "2. *In deroga al paragrafo 1, le parti possono scegliere la legge applicabile a un contratto cui si applica il presente articolo in conformità dell'articolo 3. Tuttavia, tale scelta non vale a privare il consumatore della protezione assicuratagli dalle disposizioni alle quali non è permesso derogare convenzionalmente ai sensi della legge che, in mancanza di scelta, sarebbe stata applicabile a norma del paragrafo 1*".

[554] V. *supra*, par. 3.2.

[555] V. *supra*, cap. III, par. 3.2.

Ai sensi dell'art. 3, par. 5 la scelta di legge di uno Stato non membro non potrebbe impedire l'applicazione delle *disposizioni imperative del diritto comunitario che sarebbero applicabili nel caso di specie*[556]. Questa conseguenza discende direttamente da due principi elaborati dalla Corte, il primo, la primazia del diritto comunitario, il secondo, l'inderogabilità di alcuni principi comunitari. Nella sentenza *Ingmar*[557] la Corte ha affermato che le disposizioni imperative di origine comunitaria non possono essere derogate dalle parti nemmeno attraverso la scelta della legge applicabile[558]. Secondo la Corte, un elemento per individuare quali siano tali norme inderogabili è dato dal loro carattere funzionale all'esercizio delle libertà di circolazione comunitarie. Pertanto, il regime di indennità per l'agente commerciale, di cui si discuteva nel caso di specie, tutela "*la libertà di stabilimento e una concorrenza non falsata nell'ambito del mercato interno. L'osservanza di dette disposizioni nel territorio della Comunità appare, pertanto, necessario per la realizzazione di tali obiettivi del Trattato*"[559]. Ne consegue "*che risulta essenziale per l'ordinamento giuridico comunitario che un preponente stabilito in un paese terzo, il cui agente commerciale esercita la propria attività all'interno della Comunità, non possa eludere queste disposizioni con il semplice espediente di una clausola sulla legge applicabile*"[560]. Gli stessi principi sono introdotti nella proposta di regolamento "Roma I"[561]; è

[556] Già LANDO O., *op. cit.*, p. 181 si poneva il problema dell'applicazione delle disposizioni imperative di origine comunitaria e lo risolveva assimilandole a quelle previste dall'art. 3, par. 3 della Convenzione di Roma. Si noti che il Parlamento ha approvato un emendamento, per cui si preciserebbe che la scelta non pregiudica le disposizioni imperative di diritto comunitario, *nella forma in cui sono applicate nello Stato membro del foro*. A parte il fatto che il significato di questa disposizione non è affatto chiara, essa sarebbe, addirittura, fuorviante, perché sembra consentire un'applicazione del diritto comunitario differente negli Stati membri, contrariamente ai principi del primato e dell'uniforme applicazione, perplessità aggravato dal fatto che si tratterebbe di norme a cui non è possibile derogare convenzionalmente. Si noti che l'art. 14, par. 2 reg. n. 864/2007 ha la medesima formulazione.

[557] Per una sentenza di pochi giorni successiva, ma che si ispira a principi diversi: Cour de Cassation, Ch. Com, 28 novembre 2000, in *Journal de droit international*, 2001, p. 511.

[558] In tal caso si tratta indubbiamente di norme inderogabili, non solo per la collocazione letterale della norma (il comma subito successivo a quello che ripropone la norma di cui all'attuale art. 3, par. 3), ma anche perché logicamente ampio deve essere il bacino delle norme comunitarie che prevale sulla legge degli ordinamenti di Stati terzi, dal momento che lo stesso diritto comunitario può prevalere sulle *norme di polizia e sicurezza* degli Stati membri (v. Corte di giustizia 23 novembre 1999, cause riunite C-369 e C-376/96, *Arblade*, in *Racc*., I-8453; v. cap. I, nota 149). La sentenza costituisce un implicito riconoscimento della legittimità della scelta di legge applicabile nel sistema internazionalprivatistico comunitario e della sua compatibilità con il mercato interno (BERTOLI P., *Corte di giustizia, integrazione comunitaria e diritto internazionale privato e processuale*, 2005, Milano, p. 503).

[559] Punto 24 della motivazione.

[560] Punto 25 della motivazione.

[561] LAGARDE P., *Remarques sur la proposition de règlement*, cit., p. 337 afferma che la disposizione erige a livello di *lois de police* delle *dispositions simplement impérative de droit communautaire*, esattamente come la Corte aveva fatto nella sentenza *Ingmar*. La soluzione pare eccessiva all'Autore, che lamenta il mancato tentativo di coordinamento con gli ordinamenti terzi nelle fattispecie di rilevanza extracomunitaria. Si tratterebbe di un elemento di chiusura del sistema (GAUDEMET - TALLON H., *Le pluralisme en droit international privé*, cit., p. 269). Tuttavia non pare che la disposizione abbia come effetto quello di trasformare le disposizioni imperative in norme di applicazione necessaria proprio per la sua stessa formulazione letterale, che ricorda di più il proposto art. 3, par. 4 che l'art. 8 del progetto di regolamento. Tuttavia, è evidente che manca un qualsiasi coordinamento con gli

interessante notare che la disposizione avrebbe portata generale e non solo a favore delle parti deboli.

Pertanto, la disposizione non dimostra solo un *favor* per i soggetti che il diritto comunitario tutela dal punto di vista sostanziale, ma è una clausola che consente il mantenimento delle condizioni di mercato interne anche qualora il contratto abbia collegamenti extracomunitari. Attraverso l'applicazione delle disposizioni imperative comunitarie viene conservato l'equilibrio del mercato unico almeno nei suoi elementi fondamentali. Tuttavia, la disposizione dovrebbe essere interpretata restrittivamente proprio alla luce della sentenza *Ingmar*, nella quale la Corte ha precisato che "*la funzione che le disposizioni in causa svolgono esige (...) che esse trovino applicazione allorquando il fatto presenti un legame stretto con la Comunità*"[562], nel caso di specie in quanto l'agente esercitava l'attività nel territorio comunitario. Pertanto, per l'applicazione delle disposizioni imperative comunitarie è necessario che vi sia un legame significativo con la Comunità, altrimenti difficilmente l'applicabilità di una legge terza può pregiudicare il mercato interno.

Inoltre l'art. 8 del progetto di regolamento tenta una definizione delle norme di applicazione necessaria, nominate *leggi di polizia*, forse allo scopo di evitare confusione con le altre disposizioni imperative. Essa è già stata discussa[563] e se ne sono rilevate le insufficienze: si tratta di una mera riproduzione della definizione fornita dalla Corte di giustizia nella sentenza *Arblade*.

Se si ritiene opportuno codificare una nozione di norma di applicazione necessaria[564], essa deve essere più precisa. Affermare solamente che tali norme salvaguardano l'organizzazione politica, sociale ed economica in modo cruciale non pare aiutare l'interprete, soprattutto perché la caratteristica rilevante delle norme di applicazione necessaria rimane la sua applicabilità indipendentemente dalla legge regolatrice del contratto. Due sono le strade alternative per procedere a una modifica significativa e funzionale: o per motivi di certezza del diritto si indicano quelle che sono le norme internazionalmente imperative attraverso una definizione più circoscritta, ad esempio individuando quali motivi di politica sociale permettono di individuare una norma di questo tipo, o si lascia, come si è fatto finora, libero spazio al giudice, che

---

ordinamenti degli Stati terzi, essendo l'art. 3, par. 5 idoneo solo a evitare l'elusione delle disposizioni imperative tramite lo strumento della scelta di legge.

[562] Punto 25 della motivazione.

[563] V. *supra*, cap. I, par. 5.5.

[564] Uno sforzo siffatto non sarebbe forse del tutto giustificato, perché vincolerebbe il giudice nella loro individuazione, mentre egli dovrebbe fare esclusivo riferimento al diritto interno, alla sensibilità e alla politica sociale del suo ordinamento. PATAUT E., *op. cit.*, p. 59, afferma che la definizione di Francescakis (v. *supra*, cap. I, nota 10) deve a tutt'oggi considerarsi la migliore.

interpreterà il proprio diritto interno libero da ogni vincolo esterno, abbandonando così ogni tentativo di definizione.

Si deve inoltre notare come sia viva la discussione circa l'operatività delle norme di applicazione necessaria di Stati terzi. Le posizioni delle istituzioni comunitarie sono, infatti, molto diverse fra di loro. La proposta della Commissione, infatti, stabiliva delle condizioni di applicabilità non dissimili da quelle della Convenzione di Roma, stabilendo all'art. 8, par 3, che : "*Potrà essere data efficacia anche alle leggi di polizia di un paese diverso da quello del foro con il quale la situazione presenti uno stretto collegamento. Per decidere se vada data efficacia a queste leggi, il giudice terrà conto della loro natura e del loro oggetto conformemente alla definizione di cui al paragrafo 1, nonché delle conseguenze che la loro applicazione o mancata applicazione comporterebbe per l'obiettivo perseguito dalla legge di polizia interessata e per le parti*". Il Consiglio ha preferito specificare la nozione di *stretto collegamento*, prevedendo la sola applicabilità delle norme di applicazione necessaria dello Stato in cui il contratto deve essere eseguito, ovvero le parti hanno la loro residenza abituale, e nel solo caso i cui tali norme rendano il contratto illegale. Infine, il Parlamento europeo ha preferito eliminare qualsiasi riferimento alle norme di applicazione necessaria straniere. A nostro avviso, la specificazione suggerita dal Consiglio avrebbe apportato degli importanti vantaggi. Infatti, si sarebbe fornito al giudice una nozione unica di stretto collegamento, evitandosi così l'applicazione di norme che, ancorché imperative, appartenessero a un ordinamento giuridico poco significativamente connesso con la fattispecie[565]. Inoltre, si sarebbe così evitata un'eccessiva frammentazione del contratto, disciplinato da un più leggi applicabili.

---

[565] Si deve notare che i giudici nazionali, al di fuori del campo di applicazione della Convenzione di Roma e prima della sua entrata in vigore, hanno talvolta dato rilievo alle norme di applicazione necessaria dello Stato in cui l'obbligazione doveva eseguirsi. Ciò è particolarmente evidente nella giurisprudenza inglese. *Leading case* può essere considerata la sentenza della Court of Appeal nel caso *Ralli Bros* (Court of Appeal, *Ralli Bros v. Compania Naviera Sota y Aznar*, [1920], 1 K.B. 614), che ha applicato a un contratto regolato dalla legge inglese le norme di applicazione necessaria spagnole, luogo di esecuzione del contratto. Si possono, inoltre, ricordare le sentenze *Spike Trading Co. V. Campbell*, deciso dalla Corte d'appello nel 1924, relativo a un caso di contrabbando negli Stati Uniti (citata da BONOMI A., *op. cit.*, p. 258), e, per una fattispecie simile, *Foster c. Driscoll* (Court of Appeal 13th December 1924, in *Law Journal, King's Bench*, 1929, p. 282), per arrivare alla più recente sentenza *Mitsubishi*, relativa a un caso di elusione delle norme tributarie giapponesi (Queen's Bench 19th October 1987, *Mitsubishi Corporation v. Aristidis I. Alafouzos*, in *Lloyd's Law Review*, 1988, p. 181). DICEY A.V., MORRIS J.H.C., *op. cit.*, p. 1244 chiariscono che: "*At common law the material or essential validity of a contract was determined by the governing law, and in principle (...) the mandatory rules of governing law were alone applicable. The principle exceptions were (...) (3) the rule (or supposed rule) that a contract (whether lawful by its governing law or not) would not be enforced in so far as the performance of it was unlawful by the law of the country where it was to be applied*". Per un esame completo: VISHER F., *General course on private international law*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 1992, p. 170; DICEY A.V., MORRIS J.H.C., *op. cit.*, p. 1245; CHONG A., *The public policy and mandatory rules of third Countries in international contracts*, in *Journal of Private International Law*, 2006, p. 61.

Pare, invece, limitativo voler prendere in considerazione solo quelle norme di applicazione necessaria che incidono negativamente sulla validità del contratto, salvo comprendere cosa debba intendersi per contratto illegale.

Invece, l'assoluta irrilevanza delle norme di applicazione necessaria straniere non pare una corretta soluzione. Sarebbe così almeno parzialmente pregiudicata l'integrazione fra gli ordinamenti giuridici comunitari e non si terrebbe conto di esigenze fondamentali di uno Stato, strettamente connesso con la fattispecie, ma la cui legge – eventualmente anche per artifizi delle parti – non risulta applicabile. Inoltre, se questa fosse la scelta finale del regolamento sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, le disposizioni dello Stato di distacco della dir. 96/71 non sarebbero applicabili quali norme di applicazione necessaria da parte di un giudice di un altro Stato. L'ipotesi non sarebbe del tutto peregrina, visto il carattere alternativo dei fori indicati dalla Sezione 5 del reg. n. 44/2001 e della possibilità di concludere accordi di proroga del foro. Ne conseguirebbe che il lavoratore, il quale vantasse dei diritti dal proprio datore di lavoro sia in relazione al distacco, sia al rapporto di lavoro nel suo abituale luogo di svolgimento, dovrebbe iniziare due procedimenti in due Stati membri diversi. In caso contrario, rischierebbe di non veder attribuito alcun effetto alle norme di applicazione necessaria dello Stato del distacco. L'unico caso in cui questa alternativa non sorgerebbe si verificherebbe quando la legge applicabile al rapporto sia comunque più favorevole rispetto alle norme di applicazione necessaria dello Stato di distacco (v. art. 3, par. 7 dir. 96/71). Inoltre, non pare possibile superare un tale ostacolo attraverso a una bilateralizzazione della disposizione in esame allo scopo di rendere efficaci le norme di applicazione necessaria dello Stato del distacco, indipendentemente dal giudice adito, per la sua chiara formulazione testuale e poiché si pone come eccezione al delicato equilibrio ricercato con l'art. 6 della Convenzione di Roma.

La soluzione proposta pare, invece, un modo, scorretto, per risolvere le difficoltà applicative a cui l'art. 7, par. 1 della Convenzione di Roma ha dato origine.

3.5 L'ordine pubblico come strumento per la tutela della parte debole

Pare conclusivamente opportuno ricordare l'altro strumento attraverso il quale è possibile garantire una tutela di carattere sostanziale alla parte contrattuale, ovvero il limite dell'ordine pubblico. Come noto, non si tratta di un metodo tipicamente ed esclusivamente impiegato nei casi in cui vi sia stata una scelta della legge applicabile, potendo operare anche quando il criterio di collegamento sia ispirato alla localizzazione della fattispecie. Tuttavia, tale eccezione può avere un ruolo rilevante proprio nei casi in cui le parti abbiano proceduto alla scelta della legge,

in considerazione del fatto che la parte forte potrebbe aver imposto l'applicazione di una legge così sfavorevole al contraente debole, che si rivela necessario far intervenire il limite dell'ordine pubblico per riportare il contratto a una situazione di equità. Fattispecie di questo genere paiono possibili anche nei casi in cui il contratto non rientri nel campo di applicazione dell'art. 5 e non si ritengano applicabili – nonostante la contraria opinione espressa nel corso del presente lavoro – le norme di applicazione necessaria dell'art. 7. In queste ipotesi, l'unico strumento attraverso il quale pare possibile riuscire a garantire una pur minima tutela al contraente debole è quello dell'eccezione dell'ordine pubblico[566].

Si deve notare, tuttavia, che ai sensi dell'art. 16 della Convenzione di Roma tale limite può intervenire solamente quando l'applicazione della legge straniera comporti effetti *manifestamente* incompatibili con l'ordine pubblico. Questo significa che il giudice è chiamato a compiere un'attenta valutazione del contenuto della legge richiamata e dei suoi riflessi nell'ordinamento interno. Una mera diversità fra la legge richiamata e i principi fondamentali della *lex fori* non è sufficiente per giustificare l'intervento del limite in questione.

La sentenza *Bottoni*[567] costituisce, a nostro avviso, un buon esempio delle modalità con le quali deve ricavarsi un principio di ordine pubblico e, al contempo, di scorretta applicazione del limite stesso.

Per quanto attiene il primo aspetto, la Corte desume il principio della stabilità del rapporto lavorativo dalle disposizioni costituzionali sulla tutela del lavoratore, nonché dalle norme del codice civile sulla professionalità del lavoratore, sul trasferimento d'azienda e da alcune leggi speciali che tutelano la libertà e la dignità del lavoratore, l'anzianità, la continuazione del rapporto in alcuni ipotesi di sospensione del lavoro. Una tale analisi è utile alla Corte per dimostrare che la stabilità del rapporto lavorativo costituisce un principio fondamentale dell'ordinamento italiano. L'ordine pubblico si distingue, infatti, sia dalle norme imperative, sia dai principi generali dell'ordinamento ("*che* – secondo la Corte – *deducibili attraverso progressiva generalizzazione delle singole norme e in ognuna di queste restando inscritti, non sono ipotizzabili come esterno limite delle stesse*"), sia dalle singole norme costituzionali: il principio della stabilità permea di sé tutte le fonti del diritto relative al rapporto di lavoro subordinato, dalle norme costituzionali a quelle legislative speciali. Quindi la Corte enuncia con

[566] La Corte di Cassazione ha avuto modo di affermare che il principio del *favor* nei confronti del prestatore di lavoro informa di sé l'ordinamento giuridico italiano in forza dell'art. 3 della Costituzione. Pertanto, la legislazione nazionale in materia di contratto di lavoro è derogabile solamente *in melius* potendo l'autonomia privata esercitarsi al di sopra dello *standard* minimo garantito (Corte di Cassazione 6 settembre 1980, n. 5156, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 1982, II, p. 42).
[567] Corte di Cassazione, sez. lav., 11 novembre 2002, n. 15822, in *Foro it.*, 2003, I, 484.

abbondanza di argomentazioni i motivi per i quali è necessario assicurare una tutela del lavoratore anche in relazione alla stabilità del rapporto.

Ne risulterebbe, conclusivamente, che la tutela reale contro l'ingiustificato licenziamento costituirebbe un principio di ordine pubblico.

La Corte, tuttavia, non opera quella comparazione fra legge applicabile e ordine pubblico. Essa pare accontentarsi dell'allegazione del lavoratore, secondo il quale l'ordinamento straniero consente il licenziamento senza giusta causa; inoltre, la Corte pare rovesciare i termini della questione quando afferma che "*lo scrutinio sulla compatibilità della legge straniera al caso di specie dev'essere compiuto non sulla scorta del* petitum *immediato della domanda, ma comparando in astratto la legge straniera con l'ordine pubblico del foro come sopra inteso*". Proprio la necessità di verificare se gli *effetti* dell'applicazione della legge straniera siano contrari all'ordine pubblico del foro dimostra come l'esame non debba farsi in astratto, bensì sulla base delle circostanze del caso concreto. Il fatto di non aver preso in considerazione il contenuto della legge applicabile per verificare se vi fosse una tutela da considerarsi effettiva in caso di ingiusto licenziamento induce a ritenere che la Corte, dopo aver ben analizzato cosa dovesse intendersi per ordine pubblico, non sia riuscita a farne corretta applicazione nel caso di specie.

Addirittura, nonostante il fatto che la Corte abbia espressamente distinto norme imperative e ordine pubblico, pare che la tutela reale in caso di ingiustificato licenziamento possa invece considerarsi una norma imperativa ai sensi dell'art. 6, n. 2 della Convenzione di Roma – mai citato dalla Suprema Corte nella sentenza. Una tale conclusione pare giustificata dal fatto che la legge straniera non è stata del tutto presa in considerazione – a tal punto che la Corte ha fatto riferimento alla *legge statunitense*, che non può essere la legge applicabile al contratto -, e dalla circostanza che, a maggior ragione, non si sono valutati gli effetti dell'applicazione della legge straniera[568]. La Corte è riuscita a motivare adeguatamente sul punto se la tutela reale debba considerarsi un principio fondamentale del nostro ordinamento; quindi, avendola applicata direttamente al caso di specie, senza alcun giudizio di comparazione con le norme straniere, tale tutela del lavoratore pare aver assunto la qualificazione di norma imperativa, piuttosto che di

[568] Invece, la Corte di Cassazione 7 dicembre 2005, n. 26976, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2006, p. 1053 ha effettuato una comparazione fra legge applicabile e ordinamento interno. Tuttavia in questo caso la Corte ha concluso che il principio richiamato dal lavoratore, il divieto di interposizione, non faceva parte dell'ordine pubblico italiano, in quanto, a seguito dell'abrogazione del divieto espresso e dell'introduzione della somministrazione di lavoro, l'interposizione deve ritenersi fatto lecito, salvi alcuni casi eccezionali in cui persiste il divieto. Si nota, in questa sentenza, come la nozione di ordine pubblico sia mutevole nel tempo: dal divieto legislativamente stabilito, l'interposizione costituisce fatto lecito e conseguentemente non più rientrante nel limite dell'ordine pubblico.

principio di ordine pubblico, nonostante le affermazioni della Corte. Questa conclusione appare rafforzata dal fatto che la tutela reale non è una conseguenza immediata e diretta al licenziamento ingiustificato. Si tratta, certamente, di uno strumento forte che il legislatore italiano ha predisposto, ma non è una soluzione necessitata; il licenziamento ingiustificato altro non costituisce che un inadempimento contrattuale, al quale si potrebbe reagire anche con altri strumenti del diritto civile, quale il risarcimento del danno. Pertanto, configurare come inerente l'ordine pubblico un tipo di tutela che non è necessitata e che non è nemmeno conosciuta nella maggior parte degli ordinamenti comunitari potrebbe apparire un passo falso da parte della Corte di Cassazione. Piuttosto, principio di ordine pubblico può essere considerata la tutela nella continuazione del rapporto di lavoro, e che può trovare fondamento nell'art. 36 della Costituzione, e di cui la reintegrazione può costituire un mezzo attuativo. La qualificazione quale disposizione imperativa, rilevante ai sensi dell'art. 6, par. 2 della Convenzione di Roma appare, pertanto, maggiormente convincente.

4. Scelta del giudice competente e tutela della parte debole nel diritto comunitario

Attraverso la designazione del giudice competente le parti intendono indicare l'autorità giurisdizionale che meglio potrà conoscere della futura eventuale controversia. Così, ad esempio, le parti potrebbero attribuire competenza a un giudice favorevole all'una o all'altra (magari compensando questo svantaggio con altre diverse clausole inserite nel contratto), o, al contrario, un giudice che presenti i maggiori aspetti di neutralità, che non sia collegato in alcun modo alle parti o alla fattispecie, o, ancora, un giudice che per tradizione culturale dell'ordinamento cui appartiene, paia maggiormente competente e più sensibile a risolvere specifiche controversie sorte nel particolare ramo del diritto di cui si tratta[569].

E' interessante notare come la possibilità di una proroga del foro illimitata può avere come conseguenza indiretta il pregiudizio all'armonia internazionale delle soluzioni. Infatti, la legge applicata in concreto dipende dal diritto del il giudice adito. Le parti potrebbero accordarsi sulla competenza di un giudice anche alla luce della legge che egli applicherà; solo un correttivo quale il rinvio potrebbe contribuire all'armonia delle decisioni, ma, come noto, si tratta di uno strumento solamente eventuale, il cui stesso operare è difforme nei diversi sistemi giuridici. Questo fenomeno non si verifica tuttavia con altrettanta nitidezza all'interno della Comunità europea – anzi, non dovrebbe affatto verificarsi: infatti, si sta procedendo a un'importante

[569] Così viene spesso giustificata la proroga di competenza a favore dei giudici inglesi in materia di assicurazioni, specialmente navali.

uniformazione del sistema di diritto internazionale privato sulla base del Titolo IV TCE[570]. In tal modo, qualsiasi sia il giudice comunitario competente, egli applicherà lo stesso sistema di diritto internazionale privato di qualsiasi altro giudice con sede nel territorio della Comunità, con la conseguente individuazione della medesima legge regolatrice del rapporto. Pertanto, la possibilità di prorogare il foro competente non pare provocare, nella Comunità, il *forum shopping* giustificato dalla volontà di cercare, attraverso la designazione del giudice competente, la legge più favorevole a una parte[571].

Come noto, il reg. n. 44/2001 lascia alle parti assoluta libertà nella scelta del foro prorogato, stabilendo solo alcuni requisiti di forma, posti per la necessità di garantire la certezza del diritto. Ai sensi dell'art. 23 reg. n. 44/2001 la clausola attributiva di competenza deve essere conclusa in forma scritta o confermata per iscritto[572], in una forma ammessa dalle pratiche che le parti hanno stabilito fra loro, o in una forma ammessa dall'uso commerciale[573]. L'unica condizione prevista è che almeno una parte sia domiciliata in uno Stato membro[574]. E' altresì

---

[570] Oltre al citato reg. n. 864/2007 e al progetto di regolamento "Roma I", si pensi, solo nel campo del diritto internazionale privato, al Libro verde "Successioni e testamenti", presentato il 1 marzo 2005 (COM (2005)65def.), alla proposta di regolamento del Consiglio relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e alla cooperazione in materia di obbligazioni alimentari, presentata il 15 dicembre 2005 (2005/259(CNS)), alla proposta di regolamento del Consiglio che modifica il regolamento (CE) n. 2201/2003 limitatamente alla competenza giurisdizionale e introduce norme sulla legge applicabile in materia matrimoniale, presentata il 17 luglio 2006 (135/2006(CNS)), al Libro verde sul conflitto di leggi in materia di regime patrimoniale dei coniugi, compreso il problema della competenza giurisdizionale e del riconoscimento reciproco, presentato il 17 luglio 2006 (COM(2006)400).

[571] Analoghe considerazioni si rinvengono nella sentenza della Corte di giustizia 28 settembre 1999, causa C-440/97, *GIE*, in *Racc*. I-6307, quanto alla determinazione del luogo in cui l'obbligazione dedotta in giudizio deve essere eseguita ai sensi dell'art. 5, n. 1 della Convenzione di Bruxelles. Poiché la Corte ha stabilito che dove essere utilizzato il metodo conflittuale, a tal proposito ha affermato che: "*occorre aggiungere che la legge che si applica alla determinazione del luogo di esecuzione non rischia di variare a seconda del giudice adito, in quanto le norme di conflitto che consentono di determinare la legge che si applica al contratto sono state uniformate negli Stati contraenti con la Convenzione 19 giugno 1980 sulla legge che si applica alle obbligazioni contrattuali*" (punto 30 della motivazione).

[572] Si ricordi che nella sentenza *Berghofer* (Corte di giustizia 11 luglio 1985, causa 221/84, in *Racc*. 2704) la Corte di giustizia ha affermato che la conferma scritta deve essere contestata dalla parte che la riceve in tempo utile; sarebbe contraria alla buona fede una contestazione della conferma nel corso del processo, se al momento della ricezione non vi è stata alcuna obiezione. La Corte di Cassazione ha correttamente applicato questo principio nella sentenza del 3 gennaio 2007, n. 6, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2007, p. 1102.

[573] Per l'interpretazione di questa ultima condizione si veda, in particolare, la sentenza *Trasporti Castelletti* cit.

[574] Si può qui ricordare che la Convenzione dell'Aja del 2005 sulla proroga di competenza cerca un coordinamento con il sistema comunitario. L'art. 26, par. 6, stabilisce che: "*This Convention shall not affect the application of the rules of a Regional Economic Integration organisation that is a party to this Convention, whether adopted before or after this Convention, a) where none of the parties is resident in a contracting State that is not a Member State of the Regional Economic Integration Organisation; b) as concerns the recognition and enforcement of judgments as between member States of the Regional Economic Integration Organisation*". La prima condizione non è affatto chiara nella sua formulazione letterale ed è il risultato di un compromesso in sede di negoziato. In pratica, qualora entrambe le parti siano residenti in uno Stato membro dell'organizzazione regionale - per quel che ci interessa, della Comunità europea – allora le sue proprie regole si applicano. Pertanto, la Convenzione del 2005 sembra modificare lo stesso reg. n. 44/2001 quanto alle condizioni di applicazione dell'art. 23, il quale richiede che solo una delle parti sia domiciliata in uno Stato membro. Invece, dalla lettura della Convenzione, pare che se solo una parte sia domiciliata in territorio comunitario, e l'altra in uno Stato contraente ma non membro della Comunità, la

ammessa la proroga tacita della competenza, che si verifica quando il convenuto si costituisce, ma non eccepisce il difetto di competenza[575].

4.1 I limiti agli accordi sulla proroga di competenza

Ulteriori e diversi limiti formali e sostanziali rispetto a quelli previsti dall'art. 23 sono previsti nelle Sezioni relative ai contratti conclusi dalle parti deboli. La *ratio* è semplice: il maggior potere negoziale dell'altra parte potrebbe imporsi sulla parte debole, che sarebbe costretta a concludere il contratto nonostante una designazione del giudice competente ad essa particolarmente sfavorevole. Per evitare qualsiasi pressione sulla parte debole, che non deve essere posta nell'alternativa fra contrarre con quella clausola e non contrarre del tutto, il regolamento ha posto alcuni limiti. In tal modo si contemperano le necessità di assicurare la libera espressione della volontà negoziale, e di predisporre un'adeguata tutela per la parte con minor potere contrattuale, la quale non deve vedersi schiacciata dall'esercizio dell'autonomia privata altrui[576].

In effetti, nei contratti di consumo un primo importante limite di carattere sostanziale potrebbe già essere rinvenuto nella dir. 93/13 sulle clausole abusive[577]. La lettera q) del relativo allegato dispone che possono essere dichiarate abusive quelle clausole che sopprimono o limitano "*l'esercizio di azioni legali o vie di ricorso del consumatore*"; la disposizione prosegue con gli esempi dell'imposizione di arbitrati non disciplinati da disposizioni giuridiche o e delle inversioni dell'onere della prova. La disposizione non fa riferimento alle clausole di proroga del foro. Pertanto, potrebbe ritenersi che una clausola di proroga conclusa nelle forme previste dal

---

Convenzione si applica. Si veda "*The relationship between the Judgments project and other international instruments*", predisposta da Schulz A., documento preliminare n. 24 del dicembre 2003. In dottrina: HARTLEY T., *op. cit.*, p. 140.

[575] Nella sentenza *Elefanten Schuh* (Corte di giustizia 24 giugno 1981, causa 150/80, in *Racc*. 1671) la Corte ha affermato che la proroga tacita non opera anche se il convenuto si sia difeso nel merito solamente in via subordinata, "*purché l'eccezione di incompetenza, qualora non preceda qualsiasi difesa nel merito, non sia posteriore all'atto considerato, dal diritto processuale nazionale, come la prima difesa rivolta al giudice adito*" (punto 17 della motivazione).

[576] Si noti che la Convenzione dell'Aja del 2005 esclude espressamente dal proprio campo di applicazione i contratti conclusi dai consumatori – definiti come coloro che agiscono *primarly for personal, family or household purposes* - e contratti di lavoro, ivi compresi i contratti collettivi. La Relazione Dogauchi - Hartley, documento preliminare n. 25 del dicembre 2004, così espone nel commento all'art. 1: "*The intention, as set out in the Preamble, was to limit the Convention largely to business-to-business transactions. Thus, the Convention does not apply to choice of court agreements between a business and a consumer, or between two consumers. Employment contracts are also excluded*". Le motivazioni non concernono, pertanto, la tutela della parte debole.

[577] Direttiva 93/13/CEE del Consiglio del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori , in *GU* n. L 95 del 21 aprile 1993, p. 29. Per un commento approfondito alla direttiva: FALLON M., *op. cit.*, p. 3; circa i suoi rapporti con la Convenzione di Roma: FUMAGALLI L., *Le clausole abusive nei contratti con i consumatori tra diritto comunitario e diritto internazionale privato*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1994, p. 27.

reg. n. 44/2001 non possa essere mai dichiarata abusiva, proprio perché è il diritto comunitario a imporre le condizioni per la sua validità. D'altra parte potrebbe dirsi – e questa pare la soluzione più corretta – che la direttiva impone dei limiti ulteriori e sostanziali alle clausole di proroga[578]. Tuttavia l'analisi deve essere compiuta caso per caso sulla base degli elementi della fattispecie concreta[579].

La scelta del giudice competente non può essere mai tale da privare il consumatore dell'accesso alla giustizia, o da condizionarlo e renderlo in tal modo difficoltoso, che il consumatore preferirà rinunciarvi. Si tratta di un limite certo molto ampio, che fonda la sua giustificazione nel diritto alla difesa, ma che ciò nonostante potrebbe incidere, in casi estremi, anche sulla proroga del giudice effettuata dalle parti contrattuali. Così, se successivamente al sorgere della controversia (conformemente all'art. 17 del reg. n. 44/2001) il contraente forte riesce a imporre al consumatore un foro fisicamente molto distante – presso il quale, magari, il primo ha un'agenzia, o un rappresentante abilitato a stare in giudizio – per agire davanti al quale il consumatore deve sostenere spese eccessivamente elevate, allora potrebbe intervenire questo limite sostanziale nel rispetto dei diritti di azione e difesa. Si tratta, evidentemente, di casi marginali, perché già le condizioni contenute nel reg. n. 44/2001 hanno lo scopo di evitare abusi da parte del contraente forte e una situazione quale quella descritta appare alquanto ipotetica[580].

---

[578] In tal senso: BRIGGS A., REES P. (eds.), *Civil jurisdiction and judgments*, 2002, London, p. 86, i quali temono che le condizioni previste non siano sempre sufficienti ad escludere accordi contrari all'interesse del consumatore; PALACIO VALLELERSUNDI A., *Le commerce électronique, le juge, le consommateur, l'entrprise et le Marché intérieur: nouvelle équation pour le droit communautaire*, in *Revue du droit de l'Union européenne*, 2001, p. 17, il quale mette in luce come la direttiva possa essere utilizzata quale strumento per l'analisi dell'abusività di clausole contrattuali, ma non l'invalidità di altri atti di diritto derivato comunitario; WILDERSPIN M., *Le règlement (CE) 44/2001 du Conseil: conséquences pour les contrats conclus par les consommateurs*, in *Revue européenne de droit de la consommation*, 2002, p. 24.

[579] Nella sentenza *Oceano* (Corte di giustizia 27 giugno 2000, cause riunite da C-240 a C-244/98, in *Racc*. I-4941) la Corte esamina se una clausola di deroga di competenza conclusa fra due soggetti domiciliati in uno stesso Stato membro possa considerarsi abusiva alla luce della dir. 93/13. Questa attenta analisi degli squilibri dei diritti e degli obblighi in capo ai contraenti conferma l'opinione secondo la quale tali accordi sulla competenza devono essere sottoposti a un esame caso per caso (PALACIO VALLELERSUNDI A., *op. cit.*, p. 18; STUYCK J., *Case note on ECJ judgment* Oceano*, joined cases C-240 to C-244/98*, in *Common Market Law Review*, 2001, p. 719). Lo stesso principio è stato affermato dalla Corte di giustizia per la valutazione del carattere abusivo di una clausola contrattuale (Corte di giustizia 1 aprile 2004, causa C-237/02, *Freiburger Kommunalbauten*, in *Racc*. I-3403). FALLON M., *op. cit.*, p. 27 sottolinea come sia necessario chiarire i rapporti fra i due testi.

[580] Si riportano le parole della Corte nella sentenza *Oceano*, che sembrano giustificare un'interpretazione più ampia rispetto a quella fornita nel testo, ma che non fa alcun riferimento alla allora vigente Convenzione di Bruxelles (si ricordi che nel caso di specie la clausola del foro era contenuta nel contratto e attribuiva giurisdizione esclusiva al giudice del luogo della sede del contraente forte): "*occorre rilevare che una clausola come quella controversa nelle cause principali può essere qualificata vessatoria a norma della direttiva qualora, senza aver costituito oggetto di negoziato individuale, sia stata inserita in un contratto concluso tra un consumatore ed un professionista ai sensi della stessa. Una clausola del genere, volta ad attribuire la competenza per tutte le controversie derivanti dal contratto al giudice del foro in cui si trova la sede del professionista, impone al consumatore l'obbligo di assoggettarsi alla competenza esclusiva di un tribunale che può essere lontano dal suo domicilio, il che può rendergli più difficoltosa la comparizione in giudizio. Nel caso di controversie di valore limitato, le spese di*

Infatti, le limitazioni poste dal regolamento paiono rispondere efficacemente alle dette esigenze di tutela della parte debole.

Due sono comuni ad assicurato, consumatore e lavoratore. Si tratta dei casi in cui la clausola di proroga sia posteriore al sorgere della controversia, o consenta alla parte debole di adire un giudice diverso da quelli indicati nelle corrispondenti Sezioni (artt. 13, 17, 21 reg. n. 44/2001).

La prima condizione è giustificata dal fatto che in quel momento la parte debole avrà già consultato un avvocato e quantomeno richiesto un parere. Pertanto, essa non potrà più considerarsi *giuridicamente meno esperta*, perché le sue lacune saranno colmate dalle conoscenze e dall'esperienza di un legale. Se l'altro contraente dovesse proporre una proroga di competenza, la decisione della parte debole sarà guidata dai consigli di un esperto: ne consegue che nessun elemento di debolezza può essere ravvisato. Inoltre, l'accordo del foro non viene in questo caso imposto assieme al contratto, la parte forte non può approfittare della situazione di debolezza di fatto per inserire nel contratto clausole a se favorevoli, come può essere quella sul foro, senza alcun bilanciamento. Posteriormente al sorgere della controversia la parte debole non è posta nella condizione di dover accettare il contratto indipendentemente dal suo contenuto, con la sola alternativa di non concluderlo del tutto; pertanto, anche se non assistito da un esperto legale, il contraente debole si sentirà più libero di rifiutare, se lo ritiene, l'accordo di proroga[581].

---

comparizione del consumatore potrebbero risultare dissuasive e indurlo a rinunziare a qualsiasi azione o difesa. Siffatta clausola rientra pertanto nella categoria di quelle che hanno lo scopo o l'effetto di sopprimere o limitare l'esercizio di azioni legali da parte del consumatore, categoria contemplata al punto 1, lett. q), dell'allegato della direttiva. Al contrario, tale clausola consente al professionista di concentrare tutto il contenzioso attinente alla sua attività professionale presso il tribunale nel cui foro si trova la sede di tale attività, il che agevola la sua comparizione in giudizio e, nel contempo, la rende meno onerosa. Ne discende che una clausola derogativa dalla competenza, inserita in un contratto concluso tra un consumatore ed un professionista senza essere stata oggetto di negoziato individuale e volta ad attribuire la competenza esclusiva al tribunale nel cui foro si trova la sede del professionista, deve essere considerata vessatoria ai sensi dell'art. 3 della direttiva se, in contrasto con il requisito della buona fede, determina a danno del consumatore un significativo squilibrio tra i diritti e gli obblighi delle parti derivanti dal contratto" (punti 21-24 della motivazione).

[581] Si pone, tuttavia, il problema di comprendere quando una controversia possa considerarsi sorta: se nel momento in cui ci sia un disaccordo nell'interpretazione delle clausole contrattuali, se al verificarsi di un inadempimento, se nel momento in cui una parte minacci un'azione giudiziale. La Relazione Jenard sulla Convenzione concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (*GU* n. C 59 del 5 marzo 1979, p. 33), nel commento all'art. 12, sulla proroga della competenza in materia di contratti di assicurazione, precisa che per la locuzione "*sorgere della lite*" debba intendersi il momento in cui "*si manifesta un disaccordo tra le parti su una determinata questione, e si profila imminente o prossima una causa*". Non sembra che questo criterio, piuttosto vago, sia idoneo a chiarire esattamente cosa debba intendersi con quella locuzione. KAYE P., *Civil jurisdiction and enforcement of foreign judgments*, 1987, London, p. 818 ritiene che un simile accordo possa essere raggiunto in qualsiasi momento dopo la conclusione del contratto, dal momento che il contraente può affidarsi alla consulenza di un legale. Pare che questo criterio tenda ad anticipare troppo, soprattutto vista la formulazione letterale della disposizione. La finalità protettrice della disposizione indurrebbe a ritenere che il momento rilevante si ponga quanto più tardi possibile, perché la parte debole può essere più informata e consapevole dei propri diritti. Questa interpretazione priverebbe però di contenuto la disposizione in esame, in quanto sembrerebbe permettere un accordo sulla competenza solamente quando la parte interessata stia già per agire in giudizio, o abbia già proposto

La seconda condizione risulta ancora più vantaggiosa per la parte debole, in quanto attribuisce la facoltà di adire un giudice diverso da quelli indicati. Si tratta in questo caso di un foro *addizionale*, in quanto la parte debole potrà, a sua scelta, adire una delle autorità giurisdizionali indicate dalle sezioni speciali, ovvero quella scelta. A questa conclusione si giunge sia attraverso un'interpretazione letterale della disposizione, che utilizza il verbo *consentire*, sia attraverso l'analisi degli scopi delle relative sezioni. Dal momento che anche accordi contestuali alla conclusione del contratto sono validi, la tutela della parte debole è ricercata in un elemento di carattere sostanziale: se il foro così scelto fosse esclusivo, la tutela verrebbe meno, perché ancora una volta il contraente forte riuscirebbe ad imporre la propria volontà su quella della parte debole, costringendolo ad agire o a difendersi davanti a un giudice diverso da quelli indicati dal regolamento medesimo. Riconoscere carattere esclusivo al foro così individuato significherebbe attribuire alla parte forte la possibilità di eludere la disciplina del regolamento. Convenzionalmente le parti possono quindi solo aumentare le possibilità di scelta a favore del contraente debole, mentre l'altro contraente dovrà necessariamente agire solo davanti al giudice del domicilio del convenuto[582].

Il regolamento prevede ulteriori ipotesi in cui è ammissibile la proroga del foro.

Comune ad assicurato e consumatore (artt. 13 par. 1, n. 3 e 17, par. 1, n. 3)[583] è il caso in cui la parte debole e l'altro contraente abbiano il domicilio o la residenza nel medesimo Stato

---

domanda giudiziale, situazione in cui oltretutto appare nella pratica difficile giungere a un accordo sulla competenza. Spostando, invece, il momento rilevante a quello in cui sorgono delle questioni interpretative sul contratto, la parte debole sarebbe comunque tutelata, perché avrebbe in ogni caso la possibilità di rivolgersi ad un legale per la necessaria assistenza, e sarebbe meno oneroso determinare la competenza del giudice eventualmente – e successivamente – adito in presenza di un accordo espresso non conclusosi in prossimità del giudizio medesimo. Si ritiene, tuttavia, che questa sarebbe un'anticipazione eccessiva, in quanto la parte debole potrebbe non essere del tutto consapevole in queste circostanze di necessitare di un'assistenza tecnica. Pertanto è preferibile ritenere che la controversia sorga nel momento in cui una parte lamenti un qualsiasi inadempimento contrattuale da parte dell'altra, perché la parte debole percepisce la necessità di una difesa tecnica, e inoltre vi è il necessario tempo per concludere un chiaro accordo sulla competenza che non ponga dubbi sulla sua validità di fronte al giudice eventualmente adito.

[582] E' interessante notare l'intrinseca contraddittorietà della sentenza della Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 4 maggio 2006, n. 10219, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2007, p. 1115, e interamente consultabile sul sito www.stranieriinitalia.it/briguglio/immigrazione-e-asilo/2006/giugno/sent-cass-10219-2006.pdf. La Corte inizialmente qualifica il rapporto come contratto di lavoro autonomo, per poi ritenere applicabili le norme sul mandato. Tuttavia, ritiene invalida la clausola di deroga dalla giurisdizione italiana, al momento che si tratta di controversia in materia di diritti indisponibili ai sensi del combinato disposto degli artt. 409 e 808 c.p.c. L'indisponibilità dei diritti nascenti da un contratto di lavoro (qualificazione comunque opinabile alla luce del rapporto intercorrente fra le parti) preclude un accordo sulla competenza giurisdizionale, mentre il reg. n. 44/2001 prevede solo dei limiti alla conclusione degli accordi di proroga, finalizzati alla tutela della parte debole.

[583] Recentemente il Tribunale di Genova 14 novembre 2006, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2007, p. 1075 ha fatto corretta applicazione dell'art. 17 reg. n. 44/2001, dichiarando l'invalidità di una clausola di proroga del foro contenuta nella condizioni generali di contratto concluso dal consumatore.

membro al momento della conclusione del contratto[584]. Le parti possono attribuire competenza al giudice di tale Stato; questi accordi sono validi, se non sono vietati dalla legge dello Stato membro i cui giudici sarebbero competenti[585]. Ci si deve tuttavia chiedere se un accordo di questo tipo attribuisca competenza esclusiva, oppure alternativa, al giudice dello Stato del comune domicilio. La prima soluzione sembra preferibile, in quanto il consumatore può già agire presso il giudice dello Stato in cui egli ha il proprio domicilio, e inoltre egli deve essere ivi citato; pertanto, se la clausola non attribuisse competenza esclusiva, la disposizione in esame – e la stessa clausola di proroga - perderebbe significato. Si deve, tuttavia rilevare che se una delle parti modificasse il proprio domicilio o la propria residenza abituale, la clausola dovrebbe considerarsi ancora valida, perché rileva il momento della conclusione del contratto: per la fissazione del momento in cui devono realizzarsi gli elementi di fatto rilevanti non ha alcun rilievo il conflitto mobile. In tal modo la disposizione non offre una tutela particolarmente significativa alla parte debole[586]. Una simile clausola potrebbe frequentemente essere conclusa nei contratti di assicurazione sulla responsabilità civile per danno da sinistro provocato da autoveicoli, dal momento che è irrilevante il luogo in cui si verifica l'evento generatore del danno[587].

---

[584] Permane, tuttavia, il dubbio circa l'interpretazione della nozione di *residenza abituale*. Due sono le soluzioni astrattamente possibili: il giudice potrebbe applicare la propria legge nazionale, così come è tenuto a fare per determinare se la parte ha domicilio nello Stato; oppure può prospettarsi un'interpretazione autonoma comunitaria, condotta sulla base di criteri che dovrebbero essere suggeriti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia. Per analogia con la soluzione relativa alla nozione di domicilio, si dovrebbe ritenere più idonea la prima ipotesi (BENEDETTELLI M.V., *La giurisdizione internazionale in materia assicurativa secondo la Convenzione di Bruxelles*, in *Diritto del commercio internazionale*, 1998, p. 925). In applicazione dell'art. 12, par. 3 della Convenzione di Bruxelles, il Tribunal de grande istance de Paris ha dichiarato invalida una clausola di proroga a favore della giurisdizione italiana, poiché contraente e assicurazione, domiciliati nello stesso Stato membro, possono concludere un tale accordo solo se la giurisdizione è attribuita al giudice del loro comune domicilio (Tribunal de grande istance de Paris, 5eme Ch., 2eme sect., 10 mai 1985, in *Revue critique de droit international privé*, 1987, p. 415).

[585] Ad esempio, la legislazione francese conosce delle limitazioni circa la legge applicabile e la derogabilità del foro mediante accordi fra privati: in particolare, l'art. 48 del nuovo codice di procedura civile le consente solamente fra "*des personnes ayant toutes contracté en qualité de commerçant*" (BERAUDO J.P., *Le Règlement (CE) du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, in *Journal du droit international*, 2001, p. 1057; GAUDEMET - TALLON H., *Compétence et exécution des jugements en Europe. Réglement n. 44/2001, Conventions de Bruxelles et de Lugano*, 2002, Paris, p. 234).

[586] Secondo STONE P., *Civil jurisdiction and judgments in Europe*, 1998, London, New York, p. 94 la disposizione finisce per tutelare la parte contraente forte, perché la parte debole dovrà agire presso il giudice designato, anche qualora modificasse il proprio domicilio.

[587] Si noti che l'art. 4, par. 2 reg. n. 864/2007 stabilisce che: "*Tuttavia, qualora il presunto responsabile e la parte lesa risiedano abitualmente nello stesso paese nel momento in cui il danno si verifica, si applica la legge di tale paese*". Quando l'elemento di estraneità risulta essere meramente incidentale, allora possono prevalere quegli elementi di fatto che appaiono maggiormente significativi, come il domicilio o la residenza comune delle parti, e ciò vale sia in relazione alla legge applicabile, sia al giudice competente.

Si pone in tali ipotesi il problema, del tutto peculiare, dell'opponibilità di una tal clausola all'assicurato e al beneficiario che non siano parti contraenti, né residenti nello stesso Stato membro dei contraenti. La questione è stata affrontata dalla Corte di giustizia nel caso *Société financiére et industrielle du Peloux*[588]. La Corte afferma che l'accordo è opponibile soltanto qualora ciò non contrasti con gli obiettivi di protezione perseguiti dai fori imperativi[589]. L'assicurato e il beneficiario non possono considerarsi tutelati, se viene loro imposta una clausola di attribuzione di competenza che essi non hanno sottoscritto e che li obbligherebbe ad agire davanti a un giudice diverso da quello del luogo del proprio domicilio, rinunciando a questo. In tal modo la parte debole si vedrebbe del tutto privata della possibilità di avvalersi dei fori speciali posti a suo favore. Inoltre, si consentirebbe all'assicuratore di adire l'autorità giudiziaria del luogo del proprio domicilio, legittimando un *forum actoris* che vanificherebbe, oltretutto, l'obiettivo di protezione della parte contraente debole. Pertanto una clausola attributiva di competenza non può essere opposta all'assicurato e al beneficiario che non l'abbiano sottoscritta, qualora essi abbiano domicilio in uno Stato membro diverso da quello del contraente dell'assicurazione e dell'assicuratore. Diverso sembrerebbe essere il caso in cui l'accordo di proroga designasse quale giudice competente quello del domicilio dell'assicurato o del beneficiario; la proroga di competenza sarebbe valida si sensi dell'art. 13, par. 1, n. 2. In questa ipotesi non sarebbe frustrata l'esigenza di tutela, perché rimarrebbero a disposizione delle tre parti deboli – contraente, assicurato e beneficiario - tutti gli altri fori individuati dalla Sezione in esame, non trattandosi in tal caso di una competenza esclusiva[590].

---

[588] Corte di giustizia 12 maggio 2005, causa C-112/03, *Société financiére et industrielle du Peloux*, in *Racc*. I-3707. Un'impresa belga stipula dei contratti di assicurazione per sé e per le sue filiali con società stabilite in Belgio, e sottoscrive una clausola di attribuzione di competenza a favore dei giudici di questo Stato. Una di tale filiali, stabilita in Francia, esegue senza la necessaria diligenza dei lavori e viene ivi citata per il risarcimento del danno; essa chiama in causa i propri assicuratori e quelli della propria casa madre. Essi eccepiscono l'incompetenza del giudice francese, sulla base dell'accordo. Il giudice del rinvio chiede se la clausola di competenza possa essere opposta anche al terzo beneficiario del contratto di assicurazione, quando essa non abbia sede nello Stato del giudice designato competente, l'evento dannoso si sia provocato altrove ed esso abbia citato anche assicuratori di altri Stati membri.

[589] Nessuna rilevanza viene data al fatto che il beneficiario era un'impresa e che pertanto non sembrava giustificato individuare una parte *debole*. Secondo l'Avvocato generale Tizzano la Corte deve fornire un'interpretazione svincolata dal caso di specie; in ogni caso non hanno rilevanza la qualità dei beneficiari, dal momento che la Sezione sui contratti di assicurazione è generalmente applicabile, salve alcune espresse eccezioni, nel cui ambito non rientra quella in oggetto.

[590] Si deve ricordare che nel sistema convenzionale non è disponibile il foro del domicilio dell'assicurato e del beneficiario, soggetti non presi in considerazione dall'art. 8. L'unico modo per attribuire loro competenza nelle controversie sorte fra questi soggetti e l'assicurazione è, dunque, un accordo di proroga ai sensi dell'art. 12, par. 1, n. 2. Tali conclusioni sembrano perdere rilevanza nell'ambito del regolamento, in quanto il beneficiario e l'assicurato possono già adire il giudice del luogo del domicilio, ai sensi dell'art. 9, n. 1, lett. b). Pertanto l'art. 13, par. 1, n. 2 reg. 44/2001 ha il solo effetto di consentire alle parti di individuare un giudice ulteriormente ed alternativamente competente, diverso da quello del domicilio dell'attore. Si ritiene, tuttavia, che la sentenza *Peloux* sia trasponibile anche nel sistema regolamentare: infatti, l'opponibilità di una clausola di attribuzione di

Sembra inoltre da escludersi l'opponibilità di una tale clausola nei confronti della persona lesa che agisca in via diretta nei confronti dell'assicurazione, non solo per la mancanza della forma scritta dell'accordo[591], ma anche perché verrebbero frustrate le esigenze di tutela della parte debole, in tal caso rappresentata appunto da chi subisce il danno assicurato.

Ancora ulteriori ipotesi di deroga sono consentite per i soli contratti di assicurazione[592]. Gli accordi di proroga sono validi se sono stipulati "*da un contraente dell'assicurazione che non abbia il proprio domicilio in uno Stato membro*"[593], purché non esista un obbligo legale di stipulare il contratto assicurativo[594] - nemmeno se il fatto generatore della responsabilità si verifica in uno Stato membro[595] - e non si tratti di assicurazione fondiaria[596]. Si dovrebbe comunque ritenere che queste limitazioni operino solamente nelle circostanze di cui all'art. 13, par. 1, n. 4, cioè quando il contraente dell'assicurazione abbia domicilio in uno Stato non

---

competenza conclusa ai sensi dell'art. 13, par. 1, n. 3 al beneficiario e all'assicurato costituirebbe di fatto un'elusione alle norme della Sezione in esame, con pregiudizio alla parte debole.

[591] STONE P., *op. cit.*, p. 89; GAUDEMET – TALLON H., *Compétence et exécution*, cit., p. 220.

[592] Un'importante modifica a tale sistema sulla deroga di competenza è intervenuto con l'adesione del Regno Unito, dell'Irlanda e della Danimarca. In particolare, il primo dei tre nuovi Stati aderenti richiese che si apportasse una serie di adattamenti, giustificati dal fatto che la tutela del contraente non ha rilevanza quando questi è domiciliato fuori dalla Comunità, e che disposizioni quali quelle contenute nella Sezione 3 della Convenzione, sui contratti di assicurazione, appunto, sono inutili quando lo stesso contraente gode di un notevole peso economico. Si è giunti, pertanto, a una soluzione di compromesso, che ha innovato profondamente la disciplina delle limitazioni alle deroghe di competenza (si veda la Relazione Schlosser sulla Convenzione d'adesione del Regno di Danimarca, dell'Irlanda e del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord alla Convenzione concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, nonché al protocollo relativo alla sua interpretazione da parte della Corte di giustizia, in *GU* n. C 59 del 5 marzo 1979, parr. 136 sgg.). All'art. 12 sono state aggiunte due nuove ipotesi, nelle quali un accordo sul giudice competente deve ritenersi valido; quindi è stato aggiunto un art. 12*bis*, che cataloga rischi connessi ad alcuni contratti di assicurazione di maggior rilevanza commerciale ed economica, per escluderli dall'inderogabilità delle norme sulla competenza.

[593] Il momento determinante per l'individuazione del domicilio del contraente è quello della stipulazione del contratto (STONE P., *op. cit.*, p. 89). Rimangono dubbie le conseguenze di un eventuale successivo cambiamento di domicilio all'interno della Comunità. Dal momento che la competenza così attribuita è esclusiva, si può ritenere che essa non sia modificabile in seguito al trasferimento del contraente. Tuttavia, potrebbe considerarsi discriminatorio non garantire a questo contraente la medesima tutela riservata a coloro i quali hanno sempre avuto domicilio all'interno della Comunità.

[594] Resta dubbio se il contraente domiciliato in uno Stato membro possa concludere accordi di proroga della competenza nei casi di assicurazione obbligatoria. Per la *ratio* della Sezione in esame la risposta sembrerebbe negativa, dal momento che le competenze attribuite sono inderogabili, salve le eccezioni ora in esame, che, in quanto tali, devono essere interpretate restrittivamente e non possono applicarsi fuori dai casi espressamente contemplati (BENEDETTELLI M.V., *op. cit.*, p. 609).

[595] Si veda la Relazione Schlosser, par. 138, nel quale si indicano esemplificativamente alcune ipotesi di assicurazione obbligatoria.

[596] Tale limitazione è preordinata a garantire l'applicabilità dell'art. 10 del regolamento che ha come specifico oggetto questo tipo di assicurazione, anche qualora il contraente sia domiciliato fuori dalla Comunità. La disposizione stabilisce che l'assicuratore possa essere convenuto nel luogo in cui si è verificato l'evento dannoso quando si tratta di assicurazione sugli immobili, anche qualora il contratto copra anche il rischio su beni mobili colpiti dallo stesso sinistro. Si dimostra ancora una volta la forza attrattiva del luogo in cui si situa il bene immobile per molteplici rapporti ad esso relativi. L'art. 13, par. 1, n. 4 produce un ulteriore effetto: essa vieta tutti gli accordi finalizzati ad attribuire un carattere esclusivo ai fori individuati dalle disposizioni da ultime citate. Pertanto, in questa ipotesi, rimarrà al contraente, ovunque domiciliato, la possibilità di scegliere fra foro del proprio domicilio, quello del domicilio dell'assicurazione e foro dell'evento dannoso.

membro, mentre nelle altre ipotesi sarebbe comunque possibile concordare una clausola di proroga di competenza relativa a un contratto di assicurazione obbligatoria o su beni immobili[597], rispettate le condizioni di cui ai precedenti numeri dell'art. 13.

Possono, infine, essere liberamente stipulate clausole di deroga quando il contratto di assicurazione abbia particolare rilevanza economica, dal momento che non è ravvisabile *a priori* e in modo oggettivo una parte giuridicamente meno esperta ed economicamente meno dotata, meritevole, pertanto, di tutela. L'art. 14 reg. n. 44/2001 prevede un catalogo tassativo[598] di tipologie di rischio, i cui relativi contratti assicurativi possono prevedere libere proroghe di competenza[599].

Infine deve ancora affrontarsi un problema relativo al coordinamento di questa disposizione con la disciplina generale della proroga della giurisdizione di cui all'art. 23, par. 5, reg. n. 44/2001, secondo il quale la proroga non è valida, se in contrasto con gli articoli 13, 17 e 21[600]. Si deve rilevare come nella pratica alcuni requisiti previsti dall'art. 23 possano difficilmente essere integrati. Si fa particolare riferimento ai numeri 2 e 3: è ragionevole ritenere che non esistano delle pratiche stabilite dalle parti circa la forma della clausola in esame, visto il tipo di contratto; inoltre difficilmente la parte debole sarà in grado di conoscere gli usi internazionali in materia di forma, elemento di per sé sufficiente ad escludere l'applicabilità del n. 3[601]. Si ritiene, dunque, che la clausola debba essere conclusa, o almeno confermata, in forma scritta. Parte della dottrina[602] critica questo assetto normativo, essenzialmente perché i contraenti deboli sarebbero già sufficientemente protetti dalle condizioni poste nelle specifiche sezioni ad essi dedicate; vi sarebbe, inoltre, il rischio di invalidità della clausola di proroga avente forma

---

[597] Purché non si tratti di diritti reali, dal momento che andrebbe ad operare la competenza esclusiva.

[598] L'art. 14 stabilisce che la deroga è possibile, quando il contratto riguardi uno dei seguenti rischi:"*1) ogni danno a) subito dalle navi, dagli impianti offshore e d'alto mare o dagli aeromobili, causato da un avvenimento in relazione alla loro utilizzazione a fini commerciali, b) subito dalle merci diverse dai bagagli dei passeggeri, durante un trasporto effettuato totalmente da tali navi o aeromobili oppure effettuato da questi ultimi in combinazione con altri mezzi di trasporto; 2) ogni responsabilità, salvo per lesioni personali dei passeggeri o danni ai loro bagagli, a) risultante dall'impiego o dall'esercizio delle navi, degli impianti o degli aeromobili di cui al punto 1, lettera a), sempre che, per quanto riguarda questi ultimi, la legge dello Stato membro in cui l'aeromobile è immatricolato non vieti le clausole attributive di competenza nell'assicurazione di tali rischi, b) derivante dalle merci durante un trasporto ai sensi del punto 1, lettera b); 3) ogni perdita pecuniaria connessa con l'impiego e il funzionamento delle navi, degli impianti o degli aeromobili di cui al punto 1, lettera a), in particolare quelle del nolo o del corrispettivo del noleggio; 4) ogni rischio connesso con uno dei rischi di cui ai precedenti punti 1, 2 e 3. 5) fatti salvi i punti da 1 a 4, tutti i «grandi rischi»quali definiti nella direttiva 72/239/CEE del Consiglio, modificata dalle direttive 88/357/CEE e 90/619/CEE, nell'ultima versione in vigore* ".

[599] Per tutti: CELLE P., I *contatti di assicurazione grandi rischi nel diritto internazionale privato*, 2000, Padova, p. 287.

[600] Si veda: BERAUDO J.P., *op. cit.*, p. 1064.

[601] E', infatti, sufficiente che le parti siano state in grado di conoscere tale uso. Questa condizione può essere raramente soddisfatta nel caso di un contratto concluso dal consumatore, che è per definizione un soggetto che opera al di fuori della propria attività professionale.

[602] Per alcune note critiche si veda: KAYE P., *op. cit.*, p. 854.

scritta, con la conseguenza che la stessa parte debole non si potrebbe avvalere di un foro, che egli avrebbe potuto considerare preferibile. Queste osservazioni non sembrano pertinenti. Le condizioni formali di cui all'art. 23 del regolamento sono poste allo scopo di rendere maggiormente consapevoli le parti della loro scelta, di garantire la certezza del diritto e la prevedibilità del foro, nonché di evitare clausole di proroga contenute in condizioni generali di contratto – a meno che non siano in uso nel commercio internazionale relativo a quel settore. Le stesse esigenze si pongono anche quando una parte contrattuale sia debole, tanto che l'art. 23 richiama le altre condizioni stabilite nelle sezioni sui contraenti deboli. Non è ammissibile un'interpretazione di fatto abrogatrice dell'art. 23, par. 5. Inoltre, la tutela non verrebbe meno, se la clausola dovesse essere formalmente invalida[603], perché la parte debole potrebbe sempre agire presso i giudici dello Stato del suo domicilio, o eccepire l'incompetenza del giudice adito dalla controparte attrice, se diverso da quelli indicati nelle speciali sezioni. La Corte di giustizia ha ricordato come anche in questi contratti, la condizione formale della clausola di proroga contribuisca alla certezza del diritto e ne faciliti la prova[604]: pertanto, non è possibile derogarvi[605].

E' così confermata la piena accettazione del diritto comunitario del principio dell'autonomia privata nella scelta del foro competente, salve alcune limitazioni giustificate dalla necessità di tutelare la parte debole. Questo contemperamento fra piena autonomia e obiettivo di tutela dimostra, inoltre, che il legislatore comunitario è ben conscio del fatto che una scelta del foro competente può costituire vantaggio della parte debole, che, nonostante il suo scarso potere negoziale, potrebbe riuscire ad ottenere una clausola del foro vantaggiosa, o perché, casualmente, il foro favorevole per la controparte risulta, per motivi diversi, non del tutto sconveniente nemmeno alla parte debole. Pertanto, una rigida fissazione della competenza giurisdizionale non necessariamente risponde nel modo migliore a quelle che sono le concrete esigenze ed aspettative delle parti, in particolare della parte debole.

---

[603] Questa circostanza appare piuttosto rara, perché il testo normativo richiede solamente una formulazione per iscritto, senza imporre oneri formali di particolare gravità.

[604] Corte di giustizia 14 luglio 1983, causa 201/82, *Gerling Konzern*, in *Racc*. 2501, punto 13.

[605] Nel caso *Gerling Konzern* si chiedeva se il beneficiario del contratto di assicurazione potesse opporre all'assicurazione la clausola di proroga stipulata dal contraente. La Corte ha affermato che "*la Convenzione ha previsto espressamente la possibilità di stipulare clausole di proroga della competenza, non soltanto in favore del contraente dell'assicurazione, ma anche in favore dell'assicurato e del beneficiario, che, per ipotesi, non sono parti del contratto qualora non vi sia coincidenza, come nella fattispecie, fra queste varie persone, e che possono anche non essere noti al momento della firma del contratto*"(punto 18 della motivazione). La pretesa che anche il beneficiario concluda un'espressa pattuizione in forma scritta sull'attribuzione di competenza costituirebbe quindi un onere inutile, quando le parti abbiano manifestato *senza possibilità di equivoci* il consenso a una proroga di competenza, nonché un adempimento di difficile attuazione qualora l'assicurato o il beneficiario non siano stati informati dal contraente dell'assicurazione dell'esistenza nel contratto di una clausola di tal tipo.

4.2 La proroga tacita di competenza

L'art. 24 del regolamento consente la proroga tacita di competenza, che si verifica quando il convenuto si costituisce in giudizio senza eccepire l'incompetenza del giudice adito. L'unica ipotesi in cui tale possibilità è espressamente esclusa si riscontra nel caso delle competenze esclusive ai sensi dell'art. 22: in tali casi nessuna proroga della competenza è ammissibile. L'art. 24 tace quanto la sua applicabilità alle controversie nascenti dai contratti conclusi con le parti deboli, né le relative Sezioni prevedono un'apposita disciplina.

Ci si può chiedere, allora, se, nonostante il silenzio del regolamento, l'art. 24 sia applicabile anche nei procedimenti che vedono come parte un contraente debole.

Una risposta negativa potrebbe essere suggerita dall'esigenza di tutela del contraente debole, che, come parte giuridicamente meno esperta, si potrebbe veder convenuta presso un giudice incompetente, particolarmente conveniente per l'altra parte contrattuale, senza sapere di dover immediatamente eccepire l'incompetenza, per evitare la proroga tacita. Questa conclusione sarebbe confermata dagli articoli 8, 15 e 18 reg. n. 44/2001, che paiono stabilire l'esclusività delle Sezioni 3, 4, 5, salvi i soli artt. 4 e 5, n. 5[606].

Tuttavia, sia la formulazione letterale di alcune norme, sia la necessità di dare spazio alla volontà delle parti, anche quella debole, paiono consentirci di ritenere applicabile l'art. 24.

In primo luogo deve notarsi come la parte debole non sia più un soggetto giuridicamente sprovveduto quando agisce o si costituisce in giudizio, dal momento che egli sarà difeso da un legale, che ben dovrebbe consigliarlo circa la miglior strategia anche processuale da perseguire. Pertanto, se la parte debole agisse in giudizio presso un giudice non competente ai sensi delle Sezioni 3, 4, e 5 reg. n. 44/2001, significherebbe che, per esigenze diverse da quelle contemplate dal regolamento, quel giudice risultava di fatto più conveniente. Se, invece, la parte debole dovesse essere convenuta e, costituendosi in giudizio, non eccepisse l'incompetenza, ciò significherebbe che sia l'attore, sia il contraente debole trovano opportuno quel foro piuttosto di altri.

In tal caso, la necessità di tutelare la parte debole come soggetto *giuridicamente meno esperto* del rapporto contrattuale è garantita dalla già presente assistenza di un legale; inoltre, la stessa parte debole in quel momento non sarà sottoposta ad alcuna pressione per l'accettazione

[606] Da questa prima osservazione parte anche l'Avvocato generale Poiares Maduro nelle conclusioni per la causa C- 462/06, *Glaxosmithkline*, nella quale si chiede alla Corte di giustizia se l'art. 6, par. 1 sia applicabile anche ai contratti di lavoro. Nonostante le disposizioni citate nel testo paiano indicare un'esclusività almeno parziale delle Sezioni speciali – e della quinta, in particolare, nella questione posta alla Corte -, secondo l'Avvocato generale non se ne può dedurre che la disciplina ivi prevista sia completa e non integrabile attraverso altre norme del regolamento.

della proroga di competenza, dal momento che non si troverà più nella situazione di dover o accettare il contratto con la clausola, o di dovervi rinunciare totalmente.

Questa interpretazione è, a nostro avviso, confermata da altre disposizioni del regolamento.

Infatti, il giudice adito non sempre ha gli strumenti necessari per rilevare la propria incompetenza. L'esame della competenza diretta in una controversia che vede per parte un contraente debole è soggetto alle norme generali (art. 25), per cui il giudice non è tenuto a rilevare la propria incompetenza se la parte debole, convenuta, si è costituita senza eccepire il difetto di giurisdizione. Analogamente, in un caso di litispendenza o di connessione, se il giudice competente secondo il regolamento fosse adito per secondo, egli dovrebbe applicare la disciplina di cui agli articoli 27 e 28 e in ogni caso sospendere il procedimento davanti a sé in attesa della sentenza del primo giudice adito. Questa assimilazione delle competenze speciali con le regole di competenza ordinaria conduce a ritenere che il giudice non dotato di giurisdizione non ha gli strumenti idonei per dichiarare la propria incompetenza, quando le parti non la rilevano. Un tale comportamento concludente non può che valere come proroga tacita di giurisdizione[607].

Ne consegue che sarebbe ammissibile la deroga tacita della competenza, costituita da un comportamento materiale, ovvero l'azione o la mancata proposizione dell'eccezione di incompetenza da parte del contraente debole[608].

---

[607] Questo è uno dei motivi per i quali si è concluso per un'interpretazione restrittiva dell'art. 35 reg. n. 44/2001, tenuto conto della possibilità di procedere a una proroga tacita. Sarebbe poco coerente non consentire la successiva circolazione delle sentenze nello spazio giudiziario europeo per motivi che non dipendono né dalle parti, né dal giudice, bensì da un non perfetto sistema di tutela della parte debole apprestato dal regolamento (v. *supra*, cap. II, par. 5.1).

[608] Questa affermazione viene rafforzata dai principi espressi dalla Corte di giustizia nel caso *Gasser* (9 dicembre 2003, causa C-116/02, *Gasser*, in *Racc*. I-4693). Come noto, il giudice *a quo* chiedeva se la proroga espressa di competenza, attribuendo esclusività alla giurisdizione scelta, fosse soggetta alla disciplina generale sulla litispendenza, ovvero fosse assimilabile alle ipotesi di competenza esclusiva ai sensi dell'art. 22. La Corte di giustizia ha affermato che le norme sulla litispendenza devono essere interpretate in modo estensivo allo scopo di evitare quanto possibile l'emanazione di più sentenze da parte di più giudici di Stati diversi. La norma in esame pone solo un'eccezione, quella dei fori esclusivi; pertanto essa deve essere applicata anche nei casi di proroga di competenza. Si può, così, affermare che l'art. 23 sulla proroga espressa di competenza attribuisce una competenza esclusiva, ma non così forte come quella dell'art. 22. Allo stesso modo, le competenze in materia di contratti conclusi con le parti deboli sono sì rafforzati, ma non allo stesso modo delle competenze esclusive, dal momento che non ne condividono tutta la disciplina. Affronta espressamente il problema: Oberlandesgericht Koblenz 8 März 2000, in *Iprax*, 2001, p. 334, concludendo nel senso da noi indicato. Contrario a tale soluzione MANKOWSKY P., *Gerichtsstand der rügelosen Einlassung in europäischen Verbrauchersachen?*, *ivi*, p. 310, dal momento che la clausola di proroga di competenza deve essere accettata dalla parte debole nelle forme previste nelle rispettive sezioni speciali.

Ammettendo la proroga tacita di competenza, può essere meglio assicurata la tutela degli interessi della stessa parte debole, che, per ipotesi, abbia trovato maggiormente conveniente agire o difendersi in un foro diverso da quelli rigidamente predeterminati.

Ovviamente diverso è il caso in cui l'eccezione di incompetenza sia stata sollevata dal convenuto, sia esso la parte debole, sia esso l'altro contraente: allora non può dirsi formato alcun accordo e il giudice dovrà declinare la propria competenza a favore di uno dei fori indicati nelle Sezioni 3, 4 e 5 del regolamento.

Come visto, questa impostazione ha dei riflessi anche nell'ambito del riconoscimento e dell'esecuzione delle sentenze ai sensi dell'art. 35; si rinvia, a tal fine, alle analisi già svolte[609].

5. La tutela minima garantita dal diritto comunitario

La Convenzione di Roma contiene una disposizione (art. 20) di coordinamento con il diritto comunitario, ai sensi della quale non sono pregiudicate le norme sui conflitti di legge emanate o da emanarsi dalla Comunità, né le norme nazionali armonizzate di attuazione di tali atti. Si ritiene, pertanto, necessario, analizzare quali siano queste norme, contenute in un – ormai – ampio numero di direttive di diritto sostanziale relative alla disciplina di diverse tipologie di contratto di consumo.

Alcune direttive sulla tutela del consumatore contengono delle disposizioni che rivestono natura conflittuale e che si ispirano agli stessi principi enucleati dall'art. 5 della Convenzione di Roma. Ad esempio, l'art. 7, par. 2 della dir. 1999/44 sulla vendita di beni di consumo[610] stabilisce che "*gli Stati membri adottano le misure necessarie affinché il consumatore non sia privato della protezione derivante dalla presente direttiva qualora sia stata scelta come legge applicabile al contratto la legge di uno Stato non membro e tale contratto presenti uno stretto collegamento col territorio di uno Stato membro*"[611].

Devono essere, tuttavia, sottolineate talune differenze di sistema fra la Convenzione e le direttive. Anzitutto, l'art. 5 ha quale specifico oggetto la protezione della parte debole attraverso

[609] V. *supra*, cap. II, par. 5.1.

[610] Direttiva 1999/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 maggio 1999, su taluni aspetti della vendita e della garanzia dei beni di consumo, in *GU* n. L 171 del 7 luglio 1999, p. 12.

[611] Una formulazione letterale pressoché analoga si ritrova all'art. 6, par. 2 della dir. 93/13 e all'art. 12, par. 2 della direttiva 97/7/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 maggio 1997 riguardante la protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza, in *GU* n. L 144 del 4 giugno 1997, p. 19, nell'art. 12, par. 2 della Direttiva 2002/65/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 settembre 2002, concernente la commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori e che modifica le direttiva 90/619/CEE del Consiglio e le direttive 97/7/CE e 98/27/CE, in *GU* n. L 271 del 9 ottobre 2002, p. 16, nell'art. 22, par. 4 della Posizione comune definita dal Consiglio in vista dell'adozione della Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa ai contratti di credito ai consumatori e che abroga la direttiva 87/102/CEE (2002/222(COD)) e della successiva Risoluzione del Parlamento europeo adottata il 16 gennaio 2008.

le norme di conflitto; le direttive hanno per scopo l'armonizzazione delle legislazioni nazionali. In secondo luogo, le condizioni di applicazione della disposizione della Convenzione e delle norme di conflitto delle direttive sono differenti, essendo sufficiente, per le seconde, l'esistenza di uno stretto collegamento. Infine, le disposizioni delle direttive non sono dotate di efficacia diretta, ponendo ai legislatori nazionali l'obbligo di adottare misure idonee. Nel momento dell'attuazione, gli Stati avrebbero dovuto introdurre una norma di conflitto che qualificasse la stessa legislazione di attuazione almeno come disposizione imperativa, inderogabile dalla volontà delle parti. In realtà, molti Stati membri si sono limitati a riprodurre le stesse disposizioni contenute nelle direttive[612], mancando così di risolvere i problemi di qualificazione delle norme.

Queste differenze possono comportare, talvolta, delle difficoltà di coordinamento[613].

Il carattere internazionalprivatistico di queste disposizioni consiste nel fatto che esse ammettono tacitamente la possibilità di scegliere la legge applicabile, anche se di un Paese terzo, pur mantenendo la protezione minima garantita a livello comunitario qualora vi sia un nesso significativo con uno Stato membro. Il legislatore comunitario impone agli Stati di garantire sempre almeno la tutela minima imposta dalla direttiva, anche qualora vi sia stata un'*optio legis* a favore di un ordinamento di un Paese terzo[614]. Nell'autonomia privata delle parti sono posti dei limiti allo scopo di raggiungere anche finalità ulteriori, la protezione della parte debole dal punto di vista sostanziale. Come la scelta di legge ai sensi della Convenzione non può pregiudicare le protezione garantita a consumatore e lavoratore dalla legge che sarebbe applicabile in mancanza di quella scelta, così il *minimum standard* di tutela garantito a livello

[612] Si deve rilevare che nell'attuazione delle direttive le condizioni di esistenza di questo nesso non sono sempre state specificate. Alcuni Stati hanno proceduto a una localizzazione (così, secondo l'art. 135-1 del codice di consumo francese, esiste lo stretto collegamento quando il consumatore ha il domicilio nel territorio dello Stato membro in cui il contratto è stato, proposto, concluso o eseguito), altri si sono limitati a prevedere l'applicazione della propria legge nel caso in cui quella scelta fosse sfavorevole al consumatore, altri hanno riprodotto la clausola del legame stretto (così l'art. 9 dell'*Unfair Terms in Consumer Contract Regulations 1999*; v. PLENDER R., WILDERSPIN M., *op. cit.*, p. 155); in questi casi spetta al giudice valutare l'esistenza di una tale connessione: MAYER P., *La protection de la partie faible en droit international privé*, cit., p. 538; PINNA A. (a cura di), *The protection of the European Consumer: some Aspects of Private International Law*, in *Tilbury foreign law review*, 2002, p. 338; BERTOLI P., *Corte di giustizia,* cit., p. 465. La Corte di giustizia ha condannato la Spagna per scorretta attuazione della dir. 93/13 per aver posto condizioni troppo restrittive per l'applicazione dell'art. 6, par. 2, coincidenti con quelle di cui all'art. 5, par. 2 della Convenzione di Roma (Corte di giustizia 9 settembre 2004, causa C-70/03, *Commissione contro Spagna*, in *Racc*. I-7999).

[613] Come rilevato da JAYME E., KOHLER C., *L'interaction del règles de conflit contenues dans le droit dérivé de la Communauté européenne et des conventions de Bruxelles et de Rome*, in *Revue critique de droit international privé*, 1995, p. 13, dal momento che le direttive non sono direttamente applicabili il conflitto con la Convenzione di Roma è solo potenziale e dipende dalle modalità di attuazione da parte degli Stati membri. Non vi è, invece, possibile conflitto fra le direttive sui servizi assicurativi e Convenzione, perchè questa non si applica qualora i rischi siano localizzati in uno Stato membro.

[614] Non pare che queste disposizioni intendano stabilire delle deroghe alla Convenzione di Roma: VILLANI U., *op. cit.*, p. 148.

comunitario non può essere eluso attraverso la scelta di una legge di uno Stato terzo, meno sviluppato dal punto di vista della tutela sociale. Una tale salvezza della protezione minima è assicurata solo se vi sia un collegamento stretto con uno Stato membro: in caso contrario, la scelta di legge applicabile non pare elusiva anche se a favore di una legge di un Paese terzo e pertanto deve essere rispettata nella sua integralità[615]. Altrettanto deve dirsi se la legge dello Stato terzo garantisce gli stessi – o più ampi – diritti alla parte debole.

Le legislazioni nazionali possono predisporre una tutela ancora maggiore rispetto al minimo consentito dalle direttive[616]. Allora ci si può chiedere se le direttive impongano questo nuovo livello nazionale di ulteriore protezione anche a discapito delle disposizioni della legge scelta come applicabile, o se lo *standard* minimo rimanga fissato al livello predisposto dalle direttive. La formulazione letterale delle disposizioni in esame non pare giustificare la prima conclusione; eventualmente, quelle norme che garantiscono ulteriore protezione potrebbero essere considerate disposizioni imperative ai sensi dell'art. 5, par. 2 della Convenzione di Roma, qualora l'ordinamento con il quale esiste lo stretto legame sia quello della residenza del consumatore, o norme di applicazione necessaria ai sensi dell'art. 7, se così qualificate nell'ordinamento di appartenenza. Ne consegue che, nel campo di applicazione dell'art. 5 della Convenzione, se il consumatore ha la residenza abituale in uno Stato membro, a prescindere dalla legge scelta, non potrà essere pregiudicata la tutela garantita dalle disposizioni imperative dello Stato di residenza, né le norme contenute nelle direttive – dal momento che il collegamento stretto si ritrova nella stessa residenza. Il livello di tutela sarà in questo caso alto.

---

[615] Si noti che qualora non vi sia un legame stretto con il territorio comunitario, viene meno lo stesso interesse della Comunità ad assicurare la protezione del consumatore, non solo dal punto di vista sociale, ma anche economico, dal momento che la minor tutela non sarà un mezzo per evitare costi sociali e sfruttare così il vantaggio concorrenziale. Una situazione che ha solo flebili contatti con il territorio della Comunità non è in grado di pregiudicare il buon funzionamento del mercato interno.

[616] Purché essa risulti compatibile con i principi del mercato unico: BERTOLI P., *Corte di giustizia,* cit., p. 464. Ad esempio, l'art. 15 dir. 87/102 (Direttiva 87/102/CEE del Consiglio del 22 dicembre 1986, relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di credito al consumo, in *GU* n. L 42 del 12 dicembre 1987, p. 48) stabilisce che: "*la presente direttiva non impedisce agli Stati membri di mantenere o adottare disposizioni più rigorose a tutela dei consumatori, fermi restando gli obblighi previsti dal trattato*". La possibilità di predisporre una tutela più elevata per i consumatori verrebbe meno se la nuova Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa ai contratti di credito ai consumatori fosse adottata nei termini indicati dalla Posizione comune del Consiglio e dalla Risoluzione del Parlamento europeo. Infatti, ai sensi dell'art. 22, par. 1 di entrambi i testi: " *Nella misura in cui la presente direttiva contiene disposizioni armonizzate, gli Stati membri non possono mantenere né introdurre nel proprio ordinamento disposizioni diverse da quelle in essa stabilite*". Ciò significa che la direttiva non intende proporre un'armonizzazione minima dei diritti del consumatore negli Stati membri, ma determina quali sono i diritti, inderogabili anche a suo favore. Un'armonizzazione di questo tipo risponde, a nostro avviso, meglio alle esigenze del mercato interno; infatti, a parità di diritti goduti dal consumatore sussiste parità degli obblighi imposti agli operatori professionali nel settore del credito al consumo in tutti gli Stati membri. Questo significa che il servizio, offerto legittimamente in uno Stato membro, può essere offerto alle stesse condizioni in tutti gli altri Stati membri; ne consegue una maggior facilitazione della circolazione di questo servizio nel territorio comunitario.

Se non è applicabile l'art. 5 della Convenzione, sarà comunque garantita l'operatività dei principi minimi delle direttive, se si sia operata una scelta di legge.

Le direttive rimangono evidentemente applicabili ogniqualvolta è richiamata la legge di uno Stato membro, quando il consumatore sia residente in uno Stato membro in forza dei criteri oggettivi della Convenzione di Roma, o qualora la legge scelta sia quella di uno Stato membro[617]; tuttavia, qualora nell'ordinamento così competente la direttiva non sia stata correttamente trasposta, solo le disposizioni ad effetto diretto possono essere applicate, senza che possano intervenire le clausole di salvaguardia sullo *standard* minimo di tutela. L'unica forma sicura di tutela è quella derivante dall'applicazione delle disposizioni imperative della legge del luogo di residenza abituale del consumatore, sempre che si rientri nel campo di applicazione dell'art. 5 della Convenzione. Si noti, tuttavia, che fra l'art. 5, par. 2 e la direttiva 97/7 vi è una quasi totale coincidenza, purché la controparte del consumatore abbia pubblicizzato in qualsiasi modo il proprio prodotto o servizio nello Stato membro di residenza del consumatore – come spesso accade. Del resto, la stessa Relazione Giuliano - Lagarde sottolinea come l'art. 5, par. 2 sia strutturato per fornire tutela ai contratti conclusi a distanza. In questi casi, quindi, si avrà una sovrapposizione di tutela fra disposizioni imperative ai sensi dell'art. 5, par. 2 della Convenzione e *minimum standard* garantito dalla direttiva.

Se il consumatore è residente in uno Stato terzo, la cui legislazione in materia di contratti di consumo non è sufficientemente sviluppata, ma conclude un contratto collegato al territorio della Comunità, allora anche a suo favore sarà applicata la protezione minima riconosciuta dalle direttive proprio in forza delle citate disposizioni.

Si nota una – frequente – parziale coincidenza fra le due protezioni – si ricordi, tuttavia, che l'art. 5 è applicabile anche quando la legge scelta è quella di uno Stato membro – dal momento che la politica sociale si è sviluppata in molti Stati proprio a partire dal diritto comunitario e che attualmente consiste in buona parte nel risultato della trasposizione delle direttive. Per la finalità che questo complesso sistema si pone – ovvero quello dell'applicazione della disciplina maggiormente favorevole al consumatore – un eventuale conflitto di leggi dovrebbe essere risolto sulla base dell'obiettivo materiale; pertanto, sarà applicata la legge di residenza del consumatore se più favorevole rispetto alle disposizioni delle direttive.

Deve ancora verificarsi quale sia la natura delle disposizioni di protezione contenute nelle menzionate direttive.

---

[617] Sulla base di questo assunto BOSCHIERO N., *op. cit.*, p. 838 ritiene che esiste un stretto collegamento con il territorio comunitario ogni qualvolta ai sensi della Convenzione sarebbe applicabile la legge di uno Stato membro.

Il carattere imperativo delle disposizioni delle dir. 93/13 e 87/102 è chiaramente espresso nella giurisprudenza comunitaria. Nei casi *Oceano*, *Cofidis*[618] e *Rampion*[619], in particolare, la Corte ha affermato, in primo luogo, l'applicabilità d'ufficio delle disposizioni delle citate direttive, e, quindi, l'inefficacia di un termine nazionale di decadenza biennale per eccepire l'abusività delle clausole contrattuali. Nelle tre sentenze citate la Corte motiva sottolineando il fatto che il consumatore rimarrebbe di fatto senza alcuna protezione – e la tutela predisposta dal diritto comunitario sarebbe inefficace – se il giudice non potesse dichiarare d'ufficio il carattere abusivo delle clausole. Infatti, molti sistemi nazionali consentono che la parte si difenda da sé nelle controversie di modesto valore e l'ignoranza del consumatore circa l'abusività della pattuizione e della sua conseguente nullità significherebbe privarlo di qualsiasi tutela predisposta a livello comunitario. Le stesse osservazioni ricorrono nella sentenza *Rampion* per dichiarare l'applicabilità d'ufficio dell'art. 11, par. 2 dir. 87/102, da cui deriva che la domanda giudiziale del consumatore deve considerarsi ricevibile anche se non soddisfa tutte le condizioni poste dal diritto nazionale. Infine, l'imperatività di tali disposizioni è confermata dal fatto che gli Stati membri non possono porre termini di decadenza o di prescrizione troppo brevi per l'esercizio dei diritti garantiti dalle direttive. E' quanto risulta dalla sentenza *Cofidis*, nella quale la Corte rileva come un termine di decadenza biennale sia troppo breve e non rispetti il principio di effettività della tutela giurisdizionale, dal momento che al professionista basterebbe far trascorrere questo breve arco di tempo per poi valersi della clausola abusiva inserita nel contratto concluso con il consumatore.

Si deve allora verificare, in che senso tali disposizioni possano considerarsi imperative. Alcune direttive contengono delle precisazioni. In particolare l'art. 12 dir. 97/7 sui contratti conclusi a distanza, e l'art. 12 dir. 2002/65, rubricati rispettivamente *carattere imperativo delle disposizioni* e *carattere cogente delle disposizioni della presente direttiva*, stabiliscono che il consumatore non può rinunciare ai diritti accordatigli dalla direttiva medesima. La stessa disposizione è presente nella dir. 85/577 sui contratti negoziati fuori dai locali commerciali (art. 6)[620]. L'art. 6 della dir. 93/13 sulle clausole abusive e l'art. 7 della dir. 1999/44 stabiliscono, invece, che le clausole contrattuali che limitano o escludono i diritti da essa riconosciuti non

[618] Corte di giustizia 21 novembre 2002, causa C-473/00, *Cofidis*, in *Racc*. I-10875.
[619] Corte di giustizia 4 ottobre 2007, causa C-429/05, *Rampion*, non ancora pubbl. in *Racc.*
[620] Direttiva 85/577 del Consiglio del 20 dicembre 1985 per la tutela dei consumatori in caso di contratti negoziati fuori dai locali commerciali, in *GU* n. L 372 del 31 dicembre 1985, p. 31.

vincolano il consumatore, rinviando, ancora una volta, alla legislazione nazionale per le modalità in cui questo deve avvenire[621].

In questi casi pare coerente giungere alla conclusione secondo la quale le disposizioni delle direttive a tutela del consumatore costituiscono disposizioni imperative come definite dall'art. 3, par. 3 della Convenzione di Roma, nel senso che esse si sottraggono all'autonomia negoziale delle parti e vanno applicate qualora, nel caso specifico, la tutela che sarebbe accordata al consumatore sarebbe inferiore rispetto allo *standard* minimo garantito[622]. Non pare, invece, potersi concludere circa la loro natura di norma di applicazione necessaria[623]. Infatti, l'effettiva operatività delle norme di tutela è conclusivamente affidata agli Stati membri, che devono attuare le direttive e garantirne l'applicazione. Inoltre, e soprattutto, le disposizioni delle direttive[624] non sono dichiarate applicabili qualunque sia la legge regolatrice del contratto, ma solo in caso di scelta di una legge di uno Stato terzo. Infine, l'applicabilità della protezione di diritto comunitario dipende dal contenuto delle norme in conflitto, motivo per cui deve farsi un esame della soluzione sostanziale che l'applicazione dell'una o dell'altra legge comporta, mentre le norme di applicazione necessaria si applicano indipendentemente da un'analisi di carattere sostanziale[625]. Si rilevi che, nel caso concreto, potrebbe addirittura non essere necessario far riferimento alle direttive comunitarie e alle leggi di attuazione, se comunque la

---

[621] Nella sentenza del 26 ottobre 2006, causa C-168/05, *Claro*, in *Racc.* I-10421, la Corte di giustizia ha affermato che l'inefficacia di una clausola di arbitrato, essendo stata riconosciuta abusiva dal giudice nazionale ai sensi della dir. 93/13, non solo dovesse essere rilevata dal giudice dell'opposizione al lodo, ma che comunque non vincolasse il consumatore; "*si tratta di una norma imperativa che, in considerazione dell'inferiorità di una delle parti contrattuali, mira a sostituire all'equilibrio formale che il contratto determina fra i diritti e gli obblighi delle parti un equilibrio reale, finalizzato a ristabilire l'uguaglianza delle parti stesse*" (punto 36 della motivazione).

[622] PLENDER R., WILDERSPIN M., *op.cit.*, p. 154 collegano le disposizioni della dir. 85/577 all'art. 5, par. 2 della Convenzione di Roma. Non si ritiene, pertanto, di condividere la tesi di alcuni Autori che ritengono che gli Stati membri potrebbero dare attuazione alla tutela minima garantita dalla direttiva attraverso l'applicazione dell'art. 7, par. 2 della Convenzione di Roma, proprio perché la natura delle disposizioni imperative *ex* art. 5 e delle norme di applicazione necessaria *ex* art. 7 è diversa (FUMAGALLI L., *op. cit.*, p. 30; JAYME E., KOHLER C., *op. cit.*, p. 22). Qualora il contratto di consumo fosse disciplinato da una legge di uno Stato terzo pur in mancanza di scelta – elemento che determina l'applicabilità della direttiva – ciò significa che la residenza abituale del consumatore si trova fuori dal territorio comunitario. In tal caso, potrebbe non essere del tutto giustificata l'applicazione delle disposizioni delle direttive, che hanno la finalità di tutelare la parte debole nel mercato interno, prevedendo contemporaneamente uno *standard* minimo di protezione e l'uniformazione per rendere ugualmente competitive le imprese stabilite in tutti gli Stati membri. Le direttive non si pongono alcuna finalità universale, e dalla loro operatività possono escludersi i consumatori residenti in Stati non membri. Nel senso della qualificazione come norme di applicazione necessaria: BONOMI A., *op cit.*, p. 125; FALLON M., *op. cit.*, p. 13.

[623] Una tale qualificazione sarebbe forse possibile per la futura direttiva sul credito al consumo (v. *supra*, nota 152), dal momento che stabilisce l'inderogabilità delle disposizioni anche se *in melius* a favore del consumatore.

[624] WILDERSPIN M., LEWIS X., *Les relations entre le droit communautaire et les règles de conflits de lois des Etats membres*, in *Revue critique de droit international privé*, 2002, p. 311 rilevano che solo le disposizioni nazionali che attuano la direttiva possono essere considerate norme di applicazione necessaria, purché sia rispettata la minima tutela prevista.

[625] V. *supra*, cap. III, nota 41, per un'analisi eccezionale del contenuto delle norme di applicazione necessaria.

legge applicabile, benché appartenente a un ordinamento extracomunitario, riesce a tutelare lo stesso *standard* di tutela.

La qualificazione di tali disposizioni come imperative nel senso suddetto pare altresì confermata dalla direttiva 87/102 sul credito al consumo, il cui art. 14 pone agli Stati membri l'obbligo di provvedere affinché i contratti di credito non deroghino alla legislazione di attuazione. Nemmeno la formulazione letterale di questo articolo riesce ad essere particolarmente chiara, ma tuttavia si riferisce, benché implicitamente, alla volontà delle parti espressa nel contratto e alla possibilità di derogare *in melius* per il consumatore[626].

Un significato diverso pare avere l'art. 9 della dir. 94/47 sui contratti di *timeshare*[627], dal momento che – sempre imponendo un corrispondente obbligo agli Stati membri - fa salva la tutela dalla stessa accordata quando l'immobile sia situato nel territorio di uno Stato membro, *indipendentemente dalla legislazione applicabile* e a prescindere dalla circostanza che le parti abbiano scelto la legge regolatrice del contratto[628]. Nonostante la più ampia formulazione letterale, non pare che il significato di questa disposizione si discosti da quello delle simili disposizioni contenute nelle direttive già esaminate. In primo luogo si deve notare che la direttiva ha ad oggetto l'acquisizione di diritti di godimento su beni immobili, i quali saranno nella maggior parte dei casi disciplinati dalla legge del luogo in cui si trova l'immobile (art. 4, par. 3 Convenzione di Roma). Pertanto, se l'immobile è situato nel territorio di uno Stato membro, si applicherà nella maggior parte dei casi la legislazione di uno Stato membro e, pertanto, una normativa presumibilmente conforme alla direttiva. Anche qualora così non fosse, contenendo l'art. 4, par. 3 una mera presunzione, il risultato non cambierebbe se la legge applicabile fosse quella di un altro Stato membro, perché, ancora una volta, al suo interno si troverà la disciplina di trasposizione della direttiva[629]. Inoltre, il considerando 14 della direttiva ha una formulazione analoga al considerando 22 della dir. 93/13, facendo riferimento ai soli casi di scelta di legge applicabile; parrebbe, allora, che la differenza nella formulazione letterale

---

[626] In senso analogo la Posizione comune del Consiglio sulla proposta di direttiva sul credito ai consumatori (art. 22, par. 2). Si deve rilevare che alle disposizioni delle direttive non pare attagliarsi la definizione di norme di applicazione necessaria fornita dalla Corte (sentenza *Arblade* cit.), né da quella di leggi di polizia e di sicurezza di cui all'art. 8 del progetto di regolamento "Roma I" (v. *supra*, par. 3.4). Infatti, nonostante la politica sociale di protezione del consumatore sia divenuta di particolare importanza in ambito comunitario, pare difficile ritenere che si tratta di una legislazione di *cruciale importanza per la salvaguardia dell'organizzazione politica, sociale o economica* degli Stati membri e ella stessa Comunità.

[627] Direttiva 94/47/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 ottobre 1994, concernente la tutela dell'acquirente per taluni aspetti dei contratti relativi all'acquisizione di un diritto di godimento a tempo parziale di beni immobili, in *GU* n. L 280 del 29 ottobre 1994, p. 83.

[628] JAYME E., KOHLER C., *op. cit.*, p. 18.

[629] JAYME E., KOHLER C., *op. cit.*, p. 30 rilevano che in alcune ipotesi sarebbe applicabile l'art. 5 della Convezione; in tali casi, sarebbe applicabile la clausola di salvaguardia della direttiva in esame.

delle disposizioni in esame sia meramente "accidentale"[630]. Ne conseguirebbe che l'art. 9 ha effetto o qualora uno Stato membro non abbia correttamente trasposto la direttiva, o qualora sia scelta la legge di uno Stato terzo. Pertanto, la locuzione *indipendentemente dalla legge applicabile*, non si discosta dal significato proprio delle altre direttive già esaminate.

Il fatto che si tratti di disposizioni imperative pare confermato dal progetto di regolamento "Roma I". Sebbene le direttive facciano alternativamente riferimento al loro proprio contenuto e alle leggi di attuazione, non vi è dubbio sull'origine di queste disposizioni imperative, evidentemente comunitaria. La portata dell'art. 3, par. 5 del progetto non deve essere sottovalutata, soprattutto nei casi in cui le direttive comunitarie non siano trasposte o siano attuate in maniera incompleta. Il problema più rilevante di queste clausole di salvaguardia contenute nelle direttive sta nel fatto che esse non hanno efficacia diretta. Pertanto, in caso di mancata trasposizione da parte del legislatore, il giudice non può applicare integralmente il *minimum* di tutela riconosciuto dalla direttiva, ma soltanto le disposizioni aventi effetti diretti. L'effettività della protezione potrebbe essere pregiudicata dalla semplice inerzia del legislatore nazionale. Invece, se a queste disposizioni viene riconosciuto carattere imperativo di diritto comunitario e che si impone sulla scelta di legge di uno Stato terzo, il giudice potrà applicarle indipendentemente da qualsiasi attività del legislatore nazionale.

Si deve ancora notare come correttamente parte della dottrina[631] abbia messo in luce delle potenziali distonie esistenti fra il progetto di regolamento "Roma I" e le direttive comunitarie esaminate. Infatti, il progetto, nella versione presentata dalla Commissione, elimina del tutto la possibilità di scegliere la legge applicabile al contratto, prediligendo un collegamento oggettivo e inderogabile; invece, le direttive presuppongono la libertà di scelta, tanto che si preoccupano di evitare elusioni ed abusi operati attraverso la scelta medesima. Né alcuna norma di coordinamento pare aiutare in questo difficile compito di armonizzazione del sistema[632]. Pertanto, se il progetto dovesse essere approvato in questi termini, la ricostruzione del sistema di conflitto per i contratti di consumo sarebbe piuttosto complicata. Se i non residenti nel territorio comunitario vedessero applicati gli artt. 3 e 4 della Convenzione di Roma, ma anche le disposizioni delle direttive qualora vi sia un collegamento con il territorio comunitario, il

---

[630] Il termine è utilizzato da TEBBENS H.D., *Les règles de conflit contenues dans les instruments de droit dérivé*, in *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, cit., p. 108.
[631] PIZZOLANTE G., *op. cit.*, p. 990.
[632] L'art. 22 del progetto non pende in considerazione questo tipo di antinomia, stabilendo solo che esso non pregiudica atti di diritto derivato comunitario che disciplinino i conflitti di leggi in materie particolari (e nell'allegato citato non compaiono le direttive sui contratti di assicurazione), ovvero le obbligazioni contrattuali e siano applicabili al rapporto per volontà della legge, ovvero stabiliscano misure destinate a favorire il buon funzionamento del mercato interno.

consumatore residente in uno Stato membro non potrebbe mai scegliere la legge applicabile al contratto. Una protezione significativa potrebbe essergli concessa dalle norme di applicazione necessaria ai sensi dell'art. 8, ma non dalle disposizioni imperative *ex* art. 3, par. 5 del progetto – fra le quali abbiamo classificato anche le disposizioni delle direttive - perché mancherebbe la scelta di legge. Il riconoscimento del carattere imperativo delle disposizioni delle direttive non avrebbe alcuna utilità pratica, perché sarebbero applicabili solo se correttamente trasposte negli ordinamenti interni o se direttamente efficaci; le disposizioni sulla scelta di legge non avrebbero poi alcun effetto nei confronti del consumatore domiciliato in un Paese della Comunità. Il sistema sarebbe riportato a razionalità attraverso il reinserimento, operato dal Parlamento europeo, della facoltà di scelta della legge applicabile.

Il coordinamento fra le diverse fonti del diritto comunitario pone gravi problemi, in parte per il continuo sovrapporsi di strumenti normativi, in parte per la non sempre chiara formulazione letterale delle disposizioni. Così, nei casi che ci hanno occupato in questo paragrafo, il concorso è così complesso che nemmeno è possibile delineare con certezza quale sia la tutela minima garantita dal diritto comunitario, se non quella offerta dalle norme ad effetto diretto. Non costituisce certo segnale positivo in tal senso il fatto che i nuovi progetti – in particolare quello del regolamento "Roma I" – non si siano fatti effettivo carico di questo problema, lasciando ancora all'interprete l'arduo compito del coordinamento, della qualificazione delle disposizioni di diritto comunitario e dell'individuazione della tutela da questo offerta.

Conclusioni

Nei capitoli centrali si è cercato di delineare alcune conclusioni parziali circa l'influenza che hanno avuto gli studi classici di diritto internazionale privato sul diritto comunitario, e in particolare sulle scelte operate in materia di conflitto di leggi e di attribuzione della giurisdizione in materia contrattuale.

Pare in questa sede opportuno richiamare le conclusioni già svolte e approfondire alcune riflessioni.

In primo luogo di vuole sottolineare come anche il sistema comunitario sia fortemente influenzato dalla teoria della localizzazione del rapporto di matrice savignana. Ciò si nota in maniera evidente dal progetto di regolamento sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali. Infatti, all'art. 4 vengono determinati dei criteri di collegamento rigidi per alcuni contratti nominati; per gli altri contratti, si applica la legge del luogo di residenza abituale del prestatore caratteristico. Solo qualora il testo finale contenesse la clausola di eccezione – come prevista all'art. 4, par. 5 della Convenzione e come proposto dal Consiglio e dal Parlamento – si potrà affermare che, pur non costituendo più i criteri di collegamento dell'art. 4 delle mere presunzioni, tuttavia, la localizzazione del rapporto è certamente resa più flessibile dall'operatività del principio di prossimità. Ne consegue che il giudice potrebbe correggere eventuali incongruenze o illogicità – alle quali potrebbe portare la rigida applicazione del criterio di collegamento – attraverso il principio di prossimità, applicando così una legge sostanziale effettivamente e significativamente rilevante nella fattispecie.

Del resto l'influenza sul sistema comunitario delle teorie classiche, che sono sorte dall'evoluzione della dottrina savignana, è evidente già nella Convenzione di Roma. L'art. 4 adotta, infatti, il criterio del collegamento più stretto, tuttavia temperato da alcune presunzioni che limitano la discrezionalità del giudice nella determinazione della legge applicabile e assicurano una maggior certezza del diritto.

Anche il sistema di attribuzione delle competenze giurisdizionali comunitario ha fortemente risentito degli studi classici continentali di diritto internazionale privato. Dal

momento che il presente lavoro si è limitato allo studio dei contratti conclusi dalla parte debole, solo il reg. n. 44/2001 è stato oggetto di un'analisi particolarmente attenta.

L'influenza del principio di prossimità è evidente nei fori alternativi di cui all'art. 5, che adottano dei titoli di giurisdizione finalizzati a individuare un giudice che sia strettamente connesso con la fattispecie. Si ricorda che la Corte di giustizia ha avuto modo di sottolineare come tale prossimità sia funzionale alle esigenze della buona amministrazione della giustizia, ma che essa non costituisce un traguardo irrinunciabile del regolamento, dal momento che, ad esempio, l'accordo di proroga del foro può individuare un giudice che non presenta alcun legame con la controversia.

Il fatto che la prossimità non sia unico obiettivo perseguito dal regolamento risulta, altresì, dal carattere rigido dei titoli di giurisdizione, non derogabili se non nei casi e con le modalità dallo stesso regolamento previsti. Non sono, cioè, ammissibili strumenti tipici del *common law* come l'eccezione di *forum non conveniens* e l'istituto dell'*anti-suit injunction*. La rigidità consente di meglio perseguire esigenze care ai giuristi continentali, quali la certezza del diritto, e costituisce a nostro avviso un'eredità propria del pensiero savignano.

Tuttavia, il metodo classico ha influenzato anche altre scelte del sistema comunitario, in particolare proprio per quanto riguarda i contratti conclusi dalle parti deboli. Infatti, in relazione all'individuazione della legge applicabile, non si può affermare che i criteri di collegamento accolti costituiscano un esempio di norma di conflitto a carattere materiale tradizionalmente intesa. Si è notato nel corso del capitolo terzo come gli artt. 5 e 6 della Convenzione di Roma e del progetto di regolamento "Roma I" determinino rigidamente la legge regolatrice del rapporto in mancanza di scelta delle parti, senza prendere in considerazione il risultato concreto che l'applicazione di tale legge produce. La tutela che viene riservata alla parte contrattuale debole consiste nell'applicazione della legge che presumibilmente essa meglio conosce e alla quale avrà conformato il proprio comportamento. Ciò, evidentemente, non garantisce che la legge applicabile sia quella sostanzialmente più favorevole in concreto, dal momento che altre leggi potenzialmente in conflitto potrebbero predisporre una miglior tutela, attribuendo alla parte debole maggiori diritti ovvero consentendogli di farli valere con maggior semplicità. Nei conflitti di legge relativi ai contratti di assicurazione si è vista ancora più evidente la volontà di procedere alla localizzazione del rapporto piuttosto che all'individuazione di un criterio di collegamento idoneo a tutelare la parte debole[633].

[633] V. *infra*, cap. III, par. 3.1.

Pertanto gli articoli 5 e 6 della Convenzione di Roma possono essere qualificati come norme di conflitto a carattere materiale solo nel senso che esse prendono in considerazione la peculiare posizione di una parte contrattuale rispetto all'altra, individuando un criterio di collegamento, ma non una legge sostanziale, favorevole.

La struttura intermedia di queste norme di conflitto, fra norme localizzatrici e norme a finalità materiale, ci consente di sottolineare in questa sede una caratteristica propria del diritto comunitario. Come si è rilevato fin dal capitolo introduttivo, la cooperazione giudiziaria in materia civile è nata come strumento funzionale alla libera circolazione delle persone e dei beni all'interno del territorio comunitario. Ne consegue che anche le scelte effettuate nell'ambito del diritto internazionale privato e processuale devono essere subordinate al buon funzionamento del mercato interno. Favorire in ogni caso la parte contrattuale debole consentendo l'applicazione della legge sostanziale che di volta in volta le garantisce la miglior protezione può costituire un ostacolo al commercio internazionale. Infatti, nell'ottica della parte contrattuale forte, si crea una grande incertezza del diritto, perché ogni rapporto sarà regolato da una legge diversa a seconda delle esigenze della parte debole. Una tale incertezza comporta dei costi di gestione non indifferenti: non solo è necessario avere un'ampia conoscenza delle legislazioni interne, ma nel momento in cui dovesse instaurarsi una controversia, la parte forte vedrebbe in ogni caso applicata una legge a se sfavorevole, indipendentemente dalla domanda posta dal contraente debole. In tal modo si penalizzerebbe il professionista o l'imprenditore, che non saprà mai quale comportamento dovrà adottare fino al momento in cui sarà instaurata la controversia e individuata la legge applicabile; comunque, anche se la parte forte si sia comportata secondo buona fede, potrà risultare soccombente nel procedimento poiché la parte debole è riuscita a far applicare dal giudice una disciplina ad essa favorevole.

Una tale conclusione non pare ammissibile laddove uno degli obiettivi del mercato unico europeo è proprio quello di stimolare la circolazione delle cose e delle persone.

Pertanto, la scelta è stata maggiormente coerente con le esigenze proprie del diritto comunitario[634]. Per quanto concerne l'individuazione della legge applicabile, infatti, si pone un criterio di collegamento rigido che localizza la fattispecie. E' il criterio di collegamento impiegato – e non più la legge sostanziale – ad essere favorevole alla parte debole, dal momento che le si vuole garantire la conoscenza della legge applicabile. In tal modo, tuttavia, è anche assicurata la sua conoscibilità da parte del contraente più forte, che saprà fin dal momento della

[634] La funzionalizzazione è tale, che un Autore ritiene che tutte le norme di conflitto comunitarie possano essere considerate come aventi finalità materiali (MUNARI F., *La ricostruzione dei principi internazionalprivatistici impliciti nel sistema comunitario*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2006, p. 920).

conclusione del contratto quale legge sarà applicabile al rapporto. La ricerca di un equilibrio fra contrapposte esigenze è particolarmente evidente nei contratti di lavoro. Infatti, l'applicabilità della legge del luogo di esecuzione abituale dell'attività lavorativa consente al datore di lavoro di sottoporre tutti i rapporti con i dipendenti a un'unica legge, con evidenti vantaggi nella gestione dell'attività stessa per l'omogeneità nella medesima azienda.

Si deve ancora notare come la soluzione adottata a livello comunitario per il contratto di consumo non sia assolutamente originale, nel senso che si possono trovare dei precedenti in alcune legislazioni nazionali. Già nel 1982 un Autore rilevava come vi fosse una sempre più marcata tendenza ad assicurare al consumatore *l'application de la loi du milieu où il vit, ou, sous un angle plus subjectif, la protection à la quelle il s'attend*[635]. Generalmente, tale legge è considerata essere quella della residenza abituale del consumatore. L'esempio che viene maggiormente citato dalla dottrina è costituito legge federale svizzera sul diritto internazionale privato, che già in fase di progetto conteneva un articolo (il 117) del tutto analogo all'art. 5 della Convenzione di Roma. Oggi il contratto di consumo è disciplinato dall'art. 120[636] e consente l'applicazione della legge della dimora del consumatore. Disposizioni analoghe si trovano nella legge austriaca (art. 41)[637], nel codice civile del Quebec, il cui progetto preliminare risale al 1977[638], nonché nel progetto proposto dalla XIV sessione della Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato di Convenzione sulla legge applicabile a certi contratti di consumo[639].

Si noti, tuttavia, che rispetto alla Convenzione di Roma la legge svizzera prevede un ulteriore ampliamento della tutela, che consiste nell'impossibilità di scegliere la legge applicabile al contratto[640]. La proposta della Commissione di regolamento "Roma I" in effetti si

---

[635] VON OVERBECK A.E., *Les questions générales du droit international privé à la lumière des codifications et de projets récents*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 1982, tomo 176, p. 77.

[636] Si cita integralmente l'art. 120, par. 1 della legge federale svizzdella legge federale svizza di diritto internazionale privato per motivi di maggior chiarezza: "1 *I contratti concernenti una prestazione di consumo corrente destinata all'uso personale o familiare del consumatore e non connessa con l'attività professionale o commerciale di costui sono regolati dal diritto dello Stato di dimora abituale del consumatore se: a. il fornitore ha ricevuto l'ordinazione in questo Stato; b. la stipulazione del contratto è stata preceduta in questo Stato da un'offerta o da una pubblicità e il consumatore vi ha compiuto gli atti giuridici necessari per la stipulazione medesima o c. il fornitore ha indotto il consumatore a recarsi all'estero per fare l'ordinazione*".

[637] Bundesgesetz vom 15. Juni 1978 über das internationale Privatrecht. Si noti che a seguito con l'entrata in vigore della Convenzione di Roma del 1980 sono state abolite le norme nazionali di conflitto relative ai rapporti contrattuali.

[638] Il testo del codice civile del Quebec è consultabile sul sito: http://www2.publicationsduquebec.gouv.qc.ca. Stabilisce l'art. 3117, relativo alla legge applicabile ai contratti di consumo: "*En l'absence de désignation par les parties, la loi de la résidence du consommateur est, dans les mêmes circonstances, applicable au contrat de consommation*".

[639] Pubblicato in *Revue critique de droit international privé*, 1980, p. 909.

[640] Mentre, ad esempio, i primi due paragrafi dell'art. 3117 del codice civile del Quebec stabiliscono che: "*Le choix par les parties de la loi applicable au contrat de consommation ne peut avoir pour résultat de priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi de l'État où il a sa résidence si*

è allineata alle scelte del legislatore svizzero, eliminando del tutto l'autonomia delle parti. Una tale scelta è stata puntualmente criticata dalla dottrina e nel corso del presente lavoro; la reintroduzione di una limitata autonomia internazionalprivatistica proposta dal Parlamento pare una soluzione senz'altro maggiormente funzionale.

Analoghe considerazioni valgono anche per il contratto di lavoro subordinato: già la legge austriaca (art. 44), la legge ungherese[641], l'art. 3118 del codice civile del Quebec e la legge svizzera (art. 121; già presente nei progetti di legge con diversa numerazione) individuano come applicabile la legge del luogo in cui il lavoratore svolge abitualmente la propria attività, essendo la scelta di legge limitata[642].

L'originalità del diritto comunitario non va, quindi, vista nel senso della sua unicità, ma quanto piuttosto come difformità rispetto alle teorie di diritto internazionale privato che si sono analizzate nel corso del presente lavoro. Il fatto che certi criteri di collegamento siano presenti anche nelle legislazioni nazionali di Stati con tradizioni giuridiche diverse ci permette di fare un'altra osservazione quanto al ruolo dei metodi di diritto internazionale privato. Come si è notato anche nel corso del presente lavoro, si assiste sempre più a una compenetrazione fra i differenti metodi, verso soluzioni in parte nuove ed originali, allo scopo di riuscire a concentrare in un unico criterio i vantaggi tipici di ciascun metodo. Si tratta di un momento di evoluzione nel sistema internazionalprivatistico, che consente di superare le categorizzazioni e le contrapposizioni rigide fra i metodi, alla ricerca di una soluzione che, seppur connotata di elementi misti, sia effettivamente funzionale sia per la soluzione dei problemi tipici di diritto internazionale privato, sia per il raggiungimento degli obiettivi che ci si pone, nonché, infine, per il buon funzionamento del mercato interno – necessità che, invece, non sono proprie del diritto internazionale privato classico.

Tali esigenze sono evidenti anche in altre diposizioni del diritto internazionale privato e processuale comunitario. Si pensa, evidentemente, al mutuo riconoscimento delle decisioni emanate da organi giurisdizionali nazionali ai sensi del reg. n. 44/2001. Il sistema dei *vested*

---

la conclusion du contrat a été précédée, dans ce lieu, d'une offre spéciale ou d'une publicité et que les actes nécessaires à sa conclusion y ont été accomplis par le consommateur, ou encore, si la commande de ce dernier y a été reçue. Il en est de même lorsque le consommateur a été incité par son cocontractant à se rendre dans un État étranger afin d'y conclure le contrat", con formulazione invero simile a quella della Convenzione di Roma.

[641] Citata da VON OVERBECK A.E., *op. cit.*, p. 34.

[642] L'art. 3118, I c., del codice civile del Quebec dispone che: "*Le choix par les parties de la loi applicable au contrat de travail ne peut avoir pour résultat de priver le travailleur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi de l'État où il accomplit habituellement son travail, même s'il est affecté à titre temporaire dans un autre État ou, s'il n'accomplit pas habituellement son travail dans un même État, de la loi de l'État où son employeur a son domicile ou son établissement*"; l'art. 121, III c. della legge svizzera: "*3 Le parti possono sottoporre il contratto di lavoro al diritto dello Stato di dimora abituale del lavoratore ovvero della stabile organizzazione, di domicilio o di dimora abituale del datore di lavoro*".

rights, conosciuto negli ordinamenti di origine anglosassone, è stato adattato alle necessità tipiche del sistema comunitario, consentendosi, in particolare, che tutte le decisioni prese da un giudice di uno Stato membro possano circolare liberamente in tutti gli altri Stati. Si è visto come il sistema comunitario di riconoscimento automatico voglia farsi carico delle necessità di tutela del contraente debole, attraverso il mancato riconoscimento delle sentenze emanate dal giudice incompetente, ma come esso non sia, in effetti, sempre funzionale. Ancora una volta, invece di prendere in considerazione l'interesse specifico della parte debole, il diritto comunitario pone una norma rigida, che permette di verificare fin dall'origine se quella sentenza sia suscettibile di circolare o meno nel territorio di tutti gli Stati membri. Ancora una volta, quindi, le concrete esigenze della parte debole sono parzialmente messe da parte allo scopo di perseguire con miglior efficacia le esigenze tipiche del mercato comune comunitario.

A nostro avviso, il sistema di diritto internazionale comunitario, con particolare riferimento alle problematiche relative al contratto concluso dalla parte debole, appare in effetti funzionale, in quanto riesce a contemperare le diverse esigenze dei contraenti: l'uno, quello debole, che vorrebbe applicata la legge sostanzialmente più favorevole, l'altro, che ha interesse all'applicazione della legge del luogo della sua sede per motivi di uniformità.

In primo luogo, infatti, come si è cercato di mettere in rilievo nel corso dei precedenti capitoli, esso riesce a fornire una tutela sufficientemente efficace al contraente debole. Per quanto concerne lindividuazione della legge applicabile, infatti, è garantito lo *standard* minimo di tutela fornita dalle disposizioni imperative della legge presumibilmente meglio conosciuta dalla parte debole – con l'unica eccezione del contraente dell'assicurazione, per il quale un tale risultato può essere meramente accidentale. In relazione all'attribuzione della competenza giurisdizionale, è invece sempre garantita l'attribuzione della giurisdizione al giudice fisicamente più prossimo al contraente debole.

Inoltre, le legittime aspettative dell'altro contraente non vengono frustrate dalla necessità di fornire una soluzione ai problemi di carattere internazionalprivatistico in ogni caso sostanzialmente più favorevole alla parte debole, stimolandosi così il commercio internazionale nel territorio comunitario.

Questa valutazione complessivamente positiva delle scelte operate nel sistema comunitario deve essere parzialmente sfumato per il fatto che in alcune ipotesi intervengono dei fattori che possono complicare le lineari soluzioni fornite dalla Convenzione di Roma e dal reg. n. 44/2001 e, talvolta, pregiudicarne i risultati. Si fa qui particolare riferimento alle norme di applicazione necessaria. Non si vuole, in questa sede, contestare questo istituto, che, anzi, a

nostro avviso, costituisce un correttivo efficiente alla normale operatività delle norme di conflitto e senz'altro giustificato dalla particolare rilevanza di alcune disposizioni di carattere giuridico e sociale. Tuttavia, si è notato nel corso del presente lavoro come l'operatività delle norme di applicazione necessaria possa complicare il compito che spetta al giudice, che in diversi casi non si troverà ad applicare semplicemente una legge straniera, ma sarà tenuto a integrarla con alcune disposizioni nazionali di carattere internazionalmente inderogabile. Inoltre, ancora maggiori difficoltà sorgono qualora sia necessario qualificare una disposizione straniera come di necessaria applicabilità, dal momento che il giudice sarà tenuto a compiere delle valutazioni circa la pregnanza giuridica di certi valori all'interno di un ordinamento diverso dal proprio. In ogni caso, potranno sorgere dei conflitti fra disposizioni imperative, norme di applicazione necessaria della *lex fori* e straniere, conflitto la cui risoluzione richiede un attento esame della *ratio* delle singole rilevanti diposizioni da parte del giudice.

Queste difficoltà si pongono non solo al giudice, ma anche alle parti, qualora, pur in un momento antecedente al sorgere di una controversia, volessero individuare quale sia la legge applicabile al rapporto, magari in buona fede allo scopo di potersi conformare alle sue prescrizioni. Anche se assistiti da esperti legali, potrebbe non essere semplice individuare il complesso della normativa rilevante, soprattutto perché la qualificazione di una disposizione come imperativa può dipendere altresì dalla personale sensibilità del giudice che risolve la controversia. Viene meno, allora, la certezza del diritto in fase di esecuzione del contratto.

Tuttavia, una tale complementarietà consente di introdurre delle finalità di carattere sostanziale nel conflitto fra leggi. L'applicazione delle disposizioni imperative delle legge maggiormente conosciuta dalla parte debole in caso di scelta di legge è apparsa, fin dal capitolo introduttivo, una misura necessaria allo scopo di assicurare una tutela sostanziale minima. Tuttavia, anche fuori da tale ipotesi, rimangono applicabili le norme di applicazione necessaria che esprimano un *favor* nei confronti delle parte debole, indipendentemente dal fatto che il contratto rientri nel campo di applicazione dell'art. 5 o meno. Pertanto, il sistema comunitario oscilla fra la determinazione della legge applicabile attraverso un criterio di collegamento rigido, e dei temperamenti di carattere sostanziale, giustificati dalla necessità di tutelare il contraente debole. Certo, la teoria delle norme di applicazione necessaria non nasce al solo scopo di apprestare una tutela a una delle parti del rapporto; tuttavia, la crescente importanza anche sociale dei contratti esaminati nel corso del presente lavoro – e si pensa qui, soprattutto, ai contratti di lavoro – permette oggi di qualificare diverse disposizioni nazionali come aventi carattere internazionalmente imperativo. A queste si accostano, inoltre, le norme di applicazione

necessaria di derivazione comunitaria, come contemplate nel progetto di regolamento "Roma I", nonché il *minimum standard* garantito dalle direttive. Pertanto, attraverso lo strumento delle norme internazionalmente imperative, possono entrare nel gioco del conflitto anche considerazioni di carattere sostanziale e non solo valutazioni strettamente internazionalprivatistiche. Con l'unica conclusione che si può trarre – indirizzata, allora, agli operatori del diritto – di evitare qualificazioni forzate che inducano a ritenere un ampio ventaglio di disposizioni come norme di applicazione necessaria: ciò significherebbe, infatti, l'applicazione pressoché costante della *lex fori*, nei rari casi in cui non vi sia coincidenza fra *forum* e *ius*, ovvero l'applicazione della legge sostanzialmente più favorevole alla parte debole grazie allo strumento delle norme di applicazione necessaria straniere.

Indice delle sentenze

Corte di giustizia delle Comunità europee

19 marzo 1964, causa 75/63, *Unger*, in *Racc*. 351
11 luglio 1974, causa 8/74, *Dassonville*, in *Racc*. 837
6 ottobre 1976, causa 12/76, *Tessili*, in *Racc*. 1473
6 ottobre 1976, causa 14/76, *De Bloos*, in *Racc*. 1497
30 novembre 1976, causa 21/76, *Bier*, in *Racc.* 1735
14 dicembre 1976, causa 24/76, *Estatis*, in *Racc*. 1831
14 dicembre 1976, causa 25/76, *Segoura*, in *Racc*. 1851
21 giugno 1978, causa 150/77, *Bertrand*, in *Racc*. 1431
9 novembre 1978, causa 23/78, *Meeth*, in *Racc*. 2133
20 febbraio 1979, causa 120/78, *Rewe-Zentral*, in *Racc*. 649
13 novembre 1979, causa 25/79, *Sanicentral*, in *Racc*., 3423
17 gennaio 1980, causa 56/79, *Zelger*, in *Racc*. 89
16 dicembre 1980, causa 27/80, *Fjetie*, in *Racc*. 3839
17 dicembre 1980, causa 149/79, *Commissione c. Belgio*, in *Racc*. 3881
24 giugno 1981, causa 150/80, *Elefanten Schuh*, in *Racc*. 1671
4 marzo 1982, causa 38/81, *Effer*, in *Racc*. 825
23 marzo 1982, causa 53/81, *Levin*, in *Racc*. 1035
5 maggio 1982, causa 15/81, *Schul*, in *Racc*. 1409
26 maggio 1982, causa 133/81, *Ivenel,* in *Racc*. 1891
6 ottobre 1982, causa 283/81, *CILFIT*, in *Racc*. 3415
22 marzo 1983, causa 34/82, *Peters*, in *Racc*. 987
14 luglio 1983, causa 201/82, *Gerling Konzern*, in *Racc*. 2501
15 novembre 1983, causa 288/82, *Duijnstee*, in *Racc*. 3663
7 giugno 1984, causa 129/83, *Zelger*, in *Racc*. 2397
19 giugno 1984, causa 71/83, *Tilly Russ*, in *Racc*. 2417
7 marzo 1985, causa 48/84, *Sommer Exploitation*, in *Racc*. 787
11 luglio 1985, causa 221/84, *Berghofer*, in *Racc*. 2704
3 giugno 1986, causa 307/84, *Commissione c. Francia*, in *Racc*. 1725
3 giugno 1986, causa 139/85, *Kempf*, in *Racc*. 1741
26 giugno 1986, causa 22/85, *Asteris*, in *Racc*. 1591
3 luglio 1986, causa 66/85, *Lawrie-Blum*, in *Racc*. 2121
4 dicembre 1986, causa 205/84, *Commissione c. Germania*, in *Racc*. 3755
15 gennaio 1987, causa 266/85, *Shenavai*, in *Racc*. 246
12 marzo 1987, causa 178/84, *Commissione c. Germania*, in *Racc*. 1227
8 marzo 1988, causa 9/87, *Arcado*, in *Racc*. 1539
14 luglio 1988, causa 407/85, *Drei Glocken*, in *Racc*. 4233
14 luglio 1988, causa 90/86, *Zoni*, in *Racc*. 4285
15 febbraio 1989, causa 32/88, *Six Constructions*, in *Racc*. 341
27 marzo 1990, causa C-113/89, *Rush Portuguesa*, in *Racc*. I-1417
7 maggio 1991, causa C-340/89, *Vlassopoulou*, in *Racc*. I-2357
27 giugno 1991, causa C-351/89, *Overseas Union Insurance*, in *Racc*. I-3317
25 luglio 1991, cause riunite C-1 e C-176/90, *Aragonesa*, in *Racc*. I-4151
27 novembre 1991, causa C-4/91, *Bleis*, in *Racc*. I-5627
26 febbraio 1992, causa C-357/89, *Raulin*, in *Racc.* I-1027
10 marzo 1992, causa C-241/89, *Powell Duffryn*, in *Racc*. I-1774
17 giugno 1992, causa C-26/91, *Handte*, in *Racc*. I-3967
12 novembre 1992, causa C-123/91, *Minalmet*, in *Racc*. I-5661

19 gennaio 1993, causa C-89/91, *Shearson Lehmann Hutton*, in *Racc*. I-139
13 luglio 1993, causa C-125/92, *Mulox*, in *Racc*. I-4085
20 gennaio 1994, causa C-129/92, *Owens Bank*, in *Racc*. I-117
24 marzo 1994, causa C-275/92, *Schindler*, in *Racc*. I-1039
29 giugno 1994, causa C-288/92, *Custom made commercial*, in *Racc*. I-2913
15 settembre 1994, causa C-318/93, *Brenner*, in *Racc*. I-4275
24 novembre 1993, cause riunite C-267 e 268/91, *Keck e Mithouard*, in *Racc*. I-6097
19 settembre 1995, causa C-364/93, *Marinari*, in *Racc*. I-2721
14 novembre 1995, causa C-484/93, *Svensson*, in *Racc*. I-3955
9 gennaio 1997, causa C-383/95, *Rutten*, in *Racc*. I-57
20 febbraio 1997, causa C-269/95, *Benincasa*, in *Racc*. I-3767
13 maggio 1997, causa C-233/94, *Germania contro Parlamento e Consiglio*, in *Racc*. I-2405
20 giugno 1997, causa C-368/95, *Familiapress*,in *Racc*. I-3689
9 luglio 1997, causa C-222/95, *Parodi*, in *Racc*. I-3899
17 marzo 1998, causa C-45/96, *Dietzinger*, in *Racc*. I-1199
28 ottobre 1998, causa C-51/97, *Reunion Europeenne*, in *Racc*. I-6511
17 novembre 1998, causa C-391/95, *Van Uden*, in *Racc*. I-7122
9 marzo 1999, causa C-212/97, *Centros*, in *Racc*. I-1495
16 marzo 1999, causa C-159/97, *Trasporti Castelletti*, in *Racc*. I-1597
27 aprile 1999, causa C-99/96, *Mietz*, in *Racc*. I-2277
1 giugno 1999, causa C-126/97, *Eco Swiss*, in *Racc*. I-3055
8 luglio 1999, causa C-234/97, *Teresa Fernandez de Bobadilla*, in *Racc*. I-4773
28 settembre 1999, causa C-440/97, *GIE*, in *Racc*. I-6307
5 ottobre 1999, causa C-420/97, *Leathertex*, in *Racc*. I-6747
21 ottobre 1999, causa C-67/98, *Zenatti*, in *Racc*., I-7289
23 novembre 1999, cause riunite C-369 e C-376/96, *Arblade*, in *Racc*. I-8453
28 marzo 2000, causa C-7/98, *Krombach*, in *Racc*. I-1995
27 giugno 2000, causa C-240/98, *Oceano*, in *Racc*. I-4941
13 luglio 2000, causa C-412/98, *Group Josi*, in *Racc*. I-5925
9 novembre 2000, causa C-381/98, *Ingmar*, in *Racc*. I-9305
15 marzo 2001, causa C-165/98, *Mazzoleni*, in *Racc*. I-2189
31 maggio 2001, causa C-43/99, *Leclere*, in *Racc*. I-4265
22 novembre 2001, cause riunite C-541 e C-542/99, *Cape snc*, in *Racc*. I-9049
13 dicembre 2001, causa C-481/99, *Heininger*, in *Racc*. I-9945
22 gennaio 2002, causa C-31/00, *Dreessen*, in *Racc*. I-663
7 febbraio 2002, causa C-279/00, *Commissione contro Italia*, in *Racc*. I-1425
19 febbraio 2002, causa C-256/00, *Besix SA*, in *Racc*. I-1699
27 febbraio 2002, causa C-37/00, *Weber*, in *Racc*. I-2013
11 luglio 2002, causa C-96/00, *Gabriel*, in *Racc*. I-6367
1 ottobre 2002, causa C-167/00, *Henkel,* in *Racc*. I-8111
2 novembre 2002, causa C-208/00, *Überseering*, in *Racc*. I-9919
21 novembre 2002, causa C-473/00, *Cofidis*, in *Racc*. I-10875
10 aprile 2003, causa C-437/00, *Pugliese*, in *Racc*. I-3573
30 settembre 2003, causa C-167/01, *Inspire Art*, in *Racc*. I-10155
9 dicembre 2003, causa C-116/02, *Gasser*, in *Racc*. I-4693
5 febbraio 2004, causa C-256/02, *Frahuil*, in *Racc*. I-1543
1 aprile 2004, causa C-237/02, *Freiburger Kommunalbauten*, in *Racc*., I-3403
27 aprile 2004, causa C-159/02, *Turner*, in *Racc*. I-3565
10 giugno 2004, causa C-168/02, *Kronhofer*, in *Racc*. I-6009
7 settembre 2004, causa C-456/02, *Trojani*, in *Racc*. I-7537
9 settembre 2004, causa C-70/03, *Commissione contro Spagna*, in *Racc*. I-7999
20 gennaio 2005, causa C-27/02, *Engler*, in *Racc*. I-481
20 gennaio 2005, causa C-464/01, *Gruber*, in *Racc*. I-439
1 marzo 2005, causa C-281/02, *Owusu*, in *Racc*. I-1383

12 maggio 2005, causa C-112/03, *Société financière et industrielle du Peloux*, in *Racc*. I-3707
26 maggio 2005, causa C-77/04, *GIE*, in *Racc*. I-4509
25 ottobre 2005, causa C-350/03, *Schulte*, in *Racc*. I-9217
25 ottobre 2005, causa C-229/04, *Crailsheimer*, in *Racc*.I-9273
7 febbraio 2006, parere C-1/03, in *Racc*. I-1145
16 marzo 2006, causa C-234/04, *Kapferer*, in *Racc*. I-2558
18 maggio 2006, causa C-343/04, *CEZ*, in *Racc*. I-4557
26 ottobre 2006, causa C-168/05, *Claro*, in *Racc*. I-10421
3 maggio 2007, causa C-386/05, *Color Drack*, in *Racc*. 3699
13 settembre 2007, Conclusioni dell'Avvocato generale Trstenjak, causa C-319/05, *Commissione contro Lussemburgo*
4 ottobre 2007, causa C-429/05, *Rampion*, non ancora pubbl. in *Racc.*
13 dicembre 2007, causa C- 463/06, *FBTO*, non ancora pubbl. in *Racc*.
17 gennaio 2008, Conclusioni dell'Avvocato generale Poiares Maduro, causa C-462/06, *Glaxosmithkline*

Giurisprudenza italiana

Corte di Cassazione, 6 settembre 1980, n. 5156, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 1982, II, p. 42
Corte di Cassazione, sezione lavoro, 9 novembre 1981, n. 5924, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 1982, II, p. 39
Corte di Cassazione, 21 novembre 1984, n. 5944, in *Il diritto marittimo*, 1985, p. 532
Corte di Cassazione, 21 novembre 1984, n. 5945, in *Il diritto marittimo*, 1985, p. 536
Tribunale di Roma, 1 luglio 1987, in *Il diritto marittimo*, 1989, p. 479
Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 25 marzo 1991, n. 3190, in *Foro italiano*, 1991, I, 3132
Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 13 febbraio 1993, n. 1820, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1995, p. 116
Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 17 maggio 1995, n. 5392, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1996, p. 325
Corte di Cassazione, 9 marzo 1998, n. 2622, in DI BLASE A., *Guida alla giurisprudenza italiana e comunitaria di diritto internazionale privato*, 2004, Editoriale scientifica, p. 252
Corte di Cassazione, 6 agosto 1998, n. 7714, in *Foro it.*, 1999, I, 2634
Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 14 dicembre 1999, n. 895, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2000, 1078
Corte di Cassazione, 10 marzo 2000, n. 58, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2000, p. 773
Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 11 giugno 2001, n. 7860, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2002, p. 157
Tribunale di Venezia ord. 21 maggio 2002, in *Foro italiano*, 2003, I, 2181
Corte di Cassazione, sezione lavoro, 11 novembre 2002, n. 15822, in *Foro italiano*, 2003, I, 484
Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 26 giugno 2003, n. 10164, in *Foro italiano*, 2004, I, 1490
Corte d'appello di Venezia, 26 aprile 2005, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2006, p. 746
Corte di Cassazione, Sezioni Unite, ord. 13 luglio 2005, n. 14695, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2006, p. 755
Tribunale di Milano, 4 agosto 2005, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2006, p. 759
Corte di Cassazione, 7 dicembre 2005, n. 26976, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2006, p. 1053
Tribunale di Reggio Emilia 12 dicembre 2005, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2007, p. 218
Tribunale di Padova, sez. distaccata di Este, 10 gennaio 2006, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2007, p. 147

Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 4 maggio 2006, n. 10219, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2007, p. 1115
Corte di Cassazione, 4 maggio 2006, n. 10223, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2007, p. 194
Tribunale di Rovereto 24 agosto 2006, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2007, p. 741
Tribunale di Genova 14 novembre 2006, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2007, p. 1075
Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 3 gennaio 2007, n. 6, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2007, p. 1102

Giurisprudenza straniera

- Austria

Oberster Gerichtshof 19 Mai 2005, in *Juristische Blätter*, 2005, p. 594

- Belgio

Cour de Cassation, 19 janvier 1882, in *Pasicrisie*, 1882, I, 28
Cour de Cassation 9 mars 1882, in *Pasicrisie*, 1882, I, 62

- Francia

Cour de Cassation, Ch. civ., 24 juin 1878, in *Journal de droit international,* 1879, p. 285
Cour de Cassation, Ch. soc., 25 mai 1977, in *Revue critique de droit international privé*, 1978, p. 701
Cour de Cassation, Ch. soc., 31 mars 1978, in *Revue critique de droit international privé*, 1978, p. 701
Cour d'appel de Paris, 6 juin 1980, citata da ALEXANDRE D., *Repertoire communautaire Dalloz. V Convention de Bruxelles (Competence)*
Cour de Cassation, 1er Ch. Civ., 15 juin 1982, in *Revue critique de droit international privé*, 1983, p. 300
Tribunal de grande istance de Paris, 5eme Ch., 2eme sect., 10 mai 1985, in *Revue critique de droit international privé*, 1987, p. 415
Cour de Cassation, Ch. Soc., 6 novembre 1985, in *Revue critique de droit international privé*, 1986, p. 501
Cour d'appel de Paris, 21er Ch., 27 novembre 1986, in *Revue critique de droit international privé*, 1988, p. 314
Cour d'appel de Versailles, 14eme Ch., 6 février 1991, in *Revue critique de droit international privé*, 1991, p. 745
Cour d'appel de Colmar, 1er Ch., 19 octobre 1993, in *Revue de jurisprudence commerciale*, 1994, pp. 76
Cour de Cassation, Ch. Com., 16 novembre 1993, in *Revue critique de droit international privé*, 1994, p. 332
Cour d'appel de Paris, 18eme Ch. E, 7 juin 1996, in *Revue critique de droit international privé*, 1997, p. 55
Tribunal d'istance de Niort, 1er Juillet 1998, in *Contrats, concurrence, consommation*, 1998, n. 137, p. 18
Cour de Cassation, Prud'hommes, 4 mai 1999, in *La semaine juridique, édition générale*, 1999, p. 1010
Cour de Cassation, 1er Ch. Civ., 19 octobre 1999, in *Revue critique de droit international privé*, 2000, p. 29
Tribunal de grande istance de Poitiers, 22 decembre 1999, in *Revue critique de droit international privé*, 2001, p. 670
Cour de Cassation, 1er Ch. Civ., 6 février 2000, in *Revue critique de droit international privé*, 2000, p. 149

Cour de Cassation, 1er Ch. Civ., 18 juillet 2000, in *Revue critique de droit international privé*, 2001, p. 143
Cour de Cassation, Com, 28 novembre 2000, in *Journal de droit international*, 2001, p. 511
Cour de Cassation, 1er Ch. Civ., 15 mai 2001, in *Journal de droit international*, 2001, p. 1121
Cour d'appel de Pau, 1ere Ch., 24 septembre 2002, consultabile sul sito http://curia.europa.eu/common/recdoc/convention/fr/2005/31-2005.htm
Cour de Cassation, Ch. Com., 4 mars 2003, in *Revue critique de droit international privé*, 2003, p. 285
Cour de Cassation, 1er Ch. Civ., 25 novembre 2003, in *Journal de droit international*, 2004, p. 1179
Cour de Cassation, Soc., 20 octobre 2004, citata da JAULT-SESEKE F., *L'office du judge dans l'application de la règle de conflit de lois en matière de contrat de travail*, in *Revue critique de droit international privé*, 2005, p. 282
Cour de Cassation, 1ere Ch. Civ., 12 julliet 2005, in *Journal de droit international*, 2006, p. 179
Cour de Cassation, 1er Ch. Civ., 4 octobre 2005, in *Revue critique de droit international privé*, 2006, p. 413
Cour de Cassation, 1er Ch. Civ., 23 mai 2006, in *Revue critique de droit international privé*, 2007, p. 85
Cour de Cassation, 1er Ch. Civ., 21 novembre 2006, in *Revue critique de droit international privé*, 2007, p. 575
Cour de Cassation, Ch. Com., 19 décembre 2006, in *Revue critique de droit international privé*, 2007, p. 593

- Germania

Oberappelationsgericht Lübeck 21 März 1861, in *Seuffert's Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten*, 1861, Munich, n. 107
Reichsgericht 23 Januar 1882, in *Reichsgerichtzeitschrift*, 1882, 7.21
Oberlandesgericht Frankfurt, 7 August 1901, citata da GOTHOT P., *Le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé*, in *Revue critique de droit international privé*, 1971, p. 2
Landesgericht Limburg 22 März 1988, in *Neue juristische Wochenschrift, Rechtsprechungs-Report*, 1989, p. 119
Landgericht Dortmund 8 April 1988, in *IPRax*, 1989, p. 51
Oberlandesgericht Hamm, 1 Dezember 1988, in *IPRax*, 1990, p. 242
Amstgericht Lichtenfels 24 Mai 1989, in *IPRax*, 1990, p. 235
Oberlandesgericht Frankfurt 1 Juni 1989, in *IPRax*, 1990, p. 236
Bundesarbeitsgericht 24 August 1989, in *Recht der internationalen Wirtshaft*, 1990, p. 754
Landesgericht Hamburg 21 Februar 1990, in *IPRax*, 1990, p. 239
Oberlandesgericht Celle 28 August 1990, in *IPRax*, 1991, p. 334
Bundesarbeitsgericht 29 October 1992, in *IPRax*, 1994, p. 123
Bundesgerichtshof 26 October 1993, in *IPRax*, 1994, p. 449
Bundesgerichtshof 19 März 1997, in *Revue critique de droit international privé*, 1998, p. 610
Oberster Gerichtshof 20 Januar 1999, 9 ObA 247/98h, in *Juristische Blätter*, 1999, 11, p. 745
Oberlandesgericht Koblenz 8 März 2000, in *IPRax*, 2001, p. 334
Bundesgerichtshof 28 November 2002, in *Neue juristische Wochenschrift*, 2003, Heft 6, p. 426

- Lussemburgo

Tribunal d'arrondissement de Luxembourg 7 Juillet 1988, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1991, p. 1092
Tribunal d'arrondissement de Luxembourg 27 Mars 1990, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1991, p. 1097
Cour d'appel de Luxembourg 15 juillet 1992, citata da PLENDER R., WILDERSPIN M., *The European Contracts Convention, the Rome Convention on the Choice of Law for Contracts*, London, 2001

- Paesi Bassi

Tribunale di Rotterdam 24 giugno 1949, citato in STRUYCKEN A.V.M., *nota alla sentenza* Alnati, in *Revue critique de droit international privé*, 1967, p. 523
Hoge Raad 13 maggio 1966, *Alnati*, (trad. francese) in *Revue critique de droit international privé*, 1967, p. 522
Corte d'appello di Zutphen 21 luglio 1992, citata da BOELE-WOELKI K., *Exception clauses in private international law – Netherlands*, in *Les clauses d'exception en matière de conflits de lois et de conflits de juridiction – ou le principe de proximité*, a cura di Kokkini-Iatridou D., 1994, Dodrecht, Boston, London, p. 262
Hoge Raad 23 mei 1998, n. 16439, *Elinga BV v. British Wool International Ltd*, in *Nederlands Internationaal Privaatrecht*, n. 288, 1998

- Regno Unito

Court of Appeal *Ralli Bros v. Compania Naviera Sota y Aznar*, [1920], 1 K.B. 614
Court of Appeal 13th December 1924, *Foster c. Driscoll*, in *Law Journal, King's Bench*, 1929, p. 282
Court of Appeal, *Mount Albert Borough Council v. Australian Temperance & General Mutual Life Assurance Society Ltd*, 1938, citata da BLOM J., *Choice of Law Methods in the Private International Law of Contracts*, in *The Canadian Yearbook of International Law*, 1980, p. 173
Privy Council [1939] A.C. 277, commentata da MANN F.A., *The proper law of the contract*, in *The International Law Quarterly*, 1950, p. 64
Supreme Court, *Golden Acres Ltd. V. Queensland Estates Pty. Ltd*, 1969, citata da BLOM J., *Choice of Law Methods in the Private International Law of Contracts*, in *The Canadian Yearbook of International Law*, 1980, p. 166
House of Lords, *Spiliada maritime Corp. v. Cansulex Ltd.*, in *Lloyd's Law Reports*, 1987, p. 130
Queen's Bench 19th October 1987, *Mitsubishi Corporation v. Aristidis I. Alafouzos*, in *Lloyd's Law Review*, 1988, p. 181
Privy Council, *Société Nationale Industrielle Aéerospatiale v. Lee Kui Jak*, in *All England Law Reports*, 1987, 871
Court of Appeal, Civil division, 12th March 1997, *Credit Lyonnais v. New Hampshire Insurance Company*, consultabile sul sito www.baiilii.org
High Court, Queen's Bench Division, Commercial Court, 19th January 2000, in *International Litigation Procedure*, 2000, p. 766
House of Lords, 17th February 2000, *Agnew*, in *International Litigation procedure*, 2001, p. 345
High Court, 21st September 2000, *Definitely Maybe Ltd v. Mark Lieber berg Konnzertagentur Gmbh*, in *International Litigation Procedure*, 2001, p. 434
Court of Appeal, Civil division, 21st December 2001, *Samcrete Egypt Engineers and Contractors s.a.a v. Land Rover Express Ltd.*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2002, p. 1138
High Court, Queens Bench Division, Commercial Court, 15th March 2002, *American Motorists Insurance Co. v. Cellstar Corporation and Cellstar Ltd.*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2003, p. 599

- Spagna

Tribunal Supremo, 29 septiembre 1961, in *Revista española de derecho international*, 1963, p. 612
Tribunal Superior de Justicia, Sala de lo Social, 18 julio 2005, n. 1018, in *Base de Datos Aranzadi, Repertorio de jurisprudencia social*, 2005, n. 2583

- Stati Uniti d'America

Court of Appeal, New York, *Babcock v. Jackson*, RC 1964, 284

Bibliografia

AA.VV., *La Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, a cura della Scuola di Notariato A. Anselmi di Roma, 1983, Milano

AA.VV., *Liber amicorum Adolf F. Schnitzer*, 1979, Genéve

AA.VV., *Nouveau itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, 1993, Bruxelles

ADOBATI E., GRATANI A., *Individuazione del foro competente quando il lavoratore presta la propria attività in più Paesi*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1997, p. 133

ANCEL B., *La clause attributive de juridiction selon l'article 17 de la Convention de Bruxelles*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1991, p. 263

ANCEL B., *The Brussels I Regulation: comment*, in *Yearbook of Private International Law*, 2001, p. 101

ANCEL M.E., *La prestation caractéristique du contrat*, 2002, Paris

ANCEL M.E., *nota alla sentenza* Cour de Cassation, 1er Ch. Civ., 25 novembre 2003, in *Journal de droit international*, 2004, p. 1180

AUDIT B., *Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (sur la «crise» des conflits de lois)*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 1984, tomo 186, p. 223

AUDIT B., *Droit international privé*, 2006, Paris

AUDIT M., *L'interprétation autonome du droit international privé communautaire*, in *Journal de droit international*, 2004, p. 789

AUDIT M., *Régulation du marché intérieur et libre circulation des lois*, in *Journal du droit international*, 2006, p. 1333

BADIALI G., *Le droit international privé des Communautés européennes*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 1985, tomo 191, p. 9

BALLARINO T., MARI L., *Uniformità e riconoscimento. Vecchi problemi e nuove tendenze della cooperazione giudiziaria nella Comunità europea*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2006, p. 7

BALLARINO T., ROMANO G.P., *Le principe de proximité chez Paul Lagarde*, in *Mélangés en l'honneur de Paul Lagarde. Le droit international privé: esprit et méthodes*, a cura di Jobard-Bachellier M.-N., 2005, Paris, p. 37

BANDERA M., *La sentenza* Owusu*, il «forum non conveniens» e i conflitti di giurisdizione fra Satti membri e Stati terzi*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2007, p. 1025

BARATTA R., *Il collegamento più stretto nel diritto internazionale privato dei contratti*, 1991, Milano

BARATTA R., *Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, in *Il diritto privato dell'Unione europea,* tomo II, a cura di Tizzano A., 2000, Torino, p. 1373

BARATTA R., *The process of characterisation in the EC conflict of laws: suggesting a flexible approach*, in *Yearbook of Private International Law*, 2004, p. 155

BARIATTI S., *Prime considerazioni sugli effetti dei principi generali delle norme materiali del Trattato CE sul diritto internazionale privato comunitario*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2003, p. 671

BARIATTI S., *Qualificazione e interpretazione nel diritto internazionale privato comunitario: prime riflessioni*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2006, p. 361

BARILE G., *Lezioni di diritto internazionale privato*, 1980, Padova

BASEDOW J., *Conflicts of economic regulation*, in *American Journal of Comparative Law*, 1994, p. 423

BASEDOW J., *Der kollisionrechtliche Gehalt der Produktfreiheiten im europäischen Binnenmarkt: favor offerentis*, in *Rabels Zeitschrift für Ausländisches und Privatrecht*, 1995, p. 1

BATIFFOL H., *Le pluralisme de méthode en droit international privé*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 1973, tomo 139, p. 79

BATIFFOL H., LAGARDE P., *Traité de droit international privé*, tome 1, 1993, Paris

BEALE J.H., *A Treatise on the Conflict of Laws*, vol. I, 1935, New York

BENEDETTELLI M.V., *La giurisdizione internazionale in materia assicurativa secondo la Convenzione di Bruxelles*, in *Diritto del commercio internazionale*, 1998, p. 593

BENEDETTELLI M.V., *Libertà comunitarie di circolazione e diritto internazionale privato delle società,* in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2001, p. 569

BENEDETTELLI M.V., *Connecting factors, principles of coordination between conflict systems, criteria of applicability: three different notions for «European Community private international law»*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2005, p. 421

BERAUDO J.P., *Le Règlement (CE) du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, in *Journal du droit international*, 2001, p. 1033

BERNARD N., *La libre circulation des merchandises, des personnes et des services dans le Traitè CE sous l'angle de la compétence*, in *Cahiers de droit européen*, 1998, p. 11

BERTOLI P., *Corte di giustizia, integrazione comunitaria e diritto internazionale privato e processuale*, 2005, Milano

BERTOLI P., *La disciplina della giurisdizione civile nel regolamento comunitario n. 44/2001*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2005, p. 625

BERTOLI P., *Il ruolo della Corte di Giustizia e l'interpretazione del futuro regolamento "Roma I"*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2006, p. 999

BIANCA C.M., GIARDINA A. (a cura di), *Convenzione sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma 19 giugno 1980)*, 1995, Padova

BISHOFF J.M., *Compétence in matière de contrats conclus par les consommateurs*, in *Journal du droit international*, 1998, p. 589

BLOM J., *Choice of Law Methods in the Private International Law of Contracts*, in *The Canadian Yearbook of International Law*, 1980, p. 161

BOELE-WOELKI K:, *Unification and harmonisation of private international law in Europe*, in AA.VV., *International contract law*, 2003, Antwerp, p. 325

BONADUCE C., *L'interpretazione della Convenzione di Bruxelles del 1968 alla luce del regolamento n. 44/2001 nelle pronunce della Corte di giustizia*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2003, p. 746

BONOMI A., *Le norme imperative nel diritto internazionale privato*, 1998, Zürich

BOSCHIERO N., *Obbligazioni contrattuali (diritto internazionale privato)*, in *Enciclopedia del diritto, Aggiornamento*, 2000, Milano

BOSCHIERO N., *Verso il rinnovamento e la trasformazione della Convenzione di Roma: problemi generali*, in *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, a cura di Picone P., 2004, Padova, p. 319

BRIGGS A., REES P. (eds.), *Civil jurisdiction and judgments*, 2005, London

BUCHER A., *L'ordre public et le but social des lois en droit international privé*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 1993, tomo 239, p. 9

BURNSTEIN M., *A global network in a compartmentalised legal environment*, in *Internet. Which Court decides? Which law applies?*, a cura di Boele-Woelki K. e Kessedjian C., 1998, The Hague, p. 23

CALAIS – AULOY J., *La Communauté européenne et les consommateurs*, in *Mélanges offerts à André Colomer*, 1993, Paris, p. 119

CAMPIGLIO C., *Prime applicazioni della clausola d'eccezione «europea» in materia contrattuale*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1992, p. 241

CAPELLI F., *"Consumatore" e cessione dei diritti nella Convenzione di Bruxelles*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1993, p. 363

CARBONE S.M., LUZZATTO R., *Obbligazione, diritto internazionale privato e processuale: obbligazioni da contratto*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, 1990, Roma

CARBONE S.M., *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni in materia civile e commerciale nello spazio giudiziario europeo: dalla Convenzione di Bruxelles al regolamento (CE) n. 44/2001*, in *Diritto processuale civile e commerciale comunitario*, a cura di Carbone S.M., Frigo M., Fumagalli L., p. 3, 2004, Milano

CARBONE S.M., *Lo spazio giudiziario europeo in materia civile e commerciale. Da Bruxelles I al regolamento CE n. 805/2004*, 2006, Torino

CARBONE S.M., *L'autonomia privata nei rapporti economici internazionali e i suoi limiti*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2007, p. 890

CARBONE S.M., *Obiettivi di diritto materiale e tendenze del diritto internazionale privato e processuale comunitario*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2007, p. 285

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

CAVERS D.F., *Critique of the Choice of Law Problem*, in *Harvard Law Review*, 1933, p. 173

CAVERS D.F., *The Choice of Law Process*, 1965, Ann Arbor

CELLE P., *I contatti di assicurazione grandi rischi nel diritto internazionale privato*, 2000, Padova

CHONG A., *The public policy and mandatory rules of third Countries in international contracts*, in *Journal of Private International Law*, 2006, p. 27

CLERICI R., *Rapporti di lavoro, ordine pubblico e Convenzione di Roma del 1980*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2003, p. 809

COLLINS L., *Contractual obligations – The EEC preliminary draft Convention on private international law*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1976, p. 35

CONDINANZI M., *La libertà di stabilimento*, in *Diritto dell'Unione Europea, parte speciale*, a cura di Strozzi G., 2000, Torino, p. 151

CONDINANZI M., LANG A., NASCIMBENE B., *Cittadinanza dell'Unione e libera circolazione delle persone*, 2003, Milano

CONETTI G., *Contratto nel diritto internazionale privato*, in *Digesto delle discipline privatistiche, Aggiornamento*, 2003, Torino

CONETTI G., TROMBETTA PANIGALDI F., TONOLO S., *La legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, in *Il diritto privato nella giurisprudenza, I contratti in generale, I*, a cura di Cendon P., 2000, Torino, p. 163

CORRAO M.E., *I rapporti di lavoro nella Convenzione europea sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1984, p. 79

COURSIER P., *Le conflit de lois en matière de contrat de travail*, 1993, Paris

CRAIG P., DE BURCA G., *EU Law. Text, cases and materials*, 2007, Oxford

CURRIE B., *Notes on Methods and Objectives in the Conflict of Laws*, in *Selected Essays on the Conflict of Law*, 1963, Durham, p. 177

DANIELE L., *Diritto del mercato unico europeo*, 2006, Milano

DE CESARI P., *Autonomia della volontà e legge regolatrice delle successioni*, 2001, Padova

DE CESARI P., *Diritto internazionale privato e processuale comunitario. Atti in vigore e in formazione nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, 2005, Torino

DICEY A.V., *Digest of the Law of England with reference to the conflict of laws*, 1896, London

DICEY A.V., MORRIS J.C.H., *Dicey and Morris Conflict of Law*, 2000, London

DI BLASE A., *Guida alla giurisprudenza italiana e comunitaria di diritto internazionale privato*, 2004, Napoli

DI COMITE V., *Il diritto di recesso nei contratti di mutuo e la tutela del consumatore nella giurisprudenza della Corte*, in *Sud in Europa*, 2005, p. 9

D'OLIVEIRA J., *Charateristic Performance in the Draft EEC Obligation Convention*, in *American journal of comparative Law*, 1977, p. 303

DE NOVA R., *Historical an comparative introduction to conflict of laws*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 1966, tomo 118, p. 441

DE SCHUTTER O., FRANQ S., *La proposition de directive relative aux services dans le marché intérieur: reconnaissance mutuelle, harmonisation et conflits de lois dans l'Europe élargie*, in *Cahiers de droit européen*, 2005, p. 603

DRAETTA U., *Internet e commercio elettronico nel diritto internazionale dei privati*, Milano, 2001

DROZ G.A.L., GAUDEMET – TALLON H., *La transformation de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 en Règlement du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, in *Revue critique de droit international privé*, 2001, p. 601

DUTOIT B., *The Rome Convention on the Choice of Law for Contracts*, in *European Private International Law*, a cura di von Hoffman B., 1998, Nijmegen, p. 39

EHRENZWEIG A.A., *A Treatise on the Conflicts of Laws*, 1962, St. Paul

EHRENZWEIG A.A., JAYME E., *Private International Law*, Volume III, Special Part, 1967, Leiden

EHRENZWEIG A.A., *Private international law*, 1967, Leiden

FALLON M., *Le droit applicable aux clauses abusives après la transposition de la directive n. 93/13 du 5 avril 1993*, in *Revue européenne de droit de la consommation*, 1996, p. 3

FALLON M., C*ommentaire à la proposition de modification des articles 3, 5 et 7 de la Convention de Rome du 19 juin 1980, et de l'article 15 de la proposition de règlement « Bruxelles I » du Groupe européen de droit international privé*, in *Revue critique de droit international privé*, 2000, p. 929

FALLON M., *nota alla sentenza* Arblade, in *Revue critique de droit international privé*, 2000, p. 728

FALLON M., MEEUSEN J., *Le commerce électronique, la directive 2000/31/CE et le droit international privé*, in *Revue critique de droit international privé*, 2002, p. 435

FALLON M., MEEUSEN J., *Private international law in the European Union and the exception of mutual recognition*, in *Yearbook of Private International Law*, 2002, p. 37

FERRIER D., *La franchise internationale*, in *Journal du droit international*, 1988, p. 625

FLETCHER I., *Conflict of laws and European Community Law*, 1982, Amsterdam, New York, Oxford

FOCSANEANU L., *Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, in *Revue du marché commun*, 1984, p. 487

FRANCESCAKIS P., *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, 1958, Paris

FRANCESCAKIS P., *Quelques précisions sur les «lois d'application immédiate» et leurs rapports avec les règles de conflit de lois*, in *Revue critique de droit international privé*, 1966, p. 1

FRANZINA P., *La giurisdizione in materia contrattuale. L'art. 5 n. 1 del regolamento n. 44/2001/CE nella prospettiva dell'armonia delle decisioni*, 2006, Padova

FRANZINA P. (a cura di), *La legge applicabile ai contratti nella proposta di regolamento "Roma I"*, 2006, Padova

FRANZINA P., *Le condizioni di applicabilità del regolamento (CE) n. 44/2001 alla luce del parere 1/03 della Corte di giustizia*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2006, p. 948

FRIGESSI DI RATTALMA M., *Il contratto internazionale di assicurazione*, 1990, Padova

FRIGESSI DI RATTALMA M., *La legge applicabile al contratto di assicurazione nell'attuazione delle direttive comunitarie*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1996, p. 19

FUCHS A., MUIR WATT H., PATAUT E. (a cura di), *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, 2004, Paris

FUMAGALLI L., *Le clausole abusive nei contratti con i consumatori tra diritto comunitario e diritto internazionale privato*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1994, p. 15

FUMAGALLI L., *L'ordine pubblico nel sistema del diritto internazionale privato comunitario*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2004, p. 635

FUMAGALLI L., *Il titolo esecutivo europeo per crediti non contestati nel regolamento comunitario n. 805/2004*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2006, p. 23

GAROFALO L., *Volontà delle parti e norme imperative nella Convenzione di Roma sulla legge applicabile ai contratti e nel nuovo sistema italiano di diritto internazionale privato*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1996, p. 469

GAUDEMET - TALLON H., *L'utilisation des règles de conflit à caractère substantiel dans les Conventions internationales (l'exemple des Conventions de la Haye)*, in *L'internationalisation du droit. Mélangés en l'honneur de Yvon Loussouarn*, a cura di Audit B., Loussouarn Y.E.J.J.,1994, Paris, p. 181

GAUDEMET - TALLON H., *Compétence et exécution des jugements en Europe. Réglement n. 44/2001, Conventions de Bruxelles et de Lugano*, 2002, Paris

GAUDEMET - TALLON H., *Le pluralisme en droit international privé: richesses et faiblesses (Le funambule et l'arc-en-ciel)*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 2005, tomo 312, p. 1

GIACALONE G., *Il regolamento CE 44/2001 sulla competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle sentenze in materia civile e commerciale (cd. Bruxelles I)*, in *Diritto civile comunitario e cooperazione giurisdizionale civile*, a cura di Ambrosi I., Scarano L., 2005, Milano

GIULIANO M., *La loi applicable aux contrats: problèmes choisis*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 1977, tomo 158, p. 187

GKOUTIZINS A., *Free movement of services in EC Treaty and the law of contractual obligations relating to banking and financial services*, in *Common Market Law Review*, 2004, p. 119

GONZÁLES CAMPOS J.D., *Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des régles de droit international privé. Cours général*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 2000, p. 9

GOTHOT P., *Le renouveau de la tendence unilatéraliste en droit intenational privé*, in *Revue critique de droit international privé*, 1971, p. 1

HARTLEY T., *Consumer Protection Provisions in the EEC Convention*, in North (Ed.), *Contract Conflicts: The E.E.C. Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations*, a cura di North P.M., 1982, Amsterdam, New York, Oxford

HARTLEY T., *Article 17: Choice-of-court clauses and third party beneficiaries*, in *European Law Review*, 1983, p. 264

HARTLEY T., *Civil jurisdiction and judgements*, 1984, London

HARTLEY T., *The modern approach to private international law. International litigation and transactions from a common law perspective*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 2006, tomo 319, p. 13

HARTLIEF T., *Freedom and Protection in Contemporary Contract Law*, in *Journal of Consumer Policy*, 2004, p. 253

HERTZ K., *Jurisdiction in Contract and Tort under the Brussels Convention*, 1998, Copenhagen

HEUZE' V., *De la competence de la loi du pays d'origine en matiére contractuelle ou l'anti-droit européen*, in *Mélangés en l'honneur de Paul Lagarde. Le droit international privé: esprit et méthodes*, a cura di Jobard-Bachellier M.-N., 2005, Paris, p. 393

HONDIUS E., *La directive sur les clauses abusives et les Etats membres de l'Union européenne*, in *La protection de la partie faible dans les rapporta contractuels*, a cura di Ghestin G. e Fontaine M., 1996, Paris

HONDIUS E., *The Protection of the Weak Party in a Harmonised European Contract Law: a Synthesis*, in *Journal of Consumer Policy*, 2004, p. 245

HONORATI C., *La legge applicabile alla concorrenza sleale*, 1995, Padova

HUET A., *nota a Cour de Cassation, 15 mai 2001*, in *Journal de droit international*, 2001, p. 1123

JAFFREY A.J., *The English Proper Law Doctrine and the EEC Convention*, in *The International and Comparative Law Quarterly*, 1984, p. 531

JAYME E., *Identité culturelle et intégration : le droit international privé postmoderne. Cours général de droit international privé*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 1995, p. 9

JAYME E., KOHLER C., *L'interaction des règles de conflit contenues dans le droit dérivé de la Communauté européenne et des conventions de Bruxelles et de Rome*, in *Revue critique de droit international privé*, 1995, p. 1

JAYME E., KOHLER C., *Europäisches Kollisionrecht 2000: Interlokales privatrecht oder universelles Gemeinschaftrecht?*, in *IPRax*, 2000, p. 454

JAYME E., KOHLER C., *Europäisches Kollisionrecht 2001: Annerkennungsprinzip statt IPR?*, in *IPRax*, 2001, p. 502

JAYME E., PICCHIO FORLATI L. (a cura di), *Giurisdizione e legge applicabile ai contratti nella CEE*, 1990, Padova

JAULT-SESEKE F., *L'office du juge dans l'application de la règle de conflit de lois en matière de contrat de travail*, in *Revue critique de droit international privé*, 2005, p.253

D'OLIVEIRA H.S., *«Characteristic obligation» in the Draft EEC Obligation Convention*, in *American Journal of Comparative Law*, 1977, p. 303

JUDE J.M., *nota alla sentenza Gruber*, in *Revue critique de droit international privé*, 2005, p. 513

JUNKER A., *Internationales Vertragsrecht im Internet*, in *Recht der Internationalen Wirtschaft*, 1999, p. 809

JUNKER A., *Vom Brüsseler Übereinkommen zur Brüsseler Verordnung – Wandlungen des Internationalen Zivilprozessrechts*, in *Recht der Internationalen Wirtschaft*, 2002, p. 659

KAYE P., *Civil jurisdiction and enforcement of foreign judgments*, 1987, London

KEGEL G., *The Crisis of Conflict of Laws*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 1964, tomo 112, p. 95

KOHLER C., *Lo spazio giudiziario europeo in materia civile e il diritto internazionale privato comunitario*, in *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, a cura di Picone P., 2004, Padova, p. 65

KOKKINI-IATRIDOU D. (a cura di), *Les clauses d'exception en matière de conflits de lois et de conflits de juridiction – ou le principe de proximité*, 1994, Dodrecht, Boston, London

IBILI F., *Civil jurisdiction and enforcement of judgments in Europe. At last : the EC Court of justice on* forum non conveniens, in *Netherlands International Law Review*, 2006, p. 127

IDOT L., *nota alla sentenza* Ingmar, in *Revue critique de droit international privé*, 2001, p. 112

IDOT L., *L'incidence de l'ordre communautaire sur le droit international privé*, in *Le droit international privé communautaire: émergence et incidences. Toulouse, 22 mars 2002. Petites affichés n. 248*, p. 27

IMHOFF-SCHEIER A.C., *Protection du consommateur et contrats internationaux*, 1981, Genève

IOZZO M., *« Forma scritta » e clausola di deroga alla giurisdizione ai sensi dell'art. 17 della Convenzione di Bruxelles: orientamenti giurisprudenziali*, in *Foro italiano*, 1991, I, 3132

LAGARDE P., *Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 1986, tomo 196, p. 25

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

LAGARDE P., *Les limites objectives de la Convention de Rome (conflits de lois, primauté du droit communautaire, rapports aves les autres Conventions)*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1993, p. 33

LAGARDE P., VON HOFFMAN B. (a cura di), *L'européanisation du droit international privé*, 1996, Köln

LAGARDE P., *Heurs et malheurs de la protection internationale du consommateur dans l'Union européenne*, in *Etudes offerts à Jacques Ghestin, le contrat au début de XXIe siècle*, Paris, 2001, p. 511

LAGARDE P., *Remarques sur la proposition de règlement de la Commission européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)*, in *Revue critique de droit international privé*, 2006, p. 331

LALIVE P., *Tendences et méthodes en droit international privé*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 1977, tomo 155, p. 5

LANDO O., *The EEC Convention on the law applicable to contractual obligations*, in *Common Market Law Review*, 1987, p. 159

LA TORRE A., *Contratti di assicurazione e tutela del consumatore*, in *Assicurazioni*, 1996, p. 129

LECLERC F., *La protection de la partie faible dans les contrats internationaux*, 1996, Bruxelles

LEFLAR R.A., *American Conflicts Law*, 1959, New York

LOPES PEGNA O., *Il rilievo del collegamento più stretto dalla Convenzione di Roma alla proposta di regolamento «Roma I»*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2006, p. 756

LOUSSOUARN Y., *Cours général de droit international privé*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 1973, tomo 139, p. 271

LOUSSOUARN Y., BOUREL P., DE VAREILLES-SOMMIERES, *Droit international privé*, 2004, Paris

LUBY M., *La notion de consommateur en droit communautaire: une commode incostance*, in *Contrats Concurrence Consommation*, 2000, n. 1, chron. 1, p. 4

LÜDERLITZ A., *Internationaler Verbraucherschutz in Nöten*, in *IPRax*, 1990, p. 216

LÜDERLITZ A., SCHRÖDER J., *Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung im Ausgang des 20. Jahrhunderts. Bewahrung oder Wende? Festschrift für Gerard Kegel*, 1977, Frankfurt am Main

MAGAGNI M., *La prestazione caratteristica nella Convenzione di Roma del 19 giugno 1980*, 1989, Milano

MALATESTA A., *Principio dello Stato d'origine e norme di conflitto dopo la direttiva 2006/123/CE sui servizi nel mercato interno: una partita finita?*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2007, p. 293

MANKOWSKY P., *Gerichtsstand der rügelosen Einlassung in europäischen Verbrauchersachen?*, in *IPRax*, 2000, p. 310

MANKOWSKI P., *Europäisches internationales Arbeitsprozessrecht – Weiteres zum gewöhnliches Arbeitsort*, in *IPRax*, 2003, Heft 1, p. 21

MANN F.A., *The proper law of the contract*, in *The International Law Quarterly*, 1950, p. 60

MANSI F.P., *Il giudice italiano e le controversie europee*, 2004, Milano

MARI L., *Il diritto processuale civile della Convenzione di Bruxelles*, I, *Il sistema della competenza*, 1999, Padova

MARIDAKIS G.S., *Annuaire de l'Institut de droit international*, t. 47-II, 1957, p. 5

MAYER P., *Les lois de police étrangères*, in *Journal du droit international*, 1981, p. 277

MAYER P., *La protection de la partie faible en droit international privé*, in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, a cura di Ghestin G. e Fontaine M., 1996, Paris

MAYER P., HEUZE V., *Droit international privé*, 2004, Parigi

MEEUSEN J., PERTEGÁS M., STRAETMANS G. (a cura di), *Enforcement of international contracts in the European Union*, 2004, Antwerp, Oxford, New York

MEZIOU K., *Migration et relations familiales*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 2006, in corso di pubblicazione

MICHAELS R., *EU Law as Private International Law? Reconceptualising the Country-of-origin Principle as Vested-rights Theory*, in *Journal of Private International Law*, 2006, p. 195

MICKLITZ H.–W., *The Principles of European Contract Law and the Protection of the Weaker Party*, in *Journal of Consumer Policy*, 2004, p. 339

MIGLIAZZA A., *La funzione del diritto internazionale privato nella Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968*, in *Studi e comunicazioni*, vol. XV, 1978, p. 49

MOHAMED MAHMOUD M.S., *Loi d'autonomie et méthodes de protection de la partie faible en droit international privé*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 2005, tomo 315, p. 141

MOREAU M.-A., *Le détachement des travailleurs effectuant une prestation de services dans l'Union européenne*, in *Journal du droit international*, 1996, p. 888

MOREAU M. -A., *Nota a* Cour d'Appel de Paris, 18° Ch. E, 7 juin 1996, in *Revue critique de droit international privé*, 1997, p. 60

MORELLI G., *Diritto processuale civile internazionale*, 1954, Padova

MORI P., *Nota alla sentenza* Gerling Konzern, in *Giustizia civile*, 1985, p. 1555

MORSE C.J.G. *The EEC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations*, in *Yearbook of European* Law, 1982, p. 107

MOSCONI F., *La giurisdizione in materia di lavoro nel regolamento (CE) n. 44/2001*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2003, p. 5

MOSCONI F., CAMPIGLIO C., *Diritto internazionale privato e processuale*, 2007, Torino

MOTION P., *The Brussels Regulation and E-Commerce – A premature Solution to a Fictional Problem?*, in *Computer and Telecommunication Law Review*, 2001, p. 209

MOURRE A., *Chronique de droit international privé appliqué aux affaires; La communautarisation de la coopération judiciaire en matière civile*, in *Revue de droit international des affaires internationales*, 2001, p. 770

MUNARI F., *La ricostruzione dei principi internazionalprivatistici impliciti nel sistema comunitario*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2006, p. 913

MUIR-WATT H., *Quelques remarques sur la théorie anglo-américaine des droits acquis*, in *Revue critique de droit international privé*, 1986, p. 425

NASCIMBENE B. (a cura di), *La libera circolazione dei lavoratori*, 1998, Milano

NIBOYET J.H.P., *Traité de droit international privé français*, 1938, Paris

NICOLIN S., *Il mutuo riconoscimento tra mercato interno e sussidiarietà*, 2005, Padova

NORTH P., *Private international law: change or decay?*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2001, p. 477

NORTH P.M., FAWCETT J.J., *Cheshire and North's private International Law*, 1999, London

NUYTS A., *L'exception de* forum non conveniens. *Étude de droit international privé comparé*, 2003, Bruxelles

OGRISEG C., *Recesso libero e limite all'ordine pubblico*, in *Massimario di giurisprudenza del lavoro*, 2003, p. 361

OLIVER P., *Some further reflections on the scope of Articles 28-30 (ex 30-36) EC*, in *Common Market Law Review*, 1999, p. 783

OLIVER P., *Free movement of goods in the European Community*, 2003, London

OLIVER P., ROTH W.H., *The internal market and the four freedoms*, in *Common Market Law Review*, 2004, p. 407

VON OVERBECK A.E., *Les questions générales du droit international privé à la lumière des codifications et de projets récents*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 1982, tomo 176, p. 9

VON OVERBECK A.E., *Interprétation traditionnelle de l'article 5.-1. des Conventions de Bruxelles et de Lugano: le coup de grâce?*, in *E pluribus unum: liber amicorum Georges A. L. Droz*, 1996, The Hague, p. 287

PALACIO VALLELERSUNDI A., *Le commerce électronique, le juge, le consommateur, l'entrprise et le Marché intérieur: nouvelle équation pour le droit communautaire*, in *Revue du droit de l'Union européenne*, 2001, p. 5

PARROT K., *L'interprétation des conventions de droit international privé*, 2006, Paris

PATAUT E., *Principe de souveraineté et conflits de juridictions*, 1999, Paris

PATOCCHI P.M., *Règles de rattachement localisatrices et règles de rattachement à caractère substantiel: de quelques aspects récents de la diversification de la méthode conflictuelle en Europe*, 1985, Genève

PICONE P., *Ordinamento competente e diritto internazionale privato*, 1986, Padova

PICONE P., *Il metodo dell'applicazione generalizzata della* lex fori, in *La riforma italiana del diritto internazionale privato*, 1998, Padova, p. 371

PICONE P., *Les méthodes de coordination entre les ordres juridiques en droit international privé*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 1999, tomo 276, p. 9

PICONE P., *Studi di diritto internazionale privato*, 2003, Napoli

PICONE P., *Diritto internazionale privato comunitario e metodi di coordinamento tra ordinamenti*, in *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, a cura di Picone P., 2004, Padova, p. 485

PINNA A. (a cura di), *The protection of the European Consumer: some Aspects of Private International Law*, in *Tilbury foreign law review*, 2002, p. 325

PIZZOLANTE G., *L'incidenza del diritto comunitario sulla determinazione della legge applicabile ai contratti dei consumatori*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2005, p. 377

PIZZOLANTE G., *I contratti con i consumatori nella proposta di regolamento sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2006, p. 987

PLENDER R., WILDERSPIN M., *The European Contracts Convention, the Rome Convention on the Choice of Law for Contracts*, 2001, London

POCAR F., *L'unification des règles de conflit en matière des contrats dans la Communauté économique européenne*, in *Comunicazioni e studi*, 1978, vol. XV, p. 165

POCAR F., *Protezione del lavoratore e legge applicabile al rapporto di lavoro*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 1982, II, p. 43

POCAR F., *La protection de la partie faible en droit international privé*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 1984, tomo 188, p. 339

POCAR F., *Conflitti di leggi e di giurisdizioni in materia di assicurazioni nella Comunità Economica europea*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1987, p. 417

PUSTORINO P., *Observations sur les principes généraux opérant dans le droit international privé et procédural communautaire*, in *Revue du droit de l'Union européenne*, 2005, p. 113

QUADRI R., *Studi critici di diritto internazionale. Diritto internazionale privato*, I, 1, 1958, Milano

QUADRI R., *Lezioni di diritto internazionale privato*, 1965, Napoli

QUADRI R., *Scritti giuridici, II, Diritto internazionale privato e processuale,* 1988, Milano

RADICATI DI BROZOLO L., *L'influence sur les conflits de lois des principes de droit communautaire en matière de liberté de circulation*, in *Revue critique de droit international privé*, 1993, p. 402

REMIEN O., *European private International law, the European Community and its emerging area of freedom, Security and Justice*, in *Common Market Law Review*, 2001, p. 53

REMY – CARLAY P., *nota a Tribunal de grande istance de Poitiers*, 22 decembre 1999 in *Revue critique de droit international privé*, 2001, p. 673

RIGAUX F., *Droit international privé et droit communautaire*, in *L'internationalisation du droit. Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn*, a cura di Audit B., Loussouarn Y.E.J.J., 2004, Paris

RIGAUX F., FALLON M., *Droit international privé*, 2005, Bruxelles

RODIERE P., *nota alla sentenza* Six Constructions, in *Revue critique de droit international privé*, 1989, p. 560

RODIERE P., *Liaison de contrats – Pugliese*, in *Revue trimestrielle du droit européen*, 2003, p. 535

ROSSI L. S., *L'incidenza dei principi del diritto comunitario sul diritto internazionale privato: dalla «comunitarizzazione» alla «costituzionalizzazione»*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2004, p. 63

ROSSOLILLO G., *Mutuo riconoscimento e tecniche conflittuali*, 2002, Padova

ROTH W.H., *nota alla sentenza* Ingmar, in *Common Market Law Review*, 2002, p. 369

SACERDOTI G., FRIGO M. (a cura di), *La Convenzione di Roma sul diritto applicabile ai contratti internazionali*, 1994, Milano

SALERNO F., *The Brussels Jurusdiction and Enforcement Convention*, in *European Private International Law*, a cura di von Hoffman B., 1998, Nijmegen, p. 115

SALERNO F., *Il diritto processuale civile internazionale comunitario e le garanzie processuali fondamentali*, in *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, a cura di Picone P., 2004, Padova, p. 95

SALERNO F., *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel regolamento (CE) N. 44/2001 (La revisione della Convenzione di Bruxelles del 1968)*, 2006, Padova

ŠARČEVIC P. (a cura di), *International Contracts and Conflict of Laws. A collection of Essays*, 1990, Londra

SAUVEPLANNE J.G., *New trends in the doctrine of private international law and their impact in the court practice*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 1982, tomo 175, p. 17

VON SAVIGNY F.K., *Sistema del diritto romano attuale*, traduzione dall'originale tedesco di Scialoja V., 1886, Torino

SCHOCKWEILER F., *La codification du droit international privé dans la Communauté européenne*, in *E pluribus unum: liber amicorum Georges A. L. Droz*, 1996, The Hague, p. 391

SCHU R., *Consumer Protection and Private International Law in Internet Contracts*, dissertation for LL.M degree, 1996

SHUIBHNE N.N., *The free movement of goods and Article 28 EC: an evolving framework*, in *European Law Review*, 2002, p. 408

SINAY-CYTERMANN A., *La protection de la partie faible en droit international privé*, in *Mélangés en l'honneur de Paul Lagarde. Le droit international privé: esprit et méthodes*, a cura di Jobard-Bachellier M.-N., 2005, Paris, p. 737

SPERDUTI G., *Thèorie du droit international privé*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 1967, tomo 122, p. 173

STADLER A., *From the Brussels Convention to regulation 44/2001: cornerstones of a European law of civil procedure*, in *Common Market Law Review*, 2005, p. 1637

STONE P., *Civil jurisdiction and judgments in Europe*, 1998, London, New York

STROZZI G. (a cura di), *Diritto dell'Unione Europea, parte speciale*, 2000, Torino

STRUYCKEN A.V.M., *nota alla sentenza* Alnati, in *Revue critique de droit international privé*, 1967, p. 523

STUYCK J., *European Consumer Law after the Treaty of Amsterdam: Consumer Policy in or beyond the Internal market?*, in *Common Market Law Review*, 2000, p. 367

TAGARAS H., *La révision et communautarisation de la Convention de Bruxelles par le règlement 44/2001*, in *Cahiers de droit européen*, 2003, p. 399

TEBBENS H., *Les conflits de lois en matière de publicité déloyale à l'épreuve du droit communautaire*, in *Revue critique de droit international privé*, 1994, p. 451

TESAURO G., *Diritto comunitario*, 2005, Padova

TIZZANO A. (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione Europea*, tomo I, 2006, Torino

TONOLO S., *La nozione di consumatore ai fini della Convenzione di Bruxelles concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale*, in *Studium iuris*, 1999, p. 438

TONOLO S., *Il rinvio di qualificazione nei conflitti di legge*, 2003, Milano

TREVES T. (a cura di), *Verso una disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti*, 1983, Padova

VAN DER GRINTEN P., *Abolishing Exequatur in the European Union: an Alternative*, in *Crossing borders: essays in European and private international law, nationality law and Islamic law in honour of Frans van der Velden*, a cura di van der Grinten P., Heukels T., 2006, The Hague, p. 71

VAN DER HOF S., *European Conflict Rules Concerning international Consumer Contracts*, in *Information & Communication Technology Law*, 2003, June, Vol. 12, n. 2, p. 165

VASILJEVA K., *1968 Brussels Convention and EU Council Regulation N. 44/2001: Jurisdiction in Consumer Contracts Concluded Online*, in *European Law Journal*, 2004, p. 123

VIARENGO I., *Autonomia della volontà e rapporti patrimoniali tra coniugi nel diritto internazionale privato*, 1996, Padova

VILLANI U., *La Convenzione di Roma sulla legge applicabile ai contratti*, 2000, Bari

VISHER F., *General course on private international law*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 1992, p. 11

VON HOFFMAN B., *The Europeanization of Private International Law*, in *European Private International Law*, a cura di von Hoffman B.,1998, Nijmegen, p. 13

VON HOFFMAN B., *The Relevance of European Community Law*, in *European Private International Law*, a cura di von Hoffman B., 1998, Nijmegen, p. 19

VRELLIS S., *La justice «materielle» dans une codification du droit international privé*, in *E pluribus unum: liber amicorum Georges A. L. Droz*, 1996, The Hague, p. 541

VRELLIS S., *Conflit ou coordination de valeurs en droit international privé*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 2006, in corso di pubblicazione

WEISS F., WOOLGRIDGE F., *Free movement of persons within the European Community*, 2002, The Hague

WENGLER W., *Les principes généraux du droit international privé et leurs conflits*, in *Revue critique de droit international privé*, 1952, p. 595, *(suite et fin)* 1953, p. 37

WESTEN K., *False conflict*, in *California Law Review*, 1967, p. 74

WILDERSPIN M., LEWIS X., *Les relations entre le droit communautaire et les règles de conflits de lois des Etats membres*, in *Revue critique de droit international privé*, 2002, p. 1

WILDERSPIN M., *Le règlement (CE) 44/2001 du Conseil: conséquences pour les contrats conclus par les consommateurs*, in *Revue européenne de droit de la consommation*, 2002, p. 5

WOLF M., *Privates Bankvertragsrecht im EG-Binnenmarkt*, in *Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft*, 1990, p. 1944

WYATT D., DASHWOOD A. (eds.), *Wyatt and Dashwood's European Union Law*, 2000, London

ZILINSKI M., *Abolishing exequatur in the European Union: the European Enforcement Order*, in *Netherlands International Law Review*, 2005, p. 471

ZUCCONI GALLI FONSECA F., *Competenza giurisdizionale nella Convenzione di Bruxelles del 1968*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, 1988, VII, voce "*Competenza*"