

Rassegna di diritto civile

diretta da Pietro Perlingieri

RASSEGNA
DI DIRITTO CIVILE

XXXIX

1, 2018



Edizioni Scientifiche Italiane

Rassegna di diritto civile, pubblicazione trimestrale diretta da Pietro Perlingieri edita con la collaborazione scientifica della Scuola di Specializzazione in Diritto Civile dell'Università di Camerino e del Dipartimento di Scienze Politiche «Jean Monnet» dell'Università degli Studi della Campania «Luigi Vanvitelli».

Comitato editoriale: Benedetta Manfredonia (Caporedattore), Marco Angelone, Giuliana Caso, Stefano Deplano, Erika Giorgini, Carla Pernice, Serena Persia, Ignazio Tardia

Redazione Edizioni Scientifiche Italiane: Barbara Abatino

Responsabili della valutazione: Giovanni Perlingieri e Mauro Pennasilico

Comitato scientifico internazionale: Christian Baldus, David Carrelli, Aurelia Colombi Ciacchi, José Ramon de Verda y Beamonte, Luiz Edson Fachin, Benedicte Fauvarque-Cosson, Martin Gebauer, Cecilia Gómez-Salvago Sánchez, Gábor Hamza, Erik Jayme, Peter Kindler, Michael Lehman, Agustín Luna Serrano, Juan Antonio Moreno Martínez, Otto Pferssman, Raphael Porrata Doria, Peter Krebs, Martin Schmidt-Kessel, Matthias Storme, Gustavo Tepedino, Verica Trstenjak, Sef van Erp, Stefan Vogenauer, Christiane Wendehorst, Simon Whittaker, Herbert Zech, Lihong Zhang, Fryderyk Zoll.

Comitato scientifico nazionale: Marco Angelone, Guido Biscontini, Ernesto Capobianco, Gabriele Carapezza Figlia, Francesca Carimini, Achille Antonio Carrabba, Felice Casucci, Enrico Caterini, Nicola Cipriani, Giovanna Chiappetta, Cristiano Cicero, Maria Antonia Ciocia, Oriana Clarizia, Maria Vittoria Cozzi, Camilla Crea, Fabrizio Criscuolo, Paola D'Addino, Maria Cristina De Cicco, Francesca Dell'Anna Misurale, Alessio Di Amato, Lucia Di Costanzo, Luca Di Nella, Raffaele Di Raimo, Daniela Di Sabato, Valerio Donato, Vincenzo Farina, Rocco Favale, Tommaso Febbrajo, Andrea Federico, Vincenzo Ferrari, Pasquale Femia, Lanfranco Ferroni, Gaetano Roberto Filograno, Antonio Flamini, Manolita Francesca, Giampaolo Frezza, Marco Galli, Maria Luisa Gambini, Erika Giorgini, Stefania Giova, Ugo Grassi, Biagio Grasso, Mariassunta Imbrenda, Emanuele Indraccolo, Sara Landini, Anna Lasso, Andrea Lepore, Olga Lombardi, Loris Lonardo, Filippo Maisto, Anna Malomo, Daniele Mantucci, Gabriele Marinaro, Barbara Marucci, Lorenzo Mezzasoma, Enrico Minervini, Caterina Miraglia, Roberta Mongillo, Salvatore Monticelli, Anna Carla Nazzaro, Rosanna Pane, Ferdinando Parente, Mauro Pennasilico, Carolina Perlingieri, Giovanni Perlingieri, Stefano Polidori, Fabrizio Panza, Antonino Procida Mirabelli Di Lauro, Francesco Prosperi, Vincenzo Putorti, Adelaide Quaranta, Giuseppe Recinto, Francesco Rizzo, Vito Rizzo, Gernia Romano, Francesco Rossi, Lucia Ruggeri, Francesco Ruscello, Tommaso Vito Russo, Francesco Sbordone, Maddalena Semeraro, Serena Serravalle, Salvatore Sica, Pasquale Stanzone, Laura Tafaro, Antonella Tartaglia Polcini, Giovanni Tatarano, Marco Tatarano, Maria Chiara Tatarano, Bruno Troisi, Loredana Tullio, Maria Antonietta Urciuoli, Daniela Valentino, Camillo Verde, Vincenzo Verdicchio, Aquila Villella, Pietro Virgadamo, Francesco Giacomo Viterbo, Rodolfo Vitolo, Fabrizio Volpe.

Osservatorio: Arianna Alpini, Marcello D'Ambrosio, Alessia Fachechi, Pasquale Laghi, Federica Lazzarelli, Francesco Longobucco, Marcello Mazzuca, Emanuela Migliaccio, Maria Porcelli, Immacolata Prisco, Francesco Quarta, Domenico Russo.

I lavori pubblicati in questo numero sono di: B. BORRILLO, dott. ricerca univ. Sannio; G. COLLURA, ord. dir. priv. univ. Firenze; L. D'ACUNTO, ric. dir. priv. Napoli «Federico II»; C. GHIONNI, dott. ricerca univ. Napoli «Federico II»; F. LAZZARELLI, ric. dir. priv. univ. Salerno; G. PERLINGIERI, ord. dir. priv. univ. Campania «L. Vanvitelli»; P. PERLINGIERI, emerito dir. civ. univ. Sannio; C. PERNICE, dott. ricerca univ. Napoli «Parthenope»; L.E. PERRIELLO, dott. ricerca univ. Sannio; I. SASSO, dott. ricerca univ. Sannio; L. TULLIO, ass. dir. priv. univ. Molise; T.M. UBERTAZZI, ass. dir. priv. univ. Salerno; G. ZARRA, ric. t.d. dir. priv. univ. Napoli «Federico II»; M. ZARRO, dott. ricerca univ. Sannio.

Criteria di valutazione e di selezione dei contributi pubblicati

La *Rassegna di diritto civile* subordina la pubblicazione di ogni scritto a una procedura di refereggio che garantisce l'anonimato dell'Autore e dei singoli revisori (c.d. *double blind peer-review*), nonché l'obiettività e la ponderatezza del giudizio grazie a una scheda che, oltre a esplicitare i criteri di valutazione, consente ai revisori di motivare il giudizio e di segnalare eventuali miglioramenti da apportare all'elaborato. A tal fine la Direzione potrà avvalersi di uno o più Responsabili della valutazione, i quali disgiuntamente sottopongono il contributo ad almeno due componenti del Comitato di valutazione e/o a *referee* esterni scelti tra i Professori ordinari di prima fascia, italiani e stranieri, in ragione della loro autorevolezza, della competenza specifica richiesta e dell'eventuale natura interdisciplinare del contributo. I *referee* ricevono l'elaborato da valutare senza l'indicazione dell'Autore; all'Autore non viene comunicata l'identità dei *referee*. Il giudizio motivato potrà essere positivo (pubblicabilità); positivo con riserva, ossia con l'indicazione della necessità di apportare modifiche o aggiunte (pubblicabilità condizionata); negativo (non pubblicabilità). Esso sarà trasmesso alla Direzione che, direttamente o tramite un Responsabile della valutazione, provvederà a comunicarlo all'Autore, sempre garantendo l'anonimato dei *referee*. I contributi giudicati meritevoli possono essere oggetto di pubblicazione nella Rivista in base all'insindacabile valutazione della Direzione. Qualora i *referee* esprimano un giudizio positivo con riserva, la Direzione, con la supervisione dei Responsabili della valutazione, autorizza la pubblicazione soltanto a seguito dell'adeguamento del contributo, assumendosi la responsabilità della verifica. Nell'ipotesi di valutazioni contrastanti dei *referee* sarà la Direzione a decidere circa la pubblicazione del contributo, anche affidando l'ulteriore valutazione a terzi. La Direzione può assumere la responsabilità delle pubblicazioni di studi provenienti da autori, stranieri o italiani, di consolidata esperienza e prestigio tali che la presenza del loro contributo si possa reputare di per sé ragione di lustro per la Rivista.

L'accettazione di un lavoro ai fini della pubblicazione implica il vincolo per l'Autore a non pubblicarlo altrove o a non pubblicare parti di esso in altra rivista senza il consenso scritto dell'Editore secondo le modalità concordate con l'Editore stesso.

Le medesime regole valgono anche per i *Quaderni della Rassegna di diritto civile*, sí che il Comitato di valutazione e/o i *referee* esterni, scelti tra i Professori ordinari di prima fascia, italiani e stranieri, in ragione della loro autorevolezza, della competenza specifica richiesta e dell'eventuale natura interdisciplinare del contributo, saranno investiti della valutazione dei lavori inviati alla Direzione.

Comitato di valutazione: Francesco Alcaro, Giuseppe Amadio, Tommaso Auletta, Vincenzo Barba, Cesare Massimo Bianca, Fernando Bocchini, Francesco Donato Busnelli, Roberto Calvo, Raffaele Caprioli, Ugo Carnevali, Donato Carusi, Raffaele Caterina, Ernesto Cesaro, Alessandro Ciatti, Sebastiano Ciccarello, Cristiano Cicero, Nicola Cipriani, Giorgio Collura, Giuseppe Conte, Andrea D'Angelo, Giovanni De Cristofaro, Enrico Elio del Prato, Stefano Delle Monache, Francesco Di Giovanni, Carmine Donisi, Angelo Federico, Gilda Ferrando, Giovanni Furguele, Enrico Gabrielli, Gianni Galli, Gregorio Gitti, Attilio Gorassini, Carlo Granelli, Michele Graziadei, Giuseppe Grisi, Francesco Macario, Francesco Macioce, Marcello Maggiolo, Maria Rosaria Marella, Gennaro Mariconda, Antonio Masi, Ugo Mattei, Marisa Meli, Daniela Memmo, Mario Nuzzo, Mauro Orlandi, Fabio Padovini, Stefano Pagliantini, Gianfranco Palermo, Massimo Paradiso, Giovanni Passagnoli, Enrico Quadri, Pietro Rescigno, Vincenzo Ricciuto, Liliana Rossi Carleo, Ugo Antonino Salanitro, Michele Sesta, Gianluca Sicchiero, Michele Tamponi, Chiara Tenella Sillani, Raffaele Tommasini, Mario Trimarchi, Francesco Venosta, Gianroberto Villa, Paolo Zatti, Andrea Zoppini.

Registrazione presso il Tribunale di Benevento al n. 99 del 27 marzo 1980. Responsabile: Pietro Perlingieri. Spedizione in abbonamento postale art. 2 comma 20/b legge 662/96 filiale di Napoli. Copyright by Edizioni Scientifiche Italiane - Napoli.

Indice del 1° numero

EDITORIALE

- 1 PIETRO PERLINGIERI, Ricerca, metodologia, valutazione

SAGGI

- 7 BARBARA BORRILLO, Il nuovo art. 2929-*bis* c.c.: le tutele del creditore e del debitore a confronto
37 GIORGIO COLLURA, «Le famiglie degli affetti» e le nuove genitorialità
67 LUCIANA D'ACUNTO, La prelazione dell'Ente Parco nel quadro di un ripensamento della tutela ambientale
101 GIOVANNI PERLINGIERI, Interferenze tra unione civile e matrimonio. Pluralismo familiare e unitarietà dei valori normativi
131 TOMMASO MARIA UBERTAZZI, Garanzie infragruppo e profili dinamici esterni delle obbligazioni

ESPERIENZE STRANIERE E COMPARATE

- 159 LUCA ETTORE PERRIELLO, *Sham trust*: rilevanza in Italia di un istituto di *common law*
186 IRMA SASSO, Il formalismo testamentario nell'era digitale tra Stati Uniti e Italia
229 GIOVANNI ZARRA, Autonomia negoziale e norme inderogabili secondo il regolamento «Roma I»
256 MARIACRISTINA ZARRO, Gli effetti sul diritto civile del dialogo tra Corte EDU e Corte costituzionale con particolare riferimento alle relazioni familiari e alla filiazione

COMMENTI ALLA GIURISPRUDENZA

- 294 LOREDANA TULLIO, Il cognome del figlio tra pari dignità dei genitori e diritto all'identità del minore
314 CHIARA GHIONNI, Figlio di due madri nato all'estero e compatibilità con l'ordinamento interno: l'interesse della persona minore d'età nella famiglia omogenitoriale

CRONACHE E ATTUALITÀ

- 333 CARLA PERNICE, La controversa natura giuridica di Bitcoin: un'ipotesi ricostruttiva

ATTUALITÀ DEL PASSATO

- 373 FEDERICA LAZZARELLI, «Titius heres esto, si Caius voluerit» fra principio di personalità del testamento e conservazione della volontà del disponente

Autonomia negoziale e norme inderogabili secondo il regolamento «Roma I»

SOMMARIO: 1. Introduzione: il principio di autonomia nel regolamento Roma I ed il limite costituito dall'art. 3, comma 3. Problemi applicativi. – 2. Analisi delle situazioni di fatto a cui la norma in esame è applicabile. – 3. Il problema della definizione del concetto di «disposizioni di legge alle quali non è permesso derogare convenzionalmente» e il rapporto con le c.d. norme di applicazione necessaria. – 4. La necessità di una soluzione basata sul criterio della ragionevolezza: il ruolo di interessi e valori per la soluzione del caso concreto. – 5. Conclusioni.

1. Il regolamento (CE) n. 593/2008 (c.d. regolamento «Roma I») del 17 giugno 2008, disciplina, nell'ambito dell'Unione Europea, la legge applicabile alle obbligazioni contrattuali in circostanze che comportino un conflitto di leggi in materia civile e commerciale¹.

Tale strumento normativo è largamente basato sul principio di autonomia delle parti, il quale è riconosciuto dall'art. 3 del regolamento in termini estremamente liberali², tanto che anche due soggetti aventi la stessa

¹ V. l'art. 1, comma 1, del Regolamento. Il regolamento è applicabile ai contratti conclusi dopo il 17 dicembre 2009 e sostituisce, nell'ambito dell'Unione Europea, la Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali del 19 giugno 1980.

² A. BONOMI, *Le norme imperative nel diritto internazionale privato*, Zurigo, 1998, p. 17 ss. Infatti, la norma in esame, al primo comma, lapidariamente dispone che «[i]l contratto è disciplinato dalla legge scelta dalle parti». In simili termini è possibile richiamare la risoluzione dell'INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL, Session de Bale – 1991, Rapporteur: E. JAYME, *L'autonomie de la volonté des parties dans le contrats internationaux entre personnes privées*, la quale all'art. 2 stabilisce che «[l]es parties ont le libre choix de la loi applicable à leur contrat». Su tale principio v. altresì, *ex multis*, U. VILLANI, *La Convenzione di Roma sulla legge applicabile ai contratti*, 2ª ed., Bari, 2000, p. 65 ss.; G. CARELLA, *Autonomia della volontà e scelta di legge nel diritto internazionale privato*, Bari, 1999; G. RUHL, *Party Autonomy in the International Law of Contracts*, in E. GOTTSCHALK e AA.VV. (a cura di), *Conflict of Laws in a Globalized World*, Cambridge, 2007, p. 153 ss.; H. HEISS, *Party Autonomy*, in F. FERRARI e S. LIEBLE, *Rome I Regulation*, Monaco, 2009, p. 1 ss.; F. MARRELLA, *Funzione ed oggetto dell'autonomia della volontà nell'era della globalizzazione del contratto*, in N. BOSCHIERO (a cura di), *La nuova disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti (Roma I)*, Torino, 2009, p. 15 ss.; B. UBERTAZZI, *Il regolamento Roma I sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, Milano, 2009, p. 61 ss.; J.C. POMMIER, *Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel*, Paris, 1992; H. MUIR WATT, "Party Autonomy" in international contracts: from the makings of a myth to the requirements of global governance, in *European Rev. Contract*

nazionalità hanno il diritto, in una situazione prettamente interna, di scegliere un diritto straniero per regolare i loro rapporti³. Non a caso, il considerando n. 11 del regolamento afferma che «[l]a libertà delle parti di scegliere la legge applicabile dovrebbe costituire una delle pietre angolari del sistema delle regole di conflitto di leggi in materia di obbligazioni contrattuali». La mera indicazione, ad opera delle parti, di un diritto straniero quale legge regolatrice dei propri rapporti contrattuali costituisce quindi condizione sufficiente per l'applicabilità del regolamento⁴.

Il principale motivo per il quale sempre più spesso, nell'ambito delle negoziazioni contrattuali, si decide di far riferimento ad un diritto straniero sta nel fatto che nel commercio internazionale sovente accade che un certo sistema giuridico sia percepito come particolarmente sviluppato nella regolamentazione di un dato tipo di contratti⁵.

Talvolta, comunque, la scelta di rendere applicabile un sistema norma-

L., 2010, p. 1 ss.; A. DE DONATIS, *L'autonomia delle parti e la scelta della legge applicabile al contratto internazionale*, Padova, 1991; M. ZHANG, *Party Autonomy and Beyond: An International Perspective of Contractual Choice of Law*, in *Emory Int. L. Rev.*, 2006, p. 511 ss.; P. FRANZINA, *La scelta tacita della legge applicabile al contratto secondo il regolamento Roma I*, in *Cuad. Der. Transnational*, 2016, p. 221 ss.

³ P. PICONE, *La teoria generale del diritto internazionale privato nella legge italiana di riforma della materia*, in *Riv. dir. int.*, 1996, p. 340, ha affermato che la Convenzione di Roma del 1980 (il cui art. 3 è sostanzialmente uguale all'art. 3 del regolamento Roma I), è una «moderna «celebrazione» con i suoi «fasti» ed i suoi «limiti» [...] del principio dell'autonomia della volontà».

⁴ Secondo S.M. CARBONE, *Autonomia privata e commercio internazionale*, Milano, 2014, p. 46, «attraverso la scelta della legge applicabile si [è] inteso favorire l'interesse materiale di entrambe le parti». Infatti, come lo stesso autore riconosce a p. 45, acconsentendo alla scelta del diritto applicabile ad opera dei contraenti, si riconoscono «i valori e gli obiettivi propri dell'operazione economica» che queste hanno posto in essere. La scelta di conferire primaria importanza al principio di autonomia è connessa anche alla volontà del legislatore europeo di porre in essere un «efficient approach to the choice of law problem», giacché la scelta operata dalle parti elimina alla radice i problemi connessi all'individuazione del diritto applicabile nei casi di conflitti di legge. Si veda F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Regulatory Competition: A Private International Law Approach*, in *European J. L. Econ.*, 1991, p. 251 ss.

⁵ A. BONOMI, *Le norme imperative*, cit., p. 18. Ciò accade, ad esempio, nel diritto della navigazione e/o nel diritto dei mercati finanziari, in cui molto spesso si fa riferimento alla legge inglese per il sol fatto che essa è percepita come particolarmente sviluppata e raffinata per quanto concerne la regolamentazione dei commerci internazionali. Non a caso, i delegati inglesi alla negoziazione della Convenzione di Roma sono stati i più grandi fautori del principio di autonomia, che trova riconoscimento nella giurisprudenza d'oltremarica da tempi risalenti. V., a tal riguardo, Privy Council, sentenza del 30 gennaio 1939, *Vita Food Products Inc v. Unus Shipping Co Ltd.* [1939] AC 277, 290 (PC). Per informazioni relative alla negoziazione della Convenzione di Roma v. M. GIULIANO e P. LAGARDE, *Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations*, reperibile all'indirizzo [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31980Y1031\(01\):EN:HTML](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31980Y1031(01):EN:HTML).

tivo straniero potrebbe essere determinata da un intento fraudolento, ossia la volontà di escludere la possibilità di far riferimento ad alcune norme del diritto interno. Questa possibilità è stata tenuta in debita considerazione dal legislatore europeo, il quale all'art. 3, comma 3, del regolamento Roma I ha sancito che – aprioristicamente e senza la necessità di tenere conto dell'esistenza di un elemento soggettivo fraudolento⁶ – «[q]ualora tutti gli altri elementi pertinenti alla situazione siano ubicati, nel momento in cui si opera la scelta, in un paese diverso da quello la cui legge è stata scelta, la scelta effettuata dalle parti fa salva l'applicazione delle disposizioni alle quali la legge di tale diverso paese non permette di derogare convenzionalmente». Si dispone, quindi, che norme imperative di un sistema giuridico diverso dalla *lex contractus* (e non necessariamente appartenenti alla *lex fori*) possano essere prese in considerazione ove tutti gli elementi di una fattispecie siano riconducibili a tale sistema (che sarebbe stato applicabile ove le parti non avessero operato una scelta di legge) giacché si presume che, in questo caso, gli interessi di carattere materiale espressi dalla scelta di legge operata dalle parti non siano, almeno del tutto, «meritevoli di tutela»⁷.

La citata disposizione rappresenta un'eccezione al principio di autonomia che ispira l'intero regolamento e, come tale, dovrebbe trovare applicazione solo quando strettamente necessario⁸. La determinazione delle cir-

⁶ L'assenza della necessità di un elemento soggettivo ci porta dunque ad escludere la rilevanza della normativa (e quindi della dottrina e della giurisprudenza) in tema di frode alla legge, giacché – come è stato adeguatamente dimostrato – tale elemento è essenziale perché possa configurarsi la sussistenza di una frode. V.L. CARRARO, *Il negozio in frode alla legge*, Padova, 1943, p. 51 ss. L'applicabilità dell'istituto della frode alla legge nel diritto internazionale privato è comunque estremamente problematica e per questo largamente contestata. V., anche per la bibliografia *ivi* citata, G. CONETTI, *L'arrêt Martini: considerazioni sulla scelta del criterio di collegamento*, in ID. (a cura di) *Scritti di diritto internazionale privato*, Milano, 2011, p. 172 s.; A. BONOMI, *o.c.*, p. 20. Contrariamente v. L.M. BENTIVOGLIO, *La frode alla legge nel diritto internazionale privato*, Milano, 1963.

⁷ Così S.M. CARBONE, *L'autonomia privata nei rapporti economici internazionali e i suoi limiti*, in N. BOSCHIERO e R. LUZZATTO (a cura di), *I rapporti economici internazionali e l'evoluzione del loro regime giuridico. Soggetti, valori e strumenti*, Napoli, 2008, p. 199 ss. Questo approccio non è nuovo nel diritto internazionale privato. Si veda J.H.C. MORRIS, *Conflict of Laws*, 2^a ed., London, 1980, p. 217, secondo il quale «no court, it is believed, would give effect to a choice of law (whether English or foreign) if the parties chose it in order to avoid the mandatory provisions of the system of law with which the contract had its closes and most real connection».

⁸ A tal riguardo, il considerando n. 37 del regolamento Roma I dispone, in termini generali, che «[c]onsiderazioni di pubblico interesse giustificano, in circostanze eccezionali, che i giudici degli Stati membri possano applicare deroghe basate sull'ordine pubblico e sulle norme di applicazione necessaria» (corsivo aggiunto). Similmente, S.M. CARBONE, *o.u.c.*, p. 48, afferma che «la meritevolezza di interessi è stata riscontrata anche allorché la scelta della legge applica-

costanze in cui l'art. 3, comma 3, del regolamento Roma I debba essere preso in considerazione, così come l'individuazione di disposizioni inderogabili alle quali la norma fa riferimento non è, tuttavia, opera agevole. Sorprende quindi che, a fronte di una crescente prassi giurisprudenziale relativa all'interpretazione e all'applicazione della regola in esame⁹, la dottrina si sia solo saltuariamente interrogata sulla portata di questa disposizione, la quale, nella sostanza, riprende il contenuto dell'art. 3, comma 3, della Convenzione di Roma del 1980¹⁰.

Si richiede, dunque, uno studio che innanzitutto provi ad identificare quali siano gli «elementi pertinenti alla situazione» ai quali l'art. 3, comma 3, fa riferimento e, in secondo luogo, provi a riempire di contenuto il concetto di «disposizioni di legge alle quali non è permesso derogare convenzionalmente». Si tratta di una ricerca che comporta, nella sua prima parte, una esegesi del dato regolamentare da condurre alla luce dei criteri interpretativi propri del diritto dell'Unione Europea, ma che – nella sua

bile è stata espressa al fine di adottare modelli estranei all'esperienza nazionale purché caratterizzati per la loro efficienza economica, non contrastanti con principi di ordine pubblico “internazionale” o con norme di applicazione necessaria della *lex fori* o di altri ordinamenti e non adottati con intenti fraudolenti».

⁹ Tale prassi ha riguardato essenzialmente le corti inglesi (le quali, per i motivi precedentemente esposti, si sono spesso trovate a giudicare questioni il cui centro di gravità si trovava interamente – o quasi – all'estero). V. High Court of Justice, 19 marzo 2004, *Caterpillar Financial Services Corporation v. SNC Passion*, [2004] EWHC 569 (Comm); Court of Appeal, 13 dicembre 2016, *Banco Santander Totta SA v. Companhia Carris de Ferro de Lisboa SA & ORS*, [2016] EWCA Civ 1267, in appello a High Court of Justice, 4 marzo 2016, *Banco Santander Totta SA v. Companhia de Carris de Ferro de Lisboa SA, Sociedade Transportes Colectivos do Porto SA, Metropolitan de Lisboa EPE, Metro di Porto SA*, [2016] EWHC 465 (Comm); Court of Appeal, 15 giugno 2017, *Dexia Crediop S.p.A. v. Comune di Prato*, in www.bailii.org, in appello a High Court of Justice, 25 giugno 2015, *Dexia Crediop S.p.A. v. Comune di Prato*, in www.bailii.org. La questione è stata anche marginalmente affrontata da Corte giust. UE, 8 giugno 2017, causa C-54/16, *Vinyls Italia S.p.A. in fallimento c. Mediterranea di Navigazione S.p.A.*

¹⁰ G. BIAGIONI, *Art. 3 (II)*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2009, p. 629 ss.; T. TREVES, *Norme imperative e di applicazione necessaria nella Convenzione di Roma del 19 giugno 1980*, in *Id.* (a cura di), *Verso una disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti*, Padova, 1983, p. 25 ss.; N. BOSCHIERO, *I limiti al principio d'autonomia posti dalle norme generali del regolamento Roma I. Considerazioni sulla “conflict involution” europea in materia contrattuale*, in *Id.* (a cura di), *La nuova disciplina comunitaria*, cit., p. 67 ss.; A. BONOMI, *Le norme imperative*, cit., p. 17 ss.; P. MANKOWSKI, *Art. 3*, in U. MAGNUS e P. MANKOWSKI (a cura di), *Rome I Regulation, Commentary*, Colonia, 2017, p. 229 s.; F. RAGNO, *Art. 3*, in F. FERRARI e S. LIEBLE, *Rome I Regulation, Pocket Commentary*, Monaco, 2015, pp. 110-114; D. SOLOMON, *The Private International Law of Contracts in Europe: Advances and Retreats*, in *Tulane L. Rev.*, 2008, p. 1727 s.; T.C. HARTLEY, *Mandatory Rules in International Contracts: The Common Law Approach*, in *Collected Courses of the Hague Academy Int. L.*, L'Aja, 1997, 266, p. 345 ss.; L. WANG, *Mandatory Rules of the Rome I Regulation, Not “Old Wine in New Bottles”*, in *Canadian Social Science*, 2011, p. 166 ss.

seconda parte – richiede principalmente un’analisi dei singoli ordinamenti interni. Tale analisi, tuttavia, non può prescindere dal tenere in debita considerazione gli obbiettivi del regolamento e la conseguente necessità di assicurare la primazia del principio di autonomia delle parti.

La disamina del problema dovrà, quindi, tenere conto della costante tensione assiologica esistente tra lo scopo del regolamento, volto ad un’apertura dei sistemi giuridici nazionali a valori stranieri per il tramite del principio di autonomia della volontà, e la contrapposta necessità degli ordinamenti giuridici interni di preservare la tutela dei propri valori fondamentali, assicurandone l’applicabilità in tutti i casi che presentino una significativa connessione con il diritto interno, a prescindere dall’esistenza di una *electio iuris* a favore del diritto straniero¹¹.

In assenza di indicazioni da parte del legislatore europeo in merito alle modalità applicative dell’art. 3, comma 3, del regolamento Roma I, acquisisce fondamentale importanza il ruolo interpretativo svolto dai giudici interni dei singoli Stati membri. Spetterà infatti a questi ultimi, alla luce delle circostanze del caso concreto, valutare se *tutti gli elementi pertinenti della situazione* possano considerarsi ubicati nel Paese il cui diritto sarebbe stato applicabile in assenza di scelta delle parti (e quindi se la disposizione in esame sia applicabile) e saranno i tribunali nazionali, alla luce dei valori e degli interessi in gioco, a valutare se una certa norma di diritto interno possa considerarsi non derogabile dall’autonomia contrattuale al punto da pregiudicare l’applicazione del principio fondamentale sancito dal regolamento Roma I.

Ne emerge chiaramente che, se da un lato sembra impossibile offrire soluzioni aprioristiche al problema di cui si discute, dall’altro lato pare opportuno provare ad offrire alcune linee guida che potrebbero essere utili all’interprete che, in concreto, si trovi a dover valutare l’applicabilità della criptica disposizione dell’art. 3, comma 3, del regolamento Roma I. Una possibile chiave di lettura può essere offerta dall’applicazione del criterio di ragionevolezza, il quale – secondo l’interpretazione che qui si condivide – comporta che «per trovare la soluzione più adeguata [in presenza

¹¹ F. MOSCONI, *La difesa dell’armonia interna dell’ordinamento del foro tra legge italiana, convenzioni internazionali e regolamenti comunitari*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2007, p. 5 ss. In termini più generali, la questione riguarda il rapporto tra principio di autonomia (e tendenze liberalizzatrici del diritto internazionale privato contemporaneo), da un lato, e la volontà dello Stato di far sí che un contratto sia comunque rispettoso di condizioni esogene rispetto alla volontà delle parti, ossia che il negozio si inserisca in un più grande disegno volto alla «funzionalizzazione e socializzazione della libertà contrattuale» per scopi di carattere generale. V., a tal riguardo, R. BIRKE, *Libertà contrattuale e norme imperative*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, pp. 473-478.

di norme a fattispecie cd. aperta] occorre procedere [...] analizzando gli interessi e i valori normativi coinvolti [...] coniugandoli e bilanciandoli»¹². Come si vedrà¹³, questo tipo di approccio non è nuovo al ragionamento internazionalprivatistico e sembra essere l'unica valida indicazione per risolvere una questione che necessariamente richiede un'analisi delle circostanze e delle peculiarità del caso concreto.

Dopo aver individuato (nel *secondo paragrafo*) le circostanze nelle quali l'art. 3, comma 3, del regolamento Roma I deve essere applicato, analizzeremo (nel *terzo paragrafo*) le poche esistenti opinioni dottrinali in merito al concetto di «disposizioni di legge alle quali non è permesso derogare convenzionalmente» (anche in rapporto alle c.dd. norme di applicazione necessaria). Proveremo infine ad offrire (nel *quarto paragrafo*) una possibile chiave di lettura alternativa al problema in esame, basata su una valorizzazione del ruolo del giudice e dei criteri interpretativi da questo applicati. Il *quinto paragrafo* sarà dedicato ad alcune brevi conclusioni.

2. Il primo passo da compiere nella disamina dell'art. 3, comma 3, del regolamento Roma I è la comprensione di quali siano gli «elementi pertinenti alla situazione», che devono essere tutti localizzati presso un certo Paese (diverso da quello il cui sistema di diritto le parti hanno scelto di applicare al proprio contratto) al momento della stipulazione del contratto affinché la disposizione in esame possa essere applicata.

Da un lato, l'uso della parola «situazione» (a discapito del vocabolo «contratto») sembra fare riferimento ad un'analisi meramente fattuale, il che vorrebbe dire che il compito del giudice sia quello di valutare gli elementi circostanziali rilevanti al momento della stipula del contratto e stabilire se, tra questi, nessuno sia localizzabile in uno Stato diverso da quello dove la fattispecie ha il proprio centro di gravità. Dall'altro lato, potrebbe sembrare più opportuno che la disamina venga svolta sulla base dei soli elementi di diritto rilevanti (ossia quelli attinenti al contratto), tralasciando invece aspetti fattuali che più facilmente potrebbero fare propendere per una «internazionalizzazione» del contratto.

Quest'ultima opinione è stata recentemente sostenuta dall'Avvocato ge-

¹² G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, p. 118. Secondo quest'autore, la ragionevolezza è «un criterio di misura flessibile, capace di tenere conto delle circostanze del caso concreto, dei molteplici interessi in concorso e di situazioni anomale, nuove e marginali» (p. 14), le quali vanno valutate «in un dato momento storico e alla luce di un determinato ordinamento giuridico con i suoi valori-guida».

¹³ V. il successivo § 4.

nerale Maciej Szpunar nel caso *Vinyls*¹⁴ celebrato dinnanzi alla Corte di giustizia dell'Unione Europea. Dovendo la Corte stabilire se l'introduzione in un contratto di una clausola che consentiva l'utilizzo di una nave anche al di fuori delle acque territoriali conducesse ad una internazionalizzazione del contratto (e quindi all'inapplicabilità dell'art. 3, comma 3), l'Avvocato Generale ha affermato che – ove la corte avesse propeso per quest'ultima possibilità – essa avrebbe implicitamente acconsentito a che le parti di un contratto possano artatamente modificare le circostanze in essere all'atto della stipulazione per evitare l'applicazione di un certo diritto nazionale. Per questo motivo, secondo l'opinione di Szpunar, ai fini dell'applicabilità dell'art. 3, comma 3, «non occorre [...] prendere in considerazione tutte le circostanze, ma solo quelle rilevanti dal punto di vista del diritto internazionale privato»¹⁵.

A ben vedere, tuttavia, quest'opinione – che pur si giustifica per la necessità di evitare abusi del diritto attribuito dall'art. 3 di scegliere liberamente il diritto applicabile ad un dato contratto – non è quella che più risponde all'idea del legislatore europeo (come emergente da una corretta interpretazione del testo del regolamento) e della Corte di giustizia.

Per quanto concerne l'interpretazione del testo del regolamento, giova rilevare che – come tutti gli atti dell'Unione europea – esso dovrebbe essere interpretato attribuendo primaria importanza al criterio c.d. teleologico, ossia tenendo conto degli obiettivi che il legislatore europeo si è preposto nella redazione dell'atto¹⁶. A tal riguardo, giova ripetere che il con-

¹⁴ Conclusioni dell'Avvocato Generale Maciej Szpunar, 2 marzo 2017, Causa C-54/16, *Vinyls*, cit., par.141-149.

¹⁵ Par. 149 delle Conclusioni. Sfortunatamente, la Corte di giustizia non ha, nel caso di specie, ritenuto necessario soffermarsi sulla questione, avendo risolto il caso pendente dinnanzi ad essa sulla base di diverse norme di diritto dell'Unione. Per riferimenti dottrinali in merito alla presunta impossibilità per le parti di trasformare un contratto da interno ad internazionale v. T.C. HARTLEY, *Mandatory Rules*, cit., p. 366; G. DE NOVA, *Obbligazioni (diritto internazionale privato)*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, p. 463.

¹⁶ V. K. LENAERTS e J.A. GUTIERREZ-FONS, *To Say What the Law of the EU Is: Methods of Interpretation and the European Court of Justice*, in *Academy European law, Distinguished Lectures of the Academy*, 2013/9, 2013, 9, p. 24 ss.; N. FENNELLY, *Legal Interpretation at the European Court of Justice*, in *Fordham Int. L. J.*, 1996, p. 664 ss.; B. VAN DER ESCH, *The Principles of Interpretation Applied by the Court of Justice of the European Communities and their Relevance for the Scope of the EEC Competition Rules*, *ivi*, 1991, p. 365 ss. Per un caso giurisprudenziale dove è affermato il criterio teleologico v. Corte giust. UE, sentenza del 6 ottobre 1982, Causa C-283/81, *CILFIT c. Ministero della Salute*, par. 20; sentenza del 21 febbraio 1973, causa C-6/72, *Europemballage Corp. & Continental Can Co. c. Commissione*, par. 22, secondo cui «[p]er risolvere [un] problema [interpretativo], si deve aver riguardo allo spirito, e al tempo stesso alla struttura e alla lettera [della norma], tenuto conto del sistema del trattato e delle sue finalità».

siderando n. 11 del regolamento Roma I afferma chiaramente il primato del principio dell'autonomia delle parti nella regolamentazione dei conflitti di legge in tema di obbligazioni contrattuali e che il successivo considerando n. 37 statuisce l'eccezionalità dei limiti a tale principio¹⁷. Qualsiasi interpretazione estensiva del dato letterale della disposizione, che parla di «situazione» facendo chiaramente riferimento al contesto fattuale, sembrerebbe dunque doversi ritenere arbitraria.

Con riguardo all'approccio della Corte di giustizia dell'Unione Europea, sembra opportuno far riferimento a due recenti casi in cui i giudici di Lussemburgo hanno dovuto esaminare la portata applicativa del connesso concetto di «norme di applicazione necessaria» contenuto nel regolamento Roma I¹⁸. Ebbene, in entrambe le circostanze, la Corte ha chiarito che tutte le eccezioni al principio di autonomia vanno necessariamente interpretate in modo restrittivo. Nel noto caso *Unamar*, la Corte ha affermato che «per conferire piena efficacia al principio di autonomia della volontà delle parti del contratto, pietra angolare della Convenzione di Roma, ripreso nel regolamento Roma I, occorre [...] garantire il rispetto della scelta liberamente effettuata dalle parti riguardo alla legge applicabile al loro rapporto contrattuale, [...] di modo che l'eccezione relativa all'esistenza di una «norma di applicazione necessaria» [...] deve essere interpretata restrittivamente»¹⁹. Similmente, in una ancor più recente sentenza, facendo riferimento alla disposizione del regolamento Roma I in cui sono disciplinate le norme di applicazione necessaria, ha affermato che «[i]n quanto misura derogatoria, l'articolo 9 di detto regolamento deve essere interpretato restrittivamente»²⁰.

Sembra chiaro che, *mutatis mutandis*, il ragionamento applicato dai giudici di Lussemburgo nelle menzionate decisioni possa essere generalizzato a qualsiasi forma di eccezione al principio di autonomia delle parti e quindi all'art. 3, comma 3²¹. Non sembra dunque casuale che, quasi unanime-

¹⁷ Per un'analisi generale del valore giuridico dei considerando nel diritto dell'Unione Europea cfr. T. KLIMAS e J. VAICIUKAITE, *The Law of Recitals in European Community Legislation*, in *ILSA J. Int. Comp. L.*, 2008, p. 1 ss. A tal riguardo si rileva che sempre più il legislatore europeo attribuisce ai considerando un valore interpretativo di rilievo volto a precisare la portata applicativa delle disposizioni dei regolamenti. V.A. MALATESTA, *Il nuovo regolamento Bruxelles I-bis e l'arbitrato: verso un ampliamento dell'arbitration exclusion*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2014, p. 13; A. DAVÍ e A. ZANOBETTI, *Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni*, in *Cuad. der. transn.*, 2013, p. 17, nota 55.

¹⁸ Ritorneremo su tale concetto al § 3 di seguito.

¹⁹ Corte giust. UE, sentenza del 17 ottobre 2013, causa C-184/12, *United Antwerp maritime Agencies (Unamar) NV c. Navigation Maritime Bulgare*, § 49.

²⁰ Corte giust. UE, sentenza del 18 ottobre 2016, causa C-135/15, *Repubblica ellenica c. Grigorios Nikiforidis*, § 44.

²¹ Non a caso, N. BOSCHERO, *I limiti al principio di autonomia*, cit., p. 81, ha parlato di

mente, la dottrina si è espressa a favore dell'opinione qui sostenuta²² e che la giurisprudenza che si è occupata della disposizione in questione (a nostra conoscenza solamente inglese) abbia propeso per un'interpretazione restrittiva della stessa, che attribuisse rilevanza anche a criteri meramente fattuali per determinare l'internazionalità di un contratto (e l'inapplicabilità delle norme inderogabili dello Stato presso cui la fattispecie appare maggiormente localizzata)²³.

Già nel 2004, nel caso *Caterpillar v. SNC*, la High Court londinese ha precisato che «Article 3.3 refers to elements “relevant to the situation” which is wider than “elements relevant to the contract” which again is different from and much wider than “elements relevant to the ‘mandatory rules’ of the law of any country»²⁴. La giurisprudenza più recente, comunque, è stata anche più esplicita. Nel caso *Banco Santander v. Companhia Carris de Ferro de Lisboa*²⁵, si doveva valutare se sette contratti *swap* tra la società portoghese che gestisce i trasporti pubblici a Lisbona ed Oporto e la sussidiaria portoghese del Banco Santander (spagnolo), conclusi sulla base del c.d. *ISDA Master Agreement* (il modello per questo tipo di contratti predisposto dalla *International Swaps and Derivatives Association*) e contenenti clausola di legge applicabile e clausola di scelta del foro in favore dell'Inghilterra, potessero essere considerati come interamente portoghesi. In primo grado, la High Court di Londra – dopo aver rilevato l'assenza di precedenti europei sul tema – ha chiarito che «[i]n the case of contracts, priority is given to the intention of the parties»²⁶. In presenza di una formulazione molto ampia come quella dell'art. 3, comma 3, la Corte ha quindi ritenuto che elementi quali la presenza del modello contrattuale ISDA, la natura internazionale del Banco San-

«un *trend* generalmente favorevole all'opportunità di restringere al massimo le interferenze e i condizionamenti posti dalle varie norme imperative sulle soluzioni contrattuali liberamente adottate dalle parti».

²² G. BIAGIONI, *Art. 3*, cit., p. 631, secondo cui «[n]on può [...] affermarsi che gli elementi del rapporto che rilevano ai fini della valutazione di internazionalità o meno del contratto siano solo quelli obiettivi, poiché di altri elementi di estraneità, anche se determinati dalla volontà delle parti, occorre tener conto (ad esempio, il luogo dell'adempimento)». Similmente, P. MANKOWSKI, *Art. 3*, cit., p. 231, afferma che, «[i]t should be noted that [Article 3] does not refer to elements relevant to the *contract* [...] but refers to “elements relevant to the *situation*”. This is deliberately general» (corsivo in originale). Questa opinione sembra sostenuta anche da F. RAGNO, *Art. 3*, cit., p. 111 s., la quale fa numerosi esempi (anche fattuali) che possono determinare l'internazionalità del contratto.

²³ In questo senso T.C. HARTLEY, *Mandatory Rules*, cit., p. 367.

²⁴ § 18. Per i riferimenti del caso v. la precedente nota 9.

²⁵ Per i riferimenti del caso v. la precedente nota 9.

²⁶ § 366.

tander e la possibilità per la sussidiaria portoghese della stessa banca di cedere la propria posizione contrattuale alla *holding* spagnola fossero elementi sufficienti per asserire l'internazionalità del contratto²⁷. La decisione è stata poi confermata dalla Court of Appeal, la quale ha precisato che «[t]he [High Court] interpretation of Article 3(3) [...] gives effect to the fundamental principle of party autonomy and the objective of certainty underlying the Rome Convention and is constituent with the actual wording of its provisions»²⁸.

Nell'unico caso in cui un giudice inglese aveva applicato un'interpretazione più estensiva dell'articolo 3, comma 3, la Corte d'appello ha poi riformulato la decisione del primo grado. Nella controversia *Dexia v. Comune di Prato*, le Corti inglesi hanno dovuto esaminare se un contratto di *swap* concluso sulla base del summenzionato modello ISDA tra la banca italiana Dexia ed il Comune della cittadina toscana potesse essere ritenuto come interamente localizzato in Italia. In questo caso – a differenza che nel precedente – la banca coinvolta non aveva la natura multinazionale che ha il Banco Santander e non era nemmeno prevista nel contratto di *swap* la possibilità di cedere il contratto a banche straniere. Ciononostante, la Banca ha ridotto il proprio rischio contrattuale emettendo autonomamente titoli sulla base dei prestiti concessi al Comune di Prato (c.d. modello *back to back* di *hedging swap*). Questi titoli sono stati poi venduti sul mercato straniero, ma l'ente finanziato non era a conoscenza di questa circostanza all'atto della conclusione del contratto. Sulla base di quest'ultima circostanza, in primo grado, la High Court di Nottingham ha ritenuto che «[a]s to the [ISDA] master agreement, it is true that it is an international standard form, but it does not follow from this that it is an "element in the situation" which is connected to a country other than Italy. It is of course designed to promote certainty, but that does not give a connection to a country other than Italy. Nor does the significance and global nature of ISDA. [...] Throughout the relevant period everything relevant to the use of the form happened in Italy. As to Dexia's decision in each case to choose a non-Italian counterparty for its back to back hedging swap, that does not appear to me to be an element relevant to the situation as between Prato and Dexia. Whether or not Dexia entered into a hedging swap is a matter for Dexia alone: to Prato it is immaterial. There was no contemplation that a non-Italian entity would take over obligations of either party. Dexia's choice to use a non-Italian counterparty is something which is completely external to the "situation" at the

²⁷ § 387 ss.

²⁸ § 51.

time that choice of law was agreed»²⁹. La decisione è stata, tuttavia, riformulata in appello, anche sulla base del già citato precedente nel caso *Banco Santander*. Secondo i Giudici d'appello di Londra, la presenza di contratti c.d. back to back su scala internazionale costituisce «routine» nella finanza internazionale e quindi ciò avrebbe dovuto essere prevedibile per il Comune di Prato. In aggiunta, secondo la Court of Appeal, il ricorso al modello contrattuale ISDA è evidentemente sconnesso da qualsiasi sistema giuridico ed è proprio per questo che sovente viene utilizzato dagli operatori del commercio internazionale³⁰. Di conseguenza, secondo la Corte, «[o]nce an international element comes into the picture, Article 3(3) with its reference to mandatory rules should have no application. It is true that Banco Santander had at least two additional elements pointing away from Portugal (the right to assign and the necessity for a relationship with a non Portuguese bank) and that, in this sense, the present case is not as obvious as Banco Santander; but it is, in our view, obvious enough»³¹.

Appare dunque evidente, alla luce dei dati a disposizione, che è necessario propendere per un'interpretazione restrittiva dell'ambito di applicazione dell'articolo 3, comma 3, del regolamento Roma I. Tuttavia, la disposizione in esame prevede comunque un margine di discrezionalità per il giudice. Tale margine deriverebbe, innanzitutto, dall'uso della parola «pertinenti», che attribuisce all'organo giudicante il potere di valutare se alcuni elementi di fatto – che farebbero propendere per l'internazionalità del caso – non debbano essere tenuti in considerazione in quanto concretamente non rilevanti³². In secondo luogo, una simile opinione trova sostegno nella necessità – qui condivisa – che il giudice applichi sempre il dato positivo alla luce del criterio di ragionevolezza; ne deriva che la regola dell'art. 3, comma 3, vada applicata tenendo comunque conto degli obiettivi ad essa sottesi e delle modalità in cui tali obiettivi richiedono di essere salvaguardati e temperati nel caso concreto³³. Di conseguenza,

²⁹ § 211. Per un commento alla sentenza della High Court v. G.M. DANUSSO e F. MARCHETTI, *Dexia Credioip S.p.A. vs Comune di Prato, Sentenza della High Court of Justice Queen's Bench Division Commercial Court di Londra in data 25 giugno 2015 e precedenti specifici*, in *dirittobancario.it*, 2015.

³⁰ § 134.

³¹ § 137.

³² In tal senso v. T.C. HARTLEY, *Mandatory Rules*, cit., p. 367, secondo il quale «[t]he determination of what elements are relevant is for the national court».

³³ G. PERLINGIERI, *Profili applicativi*, cit., p. 14 ss. Si tratterebbe dunque, pur nel rispetto del dato normativo, di consentire all'interprete un margine di apprezzamento tale da valutare la rilevanza in concreto degli interessi alla base delle scelte del legislatore europeo e la necessità di salvaguardare tali interessi alla luce delle circostanze che si presentano dinanzi al giudice. V., a tal riguardo, P. PERLINGIERI, *Produzione scientifica e realtà pratica: una frattura da*

dovendo il giudicante operare un bilanciamento tra le opposte necessità di salvaguardare il principio di autonomia e di proteggere gli interessi statali nei casi puramente domestici, ove egli consideri non pertinenti ai fini dell'internazionalizzazione della fattispecie alcuni elementi della stessa, è evidente che – nel caso di specie – l'unico interesse di cui è necessario tenere conto è quello dello Stato dove la fattispecie è principalmente localizzata. Al contrario, alla luce della *ratio* emergente dallo stesso art. 3 del regolamento 593/2008, il principio di autonomia deve in questo caso (parzialmente) soccombere³⁴.

Questo tipo di ragionamento è stato applicato proprio nel succitato caso *Banco Santander*, in cui la High Court ha valutato – caso per caso ed in ragione delle circostanze del caso concreto – la pertinenza degli elementi fattuali in gioco. Come il giudice in quel caso ha ritenuto rilevanti ai fini di una valutazione di internazionalità la possibilità di cessione ad un ente straniero ed il coinvolgimento di una banca straniera, così ha altresì escluso la rilevanza di elementi come l'utilizzo di tassi di riferimento internazionali come l'EURIBOR ed il LIBOR³⁵, tipici anche di contratti interamente domestici, o la presenza di indirizzi inglesi forniti dalle parti ai fini delle comunicazioni relative al contratto da esse sottoscritto³⁶.

Del resto, lo stesso regolamento Roma I, al *considerando* n. 15, esclude espressamente che la scelta di un foro straniero per la soluzione di eventuali controversie possa essere tenuta in considerazione dal giudice quale elemento di internazionalità del contratto, fornendo così un esempio di irrilevanza di una circostanza estranea allo Stato in cui la controversia è principalmente localizzata non ai fini dell'applicazione dell'art. 3, comma 3.

È opportuno quindi che gli organi giudicanti assumano un ruolo proattivo nella valutazione della pertinenza degli elementi fattuali da cui deriva l'applicabilità o meno dell'articolo 3, comma 3, del regolamento Roma I, allo scopo di costituire – in concreto – un fattore mitigante rispetto ad una norma la cui interpretazione eccessivamente restrittiva, seppur dettata dagli obiettivi che il legislatore europeo si è prefisso nel redigere il rego-

evitare, in *Riv. dir. comm.*, 1969, p. 459 s. e, in particolare, p. 463, dove l'autore precisa che «la riflessione sul momento dell'esercizio, dell'individuazione del concreto comportamento [...] permette di determinare l'attualità della situazione soggettiva condizionale al punto di ritenerla una situazione che, pur limitatamente a certi contenuti, può essere disposta [e] fatta valere».

³⁴ Sembra propendere per il medesimo approccio N. BOSCHIERO, *I limiti*, cit., p. 94, ove afferma che il giudice deve tenere conto della natura «non essenziale» degli elementi di estraneità aggiuntivi alla scelta di legge operata dalle parti al fine di valutare l'applicabilità dell'art. 3, comma 3.

³⁵ § 409, n. 7.

³⁶ § 409, n. 2.

lamento 593/2008, rischierebbe di mortificare il ruolo dei sistemi di diritto degli Stati membri nel contenzioso ad essi riconducibile.

3. Il secondo problema interpretativo posto dall'art. 3, comma 3, del regolamento Roma I è dato dalla necessità di individuare, all'interno di ciascun ordinamento degli Stati membri, le «disposizioni alle quali la legge di tale diverso paese non permette di derogare convenzionalmente».

Poche indicazioni provengono, a tal riguardo, dal testo regolamentare. Le disposizioni di cui occorre tenere conto sono due. Innanzitutto l'art. 9, che fornisce una precisa definizione del connesso concetto di norme di applicazione necessaria, ossia le «disposizioni il cui rispetto 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 rientrino nel loro campo d'applicazione, qualunque sia la legge applicabile al contratto secondo il presente regolamento»³⁷; e, quindi, anche quando la fattispecie presenti elementi di internazionalità. In secondo luogo rileva il considerando n. 37, stando al quale «[i]l concetto di "norme di applicazione necessaria" dovrebbe essere distinto dall'espressione "disposizioni alle quali non è permesso derogare convenzionalmente" e dovrebbe essere inteso in maniera più restrittiva».

Ragionando *per relationem*, dunque, è possibile comprendere qualche elemento in più in merito alla natura delle norme inderogabili alle quali fa riferimento l'art. 3, comma 3, sulla base del fatto che il regolamento fornisce una definizione di norme di applicazione necessaria e chiarisce che lo spettro applicativo della disposizione in esame deve essere più ampio di quello delle stesse norme di cui all'art. 9. Se, quindi, per norme di applicazione necessaria si intendono quelle che «debbono essere applicate nonostante il richiamo alla legge straniera»³⁸ in virtù dell'importanza de-

³⁷ Questa definizione riprende quella già fornita dalla Corte giust. UE, sentenza del 23 novembre 1999, *Jean-Claude Arblade, Arblade & Fils SARL v. Bernard Leloup, Serge Leloup, Sofrage SARL*, cause C-369/96 e C-376/96, par. 30.

³⁸ Art. 17 della legge n. 218 del 1995. Sul concetto di norme di applicazione necessaria, rispetto al quale non è possibile offrire una dettagliata esposizione, v., *ex multis*, R. DE NOVA, *I conflitti di legge e le norme con apposita delimitazione della sfera di efficacia*, in *Dir. int.*, 1959, p. 13 ss.; P. FRANCESCAKIS, *Lois d'application immédiate et règles de conflit*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1967, p. 691 ss.; U. VILLANI e M. DI FABIO e F. SBORDONE, *Nozioni di diritto internazionale privato*, Napoli, 2013, p. 62 ss.; F. MOSCONI e C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, 1, Padova, 2017, p. 274 ss.; H. EEK, *Peremptory Norms and Private International Law*, in *Collected Courses Hague Academy Int. L.*, 1973, 139, p. 52 ss.; A. BONOMI, *Prime considerazioni sul regime delle norme di applicazione necessaria nel nuovo regolamento Roma I sulla legge applicabile ai contratti*, in G. VENTURINI e S. BARIATTI (a cura di), *Nuovi strumenti del diritto internazionale privato*. Liber Fausto Pocar, Milano, 2009, p. 107 ss.;

gli interessi da queste tutelati, le norme inderogabili di cui all'art. 3, comma 3, consisterebbero nelle c.d. norme imperative semplici, ossia le norme che, nel diritto interno, sono sottratte alla libera disponibilità delle parti e non possono essere quindi derogate da un atto negoziale³⁹. Queste ultime, tuttavia, non necessariamente tutelano interessi dello Stato considerati essenziali al punto di rinunciare aprioristicamente alle esigenze di apertura proprie del diritto internazionale privato e, pertanto, potrebbero essere – in astratto – derogate da leggi straniere che dispongono diversamente⁴⁰. La rilevanza internazionalprivatistica che il regolamento Roma I attribuisce a questa categoria di disposizioni (seppur limitata ai soli casi che non presentano alcun elemento di internazionalità se non la scelta di un diritto straniero quale legge applicabile al contratto) è quindi qualcosa di atipico ed eccezionale.

Parte della dottrina si è interrogata sul rapporto tra queste due categorie di norme⁴¹ ed ha provato ad offrire una categorizzazione delle une e delle altre ai fini di semplificare l'esegesi del regolamento Roma I. Secondo un primo orientamento, l'art. 3, comma 3, farebbe riferimento alle sole disposizioni inderogabili dalla volontà contrattuale delle parti⁴², ossia quelle direttamente riguardanti la disciplina del contratto nell'ordinamento interno a cui si fa riferimento. In questa categoria rientrerebbero, quindi,

F. TROMBETTA-PANIGADI, *Le norme di applicazione necessaria nel nuovo sistema di diritto internazionale privato*, in *Studium iuris*, 1999, p. 750 ss.; J. HARRIS, *Mandatory Rules and Public Policy under the Rome I Regulation*, in F. FERRARI e S. LIEBLE (a cura di), *Rome I Regulation*, cit., p. 269 ss.; A.N. ZHILSOV, *Mandatory and Public Policy Rules in International Commercial Arbitration*, in *Netherlands Int. L. Rev.*, 1995, p. 81 ss.; P. FRANZINA, *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*, in *Cuad. Der. Transn.*, 2014, p. 75 ss.

³⁹ N. BOSCHIERO, *I limiti*, cit., p. 72 ss.; T. TREVES, *Norme imperative*, cit., p. 25 ss.

⁴⁰ È utile, a tal riguardo soffermarsi sulla differenza tra principi c.d. tecnici e principi c.dd. fondamentali dell'ordinamento. Mentre questi ultimi sono assolutamente irrinunciabili nell'ambito di un sistema giuridico (si pensi, ad es., al principio di solidarietà sociale) e ne determinano quindi l'identità, i primi (come, ad es., il principio di tipicità dei diritti reali) sono invece contingenti e dipendono da scelte del legislatore, con la conseguenza che essi non influiscono direttamente sulla natura di un certo ordinamento. Sul punto v. G. PERLINGIERI, *Profili applicativi*, cit., p. 20 s., nota 43. Per quanto qui di interesse, secondo quanto si comprende dal combinato disposto degli articoli 3, comma 3, e 9 e del considerando 37 del regolamento Roma I, le norme di applicazione necessaria sarebbero espressione di principi fondamentali, mentre la categoria delle norme a cui non è permesso derogare convenzionalmente si estenderebbe anche ai principi tecnici.

⁴¹ N. BOSCHIERO, *I limiti*, cit., p. 97 ss.; T. TREVES, *Norme imperative*, cit., p. 25 ss.; P. DE CESARI, «Disposizioni alle quali non è permesso derogare convenzionalmente» e «norme di applicazione necessaria» nel regolamento Roma I, in G. VENTURINI e S. BARIATTI (a cura di), *Nuovi strumenti*, cit., p. 257 ss.

⁴² T. TREVES, *o.l.u.c.*; P. DE CESARI, *o.c.*, p. 262.

le norme di applicazione necessaria relativa alla disciplina legale dei contratti, ma non le norme di applicazione necessaria inerenti altri àmbiti dell'ordinamento. Secondo un'altra opinione, invece, «[u]n'interpretazione della norma del regolamento che renda contemporaneamente applicabili anche le norme di applicazione necessaria della legge altrimenti applicabile resta [...] sempre possibile [...]. Il fatto che l'art. 3, par. 3 non richieda che le norme inderogabili dalla volontà contrattuale presentino il requisito addizionale consistente nel loro essere anche conflittualmente derogatorie, non dovrebbe necessariamente indurre l'interprete a ritenerle escluse dall'ambito di applicazione della norma generale in questione nella misura in cui le norme di applicazione necessaria certamente onorano il requisito minimo dell'imperatività e cogenza richiesto dall'art. 3 par. 3»⁴³. Stando a quest'ultima opinione, un approccio differente da quello proposto condurrebbe al risultato paradossale di autorizzare l'elusione di norme «maggiormente imperative» in quanto dotate di una «particolare intensità valutativa», quali sono le norme di applicazione necessaria, per il sol fatto che non si riferiscano direttamente alla disciplina giuridica del contratto.

Entrambe le opinioni dottrinali appena esposte presentano elementi rilevanti. La prima di esse rispecchia maggiormente lo spirito del regolamento giacché appare meno limitativa del principio di autonomia delle parti. La seconda, invece, appare logicamente più fondata, in quanto una negazione aprioristica della possibilità di ricorrere ad alcune norme di applicazione necessaria del diritto interno potrebbe risultare eccessivamente frustrante per l'obiettivo che si cela dietro l'art. 3, comma 3, ossia quello di evitare che le parti artatamente evitino l'applicazione di alcune norme del sistema di diritto che sarebbe stato naturalmente applicabile al contratto.

Nessuna delle due, tuttavia, pare perfettamente adatta a risolvere il problema interpretativo qui affrontato. Con riguardo al primo approccio proposto, ci sembra che l'individuazione delle norme imperative relative al solo diritto dei contratti sia esercizio arduo (se non impossibile). Sussistono, infatti, numerosi casi di norme per le quali è discusso nel diritto interno se una relativa violazione ad opera di un contratto possa o meno determinare conseguenze sul piano della validità del contratto stesso. Esempi significativi possono essere, nel diritto italiano, il contratto in frode alla normativa fiscale⁴⁴ o il caso connesso del contratto di locazione non regi-

⁴³ N. BOSCHIERO, *I limiti*, cit., p. 98 s.

⁴⁴ Sul punto si veda, indicativamente, G. PERLINGIERI, *Profili civilistici dell'abuso tributario. L'inopponibilità delle condotte elusive*, Napoli, 2012, p. 1 ss., il quale rileva «l'incongruenza di quella parte della dottrina e della giurisprudenza che in caso di elusione ed evasione fiscali con-

strato⁴⁵. Non è agevole stabilire, in questi casi, se si tratti di norme «che riguardano il contratto». Quanto affermato vale, a maggior ragione, per i principi generali dell'ordinamento, i quali, pur non riferendosi specificamente al diritto dei contratti, possono ovviamente determinare la nullità di un atto negoziale⁴⁶. Di conseguenza, non essendo possibile offrire una astratta categorizzazione civilistica delle conseguenze su un contratto della violazione di alcune norme le quali, seppure non direttamente afferenti a quello che potrebbe essere definito «diritto dei contratti», in qualche modo incidono sulla disciplina concreta delle pattuizioni private, sembra a maggior ragione difficile attribuire (o negare) aprioristicamente rilievo internazionalprivatistico (ai fini dell'art. 3, comma 3) ad alcune disposizioni di legge solo perché non riguardanti espressamente la disciplina del contratto⁴⁷. Analogo discorso vale, come detto, per i principi generali dell'ordinamento.

Per quanto riguarda invece l'opinione che attribuisce rilievo, ai sensi dell'art. 3, comma 3, del regolamento Roma I, a tutte le norme di applicazione necessaria dell'ordinamento che sarebbero state applicate in assenza di scelta, questa appare innanzitutto eccessivamente limitante del

figurano, in ogni caso e pur di là dalle fattispecie di reato, la nullità civilistica dell'atto». V., altresì, V. PAPPA MONTEFORTE, *Violazioni tributarie e nullità del contratto*, in *Notariato*, 2009, p. 189 ss.; F. PROSPERI, *L'abuso del diritto nella fiscalità vista da un civilista*, in *Dir. prat. trib.*, 2012, p. 717 ss.; F. QUARTA, *Autonomia privata e violazione di norme imperative di «rilievo esclusivamente tributario»*, in *Contr. impr.*, 2016, p. 1065 ss.

⁴⁵ A tal riguardo le Sezioni unite della Cassazione hanno recentemente precisato, in séguito ad un acceso dibattito dottrinale, che il contratto di locazione non registrato è nullo, ma che tale nullità è sanabile. V. Cass., Sez. un., sentenza del 7 febbraio 2017, n. 23601.

⁴⁶ Si pensi al principio di solidarietà, la cui violazione può determinare la nullità di un contratto. V. a tal riguardo Cass., 19 giugno 2009, n. 14343, in *www.iusexplorer.it*, ove è stato affermato che i controlli insiti nell'ordinamento positivo relativi all'esplicazione dell'autonomia negoziale, coincidenti con l'adempimento di tutela degli interessi regolati convenzionalmente e con la liceità della causa, devono essere in ogni caso parametrati ai superiori valori costituzionali previsti a garanzia degli specifici interessi, ivi compreso quello contemplato dall'art. 2 cost. (che tutela i diritti inviolabili dell'uomo e impone l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà). La Corte ha considerato pertanto nulla la clausola di un contratto di locazione nella quale, oltre alla previsione del divieto di sublocazione, sia contenuto il riferimento al divieto di ospitalità non temporanea di persone estranee al nucleo familiare anagrafico, siccome confliggente proprio con l'adempimento dei doveri di solidarietà che si può manifestare attraverso l'ospitalità offerta per venire incontro ad altrui difficoltà, oltre che con la tutela dei rapporti sia all'interno della famiglia fondata sul matrimonio sia di una convivenza di fatto tutelata in quanto formazione sociale, o con l'esplicazione di rapporti di amicizia.

⁴⁷ Una separazione delle disposizioni di diritto interno sembrerà, tra l'altro, inopportuna a coloro i quali parlano di «unitarietà dell'ordinamento» e condivisibilmente affermano l'applicabilità diretta dei principi generali per la soluzione di casi concreti. V. P. PERLINGIERI, *Complessità e unitarietà dell'ordinamento giuridico vigente*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, p. 188 ss.; ID., *Legal Principles and Values*, in *Italian L. J.*, 2017, p. 125 ss.

principio di autonomia delle parti, che, come più volte ribadito, deve essere privilegiato nell'interpretazione di qualsiasi disposizione del regolamento stesso. In secondo luogo, questa impostazione – negando qualsiasi rilievo alle valutazioni che il giudice può compiere in concreto in relazione al singolo caso⁴⁸ – finisce per ampliare eccessivamente il novero delle norme di diritto interno che potrebbero essere applicabili in virtù dell'art. 3, comma 3, nonostante la scelta di una legge straniera, con la possibile conseguenza di comprimere eccessivamente la libertà di scelta delle parti anche in situazioni in cui, da un'analisi più attenta degli interessi dello Stato il cui diritto dovrebbe essere applicato ai sensi della norma in esame, sarebbe emersa la non necessità di insistere sull'applicazione di una determinata norma.

In conclusione, ci sembra che la necessità di bilanciare gli opposti interessi del legislatore europeo – orientato a privilegiare sempre il principio di autonomia – e degli Stati membri – che tendono invece ad attribuire primario rilievo al diritto interno nei casi prettamente nazionali – richieda un approccio che, caso per caso, individui le norme da ritenere inderogabili alla luce degli interessi in gioco nella singola controversia, tenendo conto sia delle concrete problematiche che da questa emergono, sia dei valori che l'ordinamento giuridico vuole proteggere in quel tipo di situazioni ed in quel momento storico.

Nel prossimo paragrafo proveremo quindi, tenendo conto del solo diritto italiano, ad offrire delle linee guida per gli interpreti che si trovino ad esaminare una situazione nella quale venga in gioco la previsione dell'art. 3, comma 3, del regolamento 593/2008.

4. L'unico dato certo a nostra disposizione con riguardo alle modalità di identificazione delle norme a cui fa riferimento l'art. 3, comma 3, del regolamento Roma I è che il legislatore europeo ha inteso privilegiare un approccio c.d. funzionale, secondo il quale «gli Stati membri sono liberi di identificare, in relazione agli interessi che reputano necessario perseguire, le norme inderogabili all'interno dei loro ordinamenti nazionali. Esse

⁴⁸ Sul punto v. N. BOSCHIERO, *Norme inderogabili, «disposizioni imperative del diritto comunitario» e «leggi di polizia» nella proposta di regolamento «Roma I»*, Milano, 2007, p. 115, secondo cui: «se non si vuole privare la norma [dell'art. 3, comma 3] del suo effetto utile occorre interpretarla nel senso che alle parti sia preclusa la possibilità di recare pregiudizio a tutte le norme che sono qualificate come inderogabili dell'ordinamento che esprime la legge applicabile, se non avessero scelto la legge regolatrice del contratto; dunque non solo a quelle imperative c.d. «semplici» ma anche alle norme di applicazione necessaria. Se il contratto è puramente interno non ha, infatti, alcun senso distinguere tra questi due tipi di norme imperative» (corsivo in originale).

possono avere la natura piú varia, a seconda che esse mirino a salvaguardare interessi a carattere generale [...] o a proteggere la parte contrattuale ritenuta piú debole»⁴⁹. Il medesimo atteggiamento è stato assunto dal diritto dell'Unione con riguardo alle norme di applicazione necessaria, rispetto alle quali, però, ha avuto modo di esprimersi la Corte di giustizia dell'Unione Europea e, dunque, di offrire maggiori indicazioni in merito alla relativa individuazione. A tal riguardo, l'Avvocato generale Wahl ha affermato che occorre, «in ampia misura, rifarsi alla volontà del legislatore di attribuire carattere imperativo alle norme nazionali: si tratta di norme emanate dallo Stato con l'obiettivo, esplicito o meno, di tutelare interessi che esso reputa essenziali. In altre parole, *gli Stati membri restano competenti a determinare in concreto quando siano colpiti interessi pubblici*, intesi in senso ampio, che giustificano il riconoscimento di un carattere imperativo a determinate norme»⁵⁰ (corsivo aggiunto). Ne consegue, secondo la Corte, che «[è] dunque compito del giudice nazionale [...] tener conto non soltanto dei termini precisi di legge, ma anche dell'impianto sistematico e dell'insieme delle circostanze in cui è stata adottata la legge in parola, per poter trarre la conclusione che essa riveste carattere imperativo, dal momento che risulta che il legislatore nazionale ha adottato quest'ultima al fine di tutelare un interesse ritenuto essenziale dallo Stato membro interessato»⁵¹. Dunque, «il giudice deve esaminare *il concreto contesto fattuale* e in quell'occasione operare una valutazione delle ragioni e degli obiettivi che una determinata norma esprime. [...] Per questo motivo non è possibile creare a priori un catalogo delle leggi privilegiate. [...] [L]'analisi effettuata dal giudice ha carattere funzionale. Il giudice valuta se in un concreto contesto fattuale la pronuncia di un'equa decisione richiede la considerazione dei legittimi e giustificati interessi dello Stato la cui legge non è applicabile a un dato rapporto giuridico. Si può quindi affermare che lo stesso concetto delle norme di attuazione necessaria *offre al giudice l'opportunità* di pronunciare una decisione che possa essere equa e che, al contempo, tenga conto della necessità di bilanciare gli interessi concorrenti dei paesi coinvolti»⁵² (corsivo in originale).

Le suddette affermazioni, che a noi non sembrano altro che un'espressione del criterio di ragionevolezza come sopra individuato, devono

⁴⁹ G. BIAGIONI, *Art. 3*, cit., p. 632.

⁵⁰ Conclusioni dell'Avvocato Generale N. Wahl, presentate il 15 maggio 2013, Causa C-184/12, *Unamar*, cit., par. 35.

⁵¹ Corte giust. UE, Causa C-184/12, *Unamar*, cit., par. 50.

⁵² Conclusioni dell'Avvocato Generale M. Szpunar, presentate il 20 aprile 2016, Causa C-135/15, *Repubblica ellenica*, cit., § 72-74.

offerirci – unitamente alla considerazione secondo la quale, come abbiamo visto, qualsiasi limitazione del principio di autonomia delle parti nella scelta della legge applicabile al contratto deve essere intesa in modo restrittivo – la chiave di lettura per la nostra ricerca.

Con riguardo al diritto italiano, la nozione di «norma inderogabile» viene naturalmente connessa a quella di «norma imperativa» di cui all'art. 1418 c.c.⁵³, la cui violazione determina, in linea di principio, la nullità del contratto. È, infatti, quasi tautologico affermare che la norma imperativa è quella «da osservarsi inderogabilmente da tutti»⁵⁴. Se ne potrebbe, dunque, agevolmente dedurre che tutte le volte in cui si sia in presenza di una norma imperativa che determinerebbe la nullità di un contratto ex art. 1418 c.c., questa stessa norma possa altresì essere considerata come inderogabile ai sensi dell'art. 3, comma 3, del regolamento Roma I (ossia nei casi in cui il diritto italiano sarebbe stato la legge altrimenti applicabile alla controversia) e quindi trovare applicazione in una controversia per la soluzione della quale le parti avevano scelto di ricorrere al diritto straniero.

Altrettanto agevolmente, tuttavia, ci si può rendere conto che la suddetta assimilazione non conduce ad alcun risultato di carattere pratico, e ciò per due ordini di motivi. Primo, perché lo stesso art. 1418 c.c. – che ai commi 2 e 3 prevede alcuni casi di nullità positivamente determinati – al primo comma invece afferma che il contratto è nullo quando è contrario a norme imperative (c.d. nullità virtuale), salvo che la legge disponga diversamente, così lasciando all'interprete il compito di determinare in quali circostanze si sia in presenza di una norma imperativa e quali siano i casi in cui si può ritenere che la legge abbia disposto diversamente. Secondo, perché, come vedremo, vi sono vari casi in cui – pur se la legge preveda espressamente la nullità di un certo contratto (c.d. nullità testuale, a cui fa riferimento il terzo comma dell'art. 1418 c.c.) – l'ordinamento ammette,

⁵³ Questa norma, come noto, dispone che: «Il contratto è nullo quando è contrario a norme imperative, salvo che la legge disponga diversamente.

Producono nullità del contratto la mancanza di uno dei requisiti indicati dall'art. 1325, l'illiceità della causa, l'illiceità dei motivi nel caso indicato dall'art. 1345 e la mancanza nell'oggetto dei requisiti stabiliti dall'art. 1346.

Il contratto è altresì nullo negli altri casi stabiliti dalla legge».

⁵⁴ Cass., 4 dicembre 1982, n. 6601, in *www.insexplorer.it*. Per una classificazione operata in dottrina delle varie categorie di norme rilevanti in materia contrattuale si veda E. RUSSO, *Norma imperativa, norma cogente, norma inderogabile, norma indisponibile, norma dispositiva, norma suppletiva*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, p. 573 ss., il quale collega la nozione di norma inderogabile all'indisponibilità, per le parti, della situazione giuridica in gioco (p. 578). Come vedremo in seguito, tuttavia, non è sempre detto che le parti non possano in qualche modo disporre di una situazione giuridica anche se questa è tendenzialmente sottratta ai propri poteri dispositivi.

espressamente o implicitamente, una sanatoria della nullità stessa⁵⁵. Di conseguenza, ove in quest'ultimo caso si disponesse *ex art. 3, comma 3*, l'applicabilità di una norma (sia essa una regola o un principio) di diritto italiano senza tenere conto delle possibili modalità applicative di tale norma nel caso di specie, si otterrebbe l'effetto di applicare in deroga alla espressa volontà delle parti – una legge sulla base della sua astratta categorizzazione come imperativa, quando quella stessa legge avrebbe potuto non essere applicata in un analogo caso retto dal diritto interno.

Ne discende che l'interprete che si trovi ad esaminare un caso prettamente interno (italiano) nel quale però le parti hanno scelto di applicare un diritto straniero non può rifuggire da un'analisi sostanziale da compiersi in concreto circa, innanzitutto, gli interessi e i valori che sottendono alla norma nazionale della quale si reclama l'applicazione, e, in secondo luogo, sull'esistenza di una effettiva e concreta lesione di tali interessi nel caso pendente dinnanzi a lui; questa lesione deve essere tale da far prevalere la necessità di proteggere i suddetti interessi sul fondamentale principio di autonomia di scelta della legge applicabile consacrato nel regolamento Roma I. Si tratta, in effetti, di un'operazione di bilanciamento che, come tale, pur traendo ovviamente origine dal dato normativo⁵⁶, non può che essere compiuto caso per caso e secondo ragionevolezza⁵⁷.

Questo tipo di esercizio non è nuovo per l'internazionalprivatista. Già negli anni '50, infatti, una corrente di pensiero statunitense, capeggiata dal Prof. Brainerd Currie, propugnava la c.d. «*interest analysis*» quale criterio da utilizzare per individuare il diritto applicabile nei casi di conflitti di legge. Secondo Currie, «[w]hen it is suggested that the law of a foreign state, rather than the law of the forum, should furnish the rule of deci-

⁵⁵ G. PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, 2ª ed., Napoli, 2011, p. 1 ss. Questa tesi è stata confermata da una recente sentenza delle Sezioni unite della Corte di Cassazione, 12 dicembre 2014, n. 26242, secondo la quale il giudice ha l'obbligo di *rilevare* d'ufficio la nullità ma *non di dichiararla*. Ne consegue, logicamente, che se una nullità è rilevata ma non dichiarata ciò vuol dire che vi sono circostanze nelle quali pur esistendo inizialmente una nullità (che va rilevata), questa può poi non essere dichiarata per il sopraggiungimento di una sanatoria successiva. Si pensi al caso della registrazione successiva del contratto di locazione, la quale, secondo Cass. 23601/17, cit., ha effetto di sanatoria della nullità determinata dalla mancata registrazione. Il medesimo ragionamento può applicarsi al caso dell'allegazione successiva delle planimetrie catastali al rogito notarile di vendita immobiliare.

⁵⁶ G. PINO, *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali: Una mappa dei problemi*, in *Etica e politica*, online, 2006, p. 1 ss.; P. PERLINGIERI, *Legal Principles and Values*, cit., p. 127.

⁵⁷ G. PERLINGIERI, *Profili applicativi*, cit., p. 23. Ciò vuol dire che, nel rispetto del principio di legalità, l'interprete debba risalire nel momento applicativo alla soluzione più conforme non solo alla lettera della legge e alla logica dell'intero sistema, ma anche a quella più adatta a risolvere il problema concreto alla luce dei dati positivi a sua disposizione.

sion, the court should first of all determine the governmental policy – perhaps it is helpful to say the social, economic or administrative policy – which is expressed by the law of the forum. The court should then inquire whether the relationship of the forum state to the case at bar – that is, to the parties, to the transaction, to the subject matter, to the litigation – is such as to bring the case within the scope of the state’s governmental concern, and to provide a legitimate basis for the assertion that the state has an interest in the application of its policy in this instance»⁵⁸. *Mutatis mutandis*, come già detto in precedenza, sembra possibile affermare che, nei casi in cui si verifichi un potenziale conflitto tra la legge scelta dalle parti e quella che sarebbe stata altrimenti applicabile, il ruolo del giudice sia quello di identificare gli interessi e i valori che sottendono alla normativa interna⁵⁹ e verificare se essi necessitino di protezione nel caso concreto al punto da sacrificare la scelta legittimamente operata dalle parti⁶⁰. È ovvio che, in questo modo, si finisce per dare un ruolo centrale al giudice (con il rischio di pregiudicare la certezza del diritto), ma è altresì innegabile che questo approccio consente di tenere in debito conto sia gli interessi delle parti (che sono anche quelli maggiormente tutelati dal re-

⁵⁸ B. CURRIE, *The Constitution and the Choice of Law: Governmental Interest and the Judicial Function*, in *Univ. Chicago L. Rev.*, 1958, p. 9 ss. Dello stesso autore, v. altresì *Married Women’s Contracts: A Study in Conflict-of-Laws Method*, *ivi*, p. 227 ss.

⁵⁹ Nell’individuazione di questi interessi e valore è fondamentale il ruolo svolto dall’interpretazione giurisprudenziale che nel tempo si è avuta di una determinata norma (e quindi del c.d. diritto vivente). Si veda G.S. ALEXANDER, *The Concept of Function and the Basis of the Regulatory Interests under Functional Choice-of-Law Theory: The Significance of Benefit and the Insignificance of Intention*, in *Virginia L. Rev.*, 1979, p. 1070 ss.

⁶⁰ È stato, infatti, correttamente notato che «[t]he overriding general principle to keep in mind is whether “the goals sought to be achieved by the laws are so important that the legal order could not tolerate the application of any foreign law which could frustrate these goals”». T.G. GUEDJ, *The Theory of the Lois de Police. A Functional Trend in Continental Private International Law – A Comparative Analysis with Modern American Theories*, in *American J. Comp. L.*, 1991, p. 665 s. L’autore cita, nel pezzo riportato, J.A. TALPIS, *Legal rules which determine their own sphere of application: a proposal for their recognition in Quebec private international law*, in *Rev. Jur. Thémis*, 1982-1983, p. 201. Lo stesso T.G. GUEDJ, a p. 683, aveva già posto in evidenza la stretta relazione che intercorre tra le teorie americane in tema di conflitti di legge sviluppatasi negli anni ‘50 e ‘60 e la teoria delle norme imperative, giacché entrambe sono basate su un approccio funzionale che richiede un’analisi degli interessi in gioco e della loro rilevanza nel caso concreto. Va posto in evidenza, comunque, anche se non è possibile offrire un’analisi in merito in questa sede, che le teorie cd. funzionali sono state soggette a numerose critiche, in particolare perché esse genererebbero imprevedibilità della legge applicabile (rimettendo di fatto la scelta nelle mani dell’interprete) e perché essenzialmente esse finirebbero per consentire la costante supremazia del diritto del foro. V., su tutti, L. BRILMAYER, *Interest Analysis and the Myth of Legislative Intent*, in *Michigan L. Rev.*, 1980, p. 392 ss.; D. EVRIGENIS, *Interest Analysis: A Continental Perspective*, in *Ohio State L. J.*, 1985, p. 525 ss.

golamento Roma I) sia quelli dello Stato la cui legge sarebbe stata applicabile in mancanza di scelta.

Ciò posto, e tenendo sempre presente che non è possibile trattare il problema identificando astrattamente soluzioni che siano sempre applicabili, proveremo di séguito ad offrire una possibile chiave di lettura per l'individuazione delle norme imperative nel diritto italiano. Una risalente teoria ha affermato che l'imperatività di una disposizione di legge va affermata in tutti i casi in cui essa miri a proteggere un interesse di carattere generale, che riguardi la totalità dei cittadini⁶¹. Questa impostazione, tuttora rilevante, si è tuttavia con il tempo evoluta, in quanto il concetto di interesse generale non è stato piú solamente riferito alla generalità dei consociati ma anche a situazioni differenti quali, ad es., la necessità di salvaguardare l'integrità dei mercati finanziari⁶² o l'interesse proprio dell'ordinamento giuridico a che l'esercizio dell'autonomia privata sia corretto, ordinato e ragionevole⁶³. Conseguentemente, anche situazioni che apparentemente riguardano solo interessi privati possano avere un rilievo *lato sensu* pubblicistico e determinare la nullità di un contratto⁶⁴.

Anche l'interesse pubblico, dunque, richiede di essere esaminato in concreto, tenendo conto sia dei valori tutelati dall'ordinamento rispetto ad una certa situazione sia delle modalità di intervento che si richiedono al giudice per tutelare tali valori in relazione a specifici fatti. Come rilevato dalle Sezioni unite, infatti la «nullità [...] non a torto è stata definita [...] ad assetto variabile, e di tipo funzionale, in quanto calibrata sull'assetto di

⁶¹ F. FERRARA, *Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano*, 2ª ed., Milano, 1914, p. 317.

⁶² V. Cass., Sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26724, in *www.dirittocivilecontemporaneo.it*.

⁶³ Corte di Cassazione n. 26242/2014, cit.

⁶⁴ Questo tipo di approccio era già stato anticipato dalla dottrina. V. P. PERLINGIERI, *L'incidenza dell'interesse pubblico sulla negoziazione privata*, in *Rass. dir. civ.*, 1986, p. 936, secondo il quale l'interesse pubblico va identificato «non con l'interesse superiore dello Stato o dei gruppi intermedi in quanto tali ma con la realizzazione e l'attuazione dei diritti inviolabili dell'uomo, del suo pieno e libero sviluppo». A tal riguardo, è stato correttamente osservato che una cosa è la gerarchia dei valori, che non distingue tra interesse generale ed interesse individuale ma si basa sull'incidenza assiologica di una certa violazione, altra è la generalità dell'interesse, che prescinde da tale incidenza assiologica e tiene in considerazione la quantità di consociati che sono tutelati da una certa disposizione. V. P. PERLINGIERI e P. FEMIA, *Nozioni introduttive e principi fondamentali di diritto civile*, Napoli, 2004, p. 67. Osserva dunque G. PERLINGIERI, *Negozio illecito e negozio illegale. Una incerta distinzione sul piano degli effetti*, Napoli, 2003, p. 18, che non è possibile aprioristicamente subordinare un interesse privato ad uno pubblico, ma occorre tenere conto dell'importanza dei valori di volta in volta tutelati per comprendere, in un secondo momento, quale interesse debba prevalere. Si vedano, altresì, P. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969, p. 18; M. NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano, 1975, pp. 39 e 96-99.

interessi in concreto, con finalità essenzialmente conformativa del regolamento contrattuale, ma non per questo meno tesa alla tutela di interessi e valori fondamentali, che trascendono quelli del singolo»⁶⁵.

Il legislatore, tuttavia, non ha mancato di identificare alcuni casi in cui – in linea di principio – vi sia un giudizio di disvalore aprioristico dell'ordinamento rispetto ad alcuni atti privati, come ad es. il caso in cui si ponga in essere un accordo per commettere un illecito. Qui sembra accettabile ammettere che, tendenzialmente⁶⁶, ci si trovi in presenza di una norma imperativa per definizione, che determina l'*illiceità* del contratto ai sensi del secondo comma dell'art. 1418 c.c. per illiceità dell'oggetto (e della causa) del contratto⁶⁷. Si parla, in questo caso, di vizi funzionali dell'atto negoziale, i quali comportano una c.d. nullità da disvalore; il contratto è visto come socialmente dannoso o contrario ai principi etico-politici che costituiscono l'essenza dell'ordinamento⁶⁸. Per quanto qui di interesse, le norme a cui si è appena fatto riferimento dovranno, in linea di massima (e fatto salvo che nel caso concreto si riveli, alla luce degli interessi e dei valori in gioco, opportuno procedere diversamente), trovare applicazione nelle circostanze di cui all'art. 3, comma 3, del regolamento Roma I (ossia nei casi in cui, in assenza di scelta, il diritto italiano sarebbe stato applicabile alla controversia).

Differentemente, nei casi qualificabili come vizi c.dd. strutturali, in cui il contratto non è conforme ad un «tipo» previsto dal legislatore ma non vi è alcuna valutazione di riprovevolezza dell'ordinamento nei confronti dell'atto negoziale⁶⁹, «esiste un campo in cui può operare un autonomo

⁶⁵ Cass. n. 26242/2014, cit.

⁶⁶ Per i motivi già espressi, non è possibile determinare con assoluta certezza che non sia possibile, in concreto, una sanatoria del contratto o almeno di alcuni suoi effetti. V. G. PERLINGIERI, *La convalida*, cit., p. 9 ss. Si veda altresì, dello stesso autore, *Negozio illecito*, cit., p. 10 ss.; G. DE NOVA, *Il contratto contrario a norme imperative*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, p. 435 ss.; R. MOSCHELLA, *Il negozio contrario a norme imperative*, in *Legisl. econ.*, 1978-1979, p. 283 s.

⁶⁷ G. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1993, p. 68 ss.

⁶⁸ G. PERLINGIERI, *Negozio illecito*, cit., p. 14. Lo stesso autore, a p. 12, spiega che, in questo caso, la nullità deriva da contrarietà a norme c.d. proibitive, all'ordine pubblico o al buon costume e, quindi, necessariamente dipende da una valutazione di riprovevolezza dell'ordinamento nei confronti del contratto. Giova porre in evidenza che l'illiceità del contratto non dipende dalla circostanza che la nullità sia testuale, ma solo dalle considerazioni assiologiche relative al tipo di violazione compiuta. V. in tal senso anche M. NUZZO, *Negozio giuridico*, IV *Negozio illecito*, in *Enc. giur.* Treccani, XX, Roma, 1990, p. 1.

⁶⁹ Si fa qui riferimento ai casi in cui il contratto è in contrasto con una norma di carattere configurativo-ordinativo, ossia «non conforme al modello (c.d. valutazione limitativa di non conformità), al “tipo legale” delineato, ossia rispettoso dei “limiti” e degli “oneri” stabiliti dal legislatore per attribuire al comportamento richiesto la conformità giuridica volta a volta dovuta». V. G. PERLINGIERI, *Negozio illecito*, cit., p. 13.

concetto di contrarietà alle norme imperative e nel quale il contratto può sopravvivere, nonostante si scontri coi divieti legislativi. La giurisprudenza [...] testimonia che tale spazio non è ridotto»⁷⁰. Si tratta di tutti quei casi in cui l'effetto della violazione di una norma non è l'illiceità del contratto ma la sua *illegalità*, che comporta la mancata produzione di effetti giuridici per non conformità ad un modello legale. A tal riguardo si pensi, per esempio, alle norme che disciplinano la forma dei contratti, in cui di solito non vi è un giudizio di disvalore dell'ordinamento, ma solo la mancata produzione di effetti per un difetto strutturale del negozio⁷¹. Queste ultime norme sono state definite, da parte della dottrina, inderogabili, ma non imperative, proprio perché non determinanti, in linea di principio, illiceità⁷². La scelta di determinare la nullità di un contratto sulla base della violazione di una disposizione di questo genere è, secondo noi, contingente ed essa dipende da una valutazione in concreto degli interessi e dei valori in gioco⁷³.

Con riguardo a questa vastissima categoria di norme, è evidente che un giudice al quale ne sia chiesta l'applicazione in un caso rientrante nell'ambito di efficacia dell'art. 3, comma 3, del regolamento Roma I non possa esimersi dal valutare se, nel caso di specie, gli interessi e i valori in gioco richiedano il sacrificio del principio di autonomia delle parti consacrato nel regolamento stesso⁷⁴. Solo ove il giudice ravveda che, nel caso

⁷⁰ G. VILLA, *Contratto*, cit., p. 69. Nello stesso senso R. MOSCHELLA, *Il negozio*, cit., p. 305.

⁷¹ G. PERLINGIERI, *Negozio illecito*, cit., pp. 9 e 14. Con specifico riguardo alle norme in materia di forma dei contratti v. P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli, 1987.

⁷² E. RUSSO, *Norma imperativa*, cit., p. 581 ss. Lo stesso autore, a p. 583, rileva come «l'uguaglianza della sanzione [ossia la nullità] non deve trarre in inganno. La legge civile, che è sempre "disponibile", non può che prescrivere la nullità, e cioè la mancata produzione di effetti giuridici, perché nel sistema delle leggi civili non vi è azione pubblica per reprimere comportamenti proibiti». Resta però il fatto che il giudizio di disvalore che l'ordinamento esprime nei casi di illiceità e di illegalità è completamente diverso.

⁷³ V., emblematicamente, S. POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, Napoli, 2001, p. 11 ss.; similmente G. PERLINGIERI, *Negozio illecito*, cit., p. 10 ss. Per un approccio contrario, e qui non condiviso, secondo il quale l'imperatività di una norma va determinata sulla base dell'indisponibilità del rimedio da essa predisposto v. A. ALBANESE, *Non tutto ciò che è «virtuale» è razionale: riflessioni sulla nullità del contratto*, in *Eur. dir. priv.*, 2012, p. 503 ss.; dello stesso autore, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003. Per un'ulteriore critica all'approccio qui proposto v. G. MASTROPASQUA, *Art. 1418.1 c.c.: la norma imperativa come norma inderogabile*, *www.juscivile.it*, 2013, p. 869 ss.

⁷⁴ Come è stato notato da G. PERLINGIERI, *o.u.c.*, p. 11, «un vizio, pur capace di procurare nullità radicale dell'atto, determinerà una maggiore o minore capacità del medesimo a produrre qualche effetto a seconda di come il singolo vizio incida sulla struttura dell'atto e quindi di come il fatto materiale significativo rimanga idoneo ad esplicitare e presupporre, alla luce dell'ordine giuridico, il fatto immateriale significato, ossia l'"oggetto della conoscenza"; e a seconda

di specie, un interesse espressivo di un valore fondamentale dello Stato è stato leso dalla scelta del diritto straniero egli dovrà tenere debitamente conto del sistema di diritto che sarebbe stato applicabile in assenza di scelta.

Resta, infine, da considerare la categoria delle norme che offrono rimedi alla parte lesa nell'ambito di un rapporto contrattuale. Rimedi che, nel contesto indagato, potrebbero assumere importanza al pari di una norma sostanziale. Si pensi, ad es., alla norma che offre la possibilità di chiedere l'annullamento del contratto in caso di dolo o di violenza (art. 1427 c.c.). In quest'ultimo caso, sembra ragionevole pensare che – se il diritto straniero scelto dalle parti non contenga una simile previsione e quindi, nel caso concreto, la parte lesa si ritrovi privata del rimedio ad essa disponibile per cancellare gli effetti di un atto avente origine da un vizio della volontà – la disposizione dell'art. 1427 c.c. possa essere considerata inderogabile *ex art. 3, comma 3*, in quanto espressiva dell'interesse generale a che i rapporti giuridici siano improntati da correttezza e liceità. Nulla vieta, però, che – nel caso di specie – l'interprete possa decidere di procedere diversamente giacché, ad es., il diritto straniero prescelto consente di fare ricorso ad un rimedio sostanzialmente equivalente a quello previsto dalla legge italiana.

5. Il presente scritto ha esaminato la complessa disposizione dell'art. 3, comma 3, del regolamento Roma I, secondo la quale ove due soggetti privati, nell'esercizio della propria autonomia contrattuale, abbiano deciso di applicare un diritto straniero ad una fattispecie puramente nazionale, «[q]ualora tutti gli altri elementi pertinenti alla situazione siano ubicati, nel momento in cui si opera la scelta, in un paese diverso da quello la cui legge è stata scelta, la scelta effettuata dalle parti fa salva l'applicazione delle disposizioni alle quali la legge di tale diverso paese non permette di derogare convenzionalmente».

La citata disposizione pone, essenzialmente, due ordini di problemi. Innanzitutto è necessario comprendere quando tutti gli elementi della situazione siano ubicati in un paese diverso da quello la cui legge è stata scelta. In secondo luogo, bisogna individuare quali siano, nell'ambito di un certo sistema di diritto, le norme a cui non è possibile derogare convenzionalmente. Nell'ambito dello scritto si è provato ad offrire una soluzione ad entrambi i problemi basata sul c.d. criterio di ragionevolezza, secondo il quale la situazione concreta va risolta tenendo conto, da un lato, dei con-

delle peculiarità degli interessi di volta in volta individuabili nel contesto e, quindi, delle peculiarità della disciplina di riferimento».

fliggenti valori in gioco così come emergenti dai dati normativi rilevanti (che, per quanto concerne la disposizione in esame, consistono nella protezione del principio di autonomia delle parti consacrato nel regolamento Roma I e la salvaguardia degli interessi dello Stato il cui diritto sarebbe stato applicabile in assenza di scelta delle parti), e, dall'altro, delle peculiarità del caso in esame.

Con riguardo al primo problema evidenziato, è stato dimostrato che i principi di interpretazione propri del diritto dell'Unione Europea impongono un'interpretazione restrittiva della norma, per la quale anche elementi considerati non essenziali (ad es. perché meramente fattuali) possono far sì che una certa fattispecie non sia considerata puramente interna. Abbiamo però dimostrato che la stessa norma sembra offrire un margine di discrezionalità al giudice nella rilevazione degli elementi di fatto che siano «pertinenti» e che, quindi, in concreto egli possa ritenere irrilevante un fattore di «internazionalità» della situazione.

Per quanto riguarda l'individuazione delle norme alle quali non è possibile derogare convenzionalmente, si è sostenuto che si tratta di una disposizione c.d. aperta, che – stando a quanto affermato dalla stessa Corte di giustizia dell'Unione Europea – deve essere riempita di significato sulla base di un approccio funzionale e teleologico, ossia tenendo conto degli interessi e dei valori in gioco di volta in volta. Con specifico riferimento all'ordinamento italiano, le indicazioni che provengono dal dato normativo ci portano a propendere per una soluzione secondo la quale, tendenzialmente (e salvo che in concreto risulti opportuno procedere diversamente), sono innanzitutto rilevanti ai fini dell'art. 3, comma 3, le norme la cui violazione porta all'illiceità del contratto a causa di un vizio funzionale che implica un giudizio di disvalore dell'ordinamento nei confronti del contratto stesso. Negli altri casi, ossia quelli che comportano un vizio strutturale dell'atto di autonomia privata ma non una valutazione di riprovevolezza nei confronti del negozio, è sempre necessario procedere ad un concreto esame degli interessi in gioco e delle modalità con cui è opportuno procedere al bilanciamento tra essi. Solo ove il giudice ravveda che un interesse espressivo di un valore fondamentale dello Stato è stato leso nel caso di specie dalla scelta di un diritto straniero, effettuata nell'esercizio del fondamentale principio di autonomia nella scelta della legge disciplinante il contratto, egli dovrà ricorrere alla normativa che avrebbe trovato applicazione in assenza di scelta.

GIOVANNI ZARRA

Abstract

Il presente scritto analizza la categoria delle «disposizioni alle quali non è permesso derogare convenzionalmente» a cui fa riferimento l'art. 3, comma 3, del regolamento «Roma I» come limite al principio di autonomia delle parti che ispira il diritto internazionale privato dell'Unione Europea. Dopo aver identificato quali siano le fattispecie alle quali la disposizione in esame è applicabile, l'autore spiega i motivi per i quali non è possibile procedere ad una astratta individuazione delle norme inderogabili a cui si fa riferimento ed è quindi necessario ricercare caso per caso una soluzione che bilanci gli interessi ed i valori normativi coinvolti e sia dunque basata sul criterio di ragionevolezza.

The present article analyses the category of the «provisions of law which cannot be derogated from by agreement» set forth by art. 3, par. 3, of the «Rome I» regulation as a limit to the principle of party autonomy (which inspires the entire EU private international law). After having identified the concrete situations to which the above rule is applicable, the author explains the reasons why it is not possible to proceed to an identification in abstracto of the rules which cannot be derogated as per art. 3, par. 3. For this reason, it is necessary to identify such provisions by carrying out a case-by-case analysis of the normative interests and values involved in the dispute, which shall be balanced in order to find the appropriate solution for the case at hand. This balancing technique finally turns out to be an application of the canon of reasonableness.