

CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO

Studio 1185/5

La disciplina delle obbligazioni contrattuali nel nuovo diritto internazionale privato

Approvato dalla Commissione Studi Civilistici il 15 ottobre 1996

1. E' noto che con la legge 31 maggio 1995, n. 218 è stato riformato il sistema italiano di diritto internazionale privato.

L'art. 57 di questa legge riguarda le obbligazioni contrattuali e statuisce che le stesse sono "in ogni caso regolate dalla Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali ...".

Secondo una tecnica cui si informano anche altre norme della nuova legge (v. in particolare l'art. 42 comma 1, sulla protezione dei minori, il quale rinvia anch'esso, *in ogni caso*, alla Convenzione dell'AJA del 5 ottobre 1961 sulla competenza delle autorità e sulla legge applicabile in materia di protezione dei minori; l'art. 45, il quale stabilisce che le obbligazioni alimentari nella famiglia sono "in ogni caso" regolate dalla convenzione dell'AJA del 2 ottobre 1975 sulla legge applicabile alle obbligazioni alimentari; l'art. 59 in materia di titoli di credito, il quale per la disciplina della cambiale, del vaglia cambiario e dell'assegno bancario rinvia "in ogni caso" alle convenzioni di Ginevra del 7 giugno 1930 sui conflitti di legge in materia. Un rinvio ricettizio o materiale solo parziale è invece operato dall'art. 3 comma 2 alla Convenzione concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale e protocollo firmati a Bruxelles il 27 settembre 1968), questa disposizione opera un rinvio ricettizio o materiale alla normativa convenzionale, ampliandone poi l'ambito di applicazione in modo da estenderne l'efficacia anche alle fattispecie di contratti che essa, in base al suo art. 1, comma 2, non regola.

Le norme convenzionali divengono, quindi, il diritto comune in materia di legge applicabile alle obbligazioni contrattuali.

Una simile soluzione fu accolta solamente nella fase di revisione del progetto presentato dalla commissione ministeriale (la quale si era orientata per riformulare, non senza consistenti tagli e modifiche, la normativa contenuta nella Convenzione di Roma, ed aveva dedicato alle obbligazioni contrattuali diverse disposizioni "ispirate peraltro a quelle della convenzione stessa").

Si introduce così una disciplina generale della legge applicabile alle obbligazioni contrattuali fortemente innovativa rispetto al regime delle preleggi.

La priorità del regime pattizio sulle norme interne di pari rango si ha in virtù del principio della successione delle leggi nel tempo (*lex posterior derogat legi priori*).

2. Ma osserviamo ora in concreto qualche disposizione della convenzione: l'art. 3 stabilisce che il contratto può essere regolato innanzi tutto dalla legge scelta dalle parti. Fin qui niente di strano. Il numero 2 di detto articolo prosegue, però, riconoscendo alle parti il potere di scegliere e quindi di modificare la legge regolatrice del contratto anche successivamente alla sua conclusione.

Su questo punto, la Cassazione, con sentenza n. 1680 del 28 giugno 1966, l'unica nella quale essa si è occupata in maniera diffusa ed articolata del problema relativo alla possibilità di scegliere la legge regolatrice delle obbligazioni contrattuali successivamente alla conclusione del contratto, ha dato risposta negativa, affermando che una volta che le parti abbiano determinato, ai sensi dell'art. 25 disp. gen., la legge regolatrice del loro contratto, devono ritenersi irrilevanti le successive pattuizioni tra le stesse parti intese a modificare tale primitiva designazione.

Allo stesso modo, ma con un *obiter dictum*, si è pronunciata una Cassazione più recente (sent. n. 3873, 11 giugno 1986).

La soluzione accolta dalla giurisprudenza è coerente con il principio della gerarchia delle fonti nel senso che la modificabilità o anche la scelta successiva della legge applicabile ad un contratto già concluso muta la stessa fisionomia giuridica del contratto.

Si è constatato che tale potere si riconnette ad una prassi corrente in taluni paesi (l'Inghilterra ed anche la Germania) giustificata da similitudini organiche e da una storica interscambiabilità dei relativi ordinamenti con quelli di paesi satelliti o vicini per tradizione (rispettivamente del Commonwealth e del Benelux) (E. VITTA, *La convenzione C.E.E. sulle obbligazioni contrattuali e l'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1981, p. 841).

Difficilmente giustificabile ed, anzi, piuttosto contraddittoria può apparire invece la norma in esame per il giurista di tradizione latina e specialmente per il nos-

tro ordinamento (v. R. PERCHINUNNO, *Appunti sulla modificabilità della legge regolatrice del contratto secondo la Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, in *Riv. not.*, 1993).

Tra l'altro questa disposizione accentua il fenomeno del *depeçage* (cioè il frazionamento della legge applicabile al medesimo contratto) che, invece, da più parti si avverte l'esigenza di combattere.

3. L'art. 4 (legge applicabile in mancanza di scelta) interviene, invece, nella misura in cui la legge che regola il contratto non sia stata scelta a norma dell'art. 3. Questo intervento si esplica attraverso il principio del collegamento più stretto (v. R. BARATTA, *Il collegamento più stretto nel diritto internazionale privato dei contratti*, Milano, 1991).

Ciò significa che il contratto è regolato dalla legge del paese con il quale presenta, appunto, il collegamento più stretto.

Secondo il numero 2 dell'art. 4 "si presume che il contratto presenti il collegamento più stretto con il paese in cui la parte che deve fornire la prestazione caratteristica ha, al momento della conclusione del contratto, la propria residenza abituale o, se si tratta di una società, associazione o persona giuridica, la propria amministrazione centrale".

Nell'ipotesi invece di contratto avente ad oggetto un diritto reale su un bene immobile, si presume (art. 4 n. 3) che il contratto presenti il collegamento più stretto con il paese in cui l'immobile è situato (opera, quindi, il principio della *lex rei sitae*).

Per terminare con i riferimenti testuali, è bene ricordare che il numero 5 esclude l'applicazione del numero 2 (siamo sempre nell'art. 4) quando la prestazione caratteristica non può essere determinata. Ed in ogni caso le presunzioni dei paragrafi 2, 3 e 4 non si applicano quando dal complesso delle circostanze risulta che il contratto presenta un collegamento più stretto con un altro paese.

4. La serie di disposizioni appena citate rivela il carattere molto elastico delle stesse e soprattutto il notevole margine di discrezionalità che si è voluto conferire al giudice nella determinazione della legge applicabile in mancanza di una scelta espressa o implicita ad opera delle parti.

Siamo di fronte a criteri di collegamento ben più duttili di quelli cui eravamo abituati quando vigeva l'art. 25 disp. prel., i cui criteri di collegamento individuavano meccanicamente lo Stato con cui il rapporto era collegato e quindi il diritto competente a disciplinare il contratto.

L'art. 25 prevedeva un procedimento in cui l'accertamento della legge regolatrice avveniva in modo pressoché automatico. E' invece sull'esclusione di qualsiasi automatismo che si fonda il criterio del "collegamento più stretto". Esso richiede un procedimento logico di riconduzione o iscrizione della fattispecie concreta al sistema di norme destinato a regolarla (R. BARATTA, *op. cit.*, p. 64).

Pertanto l'idea su cui si fonda tale principio è di attribuire alla giurisprudenza una funzione centrale nella formazione del diritto internazionale privato dei contratti.

Viene così demandato al giudice il compito di concretizzare il principio normativo con riguardo alla fattispecie contrattuale dedotta in giudizio.

5. Merita adesso soffermarsi un poco sul concetto di prestazione caratteristica cui si è fatto prima riferimento.

La prestazione caratteristica è solitamente quella non monetaria.

Questa nozione ha dato luogo a due scuole di pensiero: i sostenitori, da un lato, ed i critici, dall'altro.

I primi ne sottolineano il pregio principale che si crede sia quello di sottoporre il contratto alla legge dell'ambiente economico-sociale nel quale esso si inserisce (GIULIANO, DI MARCO, MAGAGNI).

Gli altri, invece, muovono le critiche in più direzioni.

Si sostiene, ad esempio, che la teoria in questione finisce per assoggettare il contratto alla legge del contraente più forte, perché di regola è tale chi fornisce la prestazione non monetaria (GIARDINA, POCAR).

Inoltre si ritiene che, almeno per talune categorie contrattuali, la prestazione monetaria è più importante della controprestazione: la prima dovrebbe quindi ritenersi determinante e non la seconda, come vuole il criterio interpretativo dettato dalla relazione esplicativa (ALPA e BESSONE, *La Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali. Aspetti civilistici*, in *Giur. it.*, 1983, IV, p. 114 e ss.).

Infine, si afferma che spesso la prestazione caratteristica non è individuabile in modo sicuro.

Sembrerebbe, comunque, che dell'inserimento del concetto di prestazione caratteristica gli stessi redattori della convenzione non fossero molto convinti, visto che essi, da un lato, hanno riconosciuto che non di rado è impossibile determinare la prestazione caratteristica di un contratto e, dall'altro lato, hanno stabilito che la legge del prestatore caratteristico non si applica qualora dall'insieme delle circos-

tanze inerenti alla vicenda contrattuale risulti che essa “presenta un collegamento più stretto con un altro paese” (art. 4, par. 5).

6. L’art. 15 stabilisce che, quando la “convenzione prescrive l’applicazione della legge di un paese, essa si riferisce alle norme giuridiche in vigore in questo paese, ad esclusione delle norme di diritto internazionale privato”.

Ciò non significa altro che escludere la possibilità sia del “rinvio indietro”, sia del “rinvio oltre”, che hanno luogo rispettivamente nel caso in cui le norme di conflitto dell’ordinamento statale richiamato rimettano la soluzione della controversia alla legge del foro (rinvio indietro) oppure a quella di uno stato terzo (rinvio oltre).

La mancanza di questo limite avrebbe potuto condurre ad una infinita serie di rinvii e controrinvii, senza via d’uscita, qualora il diritto straniero, per mezzo delle proprie disposizioni di conflitto, si fosse privato della competenza attribuitagli per restituirla alla stessa *lex fori*. Allo stesso modo, una lunga serie di rinvii si sarebbe potuta verificare anche nel caso del rinvio “oltre”, fintanto che non si fosse reperita una legge accertativa della competenza.

In effetti, se fosse permesso al diritto straniero, richiamato dalla disciplina convenzionale, di spogliarsi, per mezzo delle proprie disposizioni di conflitto, della competenza attribuitagli, affidandola alla stessa *lex fori* o ad altra legge, ciò rimetterebbe inevitabilmente in discussione la soluzione accolta in sede convenzionale (R. BARATTA, *op. cit.*, p. 257).

Si consideri inoltre che, per ciò che concerne il collegamento più stretto, si tratta di un meccanismo di determinazione della legge regolatrice che, in sé considerato, si presta ben poco ad armonizzarsi con l’accettazione del rinvio, sia esso “indietro” che “oltre”.

Si può quindi concludere affermando che l’esistenza del sopracitato art. 15 (esclusione del rinvio ulteriore) costituisce la garanzia affinché non sia frustrato ed anzi possa pienamente operare il fondamentale principio del collegamento più stretto.

Luigi d’Alessandro

(Riproduzione riservata)

