

Il contratto ‘apolide’

La contrattazione transnazionale nel mercato globale

a cura di
Massimo Foglia

anteprima

vai alla scheda del libro su www.edizioniets.com



Edizioni ETS



www.edizioniets.com

*Il volume è stato pubblicato con il contributo del Dipartimento di Giurisprudenza
dell'Università degli studi di Bergamo*

© Copyright 2019

Edizioni ETS

Palazzo Roncioni - Lungarno Mediceo, 16, I-56127 Pisa

info@edizioniets.com

www.edizioniets.com

Distribuzione

Messaggerie Libri SPA

Sede legale: via G. Verdi 8 - 20090 Assago (MI)

Promozione

PDE PROMOZIONE SRL

via Zago 2/2 - 40128 Bologna

ISBN 978-884675630-5

ISSN 2283-5296

INDICE

<i>Introduzione</i> Autonomia privata e diritto applicabile nei contratti transnazionali <i>Aurelio Gentili</i>	9
---	---

PARTE PRIMA

POSSIBILITÀ E PROBLEMI DELL'AUTONOMIA PRIVATA NEI CONTRATTI 'SENZA STATO'

Fisionomia del contratto transnazionale <i>Massimo Foglia</i>	39
Autonomia negoziale nei codici civili europei e nei contratti transnazionali <i>Salvatore Patti</i>	55
Controllo giudiziale del contratto transnazionale ed effettività delle tutele <i>Giuseppe Vettori</i>	65
The legal effects of merger clauses from the polish perspective: the problem of interpretation of contracts and beyond <i>Radosław Strugała</i>	77
Contratto internazionale e «obbligatorietà» della rinegoziazione <i>Alberto Venturelli</i>	87

PARTE SECONDA

LA REAZIONE DEL DIRITTO APPLICABILE

Sui rapporti fra norme di conflitto e norme materiali uniformi in tema di contratti internazionali <i>Pietro Franzina</i>	123
La scelta dei <i>Principles of European Contract Law</i> (PECL) come legge applicabile al contratto <i>Pietro Sirena</i>	139

Il contratto internazionale tra diritto nazionale e ambizioni di delocalizzazione <i>Giuditta Cordero-Moss</i>	153
L'armonizzazione del diritto contrattuale latinoamericano: premesse per una discussione <i>Mauro Grondona</i>	175
Law applicable to contract and contractual clauses on the entrustment of personal data for processing in transnational business transactions <i>Piotr Rodziewicz</i>	199
<i>Gli Autori</i>	213

INTRODUZIONE
AUTONOMIA PRIVATA E DIRITTO APPLICABILE
NEI CONTRATTI TRANSNAZIONALI

Aurelio Gentili

SOMMARIO: 1. Il contratto transnazionale come nodo di regole dell'autonomia privata e della legge applicabile. – 2. Per una individuazione della nozione di contratto transnazionale. – 3. L'autonomia delle parti e le sue asimmetrie. – 4. La possibilità di un ordine pubblico internazionale correttivo dell'asimmetria. – 5. L'autonomia delle parti e l'autoregolazione *ex ante* del contratto: efficacia e limiti delle *merger clauses*. – 6. L'autonomia delle parti e l'autoregolazione *ex post* del contratto: la rinegoziazione. – 7. La reazione del diritto nonostante tutto applicabile alle clausole standardizzate. – 8. La scelta per un diritto opzionale: il caso dei PECL. – 9. Paese che vai, diritto che trovi: come i diversi ordinamenti reagiscano diversamente sulle stesse clausole standardizzate. – 10. Per un possibile diritto armonizzato: il caso dell'America latina. – 11. Una ipotesi particolare: i contratti sul *data processing*. – 12. Conclusione.

1. *Il contratto transnazionale come nodo di regole dell'autonomia privata e della legge applicabile*

È stato detto che l'impresa è un nodo di contratti. Si potrebbe dire che il contratto è un nodo di regole. Ma purché consci che i fili che vi si intrecciano sono diversi fra loro. Un filo è quello dell'autonomia privata: le specifiche previsioni con cui le parti determinano l'oggetto del loro scambio, e i reciproci diritti e doveri, individuandone contenuti, modi, tempi e luoghi. Un altro è quello della legge applicabile¹: le norme che regolano la struttura, i requisiti, la conclusione, l'interpretazione, l'efficacia e l'esecuzione dei patti.

È il primo filo che disegna la trama. Ma essa si tiene sull'ordito che il secondo filo fornisce. Si tesse così l'intreccio dei rapporti che legheranno le parti.

Se i tessitori sono bravi, il disegno non ha falle: le regole della libertà e le regole dell'autorità si intersecano armonicamente nel dire ai con-

¹ Vero con evidenza dei contratti disciplinati dal *civil Law*, ciò è altrettanto vero dei contratti governati dal *common Law*. La differenza sta solo nell'approccio dei redattori: nell'area euro-continentale l'intrusione della legge, e per essa del giudice, nel contratto non è solo subita ma favorita, mentre nel diritto anglo-americano si tende a restringerne il più possibile l'incidenza.

traenti chi può o deve fare cosa. Nei sistemi di *civil Law* la disciplina legale dei contratti non è solo un limite alla loro discrezionalità ma prima ancora uno strumento che accorda il tema introdotto dalle libere scelte dei privati con il ritmo adatto a modularlo. Nei sistemi di *common Law* se anche mancano *statutes* non mancano principi giurisprudenziali che diano il tono a quel tema.

Ma a volte questa consonanza manca, l'accordo stride, e le regole del contratto, autonome ed eteronome, s'aggravano in modi che giustificherebbero l'interprete chiamato a scioglierli a commentare 'questo è un nodo avviluppato,/questo è un gruppo rintrecciato'². L'armonia del contratto con la legge non è prestabilita come quella delle monadi.

La consonanza delle regole interne con le fonti esterne manca tipicamente quando il contratto non si chiude in un alveo nazionale. Quando cioè scavalca i confini, e con essi gli ambiti di efficacia dei relativi ordinamenti. La dissonanza può essere specificamente geografica: per le parti, per l'oggetto, per i luoghi dell'esecuzione, o perché semplicemente il patto non ha un luogo e vive nel mondo virtuale della rete. È il caso dei contratti *internazionali*³. Ma può anche essere meramente culturale: quando per l'impianto, per la tipologia, per gli assetti, il contratto è estraneo ai luoghi normativi in cui va a situarsi. È il caso dei contratti *alieni*⁴.

Proprio a questa possibile dissonanza vuole sfuggire il contratto che si usa definire 'transnazionale', checché l'aggettivo poi significhi in dettaglio (la disparata residenza delle parti? il plurimo collegamento con più di un ordinamento? la possibile scelta fra più leggi applicabili? l'operatività in più ambiti territoriali?). Esso comunque significa contratto che vuole essere senza Stato, o oltre lo Stato, come ci ricorda Massimo Foglia nel saggio di apertura.

Le leggi sono locali. Il contratto senza luogo non può che rifuggirne. E per sfuggirvi ricorre a due singolari rimedi.

Rendersi *apolide*. Annodare, cioè, la trama delle regole dell'autonomia privata a prescindere da qualsiasi loro inserimento nell'ordito di un ordinamento giuridico. Non è difficile comprenderne il perché. L'imprenditore – quale regolarmente è almeno una delle parti – vuole sapere cosa attendersi dal contratto che predispone o concorda. E garantirsi che gli effetti saranno costantemente quelli attesi, quale che sia l'ordinamento in cui andranno a verificarsi. Solo questo consente un attendibile calcolo

² J. FERRETTI, *Cenerentola*, Atto II, Scena VIII.

³ G. CORDERO-MOSS, *International Commercial Contracts*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014; P. NYGH, *Autonomy in International Contracts*, Clarendon Press, Oxford, 1999; F. BORTOLOTTI, *Diritto dei contratti internazionali*, Cedam, Padova, 1997.

⁴ G. DE NOVA, *Il contratto alieno*, Giappichelli, Torino, 2010.

preventivo del rapporto costi-benefici. Le regole proprie del patto lo rendono possibile: perché sono pensate *ad hoc* da uffici o studi legali ben consci delle necessità dell'impresa e dei vincoli che gli ordinamenti impongono, e perché offrono risposte specifiche ai casi regolati. Le regole introdotte dalla legge applicabile non lo rendono possibile: sia perché, astratte e generali come sono, introducono incertezza, e possono correggere il funzionamento delle previsioni stipulate; sia perché reagiscono diversamente in ordinamenti diversi. Nell'epoca del diritto *à la carte*⁵ molte possono essere perciò le ragioni per non sceglierne alcuno. Nelle contrattazioni individuali tra parti di diversa nazionalità non scegliere è un mezzo di almeno formale neutralità, che facilita l'intesa. Nelle seriali è un modo per sfuggire alla varietà che i diversi sistemi legali introdurrebbero nei patti. Per questi motivi il contratto che nasce transnazionale si fa apolide, sceglie cioè di non acquisire alcuna cittadinanza. Del resto nel mercato ormai globale è solo un vantaggio essere cittadino del mondo.

Rendersi conseguentemente *autarchico*. Per fare a meno del supporto della legge il contratto deve supplirla. Governare cioè con le proprie regole non solo il proprio oggetto, non solo la svariata casistica possibile, ma addirittura sé stesso. Intrecciare il filo dell'autonomia privata senza il filo della legge applicabile. Per la verità almeno in prima battuta il ricorso ad un sistema giuridico sarebbe giovevole. Esso con i suoi precetti generali fornisce un impianto strutturato all'accordo, e una soluzione anche a ciò che le parti non hanno previsto. È l'ordito che regge la trama. Ma gli svantaggi possono essere superiori ai vantaggi. E poi: ce n'è veramente bisogno? No, se il contratto è di per sé strutturato e completo. Meglio allora, accanto alle regole del caso, accanto alle regole per tutti i casi prevedibili, disciplinare anche sé stesso, e cioè la propria struttura, i propri requisiti, la propria conclusione, la propria interpretazione, la propria efficacia, la propria rinegoziazione. Un contratto che non è in alcun ordinamento diviene esso stesso il proprio ordinamento.

Questo, nell'intenzione. Ma è dubbio se l'intento così perseguito colga il risultato. Se da un lato è vero che nel contratto transnazionale l'autonomia privata si espande fino ai suoi estremi limiti per supplire ad un voluto difetto di cittadinanza del patto attraverso la sua autosufficienza, dall'altro è evidente che anche così difficilmente esso sfugge all'intervento della legge. Della legge, di una qualsiasi legge, si può fare a meno fino a che non sorgono problemi. Ma quando sorgono è ad una legge che bisogna ricorrere. Anche l'interpretazione ed applicazione delle regole con

⁵ G. TEUBNER, *Diritto policontesturale: prospettive giuridiche della pluralizzazione dei mondi sociali*, La Città del Sole, Napoli, 2006.

FISIONOMIA DEL CONTRATTO TRANSNAZIONALE

Massimo Foglia

SOMMARIO: 1. Il contratto apolide. – 2. Modelli contrattuali: alle origini di una distinzione. – 3. Il contratto delle imprese nella dimensione transnazionale. – 4. La logica delle tecniche di protezione del testo contrattuale. – 5. Considerazioni conclusive.

1. *Il contratto apolide*

Nel solco del più ampio dibattito sul diritto privato senza Stato (*without State*) o aldilà dello Stato (*beyond the State*)¹, l'istituto del contratto è destinato sempre più a superare gli steccati del diritto domestico e ad essere perciò studiato in una dimensione sovranazionale².

Non vi è univocità di posizioni sul carattere *trans*-nazionale (o internazionale) del contratto. Il contratto transnazionale riguarda persone fisiche o giuridiche appartenenti a Stati diversi, tuttavia l'accostamento all'aggettivo "transnazionale" dà luogo ad una formula all'apparenza ambigua: nella manualistica si fa tradizionalmente riferimento a quelle fattispecie contrattuali caratterizzate da «elementi di estraneità al diritto locale», dunque non destinate ad esaurirsi nell'ambito di unico ordinamento statale³.

¹ V., per tutti, G. DE NOVA, *Contratti senza Stato (a proposito del Draft CFR)*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, p. 667 ss.

² Il rilievo è ormai comune in dottrina: v., tra i molti, G. ALPA, *Il contratto del terzo millennio: intervento conclusivo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, I, p. 1158 ss.; M. FRANZONI, *Il contratto nel mercato globale*, in *Contr. e impresa*, 2013, p. 69 ss.; V. ROPPO, *Il contratto del duemila*, III ed., Giappichelli, Torino, 2011; S. MAZZAMUTO, *Il contratto europeo nel tempo della crisi*, in *Europa dir. priv.*, 2010, p. 601 ss.; F. GALGANO, *La categoria del contratto alle soglie del terzo millennio*, in *Contr. e impresa*, 2000, p. 919 ss.

³ Definizione, questa, che non sembra però convincere, poiché ritenuta di stampo spiccatamente internazional-privatistico: essa si focalizza sulla presenza di elementi di contatto con più di un ordinamento, ed è finalizzata all'individuazione, per mezzo delle norme di conflitto, della legge applicabile al contratto internazionale, ossia alla scelta della legge tra uno Stato ed un altro. Il contratto transnazionale va poi distinto dal contratto «alieno» (su cui, in part., G. DE NOVA, *Il contratto alieno*, Giappichelli, Torino, 2008). Quest'ultimo, la cui disciplina è interamente riconducibile, per effetto di una *choice-of-law clause*, alla legge nazionale (di almeno una) delle parti, è – con le parole di Aurelio Gentili – internazionale solo "nel profumo" (A. GENTILI, *L'interpretazione del contratto alieno*, in *Riv. dir. priv.*, 2016, p. 248), dato che «a pre-

AUTONOMIA NEGOZIALE NEI CODICI CIVILI EUROPEI E NEI CONTRATTI TRANSNAZIONALI*

Salvatore Patti

SOMMARIO: 1. Contratti transnazionali e diritto applicabile. – 2. Autonomia negoziale nella predisposizione dei contratti transnazionali tra imprese e convergenza degli ordinamenti giuridici. – 3. Il significato attuale dell'autonomia negoziale. – 4. Norme imperative a tutela del contraente debole e contratti transnazionali.

1. *Contratti transnazionali e diritto applicabile*

Il riferimento ai codici civili, in un saggio dedicato all'autonomia negoziale nei contratti transnazionali, potrebbe suscitare dei dubbi, poiché la contrattazione transazionale a prima vista sembra avulsa dagli ordinamenti giuridici statali. In realtà, può ravvisarsi un collegamento molto preciso perché, seppure i codici civili europei erano stati pensati soprattutto per i contratti nazionali, se le parti del contratto transnazionale indicano un diritto applicabile quest'ultimo disciplinerà quel contratto. Ancora, pur quando il contratto nulla stabilisce al riguardo, in caso di lite, nonostante la tendenziale «completezza» di regolamentazione prevista dalle parti, che aspirano alla «autosufficienza» del testo predisposto, sarà necessario stabilire qual è il diritto applicabile¹. Appare pertanto opportuno esaminare i crescenti limiti posti da alcuni ordinamenti giuridici all'autonomia negoziale, che oggi presenta rilevanti differenze rispetto a quella concepita nei codici europei dell'Ottocento e del Novecento, al fine di verificare in qual misura i suddetti limiti incidono nel caso dei contratti transnazionali, spesso ben diversi dai contratti tradizionalmente disciplinati dai codici².

* Lo scritto è destinato al *Liber amicorum* per Angelo Davì.

¹ Cfr. G. DE NOVA, *Il contratto alieno e le norme materiali*, in *Riv. dir. priv.*, 2009, p. 25 ss. In merito alle fonti del diritto dei contratti internazionali, cfr. per tutti A. FRIGNANI, M. TORSELLO, *Il contratto internazionale. Diritto comparato e prassi commerciale*, II ed., Cedam, Padova, 2010, p. 11 ss.

² Il problema è affrontato nella prospettiva della concorrenza tra gli ordinamenti giuridici da S. VOGENAUER, *Regulatory Competition through Choice of Contract Law and Choice of Forum in Europe: Theory and Evidence*, in *European Review of Private Law*, 2013, p. 13 ss.

CONTROLLO GIUDIZIALE DEL CONTRATTO TRANSNAZIONALE ED EFFETTIVITÀ DELLE TUTELE

Giuseppe Vettori

SOMMARIO: 1. Il diritto sconfinato e l'economia globale – 2. L'ordine pubblico interno e internazionale – 3. Il controllo di meritevolezza – 4. Il controllo dogmatico sul giudizio di validità.

1. *Il diritto sconfinato e l'economia globale*

La sconfinatezza del mondo globale è stata descritta con parole chiare contrapponendo il diritto e la politica all'economia¹.

Se lo Stato è la “sintesi di popolo, territorio, sovranità” che raccoglie in sé politica e diritto, individuati da confini certi come “antiche mura”. Diversa affatto è l'economia sciolta da ogni vincolo che alleandosi con la tecnologia elettronica, si espande in spazi reali e virtuali. Il problema è “quale diritto regge e governa tale fenomeno”.

La risposta di Irti è netta, ma inquietante. L'economia si distende senza confini «impianta produzione e scambio qui o là, calcola costi e benefici dei singoli diritti e preferisce l'uno all'altro». Così, all'ordine giuridico del mercato subentra il mercato degli ordini giuridici, “non più il diritto determina il luogo dell'economia, bensì l'economia sceglie il luogo del diritto”².

Ai critici più acuti non era sfuggito, già allora, il rischio grave³ di legittimare e incentivare un reticolo giuridico protettivo dei soli traffici

¹ N. IRTI, *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2001; ID., voce *Geo-diritto*, in *Enciclopedia del novecento*, III, 2004, in www.treccani.it, da cui le citazioni nel testo.

² N. IRTI, *Geo-diritto*, cit., pp. 4, 5, 9, 11 e 13, ma anche P. GROSSI, *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, in *Foro it.*, 2002, c. 151 ss.; M.R. FERRARESE, voce *Globalizzazione giuridica*, in *Enc. dir.*, Annali, IV, Giuffrè, Milano, 2011, p. 553 ss.; ID., *Le istituzioni della globalizzazione: diritto e diritti nella società transnazionale*, Il Mulino, Bologna, 2000, ove la globalizzazione come tratto del tempo e come netta cesura fra un prima e un dopo. La dimensione giuridica del fenomeno era fissata nel declino del monopolio legislativo degli Stati e nell'imporsi di un ordine che «nasceva dai fatti» e ad essi «si mescolava» rifiutando il canone della conformità per quello della effettività. Così P. GROSSI, *Globalizzazione e pluralismo giuridico*, in *Quaderni fiorentini*, 2001, p. 551.

³ P. GROSSI, *Globalizzazione e pluralismo giuridico*, cit., p. 29, p. 551 ss.

THE LEGAL EFFECTS OF MERGER CLAUSES FROM THE POLISH PERSPECTIVE: THE PROBLEM OF INTERPRETATION OF CONTRACTS AND BEYOND

Radostław Strugała

CONTENTS: 1. General remarks. – 2. Interpretation of merger clauses under the Polish Law. – 3. Prior informal (oral) agreements between the parties. – 4. Interpretation of the contract. – 5. Conclusions.

1. *General remarks*

The term “merger clause” (also known as an entire agreement clause or integration clause) is a provision in a written contract stating that the document in which it was placed represents the parties’ complete and final agreement and constitutes the sole source of agreement between the parties. Typically it uses the following wording: “This Agreement represents the Parties’ entire understanding regarding the subject matter herein’ or ‘The contract contains the entire contract and understanding between the parties hereto and supersedes all prior negotiations, representations, undertakings and agreements on any subject matter of the contract’¹. While originating from the common law systems, merger clauses are commonly used within the context of international contracts. Moreover, they are more often inserted into purely domestic contracts governed by national laws which belong to civil law rather than to common law tradition². Undoubtedly this is the case of Poland where the application of merger clauses appears to be on the constant increase.

¹ See *inter alia* M. FONTAINE, F. DE LY, *Drafting International Contracts: An Analysis of Contract Clauses*, Martinus Nijhoff, Leiden-Boston, 2009, p. 130; G. CORDERO-MOSS, *Does the use of common law contract models give rise to a tacit choice of law or to a harmonised, transnational interpretation?*, in G. CORDERO-MOSS (ed.), *Boilerplate Clauses, International Commercial Contracts and the Applicable Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, p. 49; G. DE NOVA, *Il contratto. Dal contratto atipico al contratto alieno*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 34; M. FOGLIA, *Il contratto autoregolato: le merger clauses*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 2; R. STRUGAŁA, *Standardowe klauzule umowne: adaptacyjne, salwatoryjne, merger, interpretacyjne oraz pactum de forma*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa, 2013, p. 8. This paper is concerned with merger clauses having the above or an equivalent formulation. More specific merger clauses, sometimes referred to as acknowledgements of nonreliance, remain outside the scope of the paper.

² M. FONTAINE, F. DE LY, *Drafting International Contracts*, cit., p. 129; M. FOGLIA, *Il contratto autoregolato*, cit., p. 1; R. STRUGAŁA, *Standardowe klauzule umowne*, cit.

CONTRATTAZIONE INTERNAZIONALE E «OBBLIGATORIETÀ» DELLA RINEGOZIAZIONE

Alberto Venturelli

SOMMARIO: 1. La rinegoziazione legale. – 2. La rinegoziazione convenzionale. – 3. L'incidenza della contrattazione internazionale: le clausole di «forza maggiore». – 4. *Segue*: le clausole di «hardship». – 5. *Segue*: l'«irrisolubilità» del contratto per impossibilità e per eccessiva onerosità.

1. *La rinegoziazione legale*

Il riconoscimento della funzione integrativa della regola di buona fede non rappresenta motivo sufficiente per attribuire contorni di generalizzata obbligatorietà alla rinegoziazione delle condizioni contrattuali.

La liceità di quest'ultima, naturalmente, non può essere contestata: è la stessa nozione di contratto offerta dall'art. 1321 c.c. a chiarire che le parti possono liberamente «regolare» i contenuti di un rapporto giuridico patrimoniale precedentemente costituito fino a pervenire al suo scioglimento convenzionale e ciò rende a maggior ragione legittima l'instaurazione di nuove trattative finalizzate ai medesimi obiettivi.

Una parte significativa della dottrina, tuttavia, aggiunge che la rinegoziazione dovrebbe essere considerata obbligatoria in una relazione contrattuale avente esecuzione prolungata nel tempo, quando sopravvenienze collegate a fatti imprevedibili al momento della stipulazione, non imputabili ai contraenti ed idonei ad incidere negativamente sulla convenienza economica o sulla materiale realizzabilità della prestazione ostacolano la prosecuzione della relazione stessa. Secondo tale posizione, solo un obbligo di fonte legale garantirebbe la possibilità di attuare un principio generale di natura conservativa ricavabile dal congiunto intervento integrativo delle regole di equità e buona fede e diretto ad impedire che un'incondizionata applicazione dei rimedi di natura eliminativa testualmente regolati dalla legge – quali la risoluzione per impossibilità o eccessiva onerosità – sacrifichi le ragioni di chi, pur essendo chiamato ad eseguire una prestazione divenuta per lui sveniente, conservi comunque interesse all'ottenimento di una controprestazione opportunamente adattata e preferisca dunque modificare il regolamento contrattuale tenendo conto della mutata situazione fattuale in cui la fase esecutiva dovrebbe completarsi. In questo ordine di ipotesi, per

SUI RAPPORTI FRA NORME DI CONFLITTO E NORME MATERIALI UNIFORMI IN TEMA DI CONTRATTI INTERNAZIONALI

Pietro Franzina

SOMMARIO: 1. Le tecniche di regolamentazione dei contratti internazionali. – 2. Il primato delle norme materiali uniformi sulle norme di conflitto. – 3. I limiti del primato: le condizioni di applicabilità delle norme materiali uniformi. – 4. L'autonomia dei regimi materiali uniformi rispetto ai sistemi giuridici statali: la questione dell'*opting out*. – 5. *Segue*: il problema dell'ammissibilità e del fondamento dell'*opting in*. – 6. Considerazioni conclusive.

1. *Le tecniche di regolamentazione dei contratti internazionali*

Per individuare il regime materiale applicabile a un contratto internazionale, i giudici statali si rifanno in genere a due tecniche.

La prima consiste nella identificazione dell'ordinamento giuridico statale da cui attingere le norme generali ed astratte chiamate a disciplinare la fattispecie. Ci si serve per questo di regole particolari – dette regole di collisione, o di conflitto – il cui compito specifico consiste, precisamente, nella selezione del diritto applicabile ai rapporti caratterizzati da elementi di internazionalità. Sono tali, ad esempio, le norme del regolamento (CE) n. 593/2008 del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I)¹, o quelle della convenzione dell'Aja del 15 giugno 1955 sulla legge applicabile alla vendita internazionali di oggetti mobili corporali².

La seconda tecnica, invece, implica la predisposizione di norme materiali internazionalmente uniformi – come, ad esempio, quelle della convenzione delle Nazioni Unite sui contratti di compravendita internazionale di beni mobili, fatta a Vienna l'11 aprile 1980 (CISG)³, o quelle della convenzione di Città del Capo del 16 novembre 2001 relativa alle garanzie internazionali su beni mobili strumentali⁴ – e consiste nell'impiego di tali norme quali fonte di regolamentazione materiale delle fatti-

¹ Gazz. uff. Unione eur., L 177 del 4 luglio 2008.

² Per il testo della convenzione v. il sito web della Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato all'indirizzo <http://hcch.net>.

³ Il testo può leggersi nel sito web della Commissione delle Nazioni Unite per il diritto commerciale internazionale (Uncitral) all'indirizzo <http://unictral.un.org>.

⁴ Per il testo, v. il sito web dell'Istituto internazionale per l'unificazione del diritto privato (Unidroit) all'indirizzo <http://www.unidroit.org>.

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

Pietro Sirena

SOMMARIO: 1. L'applicabilità dei PECL e le loro funzioni. – 2. La natura giuridica degli strumenti di *soft law*. – 3. L'impatto dei PECL (e dei PICC): sul diritto nazionale degli Stati Membri. - 3.1. *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. *L'applicabilità dei PECL e le loro funzioni*

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 2002². Si tratta di “diritto scientifico” perché i

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*, Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht, Bonn, 2003; C. CASTRONOVO, *I Principi di diritto europeo dei contratti e l'idea di codice*, in *Riv. dir. comm.*, 1995, I, p. 21 ss.; G. ALPA, *La seconda versione dei Principles of European Contract Law*, in *Nuova giur. 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, Kluwer 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, Kluwer 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, Giuffrè, 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 European Contract Law*, ed. by O. LANDO, E. CLIVE, A. PRÜM, R. ZIMMERMANN, Part III, prepared by the Commission of European Contract Law, Kluwer Law, The Hague-London-Boston, 2002).

IL CONTRATTO INTERNAZIONALE TRA DIRITTO NAZIONALE E AMBIZIONI DI DELOCALIZZAZIONE

Giuditta Cordero-Moss

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'importanza dello specifico diritto applicabile. - 2.1. Convergenza tra i vari ordinamenti giuridici. - 2.2. Distinzione tra gli ordinamenti giuridici. – 3. L'esempio degli ordinamenti norvegesi e inglese. – 4. Un diritto uniforme transnazionale? – 5. Conclusione.

1. *Introduzione*

La pratica del contratto commerciale internazionale mostra come molto spesso le parti scrivano un contratto con l'ambizione, conscia o meno, di ottenere un documento non solo autosufficiente, ma anche giuridicamente autarchico – non solo completo e contenente la regolamentazione di ogni pensabile sviluppo od eventualità che possa verificarsi nel corso dell'adempimento del contratto, ma anche un contratto che contenga tutti i principi e le regole in base ai quali il contratto stesso possa essere interpretato ed applicato.

Il contratto, quindi, regola tutte le eventualità con lo scopo di escludere la necessità di consultare fonti esterne, incluso il diritto applicabile; il contratto, inoltre, contiene esso stesso clausole che regolano come il contratto vada interpretato ed eseguito, spesso definite come *boilerplate clauses*, in modo da escludere la necessità di applicare non solo le regole specifiche, ma anche i principi generali del diritto civile.

Inoltre le *boilerplate clauses*, in quanto clausole non specifiche per quella particolare transazione (quali invece il prezzo, le specificazioni tecniche, la tempistica dell'adempimento), sono di solito standardizzate e non vengono quindi minimamente adattate al diritto applicabile; il contratto avrà dunque le stesse *boilerplate clauses* che regolano come il contratto vada interpretato ed eseguito indipendentemente dal fatto che sia soggetto al diritto italiano, russo, inglese, o così via.

Altrove ho spiegato come questa pratica non sia (necessariamente) frutto di ingenuità giuridica o di negligenza professionale¹. Una società multinazionale che concluda contratti in svariati paesi è comprensibil-

¹ G. CORDERO-MOSS, *Interpretation of contracts in international commercial arbitration: diversity on more than one level*, in *European Review of Private Law*, 1, 2014, pp. 13-36.

L'ARMONIZZAZIONE DEL DIRITTO CONTRATTUALE LATINOAMERICANO: PREMESSE PER UNA DISCUSSIONE

Mauro Grondona

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Tullio Ascarelli e la dottrina latinoamericana: una prospettiva ancora attuale. – 3. L'America Latina tra Europa e Stati Uniti. – 4. Codificazione e ricodificazione del diritto privato europeo e latinoamericano. – 5. Ordoliberalismo e diritto privato europeo: tra libertà e giustizia. – 6. *Segue*: Ordoliberalismo e diritto privato europeo: tra certezza ed efficienza. – 7. I progetti latinoamericani – 8. Considerazioni conclusive.

1. Premessa

Mi propongo di richiamare una serie di elementi al solo scopo di impostare una discussione che, mi pare, è largamente ancora tutta da svolgere – e che in qualche misura passa anche attraverso la spesso spinosa tematica dei ‘fondamenti del diritto privato’, tanto europeo quanto latinoamericano¹ –, sulla vicenda codificatoria (da qui a un futuro sperabilmente prossimo) del diritto privato e in particolare del diritto contrattuale in America Latina².

Orbene, proprio in sede, autentica e non retorica, di ‘premesse per una futura (ma che non sarebbe bene ulteriormente rinviare, e ciò soprattutto in quanto giusprivatisti italiani) discussione’, mi pare che uno

¹ È allora molto desiderabile la pubblicazione degli interventi e della (accesa) discussione che si sono svolti presso l'Università di Trento il 13 e 14 dicembre 2018, sui ‘Fondamenti del diritto europeo’. È del resto noto come una parte sempre maggiore di romanisti italiani, e non solo, presti la giusta attenzione all'America Latina, naturalmente senza alcun proposito attualizzante, che poi sarebbe una forma di neo-colonialismo: tuttora sagge mi paiono le parole di H. VALLADÃO, *Le droit latino-américain*, Recueil Sirey, Paris, 1954 – è il discorso pronunciato a Parigi nella sessione inaugurale del quarto congresso internazionale di diritto comparato: colpisce l'attenzione per il versante costituzionale, *sub specie* di costituzionalizzazione dei diritti, e quindi per la «supremazia del potere giudiziario a difesa della Costituzione e a garanzia dei diritti individuali» (p. 21).

² V. ora R. MOMBERG, S. VOGENAUER, *The Future of Contract Law in Latin America. The Principles of Latin American Contract Law*, Hart Publishing, Oxford-Portland (Oregon), 2017 (che si concentrano su uno specifico progetto cui *infra* dedicherò qualche breve considerazione, laddove l'America Latina ha conosciuto e conosce una varietà di proposte, la cui ricchezza a volte sorprende); e v. allora R. MOMBERG, *Harmonization of Contract Law in Latin America: Past and Present Initiatives*, in *Uniform Law Review*, 2014, p. 411 ss.; in prospettiva più generale, cfr. S. LANNI, *Il diritto nell'America Latina*, ESI, Napoli, 2017.

LAW APPLICABLE TO CONTRACT
AND CONTRACTUAL CLAUSES ON THE ENTRUSTMENT
OF PERSONAL DATA FOR PROCESSING
IN TRANSNATIONAL BUSINESS TRANSACTIONS

Piotr Rodziewicz

CONTENTS: 1. Preliminary issues. – 2. The entrustment of personal data for processing – private law contracts with certain impacts on the lawfulness of personal data processing. – 3. Relation between contractual clauses on the entrustment of personal data for processing and the main contract. – 4. Choice of law and its impact on contracts and contract clauses concerning entrustment of personal data for processing. – 5. Law applicable to contracts or contractual clauses concerning the entrustment of personal data for processing in the absence or ineffectiveness of the choice of law. – 6. Final conclusions.

1. *Preliminary issues*

International trade is increasingly not just about commodity and money exchange, but its subject is to provide complex cross-border services, in respect of which parties' essential duties come down to the processing of information, including those constituting personal data¹. The best examples are service centres created by transnational companies whose task is to provide outsourcing services in the field of accounting, analyses, statistics, cost optimization etc., addressed to entities operating in many countries². Cross-border cooperation in the indicated scope materialises through contract law. The above-mentioned relationships contain a foreign element from a private international law point of view. Therefore, due to the existence of a foreign element, for each of the legal relationships there is a need to determine law applicable. Those contracts acquire a complex character as, quite apart from the regulation of the parties' fundamental rights and obligations, they also concern matters not directly regulated by contract law since the contract aims to achieve certain objectives stemming from considerations other than contract law³. An example of the above may be

¹ Cfr. W.F. FOX, *International Commercial Agreements: A Primer on Drafting, Negotiating and Resolving Disputes*, IV ed., Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2009, p. 217.

² See and cfr. R. MCIVOR, *Global Services Outsourcing*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, p. 7.

³ Cfr. R. MORGAN, R. BOARDMAN, *Implementing data protection compliance*, Sweet & Maxwell, London, 2003, p. 221.

GLI AUTORI

GIUDITTA CORDERO-MOSS, Professore ordinario di Diritto privato nell'Università di Oslo

MASSIMO FOGLIA, Ricercatore di Diritto privato nell'Università degli Studi di Bergamo

PIETRO FRANZINA, Professore associato di Diritto internazionale privato nell'Università degli Studi di Ferrara

AURELIO GENTILI, Professore emerito di Diritto privato nell'Università degli Studi di Roma Tre

MAURO GRONDONA, Professore associato di Diritto privato nell'Università degli Studi di Genova

SALVATORE PATTI, Professore ordinario di Diritto privato nell'Università di Roma "Sapienza"

PIOTR RODZIEWICZ, Assistant Professor in Civil Law at the Department of Civil and Private International Law, University of Wrocław

PIETRO SIRENA, Professore ordinario di Diritto privato nell'Università Bocconi di Milano

RADOSŁAW STRUGAŁA, Assistant Professor in Civil Law at the Department of Civil and Private International Law, University of Wrocław

ALBERTO VENTURELLI, Professore associato di Diritto privato nell'Università degli Studi di Brescia

GIUSEPPE VETTORI, Professore ordinario di Diritto privato nell'Università degli Studi di Firenze

Edizioni ETS

Palazzo Roncioni - Lungarno Mediceo, 16, I-56127 Pisa

info@edizioniets.com - www.edizioniets.com

Finito di stampare nel mese di ottobre 2019