

ABSTRACT: Nella sentenza *Nikiforidis* del 2016, la Corte di giustizia dell'Unione europea ha stabilito che i limiti posti dall'art. 9 par. 3 del regolamento Roma I all'efficacia delle norme straniere di applicazione necessaria riguardano soltanto la loro «applicazione» in senso internazionalprivatistico, non anche la loro «presa in considerazione» da parte di norme materiali della *lex contractus*. Il presente contributo si interroga sulle ragioni di tale soluzione interpretativa ed evidenzia la necessità di precisarne l'ambito di operatività, al fine di preservare la coerenza sistematica del regolamento.

ZENO CRESPI REGHIZZI - PROFESSORE ORDINARIO NELL'UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

LA «PRESA IN CONSIDERAZIONE» DI NORME STRANIERE DI APPLICAZIONE NECESSARIA NEL REGOLAMENTO ROMA I

SOMMARIO: 1. Premessa: «applicazione» e «presa in considerazione» di norme straniere di applicazione necessaria – 2. La sentenza *Nikiforidis* della Corte di giustizia. – 3. I rischi di un'apertura indiscriminata alla presa in considerazione di norme straniere di applicazione necessaria. – 4. Proposta di ricostruzione, fondata sulla distinzione a seconda che il divieto posto dalla norma straniera rilevi per le sue conseguenze fattuali o quale parametro di illiceità del contratto. – 5. Riflessi della ricostruzione proposta nell'ordinamento italiano.

1. La possibilità di dare efficacia a norme di applicazione necessaria di uno Stato «terzo» – per tale intendendosi uno Stato che non coincide con la *lex fori* né con la *lex causae* – costituisce un problema complesso e, per molti aspetti, ancora irrisolto. Le incertezze riguardano le ragioni che giustificano l'attribuzione di siffatta efficacia, i relativi presupposti e, infine, le tecniche attraverso le quali tale risultato si realizza.

In materia contrattuale, questi problemi vanno oggi affrontati alla luce dell'art. 9 par. 3 del regolamento (CE) 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I). Come noto, questa disposizione ha notevolmente ristretto la possibilità di intervento delle norme straniere di applicazione necessaria, quale originariamente prevista dalla convenzione di Roma del 19 giugno 1980. Mentre quest'ultima poneva, quale unica condizione per po-

ter dare efficacia a norme straniere di applicazione necessaria, che esse appartenessero ad un paese «con il quale la situazione presenti uno stretto legame» (art. 7 par. 1), l'art. 9 par. 3 del regolamento richiede, in primo luogo, che tali norme appartengano al paese «in cui gli obblighi derivanti dal contratto devono essere o sono stati eseguiti» e, in secondo luogo, che esse rendano «illecito l'adempimento del contratto».¹

Tra le varie questioni che ha posto la nuova disciplina vi è quella di stabilire se i limiti posti dall'art. 9 par. 3 valgano soltanto per l'«applicazione» di norme di applicazione necessaria di uno Stato terzo, oppure anche per la loro «presa in considerazione materiale».²

Con tali espressioni si è soliti indicare le due tecniche attraverso le quali le norme straniere di applicazione necessaria possono ricevere efficacia nel foro.

Nel primo caso (*applicazione, Anwendung, application*), la norma di applicazione necessaria straniera è oggetto di un vero e proprio richiamo internazionalprivatistico, in virtù del quale l'effetto giuridico da essa previsto si produce immediatamente sul rapporto contrattuale, a prescindere – ed eventualmente in deroga – da quanto previsto dalla *lex contractus*. Supponiamo, ad esempio, che nello Stato A viga una norma di applicazione necessaria del seguente tenore: «gli accordi volti a realizzare un'intesa anticoncorrenziale sono nulli», e che due imprese, con sede nello Stato B, abbiano concluso un accordo, sottoposto alla legge dello Stato B, volto a fissare i prezzi per la rivendita dei loro prodotti nello Stato A. L'«applicazione» di siffatta norma da parte del giudice consiste in due fasi: occorre *i*) verificare se il caso concreto può essere sussunto nella fattispecie astratta della norma (esistenza di una intesa anticoncorrenziale) e, in caso affermativo, *ii*) trarne l'effetto giuridico da essa previsto (nullità del con-

(*) L'articolo è stato sottoposto a *peer review* tramite referaggio esterno. Questo lavoro è destinato agli *Scritti in onore di Francesco Salerno*, di prossima pubblicazione.

¹ Nel passaggio dalla convenzione di Roma al regolamento è stato invece mantenuto il carattere discrezionale della decisione di dare efficacia a norme di applicazione necessaria straniere. L'art. 9 par. 3 del regolamento stabilisce infatti che, «per decidere se vada data efficacia a queste norme, si deve tenere conto della loro natura e della loro finalità nonché delle conseguenze derivanti dal fatto che siano applicate, o meno».

² Nel prevedere che alle norme di applicazione necessaria straniere si possa «dare efficacia» – e non semplicemente «applicazione», come fa invece il par. 2 per le norme della *lex fori* –, l'art. 9 par. 3 del regolamento (UE) 593/2008 sembra contemplare il ricorso all'una o all'altra tecnica, senza reciproca esclusione: cfr. BONOMI, *Article 9*, in MAGNUS, MANKOWSKI (eds.), *Rome I Regulation. Commentary*, München, 2017, p. 599 ss., a p. 631 e, con riferimento all'art. 7 par. 1 della convenzione di Roma del 1980, ID., *Le norme imperative nel diritto internazionale privato*, Zurigo, 1998, p. 285 ss.; FREITAG, *Die kollisionsrechtliche Behandlung ausländischer Eingriffsnormen nach Art. 9 Abs. 3 Rom I-VO*, in *IPRax*, 2009, p. 109 ss., a p. 114 s.

tratto).³ Perché siffatta «applicazione» possa avvenire in uno Stato diverso da quello che ha emanato la norma in esame, occorre che nel sistema di diritto internazionale privato del foro vi sia una disposizione – qual è appunto, in materia contrattuale, l'art. 9 par. 3 del regolamento (CE) 593/2008 – che la richiami e le consenta di spiegare immediatamente la propria valutazione giuridica sul rapporto contrattuale, eventualmente anche in deroga alla disciplina ordinaria del rapporto giuridico fornita dalla *lex causae*.

Nel secondo caso (*presa in considerazione materiale, materiellrechtliche Berücksichtigung, prise en considération*), la norma di applicazione necessaria straniera non è oggetto di richiamo internazionalprivatistico e dunque il suo effetto giuridico non si produce immediatamente sul rapporto contrattuale. La norma straniera assume invece rilievo in funzione del contenuto di una norma sostanziale della *lex contractus*, che vi ricollega determinati effetti giuridici da essa stessa previsti.⁴ Ad esempio, se dopo la conclusione del contratto viene emanata una legge straniera che vieta l'esecuzione della prestazione in esso dedotta, tale divieto può essere preso in considerazione, in base alla *lex contractus*, quale ipotesi di impossibilità sopravvenuta che esclude la responsabilità del debitore, determina l'estinzione dell'obbligazione e/o la risoluzione del contratto.⁵ La tecnica della presa in considerazione di norme imperative straniere si è particolarmente sviluppata nella giurisprudenza tedesca.⁶ Le prime pronunce in tal

³ Peralto, laddove – come quasi sempre accade – nella *lex contractus* vi sia una clausola generale che stabilisce l'invalidità dei contratti per contrasto con norme imperative (ad es. in Italia l'art. 1418 cod. civ.), la nullità del contratto dovrà comunque fondarsi su tale clausola generale, in combinato disposto con la norma straniera violata: BIAGIONI, *Art. 9*, in SALERNO, FRANZINA (a cura di), *Regolamento CE n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali («Roma I»)*, *Commentario*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2009, p. 788 ss., a p. 802 s.; HELLNER, *Third Country Overriding Mandatory Rules in the Rome I Regulation: Old Wine in New Bottles?*, in *Jour. Priv. Int. Law*, 2009, p. 447 ss., a p. 463.

⁴ Cfr. BONOMI, *Le norme imperative cit.*, 1998, p. 280 ss.; MAYER, *Les lois de police étrangères*, in *Clunet*, 1981, p. 277 ss., a p. 307; CHONG, *The Public Policy and Mandatory Rules of Third Countries in International Contracts*, in *Journ. Priv. Int. Law*, 2006, p. 27 ss., a p. 40 ss.; FOHRER-DEDEURWAERDER, *La prise en considération des normes étrangères*, Paris, 2008, p. 42 ss.

⁵ Ipotizzando che il contratto sia regolato dalla legge italiana, vengono in rilievo, rispettivamente, gli artt. 1218, 1256 e 1463 cod. civ.

⁶ Al suo sviluppo ha inoltre contribuito in maniera significativa la dottrina: cfr., in particolare, ZWIGERT, *Nichterfüllung auf Grund ausländischer Leistungsverbote*, in *RabelsZ*, 1942, p. 283 ss.; MANN, *Sonderanknüpfung und zwingendes Recht im internationalen Privatrecht*, in SANDROCK (Hrsg.) *Festschrift für G. Beitzke zum 70. Geburtstag am 26. April 1979*, Berlin, 1979, p. 607 ss.; SIEHR, *Ausländische Eingriffsnormen im inländischen Wirtshaftskollisionsrecht*, in *RabelsZ*, 1988, p. 41 ss., a p. 78 ss.; VISSCHER, *General Course on Private International Law*, in *Recueil des Cours*, vol. 232, 1992, p. 9 ss., a p. 170 ss.; VON HEIN, *Einleitung zum Internationalen Privatrecht*, in ID. (Hrsg.) *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 12*, 8 Aufl., München, 2020, §

senso risalgono ad un secolo fa, quando il Reichsgericht, sulla base del § 275 BGB (norma che contempla l'impossibilità sopravvenuta come causa di liberazione del debitore), ha giustificato, in ragione del divieto di commercio con paesi nemici emanato dal legislatore inglese durante la prima guerra mondiale, l'inesecuzione da parte di cittadini inglesi di obblighi contrattuali precedentemente assunti nei confronti di cittadini tedeschi.⁷ Inoltre, sempre secondo la giurisprudenza tedesca, se il contratto prevede una prestazione vietata da una norma straniera di applicazione necessaria vigente al tempo della sua conclusione, tale circostanza può essere presa in considerazione, per farne discendere la sua nullità per contrarietà al buon costume ai sensi del § 138 BGB.⁸ La tecnica della presa in considerazione è stata seguita anche dalla giurisprudenza di altri paesi⁹ e anche in Italia, sia pure in pronunce risalenti.¹⁰

312 ss.; MARTINY, *Rom I-VO*, Art. 9, in VON HEIN (Hrsg.) *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 13*, 8 Aufl., München, 2021, § 45 ss.

⁷ Cfr. LEHMANN, UNGERER, *Applying or Taking Account of Foreign Overriding Mandatory Provisions – Sophism Under the Rome I Regulation*, in *Yearb. Priv. Int. Law*, 2017/2018, p. 53 ss., a p. 74 s.; MARTINY, *Rom I-VO*, Art. 9 cit., § 50.

⁸ Il più noto esempio in tal senso è rappresentato dalla sentenza del Bundesgerichtshof del 22 giugno 1972, con cui la Suprema Corte tedesca ha dichiarato invalido, per contrasto con il buon costume, un contratto di assicurazione – sottoposto alla legge tedesca – avente per oggetto il trasporto dalla Nigeria di beni culturali in contrasto con un divieto di esportazione posto dalla legge di quello Stato: cfr. BGH, 22 giugno 1972, II ZR 113/70: «Einem See-Güterversicherungsvertrag, der die Ausfuhr von Kulturgut aus einem Staat zum Gegenstand hat, der diese Ausfuhr zum Schutze seines nationalen Kunstbesitzes verboten hat, liegt ein versicherbares Interesse wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nicht zugrunde». In questi casi, la giurisprudenza tedesca ritiene di non poter fondare la nullità sul § 134 (nullità del contratto per violazione di norme imperative), non essendo la norma straniera immediatamente applicabile nell'ordinamento della *lex contractus*: cfr. MARTINY, *op. cit.*, § 47.

⁹ Un esempio recente di ricorso alla tecnica in esame da parte della giurisprudenza francese è offerto da App. Poitiers, 29 novembre 2011, *S.A. Viol Frères c. Moller Maersk A.S.*, in *Rev. trim. dr. comm. dr. écon.*, 2012, p. 217, che, prendendo in considerazione una legge ghanese recante il divieto di importazione di carne bovina di origine francese, ne ha fatto discendere la nullità, per impossibilità dell'oggetto, di un contratto di trasporto di carne bovina dalla Francia al Ghana, concluso successivamente all'entrata in vigore della legge. Nella stessa vicenda, una precedente sentenza di merito aveva invece escluso di poter attribuire rilievo alla legge ghanese, ma, proprio per tale ragione, era stata poi cassata per violazione dell'art. 7 par. 1 della convenzione di Roma del 1980: cfr. Cour de cassation, 16 marzo 2010, in *Dir. mar.*, 2010, p. 227 ss., con nota di DELEBEQUE. Per ulteriori riferimenti, cfr. BONOMI, *Le norme imperative cit.*, p. 244 ss.; KINSCH, *Le fait du prince étranger*, Paris, 1994, p. 328 ss.

¹⁰ Cfr. Cass., 10 giugno 1938 n. 1969, in *Foro it.*, 1939, I, c. 571, con nota di ANDRIOLI, *Legislazione su le divise e forza maggiore*; Trib. Venezia, 15 dicembre 1936, in *Dir. mar.*, 1937, p. 442. In dottrina, cfr. CONFORTI, *L'esecuzione delle obbligazioni nel diritto internazionale privato*, Napoli, 1962, p. 88 ss.; TREVES, *Il controllo dei cambi nel diritto internazionale privato*, Padova, 1967, p. 290 ss.; BONOMI, *Le norme imperative cit.*, p. 288.

2. La questione della eventuale applicabilità dei limiti di cui all'art. 9 par. 3 del regolamento (CE) 593/2008 anche alla «presa in considerazione» è stata esaminata dalla Corte di giustizia dell'Unione europea con la sentenza del 18 ottobre 2016 resa nel caso *Nikiforidis*.¹¹

La controversia all'origine del rinvio pregiudiziale opponeva il sig. Nikiforidis, cittadino greco impiegato come insegnante presso la scuola elementare greca di Norimberga, alla Repubblica ellenica, che gestiva tale scuola. Lo Stato greco, in qualità di datore di lavoro, aveva ridotto lo stipendio lordo del sig. Nikiforidis per il periodo 2010-2012, in applicazione di due leggi da esso stesso emanate nel 2010 al fine di ridurre il proprio debito pubblico, in esecuzione di un accordo concluso con la Commissione europea, la Banca centrale europea e il Fondo monetario internazionale.

Ritenendo illegittima tale riduzione, il sig. Nikiforidis agiva nei confronti della Repubblica ellenica dinanzi al competente tribunale tedesco facendo valere il proprio diritto a un supplemento di retribuzione per il periodo 2010-2012. Nell'ambito di tale procedimento, il *Bundesarbeitsgericht*, cui nel frattempo era stata rimessa la causa, rilevava che il rapporto di lavoro era regolato dalla legge tedesca e che, in base a tale legge, non sarebbe stato possibile ridurre la retribuzione del lavoratore senza il suo accordo. Secondo il tribunale tedesco, era pertanto necessario accertare se le due leggi greche del 2010 potessero essere direttamente o indirettamente applicate al contratto di lavoro in quanto norme di applicazione necessaria di uno Stato terzo.

Poiché nel caso di specie il rapporto di lavoro si svolgeva in Germania, l'art. 9 par. 3 del regolamento (CE) 593/2008 non consentiva di applicare tali leggi come norme di applicazione necessaria. Restava però da chiarire se, nonostante i limiti dell'art. 9 par. 3, fosse comunque possibile una loro presa in considerazione materiale alla luce della *lex contractus* tedesca.¹² Il

¹¹ Corte di giustizia, 18 ottobre 2016, in causa C-135/15, *Republik Griechenland c. Nikiforidis*. Tra i commenti pubblicati, cfr. MANKOWSKI, *Kommentar*, in *RIW*, 2016, p. 815 ss.; LEHMANN, UNGERER, *Applying cit.*, p. 53 ss.; ROTH, *Drittstaatliche Eingriffsnormen und Rom I-Verordnung*, in *IPRax*, 2018, p. 177 ss.; RAMMELOO, 'From Rome to Rome' – *Cross-border employment contract. European Private International Law: Intertemporal and foreign overriding mandatory laws*, in *Maastricht Jour. Eur. Comp. Law*, 2017, p. 298 ss.; BUREAU, MUIR WATT, *L'article 9.3 du règlement Rome I ne s'oppose pas à la prise en compte par le droit national applicable au contrat de la loi de police d'un État tiers*, in *Revue critique*, 2017, p. 238 ss.; FOHRER-DEDEURWAERDER, *Note*, in *Clunet*, 2017, p. 202 ss.; BOLLEE, *La prise en considération des lois de police étrangères dans le Règlement Rome I*, in ANCEL, D'AVOUT ET AL. (eds.), *Le droit à l'épreuve des siècles et des frontières. Mélanges en l'honneur du Professeur B. Ancel*, Paris-Madrid, 2018, p. 203 ss.

¹² Più precisamente, come si legge nel provvedimento del *Bundesarbeitsgericht* del 25 febbraio 2015 che ha disposto il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia (5 AZR 962/13 (A), reperibile nel sito juris.bundesarbeitsgericht.de), le norme greche di applicazione neces-

Bundesarbeitsgericht formulava pertanto un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia chiedendo, in particolare, «se l'art. 9 par. 3 del regolamento (CE) 593/2008 escluda solamente l'applicazione diretta delle norme di applicazione necessaria di un paese terzo in cui gli obblighi derivanti dal contratto non devono essere o non sono stati eseguiti, o se esso impedisca anche di tener conto in modo indiretto di tali norme nella legge del paese che disciplina il contratto».¹³

Nella sentenza del 18 ottobre 2016, la Corte di giustizia ha anzitutto osservato che l'art. 9 par. 3 del regolamento 593/2008, in quanto deroga al principio della libera scelta della legge applicabile ad opera delle parti del contratto, deve essere interpretato restrittivamente.¹⁴ Secondo la Corte, consentire al giudice di applicare norme di applicazione necessaria di Stati diversi da quelli espressamente indicati dall'art. 9 paragrafi 2 e 3 potrebbe compromettere la piena realizzazione dell'obiettivo generale del regolamento, rappresentato dalla certezza del diritto nello spazio giudiziario europeo e dalla prevedibilità delle norme sostanziali applicabili al contratto.¹⁵ Inoltre, nel caso di controversia relativa a un contratto di lavoro, «riconoscere al giudice del foro la facoltà di applicare, in forza del diritto applicabile al contratto, norme di applicazione necessaria diverse da quelle di cui all'art. 9» rischierebbe di compromettere l'obiettivo di garantire il rispetto delle disposizioni che assicurano la tutela del lavoratore previste dal diritto del paese in cui egli esercita le sue attività, ai sensi dell'art. 8.¹⁶

Ne consegue, secondo la Corte, che l'indicazione contenuta nell'art. 9 è tassativa e, dunque, tale disposizione «esclude che il giudice del foro possa applicare, in quanto norme giuridiche, norme di applicazione necessaria diverse da quelle dello Stato del foro o dello Stato nel quale gli obblighi derivanti dal contratto devono essere o sono stati eseguiti». Conseguentemente, nel caso di specie, il giudice tedesco non poteva «applicare, diret-

saria avrebbero potuto venire in rilievo in relazione al § 241 par. 2 *BGB*, che prescrive al creditore e al debitore di tener conto dei diritti, beni giuridici ed interessi della controparte.

¹³ Cfr. Bundesarbeitsgericht, 25 febbraio 2015 cit. Nello stesso provvedimento, il Bundesarbeitsgericht formulava due ulteriori questioni pregiudiziali concernenti, rispettivamente, il regime transitorio di applicabilità del regolamento (UE) 593/2008 rispetto alla convenzione di Roma del 1980 e l'eventuale incidenza, sulla questione dell'applicabilità diretta o indiretta delle leggi greche del 2010, del principio di leale cooperazione di cui all'art. 4 par. 3 del Trattato sull'Unione europea. Tali questioni non vengono esaminate nel presente scritto.

¹⁴ Sentenza *Nikiforidis* cit., punti 42, 43 e 44. In questo senso, cfr. già Corte di giustizia, 17 ottobre 2013, in causa C-184/12, *United Antwerp Maritime Agencies (Unamar) NV c. Navigation Maritime Bulgare*, punto 49.

¹⁵ Sentenza *Nikiforidis* cit., punti 46 e 47. L'obiettivo della certezza del diritto è enunciato nel considerando 16 del regolamento (UE) 593/2008.

¹⁶ Sentenza *Nikiforidis* cit., punto 48.

tamente o indirettamente, le norme di applicazione necessaria elleniche a cui si riferisce nella domanda di pronuncia pregiudiziale».¹⁷

Ciò posto, la Corte ha però precisato che questa conclusione negativa non andava estesa alla tecnica della presa in considerazione. Secondo la Corte, «l'articolo 9 di detto regolamento non osta a che siano *prese in considerazione, in quanto elementi di fatto*, le norme di applicazione necessaria di uno Stato diverso dallo Stato del foro o dallo Stato nel quale gli obblighi derivanti dal contratto devono essere o sono stati eseguiti, *nei limiti in cui ciò sia previsto da una norma sostanziale del diritto applicabile al contratto in forza delle disposizioni del medesimo regolamento*».¹⁸

A fondamento di tale conclusione, la Corte ha rilevato che il regolamento (CE) 593/2008 armonizza soltanto le norme di conflitto, non anche le norme sostanziali del diritto dei contratti. Pertanto, «nei limiti in cui queste ultime prevedono che il giudice del foro prenda in considerazione, come elemento di fatto, una norma di applicazione necessaria appartenente all'ordinamento giuridico di uno Stato diverso dallo Stato del foro o dallo Stato di esecuzione delle prestazioni contrattuali, l'articolo 9 di detto regolamento non può ostare a che il giudice adito prenda in considerazione detto elemento di fatto».¹⁹

3. La soluzione accolta nella sentenza *Nikiforidis*, già sostenuta da una parte della dottrina,²⁰ è stata approvata da alcuni autori, anche per avere allargato la possibilità di dare efficacia a norme di applicazione necessaria di uno Stato terzo, rimediando così alla formulazione dell'art. 9 par. 3 del regolamento (CE) 593/2008, ritenuta troppo restrittiva. Sulla scorta di tale pronuncia, questi autori hanno ritenuto che la tecnica della presa in considerazione sia *sempre* legittima, anche al di fuori dei limiti posti dall'art. 9 par. 3.²¹

¹⁷ Sentenza *Nikiforidis* cit., punto 50.

¹⁸ Sentenza *Nikiforidis* cit., punto 51 (corsivo aggiunto).

¹⁹ Sentenza *Nikiforidis* cit., punto 52.

²⁰ Cfr. MARTINY, *Rom I-VO*, Art. 9 cit., § 45. *Contra* FREITAG, *Die kollisionsrechtliche Behandlung* cit., p. 115; MAULTSCH, *Rechtswahl und ius cogens im Internationalen Schuldvertragsrecht*, in *RabelsZ*, 2011, p. 60 ss., a p. 98; HARRIS, *Mandatory Rules and Public Policy under the Rome I Regulation*, in FERARRI, LEIBLE (eds.) *Rome I Regulation. The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, München, 2009, p. 269 ss., a p. 333. In senso dubitativo, cfr. FRANCO, *Les lois de police, une approche de droit comparé*, in CORNELOUP, JOUBERT (eds.), *Le règlement communautaire «Rome I» et le choix de loi dans les contrats internationaux*, Paris, 2011, p. 357 ss., a p. 388 ss.

²¹ Cfr. BONOMI, *Article 9* cit., p. 654; VON HEIN, *Einleitung* cit., § 313 ss.

Questa interpretazione, così come il ragionamento seguito dalla Corte per svincolare la presa in considerazione dalle condizioni dell'art. 9 par. 3, è apparentemente lineare: il regolamento armonizza le sole norme di conflitto, non anche le norme sostanziali; pertanto, esso non può impedire al giudice, in applicazione di queste ultime, di prendere in considerazione una norma di applicazione necessaria straniera.²²

E tuttavia, ove se ne consideri il funzionamento concreto, questa soluzione pone notevoli problemi dal punto di vista della coerenza sistematica e del perseguimento dell'obiettivo della certezza del diritto, anch'esso richiamato dalla sentenza della Corte di giustizia.

Essa, infatti, presuppone che sia possibile distinguere tra applicazione e presa in considerazione della norma imperativa straniera. Tuttavia, in molti casi le due tecniche portano al medesimo risultato pratico. Poniamo il caso di una norma straniera che vieti il commercio e l'esportazione di beni archeologici, prevedendo al contempo la sanzione della nullità per i contratti stipulati in violazione di tale divieto. Se questa norma viene *applicata*, significa che le si consente di produrre l'effetto giuridico da essa previsto, ossia la nullità del contratto (ancorché regolato da una legge straniera) per violazione di una norma imperativa. Ma il risultato pratico non cambia se la stessa norma viene *presa in considerazione* come elemento della fattispecie di una norma della *lex contractus* che stabilisca la nullità del contratto per contrarietà al buon costume:²³ in entrambi i casi il contratto sarà dichiarato nullo.

Che applicazione e presa in considerazione portino spesso a un risultato equivalente non sembra essere sfuggito all'avvocato generale Szpunar il quale, nelle conclusioni rassegnate nel caso *Nikiforidis*, ha ammesso che «la differenza pratica tra l'applicazione e la considerazione sostanziale di una norma di applicazione necessaria straniera è quasi impercettibile».²⁴

La difficoltà di tracciare una netta distinzione tra le due tecniche è poi testimoniata, nella giurisprudenza inglese, dalla opposta qualificazione da-

²² Cfr. sentenza *Nikiforidis* cit., punti 46 e 47. In dottrina, cfr. BONOMI, *Article 9* cit., p. 653 s.

²³ Così, ad esempio, il § 138 *BGB*: cfr. *supra*, nota 8, per i riferimenti alla giurisprudenza tedesca. Cfr. inoltre D'AVOUT, *De la responsabilité d'un consulat qui n'affilie pas un salarié à la sécurité sociale*, in *Revue critique*, 2005, p. 62 ss.: «si cette norme produit en réalité, fût-ce par le détour formel d'une autre norme, ses effets propres à raison de la réalisation des conditions qui lui sont propres, il n'y a pas lieu de parler de prise en considération, puisqu'il lui est alors donné effet plein et direct, et qu'elle est ainsi en quelque sorte appliquée, quoique inconsciemment».

²⁴ Cfr. avv. gen. Szpunar, 20 aprile 2016, in causa C-135/15, *Republik Griechenland c. Nikiforidis*, punto 101.

ta alle due regole *Ralli Bros.* e *Foster v. Driscoll* sviluppate in tema di contratti affetti da *foreign illegality*.²⁵ Mentre, secondo l'opinione prevalente, la giurisprudenza *Ralli Bros.*²⁶ esprime una regola di diritto sostanziale e dunque si applica ai contratti regolati dalla legge inglese,²⁷ la giurisprudenza *Foster v. Driscoll*²⁸ integra un principio di ordine pubblico inglese: co-

²⁵ Cfr. HARTLEY, *Mandatory Rules in International Contracts: The Common Law Approach*, in *Recueil des cours*, vol. 266, 1997, p. 337 ss., a p. 385 ss.; DICEY, MORRIS, COLLINS, *The Conflict of Laws*, 15th ed., London, 2015, p. 1835 ss.

²⁶ Secondo la quale «a contract... is, in general, invalid, in so far as... the performance of it is unlawful by the law of the country where the contract is to be performed»: cfr. *Ralli Brothers v Compañia Naviera Sota y Aznar*, [1920] 2 K.B. 297. La società inglese Ralli Brothers aveva noleggiato una nave di proprietà della compagnia di navigazione spagnola Sota y Aznar, per trasportare un carico di iuta da Calcutta a Barcellona. In base al contratto, regolato dalla legge inglese, il pagamento del nolo avrebbe dovuto aver luogo in due *tranches*: per metà a Londra, al momento della partenza della nave dal porto di imbarco; il resto a Barcellona, dopo l'arrivo del carico. Giunta la merce a destinazione, il destinatario rifiutò di pagare una parte della seconda *tranche* del prezzo, in quanto eccedente l'importo massimo di 875 pesetas per tonnellata stabilito da un decreto spagnolo emanato dopo la conclusione del contratto. La compagnia Sota y Aznar avviava quindi un giudizio arbitrale a Londra contro la società Ralli Brothers, in base alla clausola compromissoria contenuta nel contratto di noleggio, chiedendo di essere indennizzata del mancato pagamento della parte del nolo eccedente le 875 pesetas. L'arbitro respinse la domanda, a motivo del divieto posto dalla legge spagnola. La Court of Appeal confermò il lodo arbitrale in base alla sopra citata massima, testualmente ripresa dalla seconda edizione del manuale del Dicey.

²⁷ Cfr. DICEY, MORRIS, COLLINS, *The Conflict of Laws* cit., p. 1837 ss.; Court of Appeal of the Hong Kong Special Administrative Region, *Ryder Industries Limited v. Chan Shuy Woo e Ryder Industries Limited v. Timely Electronic Company*, FACV Nos 12 & 13 of 2015, Opinion of Non-Permanent Judge Lord Collins of Mapesbury, punto 43; *Eurobank Ergasias SA v. Kalliroi Navigation Company Limited and others*, [2015] EWHC 2377 (Comm), punto 34: quest'ultima sentenza, ritenendo la regola *Ralli Bros.* parte del diritto sostanziale inglese sui contratti, ha ritenuto che la sua validità non sia stata scalfita dall'art. 9 par. 3 del regolamento (CE) 593/2008, e che dunque essa continui ad applicarsi ogniqualvolta la *lex contractus* è la legge inglese.

²⁸ Secondo la quale «an English contract should and will be held invalid on account of illegality if the real object and intention of the parties necessitates them joining in an endeavour to perform in a foreign and friendly country some act which is illegal by the law of such country notwithstanding the fact that there may be, in a certain event, alternative modes or places of performing which permit the contract to be performed legally»: *Foster v. Driscoll and others*, [1929] 1 KB 470. In applicazione di tale principio, la Corte ha dichiarato invalido per *illegality* un contratto di *partnership* volto a organizzare una spedizione di whisky destinato agli Stati Uniti, in violazione della proibizione di vendita e consumo di bevande alcoliche in vigore in quello Stato. Diversamente dal caso *Ralli Brothers*, nel caso *Foster v. Driscoll* il contratto era fin dalla sua conclusione volto a violare il divieto posto da una legge straniera. Per tale motivo, esso fu ritenuto invalido nonostante non dovesse necessariamente essere eseguito nel territorio dello Stato da cui proveniva il divieto (nel caso di specie, le parti avevano infatti convenuto che, ove il whisky non avesse potuto essere consegnato negli Stati Uniti, esso sarebbe stato consegnato in Canada o in alto mare, in un punto sufficientemente vicino al territorio statunitense, in modo da agevolarne una rivendita illecita da parte dei compratori in violazione delle leggi proibizionistiche statunitensi). Per la riaffermazione di tale principio da parte della successiva giurisprudenza, cfr. *Regazzoni v. KC Sethia (1944) Ltd*, [1958] AC 301 e, più recentemente, *Dana Gas PJSC v. Dana Gas Sukuk Limited and others*, [2017] EWHC 2928 (Comm).

me tale essa dovrebbe applicarsi non soltanto ai contratti regolati dalla legge inglese, ma anche ai contratti regolati da una legge straniera.²⁹

Tra le due tecniche vi è effettivamente una differenza: nel caso della presa in considerazione, la possibilità di attribuire efficacia alla norma di applicazione necessaria straniera dipende dalla *lex contractus* e non dal diritto internazionale privato del foro. Ma ciò significa semplicemente che, attraverso il meccanismo della presa in considerazione, alla norma della *lex contractus* si assegna il compito di selezionare, tra le norme di applicazione necessaria, quelle che potranno interferire con la disciplina del contratto. Senonché questo esito sembra porsi in netto contrasto con la *ratio* stessa dell'art. 9 par. 3 del regolamento (CE) 593/2008, che è quella di limitare comunque il novero delle norme imperative suscettibili di interferire con la validità e l'esecuzione del contratto. Questo esito finisce per frantumare l'uniformità di disciplina del contratto perseguita dal regolamento.

D'altra parte, non varrebbe obiettare che il regolamento (CE) 593/2008 ha uniformato soltanto le norme di diritto internazionale privato, e non anche il diritto sostanziale degli Stati membri (ed ancor meno quello degli Stati terzi). L'obiezione non appare fondata perché, in tutti i casi in cui il divieto posto dalla norma di applicazione necessaria straniera opera come parametro di illiceità del contratto, la norma della *lex contractus* non fornisce una propria valutazione giuridica materiale del contenuto del contratto, ma opera come «porta d'ingresso»³⁰ per valutazioni giuridiche provenienti da un ordinamento diverso. In questi casi, essa svolge di fatto una funzione equivalente all'art. 9 par. 3 e, pertanto, dovrebbe rispettarne i limiti di operatività per rispettarne l'effetto utile.

Insomma, presa alla lettera, la soluzione indicata nella sentenza *Nikiforidis* rischia di impedire all'art. 9, par. 3 il raggiungimento del suo scopo. Peraltro, si può dubitare che questo fosse l'intento della Corte. Come ricordato, infatti, in molti passaggi, al fine di affermare il carattere tassativo dell'art. 9 par. 3 la sentenza si è premurata di sottolineare: l'esigenza di *interpretare restrittivamente l'art. 9* (in quanto misura derogatoria rispetto alle norme di conflitto del regolamento); di *limitare le perturbazioni* del sistema di conflitto di leggi risultante dall'applicazione di norme di applicazione necessaria diverse dalla *lex fori*; e di non compromettere la *certezza del diritto* e la prevedibilità.³¹

²⁹ Cfr. DICEY, MORRIS, COLLINS, *The Conflict of Laws* cit. p. 1875 s.

³⁰ «Einfallstor», secondo la sentenza del Bundesarbeitsgericht nel caso *Nikiforidis*, 26 aprile 2017, in *IPRax*, 2018, p. 86 ss., con nota di SIEHR, *Griechische Spargesetze und Arbeitsverträge, die deutschem Recht unterliegen*, *ibid.*, p. 44 ss., par. 34.

³¹ Cfr. sentenza *Nikiforidis* cit., punti 44, 45, 46 e 47.

Nel caso *Nikiforidis*, il problema si è per così dire risolto da solo. Infatti, con sentenza del 26 aprile 2017, il Bundesarbeitsgericht ha ritenuto, sulla base della risposta della Corte al primo quesito pregiudiziale, che il rapporto di lavoro del sig. Nikiforidis rientrasse *ratione temporis* nell'ambito di applicazione della convenzione di Roma del 1980 e non in quello del regolamento (CE) 593/2008,³² ed ha quindi affrontato la questione alla luce del diritto internazionale privato tedesco precedente all'entrata in vigore del regolamento (avendo come noto la Germania formulato una riserva rispetto all'art. 7 par. 1 della convenzione di Roma).³³ Nel merito, il Bundesarbeitsgericht ha ritenuto che le leggi di emergenza greche non avessero inciso direttamente sul rapporto di lavoro – determinando una riduzione di stipendio –, essendo la loro efficacia limitata al territorio della Repubblica ellenica, e non estendendosi invece al territorio della Repubblica federale tedesca, dove si svolgeva il rapporto di lavoro del sig. Nikiforidis.³⁴ Ciò premesso, il tribunale tedesco, pur riconoscendo in astratto la possibilità di una presa in considerazione delle leggi di emergenza greche alla luce della *lex contractus* tedesca – segnatamente alla luce del § 241 par. 2 *BGB*, che, come ricordato, prescrive al creditore e al debitore di tener conto dei diritti, beni giuridici ed interessi dell'altra parte –, in concreto ha escluso di poter giustificare la riduzione di stipendio del sig. Nikiforidis, avendo la Repubblica ellenica a disposizione un mezzo alternativo, e meno gravoso per il proprio dipendente, per far fronte alla propria situazione di crisi finanziaria: il licenziamento legato alla produzione (*betriebsbedingte Änderungskündigung*).³⁵

Tuttavia, al di fuori di tale caso, il problema permane. Di qui l'esigenza di precisare i limiti entro i quali la tecnica della presa in considerazione può ritenersi consentita, anche oltre i limiti dell'art. 9 par. 3, senza sovvertire i principi alla base del regolamento (CE) 593/2008.

4. Per cercare una soluzione, occorre considerare che la tecnica della presa in considerazione racchiude, in realtà, due distinti gruppi di ipotesi,

³² Secondo la sentenza *Nikiforidis* della Corte di giustizia, l'articolo 28 del regolamento (CE) 593/2008 «deve essere interpretato nel senso che un rapporto contrattuale di lavoro sorto prima del 17 dicembre 2009 rientra nell'ambito di applicazione di tale regolamento solo nei limiti in cui detto rapporto ha subito, per effetto di un consenso reciproco delle parti contraenti che si sia manifestato a decorrere da tale data, una modifica di ampiezza tale da dover ritenere che sia stato concluso un nuovo contratto di lavoro a decorrere dalla medesima data, circostanza che spetta al giudice del rinvio determinare».

³³ Cfr. Bundesarbeitsgericht, 26 aprile 2017 cit., p. 44 ss.

³⁴ Cfr. Bundesarbeitsgericht, 26 aprile 2017 cit., par. 30.

³⁵ Cfr. Bundesarbeitsgericht, 26 aprile 2017 cit., par. 33 ss.

che divergono profondamente tra loro quanto alle modalità di intervento della norma straniera.

Nel primo gruppo, la norma imperativa straniera che vieta la prestazione dedotta nel contratto rileva in relazione alle *conseguenze fattuali* che produce sul rapporto contrattuale tra le parti. Come è stato osservato, «il divieto straniero che rende impossibile o eccessivamente onerosa la prestazione contrattuale (o fa venir meno l'interesse del creditore ad ottenerla) opera come un fatto di cui il giudice deve prendere atto, traendone le conseguenze giuridiche previste dalla *lex causae*».³⁶ La *ratio* di siffatta presa in considerazione è quella di consentire alla *lex causae* di ristabilire nel rapporto contrattuale l'equilibrio che è stato turbato dal divieto posto dalla legge straniera in un momento successivo alla conclusione del contratto. Dal punto di vista della *lex causae*, la norma straniera non è chiamata a fornire, neppure indirettamente, una valutazione giuridica del rapporto contrattuale. Pertanto, non rileva il suo contenuto, né la sua eventuale incompatibilità con la *lex contractus* o con l'ordine pubblico del foro,³⁷ ma soltanto la sua *effettività*, ossia il potere dello Stato che l'ha emanata di imporne l'applicazione.³⁸

³⁶ Cfr. BONOMI, *Le norme imperative* cit., p. 281.

³⁷ Il punto è ben illustrato da due recenti sentenze tedesche che hanno ritenuto che il divieto di ingresso in territorio kuwaitiano per i cittadini israeliani disposto da una legge kuwaitiana, ancorché contrastante con i principi fondamentali dell'ordinamento tedesco, e dunque insuscettibile di «applicazione» ai sensi dell'art. 9 par. 3 del regolamento, potesse nondimeno essere «preso in considerazione», tenuto conto anche dell'apertura contenuta nella sentenza *Nikiforidis*, al fine di giustificare, ai sensi del § 275 BGB, l'inesecuzione di una prestazione di trasporto aereo da parte della compagnia aerea kuwaitiana, in relazione a un viaggio che prevedeva uno scalo a Kuwait City: cfr. Oberlandesgericht Frankfurt am Main, 25 settembre 2018, in *NJW*, 2018, p. 3591 ss.; Oberlandesgericht München, 24 giugno 2020, in *NJW-RR*, 2020, p. 1061 ss., par. 32 (da cui si cita): «Denn das Forum kann fremden Eingriffsrecht zwar die Anwendung versagen, die durch das Recht geschaffenen Fakten kann es aber nicht ignorieren, selbst wenn das ausländische Gesetz zu missbilligen ist». Nello stesso senso si possono inoltre ricordare le pronunce della Corte di cassazione francese che, pur ritenendo contrarie all'ordine pubblico francese le leggi algerine di nazionalizzazione dei beni di cittadini francesi, ne hanno nondimeno tenuto conto in relazione alle loro conseguenze fattuali: cfr. KINSCH, *Le fait du prince* cit., p. 245 ss., anche per i riferimenti.

³⁸ Ad esempio, la giurisprudenza tedesca subordina la possibilità di prendere in considerazione il divieto posto da una norma straniera di natura politica o economica alla circostanza che lo Stato che le ha emanate abbia il potere di imporne l'applicazione a oggetti, diritti o persone, nel proprio territorio (c.d. *Machttheorie*): cfr. LEHMANN, UNGERER, *Applying* cit., p. 74; VON HEIN, *Einleitung* cit., § 312. In applicazione di tale criterio, il Bundesgerichtshof, con sentenza in data 24 febbraio 2015, in *NJW*, 2015, p. 2328 ss., in un giudizio promosso contro la Repubblica argentina da sottoscrittori di obbligazioni emesse quest'ultimo Stato, volto ad ottenerne la condanna ad eseguire alcuni pagamenti dovuti in base al prestito obbligazionario sottostante, ha respinto l'eccezione dello Stato convenuto, fondata sulla necessità di applicare, come *Eingriffsnormen*, i provvedimenti argentini che avevano disposto la moratoria del debito pubblico.

Nel secondo gruppo di ipotesi, la norma straniera non rileva per le sue conseguenze fattuali sul rapporto contrattuale: essa interviene su «invito»³⁹ di una clausola generale della *lex contractus* (tipicamente la clausola che stabilisce la nullità del contratto per contrasto con il buon costume), quale parametro per la sua illiceità. Come ricordato, questo approccio viene seguito, soprattutto, dalla giurisprudenza tedesca, secondo la quale un contratto, ancorché regolato dalla legge tedesca, può essere ritenuto contrario al buon costume (*sittenwidrig*), ai sensi del § 138 *BGB*, se concluso in violazione di un divieto posto da una norma di legge straniera già esistente al momento della conclusione del contratto.⁴⁰ Alla stessa categoria possono poi ricondursi le ulteriori ipotesi in cui la violazione di un divieto posto da una legge straniera prima della conclusione del contratto determini, in base alla *lex contractus*, la sua invalidità per causa o oggetto illecito o giuridicamente impossibile.⁴¹ La *ratio* di siffatte forme di presa in considerazione è analoga a quella sottesa all'applicazione vera e propria e risiede nella volontà di cooperare con lo Stato straniero nell'attuazione delle sue *policies*. In questi casi, la norma straniera viene presa in considerazione per il suo contenuto normativo⁴² e fornisce, sia pure indirettamente (cioè per il tramite della clausola generale della *lex contractus* che stabilisce la nullità del contratto contrario al buon costume), una valutazione giuridica del rapporto contrattuale. E proprio per tale ragione, la possibilità di dare efficacia alla norma straniera – anche mediante la tecnica della presa in considerazione – è subordinata al fatto che il suo contenuto normativo non contrasti con l'ordine pubblico della *lex contractus* e della *lex fori*.

Chiarito dunque che, nei due gruppi di ipotesi sopra individuati, la tecnica della presa in considerazione opera con modalità radicalmente diverse, occorre chiedersi se l'apertura della Corte di giustizia a tale tecnica contenuta nella sentenza *Nikiforidis* possa riferirsi all'uno o all'altro gruppo, o a entrambi.

Al riguardo appare evidente che il rischio, precedentemente evidenziato, che la presa in considerazione finisca per costituire una «applicazione mascherata» della norma straniera, non riguarda le ipotesi appartenenti al primo gruppo. Infatti, in tali situazioni la norma straniera non fornisce, neppure indirettamente, una valutazione giuridica del rapporto contrattuale, ma rileva soltanto in relazione alle conseguenze fattuali da essa prodotte.

³⁹ In questi termini si esprime BOLLÉE, *La prise en considération* cit., p. 218.

⁴⁰ Cfr. *supra*, nota 8.

⁴¹ Cfr. *supra*, nota 9.

⁴² Cfr. BONOMI, *Le norme imperative* cit., p. 283.

Del tutto diversa è la situazione per quanto riguarda le ipotesi del secondo gruppo. In queste ipotesi, la norma straniera opera, in virtù dell'invito rivoltole dalla clausola generale della *lex contractus*, una vera e propria valutazione giuridica del rapporto contrattuale. Rispetto a queste situazioni, dunque, la tecnica della presa in considerazione – ancorché fondata su una norma sostanziale della *lex contractus* – appare funzionalmente equivalente a quella dell'applicazione. L'unica differenza è che, mentre nel caso dell'applicazione gli effetti della norma sulla relazione contrattuale si producono *direttamente* (in virtù di un richiamo internazionalprivatistico), nel caso della presa in considerazione i suoi effetti si producono soltanto *indirettamente* (in virtù della clausola generale della *lex contractus*, ad es. in punto di contrarietà al buon costume, o di liceità della causa del contratto). Ciò non toglie che, come l'applicazione, anche questa ipotesi di presa in considerazione finisce per consentire alla norma di applicazione necessaria dello Stato terzo di interferire con la disciplina del rapporto contrattuale. Ne discende che, per non privare l'art. 9 par. 3 del suo effetto utile, rispetto a tali ipotesi la tecnica della presa in considerazione non dovrebbe essere seguita se non entro i limiti da esso stabiliti, e cioè soltanto quando il contratto debba essere eseguito nello Stato straniero che ha emanato la norma di applicazione necessaria e quest'ultima ne renda illecita l'esecuzione.⁴³

Questa soluzione, a ben vedere, pare suggerita dalla stessa motivazione della sentenza *Nikiforidis*, laddove la Corte ha sottolineato l'impossibilità: i) di «applicare, in forza del diritto applicabile al contratto, norme di applicazione necessaria diverse da quelle di cui all'articolo 9»; ii) di «applicare, in quanto norme giuridiche, norme di applicazione necessaria diverse da quelle dello Stato del foro o dello Stato nel quale gli obblighi derivanti dal contratto devono essere o sono stati eseguiti»; iii) di «applicare, direttamente o indirettamente», le norme di applicazione necessaria in questione.⁴⁴ Per quanto la sentenza non lo affermi espressamente, questi passaggi sembrano indicare che la Corte abbia considerato inammissibile, al di fuori dei limiti di cui all'art. 9 par. 3, non soltanto la applicazione diretta di norme di applicazione necessaria di uno Stato terzo, ma anche una loro *applicazione indiretta*, e cioè anche una «presa in considerazione» che consenta loro di operare, sia pure su invito di una clausola generale della *lex contractus*, una valutazione giuridica del rapporto contrattuale.

⁴³ Giungono sostanzialmente a questa conclusione BOLLÉE, *La prise en considération* cit., p. 218 ss.; LEHMANN, UNGERER, *Applying* cit., p. 79; ROTH, *Drittstaatliche Eingriffsnormen* cit., p. 183 s. In senso contrario, cfr. gli autori cit. *supra*, nota 21.

⁴⁴ Cfr. sentenza *Nikiforidis*, cit., punti 48 e 50.

Nella medesima prospettiva si possono poi leggere gli ulteriori passaggi della sentenza in cui la Corte ha precisato che la tecnica della presa in considerazione resta ammissibile, anche al di fuori dei limiti di cui all'art. 9, ma soltanto «come elemento di fatto». Questa espressione sembra indicare che la possibilità di superare i limiti di cui all'art. 9 par. 3 riguarda soltanto la presa in considerazione delle *conseguenze fattuali* del divieto posto dalla norma di applicazione necessaria straniera sul rapporto contrattuale. Tuttavia, come precedentemente osservato, da tale presa in considerazione «come fatto» è esclusa qualunque attribuzione di efficacia valutativa alla norma straniera rispetto al rapporto contrattuale: rapporto che resta esclusivamente regolato dalla *lex contractus* anche per la valutazione delle conseguenze del divieto posto dalla legge straniera.

5. Dalle considerazioni che precedono discende che, nel regime del regolamento (CE) 593/2008, la presa in considerazione di norme di applicazione necessaria di uno Stato terzo resta possibile, anche al di fuori dei limiti di cui all'art. 9 par. 3, ma soltanto in relazione alle *conseguenze fattuali del divieto* posto da tali norme, ad esempio in termini di impossibilità, maggiore onerosità o perdita di interesse alla prestazione da parte del creditore. Spetterà esclusivamente alla *lex contractus* determinare le conseguenze giuridiche che tali situazioni producono sul rapporto contrattuale. Ad esempio, laddove il contratto sia regolato dalla legge italiana, occorrerà fare riferimento agli artt. 1218, 1256, 1463 e 1467 cod. civ. per stabilire se il divieto posto dalla legge straniera possa rilevare rispettivamente come causa di giustificazione della mancata esecuzione della prestazione da parte del debitore, di estinzione dell'obbligazione e di risoluzione del contratto per impossibilità sopravvenuta, o di risoluzione del medesimo per eccessiva onerosità sopravvenuta.⁴⁵

In questi casi, alle previsioni sostanziali della *lex contractus* e alla loro interpretazione occorrerà inoltre riferirsi, senza alcun vincolo da parte dell'art. 9 par. 3, per stabilire quali collegamenti la fattispecie concreta debba presentare con il paese di origine della norma imperativa straniera,

⁴⁵ La competenza della *lex contractus* per valutare questi aspetti è confermata dall'art. 12 par. 1 del regolamento, che ricomprende, tra le questioni che ricadono nel suo ambito, l'«esecuzione delle obbligazioni» che discendono dal contratto (lett. *b*), nonché i «modi di estinzione delle obbligazioni» (lett. *d*). Secondo un'interpretazione ampiamente condivisa, nella nozione di «esecuzione delle obbligazioni» rientrano anche le condizioni per l'eventuale liberazione del debitore: GIULIANO, LAGARDE, *Relazione sulla convenzione relativa alla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, in *Gazz. Uff. Com. eur.*, n. C 282 del 31 ottobre 1980, p. 1 ss., *sub art. 10 par. 2*; LEANDRO, *Art. 12*, in SALERNO, FRANZINA (a cura di), *Regolamento CE n. 593/2008 cit.*, p. 817 ss., a p. 822.

affinché il divieto posto da quest'ultima possa essere preso in considerazione. A seconda degli ordinamenti, potrà ad esempio essere richiesto che il debitore sia cittadino dello Stato autore della norma imperativa (o risieda o abbia sede in tale Stato),⁴⁶ che lo Stato che ha emanato la norma abbia il potere di imporne l'applicazione a oggetti, diritti o persone, posti nel proprio territorio,⁴⁷ o ancora che il contratto debba essere eseguito in tale Stato.⁴⁸ Sempre in base alla *lex contractus* si dovrà poi valutare se una società possa invocare, quale giustificazione per l'inesecuzione di un contratto di fornitura, il fatto di aver dovuto ottemperare a un embargo nei confronti dello Stato di destinazione delle merci, assistito da sanzioni penali per gli amministratori in caso di inottemperanza, adottato unilateralmente dallo Stato di incorporazione della sua capogruppo.⁴⁹

Per contro, non sarà possibile ricorrere alla presa in considerazione, se non nei limiti dell'art. 9 par. 3, per trarre dalla norma straniera, fondandosi su clausole generali della *lex contractus*, un *parametro di valutazione della liceità* del contratto. Ne consegue che, laddove il contratto sia regolato dal-

⁴⁶ Così, in Italia, BIANCA, *Diritto civile. La responsabilità*, 3^a ed., Milano, 2019, p. 38, secondo il quale gli atti dell'autorità straniera, pur non avendo normalmente efficacia nel nostro ordinamento, possono nondimeno valere come esimente per il cittadino dello Stato da cui proviene il provvedimento in questione, o anche per il cittadino di altro Stato, a condizione che quest'ultimo dimostri che l'inosservanza dell'atto dell'autorità straniera avrebbe comportato conseguenze personali o patrimoniali (arresti, perquisizioni, ecc.) superiori allo sforzo diligente dovuto. Per la (risalente) giurisprudenza italiana, cfr. *supra*, nota 10.

⁴⁷ Così secondo la *Machttheorie* seguita dalla giurisprudenza tedesca: cfr. *supra*, nota 38.

⁴⁸ Così, in Inghilterra, secondo la giurisprudenza *Ralli Bros.*: cfr. *supra*, nota 26.

⁴⁹ Cfr., ad esempio, il caso deciso da App. Paris, 25 febbraio 2015, in *Rec. Dalloz*, 2015, p. 1260, con nota di WINKLER, LACOMBE, *Mesures à vocation extraterritoriale et lois de police: un revers à l'hégémonie juridique outre-Atlantique?*, riguardante un contratto, sottoposto alla legge francese, con il quale la filiale francese di un gruppo multinazionale statunitense, leader mondiale nel settore delle biotecnologie, aveva nominato una società iraniana quale proprio distributore esclusivo per l'Iran. Dopo la conclusione del contratto, la società francese aveva comunicato alla società iraniana di non poter darvi seguito, a causa della necessità di conformarsi al divieto di esportazione verso l'Iran nel frattempo introdotto nel *Code of Foreign Regulations* statunitense, divieto esteso alle filiali estere di società statunitensi e assistito da sanzioni civili e penali a carico degli amministratori in caso di inottemperanza. Convenuta in giudizio dinanzi al Tribunale di commercio di Parigi, la società francese giustificava il proprio comportamento invocando la normativa statunitense come *loi de police*. Con la sentenza citata, resa prima della sentenza *Nikiforidis* della Corte di giustizia, la Corte di Appello di Parigi ha respinto l'eccezione e condannato la società francese, ritenendo di non poter dare efficacia, ai sensi dell'art. 9 par. 3, alla normativa statunitense, «qui n'est ni une loi de police française, ni une loi de police iranienne». Come è stato osservato, peraltro, la mancanza delle condizioni di cui all'art. 9 par. 3 non escludeva la possibilità di prendere in considerazione la normativa extraterritoriale statunitense come causa di impossibilità sopravvenuta o forza maggiore, in base alla *lex contractus* francese: cfr. D'AVOUT, *L'extraterritorialité contrariée par la théorie des lois de police?*, in D'AVOUT, BOLLÉE, *Droit du commerce international, Recueil Dalloz*, 2015, p. 2031 ss. Tale osservazione vale a fortiori oggi, dopo la pronuncia *Nikiforidis*.

la legge italiana, il divieto posto dalla legge straniera non potrà essere invocato per determinare l'illiceità della sua causa, del suo oggetto o dei motivi dei contraenti (ai sensi degli artt. 1343 ss. cod. civ.), o comunque la sua nullità per contrasto con norme imperative (ai sensi dell'art. 1418 cod. civ.).

Questa conclusione richiede due precisazioni. La prima è che, ogniqualvolta il divieto posto dalla norma straniera sia sancito anche da una norma italiana (con riferimento a fattispecie transnazionali), allora il contratto concluso in violazione di tali disposizioni potrà essere dichiarato nullo per illiceità del suo oggetto o della sua causa. Ad esempio, un contratto di intermediazione, regolato dalla legge italiana, volto a corrompere il funzionario di uno Stato straniero potrà in ogni caso dichiarato nullo da un giudice italiano, per illiceità della causa, in applicazione degli artt. 321, 322 e 322-*bis* cod. pen.⁵⁰

La seconda precisazione è che, anche in assenza di espresso divieto da parte di una norma italiana, il contratto concluso in violazione di una norma straniera potrebbe comunque essere ritenuto illecito laddove il suo oggetto, la sua causa o i motivi dei contraenti (se comuni ad entrambi) risultino al contempo contrari all'ordine pubblico. Ad esempio ciò potrebbe avvenire, sebbene l'evasione fiscale a danno di uno Stato straniero non sia contemplata come reato da alcuna norma italiana, con riferimento ad un contratto concluso tra due società operanti in uno Stato estero, avente quale principale finalità quella di eludere obblighi tributari previsti dalla legislazione di tale Stato. Al riguardo occorre distinguere a seconda che il contratto sia regolato dalla legge italiana o da una legge straniera (non coincidente con l'ordinamento da cui proviene la norma imperativa). Nel primo caso, occorrerà verificare se il contratto (più precisamente il suo oggetto, la sua causa o i motivi dei contraenti) contrasti l'ordine pubblico interno ai sensi dell'art. 1343 cod. civ.⁵¹ Nel secondo caso, occorrerà verificare se il contratto non sia illecito secondo la propria legge regolatrice fermo restando che, anche in caso negativo, esso potrà comunque essere ritenuto invalido in Italia in caso di manifesta contrarietà all'ordine pubblico «internazionale», ai sensi dell'art. 21 del regolamento (CE) 593/2008.

⁵⁰ Per l'esame del problema nella giurisprudenza arbitrale internazionale, cfr. CRIVELARO, *Arbitrato internazionale e corruzione*, *Riv. arb.*, 2019, p. 663 ss.

⁵¹ Cfr. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2001, p. 403, ove il rilievo per cui l'ordine pubblico (interno) «consente di colpire contratti socialmente dannosi o pericolosi, anche se non corrispondenti ad alcuna fattispecie precisamente descritta da norme imperative». Sebbene l'art. 1343 cod. civ. si riferisca soltanto alla illiceità della causa del contratto, esso opera anche come parametro di illiceità del suo oggetto e dei motivi dei contraenti: ID., *op. cit.*, p. 344 s.

ABSTRACT: In its *Nikiforidis* judgment of 2016, the Court of Justice of the European Union ruled that the limits set by Article 9(3) of the Rome I Regulation to the effects of foreign rules of mandatory application concern only their «application» in the international private law sense, not also their «taking into account» by substantive rules of the *lex contractus*. The present article discusses the reasons for this interpretative solution and highlights the need to specify its scope in order to preserve the regulation's systemic coherence.