

# COORDINAMENTO E PRIMATO TRA GIURISDIZIONI CIVILI NELLA PROSPETTIVA DELLA REVISIONE DEL REGOLAMENTO (CE) N. 44/2001

FRANCESCO SALERNO

*Professore ordinario di Diritto internazionale  
nell'Università di Ferrara*

Recibido: 03.01.2010 / Aceptado: 18.01.2010

**Riassunto:** Lo scritto esamina alcuni profili problematici del regolamento (CE) n. 44/2001 del 22 dicembre 2000 (“Bruxelles I”), quali emergono dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell’Unione europea e, in generale, dalla esperienza applicativa di tale strumento negli Stati membri dell’Unione. Un rilievo particolare viene riservato, nell’analisi, alle norme che presiedono al coordinamento dei procedimenti giudiziari pendenti in più Stati; delle norme, queste, che la dottrina tende poco opportunamente a porre in secondo piano rispetto ai “pilastri” della disciplina in discorso, rappresentati dalle regole sulla competenza giurisdizionale e sulla efficacia delle decisioni straniere. Nell’ottica della revisione del regolamento, avviata con la pubblicazione il 21 aprile 2009 del Libro verde della Commissione, vengono in particolare affrontate le difficoltà concernenti la regola sulla litispendenza (anche alla luce della pratica delle c.d. azioni “torpedo”), la disciplina della proroga espressa della competenza giurisdizionale e i rapporti del regolamento con l’arbitrato, il trattamento delle questioni preliminari, la valorizzazione della connessione fra cause come ragione idonea a privare il giudice della cognizione della domanda proposta avanti a lui e, infine, la regolamentazione della giurisdizione cautelare (specie in relazione al rapporto fra i provvedimenti provvisori emessi dal giudice della cautela e le decisioni del diverso giudice investito del merito della lite). Muovendo dall’esame di tali difficoltà, lo scritto si sofferma, con valutazioni e proposte, sulle soluzioni sin qui prospettate in relazione alla prevista riforma del regolamento.

**Parole chiave:** competenza giurisdizionale, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni straniere, procedimenti giudiziari parallelamente pendenti in più Stati, proroga della competenza, arbitrato, provvedimenti provvisori e cautelari, unificazione e armonizzazione delle norme processuali.

**Abstract:** The paper deals with some of the critical features of the (EC) regulation no. 44/2001 of 22 December 2000 (“Brussels I”), as they emerge from the case law of the Court of Justice of the European Union and, more generally, from the practical operation of the regulation within the member States of the European Union. A special attention is paid, in the analysis, to the rules aimed at assuring the coordination of legal proceedings initiated in different States. The importance of these rules, although traditionally regarded as lesser if compared with the “pillars” of the regulation (i.e. the rules regarding jurisdiction and the recognition and enforcement of foreign judgments), should in fact be reassessed. Having in mind the revision of the “Brussels I” regulation, started with the publication of the Commission’s Green paper of 21 April 2009, the essay focuses in particular on the difficulties relating to the rule on *lis alibi pendens* (and the interplay between such rule and the so called “torpedo” actions), the legal regime of forum selection clauses, the relationship between the regulation and arbitration, the treatment of preliminary questions and related actions, and the rules regarding provisional and protective measures (especially in connection with the need of coordinating such measures with the decisions that another court, entitled to hear the merits of the dispute, has rendered or is likely to render on the matter). Based on the critical examination of these difficulties, the article provides a reasoned analysis of the solutions envisaged so far by authors and institutions within the framework of the debate surrounding the reform of the regulation, adding remarks and proposals.

**Key words:** jurisdiction, recognition and enforcement of foreign judgments, parallel proceedings pending in different States, forum selection clauses, arbitration, provisional and protective measures, unification and harmonization of procedural rules.

**Sommario:** I. La “pari dignità” giurisdizionale degli Stati membri nell’attuale disciplina sul coordinamento delle azioni civili nello spazio. II. L’esigenza di una maggiore certezza del diritto con riguardo alla disciplina concernente: la litispendenza; la proroga della competenza e i rapporti con l’arbitrato; le questioni preliminari; la declinatoria di competenza per connessione privativa; la giurisdizione cautelare esorbitante. III. Le soluzioni formulate in vista della revisione del regolamento (CE) n. 44/2001. IV. Integrazione processuale in seno all’Unione europea e coordinamento della giurisdizione civile con Stati terzi. V. Conclusioni: il carattere tuttora “parziale” dello spazio giudiziario europeo.

## I. La “pari dignità” giurisdizionale degli Stati membri nell’attuale disciplina sul coordinamento delle azioni civili nello spazio

1. L’attuale disciplina dell’Unione europea concernente il riparto della giurisdizione ed il riconoscimento delle decisioni in materia civile e commerciale risale nella sostanza alla Convenzione di Bruxelles del 1968. La sua comunitarizzazione mediante il regolamento n. 44/2001 (adottato originariamente in base all’art. 65 del Trattato CE, ora art. 81 del Trattato sul funzionamento dell’UE, di seguito: TFUE)<sup>1</sup> non ne ha modificato l’architettura complessiva. Nel contempo, lo sviluppo della giurisprudenza della Corte di giustizia ma anche i limiti che essa incontra nel prospettare soluzioni uniformi spingono verso innovazioni radicali del modello originario. Il “Libro verde” sulla revisione del regolamento n. 44 pubblicato dalla Commissione il 21 aprile 2009<sup>2</sup> individua alcuni punti di criticità dell’attuale disciplina, offrendo delle ipotesi di riforma normativa che – se introdotte – segnerebbero un punto di svolta nella disciplina vigente.

Come è noto, questa regolamentazione uniforme si regge su tre cardini: titoli di giurisdizione, coordinamento delle azioni civili nello spazio e circolazione automatica delle decisioni. Per vero la dottrina ha posto l’accento sul primo e terzo cardine, come bene attesta la frequente qualificazione “doppia” della Convenzione, a sottolineare l’innovativa formulazione di regole uniformi sui titoli di giurisdizione tese a facilitare il riconoscimento automatico delle decisioni. Restava pur sempre in secondo piano la disciplina sul coordinamento delle azioni civili nello spazio, ritenuta quasi ancillare agli altri due. L’assunto di base restava ancorato al modello tradizionale delle regole internazionali – e quindi dell’Unione – uniformi in materia di criteri di giurisdizione: l’oggetto dell’obbligo resta la “delimitazione” (dall’alto) dello spazio di giurisdizione, senza mettere concettualmente in discussione la condizione di “pari” sovranità processuale di ciascuno Stato nella definizione delle forme e dei contenuti dell’azione civile esercitabile all’interno di quello spazio. Questo criterio non è stato incrinato dal regolamento n. 44, quanto invece da questo rinvigorito nell’ottica della “reciproca fiducia” nei riguardi della giustizia amministrata negli Stati membri (16° considerando). Difatti, se si esclude la procedura (relativamente) uniforme di efficacia delle decisioni, il regolamento contiene limitatissimi interventi di armonizzazione materiale del diritto processuale nazionale benché questi fossero consentiti in base all’art. 65, lett. c), del Trattato CE (ora art. 81, par. 2, lett. f) del Trattato UE).

Si deve peraltro tener presente che una perdurante condizione di sovranità nazionale in materia processuale resta pienamente funzionale allo spirito di “concorrenzialità” tra sistemi giuridici nazionali in forza del quale il soggetto privato è messo nella condizione di poter “scegliere” l’ordinamento nel qua-

<sup>1</sup> Si fa riferimento alla “versione consolidata” quale modificata per effetto del Trattato di Lisbona e pubblicata in *GUUE*, 9 maggio 2008, n. C 115, p. 47 ss.

<sup>2</sup> *Green Paper on the review of Council regulation (EC) No 44/2001 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments and commercial matters*, doc. COM(2009) 175 final del 21 aprile 2009. Il documento era stato preceduto dalla pubblicazione nel settembre 2007 del rapporto che la stessa Commissione aveva commissionato al riguardo: B. HESS, TH. PFEIFFER, P. SCHLOSSER, *Report on the Application of Regulation Brussels I in the Member States*, reperibile sul sito “Justice and Home Affairs” della Commissione europea, [http://europa.eu/index\\_en.htm](http://europa.eu/index_en.htm).

le (tentare di) avviare la propria azione civile per ragioni di convenienza fondate unicamente sull'assetto normativo di quel foro<sup>3</sup>. Tale fenomeno è viepiù accentuato dalla circostanza che, diversamente da alcuni atti delle istituzioni sulla cooperazione giudiziaria in materia civile<sup>4</sup>, il regolamento n. 44 non fa distinzioni circa la natura dell'azione civile intentata, ponendo così sullo stesso piano l'azione di condanna e l'azione di mero accertamento. Il risultato che ne discende è una esasperata concorrenzialità tra sistemi giuridici rispetto alla "stessa causa"<sup>5</sup>, col risultato di moltiplicare i fori non solo astrattamente competenti ma anche concretamente attivabili in ragione delle diverse opportunità offerte da ciascuno di essi. Proprio rispetto a questo fenomeno dovrebbe sovvenire il meccanismo del coordinamento delle azioni civili nello spazio costituito principalmente dagli istituti della litispendenza e connessione quali attualmente disciplinati dal regolamento n. 44. Ma come già osservato proprio l'asserzione di una "pari dignità" delle (diverse) azioni civili in concorrenza tra loro finisce col comporre la loro concorrenzialità (e conflittualità) in termini non sempre soddisfacenti.

La soluzione possa essere ricercata mirando principalmente alla semplificazione della procedura di efficacia delle decisioni straniere ed attingere loro la qualifica automatica di titolo esecutivo nel foro richiesto. A questo risultato si sono invero avvicinati alcuni regolamenti settoriali, ma a due condizioni: 1) stabilendo una serie di norme processuali minime "equivalenti" il cui rispetto è attestato dal giudice dell'ordinamento di origine del provvedimento; 2) spostando sul processo di esecuzione le eccezioni sollevabili nei confronti del titolo esecutivo straniero. In altri termini, i "vantaggi" inerenti alla rapidità di circolazione dei provvedimenti nazionali all'interno dell'Unione è fondata sulla armonizzazione "verso il basso" dei sistemi processuali nazionali e sul clima di reciproca fiducia che informa i rapporti tra gli Stati membri e gli operatori dei medesimi. Anche un approccio così apparentemente integrato lascia nella sostanza intatta la sovranità nazionale in materia processuale. Infatti, dovendo rispettare gli obblighi comunitari di delimitazione della giurisdizione e di circolazione automatica dei titoli esecutivi, lo Stato membro resta libero di definire la propria disciplina materiale in tema di processo civile e di misurarsi su tali basi in posizione di pari dignità con altri Stati. La composizione delle eventuali tensioni tra il nucleo essenziale della sovranità processuale di uno Stato membro e l'esecuzione di provvedimenti stranieri viene "spostata" nella fase del processo propriamente esecutivo, in specie per controllare se il titolo esecutivo straniero sia incompatibile con un'altra decisione presa nel foro richiesto.

**2.** Dunque, neppure i più avanzati regolamenti settoriali realizzano compiutamente quella "armonia dei giudizi" che dovrebbe caratterizzare lo "spazio giudiziario europeo". La maggiore difficoltà risiede nella persistente resistenza degli Stati a "cedere" la propria sovranità nella disciplina processuale e quindi anche a superare l'idea della "pari dignità" dei singoli sistemi nazionali nello spazio giudiziario europeo.

Al contrario, sia pure con difficoltà e cautele, si fa progressivamente strada il convincimento che proprio l'emergere nell'ambito dell'Unione europea di un autonomo sistema di diritto processuale civile internazionale impone che esso stesso persegua la certezza del diritto privilegiando una logica sempre più integrata e funzionale agli stessi obiettivi che quel sistema persegue. A tale logica deve flettersi il principio di territorialità della legge processuale, nel senso che un paese membro non può proteggersi con lo "scudo" del diritto nazionale, ma deve "cedere" la propria sovranità "giurisdizionale" a favore di un altro paese membro se il diritto internazionale o dell'Unione ne riconosce il "primato".

Questo tipo di valutazioni era già presente nelle tecniche di riparto della giurisdizione a proposito dei titoli di competenza esclusiva sanciti nell'originario art. 16 della Convenzione di Bruxelles e poi riproposti nell'art. 22 del regolamento (CE) n. 44/2001. Ma la loro rilevanza restava limitata, vuoi per una concordata valutazione degli Stati sullo stringente legame di prossimità che si esprime in tali fori esclusivi, vuoi perché in ogni caso il principio della pari dignità non veniva meno ogniqualvolta si delineavano più legami rispetto alla stessa circostanza di collegamento indicata come "esclusiva". In tale circostanza la concorrenza di procedimenti poteva essere composta solo attraverso il ricorso alla

<sup>3</sup> Si tenga presente che l'art. 24 del regolamento n. 44 considera l'eventualità della c.d. "proroga tacita", vale a dire che l'azione sia stata intentata davanti al giudice dello Stato che non è munito di alcuna competenza e tuttavia la si afferma se il convenuto si costituisce in giudizio senza eccepire la carenza di giurisdizione.

<sup>4</sup> Il riferimento attiene in particolare ai regolamenti (CE) n. 2201/2003 e n. 805/2004.

<sup>5</sup> Circa la purificazione delle due azioni nell'applicazione della regola della litispendenza, v. *infra*.

regola generale in tema di litispendenza. Appare allora chiaro che il punto sensibile di questa tensione tra spazio giudiziario europeo e sovranità giurisdizionale degli Stati sia la disciplina sul coordinamento delle azioni civili nello spazio, appunto quel cardine che finora si era ritenuto meramente ancillare alla struttura “doppia” della disciplina prima convenzionale e poi comunitaria.

3. Proprio in relazione al meccanismo della prevenienza (rilevante tanto per la litispendenza che per la connessione), il regolamento (CE) n. 44/2001 ha introdotto una norma – l’art. 30 – che meglio evidenzia il modo in cui far valere soluzioni “autonome” che, pur rispettose del diritto nazionale, lo flettono alle esigenze proprie di certezza del diritto nello spazio giudiziario europeo. Superando il rinvio al diritto nazionale sancito dalla Convenzione di Bruxelles per stabilire il momento determinante per individuare la pendenza di un giudizio, l’art. 30 – riprendendo la soluzione inizialmente elaborata per l’art. 11, par. 4, del regolamento (CE) n. 1347/2000 e ribadita nell’art. 16 del regolamento (CE) n. 2201/2003 – impone al giudice prevenuto di fare riferimento alla “data” in cui si è verificato il primo contatto ufficiale tra lo Stato e l’attore nello spazio giudiziario europeo. In base alla regola uniforme, ciò che conta nel raffronto comparativo dei modelli processuali in giuoco ai fini dell’inizio del giudizio è la data del primo elemento di contatto tra l’attore e l’autorità giudiziaria, a prescindere dal modo in cui essa sia qualificata nei singoli ordinamenti processuali nazionali, vale a dire se già di per sé costitutiva dell’inizio del processo o solo prodromica ad essa.

## II. L’esigenza di una maggiore certezza del diritto con riguardo alla disciplina concernente: la litispendenza; la proroga della competenza e i rapporti con l’arbitrato; le questioni preliminari; la declinatoria di competenza per connessione privata; la giurisdizione cautelare esorbitante

4. Si tratta di espandere una simile logica alle questioni più rilevanti in tema di coordinamento delle azioni civili nello spazio nelle quali la disciplina dell’Unione europea di armonizzazione della giurisdizione trovi ostacoli nella debolezza “strutturale” delle proprie soluzioni normative. Vediamo anzitutto quali sono i maggiori punti critici.

5. La litispendenza. – La disciplina della litispendenza nel regolamento n. 44 facilita abusi e inficia l’effettività della tutela giurisdizionale. È eclatante la c.d. pratica “torpedo” di “anticipare” il ricorso al giudice di uno Stato membro per chiedere l’accertamento negativo sulla validità dell’obbligo di cui invece la controparte è invece intenzionata a chiedere l’adempimento dinanzi ad altro giudice nazionale: quando si tratta dello stesso titolo<sup>6</sup>, la Corte riconosce la priorità del giudice nazionale preveniente quale che sia il *petitum* fatto valere. Con questa strategia “giurisdizionale”, la parte che esercita l’azione di accertamento negativo preclude l’instaurazione o la prosecuzione del giudizio di condanna in un altro Stato membro, data l’ampia nozione autonoma di litispendenza sviluppata dalla Corte di giustizia<sup>7</sup>. In tali condizioni viene quindi danneggiata la effettività della tutela del presunto avente diritto, tanto più perché – oltre a subire la *translatio iudicii* – finisce con l’essere succube dei tempi talora troppo lunghi della giustizia processuale del giudice preveniente. L’applicazione uniforme della attuale regola sulla litispendenza non consente eccezioni al giudice prevenuto, in specie con riguardo alla pur prevedibile durata “irragionevole” del giudizio preveniente<sup>8</sup>. Come è facile comprendere, questo elemento di valutazione si è affacciato più volte nella prassi con riferimento a controversie previamente pendenti in Italia, ma i giudici degli altri Stati membri e la stessa Corte di giustizia hanno ritenuto comunque ineludibile il rispetto della regola comunitaria sulla litispendenza estera, limitandosi a concedere provvedimenti cautelari<sup>9</sup> oppure a suggerire un ricorso alla Corte europea dei diritti dell’uomo per violazione della regola

<sup>6</sup> Non soccorre questa identità nella sentenza 14 ottobre 2004, causa C-39/02, *Maersk*, punto 35, in relazione ad un’azione di risarcimento del danno presentata dinanzi ad un giudice diverso da quello che in precedenza era stato adito per una domanda di limitazione della responsabilità: per la Corte la causa preveniente non implicava il riconoscimento della responsabilità oggetto della causa prevenuta.

<sup>7</sup> Cfr. sentenza 8 dicembre 1987, causa 144/86, *Gubisch*, punto 16; sentenza 19 maggio 1998, causa C-351/96, *Drouot Assurances*, punti 19-25.

<sup>8</sup> Sentenza 9 dicembre 2003, causa C-116/02, *Gasser*, punti 71 e 72.

<sup>9</sup> Landgericht Düsseldorf, 27 gennaio 1998, in *International Litigation Procedure*, 1999, p. 69.

sulla durata ragionevole del processo sancita dall'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (di seguito, CEDU)<sup>10</sup>.

6. La proroga della competenza e i rapporti con l'arbitrato. – Una problematica per certi versi affine si pone tra il foro prorogato e la competenza del giudice di un altro Stato, adito perché accerti proprio la validità dell'accordo di proroga. Per vero, la giurisprudenza della Corte di giustizia riconosce che “l'interpretazione della clausola attributiva di competenza, al fine di determinare le controversie che rientrano nel suo campo di applicazione, spetta al giudice nazionale dinanzi al quale essa è invocata”<sup>11</sup>. Perciò il giudice designato nella proroga è anche quello competente in via esclusiva “nel caso in cui con l'azione venga richiesta in particolare la declaratoria di nullità del contratto che contiene la detta clausola”<sup>12</sup>. Per coerenza con tale affermazione lo stesso giudice prorogato dovrebbe essere il solo competente a conoscere di una domanda di mero accertamento<sup>13</sup> ovvero dell'azione di annullamento di un contratto e relative conseguenze<sup>14</sup>. Ed invece accade sovente il contrario, con conseguente aggiramento del foro esclusivo.

Questo profilo si coniuga in parte con l'altra, ben più rilevante, questione relativa ai rapporti tra giudice nazionale ed arbitrato. Benché la materia dell'arbitrato sia esclusa dalla disciplina dell'Unione europea, la Corte di giustizia non ha potuto evitare di prenderne in esame le connessioni con il processo civile in uno Stato membro, sia pure manifestando diversità di posizioni al riguardo. Nella sentenza 25 luglio 1991, causa C-190/89, *Marc Rich*, ragionando dunque sulla Convenzione di Bruxelles e riprendendo i termini della relazione Schlosser alla Convenzione di adesione del 1979<sup>15</sup>, la Corte aveva precisato che la disciplina convenzionale non comprendeva la materia dell'arbitrato “nel suo complesso” e dunque escludeva che la questione preliminare sulla esistenza e validità della clausola compromissoria a favore dell'arbitro (estero) rientrasse nel campo di applicazione della Convenzione<sup>16</sup>. La Corte argomentava che, in caso contrario, si sarebbe pregiudicato il fine della certezza del diritto, perché il limite in questione avrebbe operato in modo differente “a seconda dell'esistenza o meno di una questione preliminare, che può essere sollevata in qualsiasi momento dalle parti”<sup>17</sup>. Con tale pronuncia la Corte ha voluto assicurare il carattere uniforme della Convenzione, escludendo che attraverso l'esame della questione pregiudiziale quale “oggetto” autonomo del processo civile si potesse sconfinare oltre il campo di applicazione della Convenzione. L'indicazione della Corte, per quanto pregiudicasse il ricorso al quadro normativo dell'Unione, trovava conforto nelle perduranti divergenze tra gli ordinamenti nazionali circa il modo di intendere la funzione arbitrale<sup>18</sup> e permetteva nel contempo all'arbitrato di preservare la propria piena autonomia.

Questa impostazione è stata tuttavia oggetto di ripensamento da parte della stessa Corte di giustizia.

In primo luogo, la “indifferenza” del regolamento n. 44 verso l'arbitrato non preclude una decisione pronunciata in uno Stato membro in violazione di una clausola compromissoria: la mancata attuazione della Convenzione di New York (cui aderiscono tutti gli attuali Stati membri dell'Unione europea) può in tali circostanze giustificarsi ai sensi della stessa disciplina convenzionale se l'eccezione non è stata fatta valere nel procedimento di merito dinanzi al giudice che ha pronunciato la sentenza<sup>19</sup>. Lo

<sup>10</sup> Oberlandesgericht München, 2 giugno 1998, in *International Litigation Procedure*, 1999, p. 291 ss.

<sup>11</sup> Sentenza 3 luglio 1997, in causa C-269/95, *Benincasa*, punto 31; già prima sentenza 10 marzo 1992, causa C-214/89, *Duffryn plc.*, punto 37; sentenza 9 novembre 2000, causa C-387/98, *Coreck Maritime GmbH*, punto 30.

<sup>12</sup> Sentenza 3 luglio 1997, cit., punto 32.

<sup>13</sup> Gerechtshof Amsterdam, 6 ottobre 1994, in *European Case Law on the Judgments Convention*, a cura di P. KAYE, Chichester, 1998, n. 701.

<sup>14</sup> *Contra*: Cour de cassation, 25 gennaio 1983, in *Rev. crit. droit int. privé*, 1983, p. 516 ss.

<sup>15</sup> P. SCHLOSSER, “Relazione sulla Convenzione di adesione del Regno di Danimarca, dell'Irlanda e del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord alla Convenzione concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, nonché al Protocollo relativo alla sua interpretazione da parte della Corte di giustizia”, in *GUCE*, 5 marzo 1979, n. C 59, p. 71 ss., punto 62.

<sup>16</sup> Sentenza 25 luglio 1991, cit., punto 18.

<sup>17</sup> *Ivi*, punto 27.

<sup>18</sup> Circa la giurisprudenza italiana che nega la funzione giurisdizionale dell'arbitrato: Cassazione, 10 luglio 2003, n. 10896, in *Foro italiano*, 2004, I, c. 1192.

<sup>19</sup> Cfr. Cour de cassation, 14 novembre 2000, in *Rev. crit. droit int. privé*, 2001, p. 174 ss.

Stato richiesto per l'esecuzione della decisione non si renderebbe in tal modo complice della violazione della Convenzione di New York e sarebbe nel contempo obbligato ad applicare il regolamento n. 44, che così indirettamente estende la propria disciplina alla circolazione di decisioni su questioni inerenti all'oggetto del procedimento arbitrale o a questo connesse. Ciò vale ovviamente nei limiti in cui il procedimento arbitrale non sia incompatibile con altre norme sovranazionali come in particolare avviene in materia di contratti dei consumatori<sup>20</sup>.

Inoltre, con la sentenza *Van Uden*<sup>21</sup>, la Corte di giustizia ha insinuato deliberatamente la disciplina convenzionale e quindi comunitaria nella fattispecie arbitrale, asserendo che il giudice statale ha senz'altro competenza nell'adozione di provvedimenti cautelari ora ai sensi dell'art. 31 del regolamento n. 44, atteso che "la loro appartenenza al campo di applicazione [del regolamento] è ... determinata non già dalla loro natura, bensì dalla natura dei diritti che essi devono tutelare"<sup>22</sup>.

Ancora più intrusiva – infine – l'indicazione giurisprudenziale che emerge dalla recente sentenza *Allianz*<sup>23</sup>, in cui la Corte di giustizia era chiamata a valutare se fosse conforme al diritto dell'Unione la prassi processuale britannica di adottare la *anti-suit injunction* che intima alla parte di un procedimento arbitrale con sede nel Regno Unito di desistere dal ricorso al giudice di un altro Stato membro per contestare la validità della clausola compromissoria. La Corte, volendo ribadire la sentenza *Turner*<sup>24</sup> contraria in linea di principio alla *anti-suit injunction* perché, pur rivolta alla parte, costituisce una ingerenza sulla competenza del giudice straniero lesiva della reciproca fiducia che deve caratterizzare i rapporti tra autorità giudiziarie nazionali<sup>25</sup>, ha asserito che il giudice nazionale di uno Stato membro diverso da quello di sede dell'arbitrato è comunque competente a conoscere sulla validità della clausola compromissoria<sup>26</sup>, perché in ogni caso l'oggetto è inerente alla natura dei diritti controversi rispetto ai quali si applica il regolamento n. 44.

Sono note le molte reazioni critiche espresse da più parti in direzione della sentenza *Allianz*. Francamente non si comprende questo atteggiamento, se comparato all'assenza di analoghe reazioni dopo la sentenza *Van Uden* di cui la sentenza *Allianz* non è altro che un logico corollario. Vero è che l'oggetto della sentenza *Van Uden* riguardava un tema – quello dei provvedimenti cautelari – su cui gli arbitri non hanno notoriamente competenza. Così non turbava che la Corte di giustizia asserisse quanto fosse di pertinenza del giudice statale. Ma, a prescindere dal fatto che il contenuto del provvedimento cautelare può anche non essere funzionale all'arbitrato, sfuggiva soprattutto la sovrapposizione che la Corte configurava rispetto alla materia oggetto dell'arbitrato e da cui poi è scaturita la competenza del giudice nazionale a conoscere anche della controversia sulla validità della clausola compromissoria.

Nella sentenza *Allianz*, la Corte porta alle logiche conseguenze l'indirizzo assunto nella sentenza *Van Uden*, rovesciando sostanzialmente la giurisprudenza *Marc Rich* perché allarga la giurisdizione nazionale anche all'accertamento della questione preliminare del patto compromissorio. Ne consegue una diversa posizione della disciplina dell'Unione europea sul fenomeno dell'arbitrato, di modo che dall'originario atteggiamento di indifferenza si perviene ad ammettere una vera e propria concorrenzialità della giurisdizione nazionale rispetto all'arbitrato, senza peraltro che il regolamento disciplini in alcun modo il coordinamento dei relativi procedimenti.

7. Le questioni preliminari. – Manca nel regolamento (CE) n. 44/2001 una disciplina autonoma della giurisdizione sulla questione preliminare, nonostante l'implicito richiamo contenuto nell'art. 25. In alcuni ordinamenti nazionali, essa può ricevere un differente trattamento processuale, secondo che emerga come valutazione meramente incidentale rispetto all'oggetto della lite o pregiudiziale ad essa. In entrambi i casi è ben presente il rischio di una interferenza sui criteri sovranazionali di giurisdizione ed il loro coordinamento, avendo il giudice adito bisogno di svolgere una valutazione di natura (*lato sensu*) preliminare su una questione che non rientra nella portata applicativa del titolo su cui si fonda la

<sup>20</sup> Corte di giustizia, 26 ottobre 2006, causa C- 168/05, *Mostaza Claro*, punto 30.

<sup>21</sup> 17 novembre 1998, causa C-391/95.

<sup>22</sup> Ivi, punto 33.

<sup>23</sup> 10 febbraio 2009, causa C-185/07.

<sup>24</sup> 27 aprile 2004, causa C-159/02.

<sup>25</sup> Ivi, punti 27 s.

<sup>26</sup> Sentenza 10 febbraio 2009, cit., punto 27.

domanda principale. La rilevanza pratica della questione è oltretutto evidenziata dall'esito della sentenza *Allianz*, in cui la Corte ha ammesso che il giudice adito possa conoscere della questione preliminare rispetto ad una materia – l'arbitrato – esclusa dal campo di applicazione materiale del regolamento.

All'interno del sistema di riparto sovranazionale della giurisdizione la Corte ha fatto valere nel caso *GAT* i titoli di competenza esclusiva rispetto all'oggetto della questione preliminare, se evocata con eccezione di parte<sup>27</sup>. Un motivo plausibile di questo orientamento è la mancanza di una regola uniforme circa gli effetti della cognizione *incidenter tantum*, non potendosi escludere che nello Stato del foro essa assurga a valore di giudicato "implicito", col rischio di aggirare la regola uniforme sulla competenza esclusiva. La soluzione prefigurata dalla Corte nel caso *GAT* ha trovato riscontro nella nuova Convenzione di Lugano del 30 ottobre 2007, con l'introduzione di un apposito capoverso nell'art. 22, n. 4, che ribadisce la competenza esclusiva del giudice del brevetto a stabilirne la validità, a prescindere dal fatto che la questione sia sollevata in via di azione o di eccezione. Benché non prescritto formalmente, lo stesso criterio dovrebbe valere per le altre controversie rientranti nell'art. 22, col risultato di moltiplicare i fori competenti con relativi problemi di coordinamento e di armonia dei giudizi.

**8.** La declinatoria di competenza per connessione privativa. – Un parziale rimedio ai problemi richiamati potrebbe sovvenire dall'art. 28 del regolamento n. 44 che disciplina la connessione privativa in relazione alla eventualità che cause distinte possano dar luogo a decisioni incompatibili per il modo in cui si sovrappongono le relative determinazioni. Il suo funzionamento ha fatto però emergere vari limiti.

In primo luogo, sull'operatività della regola generale (art. 28, par. 1), che configura la facoltà del giudice prevenuto di sospendere la propria causa in attesa che il giudice preveniente su pronunci sulla domanda che pende dinanzi a lui. La sospensione è testualmente facoltativa, in modo da lasciare al giudice prevenuto un certo margine di discrezionalità per escluderla, ma motivatamente<sup>28</sup>. Negli ultimi tempi, i giudici nazionali manifestano una certa cautela ad applicare questa regola, quando invece in passato la si osservava quasi automaticamente<sup>29</sup> per ridurre il grado di imprevedibilità dell'effetto privativo<sup>30</sup>, tanto che nell'ordinamento italiano veniva richiamata – come per la litispendenza – la sospensione "necessaria" ex art. 295 cod. proc. civ. L'ampliamento dell'Unione che pone a contatto diretta realtà nazionali assai diverse e lontane tra loro può aver influito sull'atteggiamento attuale di maggior cautela.

Ancora più critico è il coordinamento sul piano processuale dell'art. 28, par. 2, che configura la declinazione della competenza da parte del giudice prevenuto qualora entrambi i giudizi siano in primo grado e sempre che – a parere del giudice medesimo – sia possibile la riunificazione delle cause dinanzi al giudice preveniente. Questa disposizione presenta due limiti.

Anzitutto la *translatio iudicii* non opera nel presupposto di norme uniformi in tema di connessione attributiva. All'infuori di alcune ipotesi specifiche (come l'art. 6, n. 2, n. 3 e n. 4), il regolamento stabilisce all'art. 6, n. 1 la regola generale sul titolo di connessione facendo riferimento non a legami sostanziali astrattamente precostituiti tra classi di fattispecie in considerazione del tipo di interessi in giuoco nelle rispettive domande, ma al legame esistente tra gli "effetti" delle potenziali decisioni tra le cause connesse. Perciò la Corte di giustizia ha operato una interpretazione autonoma dell'art. 6, n. 1<sup>31</sup>, formulando una duplice puntualizzazione di segno però opposto. Da un lato, nella sentenza *Freeport* ha opportunamente esteso l'art. 6, n. 1, anche alla connessione tra domande aventi un titolo giuridico differente, in specie contrattuale ed extra-contrattuale<sup>32</sup>. Dall'altro, nella sentenza *Roche* ha sostenuto l'impossibilità di invocare l'art. 6, n. 1, in cause che presentavano una obiettiva comunanza di questioni di diritto relativamente alla tutela del brevetto europeo senza però che le relative decisioni presentassero – a suo dire – potenziali effetti incompatibili, dato che, in base al criterio del *locus damni*, i danni

<sup>27</sup> Sent. 13 luglio 2006, causa C-4/03, punto 25.

<sup>28</sup> Cfr. Cour de cassation, 27 aprile 2004, in *Rev. crit. droit int. privé*, 2004, p. 810.

<sup>29</sup> Cfr. High Court, 31 gennaio 1990, *Virginia Aviation Services Ltd. v. CAD Aviation Services*, in *Repertorio della giurisprudenza di diritto comunitario*, Serie D, Convenzione 27 settembre 1968, pubblicato a cura della Corte di giustizia delle Comunità europee, I-22 - B 10; Cour de cassation, 27 ottobre 1992, in *Clunet*, 1994, p. 172.

<sup>30</sup> Cfr. House of Lords, 13 novembre 1997, *Sarrjo SA c. Kuwait Investment Authority*, in *All ER*, 1997, 4, p. 934.

<sup>31</sup> Sentenza 13 luglio 2006, causa C-103/05, *Reisch Montage*, punti 27 e 31.

<sup>32</sup> Sentenza 11 ottobre 2007, causa C-98/06, punti 38 ss.

paaventati dalla sua violazione erano riconducibili a più ordinamenti<sup>33</sup>. Non convincono le ragioni di economia processuale che la Corte ha evocato, ritenendo svantaggioso per l'attore concentrare le cause dinanzi al medesimo giudice<sup>34</sup>. È invece maggiormente plausibile che l'indirizzo restrittivo dipenda dalla preoccupazione della Corte di non distogliere il convenuto dal suo giudice "naturale"<sup>35</sup>. Invero questa preoccupazione è presente puntualmente – ed eccezionalmente – nel solo art. 6, n. 2, oltre che sottraendo i fori esaustivi alla *vis attractiva* dell'art. 6, n. 1. Negli altri casi il principio di ponderazione dei valori deve essere coerente con lo scopo primario del regolamento n. 44 che è la certezza del diritto mediante l'armonia dei giudizi. Invece, la prudenza giudiziaria riduce le opportunità di concentrazione dei giudizi in base a criteri uniformi e dunque riassume in buona parte il fenomeno della connessione nel diritto processuale nazionale col risultato di determinare soluzioni divergenti tra giudici nazionali.

Vero è che questa concentrazione attraverso l'art. 6, n. 1, non è molto favorita dalla disciplina dell'Unione europea sulla connessione privativa regolata dall'art. 28, in specie dal par. 2 che configura la *translatio iudicii* a favore del giudice preveniente se richiesta da una delle parti. Vi si può ricorrere nel presupposto degli effetti "incompatibili" che il giudice prevenuto prognostica quali possibili rispetto a quelli che deriveranno dalla futura decisione del giudice preveniente. A favorire tale prognosi sovviene certamente la progressiva armonizzazione delle norme di conflitto a livello dell'Unione. Ad ostacolarla, è la mancata armonizzazione delle regole processuali nazionali con riguardo vuoi alla "sfera" di efficacia oggettiva della decisione<sup>36</sup> cui ricondurre gli effetti incompatibili, vuoi all'opportunità di esercitare la *vis attractiva* del giudice preveniente<sup>37</sup>. Per affrontare il secondo genere di difficoltà sarebbe stato pertanto opportuno un meccanismo processuale che condizionasse la declinazione della competenza alla previa determinazione favorevole del giudice preveniente circa la coincidenza della valutazione prognostica e l'opportunità che il proprio diritto nazionale consenta la riunificazione delle cause.

Entro certi limiti può essere utile evocare la disciplina dell'Unione europea sulla litispendenza. L'art. 27 prevede che il giudice prevenuto, accertata d'ufficio la condizione di litispendenza, deve semplicemente "sospendere" il proprio procedimento per attendere l'esito dell'accertamento della competenza da parte del giudice preveniente: il trattamento processuale della litispendenza offre così la certezza che alla declinazione della causa prevenuta sia già corrisposta la determinazione favorevole da parte del giudice preveniente. L'art. 19, par. 1, del regolamento (CE) n. 2201/2003 riconduce la connessione alla medesima disciplina della litispendenza in considerazione della stretta afferenza dell'oggetto delle domande connesse alla sola materia matrimoniale. Ne consegue che sia per la litispendenza che per la connessione ha luogo la sospensione della causa ad opera del giudice prevenuto. La parte attrice della causa prevenuta "può promuovere" l'azione connessa dinanzi all'autorità preventivamente adita solo dopo che detta autorità abbia accertato la competenza. In questa disciplina, la *translatio iudicii* è rispettosa del diritto di accesso alla giustizia perché il giudice preveniente dichiara preventivamente la propria competenza che si estende anche sull'oggetto della causa connessa.

Nel regolamento n. 44 la declinazione di competenza opera, ex art. 28, par. 2, su istanza di una delle parti, ma la devoluzione al giudice preveniente può avvenire solo se la parte istante o l'altra parte si attivi per proporre apposita domanda. Ove si manifesti una simile iniziativa, nulla assicura che il giudice preveniente la accolga, in considerazione della propria autonoma valutazione prognostica e sulla possibilità di una riunificazione dei procedimenti. Va da sé che il diniego di accoglimento della domanda connessa si tradurrebbe in un diniego di giustizia attribuibile all'ordinamento dell'Unione europea in considerazione del meccanismo processuale da quello imposto al giudice nazionale.

**9. La giurisdizione cautelare esorbitante.** – L'ultimo profilo di criticità da considerare è il coordinamento tra il giudizio di merito in un paese membro e la c.d. giurisdizione cautelare "esorbitante", così definita perché prevista dal diritto nazionale di un altro paese membro. L'attuale art. 31 del regolamento n. 44 ricalca alla lettera l'art. 24 della Convenzione di Bruxelles; perdura dunque il rinvio al diritto nazionale.

<sup>33</sup> Sentenza 13 luglio 2006, causa C-539/03, punti 29 ss.

<sup>34</sup> Ivi, punti 36 ss.

<sup>35</sup> Cfr. E. D'ALESSANDRO, *La connessione tra controversie transnazionali. Profili sistematici*, Torino, 2008, p. 62 s.

<sup>36</sup> Su cui v. anche *infra*.

<sup>37</sup> E. D'ALESSANDRO, op. cit., p. 46 ss.

La Corte di giustizia si è finora impegnata principalmente a delimitare la nozione di provvedimento cautelare ed a offrire alcune indicazioni restrittive circa il legame territoriale necessario per l'impiego di questo foro esorbitante. Per quanto la prassi giudiziaria nazionale mostri di aver colto almeno in parte le indicazioni della Corte, l'esercizio di questo foro esorbitante occupa tuttora dei confini molto più ampi di quelli prefigurati nell'art. 20 del regolamento (CE) n. 2201/2003, aggravando sotto diversi profili le difficoltà di coordinamento con l'esercizio della giurisdizione di merito e soprattutto con la relativa decisione.

La stessa Corte di giustizia ha consentito la "circolazione" dei provvedimenti cautelari "esorbitanti" nello spazio giudiziario europeo se rispettosi dei diritti di difesa, senza porsi però il problema del coordinamento con la circolazione della decisione di merito afferente alla stessa causa. La posizione del foro cautelare "esorbitante" risulta altresì rafforzato dalla sentenza *Italian Leather*, in cui la Corte ha ritenuto che la decisione assunta in tale foro di rigettare la domanda di un provvedimento cautelare ostava all'esecuzione del provvedimento cautelare rilasciato dal giudice di merito straniero<sup>38</sup>. Tale affermazione – se non circoscritta alla richiesta di esecuzione del provvedimento cautelare straniero – potrebbe dunque giustificare che l'esercizio della giurisdizione cautelare esorbitante in uno Stato membro – come anche l'efficacia in quel foro di un provvedimento cautelare straniero diverso da quello dello Stato competente per il merito – osti all'efficacia della sentenza di merito di diverso tenore in ragione della sua incompatibilità. Ciò costituisce un *vulnus* radicale alla circolazione delle decisioni secondo il sistema di riparto della giurisdizione tra gli Stati membri, compresi pure i c.d. fori esclusivi o esaustivi.

### III. Le soluzioni formulate in vista della revisione del regolamento n. 44/2001

**10.** La natura dei problemi emersi in relazione all'attuale disciplina sul coordinamento delle azioni civili nello spazio investe vari profili di certezza del diritto. Per quanto diverse tra loro, le problematiche evidenziate presentano un comune difetto strutturale: l'assenza di un adeguato coordinamento normativo e processuale tra i sistemi processuali e le autorità giudiziarie dei paesi membri.

La Corte di giustizia è divenuta negli ultimi tempi molto più consapevole di queste difficoltà, ma elude soluzioni pretorie destinate ad incidere sul diritto processuale nazionale. Essa, così, preferisce incoraggiare la cooperazione "orizzontale" tra i giudici nazionali<sup>39</sup>, se del caso rafforzando l'impiego degli strumenti elettronici<sup>40</sup>. Indubbiamente va favorito il dialogo tra le autorità giudiziarie a vario titolo competenti a definire "empiricamente" soluzioni armonizzate, sfruttando nei limiti del possibile le opportunità offerte dal diritto processuale dei singoli Stati. Il potenziamento della "rete" di cooperazione giudiziaria in materia civile<sup>41</sup> specie in questa prospettiva va senz'altro perseguito. Tuttavia, pur non trascurando l'obiettivo importanza ed utilità di questo sistema di comunicazione tra giudici nazionali, restano seri dubbi che esso sia sufficiente a risolvere in modo uniforme e soprattutto "prevedibile" tutte le questioni prospettate.

**11.** Insorgono in proposito due tipi di ostacoli. Anzitutto la flessibilità applicativa che potrebbe essere posta in atto dal giudice nazionale è pur sempre condizionata dal rispetto dovuto alla propria legge processuale. Nel coordinamento "orizzontale" tra legislazioni nazionali non vi sono quei supporti ermeneutici "gerarchici" che invece si configurano nel coordinamento "verticale" tra diritto dell'Unione europea e diritto nazionale. Si pensi alla c.d. presunzione di conformità, alla dottrina dell'effetto utile e infine al criterio della "disapplicazione" della norma interna configgente. È quindi in ogni caso risolutivo il vincolo posto dalla *lex fori*. Si faccia il caso del giudice italiano adito con domanda di accertamento negativo preventivo sulla validità del contratto presentata prima della domanda di condanna dinanzi al giudice di altro Stato membro: egli sarà in ogni caso tenuto ad esaminarla.

<sup>38</sup> Sentenza 6 giugno 2002, causa C-80/00, *Italian Leather SpA*, punto 50.

<sup>39</sup> Cfr. sentenza 2 aprile 2009, causa C-523/07, *A*, punti 62 ss.

<sup>40</sup> Aspetto richiamato in modo particolare dal Civil Justice Council, "Response to Commission Green Paper: On the Review of Council Regulation (EC) No 44/2001 On Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial matters", nel sito "Justice and Home Affairs" della Commissione europea, [http://europa.eu/index\\_en.htm](http://europa.eu/index_en.htm), p. 15.

<sup>41</sup> Decisione n. 2001/470/CE del 28 maggio 2001, in *GUUE*, 27 giugno 2001, n. L 174, p. 25 ss., di recente riformata per effetto della decisione n. 568/2009/CE del 18 giugno 2009, ivi, 30 giugno 2009, n. L 168, p. 35 ss.

Nei termini in cui esiste una certa flessibilità applicativa *infra o praeter legem*, il coordinamento diretto tra autorità giudiziarie nazionali non può che essere empirico e causale. Ciò ne rende scarsamente prevedibile l'esito, tanto più nel contesto di un'Unione europea che si allarga progressivamente chiamando le autorità giudiziarie nazionali a confrontarsi con sistemi processuali assai diversi tra loro. Ne consegue che il coordinamento "empirico", se può essere in grado di risolvere alcune difficoltà, senz'altro non assicura la "prevedibilità" delle soluzioni e quindi la certezza del diritto che in tema di diritto d'azione persegue il regolamento n. 44 e più in generale l'attuale art. 81 del TFUE.

**12.** Occorrono quindi modifiche del regolamento n. 44 che lo rendano idoneo a coordinare l'esercizio della giurisdizione in modo unitario ed uniforme, comprimendo – sia pure nei limiti consentiti dai criteri di proporzionalità e di sussidiarietà<sup>42</sup> – la sovranità processuale degli Stati membri.

Le alternative possono essere due. La prima, radicale, è quella di introdurre norme processuali "materiali" armonizzate a livello dell'Unione europea, grazie alle quali i singoli sistemi nazionali ritrovino meglio le condizioni "orizzontali" di coordinamento. Si tratta però di una soluzione troppo ambiziosa e – al limite – neppure sempre giustificabile alla luce dei criteri di proporzionalità e sussidiarietà. Una seconda soluzione lascerebbe sostanzialmente intatto il diritto processuale nazionale dei singoli Stati, ma ne fletterebbe l'applicazione con norme sovranazionali di diritto processuale civile internazionale nelle circostanze rispetto alle quali si profilano questioni di coordinamento interne all'Unione. L'impatto di questa disciplina uniforme sulle fattispecie che presentano legami con Stati estranei all'Unione dipenderà dalle scelte che l'Unione stessa farà al riguardo<sup>43</sup>. In assenza di tale determinazione, resterebbe una questione del tutto interna allo Stato decidere se apprestare (ove già non lo fosse) il proprio sistema "comune" di diritto processuale civile internazionale in termini paralleli alla disciplina operante nell'ambito dell'Unione.

Per le ragioni inizialmente richiamate, i relativi accorgimenti vanno trovati in una modifica della disciplina dell'Unione europea sul coordinamento delle azioni civili nello spazio che consenta di "orientarne" l'esito in relazione a finalità ben precise.

**13.** La litispendenza. – I correttivi proposti all'attuale disciplina della litispendenza sono di varia natura. Alcuni mirano ad assicurare maggiori condizioni di certezza sull'applicazione concreta dell'attuale meccanismo. Il libro verde della Commissione prospetta l'esigenza di una puntualizzazione, peraltro insita nella attuale *ratio* normativa, nel senso che il criterio della provenienza opera a favore dello Stato nel quale si è verificato il primo contatto con l'autorità investita della domanda<sup>44</sup>. Significativa importanza pratica assumerebbe altresì l'ipotesi di annotare il momento esatto in cui avviene tale notificazione o deposito, in modo da evitare l'attuale litispendenza tra cause iniziate lo stesso giorno<sup>45</sup>. Un'ulteriore razionalizzazione *interna* all'attuale disciplina sarebbe l'obbligo per il giudice preveniente di "comprimere" i tempi di accertamento della propria competenza. Già l'art. 15, par. 5, del regolamento (CE) n. 2201/2003 impone un termine di sei settimane per l'ipotesi in cui il giudice competente ad esaminare questioni relative al minore devolva la propria competenza ad altra autorità più adatta a trattare il caso nell'interesse del minore. Senza pervenire ad una tale regola materiale uniforme, il regolamento n. 44 potrebbe imporre all'autorità giurisdizionale preveniente di decidere sulla propria competenza "senza indugio" vale a dire con un rito celere. Riproponendo la formula già prevista dall'art. 45, par. 1, dello stesso regolamento n. 44 a proposito del giudizio di accertamento sui requisiti di efficacia della decisione straniera, il diritto dell'Unione europea farebbe proprio il principio relativo alla durata ragionevole del processo di cui all'art. 6 della CEDU. Questo valore è stato acquisito dalla Corte di giustizia nell'ambito del processo innanzi alle istanze giudiziarie dell'Unione, in specie con riferimento alla durata del processo dinanzi al Tribunale di primo grado<sup>46</sup>. Una regola europea uniforme che imponga al giudice nazionale di pronunciarsi "senza indugio" sulle questioni di litispendenza, ridurrebbe il rischio

<sup>42</sup> Cfr. l'art. 5 del Trattato di Unione europea come modificato dal Trattato di Lisbona.

<sup>43</sup> V. *infra*.

<sup>44</sup> *Green Paper on the review of Council regulation (EC) No 44/2001*, cit., par. 5.

<sup>45</sup> *Ibidem*.

<sup>46</sup> Cfr. sentenza 17 dicembre 1998, causa C-185/95 P, *Baustahlgewebe*, in *Raccolta*, 1998, p. I-8496, punti 20 e 21; sentenza 15 ottobre 2002, causa C-238/99 P e altre, *Limburgse Vinyl Maatschappij Nv*, ivi, 2002, p. I-8583 ss.

che la disciplina dell'Unione sul coordinamento delle azioni civili contribuisca alla durata "irragionevole" del processo.

Altre proposte di modifica del regolamento n. 44 si muovono nel senso di ridurre l'impiego "abusivo" della regola sulla litispendenza, introducendo una serie di correttivi al criterio "puro" della provenienza temporale. Si è proposto di avvalorare la competenza del giudice in base al comportamento processuale del convenuto se questi si sia costituito in giudizio senza naturalmente eccepire la giurisdizione<sup>47</sup>. Si configurerebbe in altri termini una sorta di proroga surrettizia, col risultato – poco condivisibile – di far dipendere dall'atteggiamento della parte convenuta l'applicazione di una regola di rilevanza pubblicistica come la litispendenza.

Sembra invece avere più credito l'eventuale formulazione della c.d. "priority rule", nel senso di privilegiare per considerazioni di politica legislativa uno dei fori aditi sulla stessa causa per ridurre il fenomeno patologico delle domande "torpedo" finalizzate a radicare previamente la causa nel foro preposto ad esaminare la domanda di accertamento preventivo negativo a scapito di un'altra successiva di condanna. Si verrebbe così a "correggere" l'atteggiamento della Corte di giustizia di riconoscere pari dignità alle due domande. La formula della "priority rule" è stata in particolare sviluppata - come si vedrà - per asserire il primato del foro della proroga o della sede dell'arbitrato, consentendo di rimuovere in ogni caso la previa pendenza della stessa causa dinanzi al giudice nazionale di un paese membro<sup>48</sup>.

Il "Libro verde" propone per l'appunto la revisione dell'attuale art. 27 del regolamento n. 44 per escludere in generale l'equivalenza tra una causa di accertamento preventivo negativo ed un'altra successiva di condanna. Nel corso del dibattito sulla revisione del regolamento, il governo italiano e il Civil Justice Council britannico hanno manifestato una netta opposizione riguardo il possibile "declassamento" delle domande di mero accertamento nel "giuoco" della litispendenza<sup>49</sup>. Se venisse modificato il regolamento nel senso auspicato dalla Commissione, si consoliderebbe la tendenza di privilegiare nel regime di circolazione delle decisioni quelle che accolgono la pretesa "sostanziale" della parte attrice. È quanto già avviene con il regolamento (CE) n. 2201/2003, che delimita il regime dell'Unione europea di circolazione delle decisioni in materia matrimoniale alle sole sentenze "costitutive" di separazione, divorzio o annullamento del matrimonio escludendo quelle di mero accertamento negativo<sup>50</sup>. Lo stesso ha luogo con il regolamento (CE) n. 805/2004 sul titolo esecutivo europeo che afferisce all'accertamento del credito<sup>51</sup>.

**14.** La proroga della competenza e i rapporti con l'arbitrato. – Per risolvere i conflitti di giurisdizione in tema di proroga della giurisdizione anche a favore dell'arbitro, si profila la soluzione di stabilire un titolo autonomo ed esclusivo di competenza sulla "validità" del patto di proroga o della clausola compromissoria. Più specificamente per la proroga a favore del giudice nazionale di uno Stato membro, andrebbe riconosciuta in ogni caso la sua competenza esclusiva a conoscere della validità del patto o della clausola, con esclusione di ogni altro giudice. Non si tratterebbe quindi di aggiungere una competenza che l'interpretazione dell'art. 23 già attribuisce al giudice prorogato, quanto di precludere ad altri giudici l'esercizio di questa competenza. In questo modo il giudice prorogato verrebbe a godere del trattamento privilegiato proprio dei titoli di competenza esclusiva *ex art 22*, ma a due condizioni. Anzitutto andrebbe opportunamente modificato l'art. 35 estendendo anche a questa ipotesi l'accertamento del giudice dello Stato richiesto sul titolo di giurisdizione del giudice straniero che ha pronunciato la decisione che andrebbe resa efficace. In secondo luogo, va precisato in che modo si preservi la priorità

<sup>47</sup> Così invece U. MAGNUS, P. MANKOWSKI, "Joint Response to the Green Paper on the Review of the Brussels Regulation", nel sito "Justice and Home Affairs" della Commissione europea, [http://europa.eu/index\\_en.htm](http://europa.eu/index_en.htm), p. 12.

<sup>48</sup> V. *infra*. Diverso è stato invece l'orientamento della Corte di giustizia asserendo nella sentenza 9 dicembre 2003, causa C-116/02, *Gasser*, punto 51, che "spetta al giudice preventivamente adito pronunciarsi sulla sua competenza, eventualmente in relazione ad una clausola attributiva di competenza che verrebbe fatta valere dinanzi ad esso".

<sup>49</sup> Cfr. Ministero della Giustizia, nel sito "Justice and Home Affairs" della Commissione europea, [http://europa.eu/index\\_en.htm](http://europa.eu/index_en.htm), p. 4 s.; Civil Justice Council, *op. cit.*, p. 15.

<sup>50</sup> Cfr. F. MARONGI BUONAIUTI, *Litispendenza e connessione internazionale. Strumenti di coordinamento tra giurisdizioni statali in materia civile*, Napoli, 2008, p. 175.

<sup>51</sup> Cfr. F. SEATZU, "Le garanzie del diritto alla difesa del debitore nel regolamento n. 805/2004 istitutivo del titolo esecutivo europeo per crediti non contestati", in *Verso un "ordine comunitario" del processo civile*, a cura di N. Boschiero e P. Bertoli, Napoli, 2008, p. 52.

del foro prorogato nella cognizione della validità del patto (o clausola) di proroga rispetto alla eventuale determinazione soggettiva delle parti dello stesso patto di concordare in un secondo momento un diverso giudice prorogato rispetto a quello inizialmente designato. Pare evidente che la prevedibilità di un simile foro esclusivo vada raccordata alla volontà delle parti di determinarlo espressamente (così che non vale una eventuale proroga tacita successiva) e quindi si debba fare riferimento al “patto” vigente nel momento in cui si presenta la domanda di invalidità del patto.

La soluzione che si prospetta sulla priorità del foro prorogato allineerebbe il regolamento n. 44 alla soluzione emersa nell’art. 5 della Convenzione de L’Aja del 2005 sulla scelta del giudice competente, che l’Unione europea ha firmato. Per completare tale allineamento, verrebbe introdotta anche nel regolamento n. 44 la soluzione già enunciata nella Convenzione del 2005 (art. 5, par. 2, e art. 6, par. 1), che sancisce la c.d. “priority rule”, obbligando il giudice di un altro Stato membro a sospendere - se non a declinare - la giurisdizione a favore del giudice prorogato ancorché questi sia stato successivamente adito sulla stessa causa<sup>52</sup>. Il principio della Convenzione del 2005 è che il foro prorogato mantiene la totale *emprise* sulla fattispecie prorogata nella misura in cui l’accordo di proroga non sia “null and void under the law of that State”. L’analogo criterio trasposto nel regolamento n. 44 darebbe maggiori garanzie di certezza del diritto se venissero formulate opportune regole di conflitto uniformi che - come è noto - mancano nel regolamento “Roma I” sul diritto applicabile alle obbligazioni contrattuali. Ciò permetterebbe di rafforzare il valore esclusivo del foro prorogato anche in relazione alle liti nelle quali sia controverso l’ambito applicativo del patto di proroga o il diritto ad esso applicabile.

Più complessa è la definizione della competenza “esclusiva” a conoscere della validità del patto o della clausola compromissoria a favore dell’arbitro. Dopo la sentenza *Allianz* della Corte di giustizia che ha voluto preservare l’integrità del regolamento n. 44 a scapito indirettamente dell’arbitrato, si è manifestata da più parti l’esigenza di esplicitare nel regolamento n. 44 un atteggiamento di “favor” verso l’arbitrato, di cui il “Libro verde” della Commissione si rende interprete<sup>53</sup>. Si vorrebbe quindi superare l’originaria indifferenza quale attestata dall’art. 1, par. 2, lett. d), del regolamento n. 44, che esclude dal proprio campo di applicazione *ratione materiae* l’arbitrato. Tale orientamento è stato ormai in parte superato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia per la quale i diritti controversi in una fattispecie “arbitrabile” rientrano pur sempre nella materia civile e commerciale del regolamento n. 44. Quindi il regolamento disciplina anche la circolazione delle decisioni assunte al riguardo, siano essi provvedimenti provvisori o sentenze accertative della invalidità dell’accordo arbitrale.

Non è però del tutto chiaro come, una volta rimossa l’attuale esclusione, il regolamento n. 44 dovrebbe rapportarsi al fenomeno arbitrale.

Una prima opzione è di “assorbire” l’arbitrato nell’ordinamento dell’Unione in quanto tale<sup>54</sup>. L’ipotesi lascia piuttosto scettici sulla sua praticabilità. Il diritto dell’Unione può sì condizionare l’attività arbitrale vincolandola a rispettare una serie di norme di applicazione necessaria in specie nel settore della concorrenza, ma non è nella condizione di offrire tutta la congerie normativa e strumentale di cui gli arbitri hanno bisogno sul piano materiale e processuale per “assorbire” la loro attività, tanto che ad essi non si attaglia la qualifica di “giurisdizione” abilitata a rivolgere una questione pregiudiziale alla Corte di giustizia<sup>55</sup>.

Diversamente dalla proroga a favore del giudice nazionale di un paese membro, il regolamento n. 44 non può stabilire alcuna competenza esclusiva a favore degli arbitri a conoscere della propria competenza ovvero delle eccezioni sulla validità della clausola compromissoria<sup>56</sup>. Perciò si propone più semplicemente di armonizzare il diritto processuale nazionale introducendo regole uniformi sulla giurisdizione idonee a favorire la funzione arbitrale, ovvero limitando quelle che potrebbero pregiudicarla. Il “Libro verde” prospetta di introdurre anche in questo caso una “priority rule”, per stabilire la validità del

<sup>52</sup> “A court of a Contracting State other than that of the chosen court shall suspend or dismiss proceedings to which an exclusive choice of court agreement applies”.

<sup>53</sup> *Green Paper*, cit., p. 8.

<sup>54</sup> Cfr. M. BENEDETTELLI, “Ordinamento comunitario e arbitrato commerciale internazionale: favor, ostilità o indifferenza?”, in *Verso un “ordine comunitario” del processo civile*, cit., p. 125 s.

<sup>55</sup> Cfr. sentenza 23 marzo 1982, causa C-102/81, *Nordsee*, punti 10 ss.

<sup>56</sup> V. invece l’art. 817 del codice italiano di procedura civile: “Se la validità, il contenuto o l’ampiezza della convenzione d’arbitrato o la regolare costituzione degli arbitri sono contestate nel corso dell’arbitrato, gli arbitri decidono sulla propria competenza”.

compromesso o della clausola compromissoria<sup>57</sup>. Si configurerebbe in altri termini il “primato” di questo foro, flettendo a suo favore ogni sorta di provvedimento adottato da altre giurisdizioni.

L’orientamento più diffuso è di prefigurare tale competenza a favore del giudice del paese membro in cui ha sede l’arbitrato<sup>58</sup>, facendo cioè riferimento al paese in cui il tribunale arbitrale si insedia o si dovrebbe insediare<sup>59</sup>. Nel rapporto del “Gruppo di Heidelberg” si propone l’introduzione nell’art. 22 di un apposito titolo di competenza esclusiva per questo tipo di controversie<sup>60</sup>. Vi sono però alcune difficoltà applicative nel funzionamento di questa circostanza di collegamento.

In primo luogo, la scelta di una competenza esclusiva funzionale all’accertamento “uniforme” della validità dell’accordo o della clausola arbitrale ha senso solo se – come si è già detto e del resto riconosce pure il “Libro verde” – lo strumento adottato dalle istituzioni dell’Unione configura in proposito anche una norma uniforme di diritto internazionale privato sulla validità della clausola compromissoria<sup>61</sup>. In secondo luogo, è da verificare la disponibilità del “mondo arbitrale” di accettare lo “scambio” tra l’impegno a “radicarsi” nell’Unione e i vantaggi che ne seguirebbero in termini di certezza del diritto con l’indicazione della propria sede in un paese membro dell’Unione. Se l’arbitrato ha la sua “sede” in un paese terzo, pur riguardando una controversia tra soggetti domiciliati nel territorio dell’Unione, il foro esclusivo è inoperante. In tale circostanza, la controversia sulla validità della clausola compromissoria potrebbe radicarsi o nel foro generale costituito dal domicilio del convenuto, oppure – se possibile – dinanzi ad un giudice scelto dalle parti. Questa seconda opportunità non può invece essere configurabile se sussiste il prospettato titolo esclusivo di competenza del giudice di un paese membro; altrimenti si contraddice la stessa natura “imperativa” ed indisponibile del giudice preposto all’accertamento della validità della proroga. La terza difficoltà è che l’affermazione di giurisdizione esclusiva non coglie adeguatamente le connessioni processuali che un arbitrato transnazionale può avere con più ordinamenti nazionali di Stati membri, così che – stando i criteri enunciati dalla Corte di giustizia nella sentenza *GAT*<sup>62</sup> – vi è il rischio che - se non vengono adottati opportuni temperamenti<sup>63</sup> - si precluda ogni decisione giudiziaria in un paese diverso da quello di sede dell’arbitrato per “supportarne” l’attività<sup>64</sup>. Infine, la quarta e più rilevante difficoltà attiene alla prevedibilità della sede dell’arbitrato rispetto al quale fare operare il titolo di competenza esclusiva. Nella pratica, accordi o clausole compromissorie non sempre indicano la sede dell’arbitrato, venendo questa decisa dall’arbitro o dal collegio designato ed a prescindere se stabilita dalla stessa legge applicabile all’arbitrato<sup>65</sup>. Perciò non convince la proposta britannica di far dipendere tale competenza dalla *lex causae* applicabile all’arbitrato<sup>66</sup>. In ogni caso bisogna preliminarmente individuare il giudice competente a conoscere della domanda e quindi ad applicare tale *lex*.

Potrebbe immaginarsi di far operare questo titolo una volta che l’arbitrato si sia effettivamente insediato<sup>67</sup>. Ma è poco razionale che il titolo di competenza esclusiva possa operare in relazione ad una simile determinazione, non solo per obiettive difficoltà di comunicazione tra arbitro e giudice nazionale ma soprattutto perché la lite sulla validità dell’accordo di proroga si può profilare prima ancora della designazione dell’arbitro e dunque della scelta che questo farà a proposito della propria sede. In tali condizioni, il giudice competente a conoscere della clausola o dell’accordo di compromesso deve essere,

<sup>57</sup> *Green Paper*, cit., p. 9.

<sup>58</sup> *Green paper*, cit., p. 8.

<sup>59</sup> Cfr. B. HESS, TH. PFEIFFER, P. SCHLOSSER, op. cit., par. 135; U. MAGNUS, P. MANKOWSKI, op. cit., p. 14.

<sup>60</sup> Cfr. B. HESS, TH. PFEIFFER, P. SCHLOSSER, op. cit., par. 132.

<sup>61</sup> V. però i dubbi di U. MAGNUS, P. MANKOWSKI, op. cit., par. 7.4, sulla compatibilità di una simile soluzione con la Convenzione di New York.

<sup>62</sup> Sent. 13 luglio 2006, cit.

<sup>63</sup> Cfr. U. MAGNUS, P. MANKOWSKI, op. cit., p. 15.

<sup>64</sup> V. in tal senso M. ILLMER, B. STEINBRÜCK, “Submission to the European Commission by Martin Illmer and Ben Steinbrück regarding the Green Paper COM(2009) 175 final”, nel sito “Justice and Home Affairs” della Commissione europea, [http://europa.eu/index\\_en.htm](http://europa.eu/index_en.htm), par. 15.

<sup>65</sup> Art. 818 del codice italiano di procedura civile: “Le parti determinano la sede dell’arbitrato nel territorio della Repubblica; altrimenti provvedono gli arbitri. Se le parti e gli arbitri non hanno determinato la sede dell’arbitrato, questa è nel luogo in cui è stata stipulata la convenzione di arbitrato. Se tale luogo non si trova nel territorio nazionale, la sede è a Roma. Se la convenzione d’arbitrato non dispone diversamente, gli arbitri possono tenere udienza, compiere atti istruttori, deliberare ed apporre le loro sottoscrizioni al lodo anche in luoghi diversi dalla sede dell’arbitrato ed anche all’estero”.

<sup>66</sup> *Civil Justice Council*, op. cit., par. 43.

<sup>67</sup> *Green Paper*, cit., p. 9.

alla stregua di ogni titolo di giurisdizione, preconstituito e dunque ricondotto *a fortiori* al foro generale costituito dal domicilio. Tuttavia, pur introducendo il titolo di competenza esclusiva per l'accertamento della validità della clausola compromissoria, permangono varie questioni di coordinamento tra arbitro e giudici nazionali che il regolamento n. 44 non affronta. Rimuovendo l'esclusione della materia arbitrale, si potrebbe formalizzare l'ammissibilità di provvedimenti cautelari che risultino funzionali alla funzione arbitrale. Questo non significa legittimare la *anti-suit injunction* che la Corte di giustizia ritiene lesiva della reciproca fiducia che deve esistere tra le giurisdizioni degli Stati membri. Potrebbe però essere limitato l'esercizio della giurisdizione cautelare "esorbitante" rispetto a quella del giudice di merito competente per l'esame della validità della clausola compromissoria. Questo criterio sarebbe viepiù giustificato se coordinato con una riformulazione dell'attuale art. 31 che – come si vedrà più avanti – finalmente sancisca il "primato" del giudice di merito rispetto a misure cautelari adottate *ex art.* 31 del regolamento n. 44<sup>68</sup>.

Nel caso di connessione tra arbitrato e giudice nazionale<sup>69</sup>, quest'ultimo dovrebbe poter valutare l'opportunità di "sospendere" il proprio procedimento in attesa che, a prescindere da criteri di anteriorità temporale, l'arbitro definisca la propria lite. Con una norma puntuale, il diritto dell'Unione potrebbe anche imporre all'autorità giudiziaria nazionale di non interferire sul procedimento arbitrale, ancorché sussistano condizioni di litispendenza o di connessione<sup>70</sup>. La seconda soluzione sembra più in armonia con la *ratio* del regolamento, atteso che questo garantisce in modo "imperativo" l'esercizio del diritto d'azione. Non si precluderebbe in particolare al terzo parte di una causa connessa a quella compromessa in arbitrato di agire dinanzi al giudice competente. La declinazione andrebbe consentita qualora il terzo accetti volontariamente la chiamata in causa nel procedimento arbitrale. Con un'ulteriore regola di "favor" per l'arbitrato, si potrebbe inglobare nella disciplina dell'Unione europea la "circolazione" della decisione nazionale che riconosce il lodo, così che nello Stato membro in cui viene eseguita diventa parametro di raffronto per escludere l'efficacia di altre decisioni con essa incompatibili.

**15.** Le questioni preliminari. – Una soluzione regolata della questione pregiudiziale si rende necessaria in relazione alla differente disciplina degli ordinamenti nazionali degli Stati membri dell'Unione europea. Vi si riscontra l'assenza di una nozione condivisa di giudicato e della sua portata, tanto che fin dalla sentenza *Hoffmann* la Corte di giustizia aveva fatto dipendere l'efficacia della decisione straniera direttamente riferibile alla sfera di effetti che vi si attagliano nell'ordinamento d'origine<sup>71</sup>. Pertanto la questione pregiudiziale è "coperta" dal giudicato solo se lo dispone quell'ordinamento. Da ciò discendevano serie conseguenze di difformità in relazione al modo in cui la stessa questione fosse trattata in ordinamenti diversi. Tanto più tale divergenza risaltava in relazione al medesimo tipo di dinamica processuale: la questione pregiudiziale emersa con eccezione del convenuto era oggetto di diversa trattamento processuale nei singoli ordinamenti nazionali, penalizzando la certezza del diritto nello spazio.

Questi limiti della sentenza *Hoffmann* erano inerenti alla perdurante sovranità statale in materia processuale. Per superarli occorrerebbe una nozione autonoma, unitaria ed uniforme di giudicato nell'ordinamento dell'Unione, rilevante anche ai fini di comprenderne l'accertamento della questione pregiudiziale. Vi sono però elementi della giurisprudenza da cui è possibile trarre alcuni spunti ricostruttivi di tale nozione.

La Corte di giustizia ha asserito che l'autorità di giudicato (dell'Unione) vale in relazione a tutti i "punti di fatto e di diritto che sono stati effettivamente o necessariamente decisi dalla pronuncia giudiziale di cui trattasi"<sup>72</sup>. Inoltre, l'ampia nozione autonoma elaborata dalla Corte a proposito della litispendenza permette di tracciare una parallela nozione autonoma di "giudicato". La correlazione uniforme tra il "centro" della controversia cui si raccorda la regola sulla litispendenza, da un lato, e la "sfera" –

<sup>68</sup> V. *infra*.

<sup>69</sup> Resterebbe di pertinenza del diritto nazionale la disciplina della connessione tra arbitrati: cfr. in argomento Cassazione, 25 maggio 2007, n. 12321, in *Rivista di diritto processuale*, 2008, p. 1155 ss.

<sup>70</sup> Art. 819-ter del codice italiano di procedura civile: "La competenza degli arbitri non è esclusa dalla pendenza della stessa causa davanti al giudice, né dalla connessione tra la controversia ad essi deferita ed una causa pendente davanti al giudice".

<sup>71</sup> Sentenza 4 febbraio 1988, causa 145/86, *Hoffmann*, punto 11.

<sup>72</sup> Sentenza 15 ottobre 2002, cause riunite C-238/99 P e altre, *Limburgse Vinyl Maatschappij Nv*, punto 44.

oggettiva e soggettiva – delle statuizioni “effettive” o “necessarie” contenute nella decisione, dall’altro, è ben espressa nel caso *Gubisch*, talché la regola della litispendenza impedisce allo Stato richiesto, a proposito dell’efficacia di una decisione di condanna all’esecuzione del contratto, di invocare la diversa decisione locale emanata in un giudizio prevenuto volto ad annullare lo stesso contratto in ragione della sua pretesa invalidità. La circostanza che le due decisioni si escludono reciprocamente implica la preminenza della prima sull’altra per effetto sì del giuoco della litispendenza, ma anche per la idoneità della stessa decisione preveniente a “comprendere” questioni solo implicite ancorché di carattere pregiudiziale. Per usare *mutatis mutandis* le parole impiegate dalla Corte nel caso *Gubisch* con riferimento alla Convenzione di Bruxelles, un diverso risultato, “che implicherebbe la limitazione degli effetti di ogni decisione giudiziaria al territorio nazionale, sarebbe in contrasto con le finalità [del regolamento il] quale intende potenziare in tutto lo spazio giuridico della Comunità la tutela giuridica delle persone residenti sul territorio di questa e facilitare il riconoscimento, in ogni Stato contraente, delle decisioni giudiziarie rese in qualunque altro Stato contraente”<sup>73</sup>.

La sentenza *GAT*<sup>74</sup> e quindi la modifica della Convenzione di Lugano hanno stabilito la competenza esclusiva “oggettivamente preconstituita” dall’art. 22, n. 4 per stabilire in via pregiudiziale la validità del brevetto anche se la questione sia sorta sotto forma di eccezione in altra causa. In questo modo – a prescindere dal modo d’essere del diritto processuale del foro in cui sia stata presentata la domanda principale o del foro esclusivo dinanzi al quale proporre la questione pregiudiziale - si impone il valore di “giudicato” per tale questione ad opera del solo giudice competente a pronunciarsi. Il trattamento processuale autonomo ed uniforme richiesto dall’art. 22 per la questione pregiudiziale si imporrebbe solo in relazione al modo in cui la parte convenuta esercita le proprie difese nella causa principale, obbligando il giudice adito sulla questione principale a spogliarsi d’ufficio (art. 25) della competenza sulla questione pregiudiziale solo in presenza di eccezione (oltre che - ovviamente - di domanda riconvenzionale).

La Corte di giustizia ha però circoscritto la *translatio iudicii* solo ad una questione pregiudiziale oggetto di eccezione e rientrante *ratione materiae* nell’art. 22, per rispettare il limite “imperativo” derivante dai titoli di competenza esclusiva<sup>75</sup>. Negli altri casi, l’eccezione sulla questione pregiudiziale non determina tale conseguenza, facendo ritenere che la relativa decisione è assorbita nella competenza del giudice adito sulla questione principale. Tale *vis attractiva* può essere spiegata in parte come inerente al titolo per cui opera la competenza a titolo principale (ad esempio, se avvenuta in base al criterio domiciliare o in materia contrattuale), in parte come una surrettizia proroga tacita.

Nei casi in cui la questione pregiudiziale non sia oggetto di una puntuale eccezione di parte nella causa connessa principale, la relativa decisione copre le questioni pregiudiziali implicite su cui non c’è stata lite, ancorché vertenti su un oggetto che rientra nell’art. 22. In altri termini, questa disposizione imporrebbe il “giudicato” sulla questione pregiudiziale solo se oggetto di eccezione in una causa vertente a titolo principale su altro oggetto. Se tale eccezione manca, il giudice adito a tale titolo si pronuncia implicitamente anche sulla questione pregiudiziale ma si tratterebbe di una “decisione” con rilevanza *incidenter tantum*, vale a dire senza assumere rilevanza di giudicato. È noto infatti che in alcuni ordinamenti nazionali le questioni di natura pregiudiziale sono conoscibili dal giudice adito *incidenter tantum* vale a dire con effetti limitati alle parti della lite. Rispetto a questo tipo di effetti non si frappone il problema del coordinamento di giudizi. Perciò, in una condizione del genere non sarebbe richiesto al giudice della causa principale di “spogliarsi” della sua competenza sulla questione pregiudiziale per devolverla al giudice competente a titolo esclusivo. Lo sarebbe solo in presenza della necessità di un contraddittorio evocato dalla parte.

**16.** La declinatoria di competenza per connessione privativa. – La disciplina della questione pregiudiziale che sia idonea a costituire giudicato senza dover essere “attratta” in uno dei fori esclusivi dell’art. 22 si intreccia con il fenomeno generale della connessione quale risultante dal combinato disposto degli articoli 6, n. 1 e 28. Come si è già osservato, l’aspetto centrale di questa reciproca interazione è costituito dal fatto che, per effetto della disciplina dell’Unione europea, l’attribuzione o la privazione della competenza per connessione non è “preconstituita”, ma strettamente dipendente dal modo in cui gli

<sup>73</sup> Sentenza 8 dicembre 1987, causa 144/86, *Gubisch*, punto 18.

<sup>74</sup> Sentenza 13 luglio 2006, cit.

<sup>75</sup> Sentenza 13 luglio 2006, cit., par. 24.

effetti delle decisioni dei procedimenti connessi possano essere in concreto incompatibili. Un criterio quindi di flessibilità del titolo di competenza strettamente funzionale ad esigenze di armonia delle decisioni.

Ma un simile approccio deve confrontarsi con le difficoltà applicative dell'attuale art. 28, in specie nella forma della declinatoria di competenza ad opera del giudice prevenuto: la mancanza di una disciplina parallela nell'art. 6 con condizioni uniformi di connessione attributiva rimette la declinazione a valutazioni unilaterali del giudice prevenuto circa i termini in cui il diritto processuale del foro preveniente consenta la concentrazione delle cause col rischio – già ricordato - di diniego di giustizia nel momento in cui viene proposta in quella sede la domanda connessa prevenuta.

Il “Libro verde” prevede una “limitata estensione” dell'art. 6, n. 1<sup>76</sup>. La portata di questa indicazione deve però confrontarsi con i limiti oggettivi di questa disposizione. Secondo la sentenza *GAT*, l'art. 6, n. 1, non può assorbire nella domanda principale questioni inerenti alla competenza di un foro esclusivo. Lo stesso va detto, in ossequio alla sentenza *Glaxosmithkline* dei limiti applicativi della connessione attributiva nei c.d. fori esaustivi, in particolare per le controversie di lavoro<sup>77</sup>.

All'interno dei confini tracciati dal regolamento n. 44 il giudice preveniente deve poter conoscere della questione che gli sia stata devoluta dal giudice prevenuto sulla domanda connessa. Andrebbe quindi rovesciata l'originaria ottica “speciale” di questo titolo di giurisdizione così da ritenerlo un foro di natura virtualmente generale, senza limiti *ratione materiae* che non siano quelli reperibili nello stesso regolamento. In questa prospettiva diventa pure irrilevante l'eventualità che l'estensione della connessione attributiva investa un convenuto senza significativi legami con il foro della connessione, atteso che la garanzia del giudice naturale è espressamente salvaguardata dal solo art. 6, n. 2. Nella misura in cui il giudice prevenuto ha ritenuto che sussistono le condizioni di connessione in ragione delle esigenze di armonia dei giudizi proprie del regolamento, è su quella valutazione che il giudice preveniente deve misurarsi senza che a tal fine rilevi la diversa disposizione della *lex fori*. Pertanto alla modifica dell'art. 6, n. 1, occorrerebbe accompagnare una modifica dell'art. 28, par. 2, rimuovendo il rinvio al modo in cui il diritto nazionale del foro preveniente condiziona la riunione dei procedimenti per stabilire – quale parametro assorbente – le esigenze di armonia delle decisioni nell'ambito dell'Unione. L'obiezione che un simile titolo non sarebbe “precostituito” e quindi astrattamente prevedibile secondo il diritto nazionale del giudice preveniente non impedisce di giustificarlo per coerenza con il quadro di integrazione giudiziaria tra gli Stati membri dell'Unione europea, focalizzando in un determinato foro il coordinamento delle azioni civili nello spazio sempre che vi sussista un collegamento sufficiente. Del resto, il diritto dell'Unione europea si familiarizza in modo crescente verso questa formula flessibile coniugando su basi di effettività diritto d'azione e bisogni di certezza del diritto, come prova l'introduzione del c.d. “foro di necessità” ai sensi dell'art. 7 del regolamento (CE) n. 4/2009<sup>78</sup>.

Riformulando in questi termini la disciplina regolamentare, si riducono i rischi di diniego di giustizia da parte del giudice preveniente senza però annullarli del tutto in quanto alla decisione della declinatoria del giudice prevenuto potrebbe sempre non seguire una conferma del giudice preveniente. Né si può pensare – come invece suggerisce Weller<sup>79</sup> – che il giudice prevenuto “imponga” al giudice preveniente la propria interpretazione del diritto processuale del foro preveniente. Seguendo tale suggerimento verrebbe violata non solo la reciproca fiducia tra i giudici degli Stati membri ma la stessa sovranità processuale nazionale che resta concettualmente intatta nei loro rapporti “orizzontali”.

Si può rimediare al rischio di diniego di giustizia introducendo due correttivi. In primo luogo, incentivando attraverso la rete giudiziaria europea i contatti diretti tra i giudici nazionali interessati di modo che il giudice prevenuto sia “edotto” sui termini della potenziale connessione attributiva nel foro preveniente dallo stesso giudice preveniente. Inoltre, andrebbe osservata anche per la declinazione della giurisdizione per connessione il criterio seguito per la litispendenza vale a dire la preventiva sospensione della causa da parte del giudice prevenuto, fintanto che il giudice preveniente non abbia confermato la propria competenza sulla domanda connessa. Allo stesso modo di quanto indicato per la litispendenza,

<sup>76</sup> *Green Paper*, cit., par. 5.

<sup>77</sup> Sentenza 22 maggio 2008, causa C-462/06, *Glaxosmithkline*, punti 30 e 34.

<sup>78</sup> Cfr. P. FRANZINA, “Sul *forum necessitatis* nello spazio giudiziario europeo”, in *Rivista di diritto internazionale*, 2009, p. 1121 ss.

<sup>79</sup> M. WELLER, in B. HESS, TH. PFEIFFER, P. SCHLOSSER, op. cit., par. 470.

il diritto dell'Unione dovrebbe imporre al giudice della causa principale di pronunciarsi subito sulle questioni di giurisdizione.

**17.** La giurisdizione cautelare esorbitante. – Per rimediare allo scarso coordinamento delle azioni civili derivanti dall'impiego eccessivo del c.d. “foro cautelare esorbitante” occorre anzitutto che il provvedimento cautelare adottabile ai sensi dell'art. 31 del regolamento n. 44 abbia natura assolutamente strumentale<sup>80</sup> e sia pertanto circoscritto negli effetti e nella durata. Questo non dovrebbe impedire al giudice competente per il merito di adottare, prima della decisione, ogni decisione anticipatoria di condanna<sup>81</sup>. Sembra soprattutto molto condivisa la necessità che lo stesso giudice del merito sia nella condizione di “rimuovere” o “modificare” il provvedimento cautelare adottato dal giudice del foro esorbitante. Una simile opportunità, già emersa nella prassi<sup>82</sup>, sarebbe in linea con il “primato” da riconoscere alla giurisdizione di merito, senza che vi si possa opporre la sovranità degli Stati membri in materia processuale<sup>83</sup>. L'attività cautelare potrebbe infatti legittimamente restringersi in quanto la sua natura “esorbitante” non deve pregiudicare il quadro sovranazionale di riparto della giurisdizione nel merito.

Alcuni documenti nazionali presentati a seguito della pubblicazione del “Libro verde” non tengono sufficientemente conto di questo aspetto, perché tuttora condizionati dal proprio modello giuridico nazionale. Così il Civil Justice Council britannico è contrario ad ammettere il primato del giudice di merito sui provvedimenti cautelari esorbitanti, pur “rilanciando” l'opportunità e quindi la validità – della *anti-suit injunction* a sostegno dell'arbitrato. Il rapporto preparatorio del Gruppo di Heidelberg (al quale – come si è detto – ampiamente si ispira il “Libro verde”) ammette il primato della giurisdizione di merito sui provvedimenti cautelari esorbitanti, ma non si spinge a rimuovere gli effetti nefasti della sentenza *Italian Leather*, vale a dire ad asserire l'irrelevanza nel foro esorbitante di simili provvedimenti come “incompatibili” ai fini del rilascio della formula esecutiva a favore di una decisione straniera assunta dal giudice di merito.

Se si dovessero superare queste resistenze evidentemente dovute al permanere di una certa cultura “nazionalistica” in materia processuale, la modifica prospettata andrebbe comunque corredata da altre norme del regolamento che definiscano meglio i termini propriamente “processuali” del primato del giudice competente per il merito. In primo luogo, il divieto di riesame del merito sancito a proposito del riconoscimento automatico delle decisioni straniere (art. 36) non è opponibile al giudice competente a conoscere della causa che si trovi a valutare la pertinenza della misura cautelare “esorbitante” rispetto alle risultanze del proprio procedimento. In secondo luogo, il provvedimento cautelare straniero “esorbitante” deve in ogni caso estinguere i suoi effetti nel momento in cui viene adottata la decisione di merito. Qui possono sovvenire due diverse soluzioni. O rimettere la relativa disciplina al legislatore nazionale che non l'avesse già predisposta<sup>84</sup>, oppure enunciare una formula apposita. L'art. 20, par. 2, del regolamento (CE) n. 2201/2003, in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale stabilisce che i provvedimenti provvisori e cautelari adottati nel foro esorbitante “cessano di essere applicabili quando si siano pronunciati i giudici dello Stato membro competenti a conoscere del merito”.

#### **IV. Integrazione processuale in seno all'Unione europea e coordinamento della giurisdizione civile con Stati terzi**

**18.** Il passaggio della disciplina europea di diritto processuale civile internazionale dalla “fonte” convenzionale a quella del regolamento ha reso maggiormente evidenti le esigenze di integrazione dello spazio giudiziario europeo. Lo ha sottolineato la Corte di giustizia, evidenziando il diverso contesto “ordinamentale” dei regolamenti adottati *ex art.* 65 del Trattato CE<sup>85</sup>. In ragione di questa diversa configurazione, si circoscrive progressivamente il rinvio al diritto nazionale per privilegiare formule

<sup>80</sup> In tal senso “Answers of Spain to the Green Paper on the Review of Council Regulation Brussels I (regulation 44/2001)”, nel sito “Justice and Home Affairs” della Commissione europea, [http://europa.eu/index\\_en.htm](http://europa.eu/index_en.htm), *sub* Question 6.

<sup>81</sup> Cfr. U. MAGNUS, P. MANKOWSKI, *op. cit.*, p. 13.

<sup>82</sup> Cfr. Tribunale Venezia, 19 agosto 2003, in *Rivista di diritto internazionale*, 2003, p. 1180 ss.

<sup>83</sup> V. invece *Civil Justice Council, Response*, *cit.*, p. 18, par. 37.

<sup>84</sup> Cfr. art. 669-novies, 4° comma, n. 2, del codice italiano di procedura civile.

<sup>85</sup> Sentenza 8 novembre 2005, causa C-443/03, *Leffler*, punti 45 ss.

autonome che permettono di razionalizzare in chiave unitaria il sistema di riparto della giurisdizione civile e relativo coordinamento nello spazio giudiziario europeo. Si tratta di soluzioni che comprimono oltremodo la sovranità processuale nazionale perché si stabilisce il “primato” di una determinata giurisdizione civile sulle altre. Le tecniche sono di due tipi: o ampliando la tipologia dei titoli di giurisdizione esclusiva oppure flettendo in sede di coordinamento il principio di “equivalenza” tra giurisdizioni civili.

Il carattere integrato che assume la disciplina dell’Unione europea di diritto processuale civile internazionale ne rende difficile la trasposizione a livello universale<sup>86</sup>. Dopo l’adesione della CE alla Conferenza de L’Aja di diritto internazionale privato (2008) è più facile che accada il contrario, vale a dire che il regolamento rinvii al modello normativo universale. È quanto avvenuto in materia di obblighi alimentari: le regole sulla giurisdizione contenute nell’art. 8 del regolamento (CE) n. 4/2009 sono coordinate con le norme sul diritto applicabile contenute nella Convenzione de L’Aja del 2007. Una soluzione assolutamente parallela si prospetta per la proroga della giurisdizione con riguardo alla già ricordata Convenzione de L’Aja del 2005. È invece remoto il coordinamento processuale con un modello convenzionale universale di portata generale dopo che è naufragato il progetto di una Convenzione “globale” de L’Aja che ricalcasse lo schema della Convenzione di Bruxelles del 1968. Tuttavia, il documento presentato in risposta al “Libro verde” dal Segretariato della Conferenza de L’Aja esplicitamente tuttora rivendica a questo organismo la promozione di una convenzione multilaterale di respiro universale per disciplinare le questioni di litispendenza<sup>87</sup>.

**19.** Vi è comunque da tener presente che l’Unione europea intende estendere il campo di applicazione del regolamento n. 44 includendovi sia la disciplina inerente al riconoscimento delle decisioni di paesi estranei all’Unione, sia regole sulla giurisdizione riferite a controversie in cui il convenuto sia domiciliato in uno Stato terzo.

Anche se il legame dell’ordinamento dell’Unione con simili fattispecie o decisioni non risulta sempre particolarmente intenso, si tratta di competenze che l’Unione può esercitare ai sensi dell’art. 81 del Trattato sul funzione dell’UE, come in base all’art. 65 del TCE. Tuttavia una simile strategia normativa comporta nuovi problemi.

Anzitutto è doveroso differenziare dalle regole afferenti alla circolazione all’interno dell’Unione le condizioni sulla efficacia delle decisioni provenienti dall’esterno dello spazio europeo, in specie se provenienti da un paese non aderente alla CEDU: lo richiede il rispetto del diritto al contraddittorio secondo quanto asserito dalla Corte europea dei diritti dell’uomo nella sentenza *Pellegrini*<sup>88</sup>.

A tali condizioni dovrebbe anche essere subordinata l’eventuale efficacia di provvedimenti cautelari emessi in Stati terzi. Anche in questo caso vanno considerate le esigenze di coordinamento con la causa di merito avviata in uno Stato membro. Dovrebbe in ogni caso valere il primato della giurisdizione di merito sancita dal diritto dell’Unione e plausibilmente rafforzata a seguito della prospettata revisione del regolamento n. 44.

**20.** L’espansione *ratione personae* del regolamento n. 44 rispetto ai titoli di giurisdizione (già avviata con il regolamento (CE) n. 4/2009)<sup>89</sup> configura una più frequente concorrenzialità degli ordinamenti nazionali, appartenenti o meno a Stati membri dell’Unione europea.

La litispendenza tra uno Stato membro ed uno Stato terzo va valutata alla luce del regolamento n. 44 e delle sue prospettive di riforma.

È possibile argomentare una soluzione autonoma “nel chiuso” dell’ordinamento dell’Unione che escluda qualunque declinazione di competenza a favore del giudice di un paese terzo preventivamente

<sup>86</sup> V. tuttavia la formula ampia – ma condizionata – contenuta nella nuova Convenzione di Lugano del 30 ottobre 2007, quale risulta dal combinato disposto dell’art. 70, par. 2, lett. c), e dall’art. 72.

<sup>87</sup> Reperibile nel sito “Justice and Home Affairs” della Commissione europea, [http://europa.eu/index\\_en.htm](http://europa.eu/index_en.htm).

<sup>88</sup> Sentenza 20 luglio 2001, *Pellegrini*, ricorso n. 30882/96; vedi anche decisione 6 dicembre 2005, *Eskinazi*, ric. n. 14600/05. È riduttiva la proposta che emerge dalla 18ª sessione del Groupe européen de droit international privé (Bergen 19-21 settembre 2008), di subordinare la sospensione della causa “comunitaria” prevenuta solo alla presunta durata ragionevole del processo extra-comunitario preveniente, oltre che alla plausibile efficacia della decisione straniera secondo il diritto interno dello Stato membro: *Compte rendu des seances de travail, L’élargissement du règlement Bruxelles I aus situations externes*, par. 12, in <http://www.gedip-egpil.eu/reunionstravail/gedip-reunions-18-fr.htm>.

<sup>89</sup> Cfr. gli articoli 3-7.

adito. Tale ipotesi andrebbe comunque considerata del tutto eccezionale e strettamente coordinata con la priorità da riconoscere all'istituendo "foro di necessità" del regolamento n. 44. Ove questo dovesse essere formulato in termini tali da ritenere irrilevante l'avvenuto o il possibile avvio della causa all'estero<sup>90</sup>, sarebbe conseguente ignorarla ai fini della litispendenza.

Sarebbe però auspicabile che, per fini di certezza del diritto, la norma generale da inserire considerasse il fenomeno della litispendenza "extra-comunitaria". Del resto, indirettamente il fenomeno è già apprezzato dall'attuale art. 34, n. 4, del regolamento. Questa disposizione prende in considerazione la questione a proposito della priorità temporale da riconoscere alla decisione proveniente da uno Stato terzo eseguita in uno Stato membro prima della richiesta di esecuzione di una decisione di un altro paese membro. La certezza delle situazioni giuridiche viene preservata dall'art. 34, n. 4 in termini più ristretti di quanto riscontrato nell'art. 34, n. 3 a favore di decisioni assunte precedentemente nello Stato richiesto. Infatti, mentre quest'ultima norma richiama una nozione di incompatibilità tra decisioni suscettibile anche di comprendere casi di connessione, l'art. 34, n. 4 è esclusivamente finalizzato ad assicurare il rispetto del principio del *ne bis in idem*, poiché prevede gli stessi requisiti che l'art. 27 del regolamento pone in relazione alla regola sulla litispendenza. Dato il legame tra le due espressioni, si deve riproporre nell'art. 34, n. 4, la nozione autonoma del *ne bis in idem* che nel sistema della Convenzione prima, e del regolamento dopo, è venuta elaborandosi. Nel contempo è a questa stessa indicazione autonoma che si deve agganciare un'eventuale regolamentazione dell'Unione europea che intenda coordinare la causa incardinata in un paese membro con la stessa causa iniziata in un paese estraneo all'Unione. Il parallelismo sul punto è richiesto, oltre che dalla coerenza "interna" al sistema, dall'attuale art. 34, n. 4, che indica in che misura l'ordinamento comunitario sia disposto a "sacrificare" l'azione civile dinanzi al giudice nazionale di un paese membro a vantaggio di quella svolta dinanzi al giudice di uno Stato terzo con cui manca un regime convenzionale. Perciò l'azione civile "comunitaria" si può flettere solo in relazione ad una causa straniera "extra-comunitaria" idonea a determinare una decisione suscettibile di essere resa efficace nello spazio giudiziario europeo. Quand'anche il regolamento comunitario non dovesse introdurre alcuna disposizione in proposito, la disciplina resterebbe quella definita dal diritto interno purché rispettosa del parametro indicato dall'art. 34, n. 4. Un modello pertinente è quello indicato nell'art. 7 della legge italiana di riforma del diritto internazionale privato<sup>91</sup>.

## V. Conclusioni: il carattere tuttora "parziale" dello spazio giudiziario europeo

**21.** In considerazione delle riforme prospettate, la "crescita" nell'Unione europea del sistema di diritto processuale civile internazionale quale disciplinato dal regolamento n. 44 si misura in più direzioni, anche venendo a toccare settori ad esso originariamente estranei come l'arbitrato e i rapporti con Stati terzi. La tendenza ad operare come "sistema" lo identifica sempre più come l'infrastruttura normativa dello spazio giudiziario unitario che si confronta con altri sistemi secondo una propria autonomia concettuale e funzionale. In tale condizione, il superamento dell'originario schema convenzionale è ormai evidente, tanto che il diritto dell'Unione, pur provvedendo al coordinamento di azioni civili nello spazio, si fa finalmente "carico" di introdurre modifiche al regolamento n. 44 idonee a rendere le sue norme meglio rispettose dei canoni di "giusto processo" enunciati nella CEDU. In tal senso è significativo l'obbligo che si intende porre al giudice preveniente di accelerare i limiti di tempo per stabilire la propria competenza, come anche l'esigenza di assicurare meglio il diritto di accesso alla giustizia nelle fasi di coordinamento delle azioni civili nello spazio.

**22.** Residuano tuttavia limiti della disciplina uniforme che neppure in occasione di *questa* revisio-

<sup>90</sup> Così invece l'art. 7 del regolamento (CE) n. 4/2009: "Qualora nessuna autorità giurisdizionale di uno Stato membro sia competente ai sensi degli articoli 3, 4, 5 e 6, in casi eccezionali le autorità giurisdizionali di uno Stato membro possono conoscere della controversia se un procedimento non può ragionevolmente essere intentato o svolto o si rivela impossibile in uno Stato terzo con il quale la controversia ha uno stretto collegamento".

<sup>91</sup> La norma, rubricata "Pendenza di un processo straniero", recita, al 1° comma: "Quando, nel corso del giudizio, sia eccepita la previa pendenza tra le stesse parti di domanda avente il medesimo oggetto e il medesimo titolo dinanzi a un giudice straniero, il giudice italiano, se ritiene che il provvedimento straniero possa produrre effetto per l'ordinamento italiano, sospende il giudizio. Se il giudice straniero declina la propria giurisdizione o se il provvedimento straniero non è riconosciuto nell'ordinamento italiano, il giudizio in Italia prosegue, previa riassunzione ad istanza della parte interessata".

ne del regolamento n. 44 si intendono affrontare e che invece privano gli operatori giuridici dell'Unione europea di strumenti familiari al sistema nazionale di diritto processuale civile internazionale.

Allo stato, la maggiore carenza è la difficoltà di far “dialogare” tra loro i regolamenti settoriali e il regolamento n. 44. Di conseguenza, le fattispecie in cui si presentano questioni fallimentari, di famiglia o di obblighi alimentari vanno trattate esclusivamente alla luce dei rispettivi regolamenti, anche se presentano connessioni tra loro o con altre cause che rientrano nel regolamento n. 44. È questa l'eredità della originaria logica “convenzionale” con cui si è avviata l'armonizzazione della cooperazione giudiziaria in materia civile, così che – pur ricorrendo sovente all'interpretazione “intertestuale” – ogni strumento del diritto dell'Unione europea continua a mantenere la propria totale *emprise* sulla materia disciplinata. La giurisprudenza della Corte di giustizia non ha mai voluto offrire utili indicazioni per un coordinamento tra azioni civili connesse ma afferenti a regolamenti distinti. La sola sede per farlo è il regolamento n. 44 che disciplina in generale la materia civile e commerciale ed è quindi anche in grado di stabilire formule e priorità da rispettare nel coordinamento tra cause connesse con il campo di applicazione materiale dei regolamenti settoriali.