

LE CLAUSOLE “GRAVEMENTE INIQUE” PER IL CREDITORE NEI CONTRATTI COMMERCIALI INTERNAZIONALI: NOTE SUI RAPPORTI FRA LA DIRETTIVA 2011/7/UE E IL REGOLAMENTO ROMA I*

PIETRO FRANZINA

*Professore associato
Università di Ferrara*

Recibido: 31.08.2014 / Aceptado: 03.09.2014

Riassunto: Le norme nazionali attuative dell’art. 7 della Direttiva 2011/7/UE sulla lotta ai ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali sanzionano con l’inefficacia o con la previsione di un obbligo risarcitorio la pattuizione di clausole “gravemente inique” nei confronti del creditore volte a regolare il termine di pagamento, il tasso degli interessi di mora e i costi di recupero dell’importo dovuto. Nelle situazioni caratterizzate da elementi di estraneità, l’osservanza di tali norme, e con esse in generale la “tenuta” dei principi che ispirano la Direttiva, sono assicurate negli Stati membri in via ordinaria quando il contratto, avuto riguardo alle norme di conflitto dettate dal Regolamento Roma I sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, sia retto dalla legge di uno Stato membro. L’articolo esamina le formule tecniche mediante le quali può essere garantito il rispetto della Direttiva in relazione ai contratti commerciali internazionali, o almeno la salvaguardia dei principi di cui questa è espressione. Viene dapprima esaminata la situazione in cui il contratto sia correato da una scelta di legge, volgendo l’attenzione ai limiti imposti all’autonomia internazionaleprivatistica delle parti dall’art. 3, paragrafi 3 e 4, del Regolamento Roma I. Viene quindi considerata l’ipotesi in cui manchi una *electio iuris*: l’analisi si concentra sulla possibilità (che si ritiene di dover escludere) di qualificare le pertinenti disposizioni di attuazione della Direttiva come norme di applicazione necessaria agli effetti dell’art. 9 del Regolamento, e sulla possibilità di ricavare dalla Direttiva elementi utili a stabilire quale sia, in quest’area, la fisionomia dell’ordine pubblico del foro ai fini dell’art. 21 del Regolamento stesso.

Parole chiave: Conflitto di leggi. Regolamento (CE) n. 593/2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I). Direttiva 2011/7/UE sulla lotta ai ritardi nelle transazioni commerciali. Norme di applicazione necessaria. Ordine pubblico del foro.

Abstract: Under national provisions enacted to implement Article 7 of Directive 2011/7/EU on combating late payment in commercial transactions, a contractual term relating to the date or period for payment, the rate of interest for late payment or the compensation for recovery costs is either unenforceable or gives rise to a claim for damages if it is “grossly unfair” to the creditor. Where a foreign element is present, the actual enforcement of these rules, and more generally the respect for the principles that underlie the Directive, are normally ensured in the Member States whenever, pursuant to the conflict-of-law rules of the Rome I Regulation on the law applicable to contractual obligations, the contract is governed by the law of a Member State. The paper provides an account of the legal devices aimed to ensure the respect for the Directive, or at least the safeguard of its basic principles, as far as international commercial contracts are concerned. To begin within, the situation is examined of contracts featuring a

* Questo articolo riprende una relazione presentata al convegno “I ritardi nel pagamento dei corrispettivi pecuniari nei contratti fra imprese e fra imprese e pubbliche amministrazioni: la direttiva 2011/7/UE e la sua attuazione nell’ordinamento italiano”, organizzato dal Dipartimento di Giurisprudenza dell’Università di Ferrara e tenutosi a Rovigo il 9 maggio 2014.

choice-of-law clause; reference is made, in particular, to the limitations on party autonomy provided for by Article 3(3) and 3(4) of the Rome I Regulation. The paper goes on to consider the scenario where the parties have failed to agree on the law applicable to their contract. In this connection, the hypothesis is formulated (but ultimately rejected) that the relevant national rules may be characterised as overriding mandatory provisions within the meaning of Article 9 of the Regulation; then, the possibility is considered of referring to the Directive as a means to construe the public policy of the forum in this area for the purposes of Article 21 of the Regulation.

Keywords: Conflict of laws. Regulation (EC) No 593/2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I). Directive 2011/7/EU on combating late payment in commercial transactions. Overriding mandatory provisions. Public policy of the forum.

Sommario: I. La Direttiva 2011/7/UE e le situazioni caratterizzate da elementi di internazionalità. II. La persistente rilevanza pratica nell’ambito considerato delle norme sui conflitti di leggi: 1. Il ruolo delle norme sui conflitti di leggi nelle aree in cui vigono norme armonizzate; 2. Norme di conflitto e convenzioni di diritto privato materiale internazionalmente uniforme. III. Il rispetto della disciplina materiale armonizzata in caso di scelta della legge applicabile al contratto ad opera delle parti: 1. La libertà dei contraenti di selezionare la *lex contractus* prescindendo dalle proiezioni di ordine personale o oggettivo del rapporto; 2. La designazione della legge di uno Stato membro; 3. La designazione della legge di uno Stato terzo. IV. Il rispetto della disciplina materiale armonizzata in assenza di *electio iuris* e a prescindere da questa: 1. I limiti generali posti al funzionamento delle norme di conflitto del Regolamento Roma I: le norme di applicazione necessaria e l’eccezione di ordine pubblico nella loro possibile declinazione europea; 2. L’ipotesi del carattere internazionalmente imperativo delle disposizioni nazionali attuative della Direttiva: esclusione della sua fondatezza; 3. Tutela del creditore e ordine pubblico del foro.

I. La Direttiva 2011/7/UE e le situazioni caratterizzate da elementi di internazionalità

1. La Direttiva 2011/7/UE del 16 febbraio 2011 sulla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali fra imprese o fra imprese e pubbliche amministrazioni¹, sostitutiva della Direttiva 2000/35/CE del 29 giugno 2000², oltre a regolare l’insorgenza dell’obbligo di corrispondere gli interessi di mora e a disporre circa la determinazione del relativo tasso, si occupa delle clausole contrattuali che identificano il termine di pagamento, fissano il tasso dell’interesse o disciplinano il risarcimento dei costi di recupero.

In particolare, l’art. 7 della Direttiva, al fine di contrastare quello che nel preambolo viene qualificato come un “abuso della libertà contrattuale a danno del creditore”³, stabilisce che una clausola relativa a taluno dei profili ora evocati “non possa essere fatta valere oppure dia diritto a un risarcimento del danno” quando risulti “gravemente iniqua per il creditore” secondo i parametri stabiliti dalla Direttiva stessa⁴.

Ci proponiamo di esaminare in questo scritto le questioni suscitate dalle clausole ora ricordate ove accedano ad un contratto caratterizzato da un elemento di estraneità, cioè collegato per uno o più elementi, di natura oggettiva o soggettiva, con un paese diverso da quello in cui siede il giudice⁵. Ci

¹ G.U.U.E. n. L 48 del 23 febbraio 2011, p. 1 ss.

² G.U.C.E. n. L 200 dell’8 agosto 2000, p. 35 ss.

³ Così il considerando n. 28.

⁴ Per determinare la “grave iniquità” di una clausola occorre tener conto, ai sensi dell’art. 7, par. 1, della Direttiva, “di tutte le circostanze del caso”, a partire da “qualsiasi grave scostamento dalla corretta prassi commerciale, in contrasto con il principio della buona fede e della correttezza”. Ai sensi dell’art. 7, par. 2, una clausola che escluda *tout court* l’applicazione di interessi di mora “è considerata gravemente iniqua”, mentre, in base all’art. 7, par. 3, si presume che possieda tale connotazione la clausola contrattuale “che escluda il risarcimento per i costi di recupero”. Sull’art. 7 della Direttiva, v. per tutti A.M. BENEDETTI, “La nullità delle clausole derogatorie”, in *La nuova disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, a cura di A.M. Benedetti e S. Pagliantini, Giappichelli, 2013, p. 89 ss.

⁵ L’analisi proposta in queste pagine riguarda la sola dimensione contrattuale delle transazioni commerciali contemplate dalla Direttiva. Sono estranee alla trattazione le questioni che, pur ricollegandosi a transazioni di questo genere, debbono essere

preme stabilire, in particolare, su quali presupposti, in che limiti e secondo quali formule tecniche venga garantita, davanti ai giudici degli Stati membri, la “tenuta” delle soluzioni prefigurate dalla Direttiva in seno al diritto sostanziale dell’ordinamento giuridico del foro.

2. Le norme che attuano l’art. 7 della Direttiva 2011/7/UE negli Stati membri dell’Unione europea sono applicabili, di per sé, tanto ai contratti puramente interni quanto ai contratti caratterizzati da elementi di estraneità⁶.

L’applicabilità della Direttiva 2011/7/UE a questo secondo insieme di contratti non appare limitata in ragione della natura e dell’intensità dei legami intercorrenti fra la fattispecie e l’ambiente giuridico, economico o sociale dell’Unione europea⁷. La Direttiva, in effetti, non delimita esplicitamente la propria sfera spaziale di efficacia e da tale silenzio sembra possibile trarre l’indicazione – sin qui non smentita dalla Corte di giustizia né, a quanto pare, dai giudici nazionali – che la disciplina armonizzata, almeno per gli aspetti che qui interessano, si presti ad informare di sé tutte le transazioni commerciali rette dalla legge di uno Stato membro, senza che occorra distinguere fra transazioni che partecipano senz’altro alle dinamiche del mercato interno (in quanto movimentano dei beni o dei servizi scambiati in seno ad esso) e transazioni che, viceversa, siano situate “economicamente” altrove e vengano ricondotte sotto l’impero della legge di uno Stato membro solo in virtù delle pertinenti regole di conflitto.

3. Se questa premessa è corretta, i presidi di ordine sostanziale istituiti dalla Direttiva per tutelare il creditore operano in via diretta – ove si sia in presenza di un elemento di estraneità – quando il contratto di cui si discute, o le specifiche questioni concernenti il pagamento del corrispettivo ivi previsto, soggiacciono alla legge di uno Stato membro⁸.

Per stabilire se ciò accada occorre interrogare, negli Stati membri dell’Unione europea (esclusa la Danimarca), il Regolamento (CE) n. 593/2008 del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I)⁹, ovvero – ai sensi dell’art. 25 – le convenzioni di diritto internazionale privato

ricondotte, nella prospettiva del diritto dell’Unione europea, sotto strumenti relativi ad altre aree del diritto delle obbligazioni, in particolare quella dell’illecito extracontrattuale.

⁶ Il dato è pacifico. L’applicabilità alle situazioni interne è attestata dalla giurisprudenza della Corte di giustizia relativa alla Direttiva 2000/35/CE, che ha sin qui riguardato solo transazioni commerciali collegate ad un unico Stato: v. ad esempio Corte giust., 3 aprile 2008, causa C-306/06, *Deutsche Telekom*, in *Raccolta*, 2008, I-1923 ss.). La giurisprudenza nazionale testimonia, dal canto suo, l’impiego delle norme di attuazione della Direttiva 2000/35/CE in fattispecie transfrontaliere: basti l’esempio di Landgericht Bielefeld, 15 agosto 2003, reperibile nel *CISG Database* della Pace University all’indirizzo <http://cisgw3.law.pace.edu>.

⁷ La riflessione scientifica sui criteri che presiedono all’applicabilità del diritto derivato dell’Unione europea ha dato luogo ad importanti contributi dottrinali. Particolarmente rilevante, in quest’ambito, è il vasto studio di S. FRANCO, *L’applicabilité du droit communautaire dérivé au regard des méthodes du droit international privé*, Bruylant, 2005. Per l’autrice, le direttive delimitano sistematicamente in modo autonomo la propria sfera spaziale di efficacia, provvedendovi implicitamente anche in assenza di indicazioni espresse. Non è questa la sede per prendere posizione su questo assunto, considerato in termini generali. Basti dire che, nel presente scritto, muoviamo dal presupposto che la Direttiva 2011/7/UE, quanto meno nella parte che interessa le misure di contrasto alle clausole “gravemente inique” per il creditore, prefigura (o almeno non osta a) l’introduzione di regole di diritto privato sostanziale che – in linea con la posizione tradizionale della dottrina internazionalprivatistica moderna – sono caratterizzate da un’applicabilità *a priori* universale. In generale, sulla posizione richiamata da ultimo, v. P. KINSCH, “L’autolimitation implicite des normes de droit privé matériel”, in *Rev. crit. droit int. privé*, 2003, p. 409 s. Sulla portata spaziale delle direttive e l’incidenza di tali loro proiezioni sul funzionamento delle norme sui conflitti di leggi, v. più di recente, anche per ulteriori riferimenti, S. SANCHEZ LORENZO, “Choice of Law and Overriding Mandatory Rules in International Contracts After Rome I”, in *Yearb. Private Int. Law*, 2010, p. 74 ss.

⁸ Così, ad esempio, in relazione alla Direttiva 2000/35/CE, oltre alla già citata pronuncia del Landgericht Bielefeld, il provvedimento della Corte d’Appello di Szeged, in Ungheria, del 22 novembre 2007, reperibile nel *CISG Database* della Pace University all’indirizzo <http://cisgw3.law.pace.edu>.

⁹ G.U.U.E. n. L 177 del 4 luglio 2008, p. 6 ss. In Danimarca, Stato membro non vincolato dalle misure concernenti lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, i conflitti di leggi in materia di contratti continuano ad essere disciplinati dalla Convenzione di Roma del 19 giugno 1980, strumento predecessore del Regolamento Roma I. Sotto un diverso profilo conviene rilevare che l’applicabilità del Regolamento Roma I prescinde dal fatto che la transazione commerciale di cui si discute intercorra fra imprese oppure fra un’impresa e la pubblica amministrazione. Il Regolamento, infatti, ai sensi dell’art. 1, par. 1, si applica alle obbligazioni contrattuali “in materia civile e commerciale”, non riguardando, “in particolare, le materie fiscali, doganali o amministrative”. Le formule ora evocate, comuni agli altri strumenti normativi dell’Unione nel campo della cooperazione giudiziaria in materia civile, valgono ad escludere dalla sfera del Regolamento solo i rapporti contrattuali che rivestono un connotato

uniforme recanti regole speciali in materia di contratti eventualmente concluse dallo Stato membro del foro prima dell’adozione del Regolamento, se in vigore nei rapporti fra tale Stato ed uno o più Stati terzi¹⁰.

La legge applicabile al contratto, quale risulta determinata dal Regolamento o dalle convenzioni testé ricordate, ha vocazione a regolare, in effetti, tutte le questioni suscettibili di venire in rilievo in relazione ad una clausola sul termine di pagamento, sul tasso di interesse o sui costi di recupero della quale sia prospettata la “grave iniquità”. Rientrano infatti nell’ambito della *lex contractus*, ai sensi dell’art. 12, par. 1, lett. b), del Regolamento, le questioni concernenti l’esecuzione delle obbligazioni derivanti dal contratto, comprese quelle relative al tempo della prestazione. Spetta alla medesima legge, ai sensi dell’art. 12, par. 1, lett. c), e salvi i limiti imposti al giudice dalla *lex processus*, stabilire “le conseguenze dell’inadempimento totale o parziale di quelle obbligazioni”, inclusa “la liquidazione del danno in quanto sia disciplinata da norme giuridiche”, come pure, ai sensi dell’art. 10, par. 1, pronunciarsi sulla validità sostanziale dell’accordo e delle singole disposizioni che lo compongono oltre che, in virtù dell’art. 12, par. 1, lett. e), sulle “conseguenze della nullità del contratto” o di una sua clausola.

4. Le norme di conflitto del Regolamento Roma I – come del resto, per regola, quelle dettate dalle convenzioni alle quali il Regolamento può dover cedere il passo – hanno carattere bilaterale e sono idonee a richiamare tanto la legge di uno Stato membro quanto la legge di uno Stato terzo. È esplicito in questo senso l’art. 2 del Regolamento, che ascrive alla disciplina conflittuale europea una proiezione “universale”.

Può dunque accadere che, in forza del Regolamento, una transazione commerciale nel senso accolto dalla Direttiva risulti sottoposta alla legge di uno Stato diverso da quello del foro, sia esso uno Stato membro dell’Unione europea o uno Stato terzo. Questa eventualità può verificarsi sia quando le parti si siano accordate fra loro ai sensi dell’art. 3 del Regolamento per sottoporre il contratto alla legge di detto Stato, sia quando – in mancanza di una (valida) *electio iuris* – la legge in questione sia stata designata dal Regolamento in via obiettiva, ai sensi degli articoli 4 o 5.

II. La persistente rilevanza pratica nell’ambito considerato delle norme sui conflitti di leggi

1. Il ruolo delle norme sui conflitti di leggi nelle aree in cui vigono norme armonizzate

5. Prima di procedere nell’analisi, conviene segnalare che la questione della legge statale applicabile alla fattispecie non perde, per effetto dell’armonizzazione materiale realizzata dalla Direttiva 2011/7/UE, la sua rilevanza pratica¹¹.

Da un lato, infatti, la Direttiva si limita a ravvicinare le legislazioni degli Stati membri, senza far venir meno del tutto, anche solo in relazione agli specifici profili del rapporto su cui le sue disposizioni

pubblicistico, cioè quelli in relazione ai quali la pubblica amministrazione disponga di prerogative di imperio estranee alla sfera dei rapporti fra privati (eventualità che non ricorre quando l’amministrazione sia parte di una transazione “commerciale” agli effetti della Direttiva). Sulla nozione di “materia civile e commerciale” ai fini del Regolamento, v. P. BERTOLI, “Art. 1 - Campo d’applicazione materiale - I”, in *Regolamento CE n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (“Roma I”) - Commentario*, a cura di F. Salerno e P. Franzina, in *Nuove leggi civili commentate*, 2009, p. 558 s.

¹⁰ Negli Stati membri in cui vigono convenzioni con queste caratteristiche – ad esempio l’Italia, che è parte della Convenzione dell’Aja del 15 giugno 1955 sulla legge applicabile alla vendita a carattere internazionale di oggetti mobili corporali – si avrà pertanto riguardo in primo luogo alla disciplina convenzionale e solo in secondo battuta al Regolamento, nella misura in cui le norme di quest’ultimo non siano incompatibili col regime pattizio. Riveste particolare rilievo, oltre alla Convenzione citata poc’anzi (oggi in vigore, fra gli Stati membri, anche per Finlandia, Francia e Svezia), la Convenzione dell’Aja del 14 marzo 1978 sulla legge applicabile ai contratti di intermediazione e alla rappresentanza, cui sono vincolati – fra gli Stati membri – Francia, Paesi Bassi e Portogallo. Il testo delle due Convenzioni, con le informazioni relative allo stato delle ratifiche, delle adesioni e delle denunce, si trova nel sito web della Conferenza dell’Aja di diritto internazionale privato all’indirizzo <http://hcch.net>.

¹¹ In generale, sulla funzione delle norme relative ai conflitti di leggi nelle aree interessate da processi di unificazione o armonizzazione internazionale delle regole sostanziali, v. ora gli studi di V. ESPINASSOUS, *L’uniformisation du droit substantiel et le conflit de lois*, LGDJ, 2010, e K. BOELE-WOELKI, “Unifying and Harmonizing Substantive Law and the Role of Conflict of Laws”, in *Recueil des cours*, vol. 340, 2010, p. 271 ss.

si propongono di incidere, ogni divergenza fra le normative di tali Stati. La medesima transazione commerciale potrebbe dunque risultare soggetta a norme diverse, in linea di principio tutte compatibili con la Direttiva, a seconda di quale sia, fra le leggi degli Stati membri, la legge deputata a regolarne la sostanza.

Dall'altro, la Direttiva rimane per sua natura uno strumento regionale, incapace di proiettare al di là dell'orizzonte europeo il progetto di armonizzazione normativa con essa perseguito. Di fatto, se il rapporto di cui si discute intrattiene un legame significativo con la vita giuridica o materiale di uno Stato terzo, la legge di tale Stato – dai contenuti potenzialmente assai lontani dalla Direttiva – entrerà nel novero delle leggi in conflitto (quelle, cioè, che astrattamente “competono” fra loro per regolare la fattispecie) e potrà dunque, in linea di principio, essere richiamata dalle pertinenti regole di conflitto del foro per disciplinare la fattispecie.

2. Norme di conflitto e convenzioni di diritto privato materiale internazionalmente uniforme

6. Il rilievo pratico della questione riguardante la legge regolatrice del rapporto non è intaccato, da un diverso punto di vista, dalla circostanza che il contratto di cui trattasi o alcuni suoi specifici aspetti potrebbero essere sottoposti ad una normativa materiale internazionalmente uniforme.

Per un verso, infatti, molti degli strumenti che recano norme materiali uniformi si astengono dal regolare i particolari profili del rapporto ai quali, viceversa, si rivolge in via primaria l'attenzione della Direttiva. Alcuni di questi strumenti, come la Convenzione sul contratto internazionale di trasporto di merci su strada (CMR), fatta a Ginevra il 19 maggio 1956, non si occupano *tout court* del corrispettivo pattuito nell'ambito dei contratti da essi disciplinati. Altri strumenti, pur regolando anche tale dimensione del rapporto, dichiarano di non voler stabilire alcunché in ordine ad alcune delle questioni toccate, invece, dalla Direttiva. Ad esempio, la Convenzione delle Nazioni Unite sulla compravendita internazionale di beni mobili, fatta a Vienna l'11 aprile 1980, dichiara, all'art. 4, di non voler stabilire alcunché circa la validità sostanziale del contratto e delle sue clausole, lasciando questo aspetto alle determinazioni della legge statale regolatrice del rapporto¹². La Convenzione di Vienna, stando all'opinione prevalente, rimette parimenti alla legge statale applicabile al contratto il compito di colmare la lacuna da essa lasciata circa il tasso degli interessi di mora (una lacuna “interna”, per seguire la distinzione delineata all'art. 7, par. 2, della Convenzione stessa),¹³ e così, a maggior ragione alla luce della esclusione relativa alla validità, il compito di stabilire se, ed eventualmente con quali limitazioni, le parti possano sostituire al tasso legale un tasso da esse liberamente pattuito.

Per un altro verso, nell'ambito dei regimi di diritto materiale uniforme suscettibili di entrare in conflitto con le normative nazionali armonizzate in forza di una direttiva è agevole rinvenire delle previsioni di carattere generale tese a conferire ai primi un carattere cedevole, garantendo alle seconde una sorta di primato. Per restare nell'ambito della citata Convenzione di Vienna sulla vendita, questo è quanto accade in virtù dell'art. 90, a norma del quale la Convenzione “does not prevail over any international agreement which has already been or may be entered into” e che disciplini le fattispecie regolate dalla Convenzione, sempre che le parti del contratto siano stabilite in Stati vincolati da tale accordo¹⁴. Stando alla lettura che appare preferibile, tale disposizione comporta la subordinazione del regime materiale uniforme alle norme nazionali attuative di una direttiva, trattandosi di norme funzionali all'attuazione di un obbligo di fonte pattizia, derivante, per gli Stati membri, dall'art. 288 TFUE¹⁵.

¹² La Convenzione di Vienna, con le informazioni concernenti le relative ratifiche e adesioni, può leggersi nel sito web della Commissione delle Nazioni Unite per il diritto commerciale internazionale (Uncitral) all'indirizzo <http://uncitral.org>.

¹³ Circa la disciplina degli interessi di mora nel regime della Convenzione di Vienna, v. per tutti, in dottrina, F. FERRARI, “CISG Case Law on the Rate of Interest on Sums in Arrears”, in *Revue de droit des affaires internationales*, 1999, p. 86 ss.

¹⁴ Clausole di salvaguardia di tenore analogo a quella richiamata nel testo si incontrano in altri strumenti convenzionali recanti norme di diritto materiale uniforme, come, ad esempio, la Convenzione delle Nazioni Unite sulla prescrizione in tema di compravendita di beni mobili, adottata a New York il 14 giugno 1974 (art. 37, che di fatto ha costituito il modello dell'art. 90 della Convenzione di Vienna) o la Convenzione Unidroit sul leasing finanziario internazionale, fatta a Ottawa il 28 maggio 1988 (art. 17). I due testi sono rispettivamente reperibili, con le informazioni relative allo stato delle ratifiche e delle adesioni, nel sito web dell'Uncitral e in quello dell'Unidroit, agli indirizzi <http://uncitral.org> e <http://unidroit.org>.

¹⁵ Si discute se i rapporti fra la Convenzione di Vienna del 1980 sulla vendita e il diritto derivato dell'Unione vadano ricostruiti secondo lo schema dell'art. 90 o piuttosto dell'art. 94 della Convenzione. Ai sensi di quest'ultima disposizione, due o più Stati con-

Di fatto, alla luce di quanto precede, anche rispetto ai contratti che sono regolati per qualche aspetto da una normativa materiale internazionalmente uniforme, la sorte delle pattuizioni relative al tempo del pagamento, al tasso di interesse e ai costi occorrenti al recupero di un corrispettivo non pagato non può normalmente essere accertata senza guardare alla legge statale applicabile al contratto.

III. Il rispetto della disciplina materiale armonizzata in caso di scelta della legge applicabile al contratto ad opera delle parti

1. La libertà dei contraenti di selezionare la *lex contractus* prescindendo dalle proiezioni di ordine personale o oggettivo del rapporto

7. Il Regolamento Roma I, come si è accennato, rimette l'individuazione della legge regolatrice del contratto all'autonomia delle parti. Queste, ai sensi dell'art. 3, possono scegliere la legge di qualsiasi paese, non essendo richiesto che la designazione sia sorretta da un legame di ordine personale o da un nesso di carattere oggettivo fra il rapporto di cui trattasi e il paese prescelto¹⁶.

2. La designazione della legge di uno Stato membro

8. Forti di tale libertà, le parti potrebbero innanzitutto decidere di ricondurre il loro contratto sotto la legge di uno Stato membro diverso da quello del foro.

In una situazione di questo genere, i presidi sostanziali previsti dalla Direttiva 2011/7/UE a tutela del creditore non subirebbero, in linea di principio, alcuna limitazione¹⁷. Certo, per questa via, la protezione offerta al creditore potrebbe risultare organizzata secondo forme diverse da quelle previste dal diritto sostanziale dell'ordinamento del giudice, ma questo dato, da solo, non esporrebbe l'*electio iuris* ad alcuna censura. È nella natura di una direttiva, come si è detto, che gli obiettivi fissati dal legislatore europeo vengano perseguiti a livello nazionale con un certo grado di libertà quanto “alla forma e ai mezzi” e tali scostamenti, finché non oltrepassano il margine consentito dal diritto dell'Unione (finché, cioè, costituiscono espressioni funzionalmente equivalenti di un medesimo disegno normativo), non pregiudicano, per definizione, gli scopi dell'armonizzazione.

9. In questo campo, per la verità, le legislazioni degli Stati membri possono differire l'una dall'altra non solo in ragione del modo in cui viene protetto il creditore, ma anche in ragione dell'intensità della protezione così garantita. Quella realizzata dalla Direttiva 2011/7/UE è infatti un'armonizzazione “minima”, poiché l'art. 12, par. 3, consente agli Stati membri di “mantenere in vigore o adottare disposizioni più favorevoli al creditore” di quelle necessarie per attuare la Direttiva stessa.

traenti “which have the same or closely related legal rules” nelle materie disciplinate dalla convenzione “may at any time declare that the Convention is not to apply to contracts of sale or to their formation where the parties have their places of business in those States”. A quanto consta, nessuno degli Stati membri dell'Unione che sono parti della Convenzione di Vienna ha emesso una dichiarazione ai sensi dell'art. 94, riferibile alla Direttiva 2011/7/UE. Su tutta la tematica, v. U.G. SCHROETER, *UN-Kaufrecht und Europäisches Gemeinschaftsrecht*, Sellier, 2005, specie p. 285 ss.; v. altresì C. BILOTTA, “Ending the Commercial Siesta: the Shortcomings of European Union Directive 2011/7 on Combating Late Payments in Commercial Transactions”, in *Brooklyn Journ. Int. Law*, 2012, p. 710 ss. Non è possibile, in questa sede, dar conto delle ragioni che (a dispetto del contrario avviso degli autori ora citati) inducono a preferire la tesi che colloca i rapporti fra la Convenzione di Vienna e il diritto derivato nella cornice dell'art. 90. Sull'argomento v. anche P. PERALES VISCASILLAS, “Late Payment Directive 2000/35 and the CISG”, in *Pace Int. Law Rev.*, 2007, p. 125 ss.

¹⁶ Il Regolamento consente altresì alle parti di frazionare il contratto agli effetti della legge applicabile, concordando che un certo profilo o segmento del rapporto sia sottoposto alla legge di un certo Stato e che un diverso profilo o segmento soggiaccia alle norme di uno Stato diverso (o sia retto, in mancanza di scelta, dalla legge individuata dai pertinenti criteri obiettivi). La scelta, aggiunge l'art. 3, può essere compiuta tanto al momento della conclusione del contratto quanto in un momento successivo, vuoi per modificare una *electio iuris* precedente, vuoi per sottrarre il contratto alla legge applicabile a titolo obiettivo in ragione dell'iniziale mancanza di una scelta di legge.

¹⁷ Le considerazioni proposte nel testo sono sviluppate sul presupposto che, nello Stato membro di cui sia richiamata la legge, la Direttiva 2011/7/UE sia stata attuata fedelmente e in modo pieno. Esula da questo studio l'analisi degli strumenti atti a scongiurare il pericolo che il richiamo internazionalprivatistico conduca all'applicazione di norme di uno Stato membro diverso da quello del foro, non conformi alle pertinenti disposizioni del diritto dell'Unione.

La *electio iuris* potrebbe dunque essere concepita, ad esempio, per sfuggire alle rigorose prescrizioni mantenute o introdotte nella legge di un dato Stato membro e pervenire all’applicazione di norme meno rigorose – ma pur sempre conformi alla Direttiva – in vigore in un diverso Stato membro.

Per regola, il giudice dovrà dar seguito anche in questo caso alla designazione convenuta fra le parti. L’ammissibilità in via eccezionale di una soluzione diversa, motivata dall’esigenza di salvaguardare le soluzioni accolte nel foro, non può essere esclusa in modo assoluto dopo la (discutibile) sentenza della Corte di giustizia nel caso *Unamar*, ma deve ritenersi circondata – come la Corte stessa ha osservato in quel frangente – da cautele straordinarie, implicanti la verifica rigorosa del carattere irrinunciabile degli interessi tutelati dalle norme del foro, e della sicura inidoneità della *lex causae* ad assicurarne una protezione sufficiente¹⁸. Al di fuori di un simile scenario, innalzare la barriera dell’ordine pubblico del foro o delle norme di applicazione necessaria per negare l’applicazione della legge di uno Stato membro voluta dai contraenti, significherebbe accreditare una sorta di compartimentazione dello spazio giuridico europeo, incompatibile, in ultima analisi, con la funzione dell’armonizzazione delle norme materiali¹⁹. Il ravvicinamento delle legislazioni, che il diritto primario pone al servizio dell’instaurazione e del corretto funzionamento del mercato interno, mira ad agevolare la proiezione transfrontaliera dell’attività degli operatori del mercato, in funzione dell’esercizio effettivo delle libertà sancite dai Trattati. Così, là dove il ravvicinamento è avvenuto, è da ritenere che il legislatore dell’Unione – salvi solo i casi del tutto eccezionali contemplati dalla sentenza *Unamar* – abbia fissato i margini di tollerabilità del pluralismo delle esperienze giuridiche degli Stati membri: esso non ha solo espunto i particolarismi nazionali giudicati dannosi o inopportuni (decretandone la soccombenza di fronte alle soluzioni uniformi da esso forgiate), ma ha anche identificato le diversità di regolamentazione il cui permanere deve ritenersi compatibile con le ragioni dell’integrazione europea: i casi, cioè, in cui gli obiettivi perseguiti dalla normativa armonizzata possono (e dunque, in linea di massima, devono) essere realizzati *malgrado le differenze fra le legislazioni dei diversi Stati membri*²⁰.

¹⁸ Corte giust. 17 ottobre 2013, causa C-184/12, *Unamar*, reperibile nella banca dati *Eur-Lex* all’indirizzo <http://eur-lex.europa.eu>, secondo cui gli articoli 3 e 7, par. 2, della Convenzione di Roma del 1980 devono essere interpretati nel senso che la legge di uno Stato membro dell’Unione europea che offre la protezione minima prescritta dalla Direttiva 86/653/CEE sugli agenti commerciali indipendenti, scelta dalle parti di un contratto di agenzia commerciale, può essere disapplicata dal giudice adito, situato in un altro Stato membro, a favore della *lex fori*, a motivo del carattere imperativo, nell’ordinamento giuridico di quest’ultimo Stato membro, delle norme in tema di agenzia “unicamente se il giudice adito constata in modo circostanziato che, nell’ambito di tale trasposizione, il legislatore dello Stato del foro ha ritenuto cruciale, in seno all’ordinamento giuridico interessato, riconoscere all’agente commerciale una protezione ulteriore rispetto a quella prevista dalla citata direttiva, tenendo conto, al riguardo, della natura e dell’oggetto di tali disposizioni imperative”. Su tale pronuncia, oltre a M.A. CEBRIÁN SALVA, “Agencia comercial, leyes de policía y derecho internacional privado europeo”, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2014, 1, p. 357 ss., v. O. CACHARD, “Les lois de police communautaires n’existent pas, ce n’est qu’une illusion”, in *Le droit maritime français*, 2014, p. 299 ss., e L. D’AVOUT, “Les directives européennes, les lois de police de transposition et leur application aux contrats internationaux”, in *Recueil Dalloz*, 2014, p. 60 ss.

¹⁹ Sulla inammissibilità dell’eccezione di ordine pubblico allorché la legge richiamata sia quella di uno Stato membro e la questione rientri fra quelle regolate da una misura europea di ravvicinamento delle legislazioni, v., nella dottrina anteriore alla sentenza *Unamar*, M. RENNER, *Article 21*, in *Rome Regulations - Commentary on the European Rules of the Conflict of Laws*, a cura di G.-P. Calliess, Kluwer Law International, 2011, p. 325. La soluzione indicata nel testo, è bene sottolinearlo, vale solo per le situazioni regolate da una normativa armonizzata. Per regola generale, infatti, i giudici di uno Stato membro possono erigere la barriera dell’ordine pubblico, quando ne ricorrano i presupposti, per contrastare, indifferentemente, l’applicazione della legge di uno Stato terzo come quella di uno Stato membro: J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La ley aplicable a los contratos interacionales: el Reglamento Roma I*, Colex, 2009, p. 85.

²⁰ In generale, sui limiti imposti dal diritto dell’Unione all’applicazione di regole nazionali, sia pure motivate da ragioni di sicurezza o da ragioni di ordine pubblicistico, là dove tali regole interferiscano con l’esercizio di attività disciplinate dalla normativa regionale o comunque riconducibili sotto le libertà di circolazione garantite dai Trattati, v., anche per i necessari richiami alla giurisprudenza della Corte di giustizia, O. FERACI, *L’ordine pubblico nel diritto dell’Unione europea*, Giuffrè, 2012, p. 104 ss.; tali limiti, è bene rimarcarlo, non sono posti in discussione dalla sentenza *Unamar*, essendosi la Corte preoccupata di chiarire che il primato della *lex fori*, nel caso esaminato, presuppone che l’ordinamento del giudice, nel trasporre la direttiva, non sia comunque andato oltre quanto consentito dal diritto dell’Unione. L’idea di fondo sottesa all’assunto proposto nel testo non è diversa da quella che in un diverso contesto ispira le c.d. clausole “mercato interno”: sono, queste, delle norme riscontrabili in varie misure di ravvicinamento delle legislazioni (v., ad esempio, l’art. 3 della Direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico, in G.U.C.E. n. L 178 del 17 luglio 2000, p. 1 ss.), che con diverse varianti vietano agli Stati di limitare, “per motivi che rientrano nell’ambito regolamentato”, la circolazione di servizi provenienti da un altro Stato membro, se soggetti in detto Stato alle norme armonizzate. Sulle clausole “mercato interno”, v. per tutti H. MICKLITZ, “Minimum / Maximum Harmonisation and the

10. Resta giusto un’ipotesi in cui questo particolare dialogo fra Stati membri può essere “interrotto” senza trasgredire alle esigenze dell’integrazione regionale. Ai sensi dell’art. 3, par. 3, del Regolamento Roma I, se il contratto risulta collegato in ogni suo elemento con un unico paese, ma sia oggetto di una *electio* che designi come applicabile la legge di un paese diverso, la scelta delle parti non vale ad escludere l’applicazione delle disposizioni della legge del primo paese alle quali tale legge “non permette di derogare convenzionalmente”²¹. Tra le norme che presentano queste caratteristiche, che la dottrina suole chiamare imperative “semplici”, per distinguerle da quelle “internazionalmente imperative” di cui si parlerà più avanti²², rientrano le norme attuative dell’art. 7 della Direttiva 2011/7/UE²³.

Ne viene, ad esempio, che un contratto interamente legato alla Spagna (perché stato concluso in Spagna da contraenti stabiliti in Spagna e implicante l’assunzione di obbligazioni da eseguirsi in Spagna), ove sia assortito di una clausola che designi come applicabile la legge tedesca o la legge slovena risulterà comunque soggetto, in qualsiasi Stato membro, alle norme adottate dalla Spagna per attuare la Direttiva 2011/7/UE; e ciò a prescindere dal grado di tutela assicurato al creditore dalla legge scelta, che potrà dunque anche essere più elevata di quella garantita dalla legge spagnola.

Tale conclusione non contraddice le osservazioni svolte poc’anzi circa la “tolleranza” imposta dal diritto dell’Unione quanto alla residua diversità dei diritti nazionali. Nel caso contemplato dall’art. 3, par. 3, il contratto, infatti, non partecipa per definizione alle dinamiche del mercato interno, esaurendo i propri effetti entro il perimetro del mercato nazionale di un dato Stato (membro). Il “primato” del diritto dello Stato in questione sul diritto del diverso Stato (membro), la cui legge sia stata scelta dalle parti, non interferisce, pertanto, col governo dello spazio regionale e, a questo titolo, non soggiace al principio di fungibilità delle soluzioni nazionali volta a rafforzare l’effettività di quel governo.

3. La designazione della legge di uno Stato terzo

11. Diversa è la situazione che si verifica allorché la scelta delle parti ricada sulla legge di uno Stato estraneo all’Unione, quando questa ammetta il genere di clausole che il diritto dell’Unione, dal canto suo, reputa “gravemente inique” per il creditore.

La Direttiva 2011/7/UE, diversamente da quanto si riscontra in varie misure volte al ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di contratti (in particolare, contratti di consumo), non contiene alcuna disposizione tesa a salvaguardare il rispetto dei diritti sanciti dalla normativa uniforme quando le parti abbiano scelto la legge di uno Stato terzo²⁴.

Internal Market Clause”, in *European Fair Trading Law: The Unfair Commercial Practices Directive*, a cura di H. Howels, H. Micklitz e T. Wilhelmsson, Ashgate, 2006, p. 27 ss. Quanto al significato di tali clausole nella prospettiva dei conflitti di leggi, v. R. PLENDER, M. WILDERSPIN, *The European Private International Law of Obligations*, 3ª ed., Sweet & Maxwell, 2009, p. 360 ss.

²¹ La disposizione in esame sembrerebbe potersi applicare anche quando, nello Stato membro del foro, la legge regolatrice del contratto di cui si discute vada determinata, ai sensi dell’art. 25 del Regolamento Roma I, sulla base di una convenzione internazionale. Questa affermazione, per quanto riguarda la sopra menzionata Convenzione dell’Aja del 1978 sui contratti di intermediazione, può essere argomentata alla luce della nozione di internazionalità del contratto che, pur in assenza di indicazioni testuali più precise (e di riscontri significativi nel rapporto esplicativo di I.G.F. Karsten, reperibile nel sito web della Conferenza all’indirizzo <http://hch.net>, par. 106 s.), sembrerebbe essere accolta all’art 1: può infatti fondatamente dubitarsi che la Convenzione pretenda di regolare una fattispecie il cui carattere internazionale dipenda soltanto dalla scelta di legge delle parti. Questa è, del resto, la soluzione espressamente accolta dalla Convenzione dell’Aja del 1955, citata in precedenza: l’art. 1, di tale Convenzione, dopo aver stabilito, al par. 1, di volersi occupare esclusivamente di contratti di compravendita “a carattere internazionale”, chiarisce, al par. 4, che “[l]a seule déclaration des parties, relative à l’application d’une loi ou à la compétence d’un juge ou d’un arbitre, ne suffit pas à donner à la vente le caractère international au sens de l’alinéa premier du présent article”.

²² V. *infra*, par. IV.2.

²³ Le implicazioni della imperatività di cui si ragiona nel testo, e gli stessi contorni della stessa, sono oggetto di apprezzamenti diversi in dottrina, discutendosi, ad esempio, se la norma della Direttiva che considera come senz’altro “gravemente iniqua” l’esclusione convenzionale dell’obbligo del debitore di corrispondere gli interessi di mora, comporti la nullità di un’eventuale rinuncia del creditore a interessi già maturati. Sulla declinazione dei concetti di imperatività e dispositività nella Direttiva e nelle relative norme di attuazione (italiane), v. S. PAGLIANTINI, “I ritardi di pagamento al tempo della crisi: note sparse”, in *La nuova disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, cit., p. 25 ss.

²⁴ Una previsione di questo genere si rinviene, ad esempio, nell’art. 7, par. 2, della Direttiva 1999/44/CE del 25 maggio 1999 su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo (in G.U.C.E. n. L 171 del 7 luglio 1999, p. 12 ss.), che prescrive l’adozione a livello statale di misure volte a far sì che il consumatore “non sia privato” della protezione assicurataagli

12. Al di fuori dei casi in cui il contratto si presenti collegato in tutti i suoi elementi con un unico paese (ipotesi che ricade nella previsione dell’art. 3, par. 3, esaminata in precedenza), il rispetto delle norme dettate dalla Direttiva è assicurato dall’art. 3, par. 4, del Regolamento Roma I²⁵. Tale disposizione, replicando su scala regionale lo schema delineato nell’art. 3, par. 3, si riferisce all’ipotesi in cui tutti gli elementi pertinenti del rapporto contrattuale siano ubicati, nel momento in cui viene compiuta la scelta di legge, in uno o più Stati membri: ove ciò accada, la scelta della legge di uno Stato terzo non pregiudica “l’applicazione delle disposizioni di diritto comunitario ... alle quali non è permesso derogare convenzionalmente”.

Di fatto, una transazione commerciale a carattere transfrontaliero intercorsa fra soggetti stabiliti in due diversi Stati membri e confinata nelle sue proiezioni obiettive entro il perimetro del mercato interno risulterà soggetta, in Europa, agli standard di tutela minimi fissati dalla Direttiva 2011/7/UE. La scelta eventualmente compiuta dai contraenti in favore della legge di uno Stato terzo potrà reputarsi valida (se conforme, beninteso, alle altre previsioni del Regolamento), ma la sua efficacia sarà limitata, giacché sarà salva, in ogni caso, l’applicazione delle norme inderogabili della Direttiva²⁶.

L’art. 3, par. 4, del Regolamento si preoccupa di precisare che le disposizioni dell’Unione verranno in rilievo in questo caso “come applicate” nello Stato membro del foro, cioè nel contenuto rivestito dalla relativa disciplina di attuazione²⁷. Non è chiaro se, avuto riguardo al carattere “minimo dell’armonizzazione realizzato dalla Direttiva 2011/7/UE, la disposizione dia rilievo anche alle norme del foro che garantiscano al creditore una protezione più ampia di quella richiesta dal diritto dell’Unione. A favore di una risposta affermativa può addursi la considerazione che uno scostamento come quello ora ipotizzato, ancorché non imposto dalla normativa sovranazionale, è preso in conto, valutato e consentito da essa e, a questo titolo, ricondotto sotto la sua copertura²⁸.

IV. Il rispetto della disciplina materiale armonizzata in assenza di *electio iuris* e a prescindere da questa

1. I limiti generali posti al funzionamento delle norme di conflitto del Regolamento Roma I: le norme di applicazione necessaria e l’eccezione di ordine pubblico nella loro possibile declinazione europea

13. I mezzi offerti dall’art. 3, paragrafi 3 e 4, del Regolamento Roma I in funzione del rispetto della Direttiva 2011/7/UE operano, come si è visto, solo in presenza di una scelta di legge, quando, per

dalla disciplina armonizzata “qualora sia stata scelta come legge applicabile al contratto la legge di uno Stato non membro” e il contratto “presenti uno stretto collegamento col territorio di uno Stato membro”.

²⁵ Su questa disposizione, v. N. BOSCHIERO, “I limiti al principio d’autonomia posti dalle norme generali del Regolamento Roma I. Considerazioni sulla ‘conflict inolution’ europea in materia contrattuale”, in *La nuova disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti (Roma I)*, a cura di N. Boschiero, Giappichelli, 2009, p. 104 ss. L’applicabilità della norma ai casi che, nello Stato membro del foro, siano soggetti a una convenzione speciale in virtù dell’art. 25 del Regolamento, può essere argomentata facendo leva, per quanto concerne la già ricordata Convenzione dell’Aja del 1978, sulla clausola di subordinazione ivi stabilita all’art. 22 (salva la necessità di chiarire il rapporto intercorrente fra tale clausola e la clausola di subordinazione di cui all’art. 25 del Regolamento: un tema, questo, che non può essere approfondito in questa sede). Per la Convenzione dell’Aja del 1955 sulla vendita, invece, la salvezza dell’art. 3, par. 4, sembra dipendere dalla possibilità di scorgere in esso una norma funzionale alla tutela di valori di fronte ai quali la stessa Convenzione è disposta a flettersi in forza dell’eccezione di ordine pubblico ivi stabilita (in termini non espressamente restrittivi, peraltro) all’art. 6. A quest’ultimo proposito sia consentito rinviare a P. FRANZINA, “Art. 4 - Legge applicabile in mancanza di scelta - II”, in *Regolamento CE n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (“Roma I”) - Commentario*, cit., p. 685 ss.

²⁶ Il confronto fra le soluzioni della *lex causae* e quelle minime imposte dal diritto dell’Unione si svolgerà, pertanto, secondo un criterio di fungibilità, dovendosi disattendere le prime solo se e nella misura in cui esse non risultino, nei loro effetti, equivalenti alle seconde. V. in argomento M. WILDERSPIN, X. LEWIS, “Les relations entre le droit communautaire et les règles de conflits de lois des États membres”, in *Rev. crit. droit int. privé*, 2002, p. 293 ss.

²⁷ Per un’analisi critica di questa soluzione, v. G. BIAGIONI, “Art. 3 - Libertà di scelta - II”, in *Regolamento CE n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (“Roma I”) - Commentario*, cit., p. 635 s.

²⁸ V., per contro, le osservazioni di P. BERTOLI, *Corte di giustizia, integrazione comunitaria e diritto internazionale privato e processuale*, cit., p. 457 s.

di più, il contratto di cui si discute risulti essere puramente “interno” ad un singolo paese o all’Unione europea. Quando la legge applicabile al contratto vada determinata in via obiettiva, così come quando vi sia stata una scelta di legge ma il contratto in questione non soddisfi il requisito indicato da ultimo, la possibilità di vedere salvaguardati i diritti sanciti dalla Direttiva dipende dalla possibilità di qualificare le norme attuative della Direttiva come norme di applicazione necessaria, ai sensi dell’art. 9 del Regolamento, o di azionare in nome di tali diritti l’eccezione di ordine pubblico prevista all’art. 21²⁹.

Il funzionamento delle norme di conflitto dettate dal Regolamento può anzitutto subire l’interferenza di particolari disposizioni materiali il cui rispetto, stando alla definizione dell’art. 9, par. 1, “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 rientrano nel loro campo di applicazione”, e ciò a prescindere da quale sia, in base alle norme del Regolamento, la legge applicabile al contratto. Chiarito in che cosa consista una norma di applicazione necessaria, l’art. 9, par. 2, stabilisce che il Regolamento non osta all’applicazione delle disposizioni che rientrano in tale definizione, in quanto provengano dall’ordinamento del foro. Per contro, l’art. 9, par. 3, consente al giudice di “dare efficacia” alle norme di applicazione necessaria di un paese terzo (diverso, cioè, tanto dalla *lex fori* quanto dalla *lex causae*), in quanto siano dettate dal paese “in cui gli obblighi derivanti dal contratto devono essere o sono stati eseguiti”, nella misura in cui rendano “illecito l’adempimento del contratto”. Dal canto suo, l’art. 21 chiarisce che l’applicazione della legge straniera richiamata da una norma del Regolamento può essere esclusa, in uno Stato membro, quando i suoi effetti siano incompatibili con l’ordine pubblico del foro, cioè con i valori che l’ordinamento del giudice consideri, in un dato momento storico, come irrinunciabili.

Per le ragioni esposte in precedenza parlando della scelta di legge ad opera delle parti, i limiti generali ora ricordati, riferibili al funzionamento di tutte le norme di conflitto dettate dal Regolamento Roma I, hanno essenzialmente ragione di essere evocati, in una materia oggetto di armonizzazione normativa come quella di cui discutiamo, quando si tratti di contrastare l’applicazione della legge di uno Stato terzo. Di seguito, pertanto, ci concentreremo su questa ipotesi.

14. Per inquadrare la tematica, vale la pena di ricordare che entrambi i fenomeni di cui discorriamo – l’applicazione “necessaria” di certe norme materiali e l’evizione della legge straniera richiamata in base alla c.d. eccezione di ordine pubblico – possono essere mobilitati a favore valori giuridici nazionali come europei o universali.

È oggi pacifico che l’ordine pubblico, lungi dal rispecchiare soltanto l’identità particolare dello Stato del foro, può includere principi elaborati al di fuori dello Stato del giudice, in quanto integrati nell’ordinamento di quest’ultimo ed ivi percepiti come essenziali³⁰. Le basi giuridiche del processo di integrazione europea possono ben presentare, per gli Stati membri, la caratteristica ora richiamata della irrinunciabilità³¹. Analogamente, è assodato che i caratteri distintivi delle norme di applicazione neces-

²⁹ Le osservazioni proposte nel testo valgono, in linea di massima, anche per l’ipotesi in cui la legge applicabile debba essere determinata in base ad una delle convenzioni fatte salve dall’art. 25 del Regolamento. In particolare, tanto la Convenzione dell’Aja del 1955 sulla vendita quanto la Convenzione del 1978 sui contratti di intermediazione, recano una norma sull’eccezione di ordine pubblico (rispettivamente all’art. 6 e all’art. 17). Il secondo dei due strumenti contiene anche una disposizione in tema di norme di applicazione necessaria (art. 16). Sotto entrambi i testi, peraltro elaborati in un’epoca in cui la riflessione sulle norme internazionalmente imperative non aveva ancora conosciuto uno sviluppo pieno, la nozione di ordine pubblico appare accolta in termini sufficientemente ampi da accomodare almeno una parte delle esigenze regolatorie di cui si farebbe altrimenti espressione l’art. 9, par. 2, del Regolamento Roma I. Si rimanda, in proposito, anche a quanto osservato alla nota 27.

³⁰ V. in generale sull’argomento M. FORTEAU, “L’ordre public ‘transnational’ ou ‘réellement international’: l’ordre public international face à l’enchevêtrement croissant du droit international privé et du droit international public”, in *Journ. droit int.*, 2011, p. 3 ss.; J. FOYER, “L’ordre public international est-il toujours français?”, in *Justices et droit du procès: du légalisme procédural à l’humanisme processuel - Mélanges en l’honneur de Serge Guinchard*, Paris, 2010, p. 274 ss.

³¹ Sull’ordine pubblico “dell’Unione europea”, v. in generale, fra i molti contributi, J. BASEDOW, “Recherches sur la formation de l’ordre public européen dans la jurisprudence”, in *Le droit international privé: esprit et méthodes - Mélanges en l’honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 55 ss., nonché T. STRUYCKEN, “L’ordre public de la Communauté européenne”, in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques - Mélanges en l’honneur de Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, p. 617 ss., e P. HAMMJE, “L’ordre public international et la distinction entre États membres et États tiers”, in *Droit international privé, États membres de l’Union européenne et États tiers*, a cura di S. Sana-Chaillé de Néré, p. 65 ss. Più specificamente, sui rap-

saria possono essere rintracciati, oltre che in norme di fonte interna, anche in convenzioni internazionali e nel diritto dell’Unione europea, sia esso considerato nelle sue espressioni di vertice o nelle norme derivate³².

Ciò detto, resta tutt’altro che facile stabilire con sicurezza se, ed eventualmente in che termini, una particolare espressione della legislazione dell’Unione – nella specie, la Direttiva 2011/7/UE, come attuata negli Stati membri – possa presentare i caratteri di una normativa di applicazione necessaria o rispecchiare, negli Stati membri, principi tutelabili mediante l’eccezione di ordine pubblico.

Va considerato, in effetti, che i meccanismi a cui facciamo riferimento si fondano su nozioni dai contorni lasciati deliberatamente imprecisi. La concretizzazione dell’ordine pubblico e la rilevazione del carattere internazionalmente imperativo di una norma sono quasi sempre operazioni rimesse all’apprrezzamento dell’interprete. Riveste qui un’importanza centrale, infatti, la capacità di quest’ultimo di cogliere, sia pure nel prisma di un caso specifico, il complessivo modo di essere di un dato ordinamento giuridico, considerato nella fase attuale della sua evoluzione storica.

A complicare l’opera dell’interprete concorre poi la speciale cautela di cui sono circondati, nella tradizione europea del diritto internazionale privato e nello stesso Regolamento Roma I (come emerge dal linguaggio delle disposizioni pertinenti e dal considerando n. 37), l’eccezione di ordine pubblico e il ricorso alle norme di applicazione necessaria³³. Un uso troppo ampio di questi congegni potrebbe tradursi in un sostanziale svuotamento della funzione delle norme bilaterali di conflitto e nella negazione della logica di apertura di cui tali norme costituiscono il portato tecnico.

2. L’ipotesi del carattere internazionalmente imperativo delle disposizioni nazionali attuative della Direttiva: esclusione della sua fondatezza

15. La sussunzione di una norma entro la categoria delle norme di applicazione necessaria ai sensi dell’art. 9, par. 1, del Regolamento Roma I presuppone un esame articolato della norma stessa, riferito agli obiettivi perseguiti dal legislatore e ai meccanismi che presiedono al suo funzionamento. Tale verifica, ribelle all’impiego di schemi rigidamente predeterminati, presenta alcune particolarità quando si rivolge a una norma nazionale attuativa di una direttiva, dove, per definizione, le determinazioni del legislatore dell’Unione si intrecciano a quelle del legislatore nazionale³⁴.

16. Il primo riscontro da compiere riguarda la natura degli interessi che la norma in questione, di cui sia stata previamente accertata la imperatività “semplice”, ha il compito di presidiare. Da questo punto di vista, si candidano ad un’applicazione “necessaria” le norme che, pur riferendosi in via immediata alla posizione giuridica di uno o più individui, appaiono indispensabili per realizzare un “ordine” più ampio, in particolare – per quanto interessa in questa sede – l’ordine del mercato³⁵.

porti (di sostituzione, integrazione o coesistenza) che, secondo le varie ricostruzioni, possono instaurarsi fra l’ordine pubblico dell’Unione europea e quello del foro, v. O. FERACI, *L’ordine pubblico nel diritto dell’Unione europea*, cit., p. 350 ss.

³² V., per esempio, già T. SEGRÉ, “Il diritto comunitario della concorrenza come legge di applicazione necessaria”, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1979, p. 75 ss.

³³ Con riferimento all’ordine pubblico, v., fra i molti, M. RENNER, *Article 21*, cit., p. 321. Quanto alle norme di applicazione necessaria, v. S. FRANCO, F. JAULT-SESEKE, “Les lois de police, une approche de droit comparé”, in *Le règlement communautaire “Rome I” et le choix de loi dans les contrats internationaux*, a cura di S. Corneloup e N. Joubert, Litec, 2011, p. 361 ss., e, in giurisprudenza, Corte giust., 17 ottobre 2013, causa C-184/12, *Unamar*, cit., punto 49.

³⁴ Sul tema, v. P. BERTOLI, *Corte di giustizia, integrazione comunitaria e diritto internazionale privato e processuale*, Giuffrè, 2005, p. 456 ss.

³⁵ La dottrina si è a lungo interrogata sulla formula accolta dall’art. 9, par. 1, del Regolamento Roma I per definire il concetto di norme di applicazione necessaria, rilevando sovente, fra le altre cose, lo speciale rilievo che in essa viene accordato a valori di tipo pubblicistico e, conseguentemente, la difficoltà di ascrivere a questo fenomeno le prescrizioni (nazionali o dell’Unione) volte alla tutela di interessi individuali, riferibili a particolari categorie di soggetti: v. per tutti, in argomento, G. BIAGIONI, “Art. 9 - Norme di applicazione necessaria”, in *Regolamento CE n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (“Roma I”) - Commentario*, cit., p. 791 ss. Non è evidentemente questa la sede per soffermarsi su tale complesso problema. In questo scritto, assumiamo che possano essere riconosciuti i caratteri della necessaria applicazione nelle norme preposte all’organizzazione del mercato: rientrano potenzialmente fra queste ultime le norme che mirano a correggere delle posizioni di squilibrio “individuale” fra le parti, comprese le posizioni

Una sensibilità di questo genere non è estranea alla Direttiva 2011/7/UE. Le istituzioni europee, sin dalla Raccomandazione 95/198/CE della Commissione, del 12 maggio 1995, riguardante i termini di pagamento nelle transazioni commerciali, hanno mostrato di essere consapevoli dei “pesanti oneri amministrativi e finanziari [che] gravano sulle imprese, in particolare su quelle piccole e medie, a causa della lunghezza dei termini di pagamento nelle transazioni commerciali”, e del rischio che tale stato di cose alteri gravemente l’equilibrio finanziario delle imprese stesse e la loro sopravvivenza³⁶. Le differenze tra le norme in tema di pagamento e le prassi seguite negli Stati membri, si legge nel preambolo della Direttiva 2000/35/CE, costituiscono in tal modo “un ostacolo al buon funzionamento del mercato interno” e un limite alle “transazioni commerciali tra gli Stati membri”. Muovendo da queste basi, riesce infatti difficile agli operatori economici proiettare la propria attività nell’intero mercato interno “in condizioni che garantiscano che le operazioni transfrontaliere non comportino rischi maggiori di quelle interne”: uno scenario, questo, che rischia di dar luogo a distorsioni dell’equilibrio concorrenziale³⁷.

Viene da dire, pertanto, che, dietro le misure legislative dell’Unione dirette a scoraggiare i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali non si trova tanto il desiderio di proteggere il creditore, considerato nella sua individualità, quanto la volontà di vedere realizzato con i mezzi del diritto privato un certo assetto del mercato interno. Il legislatore dell’Unione, in questo campo, non è stato guidato soltanto dall’idea “privatistica” della lealtà nei rapporti negoziali e dell’equilibrio fra i contraenti, ma anche dall’idea che le imprese, una volta poste nelle condizioni di agire in modo finanziariamente sicuro, hanno più *chances* di vedere premiata la propria competitività e propensione all’investimento e possono dunque contribuire più efficacemente a realizzare gli obiettivi generalissimi che l’art. 3, par. 3, del TUE associa alla costruzione del mercato interno: assicurare all’Europa uno sviluppo sostenibile, “basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi”, oltre che “su un’economia sociale di mercato fortemente competitiva”³⁸.

Non è affatto detto, peraltro, che basti questo per scorgere dietro le norme della Direttiva 2011/7/UE degli interessi “cruciali” per l’ordine del mercato interno. Certo, il peso degli obiettivi politici di cui una certa disposizione è chiamata a farsi carico costituisce un dato importante per stabilire il carattere internazionalmente imperativo di quella disposizione, ma tale parametro va impiegato con la debita circospezione. Riferito alle direttive che si propongono di ravvicinare le legislazioni degli Stati membri, un sindacato basato solamente sul rilievo politico degli scopi perseguiti condurrebbe in modo pressoché automatico a connotare le norme armonizzate come norme di applicazione necessaria. Per definizione, infatti, alla luce del combinato disposto degli articoli 26 e 114 del TFUE, tenuto conto dei principi di sussidiarietà e proporzionalità, l’Unione può risolversi ad adottare misure di questo genere solo quando ciò risulti “necessario” a realizzare degli obiettivi legati “all’instaurazione o al funzionamento del mercato interno”.

In definitiva, i limiti imposti dal diritto dell’Unione all’esercizio dell’autonomia privata in materia di termini di pagamento integrano il novero degli strumenti volti ad assicurare il governo del mercato interno, favorendone lo sviluppo nella direzione voluta dai Trattati, ma tale circostanza, ove manchino indizi che segnalino la crucialità degli specifici interessi in gioco, non può dirsi sufficiente, almeno non con certezza, a conferire alle norme in questione i caratteri della “necessaria applicazione”.

17. Ciò detto, anche ammettendo che le prescrizioni della Direttiva 2011/7/UE rivestano un rilievo cruciale per l’organizzazione del mercato interno, tanto da esigere un’applicazione non offuscata dal richiamo della legge di uno Stato terzo, risulta comunque difficile stabilire quali siano precisamente le situazioni che, in nome degli interessi sopra indicati, dovrebbero reputarsi “necessariamente” soggetti al regime armonizzato.

che – per quanto insuscettibili di alterare, prese singolarmente, la funzionalità del mercato – rispecchino un orientamento generale incompatibile con quello che il legislatore giudica essere il corretto operare delle sue dinamiche. In argomento v. anche M. RENNER, *Article 9*, in *Rome Regulations - Commentary on the European Rules of the Conflict of Laws*, cit., p. 202 s.

³⁶ In G.U.C.E. n. L 127 del 10 giugno 1995, p. 19 ss.

³⁷ Così i considerando n. 9 e n. 10.

³⁸ Vi è in ciò un’espressione, fra le tante, del generale carattere “regolatorio” del diritto privato dell’Unione europea: su tale concetto, v. per tutti, e in sintesi, C. TWIGG-FLESNER, “Introduction: Key Features of European Union Private Law”, in *The Cambridge Companion to European Union Private Law*, a cura di C. Twigg-Flesner, Cambridge University Press, 2010, p. 5 s.

È, questa, una verifica essenziale ai fini dell'accertamento della natura internazionalmente imperativa delle disposizioni in esame, dato che, come ricorda lo stesso art. 9 del Regolamento Roma I, le norme incaricate di proteggere degli interessi “cruciali” di uno Stato esprimono la speciale imperatività di cui parliamo solo rispetto alle “situazioni che rientrano nel loro campo d'applicazione”³⁹. Di fatto, una volta saggiato il rango degli interessi sottesi alla norma e verificata la strumentalità di quest'ultima alle fondamentali esigenze di “ordine” perseguite dal legislatore, è decisivo stabilire in che casi la norma stessa, per assolvere quel compito, “voglia” essere applicata nonostante il richiamo di una legge straniera.

Su questo versante, le difficoltà sono legate al fatto che la Direttiva, come si è detto, non provvede a stabilire i limiti geografici o socio-economici della propria sfera di applicabilità. Dire che la Direttiva è astrattamente applicabile senza limiti di spazio non significa dire, però, che le sue norme godono in modo parimenti illimitato della speciale imperatività a cui si riferisce l'art. 9 del Regolamento Roma I.

Non sarebbe del resto plausibile, né giustificato sul piano della politica del diritto, affermare che le norme attuative della Direttiva 2011/7/UE fungano da regime di applicazione necessaria in *tutti* i casi in cui si faccia questione del pagamento del corrispettivo di una transazione commerciale davanti ai giudici di uno Stato membro. Ne verrebbe, ad esempio, che un contratto privo di qualsiasi connessione sociale o economica con l'Unione europea ma per ipotesi assortito di una *electio fori* in favore dei giudici di Londra (come non è infrequente che accada nella pratica commerciale internazionale), si troverebbe per ciò solo sistematicamente assoggettato alla normativa inglese di attuazione della Direttiva, a dispetto di una chiara scelta delle parti in favore della legge di uno Stato terzo.

18. Quella che si propone nel nostro scenario è una situazione in fondo non dissimile da quella esaminata dalla Corte di giustizia nel caso *Ingmar*⁴⁰. Si trattava di stabilire in quell'occasione se, per effetto della *electio iuris* compiuta dalle parti di un contratto di agenzia in favore della legge della California (dove era stabilito il preponente), l'agente – un soggetto britannico – avesse perso la protezione garantitagli, in caso di cessazione del rapporto, dalle norme di attuazione della Direttiva 86/653/CEE del 18 dicembre 1986 sul coordinamento dei diritti degli Stati membri in tema di agenti commerciali indipendenti (anch'essa priva di esplicite indicazioni circa l'*emprise* territoriale delle proprie prescrizioni).

Nella sentenza, oggetto di letture critiche in dottrina⁴¹, la Corte ha escluso tale eventualità, riconoscendo il carattere internazionalmente imperativo delle disposizioni (di attuazione) della Direttiva in tema di indennità di cessazione del rapporto. Per cominciare, la Corte ha osservato che la Direttiva mira a “sopprimere le restrizioni all'esercizio della professione di agente commerciale, a uniformare le condizioni di concorrenza all'interno della Comunità e ad aumentare la sicurezza delle operazioni commerciali”, nonché a tutelare, tramite la categoria degli agenti commerciali, “la libertà di stabilimento e una concorrenza non falsata nell'ambito del mercato interno”⁴². Su tali basi, ed è questo il punto che qui interessa sottolineare, la Corte ha affermato che “nel territorio della Comunità” il rispetto delle disposizioni della Direttiva 86/653/CEE appare “necessario per la realizzazione [degli] obiettivi del Trattato” e non può dunque – quando l'agente operi in uno Stato membro – essere compromesso, o limitato, dall'applicazione di norme estranee, non coerenti con quelle esigenze. Nelle parole della Corte, la funzione di cui sono investite le norme della Direttiva 86/653/CEE “esige ... che esse trovino applicazione allorquando il fatto presenti un legame stretto con la Comunità, in particolare allorché l'agente commerciale svolga la sua attività sul territorio di uno Stato membro, quale che sia la legge cui le parti hanno inteso assoggettare il contratto”⁴³.

³⁹ Viene qui in considerazione il complesso problema del rilievo da attribuire, ai fini della qualificazione di una disposizione come norma di applicazione necessaria, agli elementi che determinano la sfera di efficacia spaziale di tale disposizione. In argomento, v. nella vasta letteratura, v. fra gli altri N. ANDRADE PISSARRA, S. CHABERT, *Normas de aplicação imediata, ordem pública e direito comunitario*, Almedina, 2004, p. 26 ss.

⁴⁰ Corte giust., 9 novembre 2000, causa C-381/98, *Ingmar*, in *Raccolta*, 2000, p. I-9305 ss.

⁴¹ Per un'analisi della pronuncia, corredata da ampi richiami ad altri commenti, v. S. FRANCO, *L'applicabilité du droit communautaire dérivé au regard des méthodes du droit international privé*, cit., p. 407 ss.

⁴² Corte giust., 9 novembre 2000, causa C-381/98, *Ingmar*, cit., punto 24.

⁴³ Ivi, punto 25.

Insomma, se è vero che può dirsi internazionalmente imperativa una norma intesa a tutelare degli interessi strategici connessi all’organizzazione del mercato interno, è vero anche che l’imperatività che connota quella norma è limitata alle situazioni che “strettamente legate” all’ambiente geografico, economico e sociale in cui quegli interessi si proiettano, cioè alle situazioni che, in considerazione del tipo e dell’intensità dei loro rapporti col territorio su cui si estende il mercato interno, partecipano essenzialmente alle sue dinamiche.

19. Ebbene, provando a replicare questo modo di pensare sul terreno dei ritardi di pagamento, ci si avvede che – a prescindere dalla minore intensità degli interessi in gioco, se comparati con quelli riscontrati dalla Corte sotto la normativa sugli agenti – risulta difficile identificare un criterio di delimitazione spaziale dell’efficacia cogente della Direttiva 2011/7/UE che possieda la chiarezza (peraltro relativa) del criterio accolto nella sentenza *Ingmar*. Se in tale pronuncia la Corte ha potuto specificare il generale parametro dello “stretto legame” facendo leva sul luogo di svolgimento dell’agenzia (luogo significativo, come detto, in ragione della particolare natura dei valori in gioco: accesso all’esercizio della professione di agente commerciale, libertà di stabilimento etc.), non è affatto chiaro quale possa essere il riferimento geografico a cui eventualmente ancorare con analoga efficacia e univocità la sfera di applicazione imperativa delle norme europee in tema di obbligazioni pecuniarie⁴⁴.

Una trasposizione meccanica dello schema seguito nel caso *Ingmar*, che conducesse ad affermare l’applicazione necessaria della Direttiva 2011/7/UE a tutte le transazioni commerciali che coinvolgano in veste di creditore un soggetto stabilito in uno Stato membro, sarebbe insoddisfacente per varie ragioni.

Per un verso, il criterio della residenza abituale del creditore, in assenza di correttivi, rischia di ricondurre sotto l’efficacia cogente della Direttiva situazioni nelle quali gli obiettivi di “governo del mercato” perseguiti dal legislatore dell’Unione si presentano sotto una luce attenuata. La Direttiva, per esempio, risulterebbe “necessariamente” applicabile a una transazione riconducibile sotto il profilo finanziario ad un gruppo extra-europeo e oggettivamente collegata in tutti i suoi aspetti col mercato di uno Stato terzo, se solo interessi, come creditore “nominale”, un’articolazione europea di quel gruppo.

Per un altro verso, e soprattutto, un discrimine di questo genere offrirebbe ai debitori stabiliti nell’Unione, i quali intrattengano rapporti con creditori extra-europei, una posizione di favore rispetto alle imprese loro concorrenti che siano egualmente stabilite nell’Unione ma abbiano essenzialmente a che fare con creditori regionali. Senonché, proprio per le considerazioni svolte in precedenza circa la logica di “governo del mercato” che ispira la Direttiva, non è possibile fare leva su di essa, in nome della protezione del creditore, per giungere ad esiti applicativi incompatibili la funzionalità concorrenziale e l’efficienza del mercato.

20. L’impiego di altri criteri per determinare la portata geografica dei supposti effetti cogenti della Direttiva condurrebbe a risultati egualmente problematici. Ad esempio, limitare la sfera di applicazione imperativa della Direttiva alle ipotesi in cui l’obbligazione pecuniaria debba essere eseguita in uno Stato membro significherebbe dover fare i conti, sia pure sotto una luce particolare, con lo stesso genere di problemi che circondano l’individuazione del *locus solutionis* agli effetti del foro speciale delle controversie in materia contrattuale, oggi previsto all’art 7 n. 1, lett. a), del Regolamento (UE) n. 1215/2012 del 12 dicembre 2012 sulla competenza giurisdizionale e l’efficacia delle decisioni in materia civile e commerciale (*Bruxelles I bis*)⁴⁵. Gli esiti dell’operazione, del resto, si esporrebbero probabilmente alle stesse critiche che sono state rivolte, sotto il regime indicato da ultimo, alla “astrattezza” delle soluzioni

⁴⁴ La concretizzazione dello “stretto collegamento” con l’Unione non sembra poter prescindere del tutto dall’elaborazione di parametri guida, capaci di specificare e orientare il concetto: se è vero che la rilevazione delle norme di applicazione necessaria e la determinazione della loro portata implicano una certa libertà di apprezzamento da parte dell’interprete, è vero anche che – considerati i drastici effetti che una normativa internazionalmente imperativa produce sul funzionamento delle norme sui conflitti di leggi – tale libertà non può tramutarsi in arbitrio e precludere alle parti un ragionevole pronostico circa il trattamento giuridico del loro rapporto.

⁴⁵ In G.U.U.E. n. L 351 del 20 dicembre 2012, p. 1 ss. Sul dibattito relativo ai criteri identificativi del *locus destinatae solutionis*, in particolare ove si faccia questione di obbligazioni pecuniarie, sia permesso rinviare, anche per ulteriori riferimenti, a P. FRANZINA, *La giurisdizione in materia contrattuale*, Cedam, 2006, p. 371 ss.

basate su criteri di tipo normativo e all'imprevedibilità (se non senz'altro impraticabilità, visto il carattere ormai interamente dematerializzato dei pagamenti internazionali) delle soluzioni che, viceversa, propongono l'impiego di un approccio “empirico”.

21. Alla luce di quanto precede, sembra corretto affermare che le norme di attuazione della Direttiva 2011/7/UE, pur concepite per assolvere una funzione di “ordine” del mercato interno, in aggiunta alla tutela di interessi individuali, non presentano tutti i caratteri che servirebbero a qualificarle come norme di applicazione necessaria agli effetti dell'art. 9 del Regolamento Roma I.

22. Nei casi transnazionali, la tenuta della disciplina armonizzata risulta dunque rimessa ai meccanismi “ordinari” del Regolamento. Questi, a guardar bene, dovrebbero bastare a collocare comunque sotto la disciplina armonizzata un numero assai rilevante di transazioni legate in modo reale e significativo alle dinamiche del mercato interno.

I contratti a cui non acceda una *electio iuris* saranno infatti sottoposti alla legge di uno Stato membro, e dunque alla Direttiva, tutte le volte in cui il prestatore caratteristico – che è tipicamente il creditore del corrispettivo pecuniario – sia un'impresa avente la propria residenza abituale in uno Stato membro: ciò varrà, in particolare, per i contratti di compravendita di beni mobili, ai sensi dell'art. 4, par. 1, lett. a), del Regolamento Roma I⁴⁶, come pure per i contratti di prestazione di servizi e di distribuzione ai sensi delle lettere b) e f) della medesima disposizione⁴⁷ nonché, in forza dell'art. 4, par. 2, per i contratti che non rientrino in alcuna delle specifiche categorie contemplate dall'art. 4, par. 1, o che presentino i tratti caratteristici di due o più di esse. In presenza di legami significativi con l'economia di uno Stato membro, saranno parimenti soggetti alla disciplina armonizzata, in mancanza di scelta, i contratti rientranti nelle altre previsioni dell'art. 4, par. 1, oltre che, ai sensi dell'art. 5, par. 1, i contratti di trasporto di merci.

Beninteso, le parti possono sottrarsi agli effetti del richiamo obiettivo disposto dalle norme ora citate assoggettando il rapporto alla legge da essi scelta. Ma dove il rapporto si esaurisca per intero nell'orizzonte dell'Unione europea, l'eventuale designazione della legge di uno Stato terzo incontrerà i limiti posti (dall'art. 3, par. 3, ove si tratti addirittura di un contratto puramente interno ad un solo paese, oppure) dall'art. 3, par. 4, del Regolamento. Le norme armonizzate che sanzionano la pattuizione di clausole “gravemente inique” nei confronti del creditore si applicheranno pertanto a dispetto della *electio iuris*, senza dover rivestire a questo fine i caratteri della imperatività “internazionale”⁴⁸.

3. Tutela del creditore e ordine pubblico del foro

23. Sta di fatto che, al di fuori di questi casi, i giudici di uno Stato membro ben potrebbero essere chiamati a pronunciarsi su una transazione commerciale che risulti soggetta, per gli aspetti che qui interessano, alla legge di uno Stato terzo.

Le norme (di attuazione) della Direttiva 2011/7/UE saranno incapaci di incidere in quanto tali sulla regolamentazione della fattispecie, ma ciò non esclude che i relativi principi ispiratori possano

⁴⁶ Lo stesso accadrà, ma solo per regola, in base alla Convenzione dell'Aja del 1955, citata in precedenza. L'art. 3 di tale Convenzione stabilisce che, in mancanza di scelta, il contratto sia retto dalla legge del paese di residenza del venditore, ma aggiunge che si applica, viceversa, la legge del paese di abituale residenza del compratore quando risulti che l'ordine sia stato ricevuto – tramite un agente o un rappresentante – in quest'ultimo paese.

⁴⁷ Alla medesima conclusione si perviene, ma anche qui solo per regola, ove si tratti del particolare servizio prestato da un intermediario commerciale al preponente e si tratti di applicare, invece del Regolamento, la già menzionata Convenzione dell'Aja del 1978. L'art. 6 della Convenzione prevede infatti che quando manchi una *electio iuris* il contratto sia retto dalla legge del paese in cui è stabilito l'agente, salvo stabilire che si applica, invece, la legge del paese in cui l'intermediario ha prevalentemente agito quando il rappresentato abbia la sua sede d'affari in tale paese o non abbia alcuna sede siffatta.

⁴⁸ Sulla possibilità di riferire l'art. 3, par. 4, all'insieme delle norme inderogabili aventi fonte nel diritto dell'Unione europea (o nella normativa nazionali di attuazione di strumenti sovranazionali), a prescindere dalla loro configurabilità come norme di applicazione necessaria, v. A. BONOMI, “Prime considerazioni sul regime delle norme di applicazione necessaria nel nuovo regolamento Roma I sulla legge applicabile ai contratti”, in *Liber Fausto Pocar - Nuovi strumenti del diritto internazionale privato*, a cura di G. Venturini e S. Bariatti, Giuffrè, 2009, p. 109 s.

interferire con l'applicazione della legge richiamata, secondo lo schema delineato dall'art. 21 del Regolamento Roma I con riguardo all'eccezione di ordine pubblico.

Come già si è detto, l'ordine pubblico degli Stati membri, nel suo evolversi, integra le sensibilità e le opzioni di fondo che fanno da ossatura al processo di integrazione europea. I Trattati, non meno del diritto derivato, possono dunque informare di sé gli ordinamenti nazionali, alterandone, in settori specifici, l'identità: per questa via, il diritto dell'Unione può finire per condizionare anche la regolamentazione di fattispecie che, di per sé, si collocherebbero al di fuori della sua sfera. L'ordine pubblico del foro, in effetti, pur venendo normalmente ricostruito a partire da specifiche disposizioni, non si identifica con quelle disposizioni, considerate in quanto tali, ma con i principi di cui queste ultime recano l'espressione: nulla impedisce allora che tali principi, una volta che vengano in rilievo da soli, non più legati alle specifiche previsioni che ne hanno rappresentato il veicolo, si ripercuotano su situazioni estranee alla sfera applicativa delle previsioni stesse.

Ciò può dirsi anche per il principio che vieta al debitore, in nome della buona fede, di accedere a vantaggi del tutto iniqui nei riguardi del creditore, ancorché previamente consentiti da quest'ultimo. Ben può dirsi, infatti, che i valori espressi dalla Direttiva 2011/7/UE, e prima ancora nella Direttiva 2000/35/CE, si siano saldati ai principi di elaborazione nazionale in tema di correttezza e, in generale, di giustizia contrattuale, accrescendone il peso e lo spessore. Se ciò è vero (ed è, questa, una verifica da compiere avendo riguardo alle specifiche caratteristiche dell'ordinamento del foro, ancorché il sostrato di valori di cui parliamo sia, proprio per effetto della Direttiva, patrimonio comune degli Stati membri), allora potrà essere esclusa, in forza dell'art. 21 del Regolamento, l'applicazione delle norme di uno Stato terzo che consentano al debitore di trarre vantaggio di una grave iniquità nei confronti del creditore circa la disciplina dei termini di pagamento.

24. Il limite dell'ordine pubblico, dato il suo carattere eccezionale, non potrà che operare in presenza di una intollerabile compressione del principio di lealtà. Per giungere all'evizione del diritto richiamato non basterà dunque che le norme della *lex contractus* somministrino al creditore una tutela semplicemente meno intensa di quella predisposta dal regime europeo o gli forniscano mezzi di protezione diversi da quelli immaginati dalla disciplina armonizzata: occorrerà, piuttosto, che la posizione del creditore si riveli del tutto sguarnita di tutela e che il debitore, potendo trarre profitto senza remore dalla situazione, sia posto nelle condizioni di determinarne una menomazione sostanziale. Si può supporre, per esempio, che cadrebbe sotto la previsione dell'art. 21 del Regolamento Roma I una clausola che, escludendo *tout court* l'obbligo del debitore di corrispondere degli interessi in caso di ritardato pagamento, combinasse i propri effetti con una normativa che vieti al giudice di adottare misure per correggere un simile squilibrio, magari all'interno di un quadro di fatto in cui l'importo dovuto, espresso in una moneta soggetta a un'importante svalutazione, rischi in tal modo di perdere una porzione rilevante della sua consistenza.