

Sergio M. Carbone

*Opportunità e limiti dell'autonomia privata.
Tra diritto comparato e D.I.P*

SOMMARIO: 1. L'occasione del dialogo – 2. Quale diritto per le relazioni economiche internazionali? – 3. 'Hard law' v. 'Soft law' – 4. Il problema dell'*exequatur* dei lodi arbitrali – 5. Il ruolo della volontà delle parti – 6. Il limite dell'ordine pubblico – 7. Il mercato dei servizi giuridici e giurisdizionali.

1. *L'occasione del dialogo*

In occasione di un recente saggio ("*Autonomie des parties et droit de la loi applicable au contrat 'national'*") Guido Alpa ha messo bene in evidenza le tecniche di diritto internazionale privato relative all'esercizio dell'autonomia privata che possono essere proficuamente utilizzate al fine di conseguire obiettivi di diritto materiale coerenti con le caratteristiche delle operazioni economiche che si intendono finalizzare. Ed in tale prospettiva si evidenzia il ruolo ed i vantaggi che derivano da una consapevole conoscenza dell'aiuto che al riguardo il diritto comparato è in grado di fornire tenendo anche conto della possibilità del *morcellement* della disciplina applicabile alle varie parti nelle quali può essere scomposto il rapporto contrattuale oltreché alle varie fasi relative alla sua formazione ed alla sua esecuzione.

In tale prospettiva, il contributo in esame di Guido Alpa consiglia pertanto di affidarsi al diritto inglese con riguardo alla disciplina della fase negoziale che precede la conclusione del contratto, qualora le parti ritengano di volersi garantire un'ampia possibilità di recesso dalla trattativa nonostante essa sia condotta nell'ambito di ordinamenti di *civil law* ed in particolare in Italia tra persone a qualsiasi titolo (cittadinanza, residenza o domicilio) collegate con l'ordinamento italiano. Come è noto, infatti, questi ultimi ordinamenti si caratterizzano per normative, invece, estremamente rigorose nel pretendere comportamenti leali nella fase precontrattuale con relative responsabilità per la parte recedente che non riesca a giustificare, secondo criteri di ragionevolezza e buona fede, tale scelta.

Ed analoghe considerazioni valgono anche a proposito della legge regolatrice dei c.d. *gentlemen's agreements*, fondati sull'onore e sulla cortesia. È ben vero che tali accordi, proprio per le ragioni da ultimo esposte, risultano inadatti a creare [vere e proprie specifiche] obbligazioni giuridiche in senso proprio e specifico. Ma è altrettanto vero che per rimuovere qualsiasi incertezza o dubbio interpretativo è soprattutto opportuno rinviare quale disciplina applicabile a tale tipologia di rapporti agli ordinamenti di *common law* inglese o degli Stati Uniti d'America. Per converso, la scelta dell'ordinamento italiano o di *civil law*, risulta consigliabile allorché si intenda rafforzare gli effetti giuridici e la natura vincolante delle obbligazioni proprie di un contratto preliminare contenute in tali *gentlemen's agreements*.

Ed altrettanto vale per quanto concerne la possibilità di ottenere l'esecuzione in forma specifica di un'obbligazione contrattuale a fronte dell'inadempimento dell'altro contraente anche se l'effettiva applicazione della legge italiana, voluta come applicabile a questo specifico riguardo, può essere grandemente condizionata dalla *lex fori* e, pertanto, dall'ordinamento di appartenenza del giudice che le parti hanno scelto per risolvere la loro controversia o, in difetto di tale scelta, che sia stato adito in funzione di un valido collegamento giurisdizionale dalla parte contraente che è interessata alla sua attuazione. Parimenti, a proposito del danno risarcibile a seguito di inadempimento contrattuale, in funzione della scelta della legge regolatrice, potrà essere variamente interpretata ed applicata la disciplina relativa agli effetti di una eventuale clausola penale prevista nel contratto oppure, a proposito della determinazione quantitativa dei danni, qualora si intenda prevedere, al riguardo, solo il risarcimento dei danni prevedibili oppure estenderne ulteriormente la portata sino a comprendere anche i "danni punitivi"

2. *Quale diritto per le relazioni economiche internazionali?*

Si tratta solo di alcuni esempi in virtù dei quali Guido Alpa sembra condividere quell'approccio al diritto internazionale privato dei contratti che ha indicato come inadeguato valutarne la portata e gli effetti secondo l'ordinamento giuridico di un solo Stato. Si può rilevare, infatti, che la sempre crescente internazionalizzazione delle operazioni economiche ne indica confini che raramente coincidono con quelli della disciplina dell'ordinamento giuridico di un solo Stato. Ed in tali e più ampi confini manca, nella maggior parte dei casi, una unitaria disciplina adeguata,

estesa all'intera dimensione soggettiva ed oggettiva che caratterizza la corrispondente operazione economica.

Infatti, da un lato la divisione in varie comunità nazionali, con esclusiva riconducibilità ad esse dei vari soggetti partecipi delle relazioni economiche internazionali e, dall'altro, le limitazioni strutturali di un diritto internazionale adeguato a disciplinare, almeno da un punto di vista formale, solamente le relazioni fra enti sovrani esponenziali di comunità nazionali rendono ineludibile ricondurre la disciplina dei rapporti ora indicati alle normative poste a livello dei singoli ordinamenti statali.

Peraltro, la accennata inadeguatezza strutturale e operativa sia dell'ordinamento internazionale sia degli ordinamenti statali riporta in tal modo la disciplina delle operazioni relative al commercio internazionale, in un ambito di per sé inidoneo a tener conto delle caratterizzazioni di un fenomeno i cui vari aspetti o fasi di per sé sfuggono dall'inquadramento in un solo e specifico ordinamento statale. Peraltro, sono proprio i vari ordinamenti statali che, consapevoli di tali loro limiti, tendono a superarli autoqualificando come ad applicazione "universale", quanto meno in via potenziale, la disciplina sostanziale adottata nel loro ambito.

Ed è proprio in tale contesto che l'autonomia privata, intesa nella sua portata internazionalprivatistica, interviene al fine di adottare, tenendo conto della effettiva concretezza dei problemi relativi ad ogni specifica operazione economica, le possibili soluzioni normative al riguardo praticabili in funzione degli obiettivi voluti dalle parti contraenti e degli effetti che essi intendono produrre nei vari ordinamenti a vario titolo interessati alla sua attuazione.

3. 'Hard law' *v.* 'Soft law'

In tale prospettiva non rilevano più soltanto le varie tecniche relative alla scelta della legge applicabile al contratto, alla sua delocalizzazione e al suo *depeçage*, la cui importanza ed effetti sostanziali sono stati posti in rilievo nel contributo ricordato all'inizio, ma anche diversi altri fenomeni ai quali pure da tempo Guido Alpa ha dedicato la sua attenzione. Tra questi, in particolare, rilevano, la codificazione di normative specifiche per essere applicate con una portata universale e di principi del commercio internazionale.

Si tratta di normative adottate a proposito dei più ricorrenti rapporti

contrattuali del commercio internazionale in occasione della cui elaborazione si evita di adottare specifici modelli concettuali o formanti normativi propri di uno specifico ordinamento statale favorendo, invece soluzioni pragmaticamente elaborate sulla scorta di pratiche grandemente condivise dai vari sistemi normativi ed emergenti dagli esiti della giurisprudenza relativa alla soluzione di controversie relative a rapporti contrattuali internazionali. Anzi, anche se a volte si adottano principi e si impiegano espressioni storicamente maturate in particolari ambiti culturali, ci si preoccupa di dissociarsi da tali contenuti elaborando al riguardo specifiche definizioni non coincidenti con quelle all'origine dei termini adottati.

Ci si preoccupa quindi, di indicare contenuti definitivi specifici delle espressioni impiegate in funzione della particolare prospettiva in cui devono essere utilizzate tenendo conto anche di quanto elaborato dalle specifiche normative di *hard law* previste in Convenzioni internazionali e delle "spontanee" indicazioni "rilevate" dalla dottrina nella vita giuridica internazionale in particolare attraverso l'impiego delle tecniche del diritto comparato oltretutto dei "*general legal values and principles*" comuni ai vari ordinamenti.

Tali principi ed i loro contenuti normativi sono, pertanto, impiegati come valido supporto alla redazione dei contratti internazionali al fine di utilizzarne i contenuti adattandoli agli specifici scopi perseguiti dalle parti. Ne risulta, pertanto, l'impegno di una terminologia tendenzialmente "neutrale" rispetto a quella propria di un determinato ordinamento ma al tempo stesso più chiaramente percepibile nella sua portata e nei suoi effetti in ambito internazionale ove è destinata ad operare e a gravitare.

Nell'ambito di tali principi particolarmente significativa è la codificazione elaborata, adottata e periodicamente aggiornata da parte dell'Unidroit che, nelle sue dichiarate intenzioni e pur nella consapevolezza che non si tratta di un "*binding instrument*", è rivolta a costituire una organica disciplina in materia contrattuale messa a disposizione delle parti di contratti internazionali. E cioè, una normativa messa, più in generale, a disposizione delle *business communities* per realizzarne gli scopi e per risolvere le controversie relative ai loro rapporti commerciali.

Tanto che, nell'evidenziare i difetti e gli effetti negativi conseguenti all'affidamento ad un solo ed esclusivo ordinamento statale conseguente alla scelta relativa della disciplina applicabile ad un determinato rapporto in virtù delle tradizionali tecniche internazionali privatistiche, si precisano anche le varie modalità attraverso le quali l'autonomia privata può essere impiegata al fine di rendere tali principi direttamente applicabili con la massima effettività possibile. Tra queste, naturalmente, viene privilegiata

la espressa scelta di riferirsi direttamente ed esclusivamente a tali principi con la precisazione che se essa è accompagnata da un accordo arbitrale ne verrà garantita sicura effettività anche all'interno dei vari ordinamenti statali in virtù della presenza di numerosi strumenti normativi internazionali che garantiscono l'esecutività dei lodi arbitrali a prescindere dall'applicazione di uno specifico ordinamento statale.

4. *Il problema dell'exequatur dei lodi arbitrali*

In realtà, anche negli ordinamenti statali favorevoli ad ammettere la scelta della disciplina applicabile a contratti internazionali soltanto in favore di "una legge di uno Stato", non esistono difficoltà a riconoscere gli effetti e garantire l'esecuzione di lodi arbitrali anche se fondati sull'applicazione di regole di diritto di tipo non statale. Tanto che, anche in tali ordinamenti non si ha esitazione ad ammettere, anche a proposito di dei "lodi interni", la possibilità che gli arbitri applichino diritto non statale.

Ed in tal senso è significativo che l'ordinamento italiano, a proposito dei lodi pronunciati in Italia anche in presenza di rari casi nei quali risulta ammissibile impugnarli invocando al riguardo la violazione del diritto, non si esprime nel senso che tale violazione debba riguardare una legge statale potendo comprendere anche "le regole di diritto relative al merito della controversia" riconoscendo, pertanto, che tali regole possono essere anche di origine non statale. Tali regole ed i relativi principi al riguardo elaborati, quindi, possono essere utilizzati, a maggior ragione, per risolvere la controversia decisa all'estero del cui lodo si intende riconoscere gli effetti in Italia. Questa circostanza, pertanto, non potrà essere, di per sé, invocata quale motivo ostativo del riconoscimento degli effetti di lodi esteri per ragioni di ordine pubblico senza pregiudizio della possibilità di invocarlo qualora in tal modo si sia pervenuto ad un risultato (ad esempio, nella determinazione della misura del danno o nel calcolo degli interessi) contrario ai principi di ordine pubblico (internazionale).

In tale contesto, non stupisce che non solo un sempre maggior numero di giurisdizioni ordinarie nazionali (di cui ha riferito M.J. Bonell nella sua recente lezione inaugurale ai corsi dell'*Académie de droit international* dell'Aja) si siano espresse favorevolmente all'impiego diretto ed esclusivo dei Principi Unidroit anche da parte dei giudici nazionali. Ed altrettanto coerente con tale approccio risultano gli esiti cui si è pervenuti in occasione

dell'approvazione dei c.d. "*Hague Principles on choice of law in international commercial contracts*" nei quali, all'art. 3, non si è avuta esitazione nel riconoscere che le parti, nella scelta della disciplina applicabile al loro contratto possono riferirsi non solo ad una specifica legge statale (come pur sembrerebbe indicare la formulazione della loro intitolazione) ma anche a "*rules of law that are generally accepted on an international, supernational or regional level as a neutral and balanced set of rules*". E tra queste regole il Commentario ufficiale include espressamente i Principi Unidroit quale sistema di regole di diritto idonee ad essere scelte quale "*governing law*".

Non sembra quindi eccessiva l'affermazione che si stia passando da un sistema in cui la scelta delle parti relativa alla disciplina applicabile ai loro rapporti contrattuali del commercio internazionale è riservata solamente a favore di ordinamenti statali e pertanto di leggi statali (come tutt'ora risulta dalla formulazione adottata nel Reg. CE 593/2008 c.d. Roma I) ad un sistema nel quale la scelta può essere operata anche a favore della più ampia nozione di "regole di diritto" comprensiva di normative non necessariamente riconducibili ad un solo e specifico ordinamento statale.

5. Il ruolo della volontà delle parti

Da quanto indicato consegue che possa risultare pregiudicata la effettività dell'applicazione di alcuni valori espressi da norme di ordine pubblico presenti negli ordinamenti statali a vario titolo coinvolti e/o interessati alla formazione e all'esecuzione dei contratti internazionali. Si tende a valorizzare, pertanto, il ruolo e la funzione sostanziale attribuita alla volontà delle parti cui viene soprattutto riconosciuto l'effetto di operare, anche in ambito internazionale, quale "legge tra le parti" (art. 1372 cod. civ.); ed in tal senso si valuta il rinvio al diritto straniero come una delle sue manifestazioni al fine ora indicato.

Non sembra, quindi, che la volontà delle parti possa essere considerata alla stregua degli altri criteri di collegamento utilizzati dal diritto internazionale privato al fine di localizzare il contratto in un solo ordinamento statale determinando così la legge regolatrice delle relative obbligazioni. In altri termini, il rinvio delle parti al diritto straniero opera alla stregua di un qualunque altro elemento del rapporto contrattuale e/o come uno degli altri criteri di collegamento rilevanti per la sua disciplina in difetto di una specifica scelta operata dai contraenti. Si rileva al riguardo, da un lato, la maggiore

ampiezza del ruolo e degli effetti riconducibili all'autonomia privata in senso internazionalprivatistico rispetto agli altri criteri di collegamento, dall'altro, la stretta attinenza allo specifico obiettivo sostanziale voluto dalle parti in ordine alla scelta della disciplina applicabile al fenomeno contrattuale evidenziando con sempre maggiore chiarezza che si tratta di un mezzo attraverso il cui impiego le parti hanno voluto disciplinare in un certo modo l'operazione che ne è alla base.

Si realizza, pertanto, un ritorno alla valutazione della scelta della disciplina applicabile al contratto dando prevalenza agli interessi perseguiti dalle parti attraverso il rapporto contrattuale con conseguente rivalutazione di quelle impostazioni che hanno assunto il ruolo della volontà nella scelta del diritto applicabile nella sua "oggettività" al solo fine di realizzare un collegamento fra i vari sistemi applicabili al rapporto contrattuale bensì in funzione degli obiettivi sostanziali perseguiti dalle parti. È, infatti, la valutazione del contenuto del regolamento sostanziale dell'ordinamento o degli ordinamenti richiamati che rileva in occasione del rinvio al riguardo operato dalle parti per la disciplina del rapporto contrattuale e non già la valutazione della loro più o meno forte intensità di collegamento con il rapporto contrattuale.

La volontà delle parti nella specifica prospettiva internazionalprivatistica e nella funzione sostanziale di autoregolamentazione dei rapporti contrattuali, pur restando tra loro tecnicamente distinte e con ruoli nettamente differenziati, tende, pertanto, a convergere con riguardo allo scopo che intende perseguire. E cioè, essa garantisce la più compiuta e completa realizzazione dell'equilibrio tra le posizioni dei contraenti e degli obiettivi economici alla base del fondamento e della conclusione del contratto, nel rispetto dei limiti imposti dai principi di ordine pubblico e dalle norme di applicazione necessarie da cui non si può prescindere al fine di ottenere l'effettività internazionale del contratto e dei suoi effetti secondo la comune intenzione delle parti.

6. Il limite dell'ordine pubblico

Sotto questo profilo, quindi, l'unitarietà, la coerenza e la completezza del contratto internazionale non rappresentano più un risultato attendibile esclusivamente inquadrando la relativa disciplina nell'ambito di un solo ordinamento statale. In altri termini, la coerenza e la completezza della

disciplina dei contratti internazionali dovrà essere affidata, anzitutto, alle varie manifestazioni dell'autonomia privata nella configurazione economica sottesa e descritta nel rapporto contrattuale il cui ruolo ed i cui limiti, quindi, non deve esaurirsi nella sua localizzazione di tale rapporto in un solo e specifico ordinamento statale.

In tale prospettiva si conferma che i contratti internazionali sono dotati di propria e specifica rilevanza giuridica la cui comprensione dipende dalla portata ed incidenza di diverse formanti normative dalle più diverse origini, i cui effetti sono in grande misura dipendenti dalle manifestazioni di volontà delle parti.

Esse quindi, devono essere prese in considerazione non solo ai fini di valutare la regolarità della loro formazione, ma anche a proposito dell'interpretazione dei relativi contenuti e soprattutto della valutazione della coerenza della loro esecuzione con i principi di ordine pubblico degli ordinamenti a vario titolo coinvolti nell'attuazione del programma contrattuale. A quest'ultimo riguardo, in particolare, si dovrà pertanto tener conto anche di quelle normative appartenenti ad ordinamenti statali dai cui contenuti non si può prescindere al fine di realizzare nella massima misura possibile (ma non oltre) l'effettività della disciplina contrattuale voluta dalle parti e da esse specificamente elaborata.

Tanto che spesso le parti se ne preoccupano al punto da richiedere ed allegare nella disciplina contrattuale specifici ed indipendenti pareri che confermino tale compatibilità prevedendo anche specifiche disposizioni in virtù delle quali essa assume rilievo di elemento essenziale anche allo specifico fine della valutazione della validità e degli effetti del contratto. Ed in tal modo la indicata compatibilità condiziona e modella l'esercizio dell'autonomia privata, intesa nelle varie modalità in virtù delle quali si manifesta, allorché con riferimento ad alcuni contratti internazionali a proposito dei quali specifici e inderogabili contenuti e/o limiti all'autonomia privata sono previsti in una normativa di origine internazionale spesso comprensiva, al riguardo, dell'impiego di adeguati modelli contrattuali.

In tal modo, nella situazione indicata, è lo stesso diritto internazionale convenzionale a garantire unitarietà, coerenza e completezza della disciplina dei relativi rapporti contrattuali a volte addirittura imposti ai soggetti interessati alle operazioni economiche previste dalla normativa internazionale. Pertanto, in presenza di lacune e/o difficoltà interpretative è ad essa che ci si dovrà direttamente rivolgere più che all'ordinamento statale eventualmente indicato come applicabile dalla disciplina contrattuale. Quest'ultimo, pertanto, dovrà essere applicato solo in via residuale allorché le tecniche

interpretative delle norme di origine internazionale non consentano di pervenire a risultati convincenti o presentano spazi di specifica integrazione affidati agli ordinamenti nazionali.

7. *Il mercato dei servizi giuridici e giurisdizionali*

L'esercizio dell'autonomia privata nel significato e nella portata innanzi indicati, abitualmente accompagnato dalla presenza di clausole di scelta del foro esclusivo a favore di arbitri, ha sostanzialmente modificato gli effetti ad essa tradizionalmente assegnati nella soluzione di conflitti di legge. La sua concreta applicazione, infatti, è stata rivolta in una direzione che ha portato a ridurre il significato del primato assoluto ed esclusivo della legge statale a favore di una sempre più marcata tendenza a legittimare comunque le scelte di diritto materiale indicate nella disciplina contrattuale in quanto favorevoli ad incrementare la libera circolazione delle persone e dei beni in presenza di un vero e proprio "mercato" fortemente caratterizzato dalla concorrenza nella disciplina della configurazione giuridica dei beni e dei prodotti (compresi quelli finanziari) e dalla erogazione di servizi giurisdizionali ad essi relativi.

Tanto che, secondo alcuni autori (da ultimo H. MUIR WATT, *Party Autonomy*, in *Enc. Priv. Int. Law*, Cheltenham, Northampton, 2017, vol. 2, spec. p. 1339 ss.) la combinazione degli elementi ora indicati è destinata a ridimensionare la rilevanza degli interessi delle parti più deboli e quelli sociali delle comunità coinvolte privilegiando solamente gli interessi dei contraenti (o del contraente più forte) relativi alla specifica operazione come risulta configurata nella disciplina convenzionale senza alcuna considerazione dei "*public or third-party interests*". Si viene, pertanto, di fatto, a favorire soluzioni che ne consolidano gli effetti anche da parte dei giudici allorché sono scelti, in tale prospettiva, dalle parti "*as if they were arbitrators*".

A tali potenziali effetti negativi dell'esercizio dell'autonomia privata peraltro si contrappone l'efficienza e la produttività di un sistema che in tal modo consenta di ottenere prevedibilità, riduzione dei costi transattivi oltre alla uniforme allocazione dei rischi e degli effetti collegati ad una specifica operazione economica o alla emissione e circolazione di uno specifico "prodotto finanziario" i cui effetti sono destinati a gravitare in più ordinamenti statali.

Di questi profili positivi e negativi dell'esercizio dell'autonomia privata, anche nella prospettiva del diritto internazionale privato, è sempre stato ben

consapevole Guido Alpa dai suoi primi scritti sui diritti dei consumatori sino agli ultimi dedicati alla disciplina dei prodotti finanziari. Ed in tal senso non possono non essere apprezzate le indicazioni da lui formulate rivolte ad impedire che l'autonomia privata possa essere trasformata dalla sua originaria funzione di strumento di libertà e di efficienza offerto ai privati in presenza di una Comunità di Stati dotati di normative tra loro intercambiabili e riconducibili a comuni valori a tecnica grazie alla quale sia possibile eludere la normativa a rilevanza pubblicistica degli ordinamenti statali a vario titolo interessati alle operazioni che si svolgono o producono effetti nel loro ambito.

Ci si preoccupa, quindi, di evitare che l'autonomia privata possa essere impiegata alla stregua di un' "arma disponibile" all'interno di un sistema normativo condizionato dalle limitazioni strutturali del diritto internazionale che consente fenomeni ed operazioni in ambito internazionale possibili in una economia "deregolata" o caratterizzata dalla sola "regolazione" dettata dal mercato o da chi ne è l'interprete e codificatore, con effetti spesso negativi per un corretto equilibrio della disciplina dei rapporti contrattuali.

L'auspicio, quindi, è che Guido Alpa nei suoi prossimi scritti possa fornirci utili indicazioni al riguardo fornendo anche adeguata risposta ai quesiti irrisolti formulati nel quinto V paragrafo (*op. cit.*, pp. 46-47) dell'articolo da cui trae lo spunto il presente dialogo in suo onore.