



**UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PADOVA
DIPARTIMENTO DI SCIENZE ECONOMICHE E AZIENDALI
"MARCO FANNO"**

**DIPARTIMENTO DI SCIENZE POLITICHE GIURIDICHE
E STUDI INTERNAZIONALI**

**CORSO DI LAUREA IN ECONOMIA INTERNAZIONALE
*L-33 Classe delle lauree in SCIENZE ECONOMICHE***

Tesi di laurea

**AUTONOMIA DELLE PARTI E PROTEZIONE DEL CONSUMATORE NEI
CONTRATTI INTERNAZIONALI: UN CONFRONTO USA - UE**

***PARTY AUTONOMY IN INTERNATIONAL CONTRACTS AND CONSUMER
PROTECTION: A COMPARISON BETWEEN USA AND EU***

Relatore:

Prof. ZAMUNER ENRICO

Laureando:

DI ANTONIO FEDERICO

Anno Accademico 2014-2015

Sommario

I. AUTONOMIA DELLE PARTI NELLA SCELTA DI LEGGE CHE DISCIPLINA I CONTRATTI INTERNAZIONALI	5
a) L’AUTONOMIA DELLE PARTI NEGLI USA	6
1. Il Second Restatement of Conflict of Laws	6
2. L’ <i>Uniform Commercial Code</i>	8
3. Esempi giurisprudenziali	9
b) L’AUTONOMIA DELLE PARTI NELL’UNIONE EUROPEA	10
c) SIMILITUDINI E DIFFERENZE TRA LE DUE SPONDE DELL’ATLANTICO	11
II. LIMITI ALL’AUTONOMIA DELLE PARTI	13
a) I LIMITI NELLA LEGISLAZIONE AMERICANA	13
b) I LIMITI NELLA LEGISLAZIONE EUROPEA	15
1. Disposizioni del diritto alle quali non è permesso derogare convenzionalmente	16
2. Norme di applicazione necessaria	17
3. Ordine Pubblico	18
III. PROTEZIONE DEL CONSUMATORE ATTRAVERSO I LIMITI ALL’AUTONOMIA CONTRATTUALE	19
a) PROTEZIONE DEL CONSUMATORE NEL REGOLAMENTO ROMA I	19
b) PROTEZIONE DEL CONSUMATORE NEL MONDO	22
c) ADEGUATEZZA DELLE NIDP COME STRUMENTO DI PROTEZIONE DEL CONSUMATORE	24
IV. CONCLUSIONI	27
V. BIBLIOGRAFIA E SITOGRAFIA	29

I. AUTONOMIA DELLE PARTI NELLA SCELTA DI LEGGE CHE DISCIPLINA I CONTRATTI INTERNAZIONALI

Al giorno d'oggi quasi ogni legislazione, nazionale e non, prevede che le parti possano liberamente determinare il contenuto dei loro contratti nei limiti imposti dalla legge, e che esse possano, inoltre, concludere contratti che non appartengono alle tipologie aventi una disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico. È questo il principio dell'autonomia contrattuale, vale a dire la possibilità per le parti di regolare liberamente i propri interessi, provvedendo alla costituzione, modifica, estinzione di rapporti giuridici a contenuto patrimoniale. L'autonomia contrattuale è volta a garantire il massimo sviluppo dei rapporti economici affidandosi alla libera e volontaria collaborazione degli interessati. L'ampiezza del suo contenuto non si esaurisce semplicemente nella possibilità di stipulare o no contratti, ma più specificamente nel consentire alle parti di darsi proprie regole. Essa costituisce il principio guida nel determinare la procedura che deve essere seguita in una controversia commerciale internazionale.

L'autonomia contrattuale (privata) fu sviluppata diffusamente nel diciannovesimo e nel ventesimo secolo con la diffusione del contratto privato il quale fu "inizialmente ... visto come un'obbligazione imposta alle parti dal diritto generale derivante dai loro accordi" e che fu in seguito iniziato ad essere considerato "un'obbligazione creata dalle parti stesse".¹ L'idea che le obbligazioni fossero fisse e stabilite, ma che potessero al contempo essere influenzate dalla volontà delle parti, è, quindi, lentamente mutata in una visione del contratto come semplice punto di partenza, con il diritto esterno a esso a prevedere le eccezioni oltre le quali le parti non avrebbero potuto spingersi. In altre parole, i sistemi giuridici si spostarono da obbligazioni di legge che potevano essere influenzate dai rapporti privati al considerare gli accordi privati come la fonte del diritto applicabile ad un rapporto, con la struttura legale generale a fornire limiti alla loro autonomia. Questo passaggio è stato graduale nel tempo e fu presagito da verdetti come quello "Robinson contro Bland"², nel quale Lord Mansfield suggerì che, quando un cittadino inglese presta del denaro ad un altro cittadino inglese a Parigi, la *lex loci contractus*, non dovrebbe essere applicata a causa dell'implicita supposizione che "le parti avevano stipulato il contratto avendo a mente il

¹ Peter Nygh, *AUTONOMY IN INTERNATIONAL CONTRACTS* (1999). citando P.S. ATIYAH, *THE RISE AND FALL OF FREEDOM OF CONTRACT* (Oxford University Press, 1979).

² 2 Burr. 1077 (1760).

diritto dell’Inghilterra”³; o nel caso “Pritchard contro Norton”⁴, nel quale la Corte Suprema degli Stati Uniti affermò che “la legge che stiamo cercando ... è quella che le parti hanno, sia espressamente che implicitamente, incorporato all’interno del proprio contratto”⁵.

a) L’AUTONOMIA DELLE PARTI NEGLI USA

Il modello di ordinamento giuridico adottato negli Stati Uniti è del tipo Common Law (fatta eccezione per lo Stato della Louisiana) ed è quindi basato sui precedenti giurisprudenziali e sul principio dello stare decisis, piuttosto che su codici o leggi redatti da organi politici, come accade invece nei sistemi Civil Law. Il passaggio da obbligazioni legali integrate dalla volontà privata dei contraenti al diritto contrattuale privato limitato da obbligazione legali andrebbe quindi ricercato, negli USA, non in atti normativi bensì all’interno della giurisprudenza.

1. Il Second Restatement of Conflict of Laws

Questa evoluzione è spesso associata alle differenze che si possono trovare confrontando il *First Restatement of conflict of Laws* e la sua edizione revisionata (chiamata *Second Restatement of conflict of Laws*). Sono, questi, dei documenti facenti parte di una serie di trattati riguardanti varie materie legali che hanno l’obiettivo di informare giudici e avvocati circa i principi generali che dovrebbero governare la Common Law; non sono quindi dei rigidi atti normativi che devono essere seguiti pedissequamente ma una semplice base da cui prende spunto l’operato degli addetti ai lavori. Nel First Restatement del 1934 non si fa, infatti, alcun riferimento al diritto scelto dalle parti, sebbene sia stato osservato che questa mancanza di aderenza al concetto di autonomia delle parti non riflettesse i primi casi americani che, al contrario, lo sostenevano.

Il Second Restatement, pubblicato nel 1971, rinnovò radicalmente e risolutivamente la materia, autorizzando espressamente l’autonomia contrattuale privata, al fine di proteggere le legittime aspettative delle parti e rendere loro possibile predire con esattezza quali saranno i loro diritti e le responsabilità in base al contratto, e fornendone alcune limitazioni nelle sezioni 186 e 187 le quali recitano come segue:

³ 2 Burr. 1078.

⁴ 106 U.S. 134 (1882).

⁵ 106 U.S. at 136.

§186 Legge applicabile

Le questioni all'interno del contratto sono determinate dal diritto scelto dalle parti in conformità con le norme della sezione 187 e, in caso contrario, dal diritto scelto attraverso le norme contenute nella sezione 188 (Diritto applicabile in assenza di una scelta efficace delle parti.)

§187 Diritto dello Stato scelto dalle parti (chiamata "keystone" section, ovvero chiave di volta⁶)

- (1) Il diritto dello Stato scelto dalle parti, per regolare i loro diritti e doveri contrattuali, sarà applicato se la questione in particolare è una questione che le parti avrebbero potuto risolvere attraverso un'esplicita disposizione nel loro accordo rivolta a tale questione.*
- (2) Il Diritto dello Stato scelto dalle parti per regolare i loro diritti e doveri contrattuali sarà applicato, anche se la questione in particolare è una questione che le parti non avrebbero potuto risolvere attraverso un'esplicita disposizione nel loro accordo rivolta a tale questione, a meno che:*
 - (a) Lo Stato scelto non abbia nessun rapporto sostanziale con le parti o con la transazione e non ci sia nessun'altra giustificazione ragionevole per la scelta delle parti o,*
 - (b) L'applicazione del Diritto dello Stato scelto sarebbe contraria a una politica fondamentale dello Stato che ha un interesse materiale maggiore dello Stato scelto nella determinazione di una particolare questione e che, ai sensi delle norme della §188, sarebbe lo Stato del Diritto applicabile in assenza di un'efficace scelta di legge delle parti.*
 - (c) In assenza di una contraria indicazione d'intenzioni, ci si riferisce al diritto locale dello Stato scelto⁷.*

Si evince, quindi, che il Second Restatement, ampiamente seguito nella giurisprudenza degli Stati Uniti, si pone chiaramente dalla parte dell'autonomia delle parti consentendo a queste ultime di scegliere efficacemente lo Stato la cui Legge vogliono regoli i loro diritti e doveri contrattuali, sia nel caso in cui la questione in oggetto sarebbe potuta essere risolta attraverso un'esplicita disposizione contenuta all'interno del loro contratto, sia nel caso in cui questo non fosse stato possibile, a meno che non esista alcun rapporto sostanziale tra le parti, o il loro affare, e lo Stato scelto, oppure non esista una giustificazione ragionevole per la loro scelta; o (b) l'applicazione del diritto scelto sarebbe contraria ad una politica fondamentale dello Stato che ha un interesse maggiore nella disputa e il cui diritto sarebbe applicabile secondo le norme della sezione 188⁸. Quest'ultimo sostiene che "i diritti e i doveri ... sono

⁶ Weintraub, supra note 4, a 406

⁷ Restatement (Second) Conflict of Laws §§ 186, 187 (1971, revisione del 1988).

⁸ §188 Legge che governa in assenza di una scelta efficace delle parti

- (1) I diritti e i doveri delle parti riguardo una controversia contrattuale sono determinati dal diritto locale dello stato che, in relazione a tale questione, ha la relazione più significativa con l'accordo e con le parti ai sensi della sezione 6
- (2) In assenza di un'efficace scelta di legge delle parti (vedi §187), le relazioni di cui tener conto nella determinazione dei principi della §6 per la determinazione del diritto applicabile alla questione includono:
 - a. Il luogo di conclusione del contratto

regolati dal diritto locale dello stato che, in relazione a quella determinata questione, ha la relazione più significativa con la transazione e con le parti ai sensi dei principi affermati nella sezione 6”.

2. L'Uniform Commercial Code

Un'altra significativa fonte statunitense di una regola riguardante l'autonomia delle parti è l'*Uniform Commercial Code* (UCC), un modello di legge in materia di contratti commerciali che, una volta elaborato, è stato proposto alle assemblee parlamentari dei singoli Stati, alcuni dei quali lo hanno recepito con proprio provvedimento legislativo facendolo diventare pertanto legge dei contratti commerciali applicabile nel proprio territorio. Anche l'UCC, come il Second Restatement, inizia con un'affermazione del rispetto dell'autonomia delle parti e fornisce alcune limitazioni ad essa.

Sebbene nella versione originale del 1956 fosse richiesta una “relazione ragionevole” tra la transazione e lo Stato il cui diritto era designato per disciplinare i diritti e i doveri delle parti, quando, nel 2001, il codice fu rivisto e rivisitato, questa condizione venne a mancare così da ammettere la completa libertà nella scelta di legge nei contratti conclusi tra commercianti, ma inserendo, al tempo stesso, maggiori limitazioni nei contratti tra consumatori⁹.

Il paragrafo (b) della sezione 1-301 della versione del 2001 recita:

Fatta eccezione per quanto diversamente previsto in questa sezione:

- (1) Un accordo tra le parti per stabilire, all'interno di una transazione interna (a uno stato), se uno o tutti i loro diritti e obblighi debbano essere regolati dal diritto di questo Stato o di un altro Stato è efficace, sia se la transazione ha una relazione con lo Stato designato sia nel caso contrario; e*
- (2) Un accordo tra le parti per stabilire, all'interno di una transazione internazionale, se uno o tutti i loro diritti e obblighi debbano essere determinati dal diritto di questo Stato o Nazione è efficace sia se lo Stato ha una relazione con lo Stato o la Nazione designati sia nel caso contrario¹⁰.*

Si osserva allora anche nell'UCC, come nel Second Restatement, la volontà del legislatore di garantire un'autonomia di scelta quanta più ampia possibile.

-
- b. Il luogo di negoziazione del contratto
 - c. Il luogo della prestazione
 - d. La locazione dell'oggetto materia del contratto, e
 - e. Il domicilio, la residenza, la nazionalità, il luogo di costituzione e la sede di attività delle parti.

Queste relazioni devono essere valutate alla luce della loro importanza in rapporto alla particolare questione.

⁹ Uniform Commercial Code (2001 version) § 1-301.

¹⁰ Uniform Commercial Code (2001 version) § 1-301 (b).

La revisione del 2001 non fu però pienamente apprezzata dai vari Stati, i quali, una volta promulgato il nuovo UCC, si rifiutarono di adottare la sezione 1-301 revisionata, costringendo l'Istituto di Diritto Americano (ALI) a tornare, nel 2008, al linguaggio utilizzato nella versione originale¹¹.

3. Esempi giurisprudenziali

Nella giurisprudenza statunitense si trovano numerosi casi nei quali è possibile osservare come i giudici americani abbiano dato peso alla scelta di legge effettuata dai contraenti all'interno del loro accordo. Un'analisi di alcuni di questi potrebbe agevolarci la comprensione.

Nel 1989 la Seawind Limited, una compagnia di spedizioni fondata in Hong Kong, ma con sede principale di attività in California, ha citato in giudizio Nedloyd, una società anch'essa di spedizioni fondata nei Paesi Bassi e con sede principale negli stessi, sostenendo che quest'ultima aveva violato gli obblighi impliciti ed espliciti contenuti nel loro contratto, e richiedendo inoltre che fosse applicato al caso il diritto californiano sebbene nel contratto fosse espressamente scritto che: "Il presente accordo è regolato e interpretato in conformità alla legge Hong Kong e ciascuna delle parti, con ciò, si sottomette irrevocabilmente alla giurisdizione non esclusiva e alle notifiche dei tribunali di Hong Kong". Nel pronunciarsi, sia il tribunale di prima istanza che la corte d'appello si sono espressi a favore della Seawind Limited, ma la Corte Suprema degli Stati Uniti ha rovesciato la sentenza affermando che la decisione del tribunale competente era basata su motivazioni non pertinenti al caso¹². Il giudice Baxter ha commentato così la sentenza:

"abbiamo concluso che la clausola di scelta di legge, che richiede che il contratto sia governato dal diritto di Hong Kong, una giurisdizione avente una sostanziale connessione con le parti, è totalmente esecutiva e applicabile ai reclami per la violazione del patto implicito di buona fede e correttezza e per la violazione dei doveri fiduciari presumibilmente derivanti dal contratto. La nostra conclusione si basa sulle norme riguardanti la scelta di legge derivate dalle decisioni della California e dal Second Restatement of Conflict of Laws"¹³.

Un caso più recente è quello che vede contrapposte, nel 2012, la IRB-Brasil Resseguros S.A. (IRB), una società al 50% di proprietà dello stato costituita secondo le leggi del Brasile, e la

¹¹ Le Isole Vergini furono l'unica giurisdizione a promulgare la § 1-301 revisionata.

¹² L'intero caso può essere trovato al link <http://law.justia.com/cases/california/supreme-court/4th/3/459.html>

¹³ Opinione di Baxter, J., con Lucas, C. J., Arabian and George, JJ. del 31 Agosto 1992.

Defendant Inepar S.A. Industria e Construções (IIC), una società elettrica brasiliana detentrica del 60% delle partecipazioni della convenuta, Inepar Investments (Inepar), e garante della stessa del contratto concluso da questa con la IRB. Quando la Inepar fu citata in giudizio dalla IRB per la mancata restituzione del capitale preso a prestito la IIC sostenne che la Garanzia era invalida ai sensi del diritto Brasiliano benché nell'accordo fosse stabilito che essa sarebbe stata "disciplinata ... e costruita in accordo con il Diritto dello Stato di New York". In questo caso la Corte Suprema ha dichiarato che "una clausola di scelta di legge nel contratto che denota che il Diritto di New York disciplina i diritti e gli obblighi delle parti, avrà imperativamente efficacia", costringendo così al pagamento la IIC¹⁴.

Da questi due casi si evince chiaramente come la scelta di legge, effettuata dalle parti all'interno dei loro contratti, abbia un peso importante nelle decisioni prese dai giudici americani, dimostrando il pieno riconoscimento dell'autonomia contrattuale privata come strumento di personalizzazione dei propri accordi.

b) L'AUTONOMIA DELLE PARTI NELL'UNIONE EUROPEA

Il modello di ordinamento giuridico europeo è del tipo Civil Law; la fonte di legittimazione si consustanzia, in tale sistema, essenzialmente nella legislazione codificata. Non sorprende allora che anche la disciplina dell'autonomia delle parti nella scelta del diritto applicabile ai propri contratti sia perfettamente disciplinato, all'interno di un Regolamento dell'Unione Europea, sotto ogni possibile aspetto. Il Regolamento 593 del 2008, conosciuto come Regolamento Roma I, è per l'appunto un atto adottato dalla comunità europea al fine di istituire un sistema unitario di diritto internazionale privato al suo interno che prevalga sulle norme nazionali in materia, e nel quale è possibile trovare, come nel Second Restatement statunitense, una regola concernente l'autonomia privata.

L'articolo 3, intitolato "Libertà di scelta", così recita:

- 1. Il contratto è disciplinato dalla legge scelta dalle parti. La scelta è espressa o risulta chiaramente dalle disposizioni del contratto o dalle circostanze del caso. Le parti possono designare la legge applicabile a tutto il contratto ovvero a una parte soltanto di esso.*
- 2. Le parti possono convenire, in qualsiasi momento, di sottoporre il contratto ad una legge diversa da quella che lo disciplinava in precedenza per effetto di una scelta anteriore effettuata ai sensi del presente articolo o per effetto di altre disposizioni del presente regolamento. Qualsiasi modifica relativa alla determinazione della legge applicabile, intervenuta posteriormente alla conclusione del contratto, non ne inficia la validità formale ai sensi dell'articolo 11 e non pregiudica i diritti dei terzi.¹⁵*

¹⁴ L'intero caso può essere trovato al link <http://law.justia.com/cases/new-york/court-of-appeals/2012/191.html>

¹⁵ Regolamento 593/2008 dell'UE (Regolamento Roma I) Art. 3(1) e 3(2)

Si vede allora chiaramente che l'autonomia delle parti è totalmente riconosciuta all'interno della legislazione europea. L'articolo 3 del Regolamento Roma I sancisce, infatti, sia l'efficacia della scelta di legge riguardante l'intero contratto, o solamente una parte di esso, sia, nel secondo paragrafo, la possibilità di modificare, in qualsiasi momento, la scelta precedentemente effettuata, senza però ledere in alcun modo i diritti dei terzi. In questo modo i contraenti hanno il vantaggio di poter prevedere, con un limitato margine di errore, come sarà interpretato e disciplinato il loro contratto e le controversie che da esso potrebbero derivare.

c) **SIMILITUDINI E DIFFERENZE TRA LE DUE SPONDE DELL'ATLANTICO**

Come spiegato nei precedenti paragrafi, l'autonomia delle parti nella scelta del Diritto che disciplinerà i propri diritti e obblighi contrattuali è un principio base riconosciuto ampiamente sia nella legislazione americana sia in quella europea. Le differenze più impressionanti tra il Diritto americano e quello europeo derivano dal diverso modello di ordinamento giuridico adottato: Common Law nel primo caso e Civil Law nel secondo. Ne deriva che, mentre in Europa il Regolamento Roma I centralizza il ruolo della scelta di legge nelle questioni contrattuali per tutti i membri comunitari (con l'unica eccezione della Danimarca¹⁶) all'interno di un documento molto simile ad un codice civile, il Diritto Americano sulla scelta di legge rimane frammentato, rimanendo una questione di competenza del Diritto statale (non federale), e meno particolareggiato¹⁷. Ogni paragone tra i due approcci richiede allora particolare cautela a causa sia della maggiore frammentazione sia delle minori garanzie (che il contratto sia disciplinato in un modo facilmente prevedibile a priori) del Diritto statunitense.

A dispetto di questa maggiore frammentazione, il diritto degli Stati Uniti affronta la questione dell'autonomia delle parti in modo molto meno complesso di quanto non faccia quello europeo nel Regolamento Roma I. Ciò è visibile soprattutto, e in questo modo introduciamo l'argomento che sarà trattato nel prossimo capitolo, nelle limitazioni che vengono poste alle parti nella scelta di legge, le quali sembrano essere nel regolamento Roma I diverse e molto più complesse. Negli Stati Uniti la principale limitazione all'autonomia delle parti è l'ordine pubblico mentre in Europa devono essere prese in

¹⁶ I 'considerando' del regolamento Roma prevedono che sia necessaria un'ulteriore azione nazionale per la sua applicazione in Danimarca e nel Regno Unito.

¹⁷ Alcuni stati hanno però adottato statuti di diritto internazionale privato.

considerazione anche le norme di applicazione necessaria e le norme che non possono essere derogate convenzionalmente di cui parleremo in seguito.

Nonostante questo, quello che gli Stati Uniti guadagnano nell'aver minori e più semplici limitazioni, viene forse attenuato dal fatto che il ruolo dell'ordine pubblico nell'affrontare l'autonomia delle parti nella scelta di legge può risultare piuttosto amorfo.

II. LIMITI ALL'AUTONOMIA DELLE PARTI

Nei paesi più sviluppati, a un'ampia autonomia delle parti nella scelta del diritto che governerà i propri contratti, sono spesso affiancati dei limiti che riducono tale autonomia. Essi servono sostanzialmente per: assicurare l'applicazione di norme e principi ritenuti inderogabili; proteggere la parte contrattuale debole da eventuali abusi di potere della parte forte; agevolare il compito dei giudici nella risoluzione dei vari casi. Tali limiti sono però imposti, nei diversi paesi, in modi che differiscono molto gli uni dagli altri. Così, mentre le limitazioni sembrano essere nel Regolamento Roma I molto numerose e complicate, negli Stati Uniti l'unica limitazione di rilievo è l'ordine pubblico.

a) I LIMITI NELLA LEGISLAZIONE AMERICANA

Al pari delle norme che disciplinano l'autonomia delle parti, anche i limiti che a questa vengono posti possono essere trovati, nella legislazione americana, all'interno del Second Restatement of Conflict of Law e del UCC.

Nel Second Restatement viene infatti specificato (sezione 187 , paragrafo 2, sottoparagrafi a e b) che il diritto scelto dalle parti è applicabile, a meno che (a) non esista un rapporto sostanziale tra le parti, o la loro questione, e lo Stato il cui diritto è stato scelto, oppure un'altra motivazione ragionevole per la loro scelta di legge , oppure (b) l'applicazione del diritto designato sarebbe contraria all'ordine pubblico dello Stato che ha un interesse materiale maggiore nella disputa e il cui diritto sarebbe quindi stato quello applicabile in conformità della sezione 188. Si può quindi notare che, sebbene si ponga chiaramente dalla parte dell'autonomia delle parti, il Second Restatement stabilisce anche dei limiti a tale autonomia. Le norme dello Stato che possiede la relazione più significativa con la questione possono essere applicate a meno che non sussista una relazione sostanziale tra le parti, o l'oggetto del loro accordo, e lo Stato il cui diritto è stato scelto. Inoltre, anche se questa relazione fosse presente, il giudice potrebbe comunque prendere la decisione di disapplicare il diritto scelto se questo fosse contrario all'ordine pubblico del paese con il quale il contratto ha una relazione materiale più stretta.

Anche nell'Uniform Commercial Code è possibile trovare una limitazione simile all'autonomia contrattuale delle parti. Le sezioni dalla 1 alla 105 della versione originale del 1956 prevedevano che quando un accordo avesse avuto una relazione ragionevole con uno

stato, le parti avrebbero potuto convenire che il diritto di quello stato avrebbe governato i loro diritti o doveri¹⁸. Tale sezione fu rivista nel 2001 e venne sostituita dalla sezione 1-301, la quale, al paragrafo (e), così recitava:

*(e) Un accordo che sarebbe altrimenti efficace ai sensi della sottosezione (b) non è efficace nella misura in cui l'applicazione del diritto dello Stato o della nazione designati sarebbero contrari all'ordine pubblico dello stato o della nazione il cui diritto dovrebbe governare in assenza di un accordo ai sensi della sottosezione (c)*¹⁹.

Anche in questa disposizione è possibile osservare il chiaro riferimento all'ordine pubblico il quale avrebbe dovuto in ogni caso prevalere sulla scelta di legge delle parti. In ogni caso, come detto nel precedente capitolo, gli stati rifiutarono di adottare la nuova sezione così che tutt'oggi la regola che viene applicata è quella contenuta nella versione precedente. Rimane comunque necessaria, come anche nel Second Restatement, la presenza di una relazione sostanziale tra l'oggetto del contratto e lo Stato il cui diritto è stato scelto per disciplinarlo; pena, la disapplicazione della Legge scelta dalle parti.

Nel 2015 una sentenza ha visto opporsi la Brown & Brown Inc (B&B), una società della Florida, e la sua affiliata di New York (BBNY), contro Theresa Jhonson, un ex dipendente della società stessa, la quale, iniziando a lavorare per la BBNY, aveva firmato un contratto accettando una clausola sulla scelta della legge della Florida e una clausola di non sollecitazione la quale le impediva di sollecitare, accettare o servire qualsiasi cliente delle BBNY all'infuori del suo lavoro per la società. Un mese dopo il licenziamento, Theresa iniziò a lavorare per una società rivale della BBNY. Quest'ultima iniziò allora un'azione legale contro l'ex dipendente sostenendo che questa aveva violato il contratto di lavoro sollecitando i clienti della BBNY e chiedendo l'applicazione del diritto della Florida. Il giudice Stein dello Stato di New York (Stato di attività di entrambi i contraenti) così commentò la sentenza:

“in questo caso, sosteniamo che applicare la legge della Florida su clausole restrittive relative alla non sollecitazione di clienti da un ex dipendente violerebbe l'ordine pubblico di questo stato (New York). Pertanto, la clausola di scelta di legge contenuta nel contratto di lavoro che pretende di applicare il diritto della Florida è inapplicabile per quanto riguarda la questione della non sollecitazione contenuta in tale accordo.”²⁰

¹⁸ Uniform Commercial Code (versione del 1956) § 1-105.

¹⁹ Uniform Commercial Code (versione del 2001) § 1-301 (e).

²⁰ <http://law.justia.com/cases/new-york/court-of-appeals/2015/92.html>

Questo è un evidente esempio di come negli Stati Uniti l'ordine pubblico fornisca un'importante base per negare il rispetto della scelta di legge dei contraenti nonostante non sia ancora chiaramente definito cosa debba intendersi per ordine pubblico. Ciò che invece è chiaro è che queste limitazioni sono largamente diminuite nel tempo e decisioni della Corte Suprema degli Stati Uniti quali *Bremen contro Zapata*²¹ (che ha imposto alle parti, una statunitense e l'altra italiana, una clausola di scelta del foro londinese), oppure *Carnival Cruis Line, Inc contro Shute*²² (che ha applicato una clausola di scelta del foro della Florida stampato in piccolo sul retro di un biglietto per una crociera contro i consumatori dello stato di Washington) ne sono la prova. Esse dimostrano, infatti, che le limitazioni dovute all'ordine pubblico sono limitazioni molto rigorose poiché intervengono solo nel caso in cui il Diritto dello stato designato dalle parti sia contrario ad una politica pubblica così rilevante da giustificare di ignorare gli interessi per la certezza e la prevedibilità che sottostanno al moderno diritto commerciale così come gli interessi per l'economia giudiziaria in generale.

b) I LIMITI NELLA LEGISLAZIONE EUROPEA

In Europa, le limitazioni all'autonomia delle parti possono apparire alquanto incomprensibili ad un osservatore inesperto, sia a causa della loro quantità che della struttura con la quale esse sono sviluppate. Se l'affermazione dell'autonomia contrattuale delle parti è contenuta, nel Regolamento Roma I, in un singolo articolo, le limitazioni a tale autonomia possono essere trovate in numerosi articoli (3,5,6,7 ecc) e in molti dei 46 punti che precedono il testo del Regolamento. La confusione che ne deriva limita la chiarezza e la prevedibilità che si spererebbe di ottenere attraverso un testo scritto di diritto civile.

Il Regolamento Roma I contiene 3 diversi concetti che hanno a che vedere con le limitazioni all'autonomia contrattuale. Questi sono: "Disposizioni alle quali non è permesso derogare convenzionalmente", "norme di applicazione necessaria" e "ordine pubblico". Le differenze sostanziali tra queste definizioni sono minime e in alcuni casi impercettibili. L'unico tentativo all'interno del testo del Regolamento di confrontare direttamente queste tre definizioni si può trovare al punto 37, il quale recita:

Considerazioni di pubblico interesse giustificano, in circostanze eccezionali, che i giudici degli Stati membri possano applicare deroghe basate sull'ordine pubblico e sulle norme di applicazione necessaria. Il concetto di «norme di applicazione necessaria» dovrebbe essere

²¹ M/S/ Bremen e Unterweser Reederei, GmbH contro Zapata Off-Shore Co., 407 U.S. 1 (1972).

²² 499 U.S. 972 (1991).

distinto dall'espressione «disposizioni alle quali non è permesso derogare convenzionalmente» e dovrebbe essere inteso in maniera più restrittiva.²³

Si evince allora che le “norme di applicazione necessaria” si applicano sulla base di “considerazioni di pubblico interesse” mentre lo stesso non è specificato per le “disposizioni alla quale non è permesso derogare convenzionalmente”. Quindi, sebbene entrambe le definizioni facciano riferimento a norme imperative del diritto, le prime sembrano formare una sottocategoria molto ristretta mentre le seconde inglobano la maggior parte, o addirittura tutto, l'intero universo delle norme imperative. Su un livello superiore troviamo invece il concetto di “ordine pubblico” ovvero quell'insieme di norme fondamentali dell'ordinamento giuridico riguardante i principi etici e politici nonché di leggi la cui osservanza ed attuazione è ritenuta indispensabile per l'esistenza di tale ordinamento.

1. Disposizioni del diritto alle quali non è permesso derogare convenzionalmente

Abbiamo visto che le “disposizioni alle quali non è permesso derogare convenzionalmente” sono una categoria molto ampia di norme imperative. Questa definizione si può trovare all'interno di numerosi articoli del Regolamento a partire dall'articolo 3 il quale, dopo aver affermato il diritto delle parti di scegliere la legge che governerà le proprie obbligazioni contrattuali, pone i primi limiti a tale diritto. I paragrafi (3) e (4) del suddetto articolo recitano quanto segue:

- (3) Qualora tutti gli altri elementi pertinenti alla situazione siano ubicati, nel momento in cui si opera la scelta, in un paese diverso da quello la cui legge è stata scelta, la scelta effettuata dalle parti fa salva l'applicazione delle disposizioni alle quali la legge di tale diverso paese non permette di derogare convenzionalmente.*
- (4) Qualora tutti gli altri elementi pertinenti alla situazione siano ubicati, nel momento in cui si opera la scelta, in uno o più Stati membri, la scelta di una legge applicabile diversa da quella di uno Stato membro ad opera delle parti fa salva l'applicazione delle disposizioni di diritto comunitario, se del caso, come applicate nello Stato membro del foro, alle quali non è permesso derogare convenzionalmente.²⁴*

Questi due paragrafi si applicano nel caso in cui tutti gli elementi di un contratto siano interni a un unico Stato. Il paragrafo 3 assicura l'applicazione delle norme inderogabili di un qualsiasi paese (anche esterno all'Unione Europea) nell'eventualità in cui tutti gli elementi pertinenti alla situazione siano ubicati, al momento della scelta di legge, all'interno di esso. Il paragrafo 4 invece previene che le parti possano escludere le norme inderogabili del diritto comunitario, rendendolo applicabile anche nel caso in cui, pur essendo tutti gli

²³ Regolamento 593/2008, punto 37.

²⁴ U.S Articolo 3, paragrafi 3 e 4.

elementi del contratto all'Interno dell'Unione Europea, le parti scelgano il diritto di uno stato esterno ad essa.

Il concetto di “disposizioni alla quale non è permesso derogare convenzionalmente” è presente anche in altri articoli: 6(2) (che richiede l'applicazione, ai contratti conclusi tra consumatori, delle norme inderogabili dello stato nel quale il consumatore ha la sua residenza abituale), 8(1) (che richiede l'applicazione, ai contratti di lavoro, delle norme inderogabili del paese in cui il lavoratore svolge abitualmente la sua attività), 11(5b) (che rispetta l'applicazione, nelle questioni riguardanti i diritti reali di proprietà immobiliari, delle norme inderogabili del paese nel quale la proprietà è situata).

2. Norme di applicazione necessaria

La definizione “norme di applicazione necessaria” può essere trovata nel testo del Regolamento Roma I solo ed esclusivamente nell'Articolo 9²⁵, il quale afferma:

- (1) Le norme di applicazione necessaria sono disposizioni il cui rispetto è ritenuto cruciale da un paese per la salvaguardia dei suoi interessi pubblici, quali la sua organizzazione politica, sociale o economica, 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.*
- (2) Le disposizioni del presente regolamento non ostano all'applicazione delle norme di applicazione necessaria della legge del foro.*
- (3) Può essere data efficacia anche alle norme di applicazione necessaria del paese in cui gli obblighi derivanti dal contratto devono essere o sono stati eseguiti, nella misura in cui tali norme di applicazione necessaria rendono illecito l'adempimento del contratto. Per decidere se vada data efficacia a queste norme, si deve tenere conto della loro natura e della loro finalità nonché delle conseguenze derivanti dal fatto che siano applicate, o meno.²⁶*

Il paragrafo (1) ci spiega quindi che con “norme di applicazione necessarie” s'intendono quelle norme ritenute “cruciali” dal legislatore e che sono, quindi, così rilevanti da giustificare l'applicazione nonostante esse non siano presenti nell'ordinamento designato dai contraenti. Ecco, infatti, che nel paragrafo (2) si afferma la superiorità di tali norme rispetto a quelle presenti nel Regolamento, le quali non possono impedire l'applicazione delle prime. Il paragrafo (3) è il più confuso; in esso si autorizza l'applicazione delle “norme di applicazione necessaria” che si trovano nel diritto dello Stato in cui deve essere svolta la prestazione oggetto dell'obbligazione, nella misura in cui tali norme vadano ad inficiare la legittimità del contratto. L'applicazione di tali norme è però subordinata a una valutazione

²⁵ Può anche essere trovato nelle esortazioni non sostanziali dei ‘considerando’ 34 e 37

²⁶ Regolamento 593/2008, Art. 9

del giudice il quale deve valutarne la natura, le finalità e le conseguenze che deriverebbero dalla loro applicazione.

3. Ordine Pubblico

Il concetto di “ordine pubblico”, che va ad aggiungersi ai due di cui abbiamo già discusso, viene menzionato nell’articolo 21, il quale afferma:

L’applicazione di una norma della legge di un paese designata dal presente regolamento può essere esclusa solo qualora tale applicazione risulti manifestamente incompatibile con l’ordine pubblico del foro²⁷.

In tale articolo non è data una chiara definizione di cosa debba effettivamente intendersi per Ordine Pubblico (come invece accade nell’articolo 9 per le “Norme di applicazione necessaria”) ma in esso è possibile riscontrare sia le più grandi similitudini che le più grandi differenze con l’ordinamento americano. Infatti, anche nella sezione 187 del Second Restatement viene citato l’ordine pubblico per giustificare la disapplicazione di norme ad esse contrario, sebbene inserite nel contratto attraverso una regolare clausola di scelta legge; però, mentre nel documento americano si fa riferimento all’ordine pubblico di un qualsiasi Stato, a condizione che esso abbia, in relazione alla controversia in oggetto, un interesse materiale maggiore di quello dello stato scelto dalle parti, e che sia quindi il diritto che applicabile ai sensi della §188. Nel Regolamento Roma I l’articolo 21 (come anche il 9(2)) fa riferimento esclusivamente all’ordine pubblico del foro. Questo potrebbe far pensare che i limiti all’autonomia delle parti siano maggiori negli Stati Uniti piuttosto che in Europa, ma si ricordi che, mentre negli Stati Uniti l’ordine pubblico è un concetto molto ampio e dal quale discende l’applicazione di qualsiasi norma imperativa o di altre limitazioni, in Europa esso svolge, sostanzialmente, il ruolo di protezione definitiva del Diritto dello stato del foro e che ad esso vanno affiancate sia le “norme di applicazione necessaria” sia le “disposizioni alle quali non è permesso derogare convenzionalmente”.

²⁷ U.S., Articolo 21.

III. PROTEZIONE DEL CONSUMATORE ATTRAVERSO I LIMITI ALL'AUTONOMIA CONTRATTUALE

Appurato che, sia gli Stati Uniti, sia l'Unione Europea, riconoscono nel loro ordinamento diverse norme che difendono l'autonomia contrattuale delle parti e che tali norme sono integrate, in entrambi gli ordinamenti, con limitazioni che stabiliscono quanto lontano possano andare le parti nello scegliere il diritto che disciplinerà le loro relazioni contrattuali, rimane da determinare la soglia oltre la quale il rispetto e la protezione degli interessi privati, assicurati attraverso l'autonomia delle parti, dovrebbe convertirsi in imposizione dell'interesse pubblico, realizzata attraverso opportune limitazioni a tale autonomia. La varietà e la complessità delle norme che regolano tali questioni indicano, sia quanto sia complesso determinare questa soglia, sia la difficoltà nello stabilire quali siano esattamente gli interessi pubblici che dovremmo tutelare.

Nonostante questa incertezza, appare evidente che numerose legislazioni nazionali ritengono d'interesse pubblico la protezione del consumatore. La questione riguardante se, quando, e come le norme di diritto internazionale privato dovrebbero essere usate per proteggere il consumatore o, più in generale, classi di persone ritenute "deboli", ha avuto risposte differenti in tutto il mondo. Così, mentre nella legislazione americana non è stato inserito alcun limite a protezione del consumatore²⁸, in quella europea le limitazioni all'autonomia delle parti sono ampiamente utilizzate per tale scopo.

a) PROTEZIONE DEL CONSUMATORE NEL REGOLAMENTO ROMA I

All'interno del Regolamento Roma I sono stati inseriti degli articoli concepiti al fine di difendere certe classi di persone che sono considerate essere la parte debole nella relazione contrattuale (Articoli 6, 7 e 8). Sotto quest'aspetto, il regolamento raccoglie l'eredità della

²⁸ All'interno della revisione dell'UCC del 2001 c'è però stato un tentativo (mai approvato dagli stati) di inserire un paragrafo per tale scopo. La lettera (d) della sezione 1-301 recitava infatti:

se una delle parti in una transazione è un consumatore, si applicano le seguenti norme:

(1) un accordo simile a quello della sottosezione (b) non è efficace a meno che la transazione non abbia una relazione ragionevole con lo stato o la nazione designati.

(2) l'applicazione del diritto dello stato o della nazione determinati ai sensi delle sottosezioni (b) o (c), non può privare il consumatore della protezione di qualsiasi regola di diritto, che è protettrice dei consumatori e non può essere modificata tramite accordo, dello stato o della nazione: (A) nel quale il consumatore risiede abitualmente, a meno che non si applichi il sottoparagrafo (B); o (B) se la transazione è una vendita di beni, nella quale il consumatore fa il contratto e prende in consegna tali beni, se tale stato o nazione non è lo stato o la nazione nel quale il consumatore risiede abitualmente.

convenzione di Roma del 19 Giugno 1980²⁹. Tuttavia, il Regolamento Roma I non si limita a recepire passivamente questa eredità, ma attribuisce alla tutela del contraente debole un rilievo senza precedenti che può apprezzarsi essenzialmente sotto due aspetti: la questione della *ratio legis* sottostante alle norme del regolamento che tutelano la parte debole³⁰; e l'effettività concreta raggiunta da questa protezione. Le norme disposte nel Regolamento non hanno più (come invece era nella Convenzione) alcun carattere di specialità, intesa come deroga a una norma generale da parte di una norma dettata per un caso particolare; ognuna stabilisce la legge applicabile attraverso autonomi criteri di collegamento.

Tra tutte le norme del Regolamento Roma I, L'art. 6, relativo ai contratti conclusi da consumatori, è quello che più si giustifica per una finalità di protezione della parte debole.

Esso recita:

1. *Fatti salvi gli articoli 5 e 7, un contratto concluso da una persona fisica per un uso che possa essere considerato estraneo alla sua attività commerciale o professionale («il consumatore») con un'altra persona che agisce nell'esercizio della sua attività commerciale o professionale («il professionista») è disciplinato dalla legge del paese nel quale il consumatore ha la residenza abituale, a condizione che il professionista:*
 - a) *Svolga le sue attività commerciali o professionali nel paese in cui il consumatore ha la residenza abituale; o,*
 - b) *Diriga tali attività, con qualsiasi mezzo, verso tale paese o vari paesi tra cui quest'ultimo, e il contratto rientri nell'ambito di dette attività.*
2. *In deroga al paragrafo 1, le parti possono scegliere la legge applicabile a un contratto che soddisfa i requisiti del paragrafo 1 in conformità dell'articolo 3. Tuttavia, tale scelta non vale a privare il consumatore della protezione assicurategli 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.*
3. *Se i requisiti di cui al paragrafo 1, lettere a) o b) non sono soddisfatti, la legge applicabile a un contratto tra un consumatore e un professionista è determinata a norma degli articoli 3 e 4.³¹*

Il primo paragrafo di quest'articolo crea il presupposto che i contratti conclusi tra i consumatori saranno disciplinati dal diritto del paese nel quale il consumatore ha la sua residenza abituale ma esclusivamente nel caso in cui il professionista svolga la sua attività

²⁹In merito al diritto applicabile alle obbligazioni contrattuali.

³⁰ La *ratio* non è più esclusivamente quella di una protezione fine a se stessa, giustificata da fini solidaristici (come in quella branca del diritto civile rappresentata dal diritto del consumo), bensì quella di favorire la compiuta realizzazione del mercato interno, poichè il consumatore è considerato essere la chiave del successo per raggiungere questo obiettivo.

³¹ Il paragrafo 4 continua fornendo alcune eccezioni;

I paragrafi 1 e 2 non si applicano ai contratti seguenti:

- a) ai contratti di fornitura di servizi quando i servizi dovuti al consumatore devono essere forniti esclusivamente in un paese diverso da quello in cui egli risiede abitualmente;
- b) ai contratti di trasporto diversi dai contratti riguardanti un viaggio «tutto compreso» ai sensi della direttiva 90/314/CEE del Consiglio, del 13 giugno 1990, concernente i viaggi, le vacanze ed i circuiti «tutto compreso»;
- c) ai diritti e obblighi che costituiscono uno strumento finanziario e ai diritti e obblighi costitutivi delle clausole e condizioni che disciplinano l'emissione o l'offerta al pubblico e le offerte pubbliche di acquisizione di valori mobiliari, e alla sottoscrizione e al riacquisto di quote di organismi di investimento collettivo, nella misura in cui tali attività non costituiscono prestazione di un servizio finanziario;
- d) ai contratti conclusi nell'ambito del tipo di sistema che rientra nel campo di applicazione dell'articolo 4, paragrafo 1, lettera h).

commerciale o professionale in tale paese o vi rivolga, con qualsiasi mezzo, la sua attività. Il secondo paragrafo prosegue consentendo alle parti di inserire nel proprio contratto una clausola di scelta di legge ma prevedendo che tale clausola non possa, in alcun modo, privare della protezione a lui garantita dalle norme inderogabili di quel diritto che sarebbe stato applicabile in assenza di una scelta efficace. Questa combinazione crea, per il professionista, un chiaro incentivo a non inserire alcuna clausola di scelta di legge all'interno di un contratto concluso con un consumatore; infatti, se questa fosse presente, il consumatore avrebbe il beneficio non solo delle disposizioni di legge progettate per proteggere i consumatori che sono in vigore nel suo paese di residenza abituale, bensì anche di quelle in vigore nel paese il cui diritto sarebbe stato il diritto applicabile in mancanza di scelta.

Le limitazioni all'autonomia delle parti contenute nell'Articolo 6 del Regolamento Roma I sono basate sulla convinzione che i consumatori "abbiano la necessità di protezione per ragioni sociali ed economiche"³². La stessa motivazione si applica alle norme sui contratti di assicurazione, di cui all'articolo 7, e ai contratti individuali di lavoro, disciplinati all'articolo 8. Queste disposizioni forniscono coerenza comunitaria con la protezione delle presunte parti deboli che può essere riscontrata nel Regolamento Bruxelles I³³, in materia di competenza giurisdizionale, riconoscimento ed esecuzione delle sentenze.

Prima di concludere questo argomento, è importante fare due osservazioni. In primo luogo, le disposizioni per la protezione del consumatore del Regolamento Roma I raggiungono il loro obiettivo riconoscendo a ciascun consumatore i benefici derivanti dalle norme imperative del diritto materiale del suo paese di residenza abituale. Se si può supporre che il livello di protezione dei consumatori vari da paese a paese all'interno dell'Unione europea, allora il risultato dell'articolo 6 è quello di fornire diversi livelli di protezione dei consumatori ai diversi consumatori in base ai loro paesi di residenza abituale. Quest'approccio alla protezione del consumatore è quindi intrinsecamente discriminatorio all'interno dei confini dell'Unione Europea.

In secondo luogo, L'art. 25, par. 1 del Regolamento Roma I³⁴, affermando la superiorità delle convenzioni internazionali, di cui uno o più Stati Membri sono parti contraenti,

³² Ole Lando & Peter Arnt Nielsen, *The Rome I Regulation*, 45 COMMON MKT. L. REV. 1687, 1718-24 (2008); at 1712.

³³ Vedi gli Articoli 8-14 (assicurazione), 15-17 (consumatori), and 18-21 (impiegati) del Regolamento Bruxelles I. Regolamento Comunitario No 44/2001 del 22 Dicembre 2000 in materia di giurisdizione, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale.

³⁴ Il primo paragrafo dell'articolo 25 afferma: Il presente regolamento non osta all'applicazione delle convenzioni internazionali di cui uno o più Stati membri sono parti contraenti al momento dell'adozione del presente regolamento e che disciplinano i conflitti di leggi inerenti ad obbligazioni contrattuali.

rispetto alle norme del regolamento, sembra privare di effetto utile l'art. 6 del regolamento, nell'ambito di applicazione della convenzione dell'Aja del 15 giugno 1955 sulla legge applicabile alla vendita internazionale di beni mobili corporali, considerando che tale convenzione, pur non contenendo norme speciali per le vendite ai consumatori, si applica anche ad esse. È però stata adottata una dichiarazione interpretativa secondo la quale questa convenzione non impedisce l'applicabilità, negli Stati contraenti, di regole speciali sulla legge applicabile alle vendite con i consumatori, così da permettere a uno stato aderente alla convenzione dell'Aja di applicare l'art. 6 del Regolamento Roma I. La convenzione di Vienna dell'11 aprile 1980 in materia di contratti di vendita internazionale di merci, invece, essendo una convenzione di diritto materiale uniforme, e non di diritto internazionale privato, non rientra nella previsione dell'articolo 25.

b) PROTEZIONE DEL CONSUMATORE NEL MONDO

L'Unione Europea non è l'unico organo che ha recentemente preso in considerazione l'uso delle norme di diritto internazionale privato al fine di proteggere i consumatori. Altri hanno adottato questo metodo per raggiungere lo stesso obiettivo, ma hanno scelto approcci diversi da quello europeo per definire quando l'interesse pubblico di proteggere i consumatori debba prevaricare l'interesse privato dell'autonomia delle parti.

Il nuovo Atto sulle norme generali per l'applicazione dei diritti del Giappone è un atto entrato in vigore il 1 gennaio 2007³⁵. In tale atto sono incluse norme progettate per proteggere i consumatori attraverso il diritto internazionale privato. Il suo approccio presenta però differenze degne di nota rispetto a quello europeo. Come il diritto americano ed europeo, questo insieme di norme inizia con il riconoscimento della libertà contrattuale, dimostrando, in tal modo, rispetto per l'autonomia delle parti. All'interno di queste norme ce ne sono alcune speciali, come anche nel Regolamento Roma I, che sono applicabili ai contratti di consumo; norme progettate per avvantaggiare la parte più debole. L'articolo 11 può essere sintetizzato nei seguenti punti:

- 1) Un contratto tra un venditore e un consumatore può includere una clausola di scelta di legge ai sensi dell'articolo 7;
- 2) Anche in presenza di clausola di scelta di legge (e anche quando le norme di diritto internazionale privato, in assenza di essa, porterebbero all'applicazione di un diritto diverso da quello del paese di residenza abituale del consumatore), le norme

³⁵ Vedi "The Act on General Rules for Application of Laws", Atto No. 78 del 2006, in vigore dal 1 Gennaio 2007 ("Japanese Act").

imperative del luogo di residenza abituale del consumatore si applicheranno quando il consumatore esprime la sua volontà che esse siano applicate;

- 3) Anche le protezioni di queste norme imperative possono comunque svanire se:
- i) Il consumatore è andato nel paese del venditore e ha concluso il contratto in quella giurisdizione;
 - ii) Il consumatore è andato nello stato del venditore e ha ricevuto la prestazione completa lì;
 - iii) Il venditore “è ignaro della locazione della residenza abituale del consumatore e ha un ragionevole motivo per tale inconsapevolezza”; o
 - iv) Il venditore “ha erroneamente pensato che la controparte non fosse un consumatore e ha un ragionevole motivo per tal errore”.

Il secondo punto è il più importante; il diritto giapponese riconosce la protezione del consumatore come un interesse pubblico meritevole di protezione, garantendo l'applicazione, sia delle norme appartenenti al diritto scelto, sia delle norme inderogabili del paese di residenza abituale del consumatore. Queste ultime, però, devono essere applicate solo ed esclusivamente nel caso in cui sia il consumatore a volerlo. Il consumatore potrà allora valutare, anche a posteriori, cosa ritiene più conveniente in quella determinata circostanza e il giudice si comporterà di conseguenza applicando o disapplicando le norme inderogabili del paese di residenza del consumatore.

Il Giappone ha rifiutato quindi l'approccio europeo sostenendo che:

“Se le norme imperative per la protezione di un consumatore dovessero essere assolutamente applicate, sarebbe necessario determinare quali norme sono più favorevoli per il consumatore, cioè, le norme del diritto scelto oppure della residenza abituale del consumatore. Comunque, questa determinazione sarebbe molto difficile per i giudici e per le parti. Pertanto, richiedere una dichiarazione da parte del consumatore rende più facile determinare quali norme sono da applicare³⁶”.

In questo modo però lo strumento utilizzato per proteggere l'interesse pubblico risulta più debole di quello europeo in quanto è rimesso alla volontà di un privato (benché questo coincida con il consumatore).

Un approccio diverso è quello che è stato suggerito dal Brasile all'interno di una conferenza dell'Organizzazione degli Stati Americani (OAS). Anche questo, prevede l'utilizzo delle norme di diritto internazionale privato per proteggere il consumatore, ma in un modo che va ben oltre gli altri approcci affrontati. La proposta brasiliana suggerisce che il giudice

³⁶ Yasuhiro Okuda, *Reform of Japan's Private International Law: Act on the General Rules of the Applicable Laws*, pubblicato nel vol. 8 dell'Annuario del Diritto Internazionale Privato.

applichi sempre il diritto più favorevole al consumatore. A una prima occhiata quest'approccio sembra essere più favorevole ai consumatori anche di un approccio basato sulle norme imperative – che sia questo il doppio sistema di norme imperative del Regolamento Roma I o il sistema delle norme imperative opzionali del nuovo Atto giapponese. Esso richiederebbe al giudice di determinare il diritto più favorevole, e non limiterebbe le considerazioni del giudice alle sole norme imperative. Però, la determinazione della legge più favorevole al consumatore potrebbe dipendere dalle circostanze. Così, le parti non sarebbero in grado di determinare in via preliminare quale diritto disciplinerà la loro relazione. Se la prevedibilità nelle relazioni contrattuali ha un qualche valore nello sviluppo delle norme di diritto internazionale privato, allora quest'approccio solleva questioni importanti circa il suo scopo e la sua efficacia.³⁷

c) ADEGUATEZZA DELLE NIDP COME STRUMENTO DI PROTEZIONE DEL CONSUMATORE

Abbiamo visto quindi che molti sono i paesi che hanno deciso di utilizzare le norme internazionali di diritto privato come strumento di protezione del consumatore. Altri paesi invece, come gli Stati Uniti, hanno preferito metodi alternativi per raggiungere lo stesso risultato. Viene allora naturale porsi la seguente domanda: sono le norme di diritto internazionale lo strumento più opportuno per realizzare un'adeguata ed efficace protezione del consumatore? La risposta a tale quesito non è per niente ovvia.

In linea generale, possiamo distinguere due approcci molto diversi alla protezione del consumatore. Da un lato, l'uso di norme di diritto internazionale privato che limitano la scelta di legge (e la scelta del foro) sono fondate sulla convinzione che i consumatori sono

³⁷ L'articolo 2 della proposta brasiliana recita come segue:

1. Se non è presente una valida scelta di legge delle parti, i contratti conclusi da consumatori all'interno del loro paese di domicilio sono governati dal diritto di questo luogo. tale regola si applica specialmente ai contratti conclusi a distanza, elettronicamente, attraverso mezzi di telecomunicazioni o un analoghi strumenti per concludere contratti internazionali a distanza;
2. Se le parti hanno indicato il diritto del luogo di conclusione del contratto, del luogo della prestazione o il diritto del domicilio, o sede, del fornitore di beni o servizi, tale diritto sarà applicato esclusivamente nel caso in cui sia più favorevole per il consumatore;
3. La scelta di legge effettuata a priori dalle parti in merito al diritto applicabile sarà considerata più favorevole al consumatore:
 - a. se il diritto scelto è quello del domicilio del consumatore;
 - b. se il diritto scelto è quello, comune, del domicilio del consumatore e di uno dei rami di attività del fornitore di beni o servizi;
 - c. se il diritto scelto è il diritto del luogo di conclusione del contratto o il luogo della prestazione e coincide con il diritto del domicilio o sede del fornitore di beni o servizi;
4. I contratti conclusi da un consumatore che si trova fuori dal suo paese di domicilio sono governati dal diritto scelto dalle parti, le quali possono scegliere il diritto del luogo di conclusione del contratto, il diritto del luogo della prestazione o il diritto del domicilio del consumatore. In caso di assenza di una scelta valida, i contratti sono governati dal diritto del luogo in cui sono stati conclusi.

meglio protetti se, al sorgere di una disputa, hanno il vantaggio di una legge locale (o della legge più favorevole) e di un foro locale. Questo è l'approccio che si trova nel Roma I, nella nuova legge giapponese, e nella proposta brasiliana. Quest'approccio, però, si concentra esclusivamente sulle divergenze tra il singolo consumatore e il venditore e per questa ragione la protezione offerta dalle disposizioni di consumo del Regolamento Roma I "è ampiamente illusoria tenuto conto dello scarso valore della maggior parte dei reclami dei consumatori e del costo e tempo spesi per presentare i procedimenti giudiziari"³⁸.

L'approccio statunitense, d'altra parte, vede gli interessi di tutti i consumatori che si trovano in situazioni simili e cerca di capire come poter favorire il maggior numero di consumatori. I giudici americani, per esempio, nella sentenza del caso Carnival Cruise Lines³⁹, sostennero che fosse ragionevole assumere che il beneficio derivante a tutti i consumatori che si trovavano nella stessa situazione da un prezzo più basso per il biglietto della crociera superasse il danno al singolo consumatore, il quale sarebbe quindi stato costretto ad accettare la scelta di legge e del foro del venditore.

C'è una logica dietro ciascuno di questi approcci, ed è difficile stabilire se una sia migliore dell'altra. Ciascuno può essere descritto come paternalistico, imponendo al consumatore uno specifico risultato senza una reale scelta del consumatore (Fa eccezione il metodo giapponese che rimette al consumatore stesso la decisione di quale diritto applicare). L'approccio del Regolamento Roma I non lascia spazio al consumatore che forse preferirebbe ricevere un prezzo migliore come compromesso per aver inserito delle clausole nel contratto che potrebbero, nel caso in cui insorga una disputa, agevolare il venditore. Se solo uno su mille consumatori, in un'operazione simile aprisse una controversia con il

³⁸ "Roma I: emendamenti di compromesso del relatore del Parlamento Europeo e testo di lavoro del Consiglio", pubblicato da Giorgio Buono il 16 Settembre 2007.

³⁹ Nel caso Carnival Cruise Lines, la corte ha impugnato una clausola di scelta del foro stampata in piccolo sul retro di un biglietto di crociera che richiedeva la risoluzione di tutte le dispute in Florida anche per i consumatori dello stato di Whashington. L'opinione del giudice Blackmun ha commentato così la decisione:

L'inclusione di una ragionevole clausola del foro in un contratto tipo di questo genere può essere ben tollerato per diverse ragioni: primo, una linea di crociera ha un particolare interesse nel limitare il foro in cui essa potrebbe essere potenzialmente soggetta a cause. Poiché una nave da crociera trasporta tipicamente passeggeri provenienti da molte località, non è improbabile che un incidente su una crociera possa sottoporre la linea di crociera al contenzioso in molti fori diversi. Inoltre, una clausola che stabilisce ex ante il foro per la risoluzione delle controversie ha il salutare effetto di dissipare qualsiasi dubbio su dove la causa che nascono dal contratto debbano essere portate e difese, risparmiando alle parti in causa il tempo e le spese per determinare il foro corretto e conservando le risorse giudiziali che andrebbero altrimenti dedicate per decidere di questi movimenti. Infine, è ovvio che i passeggeri che acquistano i biglietti contenenti una clausola del foro come quella di cui si tratta in questa fattispecie, ne beneficiano sotto forma di tariffe ridotte che riflettono i risparmi che ottiene la linea di crociera limitando i fori in cui può essere citata in giudizio.

la difesa della clausola di scelta del foro imposta dal venditore contro il consumatore era quindi giustificata sulla base (1) dell'interesse del venditore nel contendere tutte le dispute simili in un unico foro, (2) del comune interesse per la prevedibilità, e (3) l'interesse pubblico di tutti i consumatori di tali crociere nel prezzo più basso che si presume derivare dalla difesa di tali clausole sulla base dei primi due interessi.

venditore, allora, l'approccio americano risulterebbe agevolare gli altri 999 consumatori che si troverebbero nella stessa situazione, ciascuno dei quali riceverebbe un prezzo più basso per l'oggetto acquistato. È giusto rendere più difficoltosa la risoluzione di una disputa per un consumatore in cambio di alcune (forse marginali) riduzioni di prezzo per gli altri 999 consumatori? Oppure è più giusto rendere più agevole la risoluzione di una disputa per un consumatore in cambio di un prezzo (lievemente) più alto a carico di altri 999 consumatori? Ciascun approccio rappresenta una scelta politica che dovrebbe essere attentamente presa in considerazione da chi crea la legge.

IV. CONCLUSIONI

Concludiamo ora questa trattazione con dei brevi commenti. Nel contesto dell'autonomia delle parti, c'è molto di simile tra le norme su entrambi i lati dell'atlantico. Nel corso del ventesimo e del ventunesimo secolo, i sistemi legali in tutto il mondo si sono spostati dalle proibizioni sulla scelta di legge delle parti (e scelta del foro) a un ampio riconoscimento di libertà contrattuale su queste questioni. Tale libertà, tuttavia, non è senza limiti. Quello che differisce nei due sistemi legali è sia la forma, sia l'estensione di tali limiti. Sebbene entrambi includano limitazioni basate su norme imperative e ordine pubblico, le differenze tra questi due approcci sono molte ed evidenti, giustificate da obiettivi economici, politici e sociali diversi. Ciò rende impossibile, almeno per ora, stabilire a priori quale sia il migliore.

La differenza più grande si trova nell'assenza, all'interno della legislazione degli Stati Uniti sui conflitti, di una tipologia di norme che si trovano nel Regolamento Roma I e che sono progettate specificatamente per la protezione delle parti più deboli in una relazione contrattuale. Questo non significa comunque che un sistema protegge i consumatori (e le altre parti deboli) e l'altro non lo fa. Significa che negli Stati Uniti si è giusti alla conclusione (giusta o sbagliata che sia) che la protezione del consumatore può essere meglio raggiunta attraverso leggi che sono all'infuori della sfera del diritto internazionale privato.

Una valutazione oggettiva è quindi impossibile. Ognuno dovrebbe farsi una propria idea a riguardo studiando attentamente gli effetti che i diversi metodi hanno sulle parti coinvolte nelle diverse relazioni contrattuali e valutando se le norme di diritto internazionale privato debbano, o meno, essere utilizzate per fini diversi dalla mera risoluzione delle dispute internazionali.

V. **BIBLIOGRAFIA E SITOGRAFIA**

- Ronald A. Brand, *The Rome I Regulation Rules on Party Autonomy for Choice of Law: A U.S. Perspective* (2011);
- Eugene F. Scoles, Peter Hay, Patrick J. Borchers, & Symeon C. Symeonides, *Conflict of Laws* §18.1 (Quarta edizione, 2004);
- Peter Nygh, *Autonomy in international contracts* (1999);
- Redfern and Hunter, insieme a Blackaby e Partasides, *Law and Practice of International Commercial Arbitration* (Quarta edizione, 2004);
- Trabucchi A., *Istituzioni di diritto civile*, Cedam, 2000;
- Piroddi P., *La tutela del contraente debole nel regolamento Roma I*, Cedam, 2012;
- *Regolamento n. 593/2008* dell'Unione Europea (Regolamento Roma I);
- *Regolamento n. 44/2001* dell'Unione Europea (Regolamento Bruxelles I);
- *Restatement (Second) of Conflict of Laws* (1971);
- *Uniform Commercial Code* (1953).
- Alan D. Weinbergen, *Party Autonomy And Choice-of-law: The Restatement (Second), Interest Analysis, And The Search for a Methodological Synthesis*, in http://www.hofstralawreview.org/wp-content/uploads/2013/08/32_4HofstraLRev6051975-1976.pdf
- Sayenko Karhenko, *Party Autonomy vs. Mandatory Rules in International Arbitration*, in <http://www.sk.ua/publications/party-autonomy-vs-mandatory-rules-in-international-arbitration>
- Pryles M, *Limits to party autonomy in international commercial arbitration*, in http://www.arbitration-icca.org/media/0/12223895489410/limits_to_party_autonomy_in_international_commercial_arbitration.pdf
- Arcangelo G. Annunziante, *Gli angusti confine dell'autonomia contrattuale*, in <http://www.altalex.com/documents/news/2007/04/13/gli-angusti-confini-dell-autonomia-contrattuale>
- <https://it.wikipedia.org>
- <http://www.law.justia.com>
- <http://www.kentlaw.iit.edu>