

RIVISTA ITALIANA
PER LE
SCIENZE GIURIDICHE

Fondata da Francesco Schupfer e Guido Fusinato

SOTTO GLI AUSPICI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA
DELLA SAPIENZA - UNIVERSITÀ DI ROMA

DIRETTORE

Mario Caravale

nuova serie

1
2010



JOVENE EDITORE

1. Sono stato invitato a parlare in questa sessione dedicata alla *lex mercatoria* dei Principi UNIDROIT – per esteso: Principi UNIDROIT dei contratti commerciali internazionali 2004 – e lo faccio molto volentieri per almeno due motivi.

Il fenomeno della *lex mercatoria* o – se volete – del diritto vivente del commercio internazionale, quale da tempo si sta sviluppando al di fuori ed al di sopra dei singoli ordinamenti statali sotto forma di clausole tipo, contratti modello, *guidelines* ecc., è al centro dei miei interessi fin da quando nell'ormai lontano 1976 pubblicai la mia prima monografia dedicata, per l'appunto, alle «regole oggettive del commercio internazionale».

Quanto poi ai Principi UNIDROIT, avendo avuto il privilegio di essere stato fin dall'inizio coinvolto nella loro elaborazione, essi rappresentano ormai la mia grande passione, e quindi ogni occasione è buona – figuriamoci poi un incontro come quello odierno con i Colleghi e gli studenti della nostra Facoltà – per divulgare ... la buona novella.

2. Siamo stati invitati a rispettare rigorosamente i tempi assegnatici e siccome venti minuti per trattare un tema complesso come quello del rapporto tra la *lex mercatoria* e i Principi UNIDROIT non sono molti, entro subito *in medias res* avvertendo che i Principi UNIDROIT non possono confondersi con la *lex mercatoria*, almeno non così com'è stata comunemente concepita fin qui.

Mi spiego. Finora il ricorso alla *lex mercatoria* quale alternativa rispetto ai diritti nazionali nella regolamentazione delle contrattazioni commerciali internazionali ha presentato parecchi inconvenienti e prestato il fianco a più di una critica. *Lex mercatoria* sì, ma quale *lex mercatoria*? Quali i suoi contenuti, quali le garanzie che dietro l'etichetta dei «principi generali di diritto» o degli «usi del commercio internazionale» non si nascondessero, se non addirittura le opinioni personali dei singoli arbitri, le pratiche negoziali imposte dagli operatori economici più forti e meglio organizzati nei rispettivi settori del traffico?

Come meravigliarsi dell'accusa di «approssimazione» (sono le parole di Jean Robert) o, peggio, di «*palm-tree justice*» (secondo il giudizio sprezzante di Francis A. Mann), se gli stessi fautori della *lex mercatoria*, dopo averla in astratto enfaticamente descritta come un sistema normativo composto, oltre che dai c.d. usi internazionali, dai principi generali di diritto universalmente riconosciuti, in concreto normalmente non sono andati oltre l'elencazione di alcuni principi a carattere generalissimo (*pacta sunt serranda*; clausola *rebus sic stantibus*; divieto dell'abuso di diritto; diritto al risarcimento dei danni in caso di inadempimento colposo; etc.) e/o la citazione di qualche sentenza arbitrale nella quale gli stessi avrebbero ricevuto pratica applicazione?

Rispetto a questa *lex mercatoria* l'avvento dei Principi UNIDROIT segna un vero e proprio salto di qualità – come sottolinea Francesco Galgano nel suo bellissimo saggio sulla «Globalizzazione nello specchio del diritto», ma analoghi giudizi sono stati espressi anche da altri esperti della materia come ad es. Pierre Lalive, Fritz Juenger e Roy Goode.

Salto di qualità perché?

3. Anzitutto perché i Principi UNIDROIT – che sono il risultato di anni di lavoro da parte di un gruppo di esperti provenienti da tutti i principali sistemi giuridici e/o aree geo-politiche del mondo – non sono una semplice raccolta di qualche sporadico principio generale del diritto o di usi vigenti in questo o quest'altro settore del traffico. Essi rappresentano – sul modello dei *Restatements of the Law* degli Stati Uniti – una vera e propria «codificazione» privata del diritto dei contratti commerciali internazionali, che nell'attuale versione consta di ben 185 articoli suddivisi in 10 capitoli ed offre una regolamentazione sistematica ed esaustiva degli aspetti più importanti del diritto dei contratti in generale, oltre che di istituti non meno rilevanti nei rapporti commerciali internazionali, come la rappresentanza, la cessione dei crediti, la compensazione e la prescrizione.

Ma vi è di più. Il vero salto di qualità rispetto alla *lex mercatoria* così com'era stata fin qui concepita e praticata – e che lo stesso Galgano non esitava a definire «diritto tecnocratico e dispotico» – sta nel fatto che i Principi UNIDROIT, oltre a statuire principi e norme generalmente riconosciuti a livello internazionale e/o rispondenti alle

effettive esigenze del commercio internazionale, si propongono anche di trovare «il giusto punto di equilibrio fra le ragioni dell'impresa e le esigenze di protezione del contraente debole».

Qualche esempio? Basti ricordare le disposizioni in tema di *gross disparity* o di *hardship*; il divieto del *venire contra factum proprium*, le disposizioni sulle clausole di esonero e sulle clausole penali, per non parlare della Sezione riguardante i contratti illeciti attualmente in corso di elaborazione in vista di una nuova edizione dei Principi UNIDROIT che dovrebbe vedere la luce nel 2010.

Ora non c'è dubbio che il fatto stesso che alcune delle regole contenute in uno strumento di *soft law* – ovvero di per sé privo di efficacia vincolante – come i Principi UNIDROIT, pretendano di avere carattere imperativo possa destare meraviglia e non essere immediatamente compreso nella sua vera portata. Sta di fatto, comunque, che è anche grazie a queste disposizioni imperative che – come giustamente ha osservato, tra gli altri, Ulrich Drobnig – i Principi UNIDROIT possono legittimamente aspirare ad essere una normativa dei contratti commerciali internazionali autonomo ed autosufficiente.

4. I dati della prassi contrattuale ed arbitrale internazionale fin qui acquisiti confermano in pieno questo assunto.

I Principi UNIDROIT non soltanto vengono sempre più spesso scelto dalle parti quale legge regolatrice del loro contratto, ma sono sempre più numerose le decisioni rese in tutte le parti del mondo, in cui giudici statali e tribunali arbitrali si richiamano ai Principi. Basti pensare che la banca dati UNILEX contiene ormai ben 183 tra lodi arbitrali e sentenze di corti statali che applicano a vario titolo i Principi UNIDROIT!

Ma possono le parti scegliere i Principi UNIDROIT quale legge regolatrice del loro contratto al posto di un determinato diritto statale? Qui – *aihmé* – tocchiamo un autentico *punctum dolens*.

Mi spiego. Mentre nell'ambito dell'arbitrato commerciale internazionale gli stessi legislatori nazionali da tempo riconoscono alle parti la facoltà di scegliere, anziché un determinato diritto statale, semplici «regole di diritto» (e quindi anche uno strumento di *soft law* quale i Principi UNIDROIT) quale diritto applicabile nel merito della controversia, diverso è il discorso di fronte al giudice statale: qui un rinvio ai Principi continua ad essere considerato come un

semplice rinvio negoziale con il risultato che i Principi possono vincolare le parti soltanto nei limiti della libertà contrattuale accordata alle parti dal diritto statale applicabile quale *lex contractus*.

Eppure ultimamente non sono mancate delle significative novità che lasciavano presagire importanti cambiamenti di indirizzo al riguardo.

Mi riferisco ovviamente *in primis* alla proposta della Commissione delle Comunità Europee di inserire, in occasione della conversione della Convenzione di Roma sul diritto applicabile alle obbligazioni contrattuali del 1980 in uno strumento comunitario, all'articolo 3, riguardante principio dell'autonomia delle parti, un nuovo paragrafo che stabilisse espressamente che – cito – «Le parti possono anche scegliere come legge applicabile principi e norme di diritto sostanziale dei contratti, riconosciuti a livello internazionale o comunitario».

Come veniva sottolineato nelle note esplicative, «[l]a formulazione adottata è intesa ad autorizzare la scelta dei Principi UNIDROIT, dei Principi Europei o di un eventuale futuro strumento comunitario facoltativo, vietando invece la scelta della *lex mercatoria* in quanto troppo imprecisa, o di codificazioni private non sufficientemente riconosciute dalla comunità internazionale».

Non solo, ma per prevenire sul nascere eventuali obiezioni circa il carattere non esaustivo degli strumenti di *soft law* in questione, al proposto nuovo art. 3 (2) veniva aggiunto un secondo periodo che disponeva espressamente che eventuali lacune in essi riscontrati dovevano essere colmate conformemente ai principi generali che li sostengono o, in mancanza di tali principi, conformemente al diritto nazionale applicabile secondo il Regolamento in difetto di una scelta delle parti.

Trattavasi indubbiamente di una proposta fortemente innovativa che avrebbe avuto il merito di eliminare finalmente la differenziazione assolutamente arbitraria quanto alla libertà delle parti di scegliere il diritto applicabile a seconda che esse decidano di sottoporre le eventuali controversie ad un arbitrato oppure ad un procedimento ordinario dinnanzi ad una corte statale.

Sfortunatamente questa coraggiosa apertura è stata alla fine bocciata dal Consiglio dei Ministri Europeo, preoccupato del rischio di una eccessiva incertezza giuridica che la scelta quale *lex contractus* di principi e di regole non statuali avrebbe potuto comportare a confronto della pretesa certezza, oltre che la legittimazione democratica, garantita dalla scelta di un determinato diritto statale. Come si vede, una concezione paleo-statalistica del diritto può giocare brutti scherzi. Pensate un pò: si esclude che le parti possano scegliere quale *lex contractus* i Principi UNIDROIT – definiti proprio di recente da un osservatore neutrale come Frank Vischer «una codificazione di alta qualità ed omogeneità contenutistica che, per molti aspetti, persino sorpassa la qualità dei tradizionali diritti nazionali» – adducendo come scusa la loro lacunosità e mancanza di legittimazione democratica, ma al tempo stesso si ammette la possibilità di scegliere – senza offesa per nessuno – il diritto del Kyrgistan o di qualche isoletta sperduta nell’Oceano Pacifico, dandosi per scontato che gli stessi, solo perché diritti statuali, sarebbero invece assolutamente prevedibili e democraticamente legittimati.

Mi avvio alla conclusione citando ancora una volta F. Galg.

Grazie ai Principi UNIDROIT – sono le sue parole – la tradizionale *lex mercatoria* – che non esita a definire come un diritto tecnocratico e dispotico – assume sempre più i connotati di un «diritto illuminato» o «diritto dei giuristi», che si impone a livello universale non già per volontà dei singoli legislatori statali e neppure in quanto imposto dalla forza contrattuale dei più forti del rispettivo settore del traffico, ma unicamente in virtù delle sue qualità intrinseche o della sua «scientificità». Parole troppo auliche, un giudizio troppo lusinghiero per i Principi UNIDROIT?

Se così fosse, consentitemi di ricordare la battuta – indubbiamente molto più terra terra ma non per questo meno espressiva – che ho sentito fare da un avvocato americano ad un Convegno della *International Bar Association* di qualche anno fa: «*I don't like the lex mercatoria because I've never seen it. On the contrary, I do like very much the UNIDROIT Principles: you can see them, you can touch them, take them to the negotiating table and to court where you can refer to them to make your point with the guys sitting on the other side of the table or at the bench...*»