

RIVISTA DI DIRITTO CIVILE

FONDATA E DIRETTA DA
WALTER BIGIAVI E **ALBERTO TRABUCCHI**
(1955-1968) *(1955-1998)*

COMITATO DI DIREZIONE

C. MASSIMO BIANCA - FRANCESCO D. BUSNELLI
GIORGIO CIAN - ANTONIO GAMBARO
NATALINO IRTI - GIUSEPPE B. PORTALE
ANDREA PROTO PISANI - PIETRO RESCIGNO
RODOLFO SACCO - PIERO SCHLESINGER
PAOLO SPADA - VINCENZO VARANO

E

GUIDO CALABRESI - ERIK JAYME
DENIS MAZEAUD - ÁNGEL ROJO FERNÁNDEZ-RIO

Maggio-Giugno
2019

edicolaprofessionale.com/RDC



Wolters Kluwer

LA SCELTA DEI *PRINCIPLES OF EUROPEAN CONTRACT LAW* (PECL) COME LEGGE APPLICABILE AL CONTRATTO

SOMMARIO: 1. L'applicabilità dei PECL e le loro funzioni. – 2. La natura giuridica degli strumenti di *soft law*. – 3.1. L'impatto dei PECL (e dei PICC): sul diritto nazionale degli Stati Membri. – 3.2. *Segue*: sul diritto dell'Unione Europea. – 4. La libertà delle parti contraenti di scegliere i PECL come legge applicabile al loro contratto. – 5. I limiti imperativi di tale libertà di scelta.

1. – I *Principles of European Contract Law* (PECL), costituiscono una grande opera di “diritto scientifico”⁽¹⁾, la quale si è complessivamente sviluppata tra il 1980 e il 2002⁽²⁾. Si tratta di “diritto scientifico” perché

(1) O. LANDO, *Principles of European Contract Law: An Alternative to or a Precursor of European Legislation*, in *American Journal of Comparative Law*, 40, 1992, p. 573 ss.; R. ZIMMERMANN, *Die Principles of European Contract Law als Ausdruck und Gegenstand europäischer Rechtswissenschaft*, Bonn 2003; C. CASTRONOVO, *I Principi di diritto europeo dei contratti e l'idea di codice*, in *R. d. comm.*, 1995, I, p. 21 ss.; G. ALPA, *La seconda versione dei Principles of European Contract Law*, in *Nuova g. civ. comm.*, 2000, II, p. 121 ss.

(2) I PECL sono stati redatti da una commissione internazionale presieduta da Ole Lando, dal quale hanno frequentemente preso il nome, essendo anche noti come “*principi Lando*” (per una esaustiva descrizione del metodo di lavoro utilizzato da tale commissione, v. soprattutto O. LANDO, *European Contract Law*, in *American Journal of Comparative Law*, 31, 1983, p. 653 ss.; R. ZIMMERMANN, *Ius Commune and the Principles of European Contract Law: Contemporary Renewal of an Old Idea*, in *European Contract Law: Scots and South African Perspectives*, ed. by H.L. Mc Queen and R. Zimmermann, Edinburgh 2006, p. 4 ss.). La Parte I dei PECL ricomprende 59 articoli e disciplina l'adempimento, l'inadempimento e i rimedi (*Principles of European Contract Law*, ed. by O. Lando, H. Beale, Part I, *Performance, Non-Performance and Remedies*, prepared by the Commission of European Contract Law, The Hague/London/Boston 1995). Insieme con un'edizione rivista della Parte I, nel 2000 fu pubblicata la Parte II dei PECL, la quale ricomprende 73 articoli e disciplina la conclusione, la validità, l'interpretazione e gli effetti del contratto (*Principles of European Contract Law*, ed. by O. Lando, H. Beale, Parts I and II (Combined and Revised), prepared by the Commission of European Contract Law, The Hague/London/Boston 2000; per la traduzione in italiano, v. *Principi di diritto europeo dei contratti*, a cura di C. Castronovo, Parte I e II, Milano 2001). Nel 2002 fu infine pubblicata la Parte III, la quale ricomprende 69 articoli e disciplina la pluralità di parti, la cessione del credito, del debito e del contratto, la compensazione, la prescrizione, l'illiceità, la condizione e l'anatocismo (*Principles of*

i PECL sono stati elaborati da una commissione di giuristi accademici, i quali hanno operato in virtù di una legittimazione esclusivamente culturale e al di fuori di un vero e proprio mandato da parte del legislatore. Inoltre, si tratta di “diritto scientifico” perché i PECL sono stati redatti sulla base di un’analisi storico-comparatistica degli ordinamenti giuridici di alcuni dei paesi europei, senza perseguire specifici obiettivi di politica del diritto⁽³⁾.

Ciò non toglie che, dal punto di vista formale, i PECL siano stati concepiti e realizzati come un vero e proprio articolato di norme giuridiche, le quali sono suscettibili di essere applicate per risolvere un caso pratico o per decidere la soluzione di una controversia (*black letter rules*). In particolare, i PECL sono applicabili al contratto quando, così com’è preveduto dal loro art. 1:101(2), «*the parties have agreed to incorporate them into their contract or that the contract is to be governed by them*»⁽⁴⁾.

L’art. 1:101(3) PECL precisa che tali principi sono inoltre applicabili quando le parti «(a) hanno convenuto che il contratto sia regolato dai “principi generali del diritto”, dalla “*lex mercatoria*” o hanno usato espressione analoga; o (b) non hanno scelto altro sistema di regole o altre norme di diritto per disciplinare il contratto».

Tale scelta non è sorprendente perché il diritto uniforme in materia contrattuale è stato generalmente concepito come una razionalizzazione della *lex mercatoria*, ossia del *corpus* degli usi normativi che si sono formati nell’ambito del commercio internazionale⁽⁵⁾.

Sebbene ciò non sia formalmente necessario, di fatto tale ipotesi presuppone che al contratto sia stata apposta una clausola compromissoria, mediante la quale le parti si sono vincolate a compromettere in arbitrato le eventuali controversie che dovessero insorgere tra di loro. In virtù della

European Contract Law, ed. by O. Lando, E. Clive, A. Prüm, R. Zimmermann, Part III, prepared by the Commission of European Contract Law, The Hague/London/Boston 2002).

⁽³⁾ Sul concetto di “diritto scientifico”, v. R. ZIMMERMANN, “*Wissenschaftliches Recht am Beispiel (vor allem) des europäischen Vertragsrechts*”, in *Privates Recht*, hrsg. von C. Bumke und A. Röthel, Tübingen 2012, p. 21 ss.

⁽⁴⁾ V. *infra*, n. 4.

⁽⁵⁾ J. BONELL, *The Law Governing International Commercial Contracts and the Actual Role of the Unidroit Principles*, in *Uniform Law Review*, 23, 2018, p. 15 ss.; O. LANDO, *The Principles of European Contract Law and the Lex Mercatoria*, in AA.VV., *Private Law in the International Arena: From National Conflict Rules Towards Harmonization and Unification – Liber Amicorum Kurt Siebr*, ed. by J. Basedow, The Hague, 2000, 391 ss. In senso contrario, cfr. C. LEGROS, *Common Core, PECL and DCFR: Could They be Used to Interpret Shipping Law?*, in *Common core, PECL and DCFR: Could they change shipping and transport law?*, ed. by F. Verheyen-F. Smeele-H. Hoeks, Cambridge-Antwerp-Portland 2015, p. 13.

tradizionale concezione internazionalprivatistica della libertà di scelta della legge applicabile al contratto⁽⁶⁾, è infatti dubbio se un giudice nazionale possa risolvere una controversia facendo senz'altro prevalere sul proprio diritto nazionale i principî generali ovvero la *lex mercatoria*.

È peraltro difficile verificare quale diffusione abbiano avuto i PECL dal punto di vista della risoluzione arbitrale delle controversie (nelle quali sembrano comunque più frequentemente applicati i PICC⁽⁷⁾), dei quali si dirà più avanti⁽⁸⁾).

2. – I PECL possono essere pertanto concepiti come il *corpus* di un diritto “quasi vigente”⁽⁹⁾, il quale può divenire applicabile per volontà delle parti contraenti ovvero mediante l'interpretazione giurisprudenziale degli ordinamenti nazionali.

Si può dunque parlare di un “diritto mite” o “flessibile” (*soft law*)⁽¹⁰⁾, il quale non è vincolante in senso positivistico, ma detta norme che sono utilizzabili dal legislatore, dai giudici e anche dalle parti. Si spiega dunque e si giustifica la loro definizione come “principî”, la quale significa non che si tratti di vaghe e generali direttive del diritto, ma che, pur trattandosi di regole puntuali e ben definite, esse non sono vigenti in senso positivistico⁽¹¹⁾.

⁽⁶⁾ V. *infra*, n. 4.

⁽⁷⁾ Z. DERYA TARMAN, *Non-national Rules in the Arbitration of Commercial Contracts*, in F. DE ELIZALDE (a cura di), cit., p. 71 ss. Nell'ambito della ventesima conferenza dell'*Académie International de Droit Comparé (AIDC)*, che si è svolta a Fukuoka nel 2018, è stato tra l'altro trattato il seguente tema: *The UNIDROIT Principles as a common frame of reference for the uniform interpretation of national law*. Alcuni reports nazionali sono già disponibili. Per la Germania, v. A. ERLER-M. SCHMIDT-KESSEL, *The Use of the UPICC in Order to Interpret or Supplement German Contract Law*, in AA.Vv., *German National Reports on the 20th International Congress of Comparative Law*, ed. by M. Schmidt-Kessel, Tübingen 2018, p. 39 ss.; per l'Italia, v. A. VENEZIANO-E. FINAZZI AGRÒ, *The Use of the UNIDROIT Principles in Order to Interpret or Supplement National Contract Law*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, special edition, I, Napoli, 2018, p. 39 ss. Inoltre, v. B. BERGER, *International Arbitral Practice and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, in *American Journal of Comparative Law*, 46, 1998, p. 129 ss.

⁽⁸⁾ V. *infra*, n. 2.

⁽⁹⁾ In senso critico nei confronti di tale concetto, cfr. K. RIESENHUBER, *Privates Recht, wissenschaftliches Recht, Systembildung. Systembildung im Europäischen Vertragsrecht*, in BUMKE, RÖTHEL, cit., p. 49 ss., e già A. GENTILI, *I contratto d'impresa e il diritto comune europeo*, in *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale e regolazione del mercato*, a cura di P. Sirena, Milano 2006, p. 94 ss., spec. p. 97 ss.

⁽¹⁰⁾ A tale proposito, v. il fondamentale contributo di N. JANSEN, *The Making of Legal Authority: Non-Legislative Codification in Historical and Comparative Perspective*, Cambridge 2010.

⁽¹¹⁾ Sulla ridefinizione concettuale dei principî nella prospettiva dell'uniformazione e

In questo senso, i PECL costituiscono la manifestazione di un “diritto al di là dello Stato”⁽¹²⁾, il quale non è rigorosamente concepibile secondo i canoni del positivismo giuridico che ha caratterizzato larga parte della cultura giuridica del Novecento.

Quanto alle loro finalità, i PECL sono lo strumento di creazione di un diritto sovranazionale non vincolante, il quale costituisce un’alternativa alla legislazione. Caratteristiche analoghe si rinvencono nel *Draft Common Frame of Reference* (DCFR), redatto dalla commissione presieduta da Christian von Bar⁽¹³⁾, nonché, al di fuori del contesto europeo, nei *Principles of International Commercial Contracts* (PICC), redatti dall’UNIDROIT⁽¹⁴⁾, i

della comparazione giuridica, v. i saggi raccolti in *General Principles of Law: European and comparative perspective*, ed. by S. Vogenauer and S. Weatherill, Oxford 2017; *Rules and Principles in European Contract Law*, ed. by P. Sirena and J. Rutgers, Cambridge 2015; *General Clauses and Standards in European Contract Law: Comparative Law, EC Law and Contract Law Codification*, ed. by S. Grundmann and D. Mazeaud, The Hague 2006. A livello monografico, v. N. REICH, *General Principles of EU Civil Law*, Cambridge 2014; A. METZGER, *Extra legem, intra ius: Allgemeine Rechtsgrundsätze im Europäischen Privatrecht*, Tübingen 2009.

⁽¹²⁾ Sul tema “Beyond the State? Rethinking Private Law” v. i contributi all’omonimo convegno svoltosi presso il MPI di Amburgo, il 12-13 luglio 2007, e pubblicati nel fascicolo 3 del 2008 dell’*American Journal of Comparative Law*.

⁽¹³⁾ T. PFEIFFER, *Von den Principles of European Contract Law zum Draft Common Frame of Reference*, in *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 2008, p. 679; G. ALPA, IUDICA, *Draft Common Frame of Reference (DCFR), What for?*, Milano 2013; AA.VV., *Il DCFR: lessici, concetti e categorie nella prospettiva del giurista italiano*, a cura di C. Marchetti, Torino 2012; K. RIESENHUBER, *Wettbewerb für das europäische Vertragsrecht*, in *Juristenzeitung*, Torino 2011, p. 537 ss.; M. MAUGERI, *Alcune perplessità in merito alla possibilità di adottare il DCFR come strumento opzionale (o facoltativo)*, in *Nuova g. civ. comm.*, 2011, II, p. 253 ss.; L. ANTONIOLLI, *A Factual Assessment of the Draft Common Frame of Reference*, München 2011; U. BRECCIA, *Principles, definitions e model rules nel “comune quadro di riferimento europeo” (Draft Common Frame of Reference)*, in *Contratti*, 2010, p. 95 ss.; G. WAGNER, *The Common Frame of Reference: A View from Law & Economics*, Berlin 2010; L. ANTONIOLLI-F. FIORENTINI-J. GORDLEY, *A Case-Based Assessment of the Draft Common Frame of Reference*, in *American Journal of Comparative Law*, 58, 2010, p. 343 ss.; H. EIDENMÜLLER-F. FAUST-H. GRIGOLEIT-N. JANSEN-G. WAGNER-R. ZIMMERMANN, *The Common Frame of Reference for European Private Law-Policy Choices and Codification Problems*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 28, 2008, p. 659 ss.; R. SCHULZE, *Der DCFR – Funktionen, Methoden und Strukturen*, ora in *Id.*, *Auf dem Weg zu einem europäischen Privatrecht*, hrsg. von Janssen, Baden-Baden 2012, p. 183 ss.; S. GRUNDMANN, *The Structure of the DCFR—Which Approach for Today’s Contract Law?*, in *European Review of Contract Law*, 2008, p. 225 ss.

⁽¹⁴⁾ J. BONELL, *The CISG, European Contract Law and the Development of a World Contract Law*, in *American Journal of Comparative Law*, 56, 2008, p. 1 ss.; O. LANDO, *CISG and its Followers: A Proposal to Adopt Some International Principles of Contract Law*, in *American Journal of Comparative Law*, 53, 2005, p. 379 ss.; H.M. FLECHTNER, *The CISG’s Impact on International Unification Efforts: The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law*, *The 1980 Uniform Sales*

quali sono caratterizzati da una connotazione globale⁽¹⁵⁾.

In larga parte, tali opere di paracodificazione scientifica del diritto privato si rifanno al modello dei *restatements* redatti dall'*American Law Institute*⁽¹⁶⁾. Esse si basano su un'applicazione del metodo comparatistico che non è meccanicistica, ma orientata alla scelta delle soluzioni "migliori", ossia quelle che possono meglio conseguire l'obiettivo della uniformazione del diritto⁽¹⁷⁾. Pertanto, si può trattare anche di soluzioni che non sono attestate nella maggioranza degli ordinamenti giuridici considerati, o addirittura in nessuno di essi⁽¹⁸⁾.

Tale metodo era stato già impiegato con successo nella Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di beni mobili del 1980⁽¹⁹⁾, la quale, com'è noto, è in larga parte basata sull'opera di Ernst Rabel⁽²⁰⁾.

3.1. – Secondo quanto è esplicitamente suggerito dall'art. 1:101(4) PECL, tali principi sono suscettibili di servire come criteri non solo di interpretazione uniforme, ma anche di integrazione del diritto che è altrimenti applicabile al contratto.

Law: Old Issues Revisited in the Light of Recent Experience, ed. by F. Ferrari, Milano-München, 2003, p. 169 ss. Per un commentario ai singoli articoli, v. E. BRÖDERMANN, *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, The Hague, 2018; *Commentary on UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*², ed. by S. Vogenauer, Oxford 2015.

⁽¹⁵⁾ R. MICHAELS, *The Unidroit Principles as Global Background Law*, in *Uniform Law Review*, 19, 2014, p. 643 ss.; ID., *Umdenken für die UNIDROIT Prinzipien: Vom Rechtswahlstatut zum Allgemeinen Teil des transnationalen Vertragsrechts*, in *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 73, 2009, p. 866 ss.

⁽¹⁶⁾ J. ZEKOLL, *Das American Law Institute – ein Vorbild für Europa?*, in *Globalisierung und Entstaatlichung des Rechts*, II, *Nichtstaatliches Privatrecht: Geltung und Genese*, a cura di R. Zimmermann, Tübingen 2008, p. 101 ss.

⁽¹⁷⁾ Per un quadro d'insieme, v. N. JANSSEN-R. ZIMMERMANN, *General Introduction*, in *Commentaries on European Contract Law*, ed. by N. Janssen-R. Zimmermann, Oxford 2018, p. 6 ss.

⁽¹⁸⁾ Per tutti, v. O. LANDO, *Principles of European Contract Law. An Alternative or a Precursor of European Legislation*, in *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 56, 1992, p. 267 ss.

⁽¹⁹⁾ A. JANSSEN-N. AHUJA, *Bridging the Gap: The CISG as a Successful Legal Hybrid between Common Law and Civil Law?*, in F. de Elizalde (a cura di), cit., p. 138 ff.; I. SCHWENZER-P. HACHEM, *The CISG – Successes and Pitfalls*, in *American Journal of Comparative Law*, 57, 2009, p. 457 ss. Per un certo scetticismo sul successo della Convenzione, cfr. tuttavia H. KÖTZ, *Rechtsvereinheitlichung – Nutzen, Kosten, Methoden, Ziele*, in *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 50, 1986, p. 9.

⁽²⁰⁾ Si tratta soprattutto di E. RABEL, *Das Recht des Warenkaufs. Eine rechtsvergleichende Darstellung*, I, Berlin, 1936 e II, Berlin 1958. Per un quadro d'insieme, v. P. HUBER, *Comparative Sales Law*, in M. REIMANN-R. ZIMMERMANN, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford 2006, p. 938 ss.

È indubbio che i PECL e il DCFR abbiano innescato un processo virtuoso e incisivo di modernizzazione e di europeizzazione degli ordinamenti giuridici nazionali, il quale si è manifestato in molteplici direzioni⁽²¹⁾.

In primo luogo, i PECL (così come i PICC) hanno ispirato e modellato le grandi riforme del codice civile tedesco e di quello francese che sono state realizzate rispettivamente nel 2001-2002 e nel 2016-2018⁽²²⁾. Anche il progetto di riforma del codice civile spagnolo, il quale è tuttora in corso di elaborazione⁽²³⁾, si rifà dichiaratamente a tali modelli di *soft law*⁽²⁴⁾, così come i nuovi codici civili che sono stati emanati dagli stati dell'Europa dell'Est che hanno da poco aderito all'Unione europea (o sono in procinto di farlo)⁽²⁵⁾.

Inoltre, la giurisprudenza dei giudici nazionali ha spesso dichiarato di voler interpretare il codice civile del proprio paese in conformità tanto dei

(21) Per gli opportuni riferimenti, rinvio a P. SIRENA, *Die Rolle wissenschaftlicher Entwürfe im europäischen Privatrecht*, in *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 2018, p. 828 ss.

(22) In generale, v. S. PATTI, *Ricodificazione*, in questa *Rivista*, 2018, p. 446 ss. A proposito della riforma tedesca, v. T. ACKERMANN, *Uniform Rules as Guidelines for National Courts and Legislatures: The German Experience*, in F. DE ELIZALDE (a cura di), cit., p. 93 ss. A proposito della riforma francese, v. B. FAUVARQUE-COSSON, *New Instruments Towards Converging Rules Within Europe? The Example of the French Reform (2016)*, ibid., p. 103 ss.; EAD., *The Unidroit Principles, the World and the French Reform of Contract Law*, in UNIDROIT, *Eppur si muove: The Age of Uniform Law. Essays in honour of Michael Joachim Bonell to celebrate his 70th birthday*, II, Roma 2016, p. 1350 ss.

(23) V. i saggi raccolti in J. LETE-E. SAVAUX-R. SCHÜTZ-H. BOUCARD, *La recodification du droit des obligations en France et en Espagne*, Poitiers 2016. Inoltre, v. M.A. PARRA LUCÁN, *La doble codificación en España y la frustración del proceso de unificación del derecho privado*, in *Europ. e d. priv.*, 2014, p. 897 ss.

(24) G. CHRISTANDL, *Der spanische Schuldrechtsmodernisierungsentwurf im Lichte europäischer und internationaler Vertragsregelungen*, in *European Review of Private Law*, 20, 2012, p. 905 ss.

(25) Per una serie di *reports* nazionali, v. gli atti della conferenza internazionale in occasione del 375° anno dalla fondazione dell'Università di Tartu, 5-16 novembre 2007: *European Initiatives (CFR) and Reform of Civil Law in New Member States*, in *Tartu Law Review*, XIV, 2008 (<http://www.juridicainternational.eu/index.php?id=10521>). V. inoltre M. JÓZON, *The Influence of European Private Law on the New Romanian Civil Code*, in *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 2012, p. 571 ss.; M. PAUKNEROVÁ, *The Unidroit Principles and Czech Law*, in UNIDROIT, *Eppur si muove: The Age of Uniform Law*, II, cit., p. 1583 ss.; T. ZUKAS, *Einfluss der Unidroit Principles of International Commercial Contracts and der Principles of European Contract Law auf die Transformation des Vertragsrechts in Litauen: eine rechtsvergleichende Studie unter besonderer Berücksichtigung der Schweizer Lehre und Praxis zur Auslegung des rezipierten Rechts*, Bern 2011.

PECL⁽²⁶⁾, quanto dei PICC⁽²⁷⁾, favorendo così la loro convergenza verso soluzioni condivise a livello europeo.

I PECL sono pertanto suscettibili di svolgere un ruolo essenziale nello sviluppo degli ordinamenti giuridici nazionali degli Stati Membri.

Mentre alcuni di tali paesi hanno mostrato una spiccata tendenza alla modernizzazione e al cambiamento, altri hanno conservato pressoché inalterato il proprio codice civile.

Questo fenomeno è pressoché inevitabile quando, godendo di un grande prestigio culturale e fondando una tradizione che risale nel tempo, il codice civile finisce col diventare una sorta di monumento culturale. In tal modo, tuttavia, il codice civile può sottrarsi a un giudizio critico spassionato e coraggioso, che possa portare a un suo complessivo ripensamento.

I PECL possono invece servire come fonte di ispirazione per i legislatori nazionali e possono legittimarli culturalmente a intraprendere un ampio programma di riforma del diritto contrattuale che è dettato dai loro codici civili.

Al di là degli eventuali risultati di uniformazione legislativa e giurisprudenziale, è comunque indubbio che si favorisca così lo sviluppo di una cultura giuridica propriamente e genuinamente europea, creando le basi affinché giuristi che pure fanno parte di ordinamenti giuridici differenti possano partecipare a un dialogo sovranazionale e contribuire così all'affermazione di una dottrina comune.

A tal fine, è sicuramente auspicabile che, nell'ambito dell'insegnamento universitario del diritto nei paesi europei, i PECL siano riconosciuti come un argomento che deve costituire oggetto di insegnamento e con il quale gli studenti devono acquisire una sufficiente familiarità.

⁽²⁶⁾ Per la Spagna, ad es., v. E. ROCA TRÍAS, *The Modernisation of the Law of Obligations Using the Principles of European Contract Law*, in F. DE ELIZALDE (a cura di), cit., p. 83 ss.; E. ROCA TRÍAS, B. FERNÁNDEZ GREGORACI, *The Modern Law of Obligations in the Spanish High Court*, in *European Review of Contract Law*, 5, 2009 p. 45 ss.; C. VENDRELL CERVANTES, *The Application of the Principles of European Contract Law by Spanish Courts*, in *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 2008, p. 533 ss.; M. PERALES VISCASILLAS, *La aplicación jurisprudencial en España de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional, los Principios de UNIDROIT y los Principios del Derecho contractual europeo: de la mera referencia a la integración de lagunas*, in *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 2007, p. 1750 ss.

⁽²⁷⁾ N. BOUZA VIDAL, *The Unidroit Principles as Legal Background in Spanish Case Law*, in UNIDROIT, *Eppur si muove: The Age of Uniform Law*, II, cit., p. 1266 ss.; M. PERALES VISCASILLAS, *Los Principios de Unidroit en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español*, ibid., p. 1619 ss.

3.2. – A sua volta, la Corte di giustizia dell'Unione europea ha mostrato una certa propensione a utilizzare i PECL come strumenti di interpretazione e di integrazione del diritto⁽²⁸⁾.

D'altro canto, se valutati dal punto di vista della possibile emanazione di un codice civile europeo, tanto i PECL quanto il DCFR si sono dimostrati fallimentari, così come il progetto più limitato di un regolamento che introducesse un diritto comune europeo della vendita (CESL)⁽²⁹⁾. Infatti, la resistenza non solo dei governi e dei parlamenti di alcuni dei principali Stati Membri, ma anche di una parte significativa dei giuristi nazionali ha indotto la Commissione ad abbandonare l'ipotesi di un'unificazione europea del diritto privato e della sostituzione dei codici civili nazionali con un unico strumento legislativo dell'Unione. È peraltro vivacemente discusso se quest'ultima abbia la competenza istituzionale a emanare uno strumento del genere e, anche nel caso in cui la risposta a tale domanda sia positiva, se il progetto di una codificazione europea (anche parziale) del diritto privato non violi irrimediabilmente il principio di sussidiarietà posto dall'art. 5 del Trattato sull'Unione. In generale, non è stato comunque conseguito l'obiettivo di superare l'attuale frammentarietà del diritto privato europeo, neppure per quanto riguarda la disciplina dei contratti commerciali.

Anche al di là di tale fallimento del legislatore europeo, non si può trascurare che l'uniformità giuridica, per quanto possa costituire un obiet-

(28) Nelle conclusioni dell'avvocato generale si rinvengono le seguenti citazioni: 4 settembre 2008 – C-445/06, n. 94 (DCFR) – Danske Slagterier/Bundesrepublik Deutschland; 15 novembre 2007 – C-404/06, n. 44 (PECL) – Quelle AG/Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände; 17 dicembre 2009 – C-227/08, n. 51 (DCFR) – Martín Martín/EDP Editores SL; 14 febbraio 2012 – C-618/10, n. 4 (DCFR) – Banco Español de Crédito SA/Calderón Camino.

(29) C. CASTRONOVO, *L'utopia della codificazione europea e l'oscura Realpolitik di Bruxelles dal DCFR alla proposta di regolamento di un diritto comune europeo della vendita, in Europa e diritto privato*, 2011, p. 837 ss.; S. WHITTAKER, *The Proposed "Common European Sales Law": Legal Framework and the Agreement of the Parties*, in *Market Law Review*, 75, 2012, p. 578 ss.; G. ALPA, *CESL, Fundamental Rights, General Principles of Contract Law*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2012, p. 837 ss.; R. SCHULZE, *Common European Sales Law (CESL), Commentary*, Oxford 2012; J.M. SMITS, *The Common European Sales Law (CESL) Beyond Party Choice*, in *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 2012, p. 904 ss.; H. BEALE, *A Common European Sales Law (CESL) for Business-to-Business Contracts*, in AA.VV., *The Making of European Contract Law: Why, How, What, Who*, a cura di L. Moccia, München 2013, p. 65 ss.; G. DANNEMANN-S, VOGENAUER, *The Common European Sales Law in Context. Interactions with English and German Law*, Oxford 2013; M. SCHMIDT-KESSEL, *Der Entwurf für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht. Kommentar*, Berlin 2014; J. PLAZA PENADÉS-L. MARTÍNEZ VELENCOSO, *European Perspective on the Common European Sales Law*, The Hague 2015.

tivo legittimo dal punto di vista della politica del diritto, non è senza costi e che anzi può comportare svantaggi anche maggiori della sua utilità. Come dimostra anche il paragone empirico con gli Stati Uniti e la loro esperienza giuridica, la diversificazione del diritto può essere preferibile e più vantaggiosa di una sua forzata uniformità.

D'altro canto, tra i paradigmi fondanti della giustizia non vi è la standardizzazione del diritto, ma, esattamente all'opposto, la sua attitudine a tener conto delle differenze (*unicuique suum tribuere*).

Più in generale, è indubbio che, quanto meno a medio termine, i diritti nazionali degli Stati Membri continueranno a costituire il punto decisivo di riferimento per l'applicazione e l'evoluzione del diritto privato.

In ciascuno di tali ordinamenti giuridici la comunità dei giuristi (siano essi professori di diritto, giudici o avvocati) ha sviluppato un proprio *corpus* di pratiche interpretative. Si tratta di un deposito consistente di soluzioni radicate nell'applicazione giurisprudenziale del diritto, di *standards* di insegnamento e di ricerca scientifica, di stili formali ed espositivi dei codici civili nazionali e delle sentenze pronunciate dai giudici che li applicano, ecc.

Pertanto, la diversità degli ordinamenti giuridici nazionali dei paesi europei non è riconducibile a una mera scelta politica, perché essi non costituiscono una materia grezza, la quale possa essere liberamente plasmata e trasposta a un livello sovranazionale⁽³⁰⁾.

4. – Come si è già rilevato⁽³¹⁾, i PECL possono essere generalmente scelti dalle parti contraenti come legge applicabile al loro contratto. Si deve ritenere che tali principî possano essere scelti anche soltanto in parte, combinandosi così con uno o più ordinamenti giuridici nazionali (o – si deve ritenere – anche con altre fonti di *soft law*).

In tal modo, i PECL sono suscettibili di entrare in competizione con gli ordinamenti giuridici nazionali dei paesi europei. Ciò potrebbe indurre i legislatori nazionali ad aumentare l'attrattività del loro diritto, e segnatamente del loro codice civile, modernizzandolo e rendendolo più competitivo. Al fine di essere maggiormente scelti dalle parti contraenti e di prevalere così nella concorrenza con le fonti di *soft law*, i legislatori nazionali saranno verosimilmente indotti a offrire regole giuridiche che si

⁽³⁰⁾ P. SIRENA, *Il Discorso di Portalis e il futuro del diritto privato europeo*, in questa *Rivista*, 2016, I, p. 652 ss.

⁽³¹⁾ V. *supra*, n. 1.

dimostrino migliori e più efficienti dal punto di vista degli interessi delle parti contraenti.

In tal modo, la libertà delle parti contraenti di scegliere la legge applicabile al loro contratto serve all'istituzione di un vero e proprio "mercato delle regole", nel quale la competizione è basata sull'intrinseca efficienza e la modernità del lavoro legislativo (o quasi-legislativo) ⁽³²⁾.

Affinché ciò accada, è necessario che gli ordinamenti giuridici nazionali non soltanto riconoscano il principio generale secondo cui le parti contraenti sono libere di scegliere la legge applicabile al loro contratto, ma che incoraggino anche e favoriscano l'esercizio di tale libertà. Ciò non è finora accaduto in modo sufficiente, a causa di una certa resistenza del diritto internazionale privato.

Non è stato infatti sufficientemente chiarito se le parti contraenti possano liberamente scegliere di applicare al loro contratto non soltanto un diritto straniero, ma anche un diritto che può essere definito come "alieno" ⁽³³⁾, perché non è stato creato da alcun legislatore nazionale né da alcuna convenzione internazionale ⁽³⁴⁾.

Tale questione è stata vivacemente discussa riguardo agli strumenti europei di diritto internazionale privato (la Convenzione di Roma prima, e poi il regolamento Roma I), dando luogo tanto a soluzioni che negano l'equiparazione di cui si è detto ⁽³⁵⁾, quanto ad altre che viceversa la affermano ⁽³⁶⁾.

Una notevole indicazione in senso favorevole si può oggi rinvenire nell'art. 3 (*Rules of law*) dei *Principles of Choice of Law in International Commercial Contract* del 2015 ⁽³⁷⁾, il quale stabilisce che: «The law chosen by the party may be rules of law that are generally accepted on an international, supranational or regional level as a neutral and balanced set of

⁽³²⁾ V. i saggi raccolti in *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, a cura di A. Zoppini, Laterza, Roma-Bari 2004 e in *La competizione tra ordinamenti giuridici*, a cura di A. Plaia, Milano 2007.

⁽³³⁾ Per indicazioni bibliografiche, v. P. SIRENA, *Il contratto alieno del diritto comune europeo della vendita (CESL)*, in *Nuova g. civ. comm.*, 2013, II, p. 608 ss.

⁽³⁴⁾ V. i saggi raccolti in G. DE NOVA, *Il contratto alieno*, Torino 2010.

⁽³⁵⁾ C.-W. CANARIS, *Die Stellung der UNIDROIT Principles und der Principles of European Contract Law im System der Rechtsquellen*, in *Europäische Verträge Vereinbeitlichung und deutsches Recht*, hrsg. von J. Basedow, Tübingen 2000, p. 5 ss.

⁽³⁶⁾ S. GRUNDMANN, *Law Merchant als lex lata Communitatis*, in *Festschrift für Walter Rolland zum 70. Geburtstag*, hrsg. von U. Diederichsen-G. Fischer-D. Medicus, Köln 1999, p. 145 ss.; A. HELLGARDT, *Das Verbot der kollisionsrechtlichen Wahl nichtstaatlichen Rechts und das Unionsgrundrecht der Privatautonomie*, in *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 82, 2018, p. 654 ss.

⁽³⁷⁾ <https://www.bcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=135>.

rules, unless the law of the forum provides otherwise»⁽³⁸⁾. Nel caso di specie, non è dubbio che i PECL soddisfino i requisiti di neutralità e di equilibrio che sono ivi menzionati, cosicché essi siano suscettibili di diventare la legge applicabile al loro contratto per volontà delle parti contraenti.

5. – L'art. 1:103 PECL stabilisce che «quando la legge applicabile lo consente, le parti possono decidere che il contratto sia regolato dai Principi; in tal caso le norme imperative nazionali non sono applicabili».

In particolare, l'art. 6 del regolamento Roma I sancisce che non è consentito alle parti di scegliere la legge applicabile al contratto stipulato dal consumatore, quando il professionista «a) svolga le sue attività commerciali o professionali nel paese in cui il consumatore ha la sua residenza abituale; o b) diriga tali attività, con qualsiasi mezzo, verso tale paese o vari paesi tra cui quest'ultimo».

Ne consegue che i PECL possano senz'altro disciplinare i contratti bilateralmente commerciali, ossia stipulati tra professionisti (B-to-B), ma anche quelli stipulati tra consumatori (C-to-C). Più in generale, si può dunque affermare che i PECL possono essere scelti come legge applicabile ai contratti tra pari (P-to-P). Il loro ambito soggettivo di applicazione è dunque più ampio di quello dei PICC, i quali sono applicabili esclusivamente ai contratti bilateralmente commerciali (B-to-B), non ricomprendendo così quelli tra consumatori (C-to-C).

Si pone invece il problema se la libertà di scelta dei PECL possa essere esercitata anche riguardo ai contratti unilateralmente commerciali, ossia stipulati tra professionisti e consumatori (B-to-C). Essi sono infatti caratterizzati da una costitutiva asimmetria tra le parti contraenti, la quale fa sì una che una di esse (ossia, il consumatore) sia strutturalmente “debole” e l'altra (ossia, il professionista) sia strutturalmente “forte”.

La razionalizzazione che è caratteristica dell'attività imprenditoriale di produzione e di scambio di beni e servizi comporta che, a fronte della predisposizione unilaterale del contratto da parte del professionista, il consumatore sia strutturalmente esposto al rischio di subire un abusivo approfittamento della propria posizione negoziale, il quale, in definitiva, pregiudica l'interesse generale al buon funzionamento del mercato. Quest'ultimo presuppone infatti che, nel suo segmento finale, il consumatore sia razionalmente in grado di scegliere l'offerta migliore di beni e di servizi

⁽³⁸⁾ A tale proposito, v. B. MARSHALL, *The Hague Choice of Law Principles, CISG, and PICC: A Hard Look at a Choice of Soft Law*, in *American Journal of Comparative Law*, 66, 2018, p. 175 ss.

tra quelle dei professionisti concorrenti, massimizzando così anche il benessere collettivo della società. Nei limiti in cui ciò sia oggettivamente e strutturalmente impossibile, il mercato è esposto al rischio del suo fallimento e sussiste pertanto l'esigenza di un intervento finalizzato a regolarlo dal punto di vista legislativo, al fine di limitare l'autonomia privata del professionista contraente e di ripristinare così quella del consumatore che gli sta di fronte⁽³⁹⁾.

Si spiega dunque che, all'interno degli ordinamenti giuridici nazionali il diritto dei consumatori si sia dunque affermato e sviluppato come deroga al diritto comune, spesso contrapponendosi così al codice civile dal punto di vista delle fonti di produzione normativa.

Dal punto di vista internazionalprivatistico, ciò implica una deroga al principio generale secondo cui le parti contraenti sono libere di scegliere la legge applicabile al loro contratto. Tale divieto è peraltro coerente con le ragioni stesse che giustificano la specialità di tale diritto e che, come si è già detto, si traducono in una serie di limitazioni inderogabili all'autonomia privata del professionista contraente⁽⁴⁰⁾.

A ciò tuttavia non consegue che i PECL siano assolutamente inapplicabili ai contratti stipulati dai consumatori (con i professionisti). Infatti, la regola secondo cui le parti contraenti possono liberamente scegliere la legge applicabile a tali contratti vuol propriamente dire che, nonostante tale scelta, a essi saranno applicate le norme giuridiche che tutelano maggiormente il consumatore, il quale non può essere privato della protezione che gli è garantita dal diritto del paese in cui egli ha la propria residenza abituale.

A ciò consegue che i PECL possono essere scelti come legge applicabile ai contratti stipulati tra i consumatori e i professionisti, ferma restando l'applicazione a tali contratti delle norme giuridiche che tutelano maggiormente il consumatore nell'ordinamento giuridico del paese in cui egli ha la propria residenza abituale.

Per altro verso, l'art. 1:103(1) PECL implica che, laddove le parti siano libere di scegliere tali principî come legge applicabile al contratto, essi prevalgono anche sulle «norme imperative nazionali». Tale soluzione può sembrare sorprendente.

Posto che i PECL non statuiscono alcun diritto vigente in senso positivistico⁽⁴¹⁾, si potrebbe ritenere che essi non siano in alcun caso idonei a

⁽³⁹⁾ J. DREXL, *Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers*, Tübingen 1998.

⁽⁴⁰⁾ P. SIRENA, *L'integrazione del diritto dei consumatori nella disciplina generale del contratto*, in questa *Rivista*, 2004, I, p. 787 ss.

⁽⁴¹⁾ V. *supra*, n. 1.

derogare alle norme imperative dettate dal diritto nazionale che sarebbe altrimenti applicabile al contratto.

Se tuttavia si accetta che mediante la scelta delle parti contraenti il diritto “alieno” (come quello dei PECL) diventi la vera e propria legge che disciplina il contratto, allora si deve ritenere che, nonostante la sua formazione “privata”⁽⁴²⁾, tale diritto debba essere trattato come quello straniero dal punto di vista internazionalprivatistico⁽⁴³⁾.

Per quanto qui interessa, ciò implica che, se scelti dalle parti contraenti, i PECL devono essere considerati idonei a costituire un regime giuridico tendenzialmente autosufficiente, al punto da derogare anche alle norme imperative dettate dagli ordinamenti giuridici nazionali delle parti contraenti, o comunque dal diritto nazionale che sarebbe applicabile al contratto in mancanza di una loro scelta diversa⁽⁴⁴⁾. Com'è ovvio, valgono tuttavia i limiti generali che il diritto internazionale privato tradizionalmente oppone a tale scelta⁽⁴⁵⁾.

In particolare, l'art. 1:103(2) PECL prevede che «in ogni caso troveranno applicazione quelle norme imperative del diritto nazionale, del diritto sovranazionale e internazionale la cui applicabilità, secondo le norme di diritto internazionale privato, non dipendono dalla legge che regola il contratto». Si tratta dell'ordine pubblico internazionale (art. 21 del regolamento Roma I) e delle “norme di applicazione necessaria” (art. 9 del regolamento Roma I).

Per quanto il concetto di “norme di applicazione necessaria” sia vago e sfuggente, si deve ritenere che esso debba essere definito sulla base delle

⁽⁴²⁾ V. *supra*, nn. 1 e 2.

⁽⁴³⁾ Su tale questione, v. F. GALGANO, *Dai Principi Unidroit al Regolamento europeo sulla vendita*, in *Contratto e impr./Europ.*, 2012, p. 5 ss.; J.P. BÉRAUDO, *Faut-il avoir peur du contrat sans loi?*, in *Le Droit international privé: esprit et méthode. Mélanges P. Lagarde*, Paris 2005, p. 93 ss.; G. CARELLA, *La scelta della legge applicabile da parte dei contraenti*, in *Il nuovo diritto europeo dei contratti dalla Convenzione di Roma I al Regolamento «Roma I»*, Milano 2008, p. 78 ss. Per ulteriori indicazioni bibliografiche, v. G. BIAGIONI, *sub art. 3*, in *Commentario al regolamento CE n. 593/2008*, a cura di F. Salerno-P. Franzina, in *Nuove l. civ. comm.*, 2009, p. 619 ss.

⁽⁴⁴⁾ Per una discussione del problema dal punto di vista del diritto dei contratti internazionali e dei *boilerplate terms*, v. M. FOGLIA, *I l contratto autoregolato. Le merger clauses*, Torino 2016; F. CASTRONOVO, *Autonomia contrattuale e disponibilità dell'integrazione. La merger clause dal diritto americano a quello italiano*, Torino 2018.

⁽⁴⁵⁾ A tale proposito, v. G. BROGGINI, *La scelta della legge applicabile alle obbligazioni contrattuali nella Convenzione di Roma del 1980*, in *Id.*, *Studi di diritto internazionale privato e comunitario*, II, Napoli 2007, 832 ss. Per quanto riguarda l'art. 3, paragrafo 3, del Regolamento Roma I, v. J. BÖHLE, *Die Abwahl zwingenden Rechts vor staatlichen Gerichten in Inlandsfällen*, in *Zeitschrift für Europäisches Recht*, 2019, p. 72 ss.

ragioni di politica del diritto che possono giustificare la restrizione della libertà che le parti contraenti generalmente hanno di scegliere la legge applicabile al loro contratto⁽⁴⁶⁾. In particolare, come si è detto, la tutela del consumatore in materia contrattuale è teleologicamente fondata sull'esigenza di prevenire e neutralizzare i rischi di fallimento del mercato che sono determinati dalla asimmetria informativa tra le parti contraenti. A ciò consegue che le norme imperative che fanno parte di tale diritto sono "di applicazione necessaria" in senso internazionalprivatistico.

Nell'ambito dei contratti bilateralmente commerciali, ad analoghe conclusioni si deve pervenire riguardo alle norme imperative che rientrano nel diritto della concorrenza, segnatamente per quanto riguarda i divieti *anti-tust*.

⁽⁴⁶⁾ V. *supra*, n. 2.