



Università degli Studi di Firenze

DOTTORATO DI RICERCA IN
DIRITTO COMPARATO

CICLO XXV^o

COORDINATORE PROF.SSA VITTORIA
BARSOTTI

**ACCORDI SULLA GIURISDIZIONE
TRA EUROPA, INGHILTERRA E
STATI UNITI**

Settore Scientifico Disciplinare IUS/02

Dottorando
Dott. Giacomo Pailli

Tutor
Prof. Nicolò Trocker

Anni 2010/2012

A Chiara

Ringrazio il Maestro, Prof. Niccolò Trocker, il Prof. Vincenzo Varano, i compagni dottori e dottorandi e il dipartimento di diritto comparato dell'Università di Firenze.

Ringrazio i miei amici e la mia famiglia, in particolare Nina, giovane signorina, e saluto Carlo, nuovo arrivato.

Un ringraziamento a Silvia e Riccardo per la loro generosità.

INDICE

CAPITOLO 1 - INTRODUZIONE	
1.1	Definizione dell'ambito 1
1.2	Sovranità, territorio e giurisdizione 3
1.3	Interdipendenza e relazione tra autorità sovrane 6
1.4	Verso l'autonomia delle parti nella scelta del foro..... 9
1.5	Accordi sul foro e arbitrato..... 12
CAPITOLO 2 - ACCORDI SULLA GIURISDIZIONE E DISCIPLINA POSITIVA: EUROPA E ITALIA	
2.1	Introduzione 15
2.2	La norma europea relativa agli accordi sulla giurisdizione 17
2.3	La riforma del diritto internazionale privato in Italia 23
2.4	La legge applicabile agli accordi sul foro 27
2.4.1	Applicabilità della legge interna nel sistema europeo ... 34
2.5	L'ambito di applicazione dell'art. 23 del Regolamento 44/2001 37
2.5.1	Il momento della verifica dei requisiti/presupposti 43
2.6	Profili sostanziali: in particolare la nozione di "accordo"..... 45
2.6.1	Limiti <i>ratione materiae</i> 49
2.7	Il profilo formale 54
2.7.1	La forma scritta 56
2.7.2	La conferma per iscritto..... 61
2.7.3	La forma ammessa dalle pratiche che le parti hanno stabilito tra di loro..... 65
2.7.4	La forma ammessa da un uso del commercio interna- zionale 70
2.8	Dal consenso effettivo al consenso presunto..... 77
2.8.1	Il controllo di ragionevolezza ad opera del giudice 81
2.9	Effetti nei confronti dei terzi 83
2.10	Il problema delle polizze di carico 91
2.11	L'accettazione tacita del foro 99
2.12	Accordo sul foro e litispendenza 105
CAPITOLO 3 - ACCORDI SULLA GIURISDIZIONE E COMMON LAW	
3.1	Introduzione 115

3.2	La giurisdizione internazionale in Inghilterra	117
3.3	Gli accordi sul foro nel common law inglese	124
3.4	<i>Validity</i> ed <i>enforceability</i>	130
3.5	La giurisdizione internazionale negli Stati Uniti.....	137
3.5.1	La dottrina del forum non conveniens	142
3.6	Gli accordi sul foro: da ‘ <i>oust the jurisdiction</i> ’	145
3.7	a <i>The Bremen v. Zapata</i>	147
3.8	La decisione in <i>Carnival Cruise</i>	152
3.9	La <i>enforceability</i> negli Stati Uniti	155
3.9.1	<i>Validity</i>	156
3.9.2	<i>Reasonableness</i>	160
3.9.3	<i>Public policy</i>	162
3.10	L’autonomia del patto (<i>severability</i>)	165
3.11	Il piano degli effetti.....	170
3.12	Tensioni lungo la linea civil law/common law	179

CAPITOLO 4 - PROVE DI COORDINAMENTO: LA CONVENZIONE DELL’AJA DEL 2005

4.1	Introduzione	186
4.2	Ambito di applicazione	189
4.2.1	Internazionalità della controversia	190
4.2.2	Clausole esclusive	191
4.2.3	Materia civile e commerciale	195
4.3	Tre principi fondamentali.....	198
4.3.1	Il giudice eletto deve esercitare la propria giurisdizione	198
4.3.2	Il giudice non scelto deve astenersi	200
4.3.3	Tutti i giudici devono riconoscere e dare esecuzione alla decisione	203
4.4	Il regime delle dichiarazioni	208
4.5	Conclusioni	211

BIBLIOGRAFIA	213
--------------------	-----

*Accordi sulla giurisdizione tra Europa, Inghilterra
e Stati Uniti*

CAPITOLO 1

INTRODUZIONE

Parlare di accordi di scelta del foro significa chiamare in causa il rapporto tra autonomia privata e giurisdizione, ovvero tra libertà degli individui e sovranità dello Stato. Temi ampi, sfuggenti, il cui studio si adatta meglio alla trattatistica che allo spazio angusto di una rapida introduzione. Temi, tuttavia, affascinanti che suscitano la curiosità e la fantasia del giurista e che gli impongono di affacciarsi, di porsi e porre domande, di tentare ricostruzioni sulla base della limitata esperienza e conoscenza a disposizione. La speranza è che il lettore indulga nei confronti del giovane studioso il quale offre, in premessa all'analisi comparata e monografica degli accordi di deroga alla giurisdizione, alcune note, impressionistiche e disorganiche, ancora immature.

1.1 DEFINIZIONE DELL'AMBITO

La delimitazione dell'oggetto della presente trattazione impone, anzitutto, alcuni rilievi di carattere definitorio. La semplice scelta della terminologia è carica di conseguenze sul piano concettuale: “accordi sul foro”, “clausole di deroga alla giurisdizione” o “accordi di proroga della competenza”? Queste tre espressioni, che non esauriscono le possibili definizioni del fenomeno, descrivono secondo punti di vista differenti l'oggetto di studio del presente lavoro. Le ultime due definizioni, deroga e proroga,¹ descrivono gli effetti tipici che un accordo di scelta del foro produce: privare un dato ordinamento del potere di *ius dicere* e attribuire o rafforzare (“prorogare”) in capo al giudice indicato nell'accordo la competenza giurisdizionale a decidere di una data controversia. Si tratta, perciò, di una prospettiva che assume a riferimento l'ordinamento giuridico, con un certo sapore statualista e positivista. Al contrario, la nozione di “accordo sul foro” pone in primo piano i

¹LENHOFF, *The Parties' Choice of Forum: "Prorogation Agreements"*, in *Rutgers L. Rev.*, 1960-61, vol. 15, p. 416 sottolinea che il termine deriva dall'espressione *prorogatio fori* propria del diritto canonico.

soggetti che, nel sistemare le proprie relazioni, hanno inteso dotare le stesse di un elemento di (auspicata) certezza in merito a una fase patologica che, per quanto non desiderata, costituisce elemento naturale delle relazioni intersoggettive. Se deroga e proroga descrivono sempre gli effetti ai quali mira il patto, l'accento è qui posto sul momento deliberativo/negoziabile col quale le parti hanno inteso accordarsi in punto di giurisdizione. Tale concezione valorizza l'autonomia delle parti e meglio si adatta allo spirito della presente trattazione, la quale vuole inserirsi nel moderno solco di chi riconosce ampia libertà ai protagonisti di un rapporto con caratteri essenzialmente privati e in condizioni tendenzialmente paritarie, di autodeterminare i propri interessi anche processuali.²

I due punti di vista appena accennati svelano due modi differenti di concepire il fenomeno, cui fanno capo qualificazioni diverse della natura processuale o sostanziale del patto. Secondo un primo modo di vedere, l'accordo sul foro è pur sempre destinato ad esaurire la propria rilevanza nell'ambito della cornice giuridica di ciascun ordinamento e cioè all'interno dei margini, oggi sempre più ampi, che ogni Stato intende lasciare all'autonomia privata attraverso norme di diritto interno o a carattere transnazionale. Perciò, il patto assume rilievo solo come 'atto giuridico', dal quale discendono le conseguenze previste dall'ordinamento processuale. Alternativamente, l'accordo sulla giurisdizione può essere visto come un *quid* a rilievo sostanziale, un mutuo scambio di promesse ed obblighi - il quale solo eventualmente produce effetti processuali (cioè solo in quanto una norma ricollegli gli effetti dell'accordo a precise conseguenze processuali), ma è sicuramente idoneo ad obbligare le parti sul piano sostanziale. In quest'ottica abbiamo, così, due piani di autonomia privata: uno, tradizionale, dell'autonomia sostanziale ed uno a carattere processuale.

Infine, è d'uopo avvertire il lettore che quando parliamo di accordi sulla giurisdizione abbiamo in mente soprattutto il fenomeno nella sua declinazione civile e commerciale, nel senso in cui queste espressioni vengono tradizionalmente usate negli strumenti internazionali. Com'è noto esistono normative e convenzioni che regolano la deroga alla giurisdizione in altre materie. È il caso, ad esempio, dei regolamenti europei in materia di obbligazioni alimentari derivanti da rapporti di famiglia,³ responsabilità genitoriale (entro alcuni limiti),⁴ e successioni.⁵ La nostra attenzione sarà, invece, ri-

²Così LUPOI, *Conflitti transnazionali di giurisdizioni*, I, Giuffrè, 2002, p. 5.

³Art. 4 del Regolamento (CE) n. 4/2009 del Consiglio, 18 dicembre 2008, relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e alla cooperazione in materia di obbligazioni alimentari. (GU L 007, 10.1.2009, p.1).

⁴Art. 12 del Regolamento (CE) n. 2201/2003 del Consiglio, del 27 novembre 2003, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale. (GU L 338, 23.12.2003, pp. 1 - 29).

⁵Art. 5 del Regolamento (UE) n. 650/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, 4 luglio 2012, relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e

volta alle clausole che i privati, e ancor più frequentemente quei privati che svolgono ordinariamente attività commerciali a livello internazionale, inseriscono nei loro contratti per determinare il giudice competente, prorogando la giurisdizione di uno Stato in deroga a quella di altri.

1.2 SOVRANITÀ, TERRITORIO E GIURISDIZIONE

Quando si esamina il ruolo dell'autonomia privata in una sede quale quella della risoluzione delle controversie caratterizzate da elementi di estraneità, entra in scena uno dei caratteri fondamentali dello Stato sovrano: la giurisdizione. La nozione di giurisdizione è qui intesa nel significato che richiama alla mente dell'internazional-privatista la coesistenza di più ordinamenti giuridici sovrani, tutti accomunati dalla vocazione a manifestare il proprio essere anche attraverso l'esercizio di risoluzione delle controversie: si indica, cioè, l'attività di *ius dicere* in senso lato, intesa come manifestazione autoritativa e statutale riferibile ad una data realtà territoriale.⁶

Punto di riferimento nell'esame di una moderna teoria della giurisdizione è la decisione della Corte permanente di giustizia internazionale nella sentenza resa il 7 settembre 1927 nell'affare del *vapore Lotus*, uno dei principali punti di riferimento forniti dal diritto internazionale in materia:

“... la limitation primordiale qu'impose le droit international à l'État est celle d'exclure - sauf l'existence d'une règle permissive contraire - tout exercice de sa puissance sur le territoire d'un autre État. Dans ce sens, la juridiction est certainement territoriale: elle ne pourrait être exercée hors du territoire, sinon en vertu d'une règle permissive découlant du droit international coutumier ou d'une convention.

“Mais il ne s'ensuit pas que le droit international défend à un État d'exercer, dans son propre territoire, sa juridiction dans toute affaire où il s'agit de faits qui se sont passés à l'étranger et où il ne peut s'appuyer sur une règle permissive du droit international.

“C'est cette liberté que le droit international laisse aux États, qui explique la variété des règles qu'ils ont pu adopter sans opposition ou réclamations de la part des autres États; c'est en

all'esecuzione delle decisioni e all'accettazione e all'esecuzione degli atti pubblici in materia di successioni e alla creazione di un certificato successorio europeo. (GU L 201/07, 27.07.2012, p. 107).

⁶Come ricorda Mario Giuliano in apertura del suo lavoro monografico *La giurisdizione civile italiano e lo straniero*, in Italia si è soliti utilizzare il termine *giurisdizione* in due accezioni assai distanti tra loro. GIULIANO, *La giurisdizione civile italiana e lo straniero*, Giuffrè, 1970, 1 e ss. Il secondo significato, assai familiare sul piano interno, richiama la classificazione delle posizioni soggettive in diritti soggettivi e interessi legittimi e attiene al riparto interno allo Stato (italiano) dell'attività di *ius dicere* tra giurisdizione ordinaria e altre giurisdizioni, in particolare quella amministrativa.

vue d'adopter un remède aux inconvénients qui dérivent de pareille carité qu'on s'efforce, depuis des années, en Europe aussi bien qu'en Amérique, d'élaborer des conventions, dont l'effet serait justement de retrouver la liberté que le droit international laisse actuellement aux États dans cette matière...

*“Dans ces conditions, tout ce qu'on peut demander à un État, c'est ne pas dépasser les limites que le droit international trace à sa compétence; en deçà de ces limites, le titre à la juridiction qu'il exerce se trouve dans sa souveraineté”.*⁷

Il primo e più immediato collegamento che la Corte opera è, quindi, tra potere, territorio e giurisdizione:⁸ ciascuno Stato può, all'interno del territorio sopra il quale esercita un potere, esplicare un'attività giurisdizionale in conformità con il diritto internazionale. In altre parole, la giurisdizione tanto si estende quanto la sovranità stessa.⁹ La pretesa di esercizio del potere (giurisdizionale) sul territorio altrui è consentita solo in virtù di una regola permissiva, quale il consenso di chi su quel territorio esercita la sovranità, salvo poi riconoscere la possibilità per ciascuno Stato di esercitare, con effetti limitati al proprio territorio, la giurisdizione in relazione a qualsiasi affare ultramontano. In sostanza, ciascuno è padrone in casa propria di fare ciò che vuole e decidere anche di casi e fenomeni che si verificano all'estero, ma tale attività, in quanto espressione di un potere, avrà effetti limitati al territorio entro il quale detto potere può essere legittimamente esercitato, a meno che altri ne riconoscano gli effetti. Se poi consideriamo che, in linea di massima, su un territorio vi è un unico soggetto legittimato a esercitare il proprio potere, l'idea espressa dalla Corte permanente di giustizia nel 1927 è quella di una giurisdizione territoriale ed esclusiva.

Una tale nozione, così fortemente legata a un territorio sul quale un'entità sovrana esercita un potere esclusivo e che appare oggi il punto di partenza, ma non di arrivo, del concetto,¹⁰ non è scontata né costante nella storia dell'uomo.¹¹ Al contrario, lo storico ci mostra che in epoca più risalente il

⁷CORTE PERMANENTE DI GIUSTIZIA INTERNAZIONALE, *Caso della S.S. "Lotus" (Francia c. Turchia)*, in *Publications of the Permanent Court of International Justice*, Serie A, No. 10, p. 18 e ss. Nota FALK, *International Jurisdiction: Horizontal and Vertical Conceptions of Legal Order*, in *Temp. L.Q.*, 1958-59, vol. 32, p. 311: “the prohibitive impact of international law upon the discretion of a State to delimit its legal competence is marginal”, affermando che nella determinazione dell'estensione della giurisdizione di uno Stato operano considerazioni “orizzontali” *self-restraint*, piuttosto che comandi precettivi di natura verticale, imposti dall'alto.

⁸PICARDI, *La crisi del monopolio statale della giurisdizione e la proliferazione delle corti* in *Corti europee e giudici nazionali*, Bononia University Press, 2011, p. 19 parla di sovranità, territorio e giurisdizione.

⁹Ibidem.

¹⁰WAUTELET, *What has international private law achieved in meeting the challenges posed by globalisation?* in *Globalisation and Jurisdiction*, Kluwer Law International, 2004, p. 63 e ss.

¹¹Cfr. anche RAUSTIALA, *Does the Constitution Follow the Flag?*, OUP, 2009, p. 9ss.

rapporto tra i due elementi è quasi capovolto: non è il territorio che determina i confini naturali della giurisdizione, ma è l'estensione dell'esercizio dell'*imperium* da parte del Principe che costituisce uno dei metodi per definire l'estensione dei limiti territoriali di una Signoria.¹² La stessa concezione esclusiva della giurisdizione territoriale che pare trasparire dalle parole della Corte, concezione ormai fortemente ridimensionata in questo inizio di Terzo millennio,¹³ è contrapposta alla tendenziale concorrenza di più "giurisdizioni" su uno stesso territorio tipica del Medioevo.¹⁴ In alcune pagine fiorentine ormai celebri, Paolo Grossi ci mostra la natura personale del diritto in quell'epoca, nonché la possibilità che uno stesso individuo fosse soggetto a *droit* differenti a seconda della materia, espressione della coesistenza di una pluralità di ordinamenti entro le stesse porzioni di spazio.¹⁵ Alla pluralità di diritti/ordinamenti in epoca medievale, corrisponde l'esistenza di una pluralità di fori, talvolta concorrenti, talvolta esclusivi, in uno stesso territorio.

La modernità, invece, consacra gradualmente la territorialità della giurisdizione, secondo l'equazione "un territorio, un giudice". Emblematica la concezione della giurisdizione *at common law*, secondo la quale, nella sua forma pura, il potere era esercitabile sui convenuti presenti sul territorio e, al contempo, non era in grado di raggiungere convenuti che si trovasse all'estero.¹⁶ Ci si interroga, semmai, problematicamente sull'eventuale estensione extra-territoriale dell'attività giurisdizionale di uno Stato entro il territorio di un altro.¹⁷ Avverte, però, Kevin Clermont che

"to the extent that the old term 'territorial' suggests that the court's authority to adjudicate turns mainly on the physical power of the sovereign, the term is obsolete and misleading. Nevertheless, the term remains apt because the requirement of territorial authority to adjudicate confines the place of litigation in territorial terms, with the scope of the court's authority being tied to the geographic relationship among the forum, the parties, and the litigation".¹⁸

¹²MARCHETTI, *De Iure Finium. Diritto e confini tra tardo medioevo ed età moderna*, Giuffrè, 2001, pp. 170-74.

¹³Basti pensare al proliferare di organizzazioni transnazionali, più o meno dotate di una loro sovranità e di un sistema di corti.

¹⁴MUSI, *Il feudalesimo nell'Europa moderna*, vol. 1, Il Mulino, 2008.

¹⁵GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Laterza, 2006.

¹⁶Si v. *infra*, 3.2 e 3.5.

¹⁷Cfr. anche la riflessione di KAYAOGU, *Legal Imperialism. Sovereignty and Extraterritoriality in Japan, the Ottoman Empire, and China*, CUP, 2010, p. 3 e ss. sulla relazione tra sovranità e extra-territorialità nel periodo coloniale.

¹⁸CLERMONT, *Civil Procedure*, Foundation Press, 1999, p. 2

1.3 INTERDIPENDENZA E RELAZIONE TRA AUTORITÀ SOVRANE

Per risalire alle origini dell'impostazione accennata, occorre fare riferimento allo scenario che esce dalla pace di Westfalia del 1648 che chiude la guerra dei Trent'anni, segnando il declino delle due entità a vocazione universale, papato e impero, e l'affermazione dello Stato come entità *superiorem non recognoscens*.¹⁹ Tullio Treves mette in guardia dal ritenere la pace di Westphalia come l'origine *tout court* del moderno diritto internazionale, rimanendo pur sempre un *topos* storico seducente. Scrive l'Autore che “[i] complessi eventi politici, economici e sociali che, tra la seconda metà del XV e la prima metà del XVII secolo, hanno dato origine alla moderna società internazionale si sostanziano, in definitiva, nell'equilibrio raggiunto tra un duplice ordine di situazioni, ciascuna operante in un senso apparentemente antitetico riguardo all'altra. Da una parte, la giustapposizione di una pluralità di autorità politiche indipendenti l'una rispetto all'altra, coscienti e gelose della loro supremazia interna ed esterna, arbitre supreme dei destini dei popoli da esse governati, e determinate a salvaguardare questa loro posizione e, se possibile, ad estenderla. Dall'altra parte, l'interdipendenza di queste medesime autorità in funzione di esigenze interne ed esterne ed il conseguente stabilimento di una loro regolare vita di relazione onde soddisfare tali esigenze”.²⁰

La nuova concezione dello Stato prepara la strada all'idea del confine territoriale come limite ideale di efficacia del comando giuridico e, di riflesso, al problema del ruolo riconosciuto all'autonomia privata nel determinare il foro chiamato a risolvere le controversie tra privati.

Si è detto che la moderna società internazionale vede gli Stati organizzati in una società paritaria “sostanzialmente privatistica”, basata sulla giustapposizione e sull'(eventuale) coordinamento.²¹ In uno scenario composto da realtà indipendenti tra di loro si pone anche il problema dell'efficacia degli atti sovrani che ogni entità può legittimamente compiere sul proprio terreno di competenza, ma che sono privi di fondamento (autoritativo) una volta varcato il confine nazionale.

Lo sfondo che andiamo dipingendo vede, dunque, ciascuno Stato al più indifferente nei confronti dell'attività svolta dai propri pari al di là dei confini territoriali, e al contempo astrattamente capace di spiegare la propria giurisdizione senza alcun limite,²² ancora una volta noncurante della sorte riservata alle proprie decisioni una volta varcate le soglie della nazione.²³ A fronte di tale estensione teorica, osserva, però, Gaetano Morelli,

¹⁹TREVES, *Diritto internazionale. Problemi fondamentali*, Giuffrè, 2005, pp. 5-7.

²⁰Ivi, p. 13.

²¹Ivi, p. 23.

²²V. anche *infra* la nota 34.

²³GIULIANO, *La giurisdizione*, cit., pp. 6-10 mostra di preferire una visione di autonomia degli Stati nella determinazione della propria giurisdizione.

“[è] astrattamente concepibile che lo Stato eserciti illimitatamente la propria giurisdizione; la eserciti cioè, per la composizione di tutte le possibili liti, anche di quelle che con esso non fossero in alcuna guisa collegate. (...) Ma, nella realtà, le cose vanno ben diversamente, perché lo Stato, sia in considerazione della esistenza di Stati stranieri esercitanti anch’essi la giurisdizione sia in esecuzione di obblighi internazionali sia semplicemente in considerazione del proprio interesse (...) limita la propria giurisdizione, determinando in base a dati criteri, le liti rispetto alle quali essa può esercitarsi”.²⁴

Tuttavia, nonostante che una moderna teoria dello Stato prepari la strada ad una visione atomistica del potere giurisdizionale, un’effettiva chiusura delle frontiere nazionali alle decisioni prodotte negli altri paesi si compie con maggior forza nell’avvicinamento al secolo XX e, poi, nella prima metà del ’900. Né la Rivoluzione borghese dei francesi del 1789, né lo slancio illuminista dello stato nazionale producono la completa impermeabilizzazione dell’ordinamento rispetto all’estero. Roberto Martino, descrivendo l’approccio in tema di giurisdizione internazionale nella prima legislazione unitaria italiana ispirata da Giuseppe Pisanelli, mostra l’aspirazione a un sistema universale e razionale: “le regole del diritto processuale internazionale devono essere dedotte da principi di valore generale e costante per ogni ordinamento, in quanto espressione di una comunità di diritto, relativa a tutto il genere umano” e “poco importa che le regole poste dall’ordinamento ... non trovino rispondenza in quelle poste da altri ordinamenti e che l’apertura possa essere unilaterale e non reciproca. Ciò non intacca la razionalità del sistema, il suo carattere tendenzialmente generale”.²⁵ Lo stesso Autore riporta come la dottrina dell’epoca avesse concluso per una diretta efficacia di cosa giudicata in Italia delle sentenze straniere.²⁶ E anche un grande giurista quale Tobias Asser afferma al volgere del secolo che “il ne sera pas difficile, croyons-nous, de déterminer, pour chaque procès, quel en est le juge naturel et d’arriver sur ce point à un accord international”.²⁷

La mancata chiusura potrebbe, certo, essere spiegata notando che nel Sette-Ottocento la dimensione transnazionale dei traffici è, in fondo, piuttosto esigua e quindi il problema in esame si pone con toni non particolarmente allarmanti. Per Claudio Consolo, la ragione della chiusura degli ordinamenti all’inizio del secolo scorso è, infatti, da ricercarsi non solo in una matrice ideologica, ma nella causa prima sottostante che “ancora a metà dell’Ot-

²⁴MORELLI, *Diritto processuale civile internazionale*, vol. 1, CEDAM, 1954, p. 87 e ss.

²⁵MARTINO, *Limiti della giurisdizione nelle controversie transnazionali in La giurisdizione nell’esperienza giurisprudenziale contemporanea*, Giuffrè, 2008, pp. 12-14.

²⁶Ivi, p. 16.

²⁷ASSER, *Droit international privé ou du conflit des lois*, vol. 317, Rousseau - Paris, 1884, p. 154. Le vicende che saranno descritte nel 4^o capitolo mostrano come, a più di un secolo di distanza, l’auspicio di Asser è rimasto poco più che un *desiderata*.

to cento vi erano venti-trenta Stati, specie potenze europee o americane, di valori largamente comuni o, diversamente, distantissimi e non interessati da grandi fenomeni migratorii, mentre gli sporadici affari extracontinentali avvenivano ad un livello sul quale la *lex mercatoria* rendeva ben infrequente l'esigenza di circolazione delle sentenze. Ben diversa la situazione prodottasi al volger del secolo anche in relazione alle evoluzioni del tardo colonialismo e all'assopirsi della stessa vicinanza fra le potenze europee".²⁸

Crediamo, però, che ad essere diversa sia l'attitudine stessa dello Stato nei confronti, in particolare, del potere dei privati di designare autonomamente il foro competente e in generale nei confronti del fenomeno giurisdizionale in materia civile. Ne è esempio la stessa definizione di "deroga" alla giurisdizione che, come sottolinea Giorgio Gaja, risponde all'idea ottocentesca delle parti munite di un potere normativo tale da derogare alle norme statali sulla giurisdizione,²⁹ concezione che, invece, mal si sposa con la visione statualista che viene affermandosi in Europa nel corso del '900.³⁰

Qualcosa muta nel passaggio al Secolo breve, serrando le frontiere degli Stati in un affanno autarchico che non risparmia l'attività giurisdizionale.³¹ Nel primo '900 si ha un passaggio da una concezione privatistica a una concezione pubblicistica della giurisdizione³² e muta la relazione tra lo Stato e i propri cittadini. Dopo aver segnato con le codificazioni ottocentesche il passaggio dal diritto dei privati al diritto pubblico delle relazioni tra privati,³³

²⁸ CONSOLO, *Evoluzioni nel riconoscimento delle sentenze*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1997, vol. 3, p. 577.

²⁹ GAJA, *La deroga alla giurisdizione italiana*, Padova, 1971, p. 3.

³⁰ Cfr., ad esempio l'affermazione di PERILLO, *Selected Forum Agreements in Western Europe*, in *Am. J. Comp. L.*, 1964, vol. 13, p. 162: "Although selected forum agreements traditionally have been discussed in terms of whether they effectively 'confer' or 'oust' jurisdiction, the terms 'confer' and 'oust' are inappropriate unless they be clearly understood as shorthand expressions for what really occurs. When parties agree to 'confer' exclusive jurisdiction on the courts of state 'A,' they agree merely to surrender their legal privileges to bring an action in any other state, and at the same time, they have agreed to surrender their privileges to object to the jurisdiction of state 'A.' If the agreement is enforced, it cannot truly be said that jurisdiction has been conferred or ousted by the parties. Jurisdiction is exercised or withheld only by force of the law that gives effect to the parties' agreement. If this analysis is accepted, it is still permissible to speak of the 'conferring' or 'ousting' of jurisdiction by contract so long as we do not allow this terminology to mislead us into thinking that parties can undermine or augment the powers of states or courts when they bargain away merely their own legal privileges".

³¹ Afferma GUZMAN, *Choice of Law: New Foundations*, in *Geo. L.J.*, 2001-02, vol. 90, p. 885: "in the early part of the twentieth century virtually any form of extraterritorial jurisdiction was considered an infringement on the sovereignty of other nations", citando la celebre decisione *American Banana Co. v. United Fruit Co.*, 213 U.S. 347, 356 (1909): "the general and almost universal rule is that the character of an act as lawful or unlawful must be determined wholly by the law of the country where the act is done".

³² Non solo in Italia, GAJA, *La deroga alla giurisdizione*, cit., pp. 24-32.

³³ L'espressione è di Paolo Grossi. Già nel 1804 il *Code Civil* francese opera una transizione a livello giurisdizionale dal principio *actor sequitur forum rei* a quello, pro attore, della nazionalità delle parti in causa. Cfr. art. 14 del *Code civil*: "L'étranger, même non

il XX secolo osserva un ingresso prepotente dello Stato nella vita stessa dei consociati, nell'economia e nel costume. Una produzione legislativa inedita investe interi settori prima negletti del diritto e incide in modo rilevante sugli aspetti sociali e culturali del sistema, aspirando a indirizzare e controllare l'attività dei privati. Questo dato si nota con la massima forza nei regimi totalitari, laddove uno Stato divenuto 'etico' intende mostrare al cittadino cosa e come deve essere. Lo Stato interventista, nazionalista e con venature più o meno moraliste è ostile al tentativo dei privati di estromettere i propri organi di controllo, cioè i giudici. Nel primo '900, da un lato la giurisdizione degli Stati è esorbitante e pressoché illimitata,³⁴ dall'altro l'atteggiamento nei confronti degli accordi di deroga alla giurisdizione è accomunato da un marcato sfavore in Europa continentale³⁵ e negli Stati Uniti.³⁶

1.4 VERSO L'AUTONOMIA DELLE PARTI NELLA SCELTA DEL FORO

A partire dal secondo dopoguerra si assiste, invece, a un'inversione di tendenza che coinvolge anche il piano sopranazionale. Nel 1958 è firmata sotto l'egida dell'ONU, costituitasi poco tempo prima, la Convenzione di New

résidant en France, pourra être cité devant les tribunaux français, pour l'exécution des obligations par lui contractées en France avec un Français; il pourra être traduit devant les tribunaux de France, pour les obligations par lui contractées en pays étranger envers des Français". V. DEVRIES e LOWENFELD, *Jurisdiction in Personal Actions - a Comparison of Civil Law Views*, in *Iowa L. Rev.*, 1958-59, vol. 44, pp. 316-330.

³⁴Ricordiamo le regole di due di paesi che non affronteremo oltre in questo lavoro: l'art. 14 del *Code Civil* francese citato, il quale consente essenzialmente a ogni attore francese di agire in Francia, e il 23 del *ZPO* che consente la piena giurisdizione tedesca quando è presente una proprietà, anche intangibile, del convenuto in Germania, CLERMONT, *Civil Procedure*, cit., pp. 13-14; DEVRIES e LOWENFELD, *Jurisdiction in Personal Actions*, cit.

³⁵Scrive PERILLO, *Selected Forum Agreements in Western Europe*, cit., p. 164 nel 1964: "In Europe (...) prorogation clauses find widespread recognition, particularly in pecuniary matters. However, when the derogation aspects of an exclusive forum clause are in issue, less favor is shown". V. Ivi, pp. 164-65 per un *excursus* sulla situazione in alcuni Stati europei negli anni '60.

³⁶L'Inghilterra, sebbene fosse affermato il principio secondo il quale è "contrary to public policy to oust the jurisdiction of the courts by private agreement", *Czarnikow v Roth Schmidt & Co* [1922] 2 KB 478, riconosce la validità degli accordi sul foro almeno dalla fine del '700. V. *infra* il paragrafo 3.2.

La chiave di lettura della relazione tra autonomia privata e giurisdizione non deve essere intesa tanto solo in un senso filosofico e giuridico, ma anche in una dimensione storica. Come afferma Lupoi, nel diritto processuale internazionale "lo spirito dei tempi si fa sentire più che in molti altri campi del diritto processuale civile. Seppure le singole normative non siano necessariamente lo specchio di un determinato tipo di regime politico, è senz'altro vero che periodi storici caratterizzati da tensioni e conflitti internazionali sono normalmente incompatibili con normative od orientamenti sensibili alla dimensione pluralista del concorso di giurisdizioni". LUPOI, *Conflitti transnazionali di giurisdizioni*, I, cit., p. 11. In un periodo come la prima metà del '900, caratterizzato da profonde ostilità e diffidenza reciproca degli Stati, è naturale che anche l'attività giurisdizionale ne risenta.

York sull'arbitrato internazionale, forse ancora oggi uno dei maggiori successi della cooperazione tra Stati in materia di regole condivise sulla risoluzione delle controversie.³⁷ Dalla fine degli anni '60,³⁸ e soprattutto nel corso degli anni '70, si assiste a un progressivo aprirsi delle frontiere giudiziarie tra gli Stati a livello regionale e a un lento limitarsi delle giurisdizioni esorbitanti dei vari paesi.³⁹ Nel 1968 viene elaborata su impulso della nascente Comunità Economica Europea, la cui costituzione è già di per sé spia del profondo cambiamento in corso, la Convenzione di Bruxelles. Si tratta del primo nucleo di un diritto giudiziario europeo, creato dai i paesi fondatori delle tre Comunità e destinato oggi a comprendere tutti gli Stati membri⁴⁰ in una serie sempre più estesa di materie. Oltreoceano, nel '72, le corti statunitensi abbandonano la storica diffidenza nei confronti degli accordi sulla

³⁷V., *infra*, il paragrafo 1.5.

³⁸In tali anni LENHOFF, *The Parties' Choice of Forum*, cit., p. 414 scrive: "Everywhere in the modern world, on an ever-increasing scale, parties to contracts are indicating a preference for tribunals of their own choosing. Advance determination of the forum is the best method of avoiding jurisdictional controversies in an age which has not yet developed a truly international jurisdiction. How the law of a country deals with such jurisdictional agreements is an indication of its ability to meet the exigencies of international business. Thus, the legal problems centering about the autonomy of the parties with regard to choice of a forum are of world-wide significance".

³⁹CLERMONT, *Civil Procedure*, cit., p. 12: "The twentieth century's shift from a laissez-faire to a social-welfare philosophy has favored plaintiffs' desire for long jurisdictional reach, but a more recent pro-business outlook has produced cutbacks to protect defendants from litigiousness. The only constant is change". Cfr. anche VON MEHREN e TRAUTMAN, *Jurisdiction to Adjudicate: A Suggested Analysis*, in *Harv. L. Rev.*, 1966, vol. 79, n. 6, pp. 1126-27: "in an international context - and even within the United States in some respects - the problems of adjudicatory jurisdiction and recognition are not identical. At least in the international sphere a state may rationally wish to assert jurisdiction when it would not recognize another state's assertion of jurisdiction in a comparable situation. And a judgment can, as a practical matter, often be made fully, or at least partially, effective without relying upon its recognition elsewhere. Nonetheless, in establishing bases for jurisdiction in the international sense, a legal system cannot confine its analysis solely to its own ideas of what is just, appropriate, and convenient. To a degree it must take into account the views of other communities concerned. Conduct that is overly self-regarding with respect to the taking and exercise of jurisdiction can disturb the international order and produce political, legal, and economic reprisals". Secondo WAUTELET, *What has international private law achieved*, cit., p. 77, "the idea of a single natural forum for each dispute is an illusion. We should therefore start from the premise that several States will be able to claim jurisdiction for the same dispute and move towards the idea of cooperation between States with a substantial interest in solving the dispute. Jurisdiction should not be thought of as a unilateral decision by a single State, but more as an exercise in cooperation between the States involved".

⁴⁰La Danimarca, come è noto, non è vincolata automaticamente dal diritto europeo in materia processuale. Per tale motivo è stato necessario stipulare un accordo internazionale tra Unione Europea e Danimarca che ha esteso l'applicabilità del sistema Bruxelles I anche per quel paese. Accordo del 19 ottobre 2005 tra la Comunità europea e il Regno di Danimarca concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, GU L 299 del 16.11.2005, pag. 62.

giurisdizione nel celebre caso *Bremen v. Zapata*.⁴¹ Nei decenni si sviluppano organizzazioni per il commercio internazionale⁴² e vi è un fiorire di convenzioni settoriali, le quali non di rado dedicano alcune disposizioni anche al diritto processuale.⁴³ L'idea stessa di esclusività dello Stato nazionale è messa in crisi dal moltiplicarsi di centri di produzione normativa e di tribunali sovranazionali, nonostante che, probabilmente, non possa affermarsi una vera riscoperta della *lex mercatoria* o un ritorno dalla *loi al droit*.⁴⁴

Lo spirito dei tempi nel campo del diritto internazionale privato è forse meglio sintetizzato dal progetto di una convenzione internazionale a vocazione universale su giurisdizione e riconoscimento delle decisioni in materia civile e commerciale che ha impegnato alcuni studiosi al volgere del XX secolo. Dalle ceneri del progetto complessivo, dato per fallito ma oggi in nuovo fermento, è nata una convenzione dedicata agli accordi sul foro,⁴⁵ segno tangibile che l'autonomia delle parti nella scelta del foro in materia di commercio è, ormai, un dato consolidato. Per usare le parole di Patrick Wautelet, il principio dell'autonomia delle parti può essere considerato oggi un *acquis of the modern law of jurisdiction*.⁴⁶ La domanda originaria se i privati possano derogare all'autorità giurisdizionale di uno Stato è, quindi,

⁴¹ *The Bremen v. Zapata Off-Shore Co.*, 407 U.S. 1 (1972). V. *infra* il paragrafo 3.5.

⁴² Dagli accordi GATT/GATS al WTO (OMC), al regime ICSID sviluppatosi sotto l'egida della Banca Mondiale.

⁴³ BERMAN, *Global Legal Pluralism*, in *S. Cal. L. Rev.*, 2006-07, vol. 80, p. 1157 afferma efficacemente: “[w]e inhabit a world of multiple normative communities”. È probabilmente corretto ritenere che il grande motore che ha contribuito a scardinare i confini giuridici dei singoli ordinamenti sia stato, ancora una volta nella storia dell'uomo, il commercio. Cfr. BRIGGS, *Agreements on Jurisdiction and Choice of Law*, OUP, 2007, p. 25. In un mondo nel quale le distanze si sono ridotte e i flussi finanziari e commerciali hanno prepotentemente travolto i confini nazionali, è anacronistico anche solo pensare alla possibilità di una chiusura in un'autarchia giurisdizionale del singolo Stato davanti a nuovi spazi per loro natura interdipendenti e non territoriali. Un esempio è internet, come evidenziato dal caso che ha coinvolto Yahoo!, *Ligue contre le racisme et l'antisémitisme et Union des étudiants juifs de France c. Yahoo! Inc. et Société Yahoo! France*, Tribunal de grande instance de Paris, ordonnance de réfère du 20 nov. 2000. V. CHANDER, *Trade 2.0*, 34 *Yale J. Int'l L.* 281 (2009), pp. 292-96. Un altro sono casi di interessi nazionali strategici configgenti, ad esempio la lunga *querelle* tra Unione Europea e Stati Uniti nella fusione tra Boeing e McDonnell-Douglas, opposta da Airbus, o la saga della maxi-fusione tra General Electric e Honeywell. V. JOHNSTON e POWLES, *The Kings of the World and Their Duke's Dilemma: Globalisation, Jurisdiction and the Rule of Law in Globalisation and Jurisdiction*, Kluwer Law International, 2004, pp. 26-28.

⁴⁴ Cfr. Ivi, p. 20. In molti dubitano dell'esistenza, oggi, di una vera comunità dei mercanti e di una *lex mercatoria*. TREVES, *Diritto internazionale*, cit., p. 651 e ss. Lo Stato rimane il dato di partenza fondamentale del sistema e attore imprescindibile. Affermano JOHNSTON e POWLES, *The Kings of the World*, cit., p. 52 “[t]he nation state remains a key building block in the international system, but as a notion it is no longer the only type of brick in the wall”. V. anche PICARDI, *La crisi del monopolio statale della giurisdizione*, cit., pp. 22-30.

⁴⁵ Su entrambi i temi v. estesamente il capitolo 4.

⁴⁶ WAUTELET, *What has international private law achieved*, cit., p. 70.

capovolta: una volta affermata la tendenziale libertà delle parti di scegliere, quali limiti possono e devono essere posti?

1.5 ACCORDI SUL FORO E ARBITRATO

In conclusione di questa breve introduzione su alcuni concetti affini e laterali al tema di indagine, pare opportuno spendere due parole sulla relazione tra accordi sul foro e arbitrato,⁴⁷ istituti che presentano punti di contatto e analogia.⁴⁸ Nelle parole di Adrian Briggs:

“Arbitration agreements have something in common with jurisdiction agreements; and many of the issues which arise for discussion concern the extent to which law established in relation to the one kind of agreement translate to the other legal context. (...) The authorities and the arguments may not be completely interchangeable, but they are very substantially the same”.
Tuttavia, avverte l’Autore, “the differences are also significant”.⁴⁹

L’arbitrato ha storicamente incontrato il favore degli ordinamenti, specialmente di *common law*, in un momento anteriore rispetto agli accordi sul foro, rappresentando il primo passo verso il riconoscimento dell’autonomia delle parti in materia di risoluzione delle controversie. Un esempio di tale percorso è costituito dal Federal Arbitration Act⁵⁰ adottato nel 1925 dal Congresso americano per superare l’ostilità mostrata dalle corti nei confronti delle clausole compromissorie⁵¹ e indicato come uno dei fattori che ha contribuito, cinquant’anni più tardi, al cambiamento di prospettiva nel campo degli

⁴⁷Sull’arbitrato commerciale internazionale si v. i classici BORN, *International Commercial Arbitration*, Wolters Kluwer, 2009; REDFERN et al., *Redfern and Hunter on International Arbitration*, OUP, 2009; GAILLARD e SAVAGE, *Fouchard Gaillard Goldmann on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1999. V. anche PARK, *Bridging the Gap in Forum Selection: Harmonizing Arbitration and Court Selection*, in *Transn’l L. & Contemp. Prob’s*, 1988, vol. 8, p. 19.

⁴⁸Sia gli uni che l’altro hanno alla base un accordo che mira a influire sul profilo della risoluzione di eventuali controversie. Entrambi, visti nell’ottica negativa, comportano un tentativo di derogare alla giurisdizione di un certo ordinamento. Non è un caso che l’ordinamento italiano ancora oggi consideri il fenomeno unitariamente sotto la rubrica di “deroga alla giurisdizione”, GAJA, *La deroga alla giurisdizione*, cit., 9 ss. a In *Scherk v. Alberto-Culver Co.*, 417 U.S. 506, 519 (1974), la Corte Suprema afferma che “an agreement to arbitrate before a specified tribunal is, in effect, a specialized kind of forum-selection clause”.

⁴⁹BRIGGS, *Agreements on Jurisdiction*, cit., p. 137. Prosegue l’A., “where the common law still operates, in the large spaces left by the legislation the terms ‘jurisdiction’ and ‘arbitration’ could almost always be substituted for each other, with no significant changes of result or of meaning. These two are way of providing the resolution of disputes, and their difference in result should not blind one to their original contractual similarity”. Ivi, p. 199

⁵⁰9 U.S.C. § 1

⁵¹La Corte Suprema è costante nel sottolinearlo. V., *inter alia*, *Buckeye Check Cashing, Inc. v. Cardegna*, 546 U.S. 440, 443 (2006): “Section 2 [of the Federal Arbitration Act]

accordi sul foro con la decisione della Corte Suprema in *Bremen*.⁵² Anche in Inghilterra, il primo *statute* che contiene disposizioni permissive in materia di accordi per la risoluzione delle controversie, adottato nel 1854,⁵³ riguarda solo la convenzione arbitrale. Occorre attendere vent'anni per osservare l'estensione del principio ad opera della giurisprudenza.⁵⁴

Un ultimo esempio è rappresentato dalla Convenzione di New York del 1958,⁵⁵ della quale sono ormai parte ben 147 paesi. La Convenzione di New York, ratificata estesamente in un momento nel quale non erano, forse, immaginabili l'intensità e la diffusione transnazionale dei traffici e, dunque, prevederne la portata, ha costruito un meccanismo relativamente semplice e uniforme per la determinazione della validità della clausola compromissoria e per la circolazione del lodo, ossia il riconoscimento e l'esecuzione della decisione degli arbitri.⁵⁶

embodies the national policy favoring arbitration and places arbitration agreements on equal footing with all other contracts"; *Shearson/Am. Express, Inc. v. McMahon*, 482 U.S. 220, 226 (1987): il Federal Arbitration Act "establishes a 'federal policy favoring arbitration'"; *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, 473 U.S. 614, 631 (1985) che afferma "the emphatic federal policy in favor of arbitral dispute resolution"; *Southland Corp. v. Keating*, 465 U.S. 1, 10 (1984): "In enacting § 2 of the [FAA], Congress declared a national policy favoring arbitration and withdrew the power of the states to require a judicial forum for the resolution of claims which the contracting parties agreed to resolve by arbitration"; e, infine, *Moses H. Cone Memorial Hosp.*, 460 U.S. 1, 24 (1983) "Section 2 [of the FAA] is a congressional declaration of a liberal federal policy favoring arbitration agreements, notwithstanding any state substantive or procedural policies to the contrary".

⁵²BORN e RUTLEDGE, *International Civil Litigation in United States Courts*, Kluwer, 2007, pp. 1164-66.

⁵³*Common Law Procedure Act* (1854).

⁵⁴*Law v. Garret*, 8 Ch. D. 26 (1878). KAHN-FREUND, *Jurisdiction Agreements: Some Reflections*, in *Int'l & Comp. L. Quart.*, 1977, vol. 26, n. 4, p. 825, riporta al volgare degli anni '70: "Academic writers in this country have . . . paid comparatively little attention to [foreign jurisdiction clauses], far less than to international arbitration agreements".

⁵⁵Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards. V. anche BUXBAUM, *Forum Selection in International Contract Litigation: the Role of Judicial Discretion*, in *Willamette J. Int'l L. & Dis. Res.*, 2004, vol. 12, pp. 200-01.

⁵⁶BORN, *Planning for International Dispute Resolution*, in *J. Int'l Arb.*, 2000, vol. 17(3), p. 72: "if enforcement abroad is important or if a favourable local forum cannot be obtained in negotiations, then international arbitration in a favourable or neutral forum is generally the most desirable alternative". Naturalmente non è possibile annullare le incertezze. Ci piace ricordare qui un noto e recente caso nel quale il giudice inglese, applicando il diritto francese, ha annullato alcuni lodi arbitrali, ritenendo che una delle parti non fosse vincolata alla convenzione arbitrale (*Dallah Real Estate and Tourism Holding Company v. The Ministry of Religious Affairs, Government of Pakistan*, [2010] UKSC 46), mentre il giudice francese è giunto, applicando il medesimo diritto, alla conclusione opposta. *Cour d'appel de Paris*, 17 febbraio 2011, *Gouvernement du Pakistan – Ministère des affaires religieuses c/ Société Dallah Real Estate and Tourism Holding Company*. Cfr. BERMAN, *The UK Supreme Court Speaks to International Arbitration: Learning from the Dallah Case*, 22 *Am. Rev. Int'l Arb.* 1 (2011). Questo elemento rende l'arbitrato, ad oggi, uno strumento di gran lunga preferibile rispetto ad un accordo sul foro per la risoluzione delle controversie internazionali, se ciò che interessa sono certezza e prevedibilità. Ivi, p. 62; LUPOI, *Confitti*

Anche in questo campo gli accordi sul foro seguono, con circa cinquant'anni di ritardo, la strada tracciata dall'arbitrato con il tentativo di una Convenzione sugli accordi di scelta del foro, firmata nel 2005 all'Aja, ma non ancora entrata in vigore.⁵⁷

Data l'affinità tra accordi sulla giurisdizione e arbitrato, nonché la maggior esperienza che si è venuta formando nel secondo ambito, alcune delle soluzioni esposte in punto di patti sul foro potrà, talvolta, essere debitrice delle elaborazioni operate dalla prassi dell'arbitrato internazionale, come nel caso della qualificazione della natura dell'accordo ai fini della determinazione della legge applicabile,⁵⁸ dei limiti posti all'autonomia privata nella deroga della giurisdizione o del concetto di autonomia della clausola stessa dal contratto nel quale è inserita.⁵⁹

transnazionali di giurisdizioni, I, cit., pp. 42-48. L'intento di una delle parti potrebbe anche essere quella di guadagnare un vantaggio sull'altra, scegliendo il meccanismo di risoluzione delle controversie preferito oppure cercando di attrarla in un foro non desiderato.

Ulteriori caratteri dell'arbitrato tradizionalmente addotti come vantaggi sono elementi quali l'intrinseca flessibilità, la possibilità di determinare il corso della procedura, di scegliere gli arbitri incaricati di risolvere la controversia, potendo, quindi, ricercare competenze specialistiche, la maggiore riservatezza, nonché una certa speditezza. I costi possono, però, variare a seconda della natura *ad hoc* o amministrata dell'arbitrato, del valore in causa e di altre circostanze; le regole di procedura possono essere abbastanza rigide nel caso di scelta di un arbitrato amministrato; e quanto alla lunghezza della procedura, le caratteristiche concrete del problema sottoposto agli arbitri sono spesso fattori determinanti. V., tra tanti, BORN, *International Arbitration and Forum Selection Agreements: Drafting and Enforcing*, Wolters Kluwer, 2010; BORN, *Planning for International Dispute Resolution*, cit.

⁵⁷V. *infra* il capitolo 4. L'assenza di un regime ampiamente condiviso, sullo stampo di quello creato dalla Convenzione di New York, in materia di accordi sul foro si fa sentire due volte: sia per gli ostacoli che incontra la circolazione della decisione emessa dal giudice eletto, che, nella fase anteriore, per la mancanza di uniformità in sede di *enforcement* dell'accordo stesso, il quale potrebbe essere onorato da alcuni ordinamenti e non in altri. BORN, *Planning for International Dispute Resolution*, cit., p. 71.

⁵⁸V. *infra* il paragrafo 2.4.

⁵⁹V. *infra* il paragrafo 3.10.

CAPITOLO 2

ACCORDI SULLA GIURISDIZIONE E DISCIPLINA POSITIVA: EUROPA E ITALIA

2.1 INTRODUZIONE

Nelle pagine che seguono disegneremo i tratti fondamentali degli ordinamenti coinvolti nell'esercizio di comparazione. Questo capitolo vedrà l'analisi del fenomeno attraverso le lenti del diritto positivo rappresentato dalla disciplina europea, con riferimenti anche alle soluzioni elaborate dall'ordinamento italiano. Entrambi i sistemi pongono l'accento sulla verifica del rispetto dei requisiti, in particolare formali, previsti dalla norma, e cioè sul momento della formazione dell'accordo sulla giurisdizione. Per tale motivo qui ci concentreremo su tali aspetti, oltre ad affrontare il nodo della determinazione della legge applicabile e dei rapporti con gli istituti dell'accettazione tacita del foro e della litispendenza che hanno impegnato a lungo la dottrina e la giurisprudenza europea. Il prossimo capitolo affronterà, invece, la concezione, ai nostri occhi peculiare, degli accordi sulla giurisdizione nel mondo della *common law* che nelle sue componenti fondamentali inglese e americana presenta alcuni punti di contatto e di divergenza.¹ Centrale in entrambe le esperienze è l'aspetto dell'*enforceability* degli accordi sul foro e, dunque, di tale profilo ne tratteremo in quella sede. Sarà anche l'occasione per affrontare la questione dell'autonomia della clausola sulla giurisdizione rispetto al contratto e degli effetti del patto. Non mancheranno, anche in questi temi, ampi riferimenti alle soluzioni adottate dal diritto europeo. Nell'ultimo

¹Nelle efficaci parole di LUPOI, *Conflitti transnazionali di giurisdizioni*, I, Giuffrè, 2002, p. 132: "A livello di *policies*, nei paesi di *common law*, le norme sulla giurisdizione sono (almeno formalmente) utilizzate come strumento per collegare ogni fattispecie al giudice più "appropriato" per la singola decisione, per contrastare il *forum shopping*. Nei paesi di *civil law*, per converso, l'esigenza più avvertita è quella di garantire certezza e prevedibilità all'esercizio della giurisdizione; pertanto, le norme relative vanno applicate in modo meccanico al ricorrere dei rispettivi presupposti di fatto".

capitolo, infine, proporremo una panoramica del tentativo di sintesi delle due esperienze costituito dalla redazione di una convenzione internazionale sugli accordi di scelta del foro in seno alla Conferenza dell'Aja sul diritto internazionale privato.²

Il primo termine di paragone è costituito, dunque, dall'esperienza di diritto positivo rappresentata da Europa e Italia. Occorre premettere la differenza strutturale che corre tra i due ordinamenti: l'uno ha natura transnazionale, destinato a dettare regole uniformi per una pluralità di Stati membri, l'altra è norma nazionale, per definizione unilaterale. Traducendo questa eterogeneità sul piano della disciplina degli accordi sulla giurisdizione, ne consegue che, tipicamente, la norma interna concentra la propria attenzione sul profilo negativo del patto sulla giurisdizione, ossia sull'effetto di deroga, definendone la portata nei confronti del proprio ordinamento. Non stupisce, naturalmente, che l'effetto attributivo della proroga sia generalmente visto come non problematico, eccezion fatta per la (improbabile?) minaccia all'efficienza della macchina giudiziaria.³ La disciplina europea, al contrario, considera e regola nell'ampio ambito territoriale dell'Unione Europea entrambi i profili, con il fine ulteriore di garantire un coordinamento tra le varie giurisdizioni e di consentire la produzione di un'unica decisione destinata a circolare entro lo spazio giudiziario europeo.

Ciò premesso, Italia e Unione Europea condividono i caratteri tipici della tradizione di *civil law* nel modo in cui si accostano al problema della giurisdizione e degli accordi sulla giurisdizione. L'ordinamento europeo pare, addirittura, "più realista del Re" nell'accogliere una visione formalista, impermeabile alle influenze che provengono dall'esperienza inglese di *common law*, consacrando, in quest'ambito del diritto europeo, la netta prevalenza dell'influenza continentale su quella insulare.⁴ Ne sono riprova non solo l'adozione di criteri rigidi sulla base dei quali viene distribuita, a mo' di competenza territoriale, la giurisdizione tra i vari Stati membri dell'Unione, ma anche una serie di pronunce interpretative della Corte di giustizia che hanno negato cittadinanza europea ad alcuni fondamentali istituti con i quali il *common law* regola l'esercizio della giurisdizione.⁵

Carattere comune delle discipline continentali è la centralità del profi-

²V. *infra* il capitolo 4.

³A onor del vero, non si rilevano norme che prendano in conto il profilo da ultimo menzionato, né nella disciplina italiana, né nella disciplina europea. L'unico ordinamento che pare prendere in considerazione il problema dell'affollamento del *docket* dei giudici è rappresentato dagli Stati Uniti che, nell'operare l'analisi del *forum non conveniens*, tengono conto anche di tale elemento. V. *infra* nota 126 a pagina 142.

⁴In altre parti no, v. TROCKER, *La formazione del diritto processuale europeo*, Giapichelli, 2011. Un esempio dell'influsso del *common law* si può osservare nel superamento ad opera della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di Giustizia europea del semplice diritto di accesso a un giudice e nell'elaborazione del diritto a un rimedio effettivo.

⁵Si tratta, ad esempio, dei casi *Owusu c. Jackson*, *Turner c. Grovit* e *West Tankers* sui quali torneremo *infra* nel paragrafo 3.12.

lo formale dell'accordo sulla giurisdizione. L'osservazione è particolarmente valida per il diritto processuale europeo che cristallizza nel rispetto dei requisiti formali la finalità di protezione del "consenso effettivo" delle parti, tanto che le sorti del primo influenzano direttamente il secondo. A livello nazionale l'attenzione al requisito formale è meno ossessiva, richiesto *ad probationem tantum* e non per la validità del patto, mentre rilevante è l'ambito di applicazione limitato all'instabile categoria dei "diritti disponibili".

2.2 LA NORMA EUROPEA RELATIVA AGLI ACCORDI SULLA GIURISDIZIONE

Sulla Convenzione di Bruxelles del 1968 e il Regolamento 44/2001 ("Bruxelles I") molto è stato detto e scritto, così che è possibile in questa sede operare un generico rinvio.⁶ Ci concentreremo, invece, sulla disciplina europea relativa

⁶Si v., *inter alia*, CARBONE, *Lo spazio giudiziario europeo in materia civile e commerciale*, Giappichelli, 2009; CARBONE, FRIGO e FUMAGALLI, *Diritto processuale civile e commerciale comunitario*, Giuffrè, 2004; MARI, *Il diritto processuale civile della Convenzione di Bruxelles: il sistema della competenza*, vol. 1, CEDAM, 1999; POCAR, *La Convenzione di Bruxelles sulla giurisdizione e l'esecuzione delle sentenze*, Giuffrè, 1995; SALERNO, *La Convenzione di Bruxelles del 1968 e la sua revisione*, CEDAM, 2000. In lingua straniera si v. BRIGGS e REES, *Civil Jurisdiction and Judgments*, Informa Professional, 2005; DICEY, MORRIS e COLLINS, *The Conflict of Laws*, Sweet & Maxwell, 2006; MAGNUS, *Art. 23 in Brussels I Regulation*, Sellier, 2007; GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2010. Per un resoconto in chiave storica, NEWTON, *The Uniform Interpretation of the Brussels and Lugano Conventions*, Hart Publishing, 2002, pp. 1-21. Diamo anche atto dell'esistenza delle Convenzioni di Lugano del 1988 e 2007, paralleli del sistema di Bruxelles I nei rapporti della UE con i paesi dell'area europea di libero scambio (AELS/EFTA), cioè Svizzera, Norvegia e Islanda. Nel presente scritto, tuttavia, non ci occuperemo specificamente di tale strumento per il quale vale, *mutatis mutandis*, l'analisi svolta in relazione al Regolamento. Ci pare opportuno, tuttavia, iniziare una trattazione tendenzialmente monografica premettendo qualche nota essenziale sul contesto normativo nel quale ci si muove.

A livello storico-giuridico, la Convenzione di Bruxelles rappresenta il primo e più importante nucleo del diritto processuale civile europeo, il quale viene a formarsi a partire dal 1968 in un'epoca nella quale gli ordinamenti europei sono ancora piuttosto impermeabili l'uno rispetto all'altro. La Convenzione mira ad aumentare l'effettività del mercato unico europeo, vero obiettivo della prima fase della Comunità economica europea, creando uno spazio di circolazione delle decisioni giudiziarie. Una 'quinta libertà' accanto alla libera circolazione di persone, merci, capitali e servizi. A tal fine, i sei Stati fondatori delle comunità concludono il 27 settembre 1968, sulla base della raccomandazione operata dall'allora art. 220 TrCEE, una convenzione "concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale". Peculiarità del testo convenzionale è la natura "doppia": lo strumento non si limita a definire il profilo del riconoscimento ed esecuzione delle sentenze rese in altro Stato membro, ma si spinge fino a dettare regole comuni relative alla determinazione del giudice competente, finalizzate anche a garantire la circolazione della decisione. Si inibiscono, così, i criteri di giurisdizione c.d. esorbitanti, quale l'art. 14 del *Code civil* il quale, anche sotto l'influsso dell'interpretazione estensiva dei giudici francesi, fornisce di giurisdizione le corti transalpine ogni qualvolta l'attore è

agli accordi sulla giurisdizione, il cui cuore è racchiuso in un'unica norma di nazionalità francese; o gli art. 2 e 4, 1^o e 2^o comma, del c.p.c. italiano su quali v. *infra*. GIULIANO, *La giurisdizione civile italiana e lo straniero*, Giuffrè, 1970, pp. 26-29. La Convenzione, innovando nettamente, abbandona il criterio della nazionalità in favore della residenza o domicilio (del convenuto) all'interno dello spazio giudiziario europeo. Cfr. JUENGER, *Judicial Jurisdiction in the United States and in the European Communities: a Comparison*, in *Mich. L. Rev.*, 1984, vol. 82, p. 1206, il quale afferma che i redattori della Convenzione di Bruxelles del 1968 "realized the cogency of the principle which the United States Supreme Court had established early on, namely that the enforcement of a judgment should hinge primarily on the jurisdiction of the court that rendered it" E così, accanto al principio generale della competenza giurisdizionale del giudice dello stato del domicilio del convenuto, la prima parte del testo prevede una serie di criteri speciali che attribuiscono la competenza ai giudici che presentano un particolare collegamento con la materia del contendere, ad esempio il giudice del luogo in cui l'obbligazione dedotta deve essere eseguita in materia di responsabilità contrattuale o il luogo dove si è svolta la condotta illecita o si è verificato il danno in campo di responsabilità aquiliana. Art. 5. Sul primo profilo v. SILVESTRI, *La tutela del credito contrattuale nell'Unione Europea*, Maggioli, 2011; FRANZINA, *La giurisdizione in materia contrattuale*, Padova, 2006. Seguono norme relative alla connessione (intesa sia come capo di giurisdizione, art. 6, che come causa di sospensione dell'azione, art. 28), competenze c.d. protettive (in materia di assicurazione, consumo e lavoro subordinato), esclusive (ad esempio nel campo dei brevetti o dei diritti reali immobiliari), norme sulla giurisdizione pattizia e, infine, su litispendenza e misure cautelari. La seconda parte della Convenzione è dedicata al riconoscimento ed esecuzione delle decisioni rese in altro Stato membro, ispirata al principio della tassatività (ed eccezionalità) dei motivi di rifiuto all'ingresso del prodotto giurisdizionale straniero. Il testo della Convenzione è stato più volte modificato in occasione dell'adesione di nuovi membri alla Comunità europea, fino a confluire nel Regolamento 44/2001 adottato dal Consiglio a seguito della 'comunitarizzazione' della cooperazione in materia civile (sulla base dell'art. 65 del TCE, oggi art. 81 TFUE) e recentemente oggetto di revisione ad opera del Regolamento 1215/2012 del Parlamento e del Consiglio approvato il 12 dicembre 2012 e destinato a entrare in vigore ventiquattro mesi dopo la pubblicazione. Nonostante i vari interventi che si sono succeduti, la struttura fondamentale del sistema processuale è rimasta pressoché inalterata nella forma appena descritta.

Pur nella schematicità della presente nota, pare, però, opportuno segnalare due elementi. Il primo è relativo al ruolo cruciale che la Corte di Giustizia europea, motore essenziale nella creazione della Comunità e dell'Unione, ha assunto anche nel campo del diritto processuale civile europeo. La Corte del Lussemburgo, infatti, è stata investita del potere-dovere di interpretare le norme della Convenzione sin dall'originario sistema, svolgendo la propria opera nomofilattica a seguito delle richieste di interpretazione giunte dagli organi giudiziari degli Stati membri. Protocollo relativo all'interpretazione da parte della Corte di giustizia della convenzione del 27 settembre 1968 concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, firmato a Lussemburgo, addì 3 giugno 1971, GU L 204 del 2.8.1975, pp. 28-31. In seguito alla menzionata comunitarizzazione della cooperazione in materia giudiziaria civile, la Corte deriva ora la competenza interpretativa non più dal Protocollo del 1971, ma direttamente dai trattati, art. 267 TFUE (ex art. 234 TCE). Attraverso le proprie decisioni, la Corte del Lussemburgo ha saputo elaborare i principi generali del diritto processuale civile europeo e adattare le norme della Convenzione (e del Regolamento) alle multiformi richieste della prassi. Sin dalle prime pronunce la Corte ha affermato che la Convenzione "va interpretata tenendo conto tanto del suo sistema e dei suoi obiettivi specifici quanto del suo collegamento con il Trattato", ossia in modo autonomo. Cfr. CORTE DI GIUSTIZIA, 6 ottobre 1976, causa C-12/76, *Industrie Tessili Italiana Como contro Dunlop AG*, in *Racc. giur. CE*, 1976, p. 1473, punto 9 della motivazione. Nonostante che la strada non sia stata

definita “a formazione progressiva”⁷ a cagione della stratificazione di ben tre interventi di modifica dalla sua originaria redazione in seno alla Convenzione del '68.⁸ Lo spirito e l'importanza della disciplina erano stati evidenziati già

esente da ostacoli e battute d'arresto (come la decisione nel caso CORTE DI GIUSTIZIA, 9 dicembre 2003, causa C-116/02, *Erich Gasser GmbH contro MISAT Srl*, in *Racc. giur. CE*, 2003, p. 14693, v. *infra* il paragrafo 2.12) l'opera di quest'istituzione rimane un potente motore dell'integrazione, talvolta forzata, degli ordinamenti processuali degli Stati membri in materia civile e rappresenta un elemento ineludibile per comprendere la reale portata *in action* delle norme processuali europee. Nota BRIGGS, *Agreements on Jurisdiction and Choice of Law*, OUP, 2007, pp. 57-59 come la Corte concepisca il diritto processuale europeo in termini di regole e comandi rivolti al giudice, da *civil lawyer*, piuttosto che di diritti e obblighi di attore e convenuto come nel *common law* inglese.

Il secondo elemento attiene al notevole incremento della legislazione europea, specialmente di tipo regolamentare, in materia di diritto internazionale privato e processuale al quale si assiste da un decennio a questa parte. Nell'area processuale, il riferimento è ai Regolamenti in materia matrimoniale e alimentare, al Regolamento sulle notifiche, al titolo esecutivo europeo, al decreto ingiuntivo europeo, al procedimento per controversie di modesta entità, al Regolamento sulle prove e al Regolamento sulle successioni (v. *infra* le note 131-133 a pagina 49). A ciò si aggiungono norme sulla legge applicabile in materia contrattuale, extracontrattuale, alimentare e, nuovamente, in materia di successioni. Una tale proliferazione, associata al consolidato principio della supremazia del diritto europeo sul diritto nazionale (elaborato nelle celebri sentenze CORTE DI GIUSTIZIA, C-6/64, *Costa*, cit. che sancisce la prevalenza del diritto comunitario su quello nazionale e CORTE DI GIUSTIZIA, 9 marzo 1978, causa C-106/77, *Amministrazione delle finanze dello Stato contro Simmenthal SpA*, in *Racc. giur. CE*, 1978, p. 629 che impone al giudice nazionale di disapplicare la normativa interna contrastante con il diritto comunitario) fa sì che l'autonomia degli Stati membri in materia di diritto internazionale privato e processuale risulti fortemente limitata a favore di una ampia competenza, anche esterna, dell'Unione. Sull'estensione della competenza esterna dell'Unione in materia di diritto processuale civile, v. POCAR, *The External Competence of the European Union and Private International Law*, Padova, 2007; GAJA, *Sulle competenze della Comunità Europea rispetto alla cooperazione giudiziaria in materia civile in Il diritto processuale civile nell'avvicinamento giuridico internazionale - Omaggio ad Aldo Attardi*, Padova, 2009, p. 49. V. anche la nota 7 a pagina 188. Tale limitazione, tuttavia, non arriva al punto di esautorare gli Stati membri dalla potestà legislativa nelle materie non coperte dal diritto europeo. Il recente tentativo operato dalla Commissione di estendere l'ambito d'applicazione del Regolamento Bruxelles I anche ai casi di convenuti non domiciliati nella UE, e dunque di sostituire il diritto internazionale privato e processuale degli Stati membri nella materia civile e commerciale *tout court*, non ha, infatti, avuto esito positivo. Peraltro, la proposta della Commissione pareva esorbitare le competenze dell'Unione Europea in materia di cooperazione giudiziaria civile.

⁷ADDIS, *La conferma per iscritto della proroga verbale di competenza (art. 17 della convenzione di Bruxelles)*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1998, p. 832; CARBONE, *La disciplina comunitaria della “proroga della giurisdizione” in materia civile e commerciale*, in *Jus*, 1990, p. 23; GAUDEMET-TALLON, *Les conventions de Bruxelles et de Lugano*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1996, p. 75. LUPOI, *Conflitti transnazionali di giurisdizioni*, I, cit., p. 595 parla di “storia legislativa tra le più tormentate”.

⁸Senza trascurare i ripetuti interventi interpretativi della Corte di giustizia. ANCEL, *La clause attributive de juridiction selon l'article 17 de la convention de Bruxelles*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1991, p. 280 e ss., sostiene che “*sous l'impulsion de la jurisprudence relayée par les diverses révisions de la Convention, la philosophie même de l'article 17 se transformer*”. Per l'A. il sistema unitario della proroga originario cede via via il passo

da Jenard nel rapporto esplicativo della Convenzione di Bruxelles, ove egli rilevava come fosse “*unnecessary to stress the importance of this jurisdiction, particularly in commercial relations*”.⁹ A distanza di più di quarant’anni dalla sua redazione, può sfuggire la portata per certi versi rivoluzionaria di una norma che riconosceva un ampio margine di scelta del foro alle parti di un contratto in un momento storico non ancora favorevole all’autonomia privata in sede processuale. Eppure l’art. 17 (oggi art. 23 e domani art. 25) proprio questo faceva: permettere alle parti di un rapporto in materia civile o commerciale di determinare *ex ante* il foro competente, superando approcci fortemente restrittivi quale quello esemplificato dall’art. 2 del codice di procedura italiano.¹⁰

I redattori della Convenzione avevano speso molto tempo nella redazione del testo originario della disposizione,¹¹ trovandosi nella necessità, tutt’ora attuale, di trovare un punto di equilibrio tra certezza del consenso¹² e flessibilità della forma. La semplicità della formulazione adottata era solo apparente tanto che le corti nazionali sono ricorse fin da subito all’oracolo

ad una frammentazione della disciplina in relazione alla natura dei soggetti coinvolti, attuando un liberalismo in chiave “moderna”: libertà dalle regole solo ove vi sia parità tra i contraenti, regole ove vi siano poteri contrattuali squilibrati. Da un Europa unica si passa quindi a due unità: “*Europe des marchands*” e “*Europe sociale*”.

⁹JENARD, *Report on the Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters*, GUCE C-59/01, 1979, p. 37.

¹⁰Cfr. il XIV^o *considerando* del Regolamento 44/2001, il quale afferma che “[f]atti salvi i criteri di competenza esclusiva previsti dal presente regolamento, deve essere rispettata l’autonomia delle parti relativamente alla scelta del foro competente per i contratti non rientranti nella categoria dei contratti di assicurazione, di consumo e di lavoro in cui tale autonomia è limitata”. Secondo KOHLER, *Rigueur et souplesse en droit international privé: les formes prescrites pour une convention attributive de juridiction “dans le commerce international” par l’art. 17 de la convention de Bruxelles dans sa nouvelle rédaction*, in *Dir. comm. int.*, 1990, vol. 4, p. 614: “*les auteurs de la Convention avaient fait preuve d’un libéralisme remarquable*”.

¹¹Cfr. JENARD, *Report*, cit., p. 37: “although agreement was readily reached on the basic principle of including such a jurisdiction in the Convention, the Committee spent much time in drafting Article 17”. L’art. 17, intitolato “Proroga di competenza”, così disponeva:

“Qualora con clausola scritta, o con clausola verbale confermata per iscritto, le parti, di cui almeno una domiciliata nel territorio dello Stato contraente, abbiano convenuto la competenza di un giudice o dei giudici di uno Stato contraente a conoscere delle controversie, presenti o future, nate da un determinato rapporto giuridico, la competenza esclusiva spetta al giudice o ai giudici di quest’ultimo Stato contraente.

Le clausole attributive di competenza non sono valide se in contrasto con le disposizioni degli articoli 12 e 15 o se derogano alle norme sulla competenza esclusiva attribuita ai giudici ai sensi dell’articolo 16.

Se la clausola attributiva di competenza è stata stipulata a favore di una soltanto delle parti, questa conserva il diritto di adire qualsiasi altro giudice competente ai sensi della presente Convenzione.”

¹²E quindi anche tutela del contraente debole e quindi rigidità “*which is incompatible with commercial practice*”. *Ibidem*.

della Corte di Giustizia, particolarmente per l'interpretazione dei requisiti formali previsti dalla norma in parola.¹³

L'art. 17 della Convenzione è stato modificato una prima volta in occasione dell'adesione alla Convenzione di Danimarca, Irlanda e Regno Unito nel 1978, soprattutto per assecondare le pressioni inglesi e al fine di garantire una maggior flessibilità al profilo formale degli accordi sulla giurisdizione.¹⁴ Laddove la Corte di Giustizia aveva dato prova di una interpretazione rigorosa, e quindi sostanzialmente rigida, le modifiche hanno riconosciuto la possibilità di concludere un patto sul foro anche in una forma ammessa da un uso del commercio internazionale, venendo incontro alle esigenze di celerità e informalità tipiche del commercio internazionale.¹⁵ La seconda modifica ha invece seguito l'adesione di Spagna e Portogallo con la Convenzione di San Sebastian del 1989, la quale ha nuovamente inciso sul profilo formale e ha escluso dall'ambito di applicazione i contratti di lavoro.¹⁶ La versione in vigore a seguito della trasposizione della Convenzione in Regolamento così recita:

“Proroga di competenza

Articolo 23

1. Qualora le parti, di cui almeno una domiciliata nel territorio di uno Stato membro, abbiano attribuito la competenza di un giudice o dei giudici di uno Stato membro a conoscere delle

¹³Le prime decisioni sono del 1976, anno in cui la Corte ha iniziato la sua attività interpretativa ai sensi del Protocollo del 1971 alla Convenzione di Bruxelles: CORTE DI GIUSTIZIA, 14 dicembre 1976, causa C-24/76, *Estasis Salotti di Colzani Aimo e Gianmario Colzani snc contro Rüwa Polstereimaschinen GmbH*, in *Racc. giur. CE*, 1976, p. 1831 sul requisito della forma scritta e CORTE DI GIUSTIZIA, 14 dicembre 1976, causa C-25/76, *Galleries Segoura SPRL contro Societá Rahim Bonakdarian*, in *Racc. giur. CE*, 1976, p. 1851 sul profilo della conclusione orale confermata per iscritto. V. *infra* il paragrafo 54.

¹⁴Oltre che inserire norme specifiche in materia di *trust*.

¹⁵SCHLOSSER, *Report on the 1978 Convention*, GUCE C-59/71, 1979, pp. 124-25: “the Court’s interpretation of that Article, which many national courts have also shown a tendency to follow, does not cater adequately for the customs and requirements of international trade. In particular, the requirement that the other party to a contract with anyone employing general conditions of trade has to give written confirmation of their inclusion in the contract before any jurisdiction clause in those conditions can be effective is unacceptable in international trade. International trade is heavily dependent on standard conditions which incorporate jurisdiction clauses. Nor are those conditions in many cases unilaterally dictated by one set interests in the market; they have frequently been negotiated by representatives of the various interests. Owing to the need for calculations based on constantly fluctuating market prices, it has to be possible to conclude contracts swiftly by means of confirmation of order incorporating sets of conditions. These are the factors behind the relaxation of the formal provisions for international trade in the amended version of Article 17”. La Corte di Giustizia, pur interpretando rigorosamente i requisiti formali, aveva comunque già mostrato una certa apertura alle ragioni del commercio in C-25/76, *Segoura*, cit.

¹⁶Nella fase precedente all’insorgere del contenzioso. Oggi la materia dei contratti di lavoro è specificamente regolata dagli artt. 18-21 del Regolamento 44/2001.

controversie, presenti o future, nate da un determinato rapporto giuridico, la competenza esclusiva spetta a questo giudice o ai giudici di questo Stato membro. Detta competenza è esclusiva salvo diverso accordo tra le parti. La clausola attributiva di competenza deve essere conclusa:

- a) per iscritto o oralmente con conferma scritta, o
- b) in una forma ammessa dalle pratiche che le parti hanno stabilito tra di loro, o
- c) nel commercio internazionale, in una forma ammessa da un uso che le parti conoscevano o avrebbero dovuto conoscere e che, in tale campo, è ampiamente conosciuto e regolarmente rispettato dalle parti di contratti dello stesso tipo nel ramo commerciale considerato.

2. La forma scritta comprende qualsiasi comunicazione con mezzi elettronici che permetta una registrazione durevole della clausola attributiva di competenza.

3. Quando nessuna delle parti che stipulano tale clausola è domiciliata nel territorio di uno Stato membro, i giudici degli altri Stati membri non possono conoscere della controversia fintantoché il giudice o i giudici la cui competenza è stata convenuta non abbiano declinato la competenza.

4. Il giudice o i giudici di uno Stato membro ai quali l'atto costitutivo di un trust ha attribuito competenza a giudicare, hanno competenza esclusiva per le azioni contro un fondatore, un trustee o un beneficiario di un trust, ove si tratti di relazioni tra tali persone o di loro diritti od obblighi nell'ambito del trust.

5. Le clausole attributive di competenza e le clausole simili di atti costitutivi di trust non sono valide se in contrasto con le disposizioni degli articoli 13, 17 o 21 o se derogano alle norme sulla competenza esclusiva attribuita ai giudici ai sensi dell'articolo 22".¹⁷

Sebbene il testo qui riportato sia quello oggi applicabile, il Regolamento è stato recentemente oggetto di una revisione che ha apportato alcune modifiche anche alla disciplina degli accordi sul foro.¹⁸ Il dato più rilevante è l'adozione di un criterio di *Kompetenz-Kompetenz* per la valutazione della validità dell'accordo sul foro. Superando la giurisprudenza contraria della

¹⁷Regolamento 44/2001. La giurisprudenza formatasi sulla Convenzione di Bruxelles è pacificamente estendibile al Regolamento. Cfr., da ultimo, CORTE DI GIUSTIZIA, 7 febbraio 2013, causa C-543/10, *Refcomp SpA contro Axa Corporate Solutions Assurance SA*, in *Racc. giur. CE*, 2013, p. 0, para 18.

¹⁸La revisione è contenuta nel Regolamento 1215/2012 che abroga il Regolamento 44/2001, pubblicato sulla G.U.U.E., L 351/21, del 20 dicembre 2012. Ai sensi del suo art. 81, il nuovo Regolamento si applica a decorrere dal 15 gennaio 2015.

Corte di Giustizia,¹⁹ il nuovo art. 31 prevede l'obbligo per ogni giudice non indicato nella clausola di scelta del foro (esclusiva) di sospendere la causa se è adito il giudice eletto, indipendentemente dal criterio di prevenzione temporale.²⁰ Modifiche minori comprendono l'eliminazione del requisito che limita l'applicazione dell'art. 23 quando la convenzione è stipulata tra due parti "di cui almeno una domiciliata nel territorio di uno Stato membro". Il 1° comma del futuro art. 25 generalizza l'applicazione della disciplina a tutti gli accordi sul foro che designano un giudice europeo, "indipendentemente dal (...) domicilio [delle parti]". Da ultimo, è stato aggiunto un 5° comma in punto di autonomia della clausola di deroga dal contratto nel quale si trova inserita, che nulla aggiunge a quanto aveva già affermato la Corte di Giustizia e, in modo pressoché unanime, la dottrina.²¹

2.3 LA RIFORMA DEL DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO IN ITALIA

Pur nel sempre più angusto spazio lasciato libero dalla legislazione europea, le discipline nazionali in materia di diritto internazionale privato rimangono un punto di riferimento.

La disciplina di diritto internazionale privato italiano contenuta nelle disposizioni preliminari al codice civile e nel codice di procedura civile del '42 era caratterizzata da una marcata autoreferenzialità e autarchia, specialmen-

¹⁹CORTE DI GIUSTIZIA, C-116/02, *Gasser*, cit. V. anche *infra* il paragrafo 2.12.

²⁰Articolo 31:

“1. Qualora la competenza esclusiva a conoscere delle domande spetti a più autorità giurisdizionali, quella successivamente adita deve rimettere la causa all'autorità giurisdizionale adita in precedenza.

2. Fatto salvo quanto previsto dall'articolo 26, qualora sia adita l'autorità giurisdizionale di uno Stato membro al quale un accordo di cui all'articolo 25 conferisce competenza esclusiva, qualunque autorità giurisdizionale di un altro Stato membro sospende il procedimento fino a quando l'autorità giurisdizionale adita sulla base dell'accordo dichiara di non essere competente ai sensi dell'accordo.

3. Se l'autorità giurisdizionale designata nell'accordo ha accertato la propria competenza in base all'accordo, qualunque autorità giurisdizionale di un altro Stato membro dichiara la propria incompetenza a favore della prima.

4. I paragrafi 2 e 3 non si applicano alle materie di cui alle sezioni 3, 4 o 5 nei casi in cui l'azione è proposta dal contraente dell'assicurazione, dall'assicurato, da un beneficiario del contratto di assicurazione, dalla parte lesa, dal consumatore o dal lavoratore e l'accordo è invalido ai sensi delle disposizioni contenute nelle suddette sezioni”.

²¹Art. 25, comma 5: “ Una clausola attributiva di competenza che fa parte di un contratto si considera indipendente dalle altre clausole contrattuali. La validità della clausola attributiva di competenza non può essere contestata per il solo motivo che il contratto è invalido”. V. *infra* il paragrafo 3.10.

te in punto di diritto internazionale processuale. Una tale impostazione non deve stupire. Tre norme rappresentano meglio di altre l'ideologia²² del periodo. L'art. 4²³ del codice di procedura conferiva al giudice italiano ampia giurisdizione sullo straniero,²⁴ costruendo un foro c.d. "esorbitante", capace di attrarre una serie di controversie solo eventualmente e tenuemente connesse col giudice italiano. *Pendant* di questa norma, era l'art. 2²⁵ che escludeva *tout court* la possibilità di deroga convenzionale alla giurisdizione italiana, salvo ipotesi del tutto residuali.²⁶ A conferma dell'intangibilità della sfera giurisdizionale italiana, l'art. 3 negava categoricamente la rilevanza della litispendenza internazionale, disponendo che "[l]a giurisdizione italiana non è esclusa dalla pendenza davanti a un giudice straniero della medesima causa o di altra con questa connessa". Pertanto, la giurisdizione italiana si presentava quasi come ineluttabile.²⁷

Una tale ingombrante disciplina sul punto della competenza giurisdizionale deve essere accostata alla disciplina in materia di riconoscimento delle decisioni (o *compétence indirecte*) straniere, la quale disponeva all'art. 797 che

“[l]a Corte d'appello dichiara con sentenza l'efficacia nella Repubblica della sentenza straniera quando accerta: [...] 5) che essa

²²E non meramente italiana. V., ad esempio, WAUTELET, *What has international private law achieved in meeting the challenges posed by globalisation?* in *Globalisation and Jurisdiction*, Kluwer Law International, 2004, p. 67 e ss.

²³Articolo 4:

“Lo straniero può essere convenuto davanti ai giudici della Repubblica: 1) se quivi è residente o domiciliato, anche elettivamente, o vi ha un rappresentante che sia autorizzato a stare in giudizio a norma dell'articolo 77, oppure se ha accettato la giurisdizione italiana, salvo che la domanda sia relativa a beni immobili situati all'estero; 2) se la domanda riguarda beni esistenti nella Repubblica o successioni ereditarie di cittadino italiano o aperte nella Repubblica, oppure obbligazioni quivi sorte o da eseguirsi; 3) se la domanda è connessa con altra pendente davanti al giudice italiano, oppure riguarda provvedimenti cautelari da eseguirsi nella Repubblica o relativi a rapporti dei quali il giudice italiano può conoscere; 4) se, nel caso reciproco, il giudice dello Stato al quale lo straniero appartiene può conoscere delle domande proposte contro un cittadino italiano”.

²⁴GIULIANO, *La giurisdizione*, cit.

²⁵Articolo 2:

“La giurisdizione italiana non può essere convenzionalmente derogata a favore di una giurisdizione straniera, né di arbitri che pronuncino all'estero, salvo che si tratti di causa relativa ad obbligazioni tra stranieri o tra uno straniero e un cittadino non residente né domiciliato nella Repubblica e la deroga risulti da atto scritto”.

²⁶E caratterizzate dal remoto collegamento del territorio italiano con i litiganti.

²⁷Sulla disciplina pre-riforma, si v., tra molti, GAJA, *La deroga alla giurisdizione italiana*, Padova, 1971; GIULIANO, *La giurisdizione*, cit.; MORELLI, *Diritto processuale civile internazionale*, vol. 1, CEDAM, 1954.

non è contraria ad altra sentenza pronunciata da un giudice italiano; 6) che non è pendente davanti a un giudice italiano un giudizio per il medesimo oggetto e tra le stesse parti, istituito prima del passaggio in giudicato della sentenza straniera”.

Pertanto, l'ordinamento italiano post '42 diveniva impermeabile a un prodotto giurisdizionale straniero²⁸ non solo in presenza di un giudicato interno contrastante, ma anche quando semplicemente l'azione italiana fosse stata promossa precedentemente al passaggio in giudicato della sentenza straniera. Con ciò, non solo si offrivano ampi margini di difesa alla parte soccombente nel procedimento straniero, la quale aveva soltanto l'onere di attivarsi tempestivamente prima del giudicato, ma si sanciva anche la sostanziale preminenza dell'ordinamento italiano sugli altri ordinamenti, tenuti in poca o nulla considerazione.

Allo scenario autarchico disegnato nel '42 si contrappone nettamente il regime predisposto dalla Convenzione di Bruxelles che vede l'Italia quale membro fondatore. All'interno del suo ambito di applicazione, la norma convenzionale è destinata a prevalere sulla disciplina codicistica venendo a creare un regime duale. In particolare per quanto riguarda la disciplina degli accordi sulla giurisdizione, il contrasto tra la regola interna e la regola convenzionale è netto: se da un lato l'art. 2 c.p.c. sostanzialmente nega la possibilità di derogare alla giurisdizione italiana, l'art. 17 della Convenzione concede ampio margine di scelta ai privati in punto di determinazione convenzionale del giudice competente all'interno del territorio comunitario.

La distanza tra la disciplina interna e quella europea, assieme alla mutata filosofia nelle relazioni transnazionali, induce il legislatore italiano a intraprendere un progetto complessivo di riforma con la legge 31 maggio 1995, n. 218 di Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato²⁹ che fa proprie le aperture segnate dalla Convenzione di Bruxelles. La nuova legge, abrogando le disposizioni sopra citate, supera parzialmente il dualismo in punto di giurisdizione disponendo la competenza del giudice italiano nel caso di convenuto domiciliato o residente in Italia e rinviando espressamente alla disciplina europea per quanto concerne i criteri di competenza

²⁸Un discorso differente valeva (e vale) per il lodo arbitrale internazionale, per effetto della Convenzione di New York del 1958, sulla quale v. anche *supra* il paragrafo 1.5.

²⁹V. le note “a caldo” di GAJA, *Le convenzioni internazionali e le nuove norme sulla giurisdizione e sul riconoscimento delle sentenze straniere*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1997, vol. 4, p. 823. Fra i molti commenti in materia, v. ATTARDI, *La nuova disciplina in tema di giurisdizione italiana e di riconoscimento delle sentenze straniere*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, p. 727 ss.; LUZZATTO, *Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato - Legge 31 maggio 1995, n. 218 - Commentario, sub. art. 3*, in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*, 1995, p. 923 ss.; TROCKER, *La disciplina dell'ambito della giurisdizione italiana nella legge di riforma del diritto internazionale privato*, in *La riforma del sistema di diritto internazionale privato e processuale*, Milano, 1996, p. 23 ss.; CARPI, *L'efficacia delle sentenze ed atti stranieri*, Ivi, p. 145 ss.

speciale, estendendoli anche ai rapporti con Stati terzi.³⁰ L'art. 4 innova profondamente la disciplina italiana in materia di clausole sulla giurisdizione, specialmente in punto di deroga alla competenza del giudice italiano, disponendo che "la giurisdizione italiana può essere convenzionalmente derogata a favore di un giudice straniero o di un arbitrato estero se la deroga è provata per iscritto e la causa verte su diritti disponibili". A complemento, l'art. 7 conferisce rilevanza alla litispendenza internazionale, basata sul criterio di prevenzione, sebbene mediata dalla valutazione prognostica operata dal giudice italiano circa la eventuale riconoscibilità della decisione straniera entro l'ordinamento italiano.³¹

Non deve essere sottovalutato l'art. 64 della nuova legge che supera sotto un duplice profilo il sistema previsto dall'art. 797 del c.p.c. Da un lato, infatti, si afferma il riconoscimento automatico delle decisioni straniere e dall'altro non si consente di bloccarne il riconoscimento semplicemente iniziando un procedimento in Italia prima che si sia formato il giudicato straniero, privilegiando, invece, il criterio di prevenzione temporale: prevale il procedimento

³⁰Art. 3. Il rinvio non è esente da problematiche, poiché dal dato testuale non è immediatamente chiaro se debbano essere applicate le, ormai desuete, norme della Convenzione così come modificate da ultimo nel 1998 oppure la versione aggiornata del Regolamento. Su tutto questo, v., *inter alia*, FRANZINA, *Interpretazione e destino del richiamo compiuto dalla legge di riforma del diritto internazionale privato ai criteri di giurisdizione della Convenzione di Bruxelles*, in *Riv. dir. int.*, 2010, p. 817, il quale propende, condivisibilmente, per una lettura orientata dell'art. 3 e conclude per l'applicabilità del Regolamento. Nel caso di inapplicabilità delle norme europee, l'art. 3 consente il rinvio alle norme di competenza territoriale previste dagli artt. 18 e ss. c.p.c.

³¹Articolo 7:

“1. 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.

2. La pendenza della causa innanzi al giudice straniero si determina secondo la legge dello Stato in cui il processo si svolge.

3. Nel caso di pregiudizialità di una causa straniera, il giudice italiano può sospendere il processo se ritiene che il provvedimento straniero possa produrre effetti per l'ordinamento italiano”.

Sulla litispendenza internazionale in generale, e sulla norma italiana, si v. l'estesa trattazione effettuata da LUPOI, *Conflitti transnazionali di giurisdizioni*, II, Giuffrè, 2002, in particolare pp. 797-845. Per quanto concerne il giudizio prognostico, si cfr. anche l'art. 9 della Legge della Confederazione elvetica 18 dicembre 1987 sul Diritto Internazionale Privato svizzera, la quale prevede un meccanismo analogo caratterizzato, tuttavia, da una doppia valutazione prognostica in merito alla riconoscibilità della decisione straniera nel territorio svizzero e alla circostanza che detta decisione possa essere emessa entro un termine ragionevole. Si v. in proposito WALTER, *From Confrontation via Co-ordination to Collaboration*, in *Eur. J.L. Reform*, 2002, vol. 4, pp. 70-71 e DUTOIT, *Droit international privé suisse. Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987*, Helbing & Lichtenhahn, 1997, p. 20 e ss.

iniziato per primo, salva l'ipotesi, forse poco probabile, che il giudizio italiano iniziato successivamente abbia già prodotto una decisione passata in giudicato.³²

Grazie a queste quattro norme, l'ordinamento italiano si trova oggi in linea con la disciplina liberale europea in punto di determinazione della giurisdizione, riconoscendo una rilevanza agli altri ordinamenti nazionali, quanto meno nelle materie alla disponibilità delle parti, forse anche maggiore.³³ Per quanto concerne più specificamente l'argomento del presente lavoro, la legge 218 ha riconosciuto autonomia ai privati nel derogare alla giurisdizione del giudice italiano, riconoscimento che appare per certi versi anche più ampio di quanto previsto dalla norma comunitaria.³⁴

2.4 LA LEGGE APPLICABILE AGLI ACCORDI SUL FORO

Per sciogliere il nodo della legge applicabile all'accordo sulla giurisdizione occorre prima dare risposta alla questione della qualificazione dell'accordo come processuale o sostanziale. Bisogna, poi, tenere presente che sia negli ordinamenti di *civil law* che in quelli di *common law* è radicato il principio

³²Articolo 64:

“La sentenza straniera è riconosciuta in Italia senza che sia necessario il ricorso ad alcun procedimento quando: (...) (f) non pende un processo davanti a un giudice italiano per il medesimo oggetto e fra le stesse parti, che abbia avuto inizio prima del processo straniero”.

³³Per quanto riguarda la disciplina del riconoscimento, si rimanda a CONSOLO, *Evoluzioni nel riconoscimento delle sentenze*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1997, vol. 3, p. 575.

³⁴La legge 218/95 pone un duplice limite alla autonomia privata: la deroga deve riguardare diritti disponibili e la decisione straniera sarà produttiva di effetti sul suolo italiano solo a condizione che i requisiti previsti dall'art. 64 della legge siano soddisfatti. Un esempio di un paese vicino che, pure membro della Convenzione di Lugano, ha preferito mantenere un atteggiamento più cauto nei confronti delle clausole sulla giurisdizione, è rappresentato dalla Svizzera. L'art. 5 della LDIP del 1989 così recita

“1. En matière patrimoniale, les parties peuvent convenir du tribunal appelé à trancher un différend né ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé. La convention peut être passée par écrit, télégramme, télex, télécopieur ou tout autre moyen de communication qui permet d'en établir la preuve par un texte. Sauf stipulation contraire, l'élection de for est exclusive.

2. L'élection de for est sans effet si elle conduit à priver d'une manière abusive une partie de la protection que lui assure un for prévu par le droit suisse.

3. Le tribunal élu ne peut décliner sa compétence: a. si une partie est domiciliée, a sa résidence habituelle ou un établissement dans le canton où il siège, ou b. si, en vertu de la présente loi, le droit suisse est applicable au litige”.

V. WALTER, *From Confrontation via Co-ordination to Collaboration*, cit.; LUPOLI, *Conflitti transnazionali di giurisdizioni*, I, cit., pp. 44-45.

per il quale il patto sul foro, pur se inserito in un contratto, è qualcosa di separato e autonomo dal contratto stesso e, dunque, non è immediato che la *lex contractus* si estenda anche alla clausola sulla giurisdizione.

Il tema della qualificazione è interessante non solo in sé, ma anche in quanto dalla diversa natura, sostanziale o processuale, che si attribuisce al patto derivano conseguenze differenti in punto di legge applicabile e di momento rilevante per la verifica della sussistenza dei requisiti del patto.³⁵ Mentre gli ordinamenti di *common law* propendono per una connotazione in senso sostanziale dell'accordo sulla giurisdizione, alla stregua di un contratto,³⁶ in

³⁵La qualificazione dell'accordo rileva anche in relazione al piano dei rimedi disponibili in caso di violazione dell'accordo. Ci si chiede, in particolare, se sia possibile domandare il risarcimento del danno alla parte inadempiente. Cfr. BRIGGS, *Agreements on Jurisdiction*, cit., p. 63: "If there is no challenge to the view that jurisdiction agreements are to be treated as contractual terms, there is no need to enquire further whether this view should be undermined. But the moment one asks whether it can be broken, with the result, at least at first sight, that there is a cause of action for damages, certainty begins to dissolve". Cfr. anche PENASA, *Gli accordi sulla giurisdizione tra parti e terzi*, I, CEDAM, 2012, pp. 65-66.

³⁶Di convergenza tra *civil law* e *common law* se ne è parlato e, giustamente, se ne parla in vari campi. In ogni caso le discipline processuali sono quelle nelle quali la convergenza è meno evidente. V. CHASE et al., *Civil Litigation in Comparative Context*, West, 2007. Tuttavia, il terreno degli accordi sul foro consente di evidenziare alcune delle perduranti differenze che sussistono non tanto e non solo tra le discipline positive e giurisprudenziali, quanto nel modo stesso di pensare il diritto e di considerare i fenomeni giuridici. Si tratta del riflesso, in un ambito più specifico, di quanto abbiamo descritto nel capitolo precedente con riferimento alla giurisdizione in generale. Nel caso del *civil law* è il Legislatore ad aver predeterminato le ipotesi nelle quali il giudice deve o non deve decidere, ossia nelle quali le parti hanno il potere di incidere sulla giurisdizione dello Stato. Se i presupposti della norma sono verificati, le conseguenze seguono obbligate e pressoché automatiche. Al contrario, nell'ambito della giurisdizione dei paesi di *common law* le parti non possono con il loro accordo privare (*oust*) i giudici del proprio potere giurisdizionale. Si tratta, dunque, di stabilire se il giudice, facendo uso del proprio potere discrezionale, debba o meno dare seguito all'accordo concluso dai privati.

E così al giurista continentale viene naturale pensare alla prevalenza delle norme astratte sul comportamento delle parti. Le parti stipulano un accordo, il quale accordo produce le conseguenze sostanziali e processuali previste dalle norme applicabili. Nel campo dell'accordo sulla giurisdizione, tali conseguenze sono quelle di attribuire o rimuovere il potere di *ius dicere*, nei limiti in cui la norma di natura processuale applicabile lo consente, peraltro vincolando il giudice, apparentemente esauendo così la rilevanza dell'accordo sulla giurisdizione. Al contrario, nel *common law* la prevalenza è posta sul comportamento delle parti che si sono accordate: compito del giudice è stabilire cosa le parti abbiano inteso realizzare, e, ove possibile, dare sanzione al brocardo *pacta sunt servanda*. Un accordo sul giudice competente, nonostante sia finalizzato a determinare un elemento processuale fondamentale, non necessariamente acquista rilievo sul piano processuale, né esclusivo né eventuale. In altre parole, le parti hanno concluso un patto, spesso accessorio ad un contratto, che ha natura e conseguenze di tipo sostanziali: un obbligo, né più né meno, di destinare la fase patologica del contratto ad un determinato foro. Al giudice, il cui potere di *ius dicere* non è direttamente modificato dal comportamento delle parti, la decisione discrezionale se dare o meno la propria approvazione a un tale patto. Da questo diverso modo di pensare il fenomeno deriva gran parte della *querelle* circa la natura sostanziale o processuale dell'accordo sul foro.

Italia l'opinione dottrinale prevalente sembra esaurire la rilevanza del patto sulla giurisdizione sul piano processuale, vuoi perché lo considera un negozio processuale,³⁷ vuoi perché lo reputa un ibrido sostanziale-processuale.³⁸ A fronte di una tale impostazione sul piano interno, la Corte di Cassazione sembra sposare una visione sostanzialista laddove afferma che "la scelta di derogare alla giurisdizione ordinaria [è] atto tipicamente dispositivo negoziale i cui effetti sono dunque sostanziali".³⁹ In aggiunta all'effetto processuale

A complicare lo scenario, milita l'ulteriore divergenza nel modo in cui gli ordinamenti considerano la demarcazione tra sostanza e procedura. Un esempio su tutti è la nota distinzione tra prescrizione, intesa nel nostro ordinamento quale elemento di preclusione sostanziale del diritto, e *statute of limitation*, che, al contrario, non tocca il diritto nella sua essenza, ma agisce sul piano processuale impedendone l'azionabilità. DICEY, MORRIS e COLLINS, *The Conflict of Laws*, cit., p. 196 e s/s., 7-046 e ss. V. anche Ivi, p. 177 e ss. È chiaro che il risultato finale non cambia: se *ubi remedium, ibi ius*, il fatto di non poter azionare una pretesa equivale a non essere più titolare di un certo diritto. Tuttavia la diversa qualificazione non è priva di conseguenze di rilievo, come in materia di legge applicabile dove è consolidato il principio che la regole processuali sono determinate sempre e solo dalla *lex fori*. Cfr. anche LUPOI, *Conflitti transnazionali di giurisdizioni*, I, cit., pp. 96-97: "[p]roprio per superare (...) queste difficoltà di qualificazione, molte convenzioni internazionali di diritto sostanziale uniforme specificano che la prescrizione rientra nel loro ambito di applicazione".

Il racconto or ora proposto indurrebbe a ritenere che la tradizione di *civil law* consideri la clausola di scelta del foro quale elemento a mera rilevanza processuale, mentre il *common law* lo consideri un contratto. Questa, tuttavia, non è una descrizione fedele dello stato dell'arte europeo attuale sul punto. Due ordinamenti come Germania e Francia già non hanno dubbi nel considerare l'accordo sulla giurisdizione non più come un mero atto di procedura (*Prozesshandlung*) ma come patti sostanziali con effetti processuali. KAHN-FREUND, *Jurisdiction Agreements: Some Reflections*, in *Int'l & Comp. L. Quart.*, 1977, vol. 26, n. 4, p. 830. La decisione è del 29 Febbraio 1968, *Bundesgerichtshof in Zivilsachen*, Vol. 49, p. 384. Anche MARI, *Il sistema della competenza*, cit., p. 572 parla di negozio giuridico avente effetti processuali.

³⁷Si sofferma estesamente sulla questione della qualificazione PENASA, *Gli accordi sulla giurisdizione*, cit., p. 46 e ss., il quale conclude per la caratterizzazione del patto sul foro quale negozio processuale. L'A., tuttavia, lascia aperta la possibilità che le parti, in aggiunta all'effetto processuale dell'accordo sulla giurisdizione, abbiano inteso concludere un contratto dal quale discendano anche diritti e obblighi sul piano sostanziale. Tale contratto si presenterebbe come separato e aggiuntivo rispetto al negozio processuale. Ivi, pp. 60-66: "in questo caso, avremo due negozi: un accordo con effetti meramente processuali che incide sulla giurisdizione e un negozio con effetti sostanziali che produce diritti e obblighi in capo alle parti. Quest'ultimo deve ritenersi un vero e proprio contratto – che potremmo chiamare 'contratto sul foro prorogato' – distinto e autonomo, non solo dall'accordo sulla giurisdizione, ma pure dall'eventuale contratto cui la clausola sulla giurisdizione si riferisce, perché avente una sua propria causa (atipica), differente rispetto a quella del contratto principale". Riteniamo che la lettura dell'accordo sulla giurisdizione quale contratto atipico (accessorio al contratto principale) sia condivisibile e debba, però, essere estesa, superando la dicotomia proposta dall'A.: l'accordo sulla giurisdizione è sempre un contratto sostanziale, foriero di diritti e obblighi, il quale produce effetti processuali sulla giurisdizione in quanto le relative norme processuali vi ricolleghino detti effetti.

³⁸Cfr. anche LUPOI, *Conflitti transnazionali di giurisdizioni*, I, cit., pp. 100-06, che parla di "ibrido", seppur collocato maggiormente nella sfera processuale.

³⁹CORTE DI CASSAZIONE, 4 febbraio 2011, n.2750, *Soc. coop. Villa Azzurra contro*

del patto determinato dalla *lex fori*, cioè, l'accordo assumerebbe una valenza ulteriore produttiva di diritti e obblighi sul piano sostanziale. Pregio di una tale impostazione è di porre l'attenzione non solo sulla fase processuale di produzione degli effetti (di deroga o di proroga) ma anche sul momento volitivo, cioè sui profili della formazione dell'accordo e della validità.⁴⁰ Anche la Corte di Giustizia europea sembra oggi confermare, dopo un'iniziale propensione per una caratterizzazione processuale del patto,⁴¹ la natura sostanziale dell'accordo sulla giurisdizione.⁴²

La qualificazione dell'accordo sulla giurisdizione quale negozio sostanziale o processuale, abbiamo osservato, ha importanti conseguenze in punto di determinazione della legge applicabile. Questo perché, in generale, agli aspetti processuali di un rapporto si applica la *lex fori*,⁴³ mentre un negozio sostanziale è regolato dalla legge indicata dalle norme di diritto internazionale privato del foro, le quali, non di rado, danno rilievo all'eventuale scelta operata dalle parti.⁴⁴

In astratto si danno tre ipotesi:⁴⁵ la più rara è che le parti abbiano

Schillaci, in *DeJure*, nella fattispecie si discuteva di clausola compromissoria, ma dato il trattamento unitario riservato dall'art. 4 della l. 218/95, riteniamo che l'assunto abbia portata più generale.

⁴⁰Osserva PENASA, *Gli accordi sulla giurisdizione*, cit., p. 80 e ss. come una tale impostazione riprende la soluzione elaborata dalla dottrina, in particolar modo tedesca, dei 'negozi di diritto sostanziale con effetti processuali', la quale mira a "conseguire un ben preciso esito pratico: quello di permettere l'applicazione della legge individuata alla stregua della norme di diritto internazionale privato alle questioni relative alla 'formazione' (*Zustandekommen*) degli accordi sulla giurisdizione, escludendo l'operatività della *lex fori* che conseguirebbe invece a una qualificazione in termini meramente processuali".

⁴¹CORTE DI GIUSTIZIA, 13 novembre 1979, causa C-25/79, *Sanicentral GmbH contro René Collin*, in *Racc. giur. CE*, 1979, p. 3423.

⁴²CORTE DI GIUSTIZIA, 9 novembre 2000, causa C-387/98, *Coreck Maritime GmbH contro Handelsveem BV e altri*, in *Racc. giur. CE*, 2000, p. 9337. Cfr. anche CORTE DI GIUSTIZIA, 14 luglio 1983, causa C-201/82, *Gerling Konzern Speziale Kreditversicherungs-AG e altri contro Amministrazione del Tesoro dello Stato*, in *Racc. giur. CE*, 1983, p. 2503, al punto 20.

⁴³DICEY, MORRIS e COLLINS, *The Conflict of Laws*, cit., p. 177, 7-002: "The principle that procedure is governed by the *lex fori* is of general application and universally admitted". Si v. LUPOI, *Conflitti transnazionali di giurisdizioni*, I, cit., p. 91 e le indicazioni ivi riportate. Cfr. per l'Italia, l'art. 12 della l. 218/95 o l'art. 1(3) del Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I).

⁴⁴Cfr. GRUSON, *Forum Selection Clauses in International and Interstate Commercial Agreements*, in *U. Ill. L. Rev.*, 1982, vol.1982, p. 186: "If the forum state considers the enforceability of forum-selection clauses a matter of procedure, the courts of the forum state would probably apply the law of the forum; if on the other hand the forum state considers it a question of contract law, the courts of the forum state would probably apply the law governing the contract to the question of enforceability of the forum-selection clause". Per la questione della capacità delle parti si farà spesso riferimento alla legge nazionale o a quella del domicilio o sede della parte, cfr., ad esempio, gli artt. 23 e 25, l. 218/95. V. anche BORN e RUTLEDGE, *International Civil Litigation in United States Courts*, Wolters Kluwer, 2011, p. 528.

⁴⁵Ricordiamo che la questione della legge applicabile è strettamente connessa anche

indicato una legge specifica che regoli la validità e gli aspetti sostanziali dell'accordo sul foro, come se fosse un contratto separato. Più frequentemente accade, invece, che le parti abbiano determinato la legge applicabile all'intero contratto o che non abbiano effettuato alcuna scelta. In tutti i casi qui considerati si impone una verifica preliminare circa le norme di conflitto del foro adito, le quali potrebbero permettere o meno una tale scelta o limitare la libertà delle parti per mezzo di norme imperative o principi di ordine pubblico. Talvolta norme sopranazionali, e il Regolamento Bruxelles I ne è autorevole esempio, possono contenere regole *ad hoc* che disciplinano il fenomeno⁴⁶ o addirittura escludono in radice la possibilità di stipulare accordi sulla giurisdizione.⁴⁷

Inghilterra, Italia e Stati Uniti sembrano egualmente consentire alle parti di scegliere la legge applicabile in generale al contratto e in particolare alla clausola sulla giurisdizione. In difetto di scelta, ciascun paese prevede differenti criteri, che non analizzeremo in dettaglio in questa sede, per determinare il diritto applicabile. Il diritto internazionale privato italiano, ad esempio, richiama espressamente la Convenzione di Roma del 1980, la quale, in difetto di scelta ad opera dei contraenti, prevede l'applicabilità della legge del paese che presenta il collegamento più stretto con il contratto.⁴⁸ In

al principio di autonomia (*severability*) della clausola rispetto al contratto nel quale sia inserita, con la conseguenza che, essenzialmente, la legge scelta o applicabile al contratto nella sua interezza (*lex contractus*) non è automaticamente estendibile alla clausola sulla giurisdizione. V. *infra* al paragrafo 3.10.

⁴⁶La *Convention relative au contrat de transport international de marchandises par route* (CMR), firmata a Ginevra il 19 maggio 1965, ad esempio, non prevede norme specifiche in punto di legge applicabile all'accordo sul foro, ma ne limita gli effetti come vedremo specificamente *infra* al paragrafo 3.11.

⁴⁷Un esempio è la *Convention pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international*, firmata a Varsavia il 12 ottobre 1929, la quale all'art. 28 prevede che: "L'action en responsabilité devra être portée, au choix du demandeur, dans le territoire d'un des Etats Parties, soit devant le tribunal du domicile du transporteur, du siège principal de son exploitation ou du lieu où il possède un établissement par le soin duquel le contrat a été conclu, soit devant le tribunal du lieu de destination", dicitura confermata dalla *Convention pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international*, firmata il 28 maggio 1999 a Montréal. La formulazione esclude la possibilità sia di scegliere un foro diverso, sia di limitare la scelta dell'attore ad uno solo dei luoghi indicati dalla norma. V. anche KAHN-FREUND, *Jurisdiction Agreements*, cit., pp. 837-38.

⁴⁸*Convenzione sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, firmata a Roma il 19 giugno 1980. La Convenzione, a tenore dell'art. 1, comma 2, lett. d, escluderebbe dal suo ambito gli accordi sulla giurisdizione, ma l'estensione è operata dall'art. 57 che ritiene la norma applicabile "in ogni caso". L'art. 4, 1° comma, dispone che: "Nella misura in cui la legge che regola il contratto non sia stata scelta a norma dell'articolo 3, il contratto è regolato dalla legge del paese col quale presenta il collegamento più stretto. Tuttavia, qualora una parte del contratto sia separabile dal resto e presenti un collegamento più stretto con un altro paese, a tale parte del contratto potrà applicarsi, in via eccezionale, la legge di quest'altro paese". Collegamento più stretto che si ricollega alla sperimentata nozione della 'prestazione caratteristica'. Cfr. LOPES PEGNA, *Il rilievo del collegamento più stretto dalla Convenzione di Roma alla proposta di regolamento "Roma I"*, *Riv. Dir.*

Inghilterra la legge applicabile alla *validity* della clausola sulla giurisdizione è generalmente quella del contratto e, se la clausola elegge Londra quale foro competente, la legge presuntivamente applicabile è quella inglese per tutti i profili regolabili, dalla validità sostanziale all'interpretazione.⁴⁹ Negli Stati Uniti la maggioranza delle corti pare estendere la legge applicabile al contratto anche alla validità della clausola stessa,⁵⁰ anche se non mancano giudici che fanno applicazione della *lex fori*.⁵¹ Vi è in quest'ordinamento il problema ulteriore, di non facile soluzione, di stabilire quale diritto sia applicabile, se la legge dello Stato o della Federazione, quando una corte federale siede in *diversity*.⁵² Inghilterra e Stati Uniti differenziano, inoltre, i profili di validità e interpretazione (*construction*) dell'accordo: in tal modo la legge applicabile a ciascun profilo potrebbe essere differente, in un modo che non trova riscontro nella tradizione civilistica continentale.

Il sistema di Bruxelles I ha operato un'interessante, quanto controversa, scelta. Se nella vigenza dell'attuale sistema la Corte di Giustizia ha ritenuto applicabili le norme di conflitto del foro adito,⁵³ nella versione modificata

Int., p. 756, 2006.

⁴⁹DICEY, MORRIS e COLLINS, *The Conflict of Laws*, cit., 12-090 ss.

⁵⁰Cfr. GRUSON, *Forum Selection Clauses*, cit., p. 187.

⁵¹BUXBAUM, *Forum Selection in International Contract Litigation: the Role of Judicial Discretion*, in *Willamette J. Int'l L. & Dis. Res.*, 2004, vol. 12, p. 196. Secondo BORN e RUTLEDGE, *International Civil Litigation*, cit., pp. 498-99 ciò succede per lo più in difetto di scelta della *lex contractus* ad opera delle parti.

⁵²Cfr. BORCHERS, *Forum Selection Agreement in the Federal Courts After Carnival Cruise: a Proposal For Congressional Reform*, in *Wash. L. Rev.*, 1992, vol. 67, pp. 78-81. Lo stesso A. afferma: "Another choice-of-law issue has sown some confusion. If a forum selection clause is accompanied by a choice-of-law clause, which is quite common, two possibilities exist. One is that forum law governs the validity of the forum selection clause; the other is that the law designated by the choice-of-law clause determines the validity of the forum selection clause. The confusion occurs if forum law would validate the clause, but the designated law would not. Some courts have managed to avoid this problem simply by applying forum law. At least one court has reasoned that it is highly improbable that the parties would have written a forum selection clause in and out of the contract in the same breath. A surprising number of cases, though, have applied the designated law, even if this meant invalidation of the forum selection clause". Ivi, p. 81. V. anche GRUSON, *Forum Selection Clauses*, cit., pp. 153-56. Secondo BORN e RUTLEDGE, *International Civil Litigation*, cit., p. 529 "federal courts (...) must determine which of the following laws governs the enforceability of a forum selection agreement: (a) federal procedural law, based either on 28 U.S.C. § 1404(a) or judge-made common law; (b) substantive federal common law, binding on both federal and state courts; (c) substantive state law, chosen by the parties to govern their agreement; or (d) the substantive state law of the forum where the choice of court clause is sought to be enforced".

⁵³Cfr. 19 giugno 1984, C-71/83, *Partenreederei ms. Tilly Russ e Ernest Russ contro NV Haven & Vervoerbedrijf e NV Geominne Hout*, in *Racc. giur. CE*, 1984, p. 577 e 11 novembre 1986, C-313/85, *Iveco Fiat SpA contro Van Hool NV*, in *Racc. giur. CE*, 1986, p. 3337. MARI, *Il sistema della competenza*, cit., p. 682, CARBONE, *La disciplina comunitaria della proroga*, cit., p. 32 e ss., QUEIROLO, *Gli accordi sulla competenza giurisdizionale*, CEDAM, 2000, p. 200 e ss. Dallo studio HESS, PFEIFFER e SCHLOSSER, *Report on the Application of Regulation Brussels I in the Member States*, JLS/CA/2005/03, 2007, risul-

si opera una scelta netta: la validità sostanziale della clausola deve essere determinata in base alla legge del foro eletto nella clausola di proroga.⁵⁴ Occorre chiedersi se il rinvio operato alla legge del giudice eletto comprenda o meno le norme di conflitto del foro. Propendiamo per una ricostruzione in senso positivo, nonostante che la lettera della norma sembrerebbe imporre l'applicazione *tout court* della legge sostanziale del giudice eletto.⁵⁵ Una tale lettura comporterebbe il grave difetto di non consentire alcun margine di manovra alle parti nel determinare la legge applicabile all'accordo sulla giurisdizione, un risultato probabilmente non particolarmente auspicabile in un sistema che fa del riconoscimento della autonomia privata un vanto. Richiamando le norme di diritto internazionale privato, sarà, invece, possibile dare rilievo all'eventuale scelta, implicita o esplicita, operata dalle parti.⁵⁶ Occorre sottolineare che l'apparente certezza delineata dalla norma cade in ipotesi di clausole asimmetriche o non esclusive che, chiamando in causa più di un ordinamento, sollevano l'interrogativo di quale 'law of that Member State' applicare.⁵⁷

Sia la legge italiana che quella europea prevedono, infine, disposizioni specifiche in merito alla forma che il patto deve rivestire. Queste, dettando requisiti autonomi e impedendo il ricorso a norme di conflitto, si applicano

tava la mancanza di uniformità di vedute negli Stati membri, con una certa prevalenza dell'applicazione della *lex causae*.

⁵⁴Art. 25 del nuovo Regolamento: "unless the agreement is null and void as to its substantive validity under the law of that Member State". La formulazione adottata richiama il dettato dell'art. II della Convenzione di New York del 1958 sull'arbitrato internazionale, la quale, al comma 3^o, prevede che "The court of a Contracting State, when seized of an action in a matter in respect of which the parties have made an agreement within the meaning of this article, shall, at the request of one of the parties, refer the parties to arbitration, unless it finds that the said agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed".

⁵⁵Il XX^o *considerando* del Regolamento sembra confortare la soluzione che proponiamo: "Quando emerge una questione circa la validità di un accordo relativo alla scelta del foro a favore dell'autorità giurisdizionale o delle autorità giurisdizionali di uno Stato membro, essa dovrebbe essere decisa secondo la legge dello Stato membro del foro o dei fori prescelti nell'accordo, comprese le norme di tale Stato membro sul conflitto di leggi".

⁵⁶Una soluzione più sensibile sarebbe stata inserire un richiamo al Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I), estendendone così l'ambito di applicazione oltre l'esclusione operata dal Regolamento stesso che all'art. 1, 2^o comma, lett. e, dispone: "Sono esclusi dal campo d'applicazione del presente regolamento: (...) i compromessi, le clausole compromissorie e le convenzioni sul foro competente". È contrario a una tale ipotesi PENASA, *Gli accordi sulla giurisdizione*, cit., p. 162 e ss.

⁵⁷Ancora una volta si conferma come regole nette non sempre conducono alla certezza auspicata. I profili di problematicità qui evidenziati non sono secondari: se non vi è chiarezza in punto di legge applicabile allo stesso accordo sulla giurisdizione, fallisce l'intero tentativo di conferire prevedibilità al contratto. In parte il problema è attenuato dal conferimento della *Kompetenz-Kompetenz* al giudice eletto nella clausola a conoscere della validità di una clausola esclusiva, contenuto nell'art. 31 del Regolamento modificato e altro profilo di delicatezza del nuovo Bruxelles I bis.

in tutti i casi in cui il giudice debba valutare la validità della clausola stessa rispetto al proprio potere di *ius dicere*.⁵⁸ Resta inteso che, indipendentemente dalla legge che regola la validità del patto, gli effetti processuali spiegati dall'accordo sulla giurisdizione rispetto a un dato ordinamento sono quelli previsti dalla *lex fori*.⁵⁹

2.4.1 APPLICABILITÀ DELLA LEGGE INTERNA NEL SISTEMA EUROPEO

È pacifico che l'art. 23 del Regolamento 44/2001 nel dettare requisiti uniformi in merito alla deroga, comporti la sostanziale inapplicabilità della relativa disciplina interna. Tale disciplina ha quindi una rilevanza residuale, limitata alle materie escluse dal Regolamento o ai casi di proroga che non rientrino nell'ambito disegnato dall'art. 23. Al di là di questa ovvia considerazione, la legge interna, sia essa *lex causae* o *lex fori*, potrebbe influire sulla disciplina della proroga in altri modi. Potrebbe prevedere degli speciali requisiti in ordine alla forma, *lato sensu*, dell'accordo, oppure dettare regole in merito all'accordo stesso. Nel secondo caso, al di fuori dei profili già definiti dalla norma ex art. 23, i criteri interni sono importanti elementi di integrazione di una norma che non è esaustiva.⁶⁰

Quanto alla prima ipotesi, la Corte di Giustizia ha affermato a più riprese l'inapplicabilità dei requisiti formali posti dalla legge interna⁶¹ e questo orientamento viene oggi condiviso anche dalla giurisprudenza italiana.⁶² La prima decisione della Corte sulla proroga,⁶³ davvero ricca di principi significativi, è stata utile anche a precisare l'inapplicabilità dei requisiti formali posti dalla legge interna. Nel caso di specie il tribunale di primo grado tedesco, applicando la legge italiana, aveva sancito l'invalidità della proroga per contrarietà agli artt. 1341-42 del nostro codice civile. Una tale conclusione non è facilmente criticabile, poiché la Corte ancora non aveva specificato⁶⁴ come andassero interpretate le nozioni della disciplina uniforme. Il tribunale aveva quindi applicato le norme di conflitto tedesche e applicato la legge risul-

⁵⁸Ma cfr. KAHN-FREUND, *Jurisdiction Agreements*, cit., p. 828: "The formal validity of a jurisdiction agreement is probably subject to the rule *locus regit actum* in its optional version: if a choice of jurisdiction clause has, by its proper law, to be in writing, it would presumably nevertheless be valid if concluded orally in a country not requiring the written form".

⁵⁹Ivi, p. 837 e ss.: "This shows the complex interaction of *lex fori* and *lex causae*: the *lex causae* determines the validity, the *lex fori* determines the effect of the *prorogatio fori*".

⁶⁰CARBONE, *La disciplina comunitaria della proroga*, cit., p. 32 e ss.

⁶¹ANCEL, *La clause attributive de juridiction*, cit., p. 290 e ss.

⁶²CORTE DI CASSAZIONE, 27 settembre 2006, n.20887, *Saneco SA contro Toscoline Srl*, in *DeJure*; CORTE DI CASSAZIONE, 11 giugno 2001, n.7854, *Marintrasporti Srl - Rewico Italia Srl contro Multiarredo Srl*, in *Giur. it.*, vol. 2002, 2002, p. 1621 e CORTE DI CASSAZIONE, 19 dicembre 1994, n.10910, *Stork Duke BV contro Unigrà Spa*, in *DeJure*.

⁶³CORTE DI GIUSTIZIA, C-24/76, *Estasis Salotti*, cit.

⁶⁴CORTE DI GIUSTIZIA, C-12/76, *Tessili*, cit.

tante anche alla clausola di proroga della competenza. Il ragionamento della Corte parte invece dal presupposto che i requisiti formali previsti all'art. 23, posti a tutela del consenso effettivo, sono nozioni autonome⁶⁵ ed esaustive, quindi non necessitano di integrazione, anche al fine di dare un'applicazione uniforme alla proroga in ambito europeo, che potrebbe essere fortemente minacciata dall'applicazione "a macchia di leopardo" di principi interni propri di ciascun ordinamento.

Sul versante interno, il percorso giurisprudenziale italiano non è stato privo di ostacoli se si è arrivati alla proposizione di un quesito di costituzionalità relativo al combinato disposto dell'art. 4 della l. 218/95 e degli artt. 1341-42 del codice civile. L'incertezza sulla conformità con la Carta costituzionale proveniva dall'ineguaglianza di trattamento tra la deroga alla giurisdizione e la deroga di competenza (quest'ultima soggetta alla disciplina privatistica) e da una presunta menomazione del diritto di difesa in caso di attribuzione della controversia all'autorità straniera. La Corte costituzionale ha giudicato il quesito manifestamente infondato,⁶⁶ rilevando da un lato il profondo cambiamento di sistema intervenuto con la l. 218/95 che induce a favorire l'apertura dell'ordinamento e quindi la possibilità di derogare alla giurisdizione italiana, e dall'altro la potestà discrezionale del legislatore di ritenere prevalenti esigenze di carattere internazionale che giustificano una disparità di trattamento tra la deroga alla giurisdizione e la deroga alla competenza.

Una certa soggezione delle norme interne rispetto all'art. 17 (oggi art. 23) è stata affermata dalla Corte di Giustizia anche nella sentenza *Sanicentral*,⁶⁷ nonostante il fulcro della vicenda riguardasse più l'individuazione del momento rispetto al quale valutare la validità della proroga, cioè il momento dell'azione. La Corte ha affermato che la proroga che soddisfi i requisiti ex art. 17 al momento dell'azione è valida indipendentemente dall'esistenza di norme nazionali che ne prevedessero la nullità al momento dell'accordo.⁶⁸ In un terzo caso⁶⁹ la Corte ha chiarito la linea interpretativa iniziata con la sentenza *Estasis Salotti*, censurando la decisione dei tribunali belgi di invali-

⁶⁵Per MARI, *Il sistema della competenza*, cit., p. 624e ss. il vero motivo della inapplicabilità dei requisiti interni è non tanto l'esclusività della disciplina quanto il suo carattere autonomo.

⁶⁶CORTE COSTITUZIONALE, 18 ottobre 2000, n. 428, *ordinanza*, in *DeJure*.

⁶⁷CORTE DI GIUSTIZIA, C-25/79, *Sanicentral*, cit. V. anche ANCEL, *La clause attributive de jurisdiction*, cit., p. 290 e ss.

⁶⁸CORTE DI GIUSTIZIA, C-25/79, *Sanicentral*, cit., punto 7 : "gli artt. 17 e 54 della Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968 concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale vanno interpretati nel senso che, nelle azioni giudiziarie iniziate dopo l'entrata in vigore della Convenzione, le clausole attributive di competenza, stipulate in contratti di lavoro conclusi anteriormente a tale entrata in vigore, debbano essere considerate valide, anche nel caso in cui sarebbero state considerate nulle secondo le norme nazionali in vigore al momento della stipulazione del contratto".

⁶⁹CORTE DI GIUSTIZIA, 24 giugno 1981, causa C-150/80, *Elefanten Schuh GmbH contro Pierre Jacqmain*, in *Racc. giur. CE*, 1981, p. 1671.

dare una deroga contenuta in un contratto poiché non era stato soddisfatto un requisito di tipo linguistico.⁷⁰ La Corte avverte i giudici nazionali che “*l’art. 17 stabilisce esso stesso, per garantire la certezza del diritto ed assicurare il consenso delle parti, i requisiti di forma che le clausole attributive di competenza devono possedere. Gli Stati contraenti non hanno quindi la facoltà di prescrivere requisiti di forma diversi da quelli stabiliti nella Convenzione*”⁷¹ traendo tale conclusione dalla previsione espressa della c.d. “regola Lussemburghese” per imporre requisiti formali aggravati.⁷²

Interrogata su una questione affine relativa a norme c.d. di “applicazione necessaria”, la nostra Corte di Cassazione ha affermato una serie di principi che portano a concludere per l’irrelevanza delle norme interne di protezione relativamente alla giurisdizione.⁷³ Il momento nel quale queste potranno trovare applicazione è semmai posteriore e relativo all’applicabilità della legge straniera sostanziale da parte del giudice italiano⁷⁴ o in sede di riconoscimento della sentenza. Il principio enunciato rispecchia l’orientamento della Corte del Lussemburgo e favorisce un accertamento rapido della giurisdizione. Inoltre, è particolarmente centrato il rilievo circa l’impossibilità di stabilire *a priori* se vi sarà una violazione della norma italiana, la quale

⁷⁰Il requisito prevedeva l’obbligatorietà della redazione del contratto di lavoro in lingua olandese a pena di nullità.

⁷¹CORTE DI GIUSTIZIA, C-150/80, *Elefanten*, cit., punti 25 e 26.

⁷²Tale norma, contenuta nel Protocollo del 27 settembre 1968, annesso alla Convenzione di Bruxelles, prescriveva un’accettazione espressa e specifica ai patti che derogassero la competenza delle corti del Lussemburgo. Nel Regolamento invece, era contenuta una norma “a tempo”, ormai scaduta, che limitava la conclusione dei patti di deroga alle forme previste dall’art. 23, 1° comma, lett. a, nel caso in cui il luogo di esecuzione del contratto si fosse trovato in Lussemburgo e la materia non fosse stata la prestazione di servizi.

La conclusione è stata confermata anche in CORTE DI GIUSTIZIA, 16 marzo 1999, causa C-159/97, *Trasporti Castelletti Spedizioni Internazionali SpA contro Hugo Trumphy SpA*, in *Racc. giur. CE*, 1999, p. 1597, ai punti 31 e ss. della motivazione. Alcuni autori hanno osservato acutamente che la lingua potrebbe invece rilevare sotto un altro profilo, segnatamente sotto quello relativo all’effettività del consenso, qualora la proroga sia redatta in una lingua non conosciuta dalla controparte (specialmente ove siano utilizzate condizioni generali di contratto). In questo caso però il profilo coinvolto è relativo all’accordo e non alla forma, cfr. MARI, *Il sistema della competenza*, cit., p. 626 e ss.

⁷³CORTE DI CASSAZIONE, 20 febbraio 2007, n. 3841, *JP Morgan Chase Bank NA contro Poste Italiane Spa*, in *DeJure*: “*il principio di autonomia della clausola di proroga della giurisdizione [...] impone di tenerne conto anche quando sia messa in discussione la validità del contratto cui essa accede*” e “*deve escludersi che l’eventuale presenza, in una determinata fattispecie, di norme di applicazione necessaria [...] si riverberi sul diverso problema dell’individuazione dei criteri dai quali dipende la competenza giurisdizionale*”.

⁷⁴Ivi: “*l’eventuale contrarietà all’ordine pubblico interno integra un limite all’applicabilità della legge straniera da parte del giudice italiano, ma non incide sul criterio di determinazione della giurisdizione, l’individuazione della quale precede sul piano logico quella delle legge applicabile, non potendosi del resto presumere che la futura pronuncia del giudice straniero si porrà in concreto contrasto con la norma italiana di ordine pubblico*”. Conforme sul punto anche CORTE DI CASSAZIONE, 25 settembre 1997, n. 9433, *Giulio Cesare Cassani contro Syracuse University*, in *DeJure*.

rileverà caso mai in sede di riconoscimento della sentenza.⁷⁵

Se la linea generale è nel senso dell'autonomia dei requisiti comunitari, non mancano casi di rinvio o di applicazione delle norme interne.⁷⁶ Ad esempio nel caso *Iveco-Fiat*,⁷⁷ alquanto peculiare, si è stabilito che è comunque alla legge interna che si deve guardare per stabilire se il contratto, contenente la proroga, potesse essere validamente rinnovato in modo tacito, anche contro un'espressa previsione contrattuale. E ancora la giurisprudenza *Tilly Russ*,⁷⁸ confermata nelle successive decisioni,⁷⁹ rimanda alla legge applicabile al rapporto la valutazione se il terzo portatore subentri nei diritti e negli obblighi del caricatore e quindi se sia applicabile anche a lui la proroga contenuta nella polizza di carico o se sia necessario un nuovo consenso.⁸⁰

Un profilo interessante è stato messo in luce in occasione di una pronuncia del Tribunale di Trento.⁸¹ Nella fattispecie il giudice ha applicato un principio interno, cioè l'art. 1367 del c.c. sulla conservazione del contratto, per affermare la validità di un accordo palesamente mal redatto. L'approccio merita attenzione, ma coglie nel segno la critica della dottrina⁸²: il principio al quale si dovrebbe guardare non è l'articolo del codice civile, norma interna di per sé non immediatamente applicabile, bensì una norma comune europea distillata attraverso l'analisi degli ordinamenti e dei principi contrattuali degli Stati membri. Questa vicenda mostra come si debba essere estremamente cauti nell'estendere l'applicazione di norme interne a fattispecie che interne non sono, anche perché “*il giudice non deve mai dimenticare di essere applicatore di una regola di giurisdizione europea e che le sue scelte devono essere potenzialmente condivise dai giudici degli altri ordinamenti*”.⁸³

2.5 L'AMBITO DI APPLICAZIONE DELL'ART. 23 DEL REGOLAMENTO 44/2001

L'art. 23 non è norma di applicazione universale. Oltre alla limitazione *ratione materiae* che vedremo più avanti,⁸⁴ vi sono alcuni ulteriori condizionamenti al suo ambito operativo e la cui assenza non determina automati-

⁷⁵Questo modo di ragionare non è molto distante dai precedenti in *Mitsubishi e Vimar Seguros* decisi dalla Corte Suprema americana, sui quali v. *infra* al paragrafo 2.6.

⁷⁶CARBONE, *La disciplina comunitaria della proroga*, cit., p. 33.

⁷⁷CORTE DI GIUSTIZIA, C-313/85, *Iveco Fiat*, cit.

⁷⁸CORTE DI GIUSTIZIA, C-71/83, *Tilly Russ*, cit.

⁷⁹CORTE DI GIUSTIZIA, C-159/97, *Trasporti Castelletti*, cit.

⁸⁰Cfr. *infra* il paragrafo ??.

⁸¹TRIBUNALE DI TRENTO, 2 novembre 2001, *G.I. Giuliani - Spirale Spa contro Phoenix AG*, in *Corr. giur.*, 2002, p. 659.

⁸²BIAVATI, *Criteri interpretativi in tema di proroga della giurisdizione e di foro contrattuale*, in *Corr. giur.*, 2002, vol. 5, p. 661.

⁸³Ivi, p. 666. V. *infra* il paragrafo 3.12 per le decisioni della Corte in merito a istituti tipici del *common law* inglese, quali *forum non conveniens* o *anti-suit injunction*.

⁸⁴V. *infra* il paragrafo 2.6.1.

camente l'invalidità dell'accordo sulla giurisdizione, ma l'applicazione di una differente disciplina, ossia la *lex fori*.⁸⁵

Il primo requisito specifico è di carattere soggettivo⁸⁶ e determina un'ambito di applicazione più ampio della norma in parola rispetto al Regolamento. Ai sensi dell'art. 4 del Regolamento, emendato per superare un'interpretazione che si era venuta affermando, se il convenuto non è domiciliato⁸⁷ all'interno della UE la giurisdizione è determinata ai sensi della *lex fori*, "salva l'applicazione degli articoli 22 e 23".⁸⁸ In modo speculare, l'art. 23 richiede al giudice di verificare la sussistenza del requisito del domicilio europeo in capo ad una qualsiasi delle parti del rapporto,⁸⁹ senza distinguere tra attore e convenuto. L'esigenza sottesa è duplice. Da un lato, per motivi di certezza, si fa in modo che la disciplina di un accordo sul foro tendenzialmente non muti all'interno dello spazio giudiziario europeo in base al soggetto che comincia l'azione. Dall'altro lato, in chiave storica, l'applicazione della *lex fori*, spesso più restrittiva, poteva portare ad invalidare delle clausole altrimenti valide per il diritto europeo. La nuova formulazione dell'art. 25 del Regolamento 1215/2012 supera la dicotomia tra clausole di proroga in stipulate da soggetti domiciliati o non domiciliati nell'Unione, unificandone la disciplina e rendendo il requisito in parola privo di significato. Nel testo modificato, infatti, la norma europea si applica "indipendentemente dal (...) domicilio" delle parti. L'intento perseguito è di offrire un più ampio e uniforme ricono-

⁸⁵Per questo motivo si preferisce l'espressione "requisiti di applicazione". Così anche RIGHETTI, *La deroga alla giurisdizione*, Giuffrè, 2002 e QUEIROLO, *Gli accordi sulla competenza*, cit. Altri autori preferiscono altre definizioni che, tuttavia, sembrano meno appropriate. Al contrario, la disciplina italiana, laddove richiede che "la causa vert[a] su diritti disponibili" (art. 3) pone non un requisito d'applicazione, bensì un requisito di validità.

⁸⁶Secondo MARI, *Il sistema della competenza*, cit., p. 575 ha la funzione di "garantire un minimo grado di integrazione materiale della lite nell'area comunitaria".

⁸⁷Secondo l'interpretazione prevalente il domicilio non deve essere l'unico disponibile per la parte, e può trattarsi anche di un domicilio secondario. V. BARIATTI, *Sull'interpretazione dell'articolo 17 della convenzione di Bruxelles del 27 Settembre 1968*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1986, p. 835 e ss.

⁸⁸La formulazione dell'art. 4, ove letta isolatamente, parrebbe imporre la prevalenza dell'art. 23 sulla *lex fori* anche nel caso in cui nessuna delle parti del rapporto dedotto in giudizio fosse domiciliata in uno Stato membro dell'Unione. Una tale interpretazione è sconfessata non solo dal requisito in parola che richiede il domicilio di almeno una parte, ma anche dall'esistenza di una specifica regola predisposta per l'ipotesi in esame che dispone una regola di litispendenza speciale, art. 23, comma 3: "Quando nessuna delle parti che stipulano tale clausola è domiciliata nel territorio di uno Stato membro, i giudici degli altri Stati membri non possono conoscere della controversia fintantoché il giudice o i giudici la cui competenza è stata convenuta non abbiano declinato la competenza".

⁸⁹A differenza delle previgenti normative degli Stati membri, il Regolamento considera il requisito del domicilio e non quello della nazionalità. La nozione di "domicilio" è stata interpretata in modo autonomo dalla Corte di Giustizia e, ai sensi dell'art. 59, la sua sussistenza deve essere valutata sulla base del diritto nazionale dello Stato nel quale si affermi di possedere tale domicilio. Per le persone giuridiche valgono invece i criteri di sede statutaria, amministrazione centrale o centro di attività principale, cfr. art. 60. In proposito si v., tra gli altri, MARI, *Il sistema della competenza*, cit., p. 204 e ss.

scimento all'autonomia privata in materia processuale nel territorio europeo, indipendentemente dalle scelte operate a livello nazionale.⁹⁰

Il secondo requisito, il quale rimarrà l'unico di rilievo, è relativo alla necessità che le parti abbiano convenuto la competenza giurisdizionale di un giudice appartenente ad uno Stato membro dell'Unione. La norma si riferisce testualmente alla scelta "*di un giudice o dei giudici di uno Stato membro*".⁹¹

⁹⁰Cfr. anche il XIV^o *considerando* del nuovo Regolamento. Sebbene si affermi che "[i]l convenuto non domiciliato nel territorio di uno Stato membro dovrebbe in generale essere soggetto alle norme nazionali in materia di competenza giurisdizionale applicabili nel territorio dello Stato membro dell'autorità giurisdizionale adita", si precisa che "[a]l fine di (...) rispettare l'autonomia delle parti, dovrebbe essere possibile applicare talune norme riguardanti la competenza giurisdizionale nel presente regolamento indipendentemente dal domicilio del convenuto".

⁹¹Vi è anche la questione della scelta di un giudice appartenente a uno Stato non membro dell'Unione. I soggetti di un rapporto, anche ove domiciliati in tutto o in parte all'interno dell'Unione, potrebbero eleggere come competente un giudice appartenente ad un ordinamento esterno all'ambito di applicazione del Regolamento, ad esempio una corte statunitense. In tal caso la dottrina è sostanzialmente concorde nel ritenere che una tale proroga "non sia vietata dalle norme comunitarie". SCHLOSSER, *Report*, cit., LUPOI, *Conflitti transnazionali di giurisdizioni*, I, cit., p. 342, PIERI, *La disciplina della proroga della competenza nella Convenzione di Bruxelles e nella giurisprudenza della Corte di Giustizia della C.E.E. in L'unificazione del diritto internazionale privato e processuale (studi in memoria di Mario Giuliano)*, CEDAM, 1989, p. 742, DI BLASE, voce "*Deroga alla giurisdizione*" in *Digesto delle discipline privatistiche - sezione civile*, UTET, 1990, p. 314. Concorde anche la Corte, v. CORTE DI GIUSTIZIA, C-387/98, *Coreck Maritime*, cit. punto 19. Altrettanto certo è che non sia applicabile alla fattispecie in parola l'art. 23 perché manca un presupposto fondamentale. Al riguardo il quattordicesimo *considerando* del Regolamento 44/2001 avverte che

"fatti salvi i criteri di competenza esclusiva previsti dal presente Regolamento, deve essere rispettata l'autonomia delle parti relativamente alla scelta del foro competente per i contratti non rientranti nella categoria dei contratti di assicurazione, di consumo e di lavoro in cui tale autonomia è limitata"

Si tratta di un principio generale, che induce a ritenere ammissibile la deroga del giudice comunitario in favore di un giudice esterno. Gli unici limiti, indicati anche nel citato *considerando*, sono l'esistenza di un foro esclusivo o la presenza di un foro protetto: tali competenze sarebbero opponibili in sede di riconoscimento della decisione emanata da un foro esterno. DI BLASE, *Deroga alla giurisdizione*, cit., p. 314 fa correttamente discendere tali limiti anche dal sistema. Contro l'applicabilità di tali limitazioni QUEIROLO, *Gli accordi sulla competenza*, cit., p. 180. Questo principio viene affermato anche dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Coreck Maritime*: "*l'art. 17 della Convenzione non è applicabile a una clausola che designi un giudice di uno Stato terzo. Un giudice che sia all'interno di uno Stato contraente, qualora sia stato adito nonostante siffatta clausola attributiva di competenza, deve valutare la validità di quest'ultima in funzione del diritto applicabile, comprese le norme sui conflitti di legge, nel luogo in cui ha sede*". CORTE DI GIUSTIZIA, C-387/98, *Coreck Maritime*, cit., punto 19. Per la dottrina v. SCHLOSSER, *Report*, cit., LUPOI, *Conflitti transnazionali di giurisdizioni*, I, cit., p. 343, DI BLASE, *Deroga alla giurisdizione*, cit., p. 314. La possibilità che il giudice nazionale riconosca la proroga della giurisdizione di uno Stato extra-comunitaria non comporta conseguenze nel caso in cui il giudice affermi, anche erroneamente, la propria giurisdizione. Dal momento che la lesione della competenza di un foro prorogato non costituisce ostacolo al riconoscimento nemmeno

Tre sono le questioni rilevanti: la prima è la questione della scelta di un giudice esterno all'Unione Europea, la seconda attiene alla determinazione del giudice *per relationem*, mentre la terza è relativo al rapporto tra la norma europea e i criteri interni di distribuzione della competenza giurisdizionale. La prima questione è pacificamente risolta nel senso che l'art. 23 non si applica all'elezione di un giudice extra-UE e una tale scelta, lungi dall'essere proibita, è interamente sottoposta alle regole di diritto internazionale privato della *lex fori*. La seconda, che tratteremo anche più avanti,⁹² è risolta consentendo alle parti di identificare il giudice attraverso l'indicazione di elementi integrativi, salvo che risulti impossibile o eccessivamente arduo per il giudice adito di stabilire la propria competenza. In relazione all'ultimo profilo, le parti potrebbero scegliere di individuare tramite il loro accordo non solo l'ordinamento nel quale l'azione deve essere instaurata, ma anche lo specifico giudice che sarà competente a conoscere della controversia. Se una tale specificazione è in conflitto con una competenza territoriale interna inderogabile, è opinione pacifica che la norma europea prevalga su quella interna.⁹³ In alternativa all'ipotesi ora descritta, le parti possono anche scegliere di designare solo l'ordinamento competente,⁹⁴ senza specificare altro. In tal caso le regole interne sulla competenza agiranno in funzione integrativa⁹⁵ per determinare il giudice concretamente dotato del potere di conoscere della controversia. L'elemento positivo è che non si avrà lesione di alcuna competenza interna, né territoriale, né per materia, valore o funzione. L'aspetto problematico è che potrebbe risultare impossibile rinvenire all'interno

ove la proroga sia intra-comunitaria, non c'è ragione di supporre che l'esito debba differire qualora un giudice della Comunità emani una decisione in spregio ad una proroga a favore di un giudice esterno. V. LUPOI, *Conflitti transnazionali di giurisdizioni*, I, cit., p. 343. DI BLASE, *Deroga alla giurisdizione*, cit., p. 314 sottolinea che sarebbe opportuno impedire che altri giudici comunitari si possano pronunciare dopo che il primo adito ha ritenuto valida la proroga a favore di un giudice straniero, aumentando così il livello di integrazione tra gli ordinamenti.

⁹² *Infra* al paragrafo 3.11.

⁹³ In senso conforme DI BLASE, *Deroga alla giurisdizione*, cit., p. 318, QUEIROLO, *Gli accordi sulla competenza*, cit., p. 125 e MARI, *Il sistema della competenza*, cit., p. 582 e ss. V. da ultimo la sentenza della CORTE DI CASSAZIONE, 11 dicembre 2012, n. 22731, in *DeJure*, in conformità alla decisione della Corte di Giustizia nel caso 3 maggio 2007, C-386/05, *Color Drack GmbH contro Lexx International Vertriebs GmbH*, in *Racc. giur. CE*, 2007, pp. I-3699, ¶ 30.

Più delicata è la questione se viene indicato specificamente il tribunale competente, ad esempio l'*Oberlandesgericht* di Monaco. In tal caso vi è ragione di ritenere che si abbia l'efficace individuazione del foro, ma non dell'organo giudicante ove questa sia in contrasto con le norme interne di competenza per materia o per valore. Infatti la distribuzione per materia e valore incide sulla stessa qualificazione e competenza tecnica dell'organo giudiziario a decidere una certa questione. Inoltre, se lo spostamento in un distretto territoriale diverso può frustrare la scelta delle parti, lo stesso non può dirsi per il mero trasferimento della causa tra giudici del medesimo distretto.

⁹⁴ “[I] giudici di uno Stato” dell'art. 23.

⁹⁵ DI BLASE, *Deroga alla giurisdizione*, cit., p. 312.

dell'ordinamento un giudice competente. Sono tre possibili scenari: l'accordo è nullo, l'attore è libero di scegliere un qualsiasi foro dell'ordinamento, si fa ricorso ad un qualche altro criterio integrativo.⁹⁶ La nullità dell'accordo, sostenuta da alcuni autori,⁹⁷ è motivata dall'indeterminabilità del giudice, ma tale ricostruzione sembra contrastare con il principio di prevalenza del diritto europeo sulle norme interne.⁹⁸

L'ultimo requisito per l'applicazione della norma richiede che la controversia presenti un carattere di internazionalità, ma è, a nostro avviso, di sapore anacronistico. Ci si chiede, in particolare, se sia applicabile la disciplina europea anche al caso in cui tutte le parti di un rapporto siano domiciliate all'interno di uno stesso Stato comunitario e l'unico elemento di collegamento esterno sia l'elezione di un giudice straniero. Per alcuni autori⁹⁹ in questo ca-

⁹⁶MARI, *Il sistema della competenza*, cit., p. 582 e ss.

⁹⁷Tra i quali lo stesso JENARD, *Report*, cit., p. 37.

⁹⁸Per QUEIROLO, *Gli accordi sulla competenza*, cit., p. 127 e ss., ciò sarebbe contrario anche alla centralità che la volontà delle parti assume nell'economia del Regolamento. Inoltre non è vero che il giudice non è determinabile, residuando, ad esempio, la possibilità che sia l'attore a sceglierlo.

⁹⁹Gli stessi Autori che sottolineano l'esistenza del requisito rilevano, tuttavia, come sia arduo, in assenza di riferimenti giurisprudenziali e normativi, definire gli elementi che dovrebbero determinare l'internazionalità della controversia e il rilievo circa la inutilità del requisito ove fosse ritenuta sufficiente la mera scelta del giudice straniero per la sua sussistenza. CARBONE, *La disciplina comunitaria della proroga*, cit., p. 35. Si ritiene comunque sufficiente CARBONE, *La disciplina comunitaria della proroga*, cit., p. 35 l'esistenza "di un qualsiasi collegamento giuridicamente rilevante che consenta di non esaurire nell'ambito di un solo ordinamento statale i vari aspetti del rapporto". Così anche Bariatti; GAUDEMETTALLON, *Les conventions de Bruxelles et de Lugano*, cit., p. 83; DI BLASE, *Deroga alla giurisdizione*, cit., p. 315. Taluni sottolineano il pericolo che la proroga sia pattuita solo per eludere le norme imperative del foro Bariatti e PIERI, *La disciplina della proroga della competenza*, cit., p. 736. Altri autori ancora, quali Béraudo e QUEIROLO, *Gli accordi sulla competenza*, cit., p. 139 seguono una teoria della "potenzialità internazionale" particolarmente "ingegnosa": occorrerebbe distinguere tra rapporti, come quelli degli operatori professionali del commercio, che sono idonei ad internazionalizzarsi o che sono interni solo per accidente. E altri che invece sono naturalmente interni. La proroga ex. 23 sarebbe consentita solo per i primi. Il pregio di distinguere le varie categorie di negozi, è però bilanciato dalla difficoltà di tale distinzione, che in ultima analisi non pare supportata da alcun dato positivo. Uno dei più autorevoli commentatori del testo convenzionale, Schlosser, è stato netto nell'escludere la sussistenza dell'internazionalità per via della sola scelta del foro. SCHLOSSER, *Report*, cit., p. 123: "Article 17 [applies] as it does only if the transaction in question is international in character [...], which the mere fact of choosing a court in a particular State is by no means sufficient to establish". Per un'estensiva analisi del requisito, con riferimenti alle giurisprudenze nazionali, v. NEWTON, *The Uniform Interpretation*, cit., pp. 172-209.

Nell'assenza di un'espressa previsione in seno alla stessa disposizione dell'articolo 23 (assenza che già di per sé pare significativa, cfr. RIGHETTI, *La deroga alla giurisdizione*, cit., p. 246), tre sono i fattori dai quali viene fatta discendere la necessità dell'internazionalità della controversia: la menzione nel preambolo della Convenzione de' "l'ordinamento internazionale", il sistema stesso del Regolamento e la necessità di evitare l'evasione di regole imperative degli Stati. Nessuno di questi elementi è, a nostro avviso, sufficiente a postulare l'esistenza di un tale requisito. Da un lato, nel Regolamento la menzione del-

so non sarebbe presente il requisito, necessario, della “internazionalità” della

l'ordinamento internazionale non è più presente. Molte opinioni in dottrina dipendevano proprio dalla presenza di tale indicazione. Per DICEY, MORRIS e COLLINS, *The Conflict of Laws*, cit., p. 525 la scomparsa di tale elemento è determinante nel concludere per l'irrelevanza del requisito dell'internazionalità. In realtà per valutare la clausola non sembra rilevante interrogarsi sulla natura internazionale o interna del rapporto ma occorrerebbe guardarsi solamente all'accordo sulla giurisdizione. Se così è, sarebbe sufficiente per le parti indicare un giudice appartenente a uno Stato membro diverso da quello del domicilio per soddisfare il requisito di internazionalità. JENARD, *Report*, cit., p. 38 Questa è anche la soluzione adottata dall'art. 3 del Regolamento che istituisce un procedimento europeo per le controversie di modesta entità, nel quale si definisce transfrontaliera: “una controversia in cui almeno una delle parti ha domicilio o residenza abituale in uno Stato membro diverso da quello dell'organo giurisdizionale adito”. Regolamento 861/2007 in GUCE n. 199 del 31/07/2007, pp. 1-22. Ivi, p. 37 e ss., escludeva l'operatività della disciplina europea nel solo caso di proroga dei giudici di uno Stato da parte di soggetti domiciliati in detto Stato. Si tratta in realtà di un'ipotesi di proroga della competenza territoriale ed è pacifico che la disciplina comunitaria non si applichi. Cfr. in tal senso MARI, *Il sistema della competenza*, cit., p. 590 e ss. Lo stesso Autore ammette, invece, l'applicabilità dell'art. 17 a controversie la cui internazionalità è determinata solo dalla scelta del foro competente. La Corte sembra aver in qualche modo escluso la necessaria rilevanza del requisito dell'internazionalità relativamente al rapporto sostanziale. Queste le affermazioni rilevanti nella causa CORTE DI GIUSTIZIA, 1 marzo 2005, causa C-281/02, *Andrew Owusu contro N. B. Jackson e altri*, in *Racc. giur. CE*, 2005, p. 1383, punto 24: “Nel tenore letterale dell'art. 2 della Convenzione di Bruxelles non sussiste alcun elemento che indichi che l'applicazione della regola generale sulla competenza, dettata dall'articolo medesimo unicamente in funzione del domicilio del convenuto nel territorio di uno Stato contraente, sia assoggettata alla condizione dell'esistenza di un rapporto giuridico che implichi più Stati contraenti”; e prosegue ai punti 25 e 26: “Certo, l'applicazione stessa delle norme sulla competenza della Convenzione di Bruxelles [...] presuppone l'esistenza di un elemento di estraneità. Tuttavia, il carattere internazionale del rapporto giuridico di cui trattasi non deve necessariamente derivare, per quanto attiene all'applicazione dell'art. 2 della Convenzione di Bruxelles, dall'implicazione di più Stati contraenti, in ragione del merito della controversia o del rispettivo domicilio delle parti della controversia”. Infine, specificamente sull'art. 17, al punto 28: “D'altronde, le norme della Convenzione di Bruxelles in materia di competenza esclusiva o di proroga espressa della competenza sono parimenti applicabili a rapporti giuridici concernenti unicamente uno Stato contraente ed uno o più Stati terzi. Lo stesso dicasi, riguardo all'art. 16 della Convenzione di Bruxelles, nell'ipotesi di una controversia in materia di diritti reali immobiliari o di locazione d'immobili tra soggetti domiciliati in uno Stato non contraente, ma riguardante un bene situato in uno Stato contraente, o, ancora, riguardo all'art. 17 della Convenzione di Bruxelles, nell'ipotesi in cui una clausola attributiva di competenza giurisdizionale e che vincoli almeno una parte domiciliata in uno Stato non contraente designi il foro nel territorio di uno Stato contraente”. La Corte quindi slega l'elemento di estraneità (o internazionalità) dalla necessaria diversità di domicilio delle parti o dalla connessione della controversia con più Stati membri. Così DICEY, MORRIS e COLLINS, *The Conflict of Laws*, cit., p. 525.

Infine il tema dell'elusione delle norme imperative del foro è rilevante e merita attenzione, ma l'accordo sulla giurisdizione non è il terreno sul quale giocare questa partita. Benché il Regolamento, dedicato alla materia civile e commerciale, non faccia distinzione tra diritti c.d. disponibili e diritti c.d. indisponibili, gli Stati hanno saputo accordarsi sulla necessità di tutelare fattispecie o soggetti ritenuti bisognosi di protezione. Ciò è avvenuto per i contratti di assicurazione, per i consumatori ed ora anche per i lavoratori dipendenti. Inoltre non deve essere confusa la giurisdizione con l'applicazione della legge sostanziale, poiché, come affermato anche dalla CORTE DI CASSAZIONE, 9433/1997, *Cas-*

controversia, per altri invece tale requisito è comunque sussistente o addirittura irrilevante. Senza voler trascurare alcune importanti posizioni assunte dalla dottrina, il requisito dell'internazionalità pare un ostacolo non necessario in un sistema come quello creato dal Regolamento che dovrebbe essere ispirato alla reciproca "fiducia" e apertura tra gli ordinamenti europei.¹⁰⁰

2.5.1 IL MOMENTO DELLA VERIFICA DEI REQUISITI/PRESUPPOSTI

Nella vita di un rapporto giuridico possono verificarsi dei mutamenti. Possono cambiare i soggetti che ne fanno parte per via della cessione o di una successione nel contratto, o possono mutare le qualità dei soggetti originari e molti altri elementi. Il mutamento di questi dati può, in alcuni casi, avere conseguenze sul piano degli effetti o della validità del patto. Un esempio si ha quando il giudice prorogato è individuato in relazione ad alcuni elementi del rapporto, ad esempio il domicilio di una delle parti. Un altro esempio, più particolare, è dato dall'art. 23 del Regolamento, il quale detta alcuni requisiti ulteriori per la sua applicazione.¹⁰¹ In tutti questi casi è essenziale determinare quale sia il momento rilevante, ossia se e quando si verifichi la "cristallizzazione" della situazione di fatto ai fini della valutazione circa la validità e gli effetti della clausola.

Ancora una volta entra in gioco la qualificazione del patto. Ai fini della teoria sostanziale il patto è la cristallizzazione dell'assetto esistente al momento della stipula e pertanto sono irrilevanti i mutamenti successivi, ove manchi un'espressa volontà delle parti in merito. I soggetti hanno regolato con "legge privata" i loro interessi in relazione ad uno stato di fatto preciso e a questo deve essere fatto riferimento per rispettare la loro autonomia. A livello concettuale si tutela quindi l'autonomia delle parti e la valutazione dei requisiti e dei presupposti dovrebbe compiersi con riferimento al momento della conclusione dell'accordo.¹⁰² Viceversa la concezione processuale¹⁰³ valorizza

sani, cit., la prima questione precede la seconda su un piano logico-giuridico ed è da questa indipendente.

¹⁰⁰V. però la recente pronuncia della CORTE DI CASSAZIONE, 14 febbraio 2011, n. 3568, *Soc. fond. Sai contro Soc. Coscos*, in *DeJure* la quale afferma:

"L'esclusione della operatività per così dire 'diretta' dell'art. 23 Reg. deriva dal fatto che nella fattispecie, poiché entrambe le parti sono domiciliate in Italia, dove hanno anche le rispettive sedi legali, non si pone tra loro un problema di competenza internazionale da regolare ai sensi del Regolamento Comunitario, come emerge dall'art. 2 del Regolamento stesso. Nè l'internazionalità della controversia deriva dal fatto che, pur essendo entrambe le parti domiciliate in Italia, esse abbiano previsto una deroga di giurisdizione in favore di giudice straniero".

¹⁰¹V. *infra* il paragrafo 2.5.

¹⁰²Così GAUDEMET-TALLON, *Les conventions de Bruxelles et de Lugano*, cit., p. 78 e altra dottrina francese, criticata efficacemente da PIERI, *La disciplina della proroga della competenza*, cit., p. 739.

¹⁰³MARI, *Il sistema della competenza*, cit.; DI BLASE, *Deroga alla giurisdizione*, cit.;

l'effetto operativo che l'accordo ha sulla giurisdizione, istituto eminentemente processuale. Poiché la giurisdizione acquista rilevanza al momento della domanda, è in quel momento che tale accordo deve essere valutato, in base al principio *tempus regit actum*.¹⁰⁴

Entrambi gli approcci presentano dei rischi. Il difetto pratico della teoria sostanziale sta nella sua rigidità, che non consente alla proroga di adattarsi ai mutamenti del rapporto, specie ove vi sia stata successione o cessione del contratto.¹⁰⁵ La concezione processuale, invece, privilegia la flessibilità degli accordi di proroga, ma rischia di favorire l'elusione dell'assetto originario e aggiunge un margine di incertezza al rapporto. Non a caso in dottrina vi è chi propone l'applicazione di entrambi i criteri.¹⁰⁶ La di Corte di Giustizia europea sembrava aver optato per una concezione processuale del patto nella sentenza *Sanicentral*,¹⁰⁷ affermando che "la Convenzione non riguarda le norme di diritto sostanziale" e che "[l]a clausola scritta attributiva di competenza [...] è, di per sé stessa, espressione di una facoltà di scelta del giudice competente, i cui effetti si verificano solo nel momento in cui viene proposta una domanda giudiziale, dando inizio all'azione. Questa è quindi la data da prendere in considerazione per valutarne la portata relativamente alla norma giuridica che si applica in quel momento".¹⁰⁸ In epoca più recente, tuttavia, la Corte ha adottato un approccio di tipo sostanzialista, affermando

PIERI, *La disciplina della proroga della competenza*, cit.; RIGHETTI, *La deroga alla giurisdizione*, cit.

¹⁰⁴PIERI, *La disciplina della proroga della competenza*, cit., p. 740. Cfr. anche CORTE DI CASSAZIONE, 18 luglio 1986, n. 4636, *Cantieri Metallurgici italiani Spa contro Wilmink Borriello Srl*, in *DeJure*, la quale ha stabilito che "per decidere della validità di una clausola di deroga alla giurisdizione italiana, sono definibili come parti "non quelle che originariamente stipularono il contratto contenente la clausola stessa, ma quelle che, succedute nel rapporto contrattuale, hanno la *legitimatio ad causam*". Analogamente la giurisprudenza di merito, TRIBUNALE DI GENOVA, 8 giugno 2000, *Saipem Spa contro OTIM Spa e Agenzia Marittima Roberto Bucci Srl*, in *Dir. Mar.*, 2001, p. 1496, ha affermato che "le clausole di proroga della giurisdizione [...] sono di per sé espressione di una facoltà di scelta della giurisdizione competente, i cui effetti si verificano solo nel momento in cui viene proposta la domanda giudiziale".

¹⁰⁵Nel caso di applicazione del diritto europeo, vi è il difetto ulteriore di non attrarre all'interno della disciplina uniforme quegli accordi originariamente conclusi da parti extracomunitarie che durante il rapporto vedono succedersi parti domiciliate all'interno della Comunità. QUEIROLO, *Gli accordi sulla competenza*, cit., p. 122 e ss. mostra come l'argomento desunto dagli articoli 13 e 17 che parlano di "domicilio [...] nel medesimo Stato [...] al momento della conclusione del contratto" non sia decisivo, potendo essere letto sì come un'indicazione interpretativa, ma nel senso preferibile di norme speciali rispetto all'art. 23. La stessa necessità di un'indicazione espressa avvalorava questa conclusione.

¹⁰⁶DICEY, MORRIS e COLLINS, *The Conflict of Laws*, cit., p. 525; QUEIROLO, *Gli accordi sulla competenza*, cit., p. 125 mostra di aderire a tale teoria, seppure con preferenza per il momento dell'azione. La natura ibrida che viene spesso riconosciuta all'accordo di proroga è un ulteriore elemento che va in questa direzione.

¹⁰⁷CORTE DI GIUSTIZIA, C-25/79, *Sanicentral*, cit.

¹⁰⁸Ivi al punto 6. V. QUEIROLO, *Gli accordi sulla competenza*, cit., p. 120 e PIERI, *La disciplina della proroga della competenza*, cit., p. 738 e ss.

che “secondo una giurisprudenza costante, la validità di una clausola attributiva di competenza alla luce dell’art. 17 della Convenzione va valutata sotto il profilo dei rapporti tra le parti del contratto iniziale. Ne consegue che devono essere valutati i presupposti per l’applicazione dell’art. 17 della Convenzione facendo riferimento a dette parti, che il giudice nazionale deve individuare”.¹⁰⁹

2.6 PROFILI SOSTANZIALI: IN PARTICOLARE LA NOZIONE DI “ACCORDO”

Dal principio di autonomia della clausola sul foro dal contratto nel quale fosse eventualmente inserita¹¹⁰ discende che l’accordo sulla giurisdizione deve essere considerato autonomamente rispetto al contratto al quale si riferisce, alla luce della legge applicabile all’accordo stesso. Quale sia questo diritto applicabile, abbiamo visto che dipende *in primis* dalle norme di conflitto del foro,¹¹¹ ma è innegabile che, accanto al diritto sostanziale applicabile all’accordo sulla giurisdizione, un ruolo circa la validità sarà giocato anche dalla *lex fori*,¹¹² specialmente nell’applicazione di tutte quelle norme inderogabili che possano di volta in volta risultare pertinenti.¹¹³ In linea generale occorre fare riferimento alle ordinarie norme in materia contrattuale, circa la formazione dell’accordo, eventuali vizi del consenso, l’interpretazione e i profili di rappresentanza, comprese vicende successive quali la cessione¹¹⁴ o la risoluzione del patto stesso. Ci soffermeremo qui brevemente sulle alcune delle specificità che sono emerse con riferimento agli accordi sulla giurisdizione in ambito europeo.

Nonostante vi sia chi ritiene addirittura che nell’economia dell’art. 23 il profilo formale esaurisca completamente anche il profilo sostanziale,¹¹⁵ la

¹⁰⁹Si tratta della decisione CORTE DI GIUSTIZIA, C-387/98, *Coreck Maritime*, cit., par. 20, che cita CORTE DI GIUSTIZIA, C-71/83, *Tilly Russ*, cit., par. 24, e CORTE DI GIUSTIZIA, C-159/97, *Trasporti Castelletti*, cit. parr. 41 e 42.

¹¹⁰V. *infra* il paragrafo 3.10.

¹¹¹V. *supra* il paragrafo 2.4.

¹¹²BRIGGS, *Agreements on Jurisdiction*, cit., p. 69.

¹¹³Tutti gli ordinamenti considerati sono concordi nell’escludere la validità di un accordo che sia contrario a norma imperativa. Cfr., ad esempio, GRUSON, *Forum Selection Clauses*, cit., pp. 173-79.

¹¹⁴Ne parleremo *infra* al paragrafo 2.9.

¹¹⁵MERRETT, *Article 23 of the Brussels I Regulation: A Comprehensive Code for Jurisdiction Agreements?*, in *Int’l & Comp. L. Quart.*, 2009, vol. 58, p. 545 propende per un’interpretazione del tutto autonoma dei requisiti sostanziali dell’accordo di proroga in base ad un’estensione del principio europeo di *buona fede*. La tesi dell’A. circa l’irrelevanza del profilo sostanziale ai sensi dell’art. 23, appare sostanziata ed è interessante, ma prova troppo: non solo la norma europea presuppone esplicitamente l’esistenza di un *accordo*, ma è anche principio consolidato che i requisiti formali servano a tutelare il consenso delle parti dell’accordo, consenso che deve essere manifestato in maniera chiara ed effettiva. Cfr., ad esempio, CORTE DI GIUSTIZIA, C-12/76, *Tessili*, cit. Non a caso, l’A. è poi “co-

Corte di Giustizia europea ha costantemente affermato la necessità che il giudice nazionale verifichi la presenza di un consenso effettivo in capo a tutte le parti del patto, consenso che deve essere manifestato in maniera chiara e precisa.¹¹⁶ L'accordo è per la Corte una nozione autonoma e si presenta al margine tra l'area di regolamentazione europea e quella di rinvio alla *lex causae*, in quanto è l'aspetto più ampio ma meno esaurito dalla norma.¹¹⁷ Gran parte dei profili relativi al consenso, come quelli relativi alla capacità delle parti e ai vizi, sono regolati dalla legge nazionale applicabile,¹¹⁸ ma non è possibile escludere che la Corte elabori condizioni autonome e specifiche, come è avvenuto, ad esempio, in materia di statuti societari.¹¹⁹ La proroga è invalida per il diritto europeo anche quando difetta del requisito della determinatezza¹²⁰ ed è priva di effetti se si riferisce a una delle competenze previste in modo esclusivo dall'art. 22 o nel caso di contratti di assicurazione o di consumatori e lavoratori.¹²¹

stretta" a proporre l'applicazione di un'incerta nozione europea di *good faith*, per coprire le aree limite nei casi in cui un accordo sulla giurisdizione esista, ma sia chiaro che una parte non vi abbia mai preso parte.

¹¹⁶Dalla decisione *Tessili* in poi.

¹¹⁷MARI, *Il sistema della competenza*, cit., p. 679 e ss.

¹¹⁸Dice l'Avv. Gen. Capotorti nelle sue conclusioni alla causa C-25/76, *Segoura*, cit., p. 1867: "nella misura in cui taluni requisiti - sostanziali o formali - vengono stabiliti dalla Convenzione come premesse necessarie affinché si verifichino gli effetti processuali regolati dalla stessa Convenzione, un'interpretazione autonoma va ricercata, purché soccorrano la logica e il contesto della Convenzione. Tutto ciò senza pregiudizio, beninteso, della regolamentazione nazionale di altri aspetti, di forma e di sostanza, i quali escono dall'ambito delle norme convenzionali sottoposte a interpretazione comunitaria". A seguito della riforma, si applicherà la legge dello Stato membro la cui competenza è stata pattuita, v. anche *supra* al paragrafo 2.4.

¹¹⁹V. la decisione in CORTE DI GIUSTIZIA, 10 marzo 1992, causa C-214/89, *Powell Duffryn Ple contro Wolfgang Petereit*, in *Racc. giur. CE*, vol. 1, 1992, p. 1745, analizzata *infra* in questo paragrafo.

¹²⁰Si tratta di un ulteriore requisito richiesto dalla normativa europea per la validità del patto. L'art. 23 si riferisce infatti a "controversie, presenti o future, nate da un determinato rapporto giuridico". Premesso che tale elemento non ha dato luogo a particolari problemi di interpretazione, la determinatezza va intesa in senso protettivo: non è consentito effettuare proroghe "in bianco" o riguardanti la universalità dei rapporti giuridici. Detto questo, sono perfettamente ammissibili ipotesi di accordi-quadro contenenti deroghe e destinati a regolare un numero indefinito di rapporti da esso nascenti. Cfr. PIERI, *La disciplina della proroga della competenza*, cit.; CORTE DI CASSAZIONE, 10312/2006, *Bank of Tokyo*, cit. Ancora, è ammesso l'utilizzo di condizioni generali di contratto o la proroga *in limine litis* del giudice competente a conoscere di una controversia già insorta, la quale è anzi una delle poche ipotesi nella quale è consentita senza limiti la deroga nei confronti di parti protette in materia di assicurazione, consumatori e controversie di lavoro. La Corte ha anche ammesso la proroga contenuta in uno statuto societario considerandola determinata qualora riferita alle cause tra i soci o tra la società e i soci. CORTE DI GIUSTIZIA, C-214/89, *Powell Duffryn*, cit. La determinatezza è requisito di validità della clausola di proroga sia che si riferisca al rapporto controverso che al giudice eletto. Questo requisito si sovrappone parzialmente con quello dell'elezione di un giudice europeo, il cui difetto però comporta altre conseguenze.

¹²¹V. *supra* il paragrafo ???. L'invalidità o il difetto di uno degli elementi appena elencati

La nozione di “accordo” viene evocata dall’espressione “accordi sulla giurisdizione” ed è contenuta dall’art. 23 nel suo dettato letterale.¹²² Il carattere più limitato dell’ambito di applicazione della normativa europea rispetto alle regole di diritto comune degli ordinamenti nazionali ha portato la Corte di Giustizia a dover rispondere al quesito se costituisca “accordo” anche la delibera dell’assemblea di una società per azioni che modifichi lo statuto, inserendovi una clausola di scelta del foro per tutte le controversie societarie.

Già l’avvocato generale Capotorti¹²³ avvertiva che “è evidente che, prima ancora di stabilire determinate condizioni di forma, [l’art. 17] richiede che vi sia una convenzione (o una clausola) conclusa tra le parti [. . .]. Nella norma in questione vi sono, cioè, anche condizioni di sostanza la prima delle quali è l’esistenza di un accordo di un determinato tipo, avente una determinata funzione”.¹²⁴ Se è pacifico che l’incontro contrattuale tra due soggetti sia “accordo” ai fini dell’art. 23, meno chiaro è se altri istituti, solo latamente contrattuali, possano esservi compresi. La Corte di Giustizia ha affrontato la questione nella sentenza *Powell Duffryn*.¹²⁵

Il caso riguardava una clausola di proroga contenuta in uno statuto societario. La società di diritto inglese “Powell Duffryn” tentava di resistere alle pretese del curatore del fallimento della società tedesca IBH riguardanti la ripetizione di dividendi indebitamente percepiti e il versamento di somme

rende l’elezione del foro priva di effetto e comporta l’applicazione degli ordinari criteri di competenza. Questa conseguenza mostra nuovamente la differenza con quegli elementi che abbiamo definito “requisiti di applicazione”. V. *supra* 2.5: in sintesi la materia civile e commerciale del rapporto commerciale, eccezion fatta per le materie escluse dal Regolamento, il domicilio di almeno una delle parti nella Comunità e l’attribuzione della controversia ad un giudice comunitario. In caso di difetto di uno di questi elementi la conseguenza non è l’inefficacia della proroga, perché la proroga non viene attratta nell’ambito di applicazione del Regolamento, ma l’applicazione di un’altra disciplina, solitamente la legge di conflitto del foro adito.

¹²²Solo il testo italiano del Regolamento parla di “attribuire”, nelle altre versioni linguistiche troviamo espressamente “agree”, “convenir” e “vereinbaren”. La versione italiana della Convenzione si riferisce ancora a “convenire”. RIGHETTI, *La deroga alla giurisdizione*, cit., p. 251, in nota, ipotizza che la sostituzione di “convenire” con “attribuire” possa rappresentare un’apertura rispetto alla necessità di un accordo effettivo.

¹²³Conclusioni dell’Avv. Gen. in CORTE DI GIUSTIZIA, C-25/76, *Segoura*, cit., p. 1866 e ss.

¹²⁴Prosegue Capotorti in Ivi, p. 1867, affermando la necessità di interpretare in modo autonomo i requisiti, ancorché non previsti specificamente dalla norma comunitaria “nella misura in cui taluni requisiti - sostanziali o formali che siano - vengono stabiliti dalla Convenzione come premesse necessarie affinché si verifichino gli effetti processuali regolati dalla stessa Convenzione”.

¹²⁵CORTE DI GIUSTIZIA, C-214/89, *Powell Duffryn*, cit. In proposito v. i commenti di QUEIROLO, *Art. 17 della convenzione di Bruxelles e clausola attributiva di competenza contenuta in uno statuto societario*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1993, p. 69; PIETROBON, *Clausola statutaria attributiva della giurisdizione e art. 17 della convenzione di Bruxelles*, in *Dir. com. int.*, 1993, p. 708; SILVESTRI, *Clausola di attribuzione giurisdizionale contenuta in uno statuto societario e art. 17 della convenzione di Bruxelles*, in *Foro it.*, 1995, vol. 4, p. 119; GAUDEMET-TALLON, in *Rev. crit.*, 1992, vol. 3, p. 535.

corrispondenti ad azioni sottoscritte. La questione relativa alla giurisdizione, ritenuta sussistente in primo grado sulla base di una clausola di proroga contenuta nello statuto, veniva riproposta dinnanzi all'*Oberlandesgericht* di Coblenza il quale, tra le altre, pose alla Corte di Giustizia la questione se “una clausola attributiva di giurisdizione figurante in uno statuto di una società per azioni costituisca accordo sulla competenza ai sensi dell’art. 17”. Il ragionamento della Corte parte da due punti diversi e converge verso una risposta affermativa. Da un lato vi è l'*arrêt Peters*¹²⁶ nel quale la Corte aveva già affermato l’autonomia della nozione “materia contrattuale” ricomprendendovi anche il vincolo associativo, dall’altro la necessità di un’interpretazione uniforme e motivi di opportunità volti ad evitare la moltiplicazione dei fori nelle controversie societarie. La sentenza quindi rappresenta il *continuum* naturale¹²⁷ di un’impostazione già delineata in precedenza, affermando che “i legami esistenti tra gli azionisti di una società sono paragonabili a quelli esistenti tra le parti di un contratto. [...] In applicazione della Convenzione di Bruxelles, lo statuto di una società deve essere considerato come un contratto che regola sia i rapporti tra gli azionisti che i rapporti tra questi e la società da essi costituita”. Perciò, “ne risulta che una clausola attributiva di competenza contenuta nello statuto di una società per azioni costituisce un accordo, ai sensi dell’art. 17”.¹²⁸ Prosegue la Corte, affermando che “[i] requisiti di forma stabiliti dall’art. 17 della convenzione sono da considerare soddisfatti, nei confronti di ogni azionista, indipendentemente dal modo di acquisto delle azioni, qualora la clausola attributiva di competenza sia contenuta nello statuto della società e tale statuto sia depositato in un luogo al quale l’azionista può accedere o si trovi in un registro pubblico”.¹²⁹

¹²⁶CORTE DI GIUSTIZIA, 22 marzo 1983, causa C-34/82, *Martin Peters Bauunternehmung GmbH contro Zuid Nederlandse Aannemers Vereniging*, in *Racc. giur. CE*, 1983, p. 987.

¹²⁷Cfr. SILVESTRI, *Clausola di attribuzione giurisdizionale*, cit.

¹²⁸CORTE DI GIUSTIZIA, C-214/89, *Powell Duffryn*, cit. punti 16 e 17.

¹²⁹Ivi punt 29. Il caso *Powell Duffryn*, se da un lato estende la nozione di “accordo” comprendendovi anche il vincolo societario, dall’altro opera una forzatura, piccola o grande a seconda delle letture. A fronte del legittimo obiettivo pratico di non moltiplicare oltremodo i fori concorrenti in materia societaria, si deroga, però, al principio consensuale (cioè allo stesso requisito dell’accordo) rispetto ad alcune categorie di soci nei confronti dei quali è meno immediato parlare di consenso alla proroga. Le categorie di soci colpiti sono innanzitutto i soci dissenzienti o assenti al momento dell’approvazione della modifica dello statuto che include la proroga di competenza. Nei soci dissenzienti è addirittura rinvenibile una volontà contraria alla proroga stessa. La seconda categoria è rappresentata da quei soggetti che non facevano parte della società al momento della redazione o della modifica dello statuto contenente la clausola e che acquisiscono la qualità di socio solo in un secondo momento. Rispetto a questi ultimi non si pongono problemi, poiché succedono nella posizione del dante causa e perché sono senz’altro vincolati a tutte le norme dello statuto. Rispetto ai soci dissenzienti e assenti il discorso è più complesso, ma, a parte ragioni di ordine pratico, soccorre una ragione di ordine sistematico che riguarda la natura della società: è vero che il vincolo tra i soci e la società e tra socio e socio ha natura simile a quella contrattuale, ma è anche vero che la società è un ente particolare e la sua volontà, diciamo unilaterale, si forma nel rispetto di alcune regole peculiari:

2.6.1 LIMITI *ratione materiae*

Ciascun ordinamento, pur nel crescente spazio di autonomia concesso, pone dei limiti alla libertà delle parti di derogare alla propria giurisdizione, i quali spesso dipendono dalla natura del rapporto o della disciplina giuridica applicabile alla situazione soggettiva considerata. Occorre premettere che, nel caso del diritto europeo, l'art. 23 del Regolamento si applica *per se* solamente alla materia civile e commerciale.¹³⁰ Ciò, tuttavia, non esaurisce l'ampiezza di manovra che è concessa all'autonomia delle parti all'interno dello spazio giudiziario europeo. L'Unione, infatti, riconosce una certa possibilità ai privati di accordarsi in punto di giurisdizione anche nella materia delle obbligazioni alimentari derivanti da rapporti di famiglia,¹³¹ della responsabilità

in particolare il principio maggioritario, tutelato da una serie di norme a garanzia della minoranza. Tale principio induce ad estendere a tutti i soci le deliberazioni effettuate a maggioranza, indipendentemente dalla posizione adottata in assemblea. Afferma, infatti, la Corte al punto 27: "Occorre poi sottolineare che, indipendentemente dalle modalità di acquisizione delle azioni, ogni persona, acquisendo la qualità di azionista di una società, sa o deve sapere di essere vincolata dallo statuto di tale società e dagli emendamenti che vi sono apportati dagli organi di detta società in conformità alle disposizioni del diritto nazionale applicabile e dello statuto". Le possibilità per i soci dissenzienti, o anche per gli assenti, saranno quindi quelle di rinunciare alla propria qualifica di socio e mettere in vendita le proprie azioni, o impugnare la modifica ove sussistano profili di illegittimità: per tale impugnazione sarà competente, ex art. 22, n. 2, in modo esclusivo, il giudice della sede della società.

L'A. francese, GAUDEMET-TALLON, cit., ha però criticato la decisione in parola, evidenziando come l'azionariato di una società sia solo falsamente omogeneo. L'A. sottolinea come esistano, da un lato, grandi soci attivi e attenti alla vita sociale e, dall'altro, una forte frammentazione in micro-soci che sono disorganizzati e in balia delle decisioni dei soci attivi. Il problema sollevato è reale e attuale, ma la soluzione corretta non va rinvenuta in una lettura diversa dell'art. 23. Il problema è di politica del diritto, pertanto deve essere sciolto dal legislatore comunitario, come auspicato anche da SILVESTRI, *Clausola di attribuzione giurisdizionale*, cit. Del resto la soluzione proposta di differenziare il foro competente in base al tipo di socio si presenta come troppo complessa e in ultima analisi artificiosa rispetto al dettato della norma uniforme.

¹³⁰Ai sensi dell'Art. 1, 2° comma, del Regolamento sono anche esclusi "dal campo di applicazione del presente regolamento: a) lo stato e la capacità delle persone fisiche, il regime patrimoniale fra coniugi, i testamenti e le successioni; b) i fallimenti, i concordati e la procedure affini; c) la sicurezza sociale; d) l'arbitrato".

¹³¹Art. 4 del Regolamento (CE) n. 4/2009 del Consiglio, 18 dicembre 2008, relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e alla cooperazione in materia di obbligazioni alimentari. (GU L 007, 10.1.2009, p.1):

"Articolo 4 – Elezione del foro

1. Le parti possono convenire che siano competenti a conoscere delle controversie tra di esse in materia di obbligazioni alimentari la o le autorità giurisdizionali seguenti di uno Stato membro: a) la o le autorità giurisdizionali dello Stato membro in cui una delle parti risiede abitualmente; b) la o le autorità giurisdizionali dello Stato membro di cittadinanza di una delle parti; c) per quanto riguarda le obbligazioni alimentari tra coniugi o ex coniugi: i) l'autorità giurisdizionale competente a conoscere delle loro controversie in materia matrimoniale; o ii) la o le autorità giurisdizionali dello Stato membro in cui essi hanno avuto l'ultima residenza abituale comune

genitoriale (con spazi più angusti),¹³² e nella materia delle successioni.¹³³ Si

per un periodo di almeno un anno. Le condizioni di cui alle lettere a), b) o c) devono risultare soddisfatte al momento della conclusione dell'accordo relativo all'elezione del foro o nel momento in cui è adita l'autorità giurisdizionale. La competenza conferita dall'accordo è esclusiva, salvo che le parti non dispongano diversamente.

2. L'accordo relativo all'elezione del foro è concluso per iscritto. Si considera forma scritta qualsiasi comunicazione elettronica che consenta una registrazione durevole dell'accordo.

3. Il presente articolo non si applica nelle controversie concernenti un'obbligazione alimentare nei confronti di un minore di diciotto anni.

4. Se le parti hanno convenuto di attribuire competenza esclusiva alla o alle autorità giurisdizionali di uno Stato parte della convenzione concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale [18], firmata il 30 ottobre 2007 a Lugano ("convenzione di Lugano") che non sia uno Stato membro, detta convenzione si applica tranne per quanto concerne le controversie di cui al paragrafo 3".

Si veda anche il diciannovesimo *considerando* del Regolamento 4/2009, come espressa vocazione all'equilibrio tra autonomia privata e tutela delle parti deboli:

“Al fine di accrescere la certezza del diritto, la prevedibilità e l'autonomia delle parti, il presente regolamento dovrebbe permettere alle parti di scegliere di comune accordo l'autorità giurisdizionale competente in funzione di fattori di collegamento determinati. Per assicurare la protezione della parte debole, una siffatta scelta del foro dovrebbe essere esclusa per le obbligazioni alimentari nei confronti di un minore di diciotto anni”.

¹³²Art. 12 del Regolamento (CE) n. 2201/2003 del Consiglio, del 27 novembre 2003, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, Gazzetta ufficiale n. L 338 del 23/12/2003 pag. 1 - 29:

“Articolo 12 – Proroga della competenza

1. Le autorità giurisdizionali dello Stato membro in cui viene esercitata, ai sensi dell'articolo 5, la competenza a decidere sulle domande di divorzio, separazione personale dei coniugi o annullamento del matrimonio sono competenti per le domande relative alla responsabilità dei genitori che si ricollegano a tali domande se: a) almeno uno dei coniugi esercita la responsabilità genitoriale sul figlio; e b) la competenza giurisdizionale di tali autorità giurisdizionali è stata accettata espressamente o in qualsiasi altro modo univoco dai coniugi e dai titolari della responsabilità genitoriale alla data in cui le autorità giurisdizionali sono adite, ed è conforme all'interesse superiore del minore (...).”

¹³³Art. 5 del Regolamento (UE) n. 650/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, 4 luglio 2012, relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e all'accettazione e all'esecuzione degli atti pubblici in materia di successioni e alla creazione di un certificato successorio europeo:

“Articolo 5 – Accordi di scelta del foro

1. Se la legge scelta dal defunto per regolare la sua successione conformemente all'articolo 22 è la legge di uno Stato membro, le parti interessate possono convenire che un organo giurisdizionale o gli organi giurisdizionali di tale Stato membro hanno competenza esclusiva a decidere su qualsiasi questione legata alla successione.

tratta di materie che raramente vengono considerate disponibili dagli ordinamenti nazionali, e rispetto ai quali la notevole libertà concessa alle parti trova probabilmente la sua *ratio* nell'essenza stessa dello spazio giudiziario europeo nel XXI^o secolo e nella fiducia reciproca tra gli Stati Membri.¹³⁴

Quanto ai limiti in generale, vi sono marcate differenze soprattutto lungo l'asse che separa Europa e Stati Uniti. Sia la norma europea, che gli ordinamenti italiano e inglese, infatti, riconoscono alcune categorie protette e limitano la possibilità di operare una deroga alla giurisdizione in modo piuttosto prevedibile. Negli Stati Uniti, al contrario, il novero di controversie sottratte dall'ambito di un accordo arbitrale o sulla giurisdizione è in continua diminuzione e dai confini sfumati.¹³⁵

Nello spazio europeo, la Convenzione del 1968 prevedeva solo alcune ipotesi di fori protetti nella categoria dei contratti di assicurazione¹³⁶ e ad alcune fattispecie di contratti conclusi dai consumatori. Gradualmente l'ombrello a protezione dei consumatori si è andato allargando¹³⁷ ed è poi stata prevista

2. L'accordo relativo alla scelta del foro è concluso per iscritto, datato e firmato dalle parti interessate. Si considera equivalente alla forma scritta qualsiasi comunicazione elettronica che consenta una registrazione durevole dell'accordo".

¹³⁴V. anche *supra* il paragrafo ??.

¹³⁵V. il prossimo capitolo.

¹³⁶Il testo dell'art. 13 del Regolamento 44/2001 (art. 15 nella nuova formulazione del Regolamento 1215/2012) prevede che:

"Le disposizioni della presente sezione possono essere derogate solo da una convenzione: 1) posteriore al sorgere della controversia, o 2) che consenta al contraente dell'assicurazione, all'assicurato o al beneficiario di adire un giudice diverso da quelli indicati nella presente sezione, o 3) che, stipulata tra un contraente dell'assicurazione e un assicuratore aventi entrambi il domicilio o la residenza abituale nel medesimo Stato membro al momento della conclusione del contratto, abbia per effetto, anche nel caso in cui l'evento dannoso si produca all'estero, di attribuire la competenza ai giudici di tale Stato membro, sempre che la legge di quest'ultimo non vieti siffatte convenzioni, o 4) stipulata da un contraente dell'assicurazione che non abbia il proprio domicilio in uno Stato membro, salvo che si tratti di assicurazione obbligatoria o relativa ad un immobile situato in uno Stato membro o 5) che riguardi un contratto di assicurazione nella misura in cui esso copre uno o più rischi di cui all'articolo 14 [c.d. grandi rischi]".

V. DICEY, MORRIS e COLLINS, *The Conflict of Laws*, cit., p. 436 e ss.; MARI, *Il sistema della competenza*, cit., p. 504 e ss.; CARBONE, *Lo spazio giudiziario europeo*, cit., p. 111 e ss.; BRIGGS e REES, *Civil Jurisdiction and Judgments*, cit., p. 94 e ss.

¹³⁷Art. 17 del Regolamento 44/2001 (sarà l'art. 19 nel Regolamento 1215/2012)"

"Le disposizioni della presente sezione possono essere derogate solo da una convenzione: 1) posteriore al sorgere della controversia, o 2) che consenta al consumatore di adire un giudice diverso da quelli indicati nella presente sezione, o 3) che, stipulata tra il consumatore e la sua controparte aventi entrambi il domicilio o la residenza abituale nel medesimo Stato membro al momento della conclusione del contratto, attribuisca la competenza ai giudici di tale Stato membro, sempre che la legge di quest'ultimo non vieti

anche una disciplina specifica per i lavoratori dipendenti.¹³⁸ Queste tre aree condividono una certa diseguaglianza “fisiologica” tra le parti in contratto che giustifica una maggior attenzione e protezione anche relativamente alla determinazione della giurisdizione competente. In tutti e tre i casi vengono dettati criteri speciali che prevedono la possibilità per la parte debole di usufruire di un foro a lei prossimo, segnatamente il foro del proprio domicilio o il foro nel quale viene svolta l’attività lavorativa, concedendo a queste categorie “deboli” di usufruire di quel *forum actoris* che è altrimenti sfavorito nel sistema del Regolamento.¹³⁹ Per evitare, poi, che la protezione garantita ai soggetti deboli venga vanificata tramite l’apposizione di una clausola sul foro,¹⁴⁰ la protezione è corredata da una disciplina speciale per gli accordi di scelta del foro. L’elemento comune alle tre categorie protette è la forte limitazione della possibilità di effettuare una *prorogatio fori ante litem natam*, che cade nel momento “*posteriore al sorgere della controversia*” quando la parte debole avrà ormai assistenza legale o, comunque, più chiari i termini di una controversia che ormai si è palesata. Un’ulteriore limitazio-

siffatte convenzioni”.

V. DICEY, MORRIS e COLLINS, *The Conflict of Laws*, cit., p. 443, MARI, *Il sistema della competenza*, cit., p. 522 e ss.; BRIGGS e REES, *Civil Jurisdiction and Judgments*, cit., p. 98 e ss.

¹³⁸Art. 21 del Regolamento 44/2001 (poi art. 23): “Le disposizioni della presente sezione possono essere derogate solo da una convenzione: 1) posteriore al sorgere della controversia, o 2) che consenta al lavoratore di adire un giudice diverso da quelli indicati nella presente sezione.” BRIGGS e REES, *Civil Jurisdiction and Judgments*, cit., p. 107 e ss. ANCEL, *La clause attributive de juridiction*, cit., solleva un tema di grande interesse che esula però dall’oggetto della presente trattazione: il pensiero liberale moderno agisce nel senso di non porre regole solo ove vi sia una sostanziale parità delle parti in gioco. Viceversa, ove le posizioni siano naturalmente disomogenee, è perfettamente logico che siano approntati strumenti per riequilibrare il potere contrattuale. Ma, nota l’autore francese, se in un primo momento si era affidato il compito di protezione a criteri di tipo “funzionale”, si è infine passati ad una divisione in “classi”. Questo perché se tutti possono essere soggetti di un contratto di assicurazione e tutti possono essere consumatori, solo alcuni sono lavoratori (subordinati). In questo senso per Ancel si tradisce, o comunque si muta, lo spirito originario della Comunità europea. POCAR, *Linee di tendenza della Convenzione di Bruxelles sulla giurisdizione e l’esecuzione delle sentenze dopo l’adesione di nuovi stati in L’unificazione del diritto internazionale privato e processuale (studi in memoria di Mario Giuliano)*, CEDAM, 1989, p. 772 e ss., parla invece di “accentuazione del contenuto sociale della Convenzione di Bruxelles”. Da ultimo, v. le note critiche di GRUŠIĆ, *Jurisdiction in Employment Matters Under Brussels I: A Reassessment*, in *Int’l & Comp. L. Quart.*, 2012, vol. 61, p. 91.

¹³⁹Non è un caso che ove lo squilibrio contrattuale non sia ordinariamente presente, come nel caso delle assicurazioni dei c.d. “grandi rischi”, l’agevolazione non è concessa, cfr. art. 14 del Regolamento 44/2001.

¹⁴⁰Perché, come sostiene ANCEL, *La clause attributive de juridiction*, cit., “*le client ne se résigne à accepter [...] que sous la pression de sa grande anxiété de obtenir l’objet principal*”: la parte debole è disposta ad accettare qualsiasi clausola pur di ottenere l’oggetto principale del contratto, né probabilmente possiede le competenze per comprendere le conseguenze di una clausola di proroga.

ne si coglie in materia di diritti reali immobiliari,¹⁴¹ concetto condiviso sia dal Regolamento europeo¹⁴² che dalla disciplina italiana,¹⁴³ per il forte legame territoriale che tali diritti presentano, nonché per le complesse questioni legate alla pubblicità immobiliare.

Il diritto italiano sceglie, in generale, una strada apparentemente semplice affermando la facoltà delle parti di derogare al foro nazionale solo nel caso di disponibilità dei diritti in questione, nozione che non coincide con quella di materia civile e commerciale, peccando per eccesso e per difetto. Così, vi possono essere dei rapporti riferibili alla materia civile e commerciale caratterizzati da ampie aree di indisponibilità, basti pensare al diritto del lavoro¹⁴⁴ o al diritto dei consumatori. Il Consiglio di Stato italiano ha, a nostro avviso correttamente, concluso per l'irrilevanza di una clausola di deroga alla giurisdizione contenuta in un contratto tra un società e una pubblica amministrazione, rispetto a controversie relative alla cancellazione del contratto in virtù del potere di autotutela della PA.¹⁴⁵ Non altrettanto cor-

¹⁴¹KAHN-FREUND, *Jurisdiction Agreements*, cit., p. 837: “*British South Africa Co. v. Companhia de Mozambique* [1893] A.C. 602, laying down that the English courts have no jurisdiction to determine the title or the right to possession of foreign land, nor, exceptions apart, to order the recovery of damages for trespass thereto.”

¹⁴²Art. 22 del Regolamento 44/2001, il quale prevede competenze dette ‘esclusive’ le quali prevalgono su tutti gli altri criteri di competenza e, se violati, impediscono la circolazione della decisione nelle materie dei diritti reali immobiliari, di società, pubblici registri, proprietà intellettuale e esecuzione delle decisioni.

¹⁴³Art. 5, l. 218/95: “1. La giurisdizione italiana non sussiste rispetto ad azioni reali aventi ad oggetto beni immobili situati all'estero”.

¹⁴⁴Per una pronuncia che ammette la deroga alla giurisdizione in tema di provvigioni derivanti da contratto di agenzia, v. TRIBUNALE DI TORRE ANNUNZIATA, 16 ottobre 2007, in *Guida al diritto*, 2008, pp. 5, 64. V. anche CORTE DI CASSAZIONE, 4 maggio 2006, n. 10219, *Gavazzi contro Minini*, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 5, nella quale la Corte estende anche al campo degli accordi sul foro l'allora art. 808 del codice di procedura che esclude la possibilità di arbitrato in materia di impiego subordinato, mostrando così di concepire unitariamente il fenomeno di deroga e la portata ermeneutica che possono spiegare anche con riferimento alle clausole sulla giurisdizione le norme in punto di limiti posti alla clausola compromissoria.

¹⁴⁵Consiglio di Stato, sez. V, 7 settembre 2011, n. 5032, in *DeJure*:

“deve ricordarsi che, ai sensi dell'articolo 4 della legge 31 maggio 1995, n. 218, la deroga alla giurisdizione italiana può riguardare solo le cause vertenti su diritti disponibili e quindi solo le questioni di interpretazione ed esecuzione dell'accordo (agreement), ma non può estendersi fino a comprendere anche il sindacato sul corretto esercizio del potere amministrativo, non potendo ascrivere al novero dei diritti disponibili gli interessi pubblici alla cui cura è finalizzato l'esercizio dei poteri pubblicistici accordati alla pubblica amministrazione anche nell'ambito dei procedimenti di gara.

Ciò priva altresì di rilievo anche la dedotta pendenza innanzi al giudice inglese della stessa controversia, non potendo configurarsi nel caso di specie un'ipotesi di litispendenza internazionale, mancandone evidentemente il presupposto fondamentale, costituito proprio dall'avere ad oggetto diritti disponibili per i quali possa operare la deroga alla giurisdizione italiana”.

rettamente, la Corte di Cassazione ha, invece, ammesso la validità, ai sensi dell'art. 4 della l. 218/95, di una clausola di deroga a favore dei giudici di San Marino inserita in un contratto tra un consumatore e la banca.¹⁴⁶

2.7 IL PROFILO FORMALE

Il profilo formale costituisce l'asse portante della disciplina europea in materia di accordi sulla giurisdizione tanto che se ne tratterà estesamente. Nonostante che la Corte di Giustizia abbia a più riprese sottolineato la necessità di provare l'esistenza di un consenso effettivo in capo a tutte le parti dell'accordo sulla giurisdizione, la tutela del profilo sostanziale è quasi interamente affidata al profilo formale, dettagliatamente regolato dalla disciplina europea. In Italia l'art. 4, 2^o comma, della l. 218/95 si limita a disporre che tanto la proroga che la deroga alla giurisdizione italiana debbano essere "*provat[e] per iscritto*". L'elemento formale, dunque, ha la funzione non tanto di garantire la presenza di un valido consenso in capo a tutte le parti del rapporto, quanto quella di provare in giudizio l'esistenza del patto sulla giurisdizione.¹⁴⁷ Ciononostante, la giurisprudenza italiana mostra la tendenza ad accogliere nell'interpretazione del requisito formale previsto dall'art. 4 le elaborazioni operate in ambito europeo.¹⁴⁸

Le direttrici di fondo che la Corte di Giustizia ha sempre seguito nell'interpretazione dell'art. 23 sono da un lato la libertà per le parti di determinare il contenuto della clausola e dall'altro un severo rigore nell'interpretazione dei requisiti formali. Così, sin dalla sua prima pronuncia in materia, essa ha sottolineato che "le condizioni cui l'art. 17 subordina la validità della clausola attributiva di competenza vanno interpretate restrittivamente. Subordinando quest'ultima all'esistenza di una 'convenzione' tra le parti, l'art. 17 vincola il giudice a prendere in esame, in primo luogo, se la clausola attributiva di competenza abbia effettivamente costituito oggetto del consenso delle parti, consenso che deve manifestarsi in maniera chiara e precisa. I requisiti di forma stabiliti dall'art. 17 hanno lo scopo di garantire che il consenso delle parti

¹⁴⁶CORTE DI CASSAZIONE, 20 aprile 2010, n. 9308, *Banca agr. comm. s.a. contro S. N.*, in *Dir. Giust.*, 2010. La decisione non ci pare condivisibile.

¹⁴⁷Con tutte le conseguenze in punto di limitazione della prova dell'accordo per testimoni previste dall'art. 2725 c.c.

¹⁴⁸La giurisprudenza costante della Corte di Cassazione afferma, con sensibilità, ma forse un certo eccesso di automatismo, che "in tema di deroga alla giurisdizione italiana a favore di un giudice straniero, la L. 31 maggio 1995, n. 218, art. 4 là dove richiede che detta deroga sia provata per iscritto, deve essere interpretato alla luce dell'art. 17 della Convenzione di Bruxelles 27 settembre 1968, nonché dell'art. 23 del Regolamento CE del Consiglio 22 dicembre 2000, n. 44/2001, e della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea". Cfr. Cass. SU 7 giugno 2012, n. 9189; CORTE DI CASSAZIONE, 3568/2011, *Soc. fond. Sai*, cit.; Cass. S.U., n. 22239/2009.

sia effettivamente provato”.¹⁴⁹ Una tale impostazione si comprende agevolmente se si parte dall’osservazione che *form è fond*¹⁵⁰: la forma è sostanza.¹⁵¹ Per la Corte i requisiti formali sono funzionali alla verifica dell’esistenza di un consenso che deve essere effettivo ed espresso in maniera chiara e precisa.¹⁵² L’art. 23 fa menzione della necessità dell’esistenza di un accordo, ma poi detta solo requisiti in merito all’ambito di applicazione e circa la forma che i patti di proroga devono rivestire.¹⁵³ La validità della proroga per il diritto europeo si valuta, dunque, sulla base di tali elementi: una volta che le condizioni per l’applicazione dell’art. 23 siano soddisfatte (domicilio di almeno una parte, giudice comunitario, controversia determinata, nonché materia civile e commerciale) l’unico parametro europeo applicabile è quello relativa ai requisiti formali.¹⁵⁴ In proposito restano significative le parole di Jenard, secondo il quale “[the] first concern [is] not to impede commercial practice, yet at the same time to cancel out the effect of clauses in contracts which might go unread”.¹⁵⁵ Le clausole sono ammesse se sono “subject of an agreement, and this implies the consent of all the parties”.¹⁵⁶ Il compito dei requisiti formali è proprio quello di far sì che le parti abbiano partecipato alla volizione circa la proroga e allo stesso tempo di eliminare quelle clausole che non sono frutto di un accordo bensì di disattenzione o anche di frode da

¹⁴⁹CORTE DI GIUSTIZIA, C-24/76, *Estasis Salotti*, cit., al punto 7. Tale approccio non verrà mai abbandonato dalla Corte di Giustizia, pertanto è opportuno tenerlo costantemente presente nell’analisi che segue. V. anche KOHLER, *Rigueur et souplesse*, cit. e RIGHETTI, *La deroga alla giurisdizione*, cit., p. 260.

¹⁵⁰KOHLER, *Rigueur et souplesse*, cit., p. 616

¹⁵¹E, sostiene l’Avv. Gen. Capotorti nelle conclusioni a C-24/76, *Estasis Salotti*, cit., che “il mancato rispetto di un requisito formale può significare mancanza totale di consenso”.

¹⁵²Aggiunge QUEIROLO, *Gli accordi sulla competenza*, cit., p. 163 che “le condizioni di forma si intersecano con il requisito del consenso, creando una sorta di unico elemento sostanziale-formale alla cui ricorrenza è subordinata la validità degli accordi sul foro”. In senso analogo MARI, *Il sistema della competenza*, cit., p. 624 e ss.

¹⁵³L’Avvocato Generale Capotorti, nelle conclusioni alla causa C-24/76, *Estasis Salotti*, cit. p.1845, sottolinea che “la forma è solo uno degli aspetti dell’accordo privato che mira a prorogare la competenza” e “l’articolo[23] non pregiudica in alcun modo né taluni problemi di sostanza inerenti a quella manifestazione di volontà [...] né il problema della forma da rispettare per il contesto contrattuale del quale la clausola fa parte. [L’]articolo [23] si limita a stabilire le condizioni richieste affinché si verifichi l’effetto processuale consistente nella proroga di competenza”. Questa ragione, oltre a esigenze di uniformità, inducono l’Avv. Gen. a optare per un’interpretazione autonoma della norma, seguito poi nella sostanza dalla Corte di Giustizia. Sarà nella sentenza CORTE DI GIUSTIZIA, C-150/80, *Elefanten*, cit. al punto 25 che la Corte esplicherà la necessità di adottare un’interpretazione autonoma: “l’art. 17 stabilisce esso stesso, per garantire la certezza del diritto ed assicurare il consenso delle parti, i requisiti di forma che le clausole attributive di competenza devono possedere”. V. anche PIERI, *La disciplina della proroga della competenza*, cit., p. 745 e MARI, *Il sistema della competenza*, cit., p. 624 e ss.

¹⁵⁴LOPEZ DE GONZALO, *Le clausole di deroga alla giurisdizione nelle polizze di carico di fronte alla Corte di Giustizia delle Comunità Europee*, in *Dir. mar.*, 1985, p. 596, mette bene in luce come un controllo meramente formale sia insufficiente e inefficiente.

¹⁵⁵JENARD, *Report*, cit., p. 37.

¹⁵⁶*Ibidem*.

parte di uno dei contraenti. Alla luce di una tale impostazione si può comprendere come l'attenzione della Corte si sia diretta sin dall'inizio verso gli elementi formali. Le due sentenze *Estasis Salotti*¹⁵⁷ e *Segoura*,¹⁵⁸ rese già nel 1976, primo anno di attività della Corte con riferimento al sistema Bruxelles I, si caratterizzano proprio per il rigore con cui vengono ricostruiti i requisiti di forma delle clausole di proroga. Solo in seguito, sotto la spinta della prassi,¹⁵⁹ si è assistito ad un'evoluzione in chiave di flessibilità della norma in esame al fine di adattarsi, in certa misura, alle esigenze di un commercio sempre più vitale e dinamico all'interno del territorio europeo. In punto di esegesi la Corte fin da subito ha optato per un'interpretazione di tipo autonomo,¹⁶⁰ che consiste nella determinazione degli elementi formali tramite l'applicazione di categorie e principi propri del diritto comunitario¹⁶¹ e non attraverso il rinvio al diritto nazionale. Solo eccezionalmente¹⁶² la Corte si riferisce al diritto sostanziale applicabile, in parte quando non è possibile operare una sintesi dei principi desumibili dagli ordinamenti comunitari, in parte quando intenda evitare una questione spinosa. La Corte ha anche avuto modo di affermare a più riprese come il controllo sulla propria competenza debba essere relativamente "agevole" per il giudice adito e soprattutto il più rapido possibile, possibilmente senza entrare nel merito.¹⁶³

2.7.1 LA FORMA SCRITTA

Secondo la disposizione dell'art. 23 del Regolamento 44/2001, fin dalla sua originaria formulazione in seno alla Convenzione di Bruxelles, la forma scrit-

¹⁵⁷CORTE DI GIUSTIZIA, C-24/76, *Estasis Salotti*, cit.

¹⁵⁸CORTE DI GIUSTIZIA, C-25/76, *Segoura*, cit.

¹⁵⁹MARI, *Il sistema della competenza*, cit., p. 604.

¹⁶⁰Cfr. CORTE DI GIUSTIZIA, C-24/76, *Estasis Salotti*, cit.; CORTE DI GIUSTIZIA, C-214/89, *Powell Duffryn*, cit.; CORTE DI GIUSTIZIA, C-159/97, *Trasporti Castelletti*, cit.

¹⁶¹Desunti dal sistema del Regolamento o dal celebre *acquis communautaire*.

¹⁶²Cfr. le conclusioni dell'Avv. Gen. Tesauro nella causa C-214/89, *Powell Duffryn*, cit., al punto 3: "nella più recente giurisprudenza la Corte ha mostrato una chiara preferenza per l'interpretazione autonoma della Convenzione, tanto da poter affermare che la prassi in materia si è evoluta piuttosto nel senso di un rapporto fra regola generale (interpretazione autonoma) ed eccezione (rinvio al diritto nazionale)".

¹⁶³V. le sentenze CORTE DI GIUSTIZIA, C-159/97, *Trasporti Castelletti*, cit.; CORTE DI GIUSTIZIA, 3 luglio 1997, causa C-269/95, *Francesco Benincasa contro Dentalkit Srl*, in *Racc. giur. CE*, 1997, p. 3767; CORTE DI GIUSTIZIA, 29 giugno 1994, causa C-288/92, *Custom Made Commercial Ltd contro Stawa Metallbau GmbH*, in *Racc. giur. CE*, 1994, p. 2913; CORTE DI GIUSTIZIA, C-34/82, *Peters*, cit. Nel quadro di queste note preliminari sembra opportuno precisare che i tipi di forma previsti dal Regolamento non sono quattro come si sarebbe portati a ritenere, ma solo due, corrispondenti a quelli elencati alla lettera a) del primo comma: la forma scritta e la forma orale confermata per iscritto. In tal senso ADDIS, *La conferma per iscritto della proroga verbale*, cit., p. 831 e ss. Le norme relative alla forma ammessa dagli usi delle parti o dagli usi esistenti nel ramo del commercio internazionale prevedono solo un rinvio ad altri fattori ai quali è delegato il compito di specificare la forma. Per questo motivo si tratta di elementi tutt'al più determinabili, la cui prova in punto di ammissibilità è richiesta caso per caso.

ta rappresenta una delle modalità attraverso le quali è possibile concludere validamente un patto di proroga della competenza, senza dubbio la principale. Il primo problema da indagare riguarda la natura di tale requisito, se sia previsto come condizione di validità della proroga o solo ai fini della prova.¹⁶⁴ La forma scritta *ad substantiam* comporta l'identificazione dell'atto con il documento, nel senso che il consenso è irrilevante ove non sia stato cristallizzato in un documento scritto e il documento è nulla se non cristallizza l'accordo delle parti.¹⁶⁵ Non sorprende che la maggioranza della dottrina¹⁶⁶ sostenga la natura *ad substantiam* della forma richiesta dall'art. 23 e la Corte di Giustizia, pur non avendo mai preso una posizione esplicita, condivide tale impostazione laddove per costante giurisprudenza preordina la verifica dell'esistenza di un consenso effettivo al rispetto dei requisiti formali di stretta interpretazione.¹⁶⁷

Una volta accertato che la forma scritta è richiesta per la validità sostanziale dell'accordo di proroga, è opportuno specificare cosa si intenda per "atto scritto". Non genera questioni l'accordo sulla giurisdizione contenuto in un atto scritto separato e sottoscritto da tutte le parti.¹⁶⁸ Altrettanto pacifico è che soddisfino il requisito la clausola sulla giurisdizione inserita

¹⁶⁴JENARD, *Report*, cit., p. 37 lasciava aperta la strada a entrambe le soluzioni. La difficoltà della ricostruzione risiede nella non opportunità di riferirsi ad uno specifico ordinamento, poiché non si tratta di una questione interna ma europea. MARI, *Il sistema della competenza*, cit., p. 618 e ss.

¹⁶⁵Viceversa, com'è noto, la forma *ad probationem* alla quale si riferisce l'art. 4 della l.218/95 rappresenta solo un limite processuale alla possibilità di provare (per testimoni) l'esistenza dell'accordo. La validità dell'accordo è quindi indipendente dalla forma rivestita, ma quest'ultima è rilevante per la tutela dei diritti nascenti dinnanzi al giudice. La forma scritta aumenta la percettibilità degli elementi contrattuali da parte dei soggetti, oltre ad aumentare il grado di certezza in ordine all'assetto negoziale, a fronte di atti rilevanti quali sono la deroga e la proroga della giurisdizione. Viceversa il compito della forma *ad probationem* è quello di predisporre un documento in vista di una potenziale utilità futura in sede contenziosa, senza perciò intaccare la validità di un accordo e quindi presentandosi incapace di garantire l'effettività del consenso espresso dalle parti.

¹⁶⁶ADDIS, *La conferma per iscritto della proroga verbale*, cit., p. 833; QUEIROLO, *Gli accordi sulla competenza*, cit., p. 162 e ss.; MARI, *Il sistema della competenza*, cit., p. 617 e ss. Da ultimo VILLATA, *L'attuazione degli accordi di scelta del foro nel regolamento Bruxelles I*, CEDAM, 2012, p. 53.

¹⁶⁷Dalla sentenza CORTE DI GIUSTIZIA, C-24/76, *Estasis Salotti*, cit., in poi. Tale esito influenzerà anche la riflessione sulla conferma scritta dell'accordo verbale, al paragrafo seguente, v. MARI, *Il sistema della competenza*, cit., p. 606 e ss. La dottrina si interroga circa il significato di "forma scritta *ad substantiam*" in relazione alle norme interne sulla prova, e in particolare, in Italia, sull'applicabilità o meno dell'art. 2575, comma 2, c.c. in tema di perdita incolpevole del documento. Cfr. RIGHETTI, *La deroga alla giurisdizione*, cit., p. 261 e ss., che applica senza indugio la dottrina interna e MARI, *Il sistema della competenza*, cit., p. 618 e ss. che sostiene la possibilità di ipotizzare un'applicazione analogica in virtù dell'equivalenza tra il valore della forma scritta *ad validitatem* per il diritto interno e quello comunitario.

¹⁶⁸Ivi, p. 617.

in un contratto¹⁶⁹ o l'accordo risultante da uno scambio di documenti.¹⁷⁰ La necessità della sottoscrizione di tutte le parti è confortata dalle decisioni della Corte di Cassazione italiana, che in una serie di decisioni ha avuto modo di ribadire che “*il requisito di forma scritta [...] è rispettato [...] solo quando [l'atto] sia sottoscritto da entrambe le parti*”.¹⁷¹ La Cassazione ha anche precisato la necessità di una sottoscrizione che sia idonea ad esprimere il consenso sulla proroga (o almeno sul contratto che la contenga), negando tale valore alla firma di girata,¹⁷² e ha, correttamente, ritenuto invalida nei

¹⁶⁹CORTE DI GIUSTIZIA, 6 maggio 1980, causa C-784/79, *Porta-Leasing GmbH contro Prestige International SA*, in *Racc. giur. CE*, 1980, p. 1517 e QUEIROLO, *Gli accordi sulla competenza*, cit., p. 165 e ss. Con tale considerazione si ammette, quindi, che la proroga non costituisca l'oggetto principale dell'accordo ma solo un accessorio o una parte.

¹⁷⁰Ad esempio, proposta e accettazione. V. CORTE DI CASSAZIONE, 4636/1986, *Cantieri Metallurgici*, cit.; CORTE DI CASSAZIONE, 10910/1994, *Stork*, cit. e MARI, *Il sistema della competenza*, cit., p. 620, il quale sottolinea come quest'ultima ipotesi sollevi qualche problema in relazione alla necessità della produzione in giudizio di un atto sottoscritto da entrambe le parti. Concorde RIGHETTI, *La deroga alla giurisdizione*, cit., p. 262 e ss. e in nota.

¹⁷¹CORTE DI CASSAZIONE, 4636/1986, *Cantieri Metallurgici*, cit. V. anche CORTE DI CASSAZIONE, 25 marzo 1991, n. 3190, *Luz contro Bertram*, in *Foro it.*, vol. 1, 1991, p. 3132; CORTE DI CASSAZIONE, 22 marzo 1995, n. 3321, *Modenese Srl - Creazioni Luca Shoe contro Atelier Paulette di Hans Peter Eickhoff*, in *DeJure*; CORTE DI CASSAZIONE, 20887/2006, *Saneco*, cit. In tal senso anche le argomentazioni che respingono l'ammissibilità dell'utilizzo dell'istituto della “formazione giudiziale del consenso”, consistente nell'attribuzione del valore di sottoscrizione alla esibizione in giudizio con l'intento di avvalersene del documento contrattuale firmato solo dalla controparte, con riferimento alla proroga di competenza ex art. 23. Si veda l'analisi di MARI, *Il sistema della competenza*, cit., p. 634 e ss. L'art. 23 richiede che la proroga sia conclusa, non provata, per iscritto, quindi l'esibizione di un documento in sede processuale sposterebbe il momento di conclusione e di validità della proroga in un frangente nel quale non è presumibile che sussista nella controparte il consenso alla proroga la cui esistenza è imprescindibile. Questo naturalmente ove si ritenga che la sottoscrizione sia essenziale per integrare la forma scritta *ad substantiam*. A soluzione opposta è pervenuta la Suprema Corte in relazione all'art. 4 l. 218/95, nella sentenza 17 gennaio 2005, n. 731, *SGL Carbon SpA contro Agenzia Marittima La Rosa Srl e Agenzia Marittima Clivio Srl*, in *Foro it.*, vol. I-2, 2005, p. 1206. Non è chiaro, invece, l'orientamento riferito all'art. 23: si v. ad esempio CORTE DI CASSAZIONE, 3190/1991, *Luz*, cit. Parte della giurisprudenza di merito è favorevole, come il TRIBUNALE DI GENOVA, 10 luglio 2003, *Winterthur Assicurazioni Spa contro Agenzia Marittima SCA Srl*, in *Dir. mar.*, 2004, p. 1055 che ammette l'equivalenza della produzione in giudizio del documento alla firma, anche in caso di forma richiesta *ad substantiam*. Altra contraria, TRIBUNALE DI NAPOLI, 31 ottobre 2001, *G.A. Srl e Trans Express snc contro Comag Srl*, in *Dir. mar.*, 2002, p. 666. Si v. da ultimo la decisione della CORTE DI CASSAZIONE, 20 aprile 2004, n. 7503, *Soc. Tekna contro Eberhardt Freres*, in *Giust. civ. Mass.*, 2004, 4 che ha escluso la formazione dell'accordo mediante “produzione in giudizio del contratto nel quale è inserita da parte del contraente che non l'aveva sottoscritto, poiché con l'avvenuta citazione davanti ad un giudice diverso da quello previsto dalla clausola il contraente che aveva apposto la sua sottoscrizione ha tenuto un comportamento sicuramente indicativo della volontà di revocare il suo consenso e di negare efficacia alla clausola”.

¹⁷²Così CORTE DI CASSAZIONE, 4636/1986, *Cantieri Metallurgici*, cit. nella quale si afferma che “*la firma di girata [...] assolve alla diversa funzione di trasferire ad altro soggetto i diritti nascenti dal contratto stesso*”. V. anche CORTE DI CASSAZIONE, 25 ottobre 1999,

confronti di una società una clausola di deroga alla giurisdizione firmata da un dipendente sprovvisto di rappresentanza legale o convenzionale.¹⁷³ Si ritiene anche che l'aver predisposto la clausola non sia sufficiente a sostituire la sottoscrizione, che dunque è necessaria anche da parte del soggetto che "se ne avvantaggia".¹⁷⁴ Altra questione assai rilevante riguarda la posizione della sottoscrizione rispetto al testo della proroga. Grande importanza viene data alla circostanza che la clausola di deroga, o il rinvio alla medesima, non segua la sottoscrizione.¹⁷⁵ La dottrina si è anche interrogata sulla necessità che il consenso alla clausola debba essere espresso o possa essere implicito, concludendo per questa seconda opzione.¹⁷⁶

Il vero problema si ha quando la proroga è contenuta in un documento separato che viene richiamato dal contratto, o quando è contenuta nelle condizioni generali di contratto di uno dei contraenti. Si tratta, in questo caso, di stabilire quando l'integrazione *per relationem* del contenuto contrattuale soddisfi la forma scritta prescritta per la proroga di competenza. Sin dal primo caso la Corte di Giustizia ha preso posizione a riguardo.¹⁷⁷ Nel caso in esame la parte tedesca (*Rüwa*) cita in Germania la controparte italiana (*Ditta Estasis Salotti*) per il pagamento di alcune consegne di macchinari. La scelta del foro è operata in virtù della proroga di competenza figurante nelle condizioni generali stampate a tergo del contratto, redatto su carta intestata della *Rüwa*, alle quali nessun riferimento era fatto nel testo. Per complicare la fattispecie, tale proroga viene anche affermata sulla base delle

n. 748, *Società Trasporti Castelletti spedizioni internazionali Spa contro Hugo Trumphy Spa*, in *DeJure*; Cassazione 5475/95; e da ultimo CORTE DI CASSAZIONE, 3568/2011, *Soc. fond. Sai*, cit. Per la giurisprudenza di merito v. TRIBUNALE DI NAPOLI, 26 luglio 2002, *Ciacchiello e figli Srl contro Agenzia Marittima Le Navi Spa*, in *Dir. mar.*, 2003, p. 567.

¹⁷³Cass. SU, 14 ottobre 2012, n. 17845 in *Red. Giust. civ. Mass.* 2012, 10.

¹⁷⁴RIGHETTI, *La deroga alla giurisdizione*, cit., p. 262 e ss., in nota, rileva correttamente che ove si ammetta la proroga come risultante da due documenti separati, si debba consentire alla parte che se ne avvalga (presumibilmente in possesso di un documento recante la sottoscrizione della sola controparte) di poter provare il proprio consenso alla proroga con tutti i mezzi previsti dalla *lex fori*, finendo altrimenti per consentire alla controparte di evitare il foro prorogato semplicemente rifiutandosi di esibire il documento nel foro disputato.

¹⁷⁵CORTE DI CASSAZIONE, 10910/1994, *Stork*, cit.: "il requisito della forma scritta non è soddisfatto, se tali condizioni [generali] siano richiamate nel retro, ma la sottoscrizione non segue il relativo richiamo".

¹⁷⁶MARI, *Il sistema della competenza*, cit., p. 621 e ss.; QUEIROLO, *Gli accordi sulla competenza*, cit., p. 165; PIERI, *La disciplina della proroga della competenza*, cit., p. 748; RIGHETTI, *La deroga alla giurisdizione*, cit., p. 265 e ss. Anche motivando a contrario dalla ormai inapplicabile "regola lussemburghese". Tale norma, contenuta nel Protocollo del 27 settembre 1968, annesso alla Convenzione di Bruxelles, prescriveva un'accettazione espressa e specifica ai patti che derogassero la competenza delle corti del Lussemburgo. Nel Regolamento invece, era contenuta una norma "a tempo", ormai scaduta, che limitava la conclusione dei patti di deroga alle forme previste dall'art. 23 comma 1 lett. a nel caso in cui il luogo di esecuzione del contratto si fosse trovato in Lussemburgo e la materia non fosse stata la prestazione di servizi.

¹⁷⁷CORTE DI GIUSTIZIA, C-24/76, *Estasis Salotti*, cit.

condizioni generali stampate a tergo di una lettera che accompagnava sette offerte della *Rüwa*, posto che la lettera non vi faceva alcun riferimento, ma le offerte vi rinviavano. Il *Bundesgerichtshof* interroga la Corte del Lussemburgo circa il rispetto del requisito della forma scritta in entrambe le ipotesi. Da una fattispecie così poco affascinante sono stati elaborati da parte dell'Avvocato Generale Capotorti alcuni principi cardine relativi alla proroga a livello comunitario:¹⁷⁸ interpretazione autonoma dei requisiti formali, insufficienza della mera conoscibilità, necessità di verificare sempre l'esistenza di un consenso effettivo, il corrispondente ruolo essenziale dei requisiti formali nell'assicurare l'esistenza e l'effettività di tale consenso in capo a tutte le parti, e infine l'inapplicabilità dei requisiti formali prescritti dalla legge interna. Rispondendo ai quesiti del giudice *a quo*, la Corte afferma che "è rispettato il requisito della forma scritta stabilito dall'art. 17, 1° comma, [...] nel caso in cui la clausola attributiva della competenza figuri fra le condizioni generali predisposte da una delle parti e stampate a tergo del contratto, solo se il contratto sottoscritto da entrambe le parti contiene un richiamo espresso a dette condizioni generali".¹⁷⁹ E sulla seconda questione, in senso parzialmente difforme dall'Avvocato Generale,¹⁸⁰ la Corte rileva che il riferimento deve essere espresso, atto ad essere notato da una persona che usi la normale diligenza (e le condizioni generali effettivamente comunicate alla controparte).¹⁸¹ In pratica il riferimento alla clausola esterna deve essere sufficientemente chiaro e preciso in modo che si possa presumere che la controparte non solo l'abbia notato, ma vi abbia anche aderito.¹⁸² Si può già notare un'incrinatura nell'impalcatura del "consenso effettivo": la conoscenza comporta una presunzione di adesione.¹⁸³ Come dimostra la fattispecie in *Estasis Salotti*, la questione si complica molto ove si faccia ricorso a moduli e formulari predisposti da una delle parti o da associazioni di categoria. Tali moduli richiedono non tanto una volizione quanto una mera adesione della controparte ed è in questi casi che si avverte l'esigenza di "cancel out the effect of clauses in contracts which might go unread".¹⁸⁴

¹⁷⁸Cfr. le conclusioni dell'Avv. Gen. Capotorti, con il quale la Corte pare concordare.

¹⁷⁹CORTE DI GIUSTIZIA, C-24/76, *Estasis Salotti*, cit., punto 10. Cfr. anche CORTE DI CASSAZIONE, 4636/1986, *Cantieri Metallurgici*, cit.; CORTE DI CASSAZIONE, 10910/1994, *Stork*, cit.; CORTE DI CASSAZIONE, 20887/2006, *Saneco*, cit.

¹⁸⁰Capotorti negava opportunamente anche tale seconda ipotesi, considerandola non idonea a giustificare una presunzione di accettazione da parte dell'acquirente.

¹⁸¹Conforme CORTE DI GIUSTIZIA, C-71/83, *Tilly Russ*, cit.

¹⁸²In un caso italiano CORTE DI CASSAZIONE, 10910/1994, *Stork*, cit., la Suprema corte ha sottolineato che il riferimento non solo deve essere chiaro e preciso, ma un semplice richiamo generico ai "Termini di consegna e pagamento" non è idoneo a garantire l'esistenza di un consenso sulla proroga di competenza.

¹⁸³Non però la conoscibilità, cfr. MARI, *Il sistema della competenza*, cit., p. 629, il rinvio deve essere espresso e le condizioni effettivamente comunicate. La conoscibilità verrà in gioco nel caso CORTE DI GIUSTIZIA, C-214/89, *Powell Duffryn*, cit. ove sarà ritenuto sufficiente che lo statuto societario sia pubblico o accessibile ai soci.

¹⁸⁴JENARD, *Report*, cit. La profonda differenza tra un testo personalizzato, predisposto

Nel passaggio dalla Convenzione al Regolamento 44/2001 si registra anche un'apertura ai nuovi mezzi telematici, frutto di un'evoluzione forse nemmeno immaginabile al momento della redazione della Convenzione nel '68. L'elemento sufficiente è la idoneità del mezzo a registrare la clausola in modo duraturo.¹⁸⁵ In realtà le problematiche sollevate sono molto più vaste, anche se in gran parte non sono specifiche riguardo alla proroga di competenza ma toccano questioni più generali che attengono ad un modo di contrarre tipicamente a distanza, per adesione o comunque con mezzi spersonalizzati rispetto alla firma di un documento. In particolare vi è il tema tecnico-giuridico della c.d. firma elettronica che consiste nella necessità di riferire con sicurezza una dichiarazione, scritta ad esempio in un email, ad un soggetto definito. In questo modo, attraverso l'uso di chiavi crittografiche, è possibile accertare l'identità dell'autore di una dichiarazione negoziale. Altro problema potrebbe essere rappresentato dagli acquisti effettuati online, magari tramite un clic del mouse, i quali è quanto meno dubbio che possano rivestire una delle forme dell'art. 23. In generale si pongono problemi riguardanti la natura dell'accordo, il modo in cui le volontà di due soggetti che potenzialmente non arrivano mai ad un vero contatto si incontrano. E anche problemi relativi alla forma, se la transazione online possa soddisfare i requisiti richiesti per la proroga, o alla vincolatività della proroga contenuta nelle condizioni generali.

2.7.2 LA CONFERMA PER ISCRITTO

La seconda modalità di conclusione prevista nella Convenzione di Bruxelles fin dal 1968 è la conferma scritta di un accordo verbale. Nella lettura dell'Avvocato Generale Capotorti¹⁸⁶ si tratta di un compromesso tra la necessità di proteggere il consenso effettivo dei contraenti e l'esigenza di non ostacolare eccessivamente i traffici commerciali, che per prassi e velocità rifiutano di incasellarsi in rigidi requisiti formali. La fattispecie in esame riguarda

ad hoc per il singolo affare in corso, magari frutto di varie proposte e controproposte culminate con un'accettazione, e la semplice sottoscrizione di un modulo precompilato dovrebbe riflettersi anche sulla rigidità del requisito formale richiesto dalla Corte, integrato anche con il principio di buona fede, di generale applicazione anche nel diritto europeo. Cfr. RIGHETTI, *La deroga alla giurisdizione*, cit., p. 264 e ss. Viceversa nel caso di un testo predisposto unilateralmente, i requisiti dovrebbero agire in quella funzione di tutela del consenso effettivo che opportunamente la Corte ha ravvisato in essi. Anche CORTE DI CASSAZIONE, 10910/1994, *Stork*, cit., richiede “*serie garanzie di consapevole adesione da parte del [soggetto] che non ha predisposto la clausola di proroga della giurisdizione, [o] indicazioni univoche idonee a dimostrare la formazione di un vero consenso*”.

¹⁸⁵ Formulazione mutuata dall'art. 6 della Legge modello UNCITRAL sul commercio elettronico del 1996.

¹⁸⁶ Conclusioni dell'Avv. Gen. in CORTE DI GIUSTIZIA, C-24/76, *Estasis Salotti*, cit., p. 1845. V. anche l'Avv. Gen. Vilaça in CORTE DI GIUSTIZIA, C-313/85, *Iveco Fiat*, cit., p. 3346.

particolarmente la prassi della “lettera di conferma”,¹⁸⁷ se non anche della “conferma d’ordine”,¹⁸⁸ nelle quali appunto ad una contrattazione informale - verbale - segue, per varie ragioni e con varie funzioni, una conferma scritta nella quale sono indicati i termini già pattuiti.¹⁸⁹ Nella fattispecie generale accennata la conferma è quindi una riproduzione del negozio già concluso a fini di certezza o di prova. Invece nell’ambito dell’art. 23 tale atto - la conferma - costituisce elemento essenziale della proroga, la cui sussistenza costituisce il perfezionamento della fattispecie formale.

Le due componenti costitutive¹⁹⁰ di questo requisito formale “complesso” sono l’esistenza di un accordo verbale sulla proroga di competenza e la ricezione della conferma scritta da parte del destinatario. L’accordo presenta in linea di massima le stesse caratteristiche vista in precedenza. Si può trattare dunque di una volizione o di un semplice consenso - finanche di un’adesione (consapevole). Si tratta sempre di un elemento essenziale alla esistenza stessa della proroga di competenza e la cui sussistenza deve essere il primo campo di indagine del giudice. A differenza dell’accordo concluso per iscritto, la giurisprudenza europea costante¹⁹¹ richiede che la pattuizione si sia concentrata espressamente sulla clausola di proroga. Tale problematica ha origine, come sempre, dall’utilizzo di condizioni generali di contratto e si lega alla nozione stessa di accordo. Ove il tessuto contrattuale, o meglio la parte relativa alla scelta del foro, sia il risultato solo dell’accordo verbale tra le parti, senza l’integrazione di altri elementi, è più o meno pacifico che la conferma scritta sarà, a meno di alterazioni, interamente composta da elementi sui quali si sono già posati l’attenzione e il consenso delle parti durante la trattativa informale-verbale. D’altro canto se la proroga di competenza è contenuta in condizioni generali o in altro documento separato ma destinato a integrare il regolamento privato e la parte non predisponente non ne ha avuto conoscenza al momento della conclusione del patto verbale, è radicalmente esclusa¹⁹² la possibilità stessa dell’esistenza di un accordo sulla proroga o di una semplice accettazione, che è il minimo grado di volizione richiesto. L’assenza dell’accordo rende la conferma scritta, contenente le condizioni generali e quindi anche la clausola sul foro, il primo momento di conoscenza

¹⁸⁷La lettera di conferma è un documento scritto unilaterale, con il quale una parte “comunica” all’altra di aver concluso con questa un contratto con le modalità indicate nello scritto, v. MARI, *Il sistema della competenza*, cit., p. 608.

¹⁸⁸La quale è, nel suo significato proprio, la riproduzione di una proposta o accettazione già comunicata in modo informale, v. MARI, *Il sistema della competenza*, cit., p. 608.

¹⁸⁹Si veda ADDIS, *La conferma per iscritto della proroga verbale*, cit., per una panoramica sull’istituto e la sua patologia. L’A. rileva inoltre come tale fattispecie sia poco sviluppata nella dottrina italiana, rispetto ad altri paesi.

¹⁹⁰MARI, *Il sistema della competenza*, cit., p. 643.

¹⁹¹CORTE DI GIUSTIZIA, C-25/76, *Segoura*, cit.; CORTE DI GIUSTIZIA, C-71/83, *Tilly Russ*, cit.; CORTE DI GIUSTIZIA, 11 luglio 1985, causa C-221/84, *F. Berghoefler GmbH & Co. KG contro ASA SA*, in *Racc. giur. CE*, 1985, p. 2699.

¹⁹²Questo per l’ovvia considerazione che non si può volere o accettare ciò che non si conosce.

della proroga per la controparte, assumendo perciò la natura di una vera e propria “proposta negoziale” di accordo sul foro. In tale ottica si comprende la corretta conclusione della Corte nella causa *Segoura*,¹⁹³ ove fu richiesta la accettazione scritta della conferma da parte del destinatario. In realtà la richiesta di un’accezione scritta, e quindi la presenza di due documenti scritti (e sottoscritti) e scambiati tra le parti, integra il requisito descritto al paragrafo precedente, la forma scritta. Quindi la critica che può essere mossa alla Corte è di avere generalizzato la necessità dell’accezione scritta della conferma, senza limitarla al caso in esame,¹⁹⁴ in tal senso “tradendo” la sua funzione nomofilattica nel tentativo di dare una valida soluzione al caso concreto esaminato.¹⁹⁵

La sentenza nella quale viene precisato il requisito dell’accordo espresso¹⁹⁶ è quella relativa al caso *Tilly Russ*,¹⁹⁷ ma la *ratio* la spiega lo stesso Avvocato Generale Capotorti nella causa *Segoura*: “quando si conclude un contratto verbale [...] è ragionevole supporre [...] che l’attenzione dei contraenti si concentri sui punti essenziali dell’accordo mentre le condizioni generali non sono specificamente considerate. Queste condizioni vengono dunque effettivamente a conoscenza dell’acquirente solo quando egli riceve dal venditore la lettera di conferma dell’accordo verbale”.¹⁹⁸ Quindi per la tutela della parte non predisponente e per la natura stessa dell’accordarsi verbalmente, occorre che la proroga sia stata considerata dai contraenti, e, se contenuta in condizioni generali, sottoposta dalla predisponente alla controparte, che l’ha accettata. Non basta la conoscenza, è richiesta l’accezione.¹⁹⁹

Veniamo alla conferma. Per Capotorti la conferma svolge l’importante compito di garantire la sicurezza dei rapporti giuridici e di tutela della parte più debole. Si tratta di un atto unilaterale recettizio. È indifferente quale parte invii la conferma all’altra, che sia la parte predisponente o avvantaggiata oppure la controparte. È ipotizzabile, ma non consigliabile,

¹⁹³CORTE DI GIUSTIZIA, C-25/76, *Segoura*, cit.

¹⁹⁴Nel quale era pacifica l’inesistenza di un accordo verbale sul foro.

¹⁹⁵Come si vedrà tra poco, il requisito dell’accezione scritta è stato poi correttamente abbandonato.

¹⁹⁶Espresso ma non specifico, come invece sostiene MARI, *Il sistema della competenza*, cit., p. 645 e ss. La specificità non è richiesta né dalla norma, né dalla giurisprudenza della Corte. Per sgombrare il campo da equivoci linguistici, si intende come accordo espresso sulla proroga un accordo che abbia menzionato in modo esplicito il patto sul foro, mentre per accordo specifico (e inevitabilmente anche espresso) quel patto che abbia considerato solo la proroga di competenza.

¹⁹⁷CORTE DI GIUSTIZIA, C-71/83, *Tilly Russ*, cit., al punto 17.

¹⁹⁸CORTE DI GIUSTIZIA, C-25/76, *Segoura*, cit., p. 1866. Tale *ratio* giustifica la differenza rispetto all’accordo scritto, nel quale non è richiesto un accordo espresso.

¹⁹⁹È quanto opportunamente specificato dall’Avv. Gen. nella causa C-25/76, *Segoura*, cit. Tale affermazione trova conferma nella giurisprudenza successiva e nella dottrina relativa al consenso effettivo. Vedremo, invece, che la Corte Suprema americana non richiede l’accezione ma reputa sufficiente la “notice”. *Carnival Cruise Lines, Inc. v. Shute*, 499 U.S. 585 (1991), discussa *infra* il prossimo capitolo.

la differenziazione della rigidità della conferma a seconda che sia la parte svantaggiata o quella avvantaggiata/predisponente ad effettuarla.²⁰⁰ Tale distinzione, in principio lecita e sensata, si scontra con la difficoltà concreta di stabilire quale sia la parte avvantaggiata, rendendo particolarmente complesso un giudizio sulla competenza da parte del giudice che deve invece essere possibile senza esaminare il merito. Inoltre richiederebbe un requisito ulteriore in definitiva non giustificabile alla luce della norma.²⁰¹ L'irrelevanza della provenienza della conferma, oltre che giustificarsi per ragioni teoriche,²⁰² è confermata dalla giurisprudenza costante della Corte,²⁰³ e non merita perciò ulteriori osservazioni. Così anche la non necessarietà di una conferma espressa riguardante la clausola²⁰⁴ (mentre per l'accordo sì). La natura recettizia della conferma²⁰⁵ è connotata all'atto stesso del "confermare", ossia che la conferma scritta deve essere portata a conoscenza della controparte, e che produce il suo effetto solo da quel momento. Pare esserci convergenza di opinioni²⁰⁶ nell'attribuire alla conferma scritta natura sostanziale e non solo probatoria della proroga di competenza.

Il *punctum pruriens* è invece l'effetto della conferma rispetto al contegno che la parte che la riceve può astrattamente adottare:²⁰⁷ accettare la conferma, opporsi (ed eventualmente inviare una contro-conferma) o rimanere inerte. Tale eventualità, diciamo "fattuale", ha indotto taluni, e la Corte di Giustizia stessa,²⁰⁸ a ritenere elemento essenziale della conferma anche la

²⁰⁰V. le conclusioni dell'Avvocato Generale in C-25/76, *Segoura*, cit., p. 1865 e ss., che reputa necessaria l'indicazione specifica della clausola ove la conferma sia effettuata dalla parte avvantaggiata mentre per la parte debole ritiene sufficiente l'indicazione del complesso delle condizioni generali.

²⁰¹Si veda, *mutatis mutandis*, la nota 196

²⁰²Avv. Gen. Capotorti CORTE DI GIUSTIZIA, C-25/76, *Segoura*, cit., p. 1865: "la funzione essenziale della conferma per iscritto [...] è quella di dare una formulazione obiettivamente certa alla clausola verbale, e di definirne gli esatti termini [...]. Tale funzione può essere assolta anche quando l'atto scritto di conferma promani dalla stessa parte che aveva predisposto la clausola...".

²⁰³CORTE DI GIUSTIZIA, C-71/83, *Tilly Russ*, cit.; CORTE DI GIUSTIZIA, C-221/84, *Berghoef*, cit. Nel secondo caso la Corte lo afferma esplicitamente al punto 14 della motivazione, confermando le conclusioni dell'Avv. Gen. Sir Gordon Slynn: "La lettera dell'art. 17 [...] non esige [...] che la conferma scritta di una clausola verbale provenga dalla parte nei 'confronti' della quale questa deve avere effetto. D'altro canto si deve riconoscere che [...] è talvolta difficile accertare in anticipo, finché non venga effettivamente instaurato un procedimento, quale della parti sia favorita da una clausola attributiva di competenza". Conforme anche la Cassazione italiana, CORTE DI CASSAZIONE, 3 gennaio 2007, n. 6, *Ditta Elettrotecnica Ricci Sas contro Westiform GmbH e Co. KG*, in *DeJure*.

²⁰⁴CORTE DI GIUSTIZIA, C-71/83, *Tilly Russ*, cit. al punto 17.

²⁰⁵Tale natura è stata affermata anche dall'Avv. Gen. Sir Gordon Slynn nelle sue conclusioni alla causa C-221/84, *Berghoef*, cit., p. 2702.

²⁰⁶ADDIS, *La conferma per iscritto della proroga verbale*, cit., p. 838 e ss., MARI, *Il sistema della competenza*, cit., p. 606 e ss. e Ivi, p. 643 e ss.

²⁰⁷ADDIS, *La conferma per iscritto della proroga verbale*, cit., p. 831 e ss.

²⁰⁸Da CORTE DI GIUSTIZIA, C-221/84, *Berghoef*, cit., in poi. In Italia anche la Corte di Cassazione segue questo orientamento, cfr. la sentenza 6/2007, *ElettrotecnicaRicci*, cit.

manca di obiezioni, specificando, inoltre, che in caso di assenza dell'accordo verbale la mancanza di obiezioni non produce l'effetto di accettazione della proroga. Riteniamo, tuttavia, che l'eventuale obiezione può rilevare solo ai fini della prova in giudizio delle conformità della conferma all'accordo verbale. Viceversa la fattispecie si perfeziona nel momento in cui la conferma scritta è ricevuta - o portata a conoscenza della controparte. Se esisteva un accordo verbale, è perfettamente inutile contestare la conferma, perché la fattispecie è già perfezionata. Se l'accordo non esisteva, non è necessario contestare, perché difetta un elemento fondamentale. Quindi la prospettiva avallata dalla Corte, pur essendo oggi il parametro al quale adeguarsi, non pare condivisibile.²⁰⁹ A nulla varrebbe poi considerare la mancata obiezione come elemento costitutivo della conferma scritta, essendo palese che trattasi di un *quid pluris* al quale non corrisponde alcun dato positivo. Il contenuto della conferma deve essere conforme all'accordo verbale, mancando in caso contrario l'effetto desiderato,²¹⁰ e deve almeno contenere l'indicazione dell'accordo di proroga o delle condizioni generali che lo contengono.²¹¹

2.7.3 LA FORMA AMMESSA DALLE PRATICHE CHE LE PARTI HANNO STABILITO TRA DI LORO

La conclusione del patto di proroga in una forma ammessa dalle pratiche correnti tra le parti rappresenta l'ultima modalità in ordine temporale ad essere stata inclusa nella Convenzione²¹² e uno dei due casi di eterodeter-

PIERI, *La disciplina della proroga della competenza*, cit., p. 753 e ss., plaude a questa interpretazione poiché in tal modo si protegge la parte "svantaggiata" che non ha predisposto la clausola e nemmeno ha effettuato la conferma, ma l'ha solo ricevuta.

²⁰⁹Così anche ADDIS, *La conferma per iscritto della proroga verbale*, cit., il quale sottolinea come l'esito potrebbe essere diverso allorché esista un uso tra le parti o un uso del commercio internazionale, lo vedremo in seguito. In senso conforme, QUEIROLO, *Gli accordi sulla competenza*, cit., p. 171e ss.

²¹⁰MARI, *Il sistema della competenza*, cit., p. 646: "la conferma, infatti, pur costituendo un onere di forma cui è subordinata l'efficacia della pattuizione informale, non ha la funzione di manifestare la volontà di una parte [...]. Essa [...] può realizzare il suo scopo solo in quanto riproduca fedelmente il contenuto di un accordo già effettivamente raggiunto".

²¹¹Si noti che ancora una volta non si discetta della validità del contratto in toto, ma solo della valida conclusione della clausola di proroga. È pacifico che possa darsi il caso in cui il contratto sia validamente confermato per iscritto, ma non lo sia la clausola. Né bisogna ritenere che l'insufficienza della conferma per la clausola di proroga contenuta in condizioni generali di contratto, abbia l'effetto di invalidare tutte le condizioni. Spesso la conferma costituirà solo una riproduzione di un contratto che si è già concluso verbalmente. MARI, *Il sistema della competenza*, cit., p. 652 fa notare che è vero anche il contrario: la validità della clausola di proroga non esclude che, secondo la legge applicabile al rapporto, le condizioni generali siano invalide o non applicabili.

²¹²Non è certo la più rilevante, né ha suscitato particolari interessi nella critica. Questo, forse, perché si tratta di un'ipotesi meno frequente, in quanto i soggetti di un rapporto di durata potranno trovare il tempo e l'opportunità di redigere le condizioni dei loro affari in un contratto scritto, soddisfacendo in tal modo i requisiti descritti all'art. 23, lett. a.

minazione²¹³ della forma tramite il rinvio ad un elemento esterno.²¹⁴ Tale modifica può essere fatta risalire sino ad un *obiter dictum* della Corte contenuto nella motivazione della sentenza *Segoura*.²¹⁵ l'esistenza di una pluralità di contatti negoziali tra le parti giustifica²¹⁶ l'attenuazione della rigidità dei requisiti formali poiché entrano in gioco la buona fede²¹⁷ e il corrispondente principio dell'affidamento.

La "forma ammessa dalle pratiche delle parti" e la "forma ammessa dagli usi del commercio internazionale" hanno natura residuale rispetto alla forma scritta (e all'accordo verbale confermato per iscritto).²¹⁸ Questo significa che nell'analisi di un problema concreto si deve indagare per prima cosa l'esistenza di un accordo scritto o confermato per iscritto. Solo in difetto di un tale elemento, applicabile alla generalità dei contratti, dovrà indagarsi l'esi-

²¹³Si v. ADDIS, *La conferma per iscritto della proroga verbale*, cit., p. 831 e ss. L'altro è la forma ammessa dagli usi del commercio internazionale.

²¹⁴Riassumibile in breve con l'espressione "uso fra le parti"

²¹⁵CORTE DI GIUSTIZIA, C-25/76, *Segoura*, cit., conforme alle conclusioni dell'Avv. Gen. Capotorti: "Diversa sarebbe tuttavia la soluzione nel caso in cui l'accordo verbale rientrasse, per i contraenti in questione, nell'ambito di rapporti commerciali correnti [...]. Effettivamente, in un simile, contesto, il destinatario della conferma scritta non potrebbe in buona fede negare l'esistenza di una proroga di competenza, anche se mancasse da parte sua l'accettazione scritta". Si veda anche l'art. 9 comma 1 della Convenzione di Vienna del 1980 sulla vendita internazionale di merci: "Le parti sono vincolate dagli usi ai quali hanno assentito e dalle abitudini stabilitesi fra di loro". L'analogia è giustificata.

²¹⁶CORTE DI CASSAZIONE, 26 aprile 1995, n. 4625, *Nordgemuse snc contro Gennaro Parrilli e Cooperativa Agricola Agroverde Srl*, in *DeJure*: "Va cioè evidenziato che se l'interpretazione rigorosa e restrittiva dell'art. 17 si giustifica allorché trattasi di una operazione commerciale isolata, in campo comunitario, non così può dirsi allorché si sia in presenza - come nel caso in esame - di una molteplicità di rapporti, i quali, costantemente, per un lungo periodo di anni, abbiano fatto riferimento ad una proroga di competenza accettata. Ne consegue che, in conformità alle esigenze del commercio internazionale, che tende ad evitare formalismi quando la certezza dei rapporti sia sufficientemente assicurata, la proroga di competenza va affermata in riferimento anche ad operazioni commerciali successive a quelle in cui vi è esplicita accettazione scritta, allorché non vi sia alcun elemento chiaramente ostativo, che possa far presumere interrotta la conforme continuità dei rapporti medesimi". Tutto bene a parte l'accento al commercio internazionale, che però si giustifica alla luce dei fatti da cui ha origine la causa e dell'inapplicabilità delle modifiche all'art. 17 della Convenzione di Bruxelles *ratione temporis*.

²¹⁷CORTE DI GIUSTIZIA, C-71/83, *Tilly Russ*, cit., punto 18; v. anche le conclusioni dell'Avv. Gen. Vilaça in CORTE DI GIUSTIZIA, C-313/85, *Iveco Fiat*, cit. Per la dottrina si vedano ANCEL, *La clause attributive de jurisdiction*, cit., p. 276 e ss. e MARI, *Il sistema della competenza*, cit., p. 650 e ss.

²¹⁸Ci sembra opportuno analizzare gli elementi costitutivi della fattispecie proseguendo sulla strada dell'interpretazione autonoma, data la marcata preferenza manifestata in tal senso dalla Corte specialmente, ma non solo, nell'ambito degli accordi di proroga. Del resto tale tipo di interpretazione è spesso preferita dalla Corte, v. le osservazioni dell'Avv. Gen. Tesauro nella causa C-214/89, *Powell Duffryn*, cit., al punto 3: "nella più recente giurisprudenza la Corte ha mostrato una chiara preferenza per l'interpretazione autonoma della Convenzione, tanto da poter affermare che la prassi in materia si è evoluta piuttosto nel senso di un rapporto fra regola generale (interpretazione autonoma) ed eccezione (rinvio al diritto nazionale)".

stenza di uno degli elementi specializzanti che caratterizzano e giustificano le due fattispecie “allentate”: i rapporti continui o la complessa fattispecie del commercio internazionale.²¹⁹ Di tale circostanza deve tenersi conto anche a livello di ricostruzione della disciplina, onde evitare di creare un doppione dei precedenti o di svuotarne il senso.

Sebbene anche in questo caso appaia essenziale l'esistenza del consenso delle parti alla proroga,²²⁰ l'attenuazione dei requisiti formali comporta, data la loro funzione, una certa attenuazione della severità nell'accertamento del consenso, o del grado di consenso stesso richiesto. Il punto di equilibrio tra le due affermazioni è che l'esistenza di rapporti continuati e la buona fede nelle relazioni contrattuali permettono che il consenso sia espresso (anche) in modo semplificato.²²¹ Se prima era necessario un accordo cristallizzato in un documento scritto oppure un patto verbale ma espresso, con questa modifica si ammette che il consenso delle parti possa essere implicito, aspecifico o non trasfuso in un documento scritto. Così si può consentire che la proroga risulti da un atto sottoscritto da una sola parte, senza previo accordo verbale. O che una contrattazione verbale sia confermata da una parte mediante un documento non sottoscritto. O ancora, ed è l'ipotesi ventilata in *Segoura*, che le condizioni generali siano considerate solo nel loro complesso in sede verbale e poi allegate per la prima volta²²² al momento della conferma scritta. Non solo, si può dare l'ipotesi di parti che abbiano i primi contatti negoziali sulla base di documenti scritti e poi proseguano le relazioni sulla base di accordi verbali, ad esempio comunicazioni telefoniche, con l'accordo - più o meno tacito - che le condizioni messe per iscritto siano vincolanti anche per

²¹⁹V. al paragrafo seguente.

²²⁰La norma in esame è sempre l'art. 23 che richiede l'esistenza di un accordo tra le parti.

²²¹Il consenso, o meglio l'esistenza di un accordo, deve pur sempre essere oggetto dell'accertamento del giudice. Cfr., *inter alia*, la decisione della Corte di Cassazione, SU, 14 giugno 2007, n. 13891, in *DeJure*. La Corte prosegue:

“Sostiene, tuttavia, la società ricorrente che, non avendo mai la società fornitrice contestato il contenuto, ad essa noto, delle condizioni di contratto predisposte dalla società tedesca ed avendo dato sempre esecuzione ai contratti in conformità alle relative previsioni, si sarebbe in presenza di una prassi pluriennale, attuata per *facta concludentia* in base ad un comportamento concreto dei contraenti protratto nel tempo, cui dovrebbe attribuirsi il significato di manifestazione di consenso alla deroga della giurisdizione a favore del giudice tedesco.

L'argomento, però, non è fondato, poichè è evidente l'errore della ricorrente nel ritenere realizzata l'adesione della controparte non in forma scritta, ma mediante un comportamento successivo dell'acquirente, che, diretto com'è al solo adempimento delle sue obbligazioni, non può valere quale espressione formale di volontà nel senso voluto dalla norma”.

La motivazione della Corte non pare del tutto esente da oscurità, particolarmente nella parte in cui pare chiedere comunque un precedente impegno scritto anche nel caso di “forma ammessa tra le pratiche che le parti hanno stabilito fra loro”.

²²²Per la prima volta in senso relativo alla singola contrattazione, ma per l'ennesima volta nella storia dei rapporti tra i contraenti che si presumono essere di vecchia data.

i successivi accordi verbali (una sorta di condizioni generali *sui generis*).²²³ L'elenco potrebbe continuare a lungo, tale è la varietà di scenari che la prassi è capace di dipingere.

Altro elemento che può essere valorizzato dal presente requisito formale è il comportamento delle parti.²²⁴ Elementi che altrimenti non avrebbero alcun rilievo divengono significativi per via dell'uso che si è venuto a creare nel tempo. Un esempio è l'accettazione dell'accordo per *facta concludentia* dove un elemento fattuale e univoco consente di ritenere sussistente il consenso ad una serie di condizioni contrattuali, tra le quali anche la proroga. Un altro esempio è dato dal "silenzio", elemento finora trascurato. Se esiste un tale uso tra le parti è possibile ritenere che il silenzio equivalga a consenso, un'equazione inaccettabile ove non esista una regola specifica in merito. La presenza di questa moltitudine di elementi "taciti" e "impliciti", nonché una certa automaticità dell'accettazione degli elementi contrattuali non deve essere portata oltre una certa soglia. Deve perciò ammettersi che le parti abbiano il diritto e il potere di interrompere una tale prassi sottraendo la propria adesione. A tal fine rileva come costitutivo un elemento la cui rilevanza abbiamo escluso per l'accordo verbale confermato per iscritto: l'obiezione.²²⁵ La buona fede

²²³È la fattispecie alla base della sentenza della CORTE DI GIUSTIZIA, C-313/85, *Iveco Fiat*, cit.: un contratto scritto scaduto, contenente la proroga, costituiva la "base giuridica" di rapporti commerciali di durata. La criticabile soluzione che la Corte diede, cioè la sussunzione nella fattispecie "accordo verbale confermato per iscritto", si può comprendere data l'assenza della "forma ammessa dall'uso tra le parti" all'epoca della causa. Alla luce della nuova disposizione potrebbe essere riproponibile una diversa soluzione al caso, affermando che le pratiche stabilite dalle parti tra loro giustificano la validità della proroga, senza bisogno di conferma scritta.

²²⁴La Corte di Cassazione, 28 febbraio 2007, n. 4634, in Guida al diritto 2007, Dossier 10, 15, ha affermato che

"il requisito della forma scritta (...) è rispettato sia in caso di accettazione scritta della clausola, sia nel caso in cui il contratto si sia concluso per accettazione tacita, mediante la sua esecuzione a norma dell'art. 1327 c.c., se il rapporto stesso sia stato preceduto da operazioni commerciali in cui la clausola stessa risulti regolarmente accettata per iscritto e non vi siano elementi che possano giustificare la presunzione di una volontà contraria a tale ininterrotta prassi negoziale".

In senso conforme v. anche CORTE DI CASSAZIONE, 3568/2011, *Soc. fond. Sai*, cit.; Cassazione, SU, 10 settembre 2009, n. 19447, in *DeJure*. Cfr. anche [citando 5.5.2006, n. 10312, e 17.1.2005, n. 731, Cass. s.u. 26.4.1995, n. 4625, Cass. su 29.04.2003, n. 6634]

²²⁵MARI, *Il sistema della competenza*, cit., p. 651. La "mancanza di obiezioni" è semplicemente un silenzio qualificato. La differenza con il silenzio-assenso accennato qualche riga sopra è che l'efficacia adesiva del silenzio si può verificare solo se l'uso tra le parti lo prevede specificamente come equivalente all'accettazione. Mentre l'obiezione, ossia un comportamento contrastante con la volontà di aderire all'accordo, si presenta come idoneo ad impedire la valida formazione dell'accordo sulla proroga, in modo indipendente dal contenuto dell'uso esistente tra le parti. A dire il vero l'obiezione può essere interpretata sia come un elemento probatorio che come un elemento integrativo della forma, cioè sia come uno strumento idoneo a dimostrare al giudice l'inesistenza del consenso effettivo che come un atto la cui stessa esistenza invalida la proroga. CORTE DI CASSAZIONE, 7854/2001,

impedisce ad una parte di sottrarsi alla validità di una clausola per motivi formali dopo aver informato una serie di rapporti a determinate condizioni/regole/prassi. Allo stesso tempo, il medesimo principio consente ad una parte di interrompere lealmente tale prassi, tutelando la controparte e il suo legittimo affidamento circa la permanenza di un certo assetto contrattuale: il punto di equilibrio è rappresentato dalla necessità per la parte che intende sottrarsi all'accordo implicito e costante sul foro di rendere nota la propria obiezione alla controparte. Naturalmente la possibilità di obiettare non si traduce in un arbitrio ma deve essere esercitata secondo buona fede e *pro futuro*.

La buona fede deve anche impedire che una parte si avvantaggi della semplificazione formale per tradire l'altra, modificando il contenuto della proroga. È vero che la possibilità di opporsi alle modifiche semplicemente sollevando un'obiezione costituisce una valida protezione, ma è anche vero che la natura ripetitiva di questo tipo di rapporti induce senza dubbio ad abbassare la soglia di attenzione. Ecco che allora sarebbe opportuno chiarire se e come possa essere impedita una tale modifica unilaterale. L'art. 23, regolando solo la "forma" e non il contenuto della proroga, sembra escludere una tale possibilità, ma certo la commissione di frodi o l'approfittarsi di situazioni di ignoranza altrui non sono fenomeni propri del principio di buona fede. Un parametro potrebbe essere rappresentato dall'affidamento che ogni parte nutre legittimamente rispetto alla costanza del contenuto della proroga nel tempo, rilevando che in caso di modifica possa non sussistere quel consenso che è essenziale alla proroga stessa.

La continuità dei rapporti commerciali tra le parti costituisce condizione necessaria, ma non sufficiente, per soddisfare il requisito formale in parola. L'elemento che il giudice è chiamato a verificare è l'uso che si sia creato tra i contraenti. Sarà onere della parte che intende poggiarvi le proprie pretese di provarne l'esistenza e il contenuto. Anche se la norma in esame non lo specifica, è vero che: "l'hypothèse de «rapports commerciaux courants» [...] ne concerne jamais qu'une catégorie définie de personnes, celles qui s'adonnent aux activités commerciales de façon usuelle".²²⁶

Marintrasporti, cit. afferma che "l'esistenza di rapporti commerciali correnti [...] rend[e] significativo il silenzio (ovvero la mancata formulazione di obiezioni)" e prosegue "La ricezione e la mancata formulazione di obiezioni costituiscono cioè la prova dell'esistenza di un accordo di proroga. Al tempo stesso tale accordo, nella pratica commerciale instaurata dalle parti, è ritenuto validamente manifestato nella forma della mera consegna del documento sottoscritto da una sola parte".

²²⁶ ANCEL, *La clause attributive de juridiction*, cit., p. 277. L'A. commentava l'arrêt Segoura, ma le sue osservazioni sono sempre valide.

2.7.4 LA FORMA AMMESSA DA UN USO DEL COMMERCIO INTERNAZIONALE

L'ultima modalità di formazione del patto di proroga, eterodeterminata, è racchiusa nella lett. c dell'art. 23, ove si legge

“c) nel commercio internazionale, in una forma ammessa da un uso che le parti conoscevano o avrebbero dovuto conoscere e che, in tale campo, è ampiamente conosciuto e regolarmente rispettato dalle parti di contratti dello stesso tipo nel ramo commerciale considerato”²²⁷

Come abbiamo già avuto modo di ricordare, il testo vigente è il risultato di due convenzioni: introdotto con la Convenzione del Lussemburgo del 1978 è stato poi modificato dalla Convenzione di San Sebastiano nel 1989 sulla falsa riga del testo approvato a Lugano nel 1988.²²⁸ Un commentatore avverte, correttamente, che: “le nouvel alinéa 1 [...] soulève plusieurs questions d'une complexité impressionante”.²²⁹ L'art. 17 della Convenzione aveva mostrato, anche alla luce dell'interpretazione data dalla Corte, di non essere idoneo a realizzare quel compromesso tra certezza e libertà nel commercio al quale si era mirato.²³⁰ La gabbia troppo rigida della forma scritta, o l'accordo verbale confermato per iscritto, mal si prestavano a regolare ipotesi nelle quali si

²²⁷Un confronto può essere fatto con la Convenzione di Vienna del 1980 sulla vendita internazionale di merci, il cui art. 9 dispone al comma 2: “*Salvo convenzione contraria delle parti, si ritiene che queste si siano tacitamente riferite nel contratto e per la sua elaborazione a qualsiasi uso di cui erano o avrebbero dovuto essere a conoscenza e che, nel commercio internazionale, è largamente conosciuto e regolarmente osservato dalle parti in contratti dello stesso genere, nel ramo commerciale considerato*”. Secondo la ricostruzione di MARI, *Il sistema della competenza*, cit., p. 654, la coincidenza non è casuale ma frutto di un compromesso in sede di redazione della Convenzione di Lugano del 1988.

²²⁸La giurisprudenza italiana interpreta, correttamente, l'art. 4 della l. 218/95 come disciplina residuale rispetto all'art. 23 e pertanto ritiene applicabile anche alla disposizione italiana le elaborazioni della Corte di Giustizia. Questa circostanza induce la Corte di Cassazione a concludere che “*anche in sede di interpretazione dell'art. 4, comma 2, della legge n. 218 del 1995 vada affermato, superando la formulazione letterale della norma, analogo principio, nel senso di attribuire rilevanza [...] al comportamento concludente delle medesime, ove risulti operante, nel settore del commercio internazionale in cui operano i contraenti, un uso che detto comportamento preveda come fatto idoneo a far riconoscere la volontà delle parti. Tale estensione appare infatti giustificata dalla considerazione che la norma in esame condivide con l'art. 17 della Convenzione di Bruxelles l'area di incidenza della disciplina, [...] e che la legge n. 218 del 1995 ai principi processuali della Convenzione di Bruxelles si ispira e si uniforma*”, nella sentenza 731/2005, *Carbon*, cit., punto 2.4.3. In senso conforme anche TRIBUNALE DI TORINO, 24 novembre 2000, *Chinese-Polish Joint Stock Shipping Co. contro Zust Ambrosetti Spa e ECSEL Spa*, in *Dir. mar.*, 2002, p. 622.

²²⁹KOHLER, *Rigueur et souplesse*, cit.

²³⁰V. RIGHETTI, *La deroga alla giurisdizione*, cit., p. 272 e ss. e SCHLOSSER, *Report*, cit., p. 125. Non bisogna mai dimenticare da dove nasce la Comunità europea: “libera circolazione in libero mercato”. Il commercio è motore dell'integrazione e dell'evoluzione comunitaria.

ha un naturale difetto di formalismi. La prassi dei traffici rifiuta le formalità senza per questo sminuire la vincolatività del patto o la serietà dell'impegno sottoscritto. Tuttavia, forti della necessità di tutelare il consenso di tutte le parti che partecipano al patto di proroga, i redattori delle Convenzioni di modifica della originario normativa di Bruxelles '68 avevano bisogno di trovare un elemento al quale affidare tale funzione. Un elemento che consentisse di giustificare e limitare un allentamento della rigidità dei requisiti formali²³¹ che non era destinato alla generalità dei negozi e dei soggetti operanti nel mercato comunitario. Tale elemento è rappresentato dall'uso del commercio internazionale.

Liquidiamo il profilo consensualistico: nonostante l'ambiguità dell'impostazione della Corte,²³² che lascia aperta la questione del reale accordo tra le parti,²³³ la necessità di indagare l'esistenza di un consenso effettivo o reale lascia il passo all'accertamento dell'esistenza dell'uso nel settore commerciale nel quale operano le parti, alla loro qualifica soggettiva e alla conoscenza o conoscibilità dell'uso stesso.²³⁴ Tale povertà dal punto di vista del consenso induce a seguire l'Avvocato Generale Tesauro nell'adozione di un'interpretazione rigorosa e restrittiva della disposizione.²³⁵ Su un punto però la volontà delle parti è sovrana, cioè nella possibilità di escludere la rilevanza di un dato

²³¹E quindi del consenso effettivo al quale sono preposti, v. *supra*.

²³²In CORTE DI GIUSTIZIA, 20 febbraio 1997, causa C-106/95, *Mainschiffahrts-Genossenschaft eG (MSG) contro Les Gravières Rhénanes SARL*, in *Racc. giur. CE*, 1997, p. 17, si legge che “[l']agevolazione introdotta [...] non significa però che non sia più necessario un accordo di volontà tra le parti su una clausola di proroga di competenza, poiché la reale esistenza del consenso degli interessati resta sempre uno scopo di questa disposizione. Infatti occorre proteggere il contraente più debole, evitando che clausole attributive di competenza, inserite nel contratto da una sola delle parti, passino inosservate”. Non è chiaro cosa rimanga del consenso effettivo se è possibile presumere non solo l'accordo ma anche la conoscenza dell'uso.

²³³Cfr. l'Avv. Gen. Tesauro e la Corte nella causa C-106/95, *MSG*, cit. e l'accenno della Corte in CORTE DI GIUSTIZIA, C-159/97, *Trasporti Castelletti*, cit., ai punti 17 e ss. In dottrina segue il consensualismo QUEIROLO, *Gli accordi sulla competenza*, cit., p. 173 e ss. L'A. però riconosce che la Corte opera in realtà un'equazione tra esistenza dell'uso e conoscibilità, e ne critica l'esito. MARI, *Il sistema della competenza*, cit., p. 655, sottolinea, invece, la natura “presuntiva” della modifica.

²³⁴Lo vedremo meglio *infra*. Si vedano CORTE DI GIUSTIZIA, C-106/95, *MSG*, cit. e CORTE DI GIUSTIZIA, C-159/97, *Trasporti Castelletti*, cit. Nella seconda sentenza, al punto 21, la Corte risponde al quesito della Corte di Cassazione affermando che: “il consenso dei contraenti alla clausola attributiva di competenza si presume esistente se un siffatto comportamento corrisponde ad un uso vigente nel settore del commercio internazionale in cui operano le parti di cui trattasi e se queste ultime conoscevano quest'uso o avrebbero dovuto conoscerlo”. Se l'accordo si può presumere che spazio rimane per il consenso effettivo?

²³⁵Conclusioni CORTE DI GIUSTIZIA, C-106/95, *MSG*, cit., punto 25.

uso²³⁶ così come l'obiezione di una parte esclude la validità di una proroga.²³⁷

Il primo elemento che colpisce il lettore è costituito dall'incipit: “*nel commercio internazionale*”.²³⁸ In tre parole si comprende che l'ambito di applicazione della presente norma è limitato rispetto alla generalità dei negozi della materia civile e commerciale: il negozio prorogato si deve svolgere nel mondo dei traffici commerciali. L'elemento commerciale non delimita solo *ratione materiae* i contratti che possono essere oggetto di una proroga semplificata ma ha anche la funzione di limitare l'applicabilità della norma a quei soggetti che rivestono la qualifica di “operatori del commercio (internazionale)” e che concludono il contratto nell'ambito delle loro attività professionali.²³⁹ Tale conclusione è supportata anche dal riferimento che l'art. 23 contiene all'uso che le parti “*avrebbero dovuto conoscere*”, laddove un tale onere di conoscenza si giustifica solo nei confronti di coloro che abitualmente e professionalmente si muovono all'interno del settore commerciale. Infine, è la *ratio* stessa della norma a confermare la limitazione *ratione personae*: l'alleggerimento formale rappresenta una deroga al principio del consenso effettivo, cioè a una minor tutela che si giustifica solo ove esista un elemento specializzante che funge da contrappeso come la qualifica di operatore del commercio in questo caso, o i rapporti continui nell'ipotesi descritta al paragrafo precedente. Questo vale ad escludere che il contraente occasionale debba sottostare alle regole interne e peculiari del commercio, sebbene limitatamente agli accordi sul foro.

²³⁶Come meglio scrive DELI, *Gli usi del commercio internazionale nel nuovo testo dell'articolo 17 della convenzione di Bruxelles del 1968*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1989, p. 40, “*ci si trova infatti nell'ambito dell'autonomia contrattuale delle parti, per cui l'uso, di cui sia dimostrata l'esistenza, dovrà essere applicato una volta stabilita la non contrarietà dell'uso stesso alla volontà espressa dai contraenti e alle disposizioni imperative della legge applicabile*”. Sia consentito dissentire sull'ultima parte dell'affermazione relativa alla contrarietà a norme imperative della legge applicabile in relazione alla proroga. Se è vero che la forma è interamente regolata dall'art. 23, una norma interna, per quanto imperativa, sarebbe inefficace anche nei confronti dell'uso.

²³⁷Ma non è vero il contrario: la mancanza di contestazioni non è idonea a provare né l'esistenza dell'uso né il fatto che tale uso sia “*conosciuto e ampiamente rispettato*” dagli operatori del settore commerciale considerato.

²³⁸A dir la verità la Corte prende in considerazione tale elemento senza mai definirne le caratteristiche in modo sistematico, limitandosi a verificare che le ipotesi sottoposte alla sua attenzione rientrino o meno in tale ambito, v. CORTE DI GIUSTIZIA, C-106/95, *MSG*, cit. al punto 22 e CORTE DI GIUSTIZIA, C-159/97, *Trasporti Castelletti*, cit. al punto 24. Sul punto è critica anche QUEIROLO, *Gli accordi sulla competenza*, cit., p. 174 e ss.

²³⁹Questo si deduce anche dal punto 25 delle motivazioni della sentenza CORTE DI GIUSTIZIA, C-159/97, *Trasporti Castelletti*, cit. ove la Corte afferma che l'esistenza dell'uso deve essere verificata con riferimento al settore commerciale in cui i contraenti “*esercitano la loro attività*”. Lo afferma esplicitamente l'Avv. Gen. Léger al punto 102 delle sue conclusioni alla causa C-159/97, *Trasporti Castelletti*, cit.: “*la presa in considerazione degli usi introdotta nel 1978 può manifestamente riguardare solo i contratti stipulati da operatori professionali del commercio internazionale. [...] solo gli «operatori del commercio internazionale» sono destinati a fruire di tale attenuazione delle forme delle clausole attributive di competenza*”. In questo senso anche MARI, *Il sistema della competenza*, cit., p. 659 e ss.

La “*forma ammessa da un uso*” può avere il contenuto più vario, come si è visto al paragrafo precedente. Grava sulla parte che ne affermi l’esistenza l’onere²⁴⁰ di provare la sussistenza di un uso e il suo contenuto.²⁴¹

Rimane da chiarire cosa si intenda per “uso del commercio internazionale”.²⁴² La distinzione tra la natura “normativa” o “negoziale”²⁴³ di tali usi,

²⁴⁰In modo conforme, CORTE DI CASSAZIONE, 22 gennaio 2002, n. 718, *Lohmann & Stolterfoht GmbH contro S.E.C. Società Esercizio Cantieri Spa*, in *Giur. it.*, 2002, p. 2278; CORTE DI CASSAZIONE, 29 gennaio 2002, n. 1150, *La Redoute Catalogue SA contro "Arpege" snc in liquidazione*, in *Giur. it.*, 2002, p. 2279; CORTE DI CASSAZIONE, 20887/2006, *Saneco*, cit.; CORTE DI CASSAZIONE, 2 aprile 2007, n. 8095, *Lloyd's Syndicate contro Shifco e Panafin Spa*, in *DeJure*. Nella sentenza del 748/1999, *Castelletti*, cit., la Corte esclude che la presentazione di polizze di carico di un solo vettore possa provare l’esistenza dell’uso e la sua regolare e generale osservanza. Applicando tale principio il TRIBUNALE DI NAPOLI, 31 ottobre 2001, *Trans Express*, cit., ritiene invece soddisfatta la prova dell’esistenza dell’uso dalla presentazione di molti moduli e formulari emessi da vettori residenti in svariati paesi europei e extraeuropei. Sempre da tale circostanza il Tribunale inferisce la regolare e generale osservanza da parte degli operatori del commercio nel settore considerato: si noti la coincidenza della prova in punto di esistenza dell’uso e regolare osservanza da parte degli operatori, v. *infra*.

²⁴¹V. DELI, *Gli usi del commercio internazionale*, cit., p. 38; ss. e SILVESTRI, *Brevi note in tema di proroga di competenza e forum contractus nel passaggio dalla convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968 al Regolamento 44/2001*, in *Foro it.*, 2006, vol. 1, n. 7/8, p. 2189, nota a Cass. SU, 15 febbraio 2005, n. 2983. Tale onere della prova non deve essere preso alla leggera: la difficoltà di provare l’esistenza di un uso potrebbe tradursi in un onere formale ben più stringente della “semplice” e sicura forma scritta e determinare in ultima analisi l’inefficacia della proroga; se ne era già accorto POCAR, *Linee di tendenza della Convenzione di Bruxelles*, cit., p. 775. Per LUPOI, *Conflitti transnazionali di giurisdizioni*, I, cit., p. 602 e ss., la modifica dell’art. 23 non comporta che “*l’onere probatorio per chi voglia valersi di una clausola di proroga sia diventato più leggero: semplicemente, gli elementi da provare sono parzialmente cambiati. Dalla dimostrazione del consenso, nel commercio internazionale, si è passati alla prova degli usi, da valutare con rigore*”.

Non si rinvergono limitazioni esplicite al contenuto che tale uso potrebbe rivestire. Per quanto riguarda limitazioni implicite potrebbe darsi il caso di usi che siano talmente informali e quindi automatici che non consentano nemmeno di presumere l’esistenza di un’adesione nella controparte o che non permettano alcuna obiezione. Un esempio più concreto lo si legge in MARI, *Il sistema della competenza*, cit., p. 658, ed è rappresentato da quegli usi che “*sanzionino con la decadenza la mancata reazione all’iniziativa altrui*”. Un tale uso potrebbe essere non idoneo a garantire un minimo di accordo o quanto meno la possibilità di opporsi validamente.

È lecito chiedersi se l’uso debba prevedere solo una forma, un metodo di conclusione del patto di proroga, o possa dire qualcosa anche in merito al contenuto della proroga stessa. La norma comunitaria infatti consente di definire solo l’elemento formale attraverso il rinvio all’uso, non anche il contenuto della proroga che deve essere determinato dalle parti o dalla parte predisponente. In caso esista un uso relativo al contenuto, le parti potrebbero, nella loro piena autonomia, rinviare a tale uso anche per la determinazione del contenuto. In tal caso, riteniamo, l’uso acquisterebbe rilevanza solo in ragione del rinvio negoziale.

²⁴²Secondo KOHLER, *Rigueur et souplesse*, cit., p. 626 se si ammette che l’uso influisca sull’effettività del consenso si deve procedere ad un’interpretazione autonoma.

²⁴³Dove l’uso negoziale è frutto di una costante ripetizione, mentre l’uso normativo è supportato anche dalla *opinio iuris* (cioè la convinzione di obbedire a un precetto normativo). Anche se CONTALDI, *Le clausole di proroga della giurisdizione contenute in polizze di carico e il nuovo testo dell’art. 17 della convenzione di Bruxelles del 27 Settembre del*

non pare rilevare nel presente caso poiché da un lato è il Regolamento stesso ad operare un rinvio espresso all'uso come elemento integrativo e a darvi quindi rilevanza,²⁴⁴ dall'altro la Corte opta per una nozione autonoma di uso dettando gli elementi necessari alla sua sussistenza.²⁴⁵

Due importanti pronunce della Corte di Giustizia forniscono importanti elementi per definire l'uso. Si è chiarito in primo luogo che l'art. 23 non ammette nessun uso specifico²⁴⁶ e che anche la nozione di "uso" deve essere interpretata in modo autonomo, senza operare rinvii alla *lex fori* o alla *lex*

1968, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1998, p. 91 propende per la seconda scelta, la Corte, lo vedremo, non lascia dubbi circa la natura negoziale dell'uso, richiedendo per la sua esistenza solo la generale e regolare osservanza, v. anche DELI, *Gli usi del commercio internazionale*, cit., p. 39 e ss. La Corte di Cassazione, parlando di "*notoria prassi invalsa [...] che ha determinato la formazione di un uso normativo*" nella sentenza 731/2005, *Carbon*, cit., punto 2.5, sembra imboccare la strada sbagliata.

²⁴⁴Cfr. KOHLER, *Rigueur et souplesse*, cit. Per CONTALDI, *Le clausole di proroga della giurisdizione*, cit., p. 88 e ss., l'uso non potrebbe riguardare la materia processuale e perciò si riferirebbe solo all'aspetto strettamente negoziale della forma di dimostrazione del consenso. Tale affermazione, di per sé condivisibile, in realtà non è necessaria poiché è la norma comunitaria che attribuisce rilevanza all'uso e l'effetto processuale, che certamente presuppone l'accordo, è conseguenza della norma stessa. Quindi è pacifico che l'uso rilevi nella valutazione sostanziale dell'accordo o meglio come elemento di determinazione della forma ammessa dall'art. 23, ma è altrettanto pacifico che la sua esistenza comporti il verificarsi o meno dell'effetto processuale: è l'anima ibrida sostanziale/processuale della proroga che fa acquisire rilevanza processuale ad un uso (di contenuto materiale). Poiché la proroga produce effetti fintanto che è validamente conclusa, ed è validamente conclusa fintanto che viene rispettata la forma, per proprietà transitiva l'uso acquisisce rilevanza processuale.

²⁴⁵Tema costante nell'analisi della presente norma è la stretta connessione tra accordo e forma. Se la forma consente di manifestare validamente il proprio consenso in ordine a qualunque elemento sostanziale di un rapporto, se ne può affermare l'idoneità anche al fine di dimostrare l'esistenza di un accordo in merito alla proroga. Appare invece dubbioso KOHLER, *Rigueur et souplesse*, cit., p. 623 e ss., rilevando come si sia portati a questa affermazione a causa della apparente assenza di usi specifici sulla proroga di competenza ma si finisca poi per svuotare l'elemento del consenso effettivo. Ha ragione sul secondo punto ma l'esito è conseguenza non dell'interpretazione ma della *ratio* della norma. Il punto merita un approfondimento. La clausola è autonoma rispetto al contratto, lo vedremo nel corso ulteriore della nostra analisi. Questo implica che si possa dare il caso in cui il contratto sia valido e la proroga no, e viceversa. Ma la circostanza dell'autonomia della clausola dal contratto implica solo che la disciplina e le sorti della proroga di competenza non devono necessariamente seguire quelle del rapporto sul quale incide, e viceversa. Non significa invece che l'accordo che sta alla base della proroga non possa essere concluso in una forma astrattamente idonea per la conclusione di altri elementi sostanziali, a meno che la sua disciplina particolare non lo impedisca. Non si tratta di tautologia ma della interpretazione dell'art. 23 alla luce del sistema della proroga e della sua *ratio*.

²⁴⁶Come precisa l'Avv. Gen. Lenz nelle sue conclusioni alla causa C-288/92, *Custom Made*, cit., l'art. 23 non ammette nessun uso specifico: il contenuto dell'uso deve essere provato. Che poi un consolidato orientamento giurisprudenziale possa sostituire l'onere di provare un certo uso, questo dipende dalle norme interne e dal rilievo che nell'ordinamento è dato ai precedenti giurisprudenziali, ma non ha alcuna relazione con l'art. 23 stesso.

causae.²⁴⁷ Il riferimento al commercio internazionale consente alla Corte di escludere che la rilevanza dell'uso debba essere legata ad un particolare ordinamento,²⁴⁸ o che la validità, anche sotto forma di normativa, in uno Stato o in un gruppo di Stati sia idoneo a dimostrare l'esistenza dell'uso.²⁴⁹ Il riferimento al "ramo commerciale" induce, invece, a indagare l'esistenza dell'uso relativamente ad operazioni omogenee che si svolgono in un settore definito del mondo del commercio, non richiedendosi che l'uso sia generalizzato né quanto ad estensione territoriale, né per quanto riguarda i settori produttivi.²⁵⁰ Ma quand'è che si ha un uso? Secondo la Corte "esiste un uso nel ramo commerciale considerato quando, segnatamente, un determinato comportamento è generalmente e regolarmente osservato dagli operatori in tale ramo in sede di stipula di contratti di un determinato tipo".²⁵¹

Quest'uso deve essere "conosciuto" dalle parti o anche solo "conoscibile". La norma parla di uso che le parti "avrebbero dovuto conoscere" che, come abbiamo già accennato, fa ritenere che ci si riferisca solo a soggetti qualificati nell'ambito del commercio internazionale, cioè gli operatori professionali e abituali che ivi si muovono e agiscono. Qualora l'uso sia effettivamente conosciuto dalle parti, è vero che il consenso viene presunto, ma si può considerare che ciascun soggetto possa tutelarsi ponendo in essere comportamenti incompatibili con l'adesione a tale uso. I problemi maggiori, e li vedremo, sorgono nel caso in cui si abbia non solo la presunzione del consenso ma anche della conoscenza dell'uso. Per la Corte, nella prima delle due importanti sentenze relative alla lett. c dell'art. 23, la conoscenza effettiva o presunta deve considerarsi provata quando i soggetti avevano già operato nel dato ramo commerciale²⁵² o "se in tale ramo l'uso è abbastanza noto per il fatto di essere generalmente e regolarmente osservato in sede di stipula di un certo tipo di contratti, da poter essere considerato come una prassi consolidata". Data

²⁴⁷Lo esplicitano i due Avvocati Generali nelle cause C-106/95, *MSG*, cit. e C-159/97, *Trasporti Castelletti*, cit., seguiti implicitamente dalla Corte nelle sue decisioni.

²⁴⁸CORTE DI GIUSTIZIA, C-106/95, *MSG*, cit. al punto 23: "*l'esistenza di un uso non deve essere determinata con riferimento alla legge di uno degli Stati contraenti*". Conforme CORTE DI CASSAZIONE, 8095/2007, *Lloyd*, cit., punto 9.3.

²⁴⁹E nemmeno la pubblicazione da parte di organi di categoria o la presenza in formulari e moduli tipici del settore. Tutti questi elementi possono essere validi indizi ma non soddisfano da soli l'onere della prova. Allo stesso modo la contestazione in sede giudiziaria della pratica non vale, da sola, a degradare un uso regolarmente e generalmente osservato al rango di mera abitudine, cfr. CORTE DI GIUSTIZIA, C-159/97, *Trasporti Castelletti*, cit. punti 27 e ss.

²⁵⁰CORTE DI GIUSTIZIA, C-106/95, *MSG*, cit. al punto 23. Conforme la nostra CORTE DI CASSAZIONE, 8095/2007, *Lloyd*, cit., punto 9.2.

²⁵¹CORTE DI GIUSTIZIA, C-106/95, *MSG*, cit. al punto 23: è un uso negoziale. V. anche CORTE DI GIUSTIZIA, C-159/97, *Trasporti Castelletti*, cit. al punto 27. In senso conforme anche MARI, *Il sistema della competenza*, cit., p. 661: "*occorre una prassi negoziale continuativa e generalizzata nel pertinente settore del commercio, alla quale il negozio controverso si sia puntualmente conformato*".

²⁵²Cioè "*allacciato rapporti commerciali tra di loro o con altre parti operanti nel settore considerato*", CORTE DI GIUSTIZIA, C-106/95, *MSG*, cit. al punto 24.

la definizione di uso che si è vista poco sopra, è evidente che l'esistenza di una pratica generalmente e regolarmente osservata stabilisce nello stesso istante sia l'esistenza che la conoscibilità dell'uso, rendendo quanto meno poco rilevante che le parti lo conoscano effettivamente.²⁵³ Anche la circostanza che le parti avessero già "allacciato rapporti commerciali tra di loro o con altre parti operanti nel settore considerato"²⁵⁴ non dice in realtà nulla in merito alla conoscenza effettiva dell'uso e finisce anch'essa per consentire la presunzione sia della conoscenza dell'uso che, conseguentemente, del consenso della parte a detto uso. Quanto alla forza di tale presunzione, deve preferirsi la natura di presunzione relativa e non assoluta, ché altrimenti il consenso sarebbe davvero sacrificato sull'altare del commercio e del contraente più forte.

Dal noto report sull'applicazione del Regolamento Bruxelles I, c.d. "*Heidelberg Report*",²⁵⁵ è risultato che permane una forte incertezza tra gli operatori giuridici e commerciali circa l'esatta interpretazione della norma in esame. In particolare sono state sottolineate difficoltà nella delimitazione del "ramo del commercio" e nella definizione degli elementi che consentono la presunzione di conoscibilità.²⁵⁶ Questo nonostante la Corte abbia già chiarito il proprio percorso interpretativo: evidentemente saranno necessari ulteriori interventi di specificazione degli elementi dell'art. 23 lett. c, sebbene la recente revisione del Regolamento non abbia toccato il profilo formale della norma.²⁵⁷

²⁵³V. anche MARI, *Il sistema della competenza*, cit., p. 662 e ss. La diversa soluzione proposta dall'Avvocato Generale Léger nella causa Castelletti, CORTE DI GIUSTIZIA, C-159/97, *Trasporti Castelletti*, cit. ai punti 144 e ss., e letta anche dalla giurisprudenza italiana, CORTE DI CASSAZIONE, 8095/2007, *Lloyd*, cit. al punto 11.5, nella sentenza C-106/95, *MSG*, cit., cioè di accostare la conoscibilità alla nozione di "media diligenza soggettiva", non era priva di meriti ma non pare essere stata accolta dalla Corte che opta per un criterio alquanto slegato dai soggetti in questione.

²⁵⁴Ivi al punto 24.

²⁵⁵HESS, PFEIFFER e SCHLOSSER, *Report*, cit., p. 158 e ss. Lo studio prevedeva l'invio di questionari riguardanti molti aspetti del Regolamento agli operatori del diritto e del commercio di tutti i paesi che lo applicano. I risultati sono stati poi aggregati e commentati dai tre autori del Rapporto.

²⁵⁶Per la prassi giurisprudenziale franco-tedesca, v. NEWTON, *The Uniform Interpretation*, cit., pp. 263-272.

²⁵⁷Sono stati segnalati problemi anche rispetto all'ambito territoriale dell'uso, se debba essere "operante" nella "sede" di entrambe le parti (ed uguale) o se sia sufficiente che lo sia nel territorio di una sola e l'altra ne sia a conoscenza o debba esserne a conoscenza. Tale rilievo solleva un'altra tematica: in caso esistano due usi quale prevale? La risposta al quesito potrebbe essere nel senso dell'inaammissibilità di due pratiche "regolarmente e generalmente osservate". In realtà la limitazione territoriale degli usi potrebbe generare tali situazioni. Coglie nel segno chi opta per l'applicazione dell'uso che le parti conoscono o dovrebbero conoscere, pur avendosi in questo caso un ulteriore onere di prova riguardante la scelta tra i due usi. Delicato è infine il rilievo circa il rischio alla quale la parte predisponente si sottopone ove si affidi alla forma ammessa dall'uso, dato l'onere di provare l'esistenza e il contenuto dell'uso stesso.

2.8 DAL CONSENSO EFFETTIVO AL CONSENSO PRESUNTO

Il tema affrontato nel presente paragrafo non è certamente nuovo, tuttavia non è possibile trattare della proroga di competenza nell'ambito del Regolamento 44/2001 senza farvi un rapido cenno.

Fin dalla redazione della Convenzione di Bruxelles del 1968 e dalle prime sentenze²⁵⁸ della Corte sull'allora art. 17, la *ratio* sottostante alla norma è stata individuata in due principi generali: da un lato il riconoscimento dell'autonomia delle parti, dall'altro la necessità di verificare la presenza di un accordo effettivo. Tali principi non sono antitetici, ma pongono conseguenze contrastanti: se l'autonomia privata spinge per l'assenza di limitazioni fino al potere di "commettere errori",²⁵⁹ la tutela del consenso effettivo di tutte le parti richiede degli accorgimenti. Nell'economia della norma comunitaria, tali "accorgimenti" sono rappresentati principalmente dai requisiti formali. Sin da subito si è quindi svelata la connessione profonda tra forma e consenso, dove la forma rappresenta il modo di tutelare la volizione di tutte le parti in causa. L'unico accordo idoneo a concludere una valida proroga di competenza è dunque quello determinato dall'incontro del consenso effettivo di tutte le parti del negozio, cristallizzato in una delle due forme che oggi si leggono alla lett. a dell'art. 23. Autonomia privata e consenso effettivo, appunto, non sono principi opposti e il secondo è funzionale al primo: è difficile pensare al potere di un soggetto di decidere della propria sfera giuridica se non viene data adeguata tutela alla sua volizione. Allo stesso tempo le istanze in campo appaiono discordi: tutela contro assenza di limiti. Occorre trovare un punto di equilibrio tra le due esigenze, equilibrio che può variare a seconda dei casi.

Il punto di partenza è senza dubbio l'esistenza di un consenso effettivo, da accertarsi realmente, manifestato in maniera chiara e precisa²⁶⁰ in forma scritta o in forma verbale confermata per iscritto. Si realizza in massimo grado la tutela del consenso e quindi del contraente debole, alle spese della rapidità e informalità della contrattazione. Non solo, l'autonomia privata viene costretta entro dei canali formali, pur essendo libera nella determinazione del contenuto della proroga.²⁶¹ L'equilibrio è dunque spostato in modo marcato verso la tutela del consenso. Con l'evoluzione della norma e la sedimentazione giurisprudenziale, accade che il secondo termine del quadro, la libertà dai vincoli, spinto dalle ragioni del commercio, poco a poco reclama il suo spazio nel senso di un allentamento da quei vincoli. È innegabile che il commercio rappresenti un motore di evoluzione del diritto, lo è sempre stato

²⁵⁸Le ben note CORTE DI GIUSTIZIA, C-24/76, *Estasis Salotti*, cit. e CORTE DI GIUSTIZIA, C-25/76, *Segoura*, cit.

²⁵⁹Cfr. al paragrafo 2.7.1.

²⁶⁰CORTE DI GIUSTIZIA, C-24/76, *Estasis Salotti*, cit., punto 7.

²⁶¹Tale libertà non va sottovalutata.

nella storia dell'uomo. Allo stesso tempo è capace di esprimere forti pressioni sul legislatore, e il risultato è noto. Ma è la Corte stessa la prima istituzione a rendersi conto della necessità di guardare con un'ottica differenziata ai traffici commerciali: pur nel momento in cui interpretava in modo rigido anche il secondo requisito formale, accordo verbale con conferma scritta, frustrando così le aspettative di quanti vi leggevano un'apertura al commercio,²⁶² la Corte ammetteva che in caso di rapporti commerciali correnti si potesse operare una deroga alla rigidità dell'accertamento del consenso effettivo.²⁶³ Il tema è quindi già delineato nel 1976: tutela del consenso effettivo e forma rigida da un lato, prassi dei traffici commerciali e libertà dall'altro. Quanto avviene dopo è solo la storia di un principio che viene a poco a poco eroso dalle ragioni del commercio.

La situazione a un primo sguardo è oggi profondamente mutata rispetto al 1968. Le modifiche operate all'articolo 23 hanno introdotto due tipi di forma "*per relationem*". Nel caso della forma ammessa dalle pratiche delle parti, va osservato che il consenso è tutelato dall'elemento della buona fede che è il faro guida di questo elemento formale. La ripetizione costante nel tempo, l'essersi uniformato ripetutamente a determinate condizioni, sono garanzia sufficiente del consenso delle parti e il corrispondente affidamento della controparte chiude la partita non legittimando una opposizione di mala fede a delle condizioni che ormai possono definirsi "pacifiche". Si può affermare che nel requisito ex art. 23, lett. b, non si ha una vera presunzione del consenso che è oggettivamente sussistente, seppur mediato dal principio di buona fede. L'elemento di vera novità è rappresentato dagli usi del commercio internazionale²⁶⁴ che operano una doppia rivoluzione nei confronti dell'elemento consensuale. Si consente al giudice di presumere come esistente il consenso delle parti (o meglio della parte "svantaggiata") qualora questa agisca come operatore del commercio internazionale ed esista un uso che preveda la conclusione dell'accordo nella forma al quale il negozio si è conformato. Quindi abbiamo il primo passaggio dalla necessità di verificare un consenso effettivo alla possibilità di presumerlo²⁶⁵ se si dimostra l'esistenza dell'uso. Presunzione relativa, beninteso, ma pur sempre un'inversione dell'onere della prova che può addossare alla parte "svantaggiata" una *diabolica probatio*. Il fulcro quindi dovrebbe essere rappresentato dalla prova dell'uso²⁶⁶ e della sua conoscenza da parte dei soggetti in causa. In realtà la portata della nuova norma si spinge sino a reputare conosciuto quell'uso che sia generalmente e rego-

²⁶²Tra tutti l'Avv. Gen. Capotorti nelle conclusioni della causa C-24/76, *Estasis Salotti*, cit.

²⁶³Si tratta dell'*obiter dictum* in CORTE DI GIUSTIZIA, C-25/76, *Segoura*, cit.

²⁶⁴Sentenze CORTE DI GIUSTIZIA, C-106/95, *MSG*, cit., CORTE DI GIUSTIZIA, C-159/97, *Trasporti Castelletti*, cit. e CORTE DI GIUSTIZIA, C-387/98, *Coreck Maritime*, cit. V. anche CORTE DI CASSAZIONE, 20887/2006, *Saneco*, cit.

²⁶⁵CORTE DI GIUSTIZIA, C-159/97, *Trasporti Castelletti*, cit., al punto 20.

²⁶⁶A suo tempo abbiamo già notato come tale onere non sia irrilevante.

larmente osservato dalla maggioranza degli operatori professionali del ramo commerciale omogeneo a quello in cui operano le parti.²⁶⁷ Quindi si ha una doppia presunzione, del consenso alla proroga e della conoscenza dell'uso, che si verifica contemporaneamente. Senza voler esprimere giudizi di valore sulla modifica effettuata, ci si può limitare ad osservare come non residui molto spazio per la verifica di un consenso effettivo e quindi per la tutela del contraente c.d. "debole".²⁶⁸ In realtà due fattori operano come parziale contrappeso a questa forte apertura. Il primo è dato dall'uso che è creato dal comportamento regolare della generalità degli operatori, ed è quindi ad un tempo evidente e "ragionevole" nel senso che nasce dall'incontro delle diverse esigenze degli operatori contrapposti.²⁶⁹ Il secondo elemento è dato da una limitazione soggettiva: solo nei confronti di coloro che rivestono la qualifica di operatori del commercio internazionale, e che agiscono in tale veste, è legittimata l'attenuazione della forma e quindi del consenso. Per i soggetti privati le uniche forme disponibili rimangono quelle elencate alla lett. a, le quali presuppongono la verifica del consenso effettivo. A maggior garanzia inoltre sono previste le tre categorie protette, assicurazioni, consumatori e lavoratori, nelle quali la proroga anteriore alla controversia è ulteriormente limitata. Concluderei quindi affermando che, se è innegabile il passaggio da un consenso effettivo ad uno doppiamente presunto, tale spostamento è limitato sia oggettivamente che soggettivamente al commercio internazionale, campo che richiedeva a gran voce una tale "evoluzione". Sia ben chiaro peraltro che non si ha la vittoria del commercio internazionale sui privati, bensì la distinzione tra le due categorie e le relative discipline applicabili.

Un'altra deroga al principio del consenso effettivo si potrebbe rinvenire nel caso degli enti c.d. "collettivi". In particolare la Corte ha avuto modo di esaminare il fenomeno degli statuti societari.²⁷⁰ In generale si ha un problema tutte le volte che un soggetto, parte di una "finzione giuridica",

²⁶⁷CORTE DI GIUSTIZIA, C-106/95, *MSG*, cit., punto 24. In senso conforme anche la giurisprudenza italiana, CORTE DI CASSAZIONE, 8095/2007, *Lloyd*, cit. Come sottolineato a tempo debito, l'accertamento dell'uso e della sua conoscibilità sono coincidenti perché la Corte li ha specificati con gli stessi termini: regolare e generale osservanza da parte degli operatori del ramo del commercio considerato, si v. 2.7.4. In dottrina si v. ancora LUPOI, *Conflitti transnazionali di giurisdizioni*, I, cit., p. 602 e ss., RIGHETTI, *La deroga alla giurisdizione*, cit., p. 273 e ss.

²⁶⁸Questo nonostante la giurisprudenza comunitaria e nazionale si ostini a dichiarare la necessità di accertare un consenso effettivo proprio per tutelare la parte "debole". V. CORTE DI GIUSTIZIA, C-106/95, *MSG*, cit., CORTE DI GIUSTIZIA, C-116/02, *Gasser*, cit., CORTE DI CASSAZIONE, 20887/2006, *Saneco*, cit. e CORTE DI CASSAZIONE, 8095/2007, *Lloyd*, cit.

²⁶⁹È questo il motivo che induce a criticare l'ampia validità riconosciuta alle clausole di proroga di competenza contenute nelle polizze di carico. Una tale impostazione sembra tutelare esclusivamente la soddisfazione dei soli vettori, cioè di una sola delle categorie di soggetti in gioco. Non a caso le Hamburg Rules, v. *supra*, prevedono un diverso bilanciamento degli interessi.

²⁷⁰CORTE DI GIUSTIZIA, C-214/89, *Powell Duffryn*, cit.

può essere vincolato nonostante l'assenza o la contrarietà della sua volizione. Trattasi però, come abbiamo evidenziato,²⁷¹ di un'ipotesi alquanto peculiare. È innegabile che nel caso in esame il consenso del singolo possa mancare o addirittura essere contrario.²⁷² Tuttavia la Corte ha concluso²⁷³ che tutti i soci sono vincolati dalla clausola di proroga inserita nello statuto societario tramite emendamento, subordinandone la validità alla conoscibilità dello statuto. In realtà tale conoscibilità è in *re ipsa* poiché la pubblicità dello statuto è elemento essenziale in tutti gli ordinamenti europei, quindi può essere considerata automatica. La deroga al consenso del singolo potrebbe portare a concludere che si è in presenza di un ulteriore passaggio dal consenso effettivo al consenso presunto, ma questa prospettiva di analisi, centrata sul singolo socio, non pare corretta. La proroga non è il risultato di un accordo contrattuale tra i soci, non discende dal consenso di ogni singolo socio secondo un principio "ognuno vincola sé stesso". È l'espressione dell'assemblea, organo deputato ad esprimere la volontà sociale, una volontà per definizione comune a tutti.²⁷⁴ Non a caso il mezzo disponibile per tutelare le minoranze, ossia l'impugnazione della delibera, è idoneo a tutelare il singolo solo nel caso in cui questa volontà sociale sia stata formata in modo "errato", e non nel caso di mero disaccordo. L'elemento consensuale da verificare non è quello del singolo, che isolato non ha potere nei confronti della società. Del resto la fonte di modificazione dello statuto societario è la volontà dell'assemblea, la volontà sociale, non la volontà del singolo. E l'elemento che produce la forza vincolante nei confronti del singolo è lo statuto, cioè le regole societarie che i soci hanno concordato o comunque alle quali hanno deciso di sottoporsi. Ci pare che, senza operare forzature, possiamo fare riferimento ai principi che governano la volontà sociale, che certo è diversa da quella privata e contrattuale²⁷⁵ per concludere che, nonostante il singolo possa non apportare il suo contributo alla formazione della maggioranza, non si è in presenza di

²⁷¹ *Supra* al par.2.6.

²⁷² Per GAUDEMET-TALLON, cit., p. 537, "*la Cour de justice s'écarte dans l'arrêt Powell de ce qui fût sa préoccupation première, à savoir assurer de la réalité du consentement de chaque partie à une clause attributive de juridiction*". Concorda sul punto anche SILVESTRI, *Clausola di attribuzione giurisdizionale*, cit., p. 122, "*La pronuncia, rispetto all'orientamento interpretativo seguito dalle prime sentenze comunitarie, attua un sensibile spostamento del principio di effettività del consenso verso una mera presunzione dello stesso*".

²⁷³ CORTE DI GIUSTIZIA, C-214/89, *Powell Duffryn*, cit., osservando oltretutto che la forma scritta ex art. 23 è generalmente soddisfatta in quanto, punto 26, "*negli ordinamenti giuridici di tutti gli Stati contraenti, lo statuto di una società è munito di forma scritta*".

²⁷⁴ Ivi, punto 19, "*divenendo e rimanendo azionista di una società, l'azionista accetta di vincolarsi all'insieme delle disposizioni contenute nello statuto della società e alle decisioni adottate dagli organi della società in conformità alle disposizioni del diritto nazionale applicabile e dello statuto, anche se alcune delle suddette disposizioni o decisioni non trovano il suo consenso*".

²⁷⁵ Questo nonostante che la Corte abbia assimilato il vincolo societario ad un vincolo contrattuale.

una deroga al principio del consenso effettivo, poiché non è al consenso del singolo che si deve guardare in questo caso.

2.8.1 IL CONTROLLO DI RAGIONEVOLEZZA AD OPERA DEL GIUDICE

L'art. 23 di per sé non contiene nessuna indicazione positiva in merito, ma nemmeno un'espressa esclusione di una verifica da parte del giudice sulla ragionevolezza del foro scelto. Demandando interamente la funzione di tutela dei contraenti al requisito della determinatezza della controversia, all'effettività dell'accordo e alla soddisfazione dei requisiti formali, parrebbe, però, non fare riferimento alle caratteristiche contenutistiche dell'elezione del foro. Tale impostazione sembra confermata dalla Corte di giustizia che a più riprese ha specificato che il foro eletto non necessita di alcun collegamento con la controversia, esprimendo un potere di scelta incondizionata delle parti, ove esercitato nel rispetto dei requisiti europei.²⁷⁶ È quindi chiaro che nella lettura della Corte del Lussemburgo non residua alcuno spazio di controllo del foro da parte del giudice relativamente alla ragionevolezza del foro rispetto alle caratteristiche del rapporto controverso. Un qualche controllo è stato reclamato da alcuni autori in occasione della sentenza *Powell Duffryn*,²⁷⁷ sottolineando che la clausola di proroga di competenza prevista in quella causa era giusta in quanto eleggeva competente per tutte le controversie il "forum societatis", ossia il foro naturale della società nella maggior parte degli ordinamenti europei,²⁷⁸ ma l'impostazione non ha incontrato il favore della Corte.²⁷⁹ Il ragionamento appena svolto si giustifica specialmente alla luce dei primi due requisiti formali, già particolarmente rigidi, nel senso che in caso di accordo sulla giurisdizione concluso per iscritto o oralmente con conferma scritta il controllo sulla clausola viene esaurito dal rispetto delle

²⁷⁶V. CORTE DI GIUSTIZIA, C-159/97, *Trasporti Castelletti*, cit., punti 49 e 50; CORTE DI GIUSTIZIA, 17 gennaio 1980, causa C-56/79, *Siegfried Zelger contro Sebastiano Salinitri*, in *Racc. giur. CE*, 1980, punto 4; CORTE DI GIUSTIZIA, C-106/95, *MSG*, cit., punto 34; CORTE DI GIUSTIZIA, C-269/95, *Benincasa*, cit., punto 28.

²⁷⁷CORTE DI GIUSTIZIA, C-214/89, *Powell Duffryn*, cit.

²⁷⁸È proprio l'Avv. Gen. Tesauro in Ivi, punto 12, a sostenerlo, non seguito però dalla Corte.

²⁷⁹Una tale nozione di "foro naturale" in realtà non ha davvero spazio nel Regolamento, né è necessario alcun collegamento tra causa e foro ai fini della proroga. Questa affermazione, che condivido, è frutto del peso che l'autonomia privata ha nell'ambito del sistema comunitario e della proroga in particolare. Dal quattordicesimo *considerando* del Regolamento 44/2001: "Fatti salvi i criteri di competenza esclusiva previsti dal presente Regolamento, deve essere rispettata l'autonomia delle parti relativamente alla scelta del foro competente per i contratti non rientranti nella categoria dei contratti di assicurazione, di consumo e di lavoro in cui tale autonomia è limitata."

forme previste.²⁸⁰ L'analisi degli altri due "contenitori di forme"²⁸¹ potrebbe portare ad esiti differenti. Quanto alla forma ammessa dalle pratiche che la parti hanno stabilito fra loro, data l'importanza dei principi di affidamento e di buona fede nel operare di questo meccanismo di conclusione, ci pare opportuno che sia consentito al giudice di verificare che, nel concreto, il contenuto dell'accordo concluso con forma 'allentata' non sia difforme da quanto era stato pattuito precedentemente dalle parti, ossia che grazie all'alleggerimento del profilo formale una parte non si sia avvantaggiata sull'altra con elementi di sorpresa. Per quanto riguarda invece la forma ammessa dagli usi del commercio, dato che l'uso può assumere una rilevanza contenutistica²⁸² oltre che formale, vale, *mutatis mutandis*, quanto detto poco sopra: poiché l'elemento esterno è richiamato proprio dalla norma europea, il giudice può essere chiamato a effettuare una verifica all'interno dell'ambito della norma.²⁸³ Tale controllo poi, più che di "ragionevolezza" è una verifica della "conformità" della scelta del foro all'uso del commercio, un parametro che non si vuole discrezionale bensì obiettivo,²⁸⁴ che funge da limite per l'attività del giudice e da garanzia per i timori di quanti non intendono concedere spazio alla discrezionalità nel sistema Bruxelles I.²⁸⁵

²⁸⁰Per CARBONE, *La disciplina comunitaria della proroga*, cit., p. 37, invece, il controllo di buona fede potrebbe esplicarsi anche in questo caso, per indagare se il foro "sia giustificabile in virtù della ratio del rapporto contrattuale voluta dalle parti". Sul punto non mi sento di seguirlo.

²⁸¹Ci si riferisce ancora una volta alla forma ammessa dalle pratiche che le parti hanno stabilito fra loro e alla forma prevista da un uso del commercio internazionale, corrispondenti alle lett. b e c dell'art. 23.

²⁸²Cfr. anche CARBONE, *La disciplina comunitaria della proroga*, cit., p. 29: "È evidente che, se i contenuti di una specifica clausola di proroga non coincidono con quelli degli usi commerciali, anche la forma al riguardo impiegata nella pratica non potrà essere utilmente invocata".

²⁸³Cfr. anche CORTE DI GIUSTIZIA, C-159/97, *Trasporti Castelletti*, cit., punto 49: "l'elezione del foro competente può essere valutata solo alla luce di considerazioni che siano collegate ai requisiti previsti dall'art. 17" anche se poi si afferma che "l'art. 17 della Convenzione prescinde da un qualsiasi legame oggettivo tra il rapporto giuridico controverso e il giudice designato" e "si deve escludere un ulteriore controllo della fondatezza della clausola nonché dell'obiettivo perseguito dalla parte che l'ha inserita e non può essere accordata rilevanza, riguardo alla validità della detta clausola, a norme sostanziali di responsabilità in vigore dinanzi al foro prescelto".

²⁸⁴Questo per rispondere anche ai dubbi opportunamente sollevati da LOPEZ DE GONZALO, *Le clausole di deroga*, cit., p. 596 e ss.

²⁸⁵Il pregio di consentire un controllo di conformità della clausola di proroga nei casi in cui il consenso sia presunto risiede anche in un'equa distribuzione dell'onere della prova. Cfr. anche CONTALDI, *Le clausole di proroga della giurisdizione*, cit., p. 94 e ss. Grava su chi eccepisca l'esistenza della proroga provare l'esistenza dell'uso (che sia uso tra le parti o del commercio non è rilevante). Ove la parte riuscisse a dimostrare l'esistenza di un siffatto uso e quindi della proroga, sarebbe onere dell'altra, che qui ipotizziamo anche essere la parte debole, di provare la difformità di contenuto della proroga rispetto al foro indicato nell'uso e quindi di neutralizzare l'elezione del foro. In questo modo si addosserebbe alla parte resistente, e non a chi già debba provare l'esistenza della proroga, l'onere di provare questo ulteriore elemento e allo stesso tempo si consentirebbe di placare parzialmente le

Una nota finale. Fintantoché l'integrazione tra i diversi ordinamenti europei rimaneva imperfetta e le differenze legislative rilevanti, era forse opportuno che una scelta come quella di derogare a fori più favorevoli fosse garantita oltre le categorie 'protette' e dunque si ipotizzasse un controllo, di natura anche discrezionale, ad opera del giudice.²⁸⁶ Forse oggi una tale necessità si avverte con minor forza poiché le discipline sostanziali europee sono sempre più vicine, specialmente laddove regolamenti e direttive europee dettano norme o obbiettivi uniformi, mentre un moderno principio di *mutual trust* dovrebbe indurre a ritenere equivalente un qualsiasi foro all'interno dell'Unione Europea.

2.9 EFFETTI NEI CONFRONTI DEI TERZI

Come un comune contratto, l'accordo sulla giurisdizione produce di norma effetti giuridici solo nei confronti delle parti. L'eventuale operatività del patto anche nei confronti di soggetti terzi solleva, dunque, varie problematiche complesse. In generale vale la regola contrattuale per la quale i regolamenti privati valgono solo tra le parti che hanno contribuito con la loro volizione alla formazione del negozio giuridico. Quindi il punto di partenza è la generale inopponibilità ai terzi della proroga di competenza.

Vi possono essere casi, invece, nei quali il terzo ha un qualche legame speciale con il rapporto che è oggetto dell'accordo sulla giurisdizione, tanto che si giustifica un'estensione della sua efficacia anche nei suoi confronti. Ad esempio, il contratto potrebbe essere stato concluso da due soggetti a vantaggio (anche) di altri soggetti. L'accordo contenuto nel contratto a beneficio del terzo può essere visto come un ulteriore diritto della parte beneficiata, poiché va a suo vantaggio, sia come un legittimo onere, poiché chi acquista solo diritti non può opporsi a qualche onere. Un altro caso frequente nella prassi è quello della cessione del contratto o di alcuni diritti.

La Corte di Giustizia ha affrontato il rapporto dei terzi con l'accordo sulla giurisdizione a più riprese. La questione della validità di una clausola sul foro nei confronti del terzo beneficiario è stato oggetto di una causa relativa a un contratto di assicurazione.²⁸⁷ Nonostante che il quesito sollevato dalla

legittime critiche in merito alla presunzione del consenso conferendo alla parte resistente il potere di dimostrare che la proroga non corrisponde a buona fede.

²⁸⁶Cfr. anche KOHLER, *Rigueur et souplesse*, cit., p. 626 e ss., che non limita un tale controllo alla tutela delle parti "faibles" ma lo estende anche ai "professionnels".

²⁸⁷CORTE DI GIUSTIZIA, C-201/82, *Gerling*, cit. L'EAM (Ente Autotrasporti Merci) ente italiano abilitato a rilasciare il "carnet TIR" per il trasporto internazionale di merci su strada, membro dell'*International Road Transport Union*, veniva soppresso e sostituito dal Ministero del Tesoro. L'amministrazione doganale italiana, creditrice di alcune somme dovute per pene pecuniarie, tasse, diritti e accessori, citava il Tesoro dinanzi al Tribunale di Roma per la riscossione di tali crediti. Il Tesoro a sua volta citava in garanzia un pool di banche rappresentato dalla banca tedesca *Gerling Konzern Speziale Kreditversicherungs-AG* sulla base di un contratto di assicurazione, stipulato dall'IRU a nome e interesse

Corte di Cassazione italiana riguardasse specificamente il rispetto della forma scritta nei confronti del terzo beneficiario, la risposta della Corte di Giustizia si è concentrata più sulla sostanza che sulla forma, cioè sull'efficacia *pro* terzo beneficiario della clausola di proroga di competenza.²⁸⁸ Nel concludere positivamente che il terzo beneficiario può valersi di detta clausola, la Corte ha anche affermato un principio rilevante, per quanto scontato: i requisiti previsti dall'art. 23 non devono essere valutati rispetto al terzo, ma devono

proprio e a beneficio di tutti gli enti affiliati tra i quali l'EAM, contenente una clausola di proroga del foro dell'ente nazionale affiliato. La clausola così recitava: “*en cas de différend entre le Pool et l'une des organisations nationales, ces dernières auront le droit de réclamer une procédure devant le Tribunal compétent du pays où elles ont leur siège pour l'application du droit de ce pays*”, cfr. le conclusioni dell'Avv. Gen. Mancini, punto 2, C-201/82, *Gerling*, cit., p. 2519. La *Gerling*, contestando la competenza del tribunale italiano, adiva la Cassazione ex art. 41 c.p.c., la quale riteneva di dover provocare l'intervento della Corte di Giustizia per interpretare se il requisito di forma scritta della proroga di competenza ex art. 17 fosse soddisfatto anche in relazione agli affiliati.

²⁸⁸Tanto da far affermare ad ANCEL, *La clause attributive de juridiction*, cit., p. 291e ss. che “*la prorogation se prête, comme un obligation, au mécanisme de la stipulation pour autrui*” e anche che “*la prorogation de for n'a pas la caractère strictement personnel [...] A l'instar d'une obligation ordinaire, elle est considéré comme un bien, elle est cessible, voire négociable*”. La proroga di competenza è un elemento del negozio giuridico, atto ad essere valutato in termini economici e a fungere da compensazione per altri elementi contrattuali. Come un qualsiasi elemento del contratto si presta ad essere trasferito ad altri.

La motivazione della decisione segue le conclusioni dell'Avvocato Generale Mancini. Il primo motivo a supporto portato dall'Avvocato Generale riguarda la *ratio* protettiva dei requisiti formali, che non è presente nei confronti dei terzi i quali ricevono solo vantaggi e non gli oneri. Sottolinea inoltre l'Avv. Gen. al punto 4, C-201/82, *Gerling*, cit., p. 2519: “*non c'è ordinamento giuridico che imponga, tanto meno in forma scritta, un simile atto [di adesione] se non per evitare la revoca della stipulazione*”. Inoltre l'Avvocato Generale rileva che l'art. 17, riferendosi in senso tecnico alle “*parti*”, fornisce anche argomenti letterali, poiché “*parti*” sono solo “*stipulante*” e “*promittente*” e non anche colui che per definizione è “*terzo*” rispetto al rapporto. È poi la stessa disciplina speciale in campo assicurativo che prevede anche per i soggetti non contraenti l'assicurazione, la possibilità di sfruttare i fori prorogati senza necessità di alcuna adesione. Infine, argomento suggerito dalla Commissione, la buona fede impone all'assicuratore di onorare l'impegno che, in qualità di parte, si è assunto sia nei confronti del contraente dell'assicurazione che rispetto al beneficiario e all'assicurato. Per Mancini è più il principio “*pacta sunt servanda*”, *Ibidem*, punto 6 delle conclusioni. Possiamo quindi affermare che, alla luce di questa interpretazione, il soggetto terzo beneficiario di un contratto può avvalersi della clausola di proroga contenuta nel contratto concluso a suo favore. Nel caso deciso dalla Corte, la natura assicurativa del contratto faceva sì che il foro prorogato fosse solo uno tra quelli disponibili per il beneficiario. Ove il contratto a favore del terzo non rientri in una categoria protetta, riteniamo che il terzo beneficiario abbia l'onere di proporre la propria azione nel foro prorogato, se questo avesse natura esclusiva. In campo assicurativo la Corte ha escluso, però, l'opponibilità della clausola nei confronti del terzo. CORTE DI GIUSTIZIA, 12 maggio 2005, causa C-112/03, *Société financière et industrielle du Peloux c. Axa Belgium e altri*, in *Racc. Giur. CE*, 2005, p. I-3727. Per MARI, *Il sistema della competenza*, cit., p. 678 e ss., la soluzione migliore sarebbe demandare la risoluzione della questione alla legge applicabile al rapporto.

essere soddisfatti tra le parti originarie.²⁸⁹

Un altro caso nel quale è stato posto un problema vagamente affine è il caso degli statuti societari, affrontato dalla Corte di Giustizia nel caso *Powell Duffryn* che abbiamo già commentato.²⁹⁰ La Corte ha stabilito, correttamente, che la clausola inserita nello statuto societario vincola non solo i soci che hanno votato in modo favorevole alla delibera di modifica dello statuto, ma anche i soci assenti, i soci dissenzienti e i soci futuri. Per le prime due categorie di soci, assenti e dissenzienti, non si pone un vero problema di efficacia nei confronti dei terzi, poiché tali soci non sono terzi ma parti del contratto di società²⁹¹ e sono sottoposti alla disciplina sociale relativa alla formazione della volontà comune. I soci futuri sono, invece, effettivamente terzi rispetto alla delibera, ma sono vincolati per effetto delle regole societarie che fanno dello statuto il regolamento comune a tutti i soci, presenti e futuri. Crediamo che non sia, in questi casi, necessario verificare il rispetto della forma ex art. 23 relativamente all'acquisto delle azioni, poiché è nella natura delle società che tutti i soci siano vincolati allo statuto ed è quindi onere dell'acquirente di prendere visione delle regole alle quali decide volontariamente di sottoporsi.²⁹²

È, invece, il caso di subentro o cessione nel contratto che ha sollevato i problemi maggiori. La soluzione decisa dalla Corte nella sentenza *Tilly Russ*²⁹³ e confermata anche in seguito²⁹⁴ non è molto soddisfacente sul piano dell'uniformità del diritto processuale europeo: spetta al diritto nazionale applicabile stabilire se il soggetto subentri in tutti i diritti e obblighi del cedente, nel qual caso anche la proroga di competenza è vincolante.²⁹⁵ Nella

²⁸⁹CORTE DI GIUSTIZIA, C-201/82, *Gerling*, cit., al punto 20. Questa considerazione, unita alla necessità che la parte manifesti un consenso chiaro e preciso sulla presenza di terzi beneficiari, rappresentano la protezione offerta al soggetto che si obbliga alla prestazione a favore del terzo. Inoltre rende palese che nessuna verifica in ordine ai requisiti ex art. 23 deve essere esperita relativamente al soggetto terzo. Nonostante che si trattasse di un caso di proroga di un foro protetto in materia di assicurazioni, non sorgono particolari problemi ad estendere l'interpretazione della Corte anche alla proroga ordinaria ex art. 23. Cfr. anche MARI, *Il sistema della competenza*, cit., p. 678 e ss. e QUEIROLO, *Gli accordi sulla competenza*, cit., p. 313. Questo non solo sulla base della *eadem ratio* tra questi due tipi di proroghe, delle quali quella in campo assicurativo è solo una *species* del *genus* ex art. 23. Ma anche perché nella fattispecie la proroga era stipulata a vantaggio del soggetto contraente l'assicurazione e quindi a vantaggio anche del terzo beneficiario, situazione che può verificarsi similmente in molti contratti anche estranei al campo assicurativo.

²⁹⁰CORTE DI GIUSTIZIA, C-214/89, *Powell Duffryn*, cit. V. *supra* il paragrafo 2.6.

²⁹¹Nonostante le diverse impostazioni "normativiste" o "contrattualiste" relative alla natura delle società.

²⁹²*Ad abundantiam* si potrebbe anche parlare di subentro del socio futuro nella posizione del socio dal quale acquista le azioni, e del quale eredita diritti e obblighi.

²⁹³CORTE DI GIUSTIZIA, C-71/83, *Tilly Russ*, cit.

²⁹⁴CORTE DI GIUSTIZIA, C-159/97, *Trasporti Castelletti*, cit. e CORTE DI GIUSTIZIA, C-387/98, *Coreck Maritime*, cit.

²⁹⁵CORTE DI GIUSTIZIA, C-71/83, *Tilly Russ*, cit., cioè "la proroga è vincolante se il terzo prenditore subentra nei diritti e negli obblighi del caricatore secondo il diritto nazionale

fattispecie decisa in *Tilly Russ* la controversia riguardava in particolare l'opponibilità al terzo portatore di una polizza di carico contenente la proroga di competenza, ma la soluzione è estensibile al di là del trasporto marittimo a tutti i casi di cessione e subentro nel contratto.²⁹⁶ Una volta stabilito che è

applicabile". È illuminante al proposito l'espressione adottata dall'Avv. Gen. Sir Gordon Slyn, Ivi: "*If the holder does not stand in the shoes of the original shipper under the applicable national law, then a new agreement has to be found between the holder and the carrier*". Con diritto nazionale si intende la *lex causae* ossia la legge applicabile al rapporto sulla base della scelta operata dalla parti e dalle norme risultanti dall'applicazione della legge di diritto internazionale privato e processuale del foro adito, v. anche QUEIROLO, *Gli accordi sulla competenza*, cit., p. 314 e ss. Per la posizione francese (fino al 2002) si v. NEWTON, *The Uniform Interpretation*, cit., pp. 209-225.

²⁹⁶Cfr. l'efficace analisi condotta da PENASA, *Cessione del credito e accordo di proroga della giurisdizione: la giurisprudenza Tilly Russ al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Int'l Lis*, 2007, p. 76 in nota alla sentenza CORTE DI CASSAZIONE, 10312/2006, *Bank of Tokyo*, cit. In un argomentare non particolarmente ampio, la Corte di Cassazione faceva mostra di applicare i principi enunciati dalla Corte di Giustizia in *Tilly Russ* e CORTE DI GIUSTIZIA, 27 gennaio 2000, causa C-8/98, *Dansommer A/S contro Andreas Götz*, in *Racc. giur. CE*, 2000, p. 393, nella quale la Corte aveva avuto modo di affermare che "[l]a regola di competenza esclusiva prevista in materia di contratti d'affitto di immobili dall'art. 16, punto 1, lett. a), della Convenzione [...], è applicabile ad un'azione di risarcimento danni per cattiva manutenzione dei locali e per danni causati ad un alloggio preso in locazione da un privato per trascorrervi qualche settimana di vacanza, anche qualora essa non sia intentata direttamente dal proprietario dell'immobile, ma da un operatore turistico professionale presso il quale l'interessato aveva preso in locazione l'alloggio e che agisce in giudizio a seguito di surroga nei diritti del proprietario dell'immobile". La Cassazione afferma quindi l'applicabilità della proroga anche nei confronti dei cessionari nei rapporti con il debitore ceduto, poiché "il soggetto obbligato e ceduto, non può trovarsi rispetto al cessionario, che al momento del sorgere dell'obbligazione era terzo e quindi estraneo alla pattuita proroga di competenza giurisdizionale, in una posizione diversa rispetto a quella che aveva nei confronti del cedente, anche in relazione alla proroga di competenza, la quale ha quindi efficacia anche nei confronti del terzo cessionario, proprio perché questi subentra nella stessa posizione del suo dante causa". CORTE DI CASSAZIONE, 10312/2006, *Bank of Tokyo*, cit., punto 7.3. Questo veniva affermato senza affrontare il vero nodo del principio *Tilly Russ*, e cioè se il cessionario fosse davvero subentrato nei diritti del cedente. Penasa nell'affrontare questa decisione della Corte italiana, offre preliminarmente un'attenta ricostruzione della decisione europea in *Tilly Russ* relativamente all'efficacia della proroga di competenza contenuta in un contratto nei rapporti tra ceduto e cessionario. L'A. rileva come il primo passo da affrontare è quello di ricostruire l'esatta portata della regola interpretativa enunciata nella sentenza europea. MARI, *Il sistema della competenza*, cit., p. 666 e ss. aveva già sottolineato le due possibili interpretazioni del principio *Tilly Russ*. Da un lato si può sostenere che "spetta alla legge regolatrice del rapporto trasferito, e sottoposto a proroga, stabilire se e a quali condizioni il terzo sia vincolato alla clausola". L'altro orientamento "rimette invece alla legge applicabile il regolamento della sola fattispecie del trasferimento della posizione giuridica sostanziale, al verificarsi del quale si ricollega poi automaticamente il trasferimento degli effetti della clausola di proroga". Entrambe le citazioni sono di MARI, *Il sistema della competenza*, cit., p. 672 e 73 che pare preferire la seconda opzione. La problematica è simile a quella vista relativamente agli usi del commercio internazionale, se questi debbano prevedere la forma specifica per la proroga o solo una generica forma di conclusione degli accordi commerciali. Per Penasa la seconda impostazione è quella più convincente, perciò la regola europea in materia deve essere interpretata nel senso che "la Corte avrebbe ritenuto questione di diritto convenzionale quella

necessario guardare al diritto nazionale applicabile per regolare la situazione

*relativa all'opponibilità al terzo prenditore della clausola di proroga, rinviando al 'diritto nazionale applicabile' soltanto in ordine alla questione del trasferimento, dal caricatore al prenditore, della posizione giuridica derivante dalla polizza di carico". PENASA, Cessione del credito, cit., p. 75 e 76. Per l'A. la soluzione si giustifica alla luce di diversi fattori, tra i quali la circostanza che la Corte di Giustizia spenda un certo impegno motivatorio senza limitarsi a rinviare al "diritto nazionale applicabile"; la non attinenza della questione ove relativa alla legge applicabile, poiché la Corte di Giustizia ha sempre rifiutato di prendere posizione in merito a tali questioni; la sostanziale preferenza per soluzioni di tipo autonomo, quale quella qui riportata; la maggior certezza e prevedibilità della regola e del foro così ricavati. Pur concordando con la lettura di Penasa, devo registrare come anche la ricostruzione proposta finisca in realtà per rimanere all'arbitrio dei vari diritti nazionali, ragion per cui sia consentito dubitare della reale "autonomia" di tale soluzione, cosa del resto segnalata dall'autore stesso, in nota. Alla luce di una tale ricostruzione è quindi possibile valutare la decisione della Corte di Cassazione, rilevando però che le Sezioni Unite "non hanno né individuato la legge applicabile alla cessione del credito, né verificato se la cessione si sia effettivamente realizzata". Ivi, p. 76. Se il rilievo si limitasse a constatare uno iato tra le posizioni della corte europea e della corte italiana, non vi sarebbe motivo di dedicarvi attenzione. Ma l'A. utilizza l'esperienza italiana per mettere in luce come il principio ricavabile da *Tilly Russ* non sia applicabile integralmente. Infatti, di fronte ad una tale interpretazione, il giudice adito si trova di fronte a due alternative. In un caso potrebbe "verificare se [al terzo] è stata concretamente trasferita la posizione giuridica oggetto dell'accordo", ma questo vorrebbe dire che il giudice "per risolvere la quaestio iurisdictionis dovrebbe conoscere (almeno una parte di ciò che costituisce) il merito della causa". Entrambe le citazioni: *Ibidem*. Una tale eventualità è stata a più riprese censurata dalla Corte che ha insistito sulla necessaria rapidità della valutazione del giudice circa la propria competenza. Alternativamente si potrebbe considerare il caso delle c.d. "circostanze doppiamente rilevanti" Ivi, p. 77. nelle quali una stessa questione rileva sia ai fini della competenza che del merito. In questi casi al giudice è consentito di verificare la propria competenza o "sulla scorta di fatti concludenti e pertinenti, e dunque con un impegno motivatorio meno intenso di quello richiesto per decidere il merito; o invece [di] basarsi sulle mere affermazioni dell'attore". *Ibidem*. Ma anche questa soluzione è scartata dall'Autore poiché, contravvenendo a quella esigenza che le posizioni di cedente e cessionario siano eguagliate in tutto, una tale impostazione "è idonea a portare ad affermare l'opponibilità della clausola di proroga anche in quei casi in cui la posizione del prenditore non è affatto eguale a quella del caricatore [...] per cui ammettere l'opponibilità della clausola di proroga anche in un simile caso non sarebbe in alcun modo giustificato, almeno stando al ragionamento della Corte di giustizia".*Ibidem*. La regola desumibile da *Tilly Russ*, dunque, pone l'interprete davanti ad un "vicolo cieco".*Ibidem*. Per questo motivo non è criticabile la soluzione adottata dalla Corte di Cassazione che non poteva fare utilizzo di un principio "monco". La sentenza italiana mostra però il fianco dal punto di vista della motivazione, poiché non argomenta in modo soddisfacente il percorso argomentativo che la conduce a sancire l'opponibilità della proroga di competenza pattuita nei rapporti tra la ceduta e la cedente anche nei confronti delle banche cessionarie.*

La ricostruzione di Penasa appare ineccepibile ed estremamente efficace per quanto riguarda la ricostruzione della regola enunciata in *Tilly Russ* e la critica alla decisione della Corte di Cassazione. Segue poi una ricostruzione di quella che potrebbe essere la "diversa regola" implicita e sottostante alla decisione della Corte di Cassazione, supportata anche alla luce di alcune sentenze europee. Questa seconda parte dell'argomentare mi pare per certi versi meno convincente. Per l'A. il principio enunciato dalla corte italiana sarebbe che "in ipotesi di successione nel rapporto controverso, un accordo sulla giurisdizione riguardante le controversie su tale rapporto, validamente stipulato tra gli originari (asseriti) titolari, è opponibile anche al terzo, in ordine ai giudizi che abbiano ad oggetto la

dei terzi, resta da analizzare in capo a quali parti debba essere valutata la soddisfazione dei requisiti comunitari per la proroga di competenza, se alle parti originarie o alle parti subentrate.²⁹⁷ Sia i requisiti di applicazione²⁹⁸

questione dell'esistenza o inesistenza del rapporto in parola in capo a detto terzo, quale avente causa dell'originario (asserito) titolare". PENASA, Cessione del credito, cit., p. 77. L'autore convince circa la bontà del principio enunciato, specialmente dal punto di vista del riconoscimento di una maggiore autonomia della clausola di proroga rispetto al contratto, slegando l'opponibilità della stessa dalla effettiva cessione del contratto principale e legandola invece alla formulazione della domanda da parte dell'attore. Penasa respinge anche la possibile critica che in tal modo si esponga la proroga all'arbitrio della parte attrice, poiché in caso di errata formulazione della questione tale parte si esporrebbe ad un duplice rischio: alla soccombenza nel merito o alla formazione di un giudicato "inutile" poiché riguardante fatti e diritti diversi dal reale rapporto controverso. Ibidem. Una tale inutilità si avrebbe ad esempio nel caso di un'azione di accertamento negativo basata su una falsa premessa. Il debitore-attore si garantirebbe sì un giudicato nei confronti del cessionario (o asserito tale), ma un tale giudicato sarebbe inefficace poiché basato su una ricostruzione dei rapporti non rispondente alla realtà. Il cessionario avrebbe buon gioco a proporre quindi una nuova azione avente ad oggetto il reale rapporto intercorrente tra le parti. Nel caso in cui invece l'attore-debitore agisca in accertamento negativo in un foro incompetente, formulando la domanda in modo da evitare la clausola di proroga, l'A. sottolinea anche che questi si garantirebbe solo un vantaggio di "breve o medio termine". Però il pregiudizio per il convenuto-cessionario o creditore potrebbe essere assai rilevante, tale da costringerlo a proporre domanda riconvenzionale nel foro incompetente per evitare l'attesa della definizione della questione relativa alla competenza giurisdizionale, accettando così il foro scelto dal debitore. Cfr. a proposito anche la sentenza CORTE DI GIUSTIZIA, C-116/02, Gasser, cit., analizzata al paragrafo 2.12 a pagina 105.

Alla base di tale conclusione l'A. porta anche le decisioni della Corte di Giustizia in CORTE DI GIUSTIZIA, C-201/82, Gerling, cit., CORTE DI GIUSTIZIA, C-214/89, Powell Duffryn, cit. e CORTE DI GIUSTIZIA, C-8/98, Dansommer, cit. Ma se il principio enunciato da Penasa appare una buona soluzione *de iure condendo*, non pare però essere il principio accolto dalla Corte, che rimane quello enunciato in *Tilly Russ*. Tale principio è stato confermato anche nelle sentenze successive. CORTE DI GIUSTIZIA, C-159/97, *Trasporti Castelletti*, cit. e CORTE DI GIUSTIZIA, C-387/98, *Coreck Maritime*, cit. Dato che però l'A. ha avuto buon gioco nel mostrare i difetti della regola enunciata dalla Corte di Giustizia in *Tilly Russ*, occorre che la questione venga riproposta in sede interpretativa per un'ulteriore definizione, auspicando che la Corte effettui un'analisi tanto profonda quanto quella illustrata da Penasa.

²⁹⁷Dato che le parti possono mutare nel corso del rapporto un numero di volte, ad ogni passaggio si porrà il problema della successione secondo il diritto nazionale applicabile. Questo significa che quanto segue ha senso solo nel caso in cui il diritto nazionale preveda una siffatta successione.

²⁹⁸Nella sentenza CORTE DI GIUSTIZIA, C-387/98, *Coreck Maritime*, cit., al punto 20, si sostiene che "la validità di una clausola attributiva di competenza alla luce dell'art. 17 della Convenzione va valutata sotto il profilo dei rapporti tra le parti iniziali del contratto iniziale". "Ne consegue che devono essere valutati i presupposti di applicazione dell'art. 17 della Convenzione facendo riferimento a dette parti" e "l'art. 17 [...] si applica soltanto qualora, da un lato, almeno una delle parti del contratto iniziale sia domiciliata all'interno di uno Stato contraente e qualora, dall'altro, le parti convengano di portare le loro controversie dinanzi ad un giudice o ad alcuni giudici di uno Stato contraente". *Contra* MARI, *Il sistema della competenza*, cit., p. 675 e ss. Il requisito dell'elezione del giudice europeo deve, qualora fosse individuato *per relationem* e destinato a mutare, sussistere anche al momento dell'azione.

che i requisiti relativi alla validità della clausola²⁹⁹ devono essere valutati rispetto alle parti del rapporto originario al momento della stipula del patto poiché il rispetto di dette condizioni sono i presupposti per la valida successione dei terzi nella posizione delle parti originarie.³⁰⁰ Se la clausola non era valida ex art. 23 tra le parti originarie, non può essere valida nemmeno tra le parti che sono succedute nella loro posizione, le quali non rinnovano il proprio consenso³⁰¹ alla clausola ma si limitano ad acquisire i diritti e gli obblighi spettanti al dante causa.³⁰²

Da ultimo la Corte di Giustizia ha affrontato la questione dell'opponibilità dell'accordo sulla giurisdizione contenuta in un contratto di vendita nei confronti del terzo sub-acquirente.³⁰³ La fattispecie all'esame dei giudici europei è caratterizzata da una serie di contratti di vendita che, passando per assemblatore e fornitore, portano dei compressori per impianti di climatizzazione dal produttore sino al appaltatore incaricato di lavori di ristrutturazione di un immobile a Courbevoie in Francia. Quando i compressori si rivelano difettosi, la compagnia assicuratrice dell'appaltatore, dopo aver corrisposto l'indennizzo, agisce in rivalsa contro la catena di vendita: fornitore, assemblatore e produttore. Il produttore, per quanto è qui d'interesse, si difende eccependo che il contratto stipulato con l'assemblatore contiene un accordo sulla giurisdizione in favore delle corti italiane che sarebbe opponibile anche all'appaltatore (ed *ergo* al suo assicuratore).

La Corte avvia il proprio percorso argomentativo ribadendo la centralità dell'elemento del consenso effettivo che deve essere verificato in capo a tutti i contraenti del patto sulla giurisdizione. Questo, unito al principio di normale relatività degli effetti di un contratto, inducono la Corte ad affermare l'ordinaria inopponibilità dell'accordo sulla giurisdizione nei confronti di terzi. A questo punto i giudici del Lussemburgo devono affrontare la precedente giurisprudenza che ammette l'efficacia della clausola anche nei confronti dei

²⁹⁹CORTE DI GIUSTIZIA, C-159/97, *Trasporti Castelletti*, cit., punti 40 e ss. e CORTE DI GIUSTIZIA, C-387/98, *Coreck Maritime*, cit., punti 16 e ss.

³⁰⁰Certo non sarà banale valutare il consenso effettivo e la conoscenza della clausola o dell'uso del commercio internazionale in capo a delle parti residenti in Stati extracomunitari, che si sono spogliate del contratto e che non hanno quindi nessun eventuale interesse nella causa. A questo pone un parziale rimedio la presunzione operata dalla "conoscibilità" degli usi del commercio internazionale. V. il paragrafo 2.7.4. È l'Avv. Gen. Léger a riportarlo, punti 141-3, nelle sue conclusioni alla causa C-159/97, *Trasporti Castelletti*, cit., seguito poi anche dalla Corte, al punto 43. Sulla necessità di valutare la conoscibilità in capo alle parti originarie è conforme anche la nostra giurisprudenza, v. CORTE DI CASSAZIONE, 8095/2007, *Lloyd*, cit.

³⁰¹Cfr. CORTE DI GIUSTIZIA, C-387/98, *Coreck Maritime*, cit., al punto 25.

³⁰²Annuncia sibillina la Corte, "senza che la loro nazionalità abbia rilevanza ai fini di questo esame", v. punto 42, CORTE DI GIUSTIZIA, C-159/97, *Trasporti Castelletti*, cit., Lo stesso vale in difetto di un requisito di applicazione dell'art. 23: se la disciplina europea non si applicava tra le parti originarie, non si vede perché si debba applicare alle parti succedute con una sorta di attrazione della clausola nell'ambito della disciplina europea.

³⁰³CORTE DI GIUSTIZIA, C-543/10, *Refcomp*, cit.

terzi. Il principio espresso in *Powell Duffryn* viene agevolmente superato, dato che già la pronuncia *Handte* ha qualificato i diritti dei sub-acquirenti nei confronti del produttore come non appartenenti alla materia contrattuale.³⁰⁴ Meno agevole è superare la consolidata giurisprudenza in materie di opponibilità della clausola al terzo prenditore di una polizza di carico. Qui la Corte opera un interessante *distinguishing*: la consolidata giurisprudenza *Tilly Russ, Castelletti e Coreck Maritime* riguarda, ed è limitata, al fenomeno delle polizze di carico, per il quale già la maggior parte degli Stati Membri prevederebbe la successione del terzo prenditore nella posizione del caricatore delle merci.³⁰⁵ Nel caso di una serie di contratti traslativi della proprietà, invece, non si rinverrebbe un'automatica successione del sub-acquirente nella posizione del dante causa: il profilo è "diversamente considerat[o] negli Stati membri".³⁰⁶ Ciò basta alla Corte per intervenire e dettare una regola autonoma e uniforme: "[o]ccorre pertanto rifarsi alla regola generale (...) secondo la quale la nozione di «clausola attributiva di competenza» dev'essere interpretata come una nozione autonoma e dare piena applicazione al principio dell'autonomia della volontà, sul quale si fonda l'articolo 23, paragrafo 1, del regolamento".³⁰⁷

Dopo aver dato prova di notevoli acrobazie ermeneutiche, l'atterraggio è tutto sommato agevole. Alla Corte di Giustizia non resta che concludere che "una clausola attributiva di competenza pattuita nel contratto stipulato tra il produttore di un bene e l'acquirente del medesimo non può essere opposta al terzo subacquirente che, in esito ad una successione di contratti traslativi di proprietà stipulati tra parti stabilite in diversi Stati membri, abbia acquistato tale bene ed intenda avviare un'azione di responsabilità contro il produttore".³⁰⁸

La decisione della Corte affronta un tema tutto sommato nuovo, ed è un interessante approfondimento del tema dell'opponibilità a terzi degli accordi sulla giurisdizione. Pur giungendo a un risultato in parte condivisibile, tuttavia, il percorso argomentativo seguito non pare esente da censure. Da un lato la richiamata (e travisata) giurisprudenza in materia di polizze di carico è sempre stata assai cauta nel non affermare a livello europeo l'opponibilità automatica di una clausola sulla giurisdizione nei confronti del terzo prenditore, ma di limitarla ai casi in cui il diritto nazionale preveda una successione nella

³⁰⁴Causa C-26/91, *Jakob Handte & Co. GmbH contro Traitements Mécano-chimiques des Surfaces SA*, in *Racc. giur. CE*, 1992, p. I-03967, para. 16: "nel caso dell'azione del subacquirente di una merce acquistata presso un venditore intermediario intentata avverso il produttore al fine di ottenere il risarcimento del danno derivante dalla non conformità della cosa, occorre rilevare che non esiste alcun vincolo contrattuale tra il subacquirente ed il produttore, in quanto quest'ultimo non ha mai assunto alcun obbligo di natura contrattuale nei confronti del subacquirente stesso".

³⁰⁵CORTE DI GIUSTIZIA, C-543/10, *Refcomp*, cit., para. 34-36.

³⁰⁶Ivi, para. 38.

³⁰⁷Ivi, para. 40.

³⁰⁸Ivi, para. 41.

posizione del caricatore. Dall'altro, la pretesa necessità di un'interpretazione autonoma basata sulla diversità di vedute in essere negli Stati Membri sulla questione, pare un'invasione, quanto ingiustificata, invasione di campo, in un'area che la sentenza *Coreck Maritime* aveva, invece, voluto riservare con sensibilità al diritto nazionale e al prudente apprezzamento del giudice di merito.³⁰⁹

2.10 IL PROBLEMA DELLE POLIZZE DI CARICO

Il terreno delle polizze di carico costituisce un territorio di evoluzione, prova e scontro privilegiato per una serie di norme del Regolamento. Nel nostro caso è di particolare interesse la clausola di proroga della competenza giurisdizionale contenuta in una polizza di carico. Data l'autonomia di una tale clausola rispetto al contorno negoziale nel quale si inserisce, non occorre ai presenti fini definire compiutamente cosa sia la polizza né quale sia la sua esatta natura.³¹⁰ Ai fini dell'art. 23 è sufficiente verificare che esista un accordo tra le parti, espresso in una delle forme prescritte. Se la polizza soddisfa la forma richiesta la proroga è valida, altrimenti è invalida. Altro tema che converrà accennare è quello dell'efficacia della proroga di competenza nei confronti dei terzi giratari (portatori) della polizza, la cui trattazione si rinvia alla fine del capitolo.

Conviene inquadrare³¹¹ in modo sintetico e generale il fenomeno della polizza di carico.³¹² Si tratta di un documento scritto, redatto in più copie originali ad "effetto unico",³¹³ solitamente firmato dal solo vettore e consegnate al caricatore che non lo firma.³¹⁴ La polizza, trattenuta dal caricatore, dà diritto alla consegna delle merci a colui che la presenti al vettore una volta giunti al porto di arrivo, ed è "negoziabile" cioè trasferibile tramite girata. Altra funzione spesso attribuita alla polizza è quella di rappresentare il contratto di trasporto.³¹⁵ Solitamente sul *retro* del documento sono presenti

³⁰⁹CORTE DI GIUSTIZIA, C-387/98, *Coreck Maritime*, cit., para. 24 e 26.

³¹⁰Lo conferma l'Avv. Gen. Gordon Slynne nelle sue conclusioni alla causa C-71/83, *Tilly Russ*, cit.: "*it is [...] not for this Court under the Convention to decide the broad question whether a bill of lading [...] constitute a contract of carriage or evidence in writing of an oral contract of carriage, or [...] it is a mere receipt for goods shipped or a document of title separate from the contract of carriage. That remains a question of national law. The sole question is whether the bill of lading is capable of constituting or providing a proof of an agreement as to jurisdiction*".

³¹¹DELI, *Gli usi del commercio internazionale*, cit., p. 47 e ss. e CONTALDI, *Le clausole di proroga della giurisdizione*, cit., p. 79 e ss.

³¹²*Connaissance, bill of lading, Konnossement, conocimiento de embarque*.

³¹³La redazione di più originali è tesa ad evitare la perdita del documento. L'utilizzo di uno degli originali per ottenere la consegna le merci priva di efficacia tutti gli altri.

³¹⁴Un altro originale è ritenuto dal vettore: nella prassi tale documento non reca quasi mai la firma del caricatore.

³¹⁵Talvolta potrebbe anche costituire il contratto vero e proprio, ma, come affermato in apertura, affrontare questo punto ci porterebbe lontano dall'oggetto dell'analisi.

una serie di condizioni generali, tra le quali spesso figura, in una parte a ciò dedicata,³¹⁶ anche una clausola di scelta del foro e della legge applicabile. La polizza è spesso un modulo prestampato predisposto da associazioni di categoria o dal vettore stesso per una generalità di contratti.³¹⁷ A parte i pochi “campi” personalizzabili,³¹⁸ le condizioni prestampate non vengono discusse³¹⁹ e la consegna del documento al caricatore avviene al momento dell'imbarco della merce cosicché ogni contestazione rischia di tradursi in un ritardo per la nave, del quale se ne potrebbe chiedere conto al caricatore,³²⁰ o al rifiuto dell'imbarco delle merci. Va da sé che ove si limiti a riprodurre fedelmente le condizioni del contratto di trasporto non si pone nessun problema autonomo per la polizza e l'attenzione si concentra sul contratto.³²¹ Il caso più interessante, qui in esame, riguarda la circostanza che la proroga figurì per la prima volta³²² tra le condizioni generali stampate sul retro della polizza o che la polizza stessa sostituisca, e quindi “costituisca”, il contratto di trasporto. In queste due ipotesi occorrerà valutare se e quando la clausola di proroga ivi contenuta possa avere un qualche valore. Non va nascosto che la polizza di carico nel trasporto marittimo da un lato, e la lettera di conferma dall'altro, sono stati importanti attori³²³ nell'evoluzione dell'art. 23 nel senso di richiedere maggior spazio e flessibilità per gli operatori del commercio internazionale. E non è un caso che le due sentenze³²⁴ più importanti della Corte abbiano avuto come oggetto proprio questi due istituti. Ma procediamo per gradi.

La prima sentenza concernente polizze di carico viene pronunciata dalla Corte nel 1984³²⁵ quando ancora l'emendamento inglese al testo del vecchio art. 17 non era entrato in vigore. Il caso vedeva contrapporsi davanti al giudice belga la società anonima Geominne Hout, domiciliata in Belgio, e la società Parteenreederei ms. Tilly Russ e il signor Ernst Russ proprietari della nave “Tilly Russ”, domiciliati in Germania. La causa verteva sul risarcimento³²⁶ chiesto dalla società belga per danni e “mancanze” relativi a un

³¹⁶Di solito nel capo “*Law and jurisdiction*” o “*Responsibility and jurisdiction*”.

³¹⁷Osserva CONTALDI, *Le clausole di proroga della giurisdizione*, cit., p. 80 e ss., che “*il problema concreto [...] è in definitiva originato dal fatto che si cerca di inserire, nell'ambito di una struttura eminentemente unilaterale, un momento prettamente consensuale come la conclusione dell'accordo di proroga*”.

³¹⁸Nome, destinazione, carico e via dicendo.

³¹⁹CONTALDI, *Le clausole di proroga della giurisdizione*, cit., p. 90.

³²⁰Ivi, p. 104. In pratica il caricatore non è nemmeno nella posizione di poter obiettare.

³²¹Che, come un qualsiasi contratto, sottostarà alle regole enunciate ai paragrafi precedenti.

³²²O, il che è sostanzialmente uguale, modificata rispetto al contratto originario.

³²³Cfr. DELI, *Gli usi del commercio internazionale*, cit., p. 47.

³²⁴CORTE DI GIUSTIZIA, C-106/95, *MSG*, cit. e CORTE DI GIUSTIZIA, C-159/97, *Trasporti Castelletti*, cit.

³²⁵CORTE DI GIUSTIZIA, C-71/83, *Tilly Russ*, cit. Si v. anche la nota critica di LOPEZ DE GONZALO, *Le clausole di deroga*, cit.

³²⁶Erano stati chiesti “solo” 304 USD, come dire che anche da piccole cause possono

carico di legname acquistato da una società americana e trasportato sulla "Tilly Russ" da Toronto ad Anversa. La parte resistente tedesca eccepiva il difetto di giurisdizione sulla base di una clausola di proroga di competenza contenuta nella polizza di carico, che individuava come competente il foro di Amburgo. L'eccezione, respinta in primo e in secondo grado, veniva riproposta dinnanzi alla Suprema Corte belga (*Hof van Cassatie*) la quale proponeva ricorso incidentale alla Corte di Giustizia. Il quesito principale verteva sulla possibilità di considerare la proroga contenuta nella polizza come conclusa per iscritto o confermata per iscritto ai sensi dell'art. 17 della Convenzione, anche "tenendo conto degli usi generalmente vigenti in materia".

Nonostante il riferimento operato dalla Corte belga agli "usi", non era possibile per la Corte di Giustizia prendere in considerazione tale ipotesi, non essendo ancora in vigore la modifica del 1978. La Corte risolveva la questione in linea con le precedenti sentenze³²⁷ stabilendo che la polizza soddisferebbe i requisiti ex art. 17 solo ove rappresentasse un accordo sulla proroga concluso per iscritto e con garanzie di effettiva adesione di entrambe le parti³²⁸ o la conferma scritta di un precedente accordo verbale espresso: entrambe ipotesi poco realistiche nel mondo dei traffici marittimi.³²⁹ L'unica apertura, sulla scia dell'*obiter dictum* in *Segoura*,³³⁰ viene ammessa in caso di rapporti commerciali correnti qualora si provi che tali rapporti sono disciplinati dalle condizioni generali dell'autore della conferma e che la conoscenza della clausola, ivi contenuta e sempre presente nei moduli prestampati, non sia quindi negabile secondo buona fede. In tal caso, sostengono i giudici europei, l'accordo verbale potrebbe anche mancare.³³¹ L'ipotesi non è irrilevante ma nemmeno comune e nessuno spazio viene ancora dato agli usi del commercio. Inoltre, l'esigenza di tutelare il consenso delle parti³³² è ancora avvertita come la *ratio* della disciplina dell'art. 17 e quindi la certezza e la realtà del consenso sono preferiti alla flessibilità dei traffici commerciali. È vero che la sentenza si mostra "rigida" nei confronti del commercio internazionale, ma è anche vero che, stretta nei limiti della norma in vigore, non vi erano molte altre possibilità, specialmente alla luce delle interpretazioni già date.³³³

Il secondo quesito della Corte belga riguardava invece l'efficacia della proroga nei confronti dei terzi portatori della polizza: la Corte afferma la

nascere grandi principi.

³²⁷CORTE DI GIUSTIZIA, C-24/76, *Estasis Salotti*, cit. e CORTE DI GIUSTIZIA, C-25/76, *Segoura*, cit.

³²⁸Quindi doppia sottoscrizione.

³²⁹LOPEZ DE GONZALO, *Le clause de deroga*, cit., p. 594 e ss.

³³⁰CORTE DI GIUSTIZIA, C-25/76, *Segoura*, cit., v. 2.7.3.

³³¹CORTE DI GIUSTIZIA, C-71/83, *Tilly Russ*, cit., al punto 18.

³³²Cioè evitare che una clausola di proroga passi inosservata.

³³³Per dirla con l'Avv. Gen. Gordon Slyn, riferito ai giudici della Corte di Giustizia: "They cannot extend the effect of those words", nelle conclusioni della causa C-71/83, *Tilly Russ*, cit. In proposito v. anche LOPEZ DE GONZALO, *Le clause de deroga*, cit., p. 598 e ss.

necessità di rinviare al diritto nazionale per accertare se il terzo subentri nei diritti e negli obblighi di una delle parti originarie, nel qual caso è vincolato anche dalla proroga.³³⁴ Viceversa ove non subentri, sarà necessaria una nuova adesione, un nuovo accordo, in pratica ipotesi poco verosimile.³³⁵

La seconda sentenza, a distanza di più di dieci anni, interviene su un quadro normativo profondamente mutato. La società italiana Trasporti Castelletti citava dinnanzi al Tribunale di Genova la società Hugo Trumpy Spa, ivi domiciliata, nella sua qualità di agente raccomandatario della nave e del vettore danese Lauritzen Reefers A/S. La Castelletti richiedeva il risarcimento dei danni provocati da alcune difficoltà e ritardi occorsi al momento dello scarico delle merci nel porto di Savona. La società Trumpy opponeva la proroga di competenza contenuta in una clausola redatta sul retro delle 22 polizze di carico che accompagnavano la merce destinata alla società Castelletti. Il Tribunale di Genova³³⁶ riconosceva la validità della proroga di competenza conclusa in una forma ammessa da un uso del commercio internazionale e dichiarava la sua incompetenza. La Corte d'Appello confermava la sentenza del Tribunale, modificandone però la motivazione sulla base della considerazione che la firma di girata presente sul *recto* fosse idonea³³⁷ a manifestare accettazione anche rispetto alla proroga contenuta sul

³³⁴CORTE DI GIUSTIZIA, C-71/83, *Tilly Russ*, cit., al punto 25: "l'acquisito della polizza non può attribuire al terzo portatore più diritti di quanti ne aveva il caricatore. Il terzo portatore diventa così titolare ad un tempo di tutti i diritti e di tutti gli obblighi derivanti dalla polizza di carico, compresi quelli relativi alla proroga di competenza".

³³⁵La Corte di Cassazione pare ormai costante nell'affermare che

"la clausola derogativa della giurisdizione del giudice italiano che le parti contraenti, nel concorso dei presupposti e dei requisiti fissati dal diritto comune o dal diritto speciale internazionale applicabile al rapporto, abbiano validamente inserito nel contratto e riportato nell'originale negoziabile della polizza di carico, è operante anche nei confronti dei successivi prenditori del titolo secondo la relativa legge di circolazione, senza che si renda, all'uopo, necessaria la ripetizione, ad ogni suo trasferimento, degli adempimenti formali (presupposti della sua validità) fra detti contraenti, in considerazione della stretta connessione fra esecuzione del trasporto e diritto alla consegna della merce che scaturisce dalla polizza in favore del portatore".

CORTE DI CASSAZIONE, 3568/2011, *Soc. fond. Sai*, cit. Nella stessa decisione si statuisce anche che

"Inoltre l'opponibilità della clausola di proroga della giurisdizione risultante dalla polizza di carico deriva anche dal principio della letteralità del titolo (S.U. n. 5945 del 21/11/1984), per cui una volta ritenuto che la clausola derogativa della giurisdizione del giudice italiano è stata concordata tra le parti e riportata nell'originale negoziabile della polizza di carico, essa è operante anche nei confronti dei successivi prenditori del titolo".

³³⁶Particolarmente flessibile nel riconoscere la validità delle clausole contenute nelle polizze di carico, cfr. TRIBUNALE DI GENOVA, 12 settembre 1988, *Sant'Unione Srl contro Siamar Srl*, in *Dir. mar.*, 1990, p. 113; TRIBUNALE DI GENOVA, 8 giugno 2000, *Saipem*, cit.; TRIBUNALE DI GENOVA, 10 luglio 2003, *Winterthur*, cit.

³³⁷V. nota 172.

retro. La causa giungeva infine alla Suprema Corte che interpellava la Corte di Giustizia sottoponendole ben 14 quesiti sull'interpretazione dell'art. 17. Molti degli aspetti analizzati dalla sentenza li abbiamo visti al paragrafo precedente, altri li vedremo in seguito. Il punto importante è mostrare come ancora una volta sia stata una controversia riguardante delle polizze di carico il *casus belli* e l'occasione per precisare rilevanti profili dell'art. 17 (e quindi anche dell'art. 23).

La disciplina delineata dalla Corte apre letteralmente le porte a quegli "usi vigenti in materia" ai quali timidamente aveva fatto riferimento la *Hof van Cassatie* nel 1983. Una volta che il giudice adito abbia verificato l'esistenza di un uso corrispondente al comportamento seguito dalle parti nel settore del trasporto marittimo di merci, "il gioco è fatto". Nel campo della proroga di competenza è quindi la prassi che diviene regolatrice dei rapporti tra gli operatori commerciali e garante del consenso o della consapevolezza delle parti. Come osserva *Ansel*, la modifica di San Sebastiano, se pure accentua il rigore dell'esigenza di forma definita dall'uso definendola in un ramo del commercio, consacra la natura "obbligatoria" di tale uso: "*Le commerce international ne pardone pas facilement les négligences*". Le parti, nel momento in cui si affacciano come professionisti nel ramo dei trasporti marittimi, devono sapere che esistono alcune prassi.³³⁸

L'ultima sentenza della Corte che affronta il problema della proroga contenuta in una polizza di carico è del 2000, nella causa che vedeva alcune società olandesi (*Handelsveem B.V.* e altri) titolari delle polizze, proprietarie e assicuratrici di una carico di arachidi proveniente dalla Cina contrapporsi alla società *Coreck Maritime GmbH* di Amburgo noleggiatrice della nave russa utilizzata per l'occasione. Le società olandesi citavano per danni³³⁹ la *Coreck* e il proprietario russo della nave a Rotterdam dinnanzi al *Rechtbank*, tribunale competente ex art. 5.1, ma la *Coreck* eccepiva, tra l'altro, la presenza di una proroga di competenza sul *retro* delle polizze. La corte di prima istanza respingeva l'eccezione per mancanza di chiarezza della clausola,³⁴⁰ e tale decisione veniva confermata in secondo grado dal *Gerechtshof* dell'Aja. Infine lo *Hoge Raad* chiedeva l'intervento interpretativo della Corte di Giustizia. Il rinvio pregiudiziale ha permesso alla Corte di affrontare alcuni punti interessanti.

³³⁸DELI, *Gli usi del commercio internazionale*, cit., p. 49: "è difficile immaginare che il caricatore, essendo di norma un abituale operatore economico del settore, non sia a conoscenza di questi usi e, in particolare, ignori l'esistenza di clausole attributive di competenza incluse tra le condizioni generali".

³³⁹Questa volta veniva chiesto un milione di USD.

³⁴⁰La polizza, modello standard predisposto dal BIMCO (organismo terzo), conteneva una clausola che determinava giudice e legge applicabile in base al paese di residenza del vettore (contrattuale) e una clausola di "identità del vettore" tesa a garantire l'applicabilità delle condizioni della polizza anche ad altro vettore che avesse "effettivamente" eseguito il trasporto.

In particolare la Corte ha chiarito che il giudice può essere determinato *per relationem*, ma che questo può influire sul requisito della “determinatezza” qualora non sia possibile per il giudice, e per eventuali terzi, accertare la competenza sulla base di elementi oggettivi. Naturalmente in caso di determinazione *per relationem*, la localizzazione concreta del giudice al di fuori della Comunità comporta l’inapplicabilità dell’art. 23 e quindi la reviviscenza del diritto applicabile al rapporto, comprese le norme di conflitto del foro adito. Inoltre, il caso ha permesso alla Corte di ribadire l’orientamento espresso in Tilly Russ³⁴¹ circa l’efficacia della proroga nei confronti dei terzi portatori.

Lo scenario che esce da questa evoluzione normativa e giurisprudenziale parte quindi da un quadro “non idoneo” a soddisfare le necessità degli operatori del commercio marittimo e giunge ad un sostanziale accoglimento delle loro posizioni. Con la sentenza Tilly Russ si consentiva qualche elasticità solo in presenza di rapporti correnti e omogenei. La prassi dei trasporti veniva sostanzialmente ignorata con la conseguenza che di fatto le proroghe contenute nelle polizze non avrebbero dovuto avere spazio all’interno della Comunità.³⁴² Ma la spinta del commercio ha fatto breccia sia nel testo convenzionale che nell’orientamento dei giudici comunitari, i quali, attraverso l’uso, hanno aperto le porte alla proroga “informale” contenuta nella polizza. La cosa che lascia perplessi non è tanto l’aver avallato una prassi esistente. La Corte non ha ammesso la proroga contenuta nella polizza, ma solo aperto la porta agli usi in generale: è onere dei giudici nazionali verificare che un certo uso esista e sia conoscibile per le parti.³⁴³ La perplessità si concentra sulla fattispecie particolare della polizza. Esiste effettivamente una necessità stringente di riconoscere la validità di una proroga ivi contenuta? Il vantaggio non è che per i vettori (o per i noleggiatori della nave, emittenti della polizza) che possono unilateralmente scegliere il foro competente. Il danno è tutto degli spedizionieri e dei ricevitori della merce. In pratica, data

³⁴¹CORTE DI GIUSTIZIA, C-71/83, *Tilly Russ*, cit.

³⁴²Almeno a livello di normativa uniforme, e nell’ottica della Corte europea.

³⁴³Ma sulla base della prova della parte, non dando per scontata l’esistenza dell’uso come invece fanno CORTE D’APPELLO DI NAPOLI, 20 maggio 2003, *Shamas Import-Export Srl contro Gastaldi E C. Spa*, in *Dir. mar.*, 2004, p. 1021 e TRIBUNALE DI GENOVA, 10 luglio 2003, *Winterthur*, cit., p. 1056. Correttamente invece TRIBUNALE DI GENOVA, 18 giugno 2003, *FMC Italia Spa contro Maersk Italia Spa*, in *Dir. mar.*, 2004, p. 541 e ss. La Suprema Corte in un primo momento censura un tale comportamento, CORTE DI CASSAZIONE, 10 marzo 1998, n. 2642, *Porcile spedizioni Spa contro Agenzia Marittima Siamar Srl*, in *DeJure* al punto 6.2: “nella sentenza impugnata non si precisano le ragioni, per le quali si ritiene positivamente esistente un uso del commercio internazionale che preveda la validità della clausola di deroga alla giurisdizione”. Invece con CORTE DI CASSAZIONE, 731/2005, *Carbon*, cit., sembra considerare chiusa la partita in relazione alla positiva esistenza di un tale uso. In CORTE DI CASSAZIONE, 748/1999, *Castelletti*, cit., si ritiene correttamente che la presentazione di 22 polizze tutte dello stesso vettore non costituisca prova dell’uso. Invece lo è il presentare polizze di molti vettori diversi: TRIBUNALE DI NAPOLI, 31 ottobre 2001, *Trans Express*, cit.

la natura fortemente unilaterale, si è scelto di privilegiare una categoria a scapito delle altre: più che le ragioni del commercio internazionale, quindi, si tutelano gli interessi dei trasportatori. Questo rispecchia un certo orientamento recente, laddove, ad esempio, nell'art. 5 numero 1 relativo al foro competente per le obbligazioni contrattuali, si è scelto di portare "certezza" nelle due fattispecie più diffuse: consegna di merci e prestazione di servizi. In entrambi i casi si sceglie di privilegiare un contraente, compratore o fruitore del servizio, a scapito dell'altro. Un tale privilegio è talvolta auspicabile, come nel caso dei consumatori, dei contratti di assicurazione o dei lavoratori, quando esista una *ratio* relativa alla natura del contratto o dei contraenti che giustifichi tale protezione. Invece nel caso dell'art. 5 punto 1, e soprattutto nel caso della polizza, tale ragione sembra difettare. Nella polizza anzi si sceglie di avvantaggiare la parte "forte" che predispone il documento (solo latamente o accidentalmente contrattuale) e si penalizzano le parti che di fronte a tale documento forse nemmeno hanno il potere di obiettare.³⁴⁴ Non facciamoci illusioni: il caricatore al massimo "prende conoscenza" della clausola ed è di fronte ad un bivio che consiste nell'accettare la polizza e tutte le condizioni o rinunciare al trasporto.³⁴⁵ A mio avviso si persegue il giusto obiettivo di garantire la flessibilità e la speditezza dei traffici scegliendo mezzi poco appropriati. La questione è naturalmente diversa ove le parti abbiano instaurato rapporti commerciali di durata, poiché la buona fede agisce allo stesso tempo come elemento di tutela per il caricatore e come limite alla possibilità di contestare la conoscenza della clausola.³⁴⁶ Ma in un tal caso è la ripetizione ad opera delle parti in questione a legittimare una determinata forma, non la ripetizione da parte di altri operatori commerciali. Tali osservazioni sono aggravate dalla circostanza che l'art. 23 non ammette usi relativi al contenuto e non permette il controllo del contenuto della clausola. Si aprono dunque le porte all'arbitrio di una parte rispetto all'altra.

È vero che la modifica relativa agli usi è astrattamente idonea a regolare un numero indefinito di fattispecie, e che nonostante l'alleggerimento della forma i contraenti, operatori professionali, sono tutelati proprio dal rinvio all'uso. Se esiste un uso, cioè una pratica regolarmente e generalmente osservata, è ragionevole ritenere che i professionisti siano già "compensati" o tutelati in altro modo, poiché sono proprio loro a determinare la nascita o l'estinzione di un uso. Ma è anche forte l'impressione che la modifica della norma comunitaria sia stata pensata principalmente per ammettere due

³⁴⁴Nella sentenza 2642/1998, *Porcile*, cit., la Corte rileva, al punto 6.1, come la semplice sottoscrizione di uno degli originali della polizza da parte del caricatore "non è sufficiente a fondare la presunzione di consapevolezza da parte del sottoscrittore della deroga alla giurisdizione: vale a dire, della accettazione di una condizione, che aggrava sensibilmente la sua posizione rispetto a quella risultante dalla applicazione della disciplina legale del contratto".

³⁴⁵CONTALDI, *Le clausole di proroga della giurisdizione*, cit., p. 104 e ss.

³⁴⁶Si v. CORTE DI CASSAZIONE, 7854/2001, *Marintrasporti*, cit.

fattispecie ben precise: la proroga di competenza contenuta nelle condizioni generali di contratto allegate per la prima volta ad una lettera di conferma e la proroga di competenza contenuta per la prima volta in una polizza di carico. Data la peculiarità delle due ipotesi, non sarebbe convenuto “cristallizzare” quello che viene considerato ormai un “uso per antonomasia” e dettare, a fianco dell’apertura generale agli usi del commercio da intendersi però in modo più rigoroso, norme specifiche per le due ipotesi?³⁴⁷ Lo si è già fatto ad esempio per l’art. 5 punto 1³⁴⁸ e per i c.d. “grandi rischi” nel campo assicurativo, lo si poteva fare per queste due fattispecie. Quello che mi sembra discutibile, in definitiva, è di scardinare l’impalcatura di una norma generale per perseguire un fine specifico che è quello di ammettere “due” pratiche commerciali. La previsione di due norme specifiche avrebbe consentito di riequilibrare le ragioni delle parti in causa.

Per concludere, l’esistenza di un uso che preveda la inclusione di una clausola di proroga della giurisdizione a tergo nelle condizioni generali delle polizze di carico e la conseguente accettazione da parte del caricatore senza sottoscrizione o comportamento equivalente, e senza nemmeno alcuna garanzia del consenso effettivo, sembra essere ormai *ius receptum*.

In realtà l’ipotesi non è così pacifica. È vero che una clausola di tal fatta figura sovente nelle polizze. Altro è affermare che esista un comportamento regolarmente e generalmente osservato dagli operatori dei traffici marittimi nel senso di accettare tale clausola senza sottoscriverla. L’uso codificato è semmai l’abitudine dei vettori di inserire una tale clausola: basta questo per affermare l’accettazione regolare e generale da parte dei caricatori? Mi pare cioè che l’accertamento dell’uso non avvenga con il rigore necessario. A maggior ragione se si guarda ad alcuni strumenti convenzionali, si può osservare che la rilevanza di tali accordi è fortemente diminuita: le c.d. “Hamburg Rules”,³⁴⁹ ad esempio, non prevedono una tale automaticità. Anzi, l’eventuale accordo sul foro contenuto nel contratto di trasporto³⁵⁰ costituisce solo uno dei fori alternativi comunque disponibili³⁵¹ per le parti e quindi la sua efficacia è fortemente ridotta. Solo dopo che la controversia si sia sviluppata è

³⁴⁷DELI, *Gli usi del commercio internazionale*, cit., p. 54 auspica che “alcune fattispecie tipiche del commercio internazionale [...] vengano definitivamente riconosciute come parte integrante dei contratti cui si riferiscono e venga affermata la validità delle clausole derogative in esse contenute senza richiedere ulteriori o specifiche approvazioni”.

³⁴⁸Anche se con esiti non particolarmente incoraggianti.

³⁴⁹UN Convention on the Carriage of Goods by Sea, 30 March 1978, in vigore per una trentina di paesi, non firmata dall’Italia.

³⁵⁰Ai fini della presente trattazione, si consenta di equiparare alla polizza di carico.

³⁵¹L’art. 21 delle Hamburg Rules individua i seguenti fori: “the principal place of business or, in the absence thereof, the habitual residence of the defendant; or [...] the place where the contract was made provided that the defendant has there a place of business, branch or agency through which the contract was made; or [...] the port of loading or the port of discharge; or [...] any additional place designated for that purpose in the contract of carriage by sea”.

possibile concludere accordi di proroga di tipo esclusivo, poiché nessun dubbio circa il consenso effettivo e l'attenzione delle parti residua in un momento in cui il conflitto è palese.³⁵²

2.11 L'ACCETTAZIONE TACITA DEL FORO

L'accettazione tacita del foro, o proroga tacita della giurisdizione, costituisce un istituto assai rilevante, conosciuto da tutti gli ordinamenti considerati. Si tratta di un meccanismo che, collegandosi all'onere per la parte di contestare la giurisdizione del tribunale adito, consente al giudice di semplificare o di soprassedere all'esame della giurisdizione in tutti quei casi nei quali il convenuto non obietti, o lo faccia tardivamente, alla sua competenza. Il legame dell'accettazione tacita (*prorogatio fori post litem natam*) con l'accordo sul foro (*prorogatio fori ante litem natam*) non è che eventuale. Sebbene alla base dell'accettazione vi sia un finzione di consenso del convenuto al foro scelto dall'attore, la *ratio* dell'istituto si ricollega più direttamente a esigenze di certezza in punto di giurisdizione e di economia processuale. La presunzione del consenso alla giurisdizione che è operata in presenza di un comportamento remissivo del convenuto è assoluta e slegata da una qualsiasi pretesa di verifica di un consenso effettivo.³⁵³

L'importanza di questa categoria solo *lato sensu* consensuale con riferimento agli accordi sul foro è che, come sostiene Kahn-Freund, “[t]he express contractual jurisdiction clause (...) is, as it were, submerged in the subsequent tacit submission (...)”.³⁵⁴ In altre parole, l'istituto dell'accettazione tacita, dotato di una sua profonda autonomia, rende superfluo l'esame della clausola sulla giurisdizione da parte del giudice eletto nel caso in cui il convenuto non ne eccepisca tempestivamente l'inesistenza. Ancor più incisivamente, supera la clausola stessa se ad essere adito è il foro derogato e la giurisdizione di questo non è contestata. Negli ordinamenti inglese e statunitense la proroga tacita è basata sull'istituto del *consent* o della *sub-*

³⁵² Art. 21, comma 5 delle Rules: “*Notwithstanding the provisions of the preceding paragraphs, an agreement made by the parties, after a claim under the contract of carriage by sea as arisen, which designates the place where the claimant may institute an action, is effective*”. Cfr. anche CONTALDI, *Le clausole di proroga della giurisdizione*, cit., p. 101 e ss.

³⁵³ La Corte di Giustizia ha affermato nella causa CORTE DI GIUSTIZIA, 7 marzo 1985, causa C-48/84, *Hannelore Spitzley contro Sommer Exploitation SA*, in *Racc. giur. CE*, 1985, p. 787, punto 15 che: “*l'art. 18 [...] è basato sul principio che, comparando dinanzi al giudice adito dall'attore senza eccepirne l'incompetenza, il convenuto manifesta implicitamente il proprio assenso a che sia adito un giudice diverso da quello designato dalle altre disposizioni della convenzione*”. *Contra* MARI, *Il sistema della competenza*, cit., p. 691 e ss. Cfr. anche RIGHETTI, *La deroga alla giurisdizione*, cit., p. 254, per il quale il consenso, l'accordo tra le parti, è presunto dalla norma; con QUEIROLO, *Gli accordi sulla competenza*, cit., p. 274 e ss. che rileva, invece, come l'art. 24 prescinda dall'accertamento del consenso effettivo.

³⁵⁴ KAHN-FREUND, *Jurisdiction Agreements*, cit., p. 826.

mission to jurisdiction, pacificamente affermato dalla giurisprudenza.³⁵⁵ In Italia l'accettazione della giurisdizione è regolata dall'art. 4, 1^o comma, della l. 218/95, il quale recita

“[l]a giurisdizione (...) sussiste se le parti l'abbiano convenzionalmente accettata e tale accettazione sia provata per iscritto, ovvero il convenuto compaia nel processo senza eccepire il difetto di giurisdizione nel primo atto difensivo”.

La prima ipotesi descrive il caso della proroga espressa della giurisdizione, ossia il caso di accordo sul foro provato per iscritto che designi il foro competente in Italia, e richiede l'esistenza di un'accettazione, *ergo* di un consenso alla giurisdizione italiana. La seconda parte della norma regola, invece, l'accettazione tacita della giurisdizione e, com'è agevole leggere dal testo stesso dell'art. 4, non richiede la formazione di un consenso, benché implicito, ma discende da un comportamento processuale adottato dal convenuto che provoca il formarsi di una preclusione.³⁵⁶ Occorre prestare attenzione alla propria strategia processuale. La Corte di Cassazione, ad esempio, ha affermato che la proposizione di un accertamento tecnico preventivo³⁵⁷ davanti al giudice italiano sia un atto incompatibile con la clausola (compromissoria) di deroga e valga, dunque, quale accettazione tacita della giurisdizione italiana anche per il successivo giudizio sul merito.³⁵⁸ L'accettazione della giurisdizione relativamente al merito non si verifica, invece, nel caso di mancata contestazione della giurisdizione nel procedimento cautelare.³⁵⁹ Anche la mancata impugnazione, perché favorevole nel merito, della sentenza di

³⁵⁵GRUSON, *Forum Selection Clauses*, cit., pp. 195-96: “contractual submission and consent to personal jurisdiction is effective to confer personal jurisdiction when service is made in the manner agreed upon. The Supreme Court stated: ‘[I]t is settled. . . that parties to a contract may agree in advance to submit to the jurisdiction of a given court, to permit notice to be served by the opposing party, or even to waive notice altogether.’” Citando la decisione *National Equipment Rental, Ltd. v. Szukhent*, 375 U.S. 311 (1964).

³⁵⁶L'art. 4, 1^o comma, deve essere coordinato con l'art. 11 della medesima legge che prima stabilisce che “[i]l difetto di giurisdizione può essere rilevato, in qualunque stato e grado del processo, soltanto dal convenuto costituito che non abbia espressamente o tacitamente accettato la giurisdizione italiana.” E prosegue imponendo al giudice di rilevare d'ufficio il difetto di giurisdizione “sempre in qualunque stato e grado del processo, se il convenuto è contumace, se ricorre l'ipotesi di cui all'art. 5, ovvero se la giurisdizione italiana è esclusa per effetto di norma internazionale.” L'art. 5 esclude la giurisdizione italiana in materia di diritti reali relativi a immobili siti all'estero.

³⁵⁷Art. 696 c.p.c.

³⁵⁸La sentenza, peraltro, non pare sorretta da una motivazione ineccepibile e comporta la conseguenza, a nostro avviso deprecabile, che gli strumenti di istruzione preventiva non possono essere utilizzati in supporto di procedimenti stranieri o arbitrari, pena l'accettazione della giurisdizione italiana. Cassazione SU, 21 ottobre 2009, n. 22236 in DeJure.

³⁵⁹Cassazione SU, 6 febbraio 2006, n. 2448, in Dir. e giust. 2006, 12, 38. Nella specie il procedimento era un cautelare atipico ex art. 700 c.p.c. Trattasi di un orientamento consolidato: Cass. 3 giugno 2002 n. 8019; Cass. 9 luglio 1997 n. 6228, in Foro it. 1997, I, 3602.

primo grado che afferma la giurisdizione italiana precedentemente contestata, impedisce alla parte di riproporre la questione in Cassazione, essendosi verificata l'accettazione della stessa e la conseguente preclusione prevista dall'art. 11 l.218/95.³⁶⁰ L'operatività congiunta degli artt. 4 e 11 supera anche eventuali profili relativi all'immunità di una delle parti. In una decisione del 2010, infatti, la Suprema Corte ha affermato l'irrilevanza della distinzione classica tra *acta iure imperii* e *iure privatorum* nel caso di un Ministero portoghese che, convenuto in giudizio innanzi al giudice amministrativo italiano, non aveva sollevato tempestivamente la questione di giurisdizione e, così facendo, l'aveva accettata.³⁶¹

Il Regolamento europeo dedica all'accettazione tacita l'art. 24 che considera la costituzione del convenuto come un vero e proprio titolo di giurisdizione, dotato di una forza particolarmente rilevante: "*il giudice di uno Stato membro davanti al quale il convenuto è comparso è competente*".³⁶² Anche

³⁶⁰Cassazione SU, 26 maggio 2011, n. 11559, in Giust. civ. Mass. 2011, 5, 803.

³⁶¹Cassazione SU, 15 aprile 2010, n. 8988, in Giust. civ. Mass. 2010, 4, 543.

³⁶²L'ampiezza del criterio di competenza qui esaminato, induce a chiedersi se sia necessario che una delle parti sia domiciliata in uno Stato membro. Da un lato va messa in luce la portata della proroga tacita della giurisdizione che è capace di derogare a tutti gli altri titoli di giurisdizione, comunitari ed interni (alvo l'art. 22), dall'altro l'ordinaria sottrazione delle controversie che non presentino una connessione soggettiva con la Comunità, a vantaggio delle regole di conflitto del foro adito. Si può giungere alla conclusione che l'art. 24 trovi applicazione anche nel senso di fondare la competenza di un giudice comunitario adito da due soggetti non domiciliati nella Comunità, solo perché il convenuto non sollevi in tempo utile l'eccezione di incompetenza? Analizzando la norma singolarmente si potrebbe essere portati ad affermare che questa abbia un ambito operativo che trascende i limiti regolamentari e quindi propendere per una risposta affermativa. Soprattutto per l'*incipit* della norma che afferma "*Oltre che nei casi in cui la sua [cioè del giudice] competenza risulta da altre disposizioni del presente regolamento*": effettivamente l'ipotesi descritta potrebbe rientrare in quell'ampio insieme che è delineato dall'espressione "oltre che nei casi". Però la norma non è isolata rispetto al contesto e nel Regolamento troviamo una norma, l'art. 4, che, in caso il convenuto abbia il proprio domicilio all'esterno della Comunità, sancisce l'applicazione delle norme di conflitto del foro adito, salvi gli artt. 22 e 23. L'art. 24 non è compreso come eccezione. Ora, è vero che nella previgenza della Convenzione, l'art. 4 faceva menzione del solo art. 16 (oggi è l'art. 22) e la dottrina vi aveva correttamente incluso anche l'art. 17 (ora l'art. 23) sulla base dell'*eadem ratio* e della comune "esclusività". Ma è anche vero che l'art. 24 non condivide la medesima *ratio* dell'art. 23, né è possibile che l'art. 4 incorpori ad una ad una tutte le disposizioni del Regolamento. V. anche QUEIROLO, *Gli accordi sulla competenza*, cit., p. 272 e ss. L'art. 23 intende dare spazio all'autonomia privata delle parti, a valorizzarne la scelta: si persegue inoltre il fine di dare applicazione uniforme alla proroga di competenza nell'ambito comunitario. L'art. 24 è invece un elemento misto di sanatoria, automaticità, semplificazione nel quale la volontà delle parti è elemento meramente eventuale. Né l'art. 24 condivide l'esclusività dell'art. 22 per il quale operano ragioni di complessità normativa o prossimità rispetto all'oggetto del contendere. Insomma non vedo un terreno solido in base al quale estendere l'ambito dell'art. 4 primo comma anche alla proroga tacita. In difetto di una tale estensione, saranno le norme di conflitto del foro adito ad operare: non si dubiti che in molti Stati queste norme opereranno nel senso di consentire la proroga tacita a condizioni simili o anche più agevoli. Certo il fatto che si sia in presenza di un *acquis* potrebbe indurre l'interprete ad intraprendere la strada dell'applicazione del principio comunitario

in questo caso esistono solo due limitazioni all'operare di questo criterio di giurisdizione: l'esistenza di un foro esclusivo ex art. 22³⁶³ o la circostanza che il convenuto sia comparso eccependo tempestivamente il difetto di giurisdizione. Nemmeno i fori protetti di assicurato, consumatore e lavoratore escludono l'operare dell'art. 24, sulla base della considerazione che detti soggetti, considerati "deboli" in fase pre-contenziosa, non necessitano di una particolare protezione quando il conflitto è ormai attuale e palese.³⁶⁴ Come osservato in generale, nemmeno per il Regolamento la presenza di un precedente accordo espresso sul foro ai sensi dell'art. 23 costituisce un ostacolo all'operare dell'accettazione tacita.³⁶⁵ A seguito dell'attività interpretativa effettuata dalla Corte di Giustizia, neanche il secondo limite che esclude l'operatività dell'art. 24 se "*la comparizione [del convenuto] avviene per eccepire l'incompetenza*" pone grossi dubbi interpretativi. È ormai pacifico che il convenuto può spiegare difese anche nel merito e non è costretto a limitare le proprie censure al profilo giurisdizionale.³⁶⁶

uniforme. Ciò sarebbe motivato più dall'opportunità che dalla ragione. Sarebbe necessaria, invece, una modifica al regolamento per procedere in tal senso. Del resto non se ne vede l'urgenza. Per MARI, *Il sistema della competenza*, cit., p. 701 e ss. invece non si avrebbe necessità di indagare il domicilio: gli argomenti addotti non sono privi di rilievo ma mi pare che isolino eccessivamente la norma, senza coglierne il contesto sistematico.

³⁶³La presenza di un foro esclusivo ex art. 22 non genera particolari problemi applicativi o interpretativi, dato anche il particolare operare della litispendenza comunitaria nel senso di privilegiare sempre il giudice competente ex art. 22. Art 25 Regolamento 44/2001 "*Il giudice di uno Stato membro, investito a titolo principale di una controversia per la quale l'articolo 22 stabilisce la competenza esclusiva di un giudice di un altro Stato membro, dichiara d'ufficio la propria incompetenza*".

³⁶⁴In tal senso Cassazione SU, 23 maggio 2011, n. 11289 in DeJure. La *ratio* dell'operatività dell'art. 24 anche in relazione a queste ipotesi è la medesima che giustifica l'assenza di limiti alla proroga espressa *post litem natam*: una volta che la controversia è insorta, il soggetto tutelato perde parte della sua 'debolezza', vuoi perché in tale fase avrà verosimilmente l'assistenza di un legale, vuoi perché, essendo fuoriusciti dalla logica di una contrattazione disattenta e seriale, si giustifica un diverso onere di diligenza da parte dello stesso. Nel nuovo Regolamento 1215/2012, però, è stata introdotta una norma a tutela delle parti deboli anche in sede contenziosa, v. il nuovo art. 26, 2^o comma:

"Nelle materie di cui alle sezioni 3, 4 o 5, se il contraente dell'assicurazione, l'assicurato, il beneficiario di un contratto di assicurazione, la parte lesa, il consumatore o il lavoratore è il convenuto, l'autorità giurisdizionale, prima di dichiararsi competente ai sensi del paragrafo 1, si assicura che il convenuto sia informato del suo diritto di eccepire l'incompetenza dell'autorità giurisdizionale e delle conseguenze della comparizione o della mancata comparizione".

³⁶⁵CORTE DI GIUSTIZIA, C-150/80, *Elefanten*, cit., punti 8 e ss.

³⁶⁶La presente formulazione differisce parzialmente, ma significativamente, dalla omologa contenuta nella convenzione di Bruxelles: "*Tale norma non è applicabile se la comparizione avviene solo per eccepire la incompetenza*". Art. 18 della Convenzione di Bruxelles nel testo consolidato del 1998. La presenza dell'avverbio "solo" in alcune versioni linguistiche (olandese, tedesca e italiana stando alle conclusioni dell'Avv. Gen. Sir Gordon Slynn nella causa C-150/80, *Elefanten*, cit., p. 1693) riprodotto poi anche in quella inglese, aveva

Questione sempre attuale è quella relativa al momento processuale in cui si verifica l'effetto attributivo di competenza, ossia il termine ultimo per la proposizione dell'eccezione di difetto della giurisdizione. In questo caso la questione è eminentemente processuale e non poteva essere risolta dalla Corte che tramite l'individuazione astratta di un certo momento, rinviandone

indotto taluni a ritenere che per evitare l'operare della proroga tacita il convenuto dovesse limitarsi ad eccepire il solo difetto di giurisdizione, senza poter effettuare alcuna difesa nel merito, per quanto subordinata. Il convenuto si sarebbe trovato davanti all'irragionevole bivio tra la possibilità di eccepire il difetto di giurisdizione senza difendersi nel merito, esponendosi a tutte le decadenze del caso se soccombente sul punto, oppure di difendersi nel merito perdendo in tal modo la possibilità di contestare il titolo di attribuzione della controversia al giudice. In contrappunto la versione francese (Art. 18 della Convenzione nel testo consolidato del 1998, versione francese: "*Cette règle n'est pas applicable si la comparution a pour objet de contester la compétence*") non conteneva affatto l'avverbio incriminato e portava al ben più ragionevole risultato di consentire che il convenuto si difendesse sia in punto di giurisdizione che, eventualmente in modo subordinato, nel merito.

La nuova formulazione dell'art. 24 nel regolamento, recependo le indicazioni della Corte di Giustizia e uniformando i testi alla versione francese, supera la questione eliminando l'avverbio incriminato. La Corte aveva già superato l'*impasse* nel senso di consentire la proposizione congiunta delle difese anche nel merito, v. CORTE DI GIUSTIZIA, C-150/80, *Elefanten*, cit.; CORTE DI GIUSTIZIA, 22 ottobre 1981, causa C-27/81, *Établissements Rohr Société anonyme contro Dina Ossberger*, in *Racc. giur. CE*, 1981, p. 2431; CORTE DI GIUSTIZIA, 31 marzo 1982, causa C-25/81, *C.H.W. contro G.J.H.*, in *Racc. giur. CE*, 1982, p. 1189; CORTE DI GIUSTIZIA, C-201/82, *Gerling*, cit.; CORTE DI GIUSTIZIA, 27 aprile 1999, causa C-99/96, *Hans-Hermann Mietz contro Intership Yachting Sneek BV*, in *Racc. giur. CE*, 1999, p. 2277. Da notare come le prime quattro sentenze siano praticamente contemporanee, come se d'un tratto il nodo fosse giunto al pettine. Nella sentenza CORTE DI GIUSTIZIA, C-48/84, *Spitzley*, cit. la Corte ribadisce l'orientamento anche nei confronti dell'attore rispetto alla domanda riconvenzionale.

La giurisprudenza italiana pare ancora orientata nel senso di richiedere che l'eccezione sulla giurisdizione sia preordinata alle difese di merito, pena l'applicabilità dell'art. 24. V. CORTE DI CASSAZIONE, 22 maggio 1998, n. 5145, *Muller Maurice E. contro Fimiani Ruggero e altri*, in *DeJure*: "*La c.d. proroga tacita della giurisdizione del giudice adito si sensi dell'art. 18 della Convenzione, secondo l'interpretazione della Corte di giustizia della CEE [...], quando il convenuto, costituendosi davanti al giudice adito, non ne contesti la giurisdizione, ovvero sollevi contestazioni in proposito solo in aggiunta ad altre deduzioni difensive in merito o in rito, delle quali chieda l'esame e la soluzione non in via subordinata rispetto alla questione di giurisdizione, ma in via prioritaria*". In senso conforme anche CORTE DI CASSAZIONE, 3 maggio 2005, n. 9107, *Areasport Srl contro H.H.P. e altri*, in *DeJure*; CORTE DI CASSAZIONE, 13 luglio 2005, n. 14695, *Kontron Medical Sas contro Kontron Instruments Spa in liquidazione*, in *DeJure*; CORTE DI CASSAZIONE, 3321/1995, *Modenese*, cit.; CORTE DI CASSAZIONE, 4636/1986, *Cantieri Metallurgici*, cit. Solo nella sentenza CORTE DI CASSAZIONE, 17 giugno 1986, n. 4036, *Siepmann Walter contro Orion Officine Meccaniche Specializzate Spa*, in *DeJure* la Corte si mostrava più indulgente, non richiedendo che la subordinazione risultasse espressamente, stante la pregiudizialità logica della questione sulla giurisdizione. L'orientamento complessivo della Suprema Corte è però da censurare, non richiedendosi né a livello normativo né tanto meno meno giurisprudenziale la subordinazione dell'eccezione di incompetenza alle altre difese. Efficacemente sul punto MARI, *Il sistema della competenza*, cit., p. 708 e ss., che sottolinea come alla base vi sia un fraintendimento delle decisioni della Corte di Giustizia. [check]

la determinazione concreta al diritto processuale del foro, data la diversità e la tecnicità delle varie discipline processuali europee.³⁶⁷ In Italia è il momento della presentazione della prima difesa, ossia la comparsa di risposta ex art. 167 c.p.c. oppure, in caso di contumacia o rimessione nei termini, la prima comparizione nel processo ordinario.³⁶⁸

Analogamente all'art. 11 della l.218/95, anche il Regolamento (art. 26) richiede che il giudice verifichi d'ufficio la propria competenza qualora il convenuto, domiciliato in uno Stato membro diverso, non sia comparso.³⁶⁹ Questa eventualità impedisce che si possa dare rilievo alla proroga tacita ove il convenuto non sia comparso e del resto è la stessa lettera dell'art. 24 a confermarlo.³⁷⁰

³⁶⁷Questo momento è delineato nella sentenza CORTE DI GIUSTIZIA, C-150/80, *Elefanten*, cit., punti 15 e 16: “la contestazione della competenza può avere l'effetto attribuito dall'art. 18 solo se l'attore ed il giudice siano messi in grado di capire, sin dal primo atto difensivo del convenuto, che tale atto è inteso a negare la competenza. La Corte di Cassazione chiede, in proposito, se l'incompetenza debba essere eccepita “in limine litis”. Per l'interpretazione della convenzione, quest'ultima nozione è di difficile applicazione, date le notevoli differenze esistenti fra le leggi degli Stati contraenti per quanto riguarda l'adizione del giudice, la comparizione del convenuto ed il modo in cui le parti della causa devono formulare le loro conclusioni. Risulta, tuttavia, dallo scopo perseguito dall'art. 18 che l'eccezione d'incompetenza, qualora non preceda qualsiasi difesa nel merito, non può comunque esser posteriore all'atto considerato, dal diritto processuale nazionale, come la prima difesa rivolta al giudice adito”.

³⁶⁸Cassazione SU, 1 ottobre 2009, n. 21053, in *Giust. civ. Mass.* 2009, 10, 1393. V. anche Cassazione SU, 23 novembre 2000, n. 1200, in *Giust. civ. Mass.* 2000, 2231. Nel caso di riti differenti è il primo atto (scritto o orale) con il quale la parte resiste, cfr. MARI, *Il sistema della competenza*, cit., p. 706 e ss. La proponibilità del regolamento di giurisdizione ex art. 41 c.p.c. fino alla pronuncia di merito in primo grado non impedisce l'operare della proroga tacita, con il risultato che in sede di regolamento per così dire tardivo, la Suprema Corte affermerebbe la giurisdizione italiana per avvenuta proroga tacita della medesima in modo semplice e rapido senza affrontare questioni ben più spinose.

³⁶⁹MARI, *Il sistema della competenza*, cit., p. 691 e ss. vi deduce, non senza ragione, la irrilevanza della volontà del convenuto ai fini della proroga tacita: ove il convenuto non compaia il giudice ha l'onere di valutare la propria competenza d'ufficio, ma ove il convenuto compaia un tale dovere non sussiste e la mera circostanza che il convenuto non sollevi l'eccezione di incompetenza è sufficiente a determinare la proroga tacita, senza che siano necessarie indagini sulle intenzioni del convenuto. La comparizione tardiva, e la conseguente rimessione nei termini, non perde comunque rilevanza ove il giudice abbia, in contumacia, affermato la propria competenza: il comportamento del convenuto costituitosi tardivamente potrà determinare la proroga tacita ex art. 24 ove questi non sollevi l'eccezione. Ove non avvenga la rimessione nei termini, la questione è da risolvere nel senso di una preclusione, eventualmente sindacabile in appello o in Cassazione.

³⁷⁰In caso di decisione negativa sull'eccezione di incompetenza, sarà onere della parte di tenere ferma la questione anche in sede di appello pena, nel sistema italiano, la copertura da parte del giudicato di quella parte della sentenza di primo grado, e quindi l'operare non tanto della proroga tacita quanto del giudicato a svantaggio della parte che non abbia adempiuto al proprio onere. In questo senso anche la CORTE DI CASSAZIONE, 24 maggio 2007, n. 12067, *Victoria Versicherung AG contro B.E.*, in *DeJure*, per la quale l'art. 24 “regola solo l'ipotesi della cosiddetta accettazione tacita della competenza (giurisdizionale) in primo grado ed i casi in cui essa è esclusa. Non incide, invece, sulla diversa fattispecie, in cui, essendo stata eccepita tempestivamente la carenza di giurisdizione, sul punto

2.12 ACCORDO SUL FORO E LITISPENDENZA

Per stabilire quale sia il giudice competente a valutare la validità di una clausola sulla giurisdizione, vengono in gioco criteri misti di *lis alibi pendens*,³⁷¹ *Kompetenz-Kompetenz* o autonomia delle giurisdizioni.³⁷² Astrattamente gli approcci possono essere vari. Si potrebbe dare rilievo alla indicazione operata dalle parti nella clausola sulla giurisdizione e dunque disporre, così come è generalmente riconosciuto in materia di arbitrato,³⁷³ che spetti al giudice ivi indicato di stabilire se questi è competente o meno in virtù di tale patto. Alternativamente si può enfatizzare l'importanza del criterio di prevenzione temporale, e disporre che il giudice adito per primo è competente a conoscere della validità della clausola, indipendentemente dal fatto che questa prorogasse o derogasse la sua giurisdizione. Infine, ed è l'approccio che pare privilegiato dagli ordinamenti nazionali, può affermarsi l'autonomia di ciascun giudice a determinare la validità e l'efficacia della clausola sulla giurisdizione indipendentemente dall'effetto ricercato. In tutti questi casi, poi, può o meno venire in rilievo la circostanza che la medesima controversia penda dinanzi ad altro giudice, e segnatamente quello indicato nell'accordo.

Inghilterra e Stati Uniti non ignorano la questione del *lis alibi pendens* internazionale, ma vi danno risposta differenti da quella comunemente accolta negli ordinamenti di *civil law* che fa riferimento al criterio di prevenzione temporale in modo più o meno rigido. Nel *common law* moderno la pendenza di un procedimento straniero solitamente rileva ai fini della valutazione in punto di *forum non conveniens*, senza che acquisisca importanza determinante se la causa straniera sia stata incardinata prima del giudizio domestico.³⁷⁴ Alcune corti americane distinguono le ipotesi di *forum non conveniens*, che, oltretutto, opera a prescindere dalla contemporanea pendenza di un procedimento straniero, e *lis alibi pendens*, disponendo nel primo caso il rigetto

il giudice si sia pronunziato e si ponga, quindi, un successivo problema del mezzo per riproporre la questione al giudice di appello, al fine di impedire che si formi un giudicato sulla giurisdizione. Tale questione è all'evidenza estranea al contenuto di cui all'art. 24 del reg. n. 44/2001, tant'è che non ha mai costituito materia di controversie interpretative". MARI, *Il sistema della competenza*, cit., p. 704e ss. evidenzia opportunamente come l'eventuale rigetto dell'eccezione di incompetenza non vale a fondare la competenza del giudice ex art. 18.

³⁷¹Sull'ampio tema nell'ambito delle controversie internazionali, v. MCLACHLAN, *Lis Pendens in International Litigation*, vol. 5, Les livres de poche de l'Académie de droit international de La Haye, 2009.

³⁷²Sul tema della *lis alibi pendens* internazionale, v. LUPOI, *Conflitti transnazionali di giurisdizioni*, II, cit. Con riferimento all'Europa v. VILLATA, *L'attuazione degli accordi di scelta del foro*, cit., p. 123 e ss.

³⁷³Così i tratti in materia, v., ad esempio, BORN, *International Commercial Arbitration*, Wolters Kluwer, 2009; REDFERN et al., *Redfern and Hunter on International Arbitration*, OUP, 2009; GAILLARD e SAVAGE, *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1999.

³⁷⁴BORN e RUTLEDGE, *International Civil Litigation*, cit., pp. 561-62. V. anche PARRISH, *Duplicative Foreign Litigation*, in *Geo. Wa. L. Rev.*, 2010, vol. 78, p. 237.

dell'azione e nel secondo caso la mera sospensione.³⁷⁵ Tale distinzione, tuttavia, rileva più sul piano domestico che sul versante internazionale, dove manca una pronuncia guida ad opera della Corte Suprema.³⁷⁶ In generale, le corti americane sembrano meno preoccupate dal fenomeno dei procedimenti paralleli di quanto vedremo in ambito europeo. In aggiunta, se il procedimento straniero, iniziato o anche solo minacciato, sembra essere in violazione dell'accordo sul foro stipulato tra le parti, il giudice inglese o americano non esita a emanare una *anti-suit injunction* per imporne la cessazione.³⁷⁷

L'Italia segue Inghilterra e Stati Uniti nel considerare ciascun ordinamento teoricamente autonomo nella valutazione circa la validità di una clausola sulla giurisdizione, ma tale orientamento deve essere coordinato con la disciplina della litispendenza internazionale oggi contenuta nell'art. 7 della l. 218/95.³⁷⁸ L'art. 7 accoglie il criterio di prevenzione temporale come regola di massima, pur temperato dal giudizio prognostico³⁷⁹ che il giudice italiano è chiamato a effettuare se "il provvedimento straniero possa produrre effetto per l'ordinamento italiano".³⁸⁰ Diviene quindi cruciale il punto, che non abbiamo sciolto, circa la possibilità o meno di riconoscere una decisione straniera emessa in violazione di un accordo sul foro. Se diamo risposta positiva al quesito, il giudice italiano successivamente adito dovrebbe so-

³⁷⁵BORN e RUTLEDGE, *International Civil Litigation*, cit., p. 548 e ss.

³⁷⁶Ivi, p. 549: "the Supreme Court has not considered the question in the international context, and few lower court decisions consider the subject in any depth. The content of U.S. law relating to the *lis pendens* doctrine is therefore often uncertain and difficult to ascertain".

³⁷⁷Una tale propensione, probabilmente, suggerisce che il giudice inglese o americano non creda molto nella autonomia con la quale ogni ordinamento potrebbe o dovrebbe giudicare una clausola sul foro.

³⁷⁸Cfr. *supra* il paragrafo 2.3.

³⁷⁹Tale giudizio costituisce non una facoltà, ma un dovere per il giudice. Cass., sez. I, 25 settembre 2009, n. 20688, Giust. Civ. Mass. 2009, 9, 1360. Anche se l'art. 7 definisce il proprio ambito oggettivo ("medesimo oggetto" e "medesimo titolo") in modo analogo all'art. 39 c.p.c. (che evoca il concetto di "stessa causa"), la Corte di Cassazione è costante nell'affermare come il criterio di diritto internazionale processuale sia più elastico dell'omologo interno. Per aversi litispendenza internazionale è, dunque, sufficiente che vi sia "identità di risultati pratici perseguiti (...) indipendentemente dal 'petitum' immediato delle singole domande e del titolo specificamente fatto valere". Cass., sez. un., 29 novembre 2012, n. 21108. Così la Corte aveva già ritenuto che vi fosse litispendenza tra una domanda di condanna al risarcimento e una di accertamento negativo della medesima responsabilità. Cass., sez. un., 19 maggio 2009, n. 11532, Giust. civ. Mass. 2009, 5, 791. La litispendenza era stata anche affermata tra due azioni, l'una basata sulla responsabilità contrattuale e l'altra sulla responsabilità extracontrattuale. Cass., sez. III, 15 maggio 2007, n. 11185, Giust. civ. Mass. 2007, 5.

³⁸⁰In base al sistema italiano l'eccezione di litispendenza può essere rilevata solo su istanza di parte, Cass. sez. un., 19 giugno 2000, n. 448, Foro It., 2001, I, 527 (It.). Per il Regolamento Bruxelles I, invece, il giudice può rilevare la litispendenza anche d'ufficio, cfr. art. 27, 1^o comma. V. però la recente sentenza della Cass., sez. un., 29 novembre 2012, n. 21108, nella quale si afferma la possibilità per il giudice di rilevare d'ufficio la litispendenza se "l'esistenza dei relativi presupposti emerge dagli elementi offerti dalle parti".

spendere il proprio procedimento, anche in caso di accordo sul foro che lo designasse quale giudice competente. In caso di risposta negativa, si giungerebbe al risultato, probabilmente più razionale, di consentire al giudice italiano di conoscere della controversia nonostante la prevenzione del procedimento straniero. La questione non pare, peraltro, essere ancora giunta all'attenzione della giurisprudenza.

L'ordinamento nel quale la questione del rapporto tra accordi sulla giurisdizione e litispendenza è stata esplorata e dibattuta più estesamente è, senza dubbio, quello europeo. La litispendenza³⁸¹ si presenta come un istituto di grande rilievo nell'economia del Regolamento 44/2001, poiché consente di evitare il formarsi di giudicati contrastanti all'interno dell'Unione, uno dei principali ostacoli alla libera circolazione delle sentenze.³⁸² Per tale motivo la regola europea dispone un meccanismo rigido, incentrato sul ferreo principio di prevenzione temporale che garantisce che solo il giudice adito per primo proceda all'esame della propria competenza e, dunque, a una decisione sul merito. Ogni giudice adito successivamente deve sospendere la causa e aspettare la determinazione del primo giudice. Il profilo che qui interessa è il delicato rapporto tra litispendenza e accordo sulla giurisdizione, in particolare se la presenza di una clausola sul foro consenta di derogare al rigido principio appena enunciato. La Corte di Giustizia ha pronunciato sul punto una delle sue più criticate pronunce,³⁸³ nella quale si riteneva pra-

³⁸¹ Art. 27 del regolamento 44/2001:

“Qualora davanti a giudici di Stati membri differenti e tra le stesse parti siano state proposte domande aventi il medesimo oggetto e il medesimo titolo, il giudice successivamente adito sospende d'ufficio il procedimento finché sia stata accertata la competenza del giudice adito in precedenza. Se la competenza del giudice precedentemente adito è stata accertata, il giudice successivamente adito dichiara la propria incompetenza a favore del primo”.

Ai sensi della decisione della CORTE DI GIUSTIZIA, 27 giugno 1991, causa C-351/89, *Overseas Union Insurance Limited e altri contro New Hampshire Insurance Company*, in *Racc. giur. CE*, 1991, p. 3317, la litispendenza opera indifferentemente dall'applicabilità del Regolamento o dal domicilio delle parti, mentre a seguito della interpretazione fornita in CORTE DI GIUSTIZIA, 8 dicembre 1987, causa C-144/86, *Gubish Maschinenfabrik KG contro Giulio Palumbo*, in *Racc. giur. CE*, 1987, p. 4861, si sancisce anche per la litispendenza il principio di interpretazione autonoma e vi si ricomprende l'ipotesi che nell'ordinamento italiano va sotto il nome di “continenza di cause”, art. 39, comma secondo, c.p.c.

³⁸² Cfr. il quindicesimo *considerando*:

“Il funzionamento armonioso della giustizia presuppone che si riduca al minimo la possibilità di pendenza di procedimenti paralleli e che non vengano emesse, in due Stati membri, decisioni tra loro incompatibili. È necessario stabilire un meccanismo chiaro ed efficace per risolvere i casi di litispendenza e di connessione e, viste le differenze nazionali esistenti in materia, è opportuno definire il momento in cui una causa si considera «pendente». Ai fini del presente regolamento tale momento dovrebbe essere definito in modo autonomo”.

³⁸³ CORTE DI GIUSTIZIA, C-116/02, *Gasser*, cit.

ticamente irrilevante l'esistenza di un accordo sul foro ai fini dell'operare della regola sulla litispendenza, e dunque prevaleva il criterio di prevenzione temporale senza correttivi. Tale impostazione è stata recentemente ribaltata dal nuovo Regolamento 1215/2012 che ha, invece, accolto un criterio di *Kompetenz-Kompetenz*. Ma andiamo per gradi.

La vicenda che ha dato origine alla decisione della Corte in *Gasser* vedeva contrapposte la società italiana MISAT S.r.l. e la società austriaca Erich Gasser GmbH, tra i quali intercorrevano da tempo relazioni commerciali. La normativa di riferimento era *ratione temporis* ancora la Convenzione di Bruxelles, ma la *ratio decidendi* è pacificamente valida anche per il Regolamento. Le relazioni tra le due società si deteriorano, tanto che entrambe decidono di rivolgersi all'autorità giudiziaria. Così, nell'aprile del 2000 la società italiana agisce dinnanzi al Tribunale di Roma al fine di ottenere un accertamento negativo in ordine ad un proprio eventuale inadempimento contrattuale e la condanna della società austriaca al risarcimento dei danni subiti. La Gasser, invece, cita nel dicembre dello stesso anno la MISAT dinnanzi al *Landesgericht* di Feldkirch per l'adempimento di fatture non pagate. Entrambe le società contestano tempestivamente la competenza delle corti nelle quali erano state convenute, giustificando la scelta del *forum actoris* come luogo di esecuzione del contratto. La Gasser allega inoltre l'esistenza di una proroga di competenza in favore dei giudici austriaci, sempre contenuta nelle fatture e mai contestata,³⁸⁴ mentre la MISAT eccepisce la litispendenza in favore del giudice italiano, preventivamente adito. Il *Landesgericht* sospende la causa, ai sensi dell'art. 21 della Convenzione, in attesa della definizione da parte del giudice italiano, che si ritiene competente sulla base dell'art. 5, numero 1, omettendo di esaminare la questione relativa alla proroga di competenza. Il Tribunale si limita a rilevare la presenza della proroga sulle sole fatture ma non anche sugli ordinativi, senza prendere posizione sul punto. Nel frattempo la parte austriaca interpone appello contro la decisione del *Landesgericht* di sospendere il procedimento, chiedendo che sia affermata la competenza austriaca e proseguita la causa. L'*Oberlandesgericht* di Innsbruck rileva sia l'esistenza di una proroga che attribuisce competenza esclusiva al giudice austriaco, sia, al contempo, il verificarsi della situazione di litispendenza a favore del Tribunale di Roma e decide di sottoporre alla Corte di Giustizia europea alcune domande pregiudiziali, tra le quali figura anche una relativa al rapporto tra litispendenza e clausola di scelta del foro. L'*Oberlandesgericht* chiede: “[s]e il giudice successivamente adito ai sensi dell'art. 21, primo comma, della Convenzione di Bruxelles, possa verificare la competenza del giudice adito preventivamente, qualora il secondo giudice sia competente in via esclusiva in virtù di una proroga di competenza ex art. 17 della medesima Convenzione, oppure se il giudice designato dalle

³⁸⁴E quindi conclusa nelle forma determinata dall'uso che si era formato tra le parti, ai sensi dell'art. 23, lett. b, o dall'uso vigente nel commercio internazionale.

parti debba, nonostante la clausola attributiva di competenza, procedere ex art. 21 della suddetta Convenzione”.³⁸⁵

³⁸⁵CORTE DI GIUSTIZIA, C-116/02, *Gasser*, cit., punto 20. Varie le argomentazioni presentate alla Corte di Giustizia. Da un lato la Gasser e il governo del Regno Unito sostengono la prevalenza dell'art. 17 sull'art. 21, quindi la sostanziale inapplicabilità della litispendenza nei confronti del giudice indicato nella clausola di proroga della competenza. A favore di questa tesi portano la prevalenza dell'art. 17 rispetto a tutte le altre norme della Convenzione e il dovere per i giudici non indicati nella clausola di dichiararsi incompetenti d'ufficio. Inoltre il governo del Regno Unito adduce che le esigenze dei traffici commerciali necessitano di certezza e quindi la clausola di proroga eventualmente pattuita deve essere assolutamente rispettata. Per evitare poi il rischio di sentenze incompatibili si suggerisce inoltre che gli altri giudici debbano sospendere la causa in attesa che il giudice indicato nella proroga di competenza giudichi della propria giurisdizione. Sul versante opposto si trovano invece la società MISAT, il governo italiano e la Commissione UE. Il loro ragionamento si basa sulla distinzione tra l'art. 17 e l'art. 16, concludendo che solo quest'ultimo costituisce una deroga all'operare della litispendenza. Infatti solo la competenza c.d. "esclusiva assoluta" è prevista come limite espresso alla litispendenza e impone al giudice di spogliarsi d'ufficio della controversia, e solo la violazione dell'art. 16 comporta il divieto di riconoscere la sentenza emanata. Come riportato nelle conclusioni dell'Avv. Gen. Léger in C-116/02, *Gasser*, cit., p. 14709: "sarebbe assurdo obbligare il giudice esclusivamente competente in forza dell'art. 16 a sospendere il procedimento, in quanto la decisione che sia pronunciata dal giudice preventivamente adito, per ipotesi incompetente, potrebbe produrre i suoi effetti solo nello Stato in cui essa è stata pronunciata". Viceversa la determinazione del foro competente ai sensi dell'art. 17 può essere superata in ogni momento, per mezzo di un nuovo accordo o anche per l'operare del meccanismo della proroga tacita. Inoltre, si sostiene che entrambi i giudici sono egualmente qualificati a valutare la clausola di proroga della competenza, non sussistendo alcuna ragione per preferire il giudice scelto dalle parti, argomentando a partire dalla decisione C-351/89, *Overseas Union*, cit., nella quale al punto 23 la Corte afferma che: "[v]a inoltre rilevato che il giudice adito per secondo non è, in nessun caso, più qualificato del giudice adito per primo a pronunciarsi sulla competenza di quest'ultimo. Infatti tale competenza è determinata direttamente dalle norme della convenzione, che valgono per entrambi i giudici e che possono venir interpretate ed applicate con pari autorità da ciascuno di essi, oppure risulta, ai sensi dell'art. 4 della convenzione, dalla legge dello Stato del giudice adito per primo, che quindi sarà incontestabilmente più qualificato a pronunciarsi sulla propria competenza". Dal complesso della sentenza non emerge con chiarezza se le competenze ex art. 17 possano essere ricomprese in quelle c.d. "esclusive", per le quali la Corte aveva fatto intravedere una diversa soluzione nel senso di sottrarle all'operare dell'art. 21, v. al punto 26: "salvo il caso in cui il giudice adito per secondo abbia una competenza esclusiva contemplata dalla convenzione e, in particolare, dall'art. 16 della stessa, l'art. 21 della convenzione dev'essere interpretato nel senso che, quando la competenza del giudice adito per primo è contestata, il giudice adito per secondo può solo sospendere il procedimento, qualora non si dichiari incompetente, e non può accertare egli stesso la competenza del giudice adito per primo.". Sulla decisione si v. QUEIROLO, *Gli accordi sulla competenza*, cit., p. 258e ss. L'Avvocato Generale Léger prende posizione a favore della prevalenza della proroga di competenza sulla litispendenza, condividendo le argomentazioni proposte dal governo inglese. Anche Léger considera il profilo dell'effetto utile dell'art. 17, paventando il pericolo di attività dilatorie, in modo particolare quelle connesse ad azioni di accertamento negativo, le quali permettono all'asserito debitore di agire come attore in un foro incompetente al fine, quanto meno, di ritardare la soddisfazione del creditore. La proposta interpretativa avanzata dall'Avvocato Generale si distingue però da quella del Regno Unito in quanto l'effetto di deroga all'operatività della litispendenza si avrebbe solo in quei casi nei quali la proroga risulti in modo assolutamente chiaro. Di pregio, questa

La Corte di Giustizia risolve la questione sulla base della *ratio decidendi* già definita nella sentenza *Overseas*:³⁸⁶ “[n]ella fattispecie, una competenza del giudice successivamente adito è rivendicata sulla base dell’art. 17 della Convenzione. Tuttavia, questa circostanza non è tale da rimettere in discussione l’applicazione della regola procedurale contenuta nell’art. 21 [...], la quale si basa chiaramente ed unicamente sull’ordine cronologico in cui i giudici sono stati aditi. Inoltre, il giudice adito per secondo non è, in nessun caso, più qualificato del giudice adito per primo a pronunciarsi sulla competenza di quest’ultimo”.³⁸⁷ Le parole utilizzate sono praticamente le stesse della precedente sentenza, precisando, questa volta, che anche l’art. 17 vi è ricompreso. Nel prosieguo della motivazione, la Corte di Giustizia mostra di accogliere le argomentazioni proposte dalla Commissione relativamente al rapporto tra art. 16 e art. 17, considerando più funzionale alla certezza del diritto il fatto che sia determinato “una volta per tutte” quale sia il giudice chiamato a valutare della validità di una clausola di proroga di competenza, ossia il giudice adito per primo. La Corte liquida le preoccupazioni espresse dal governo del Regno Unito, affermando che “le difficoltà [...] derivanti da comportamenti dilatori delle parti [...] non sono tali da rimettere in discussione l’interpretazione di una delle disposizioni della Convenzione di Bruxelles, quale risulta dalla sua formulazione e dalla sua finalità³⁸⁸”. Infine conclude, rispondendo al quesito posto dall’*Oberlandesgericht*, che “[l]’art. 21 della Convenzione di Bruxelles [deve] essere interpretato nel senso che il giudice successivamente adito e la cui competenza è stata fatta valere in forza ad una clausola attributiva di competenza deve tuttavia sospendere il procedimento finché il giudice preventivamente adito si sia dichiarato incompetente³⁸⁹”.

In dottrina alcuni autori italiani avevano preso posizione nel senso espresso dalla Corte di Giustizia anche prima dell’emanazione della sentenza nel caso *Gasser*.³⁹⁰ La decisione, nella sua scelta di rigidità e nella penalizzazio-

soluzione permetterebbe di reprimere i casi evidenti di abuso senza peraltro scardinare eccessivamente il sistema della litispendenza.

³⁸⁶CORTE DI GIUSTIZIA, C-351/89, *Overseas Union*, cit.

³⁸⁷CORTE DI GIUSTIZIA, C-116/02, *Gasser*, cit., punti 46-48.

³⁸⁸Ivi, punto 53.

³⁸⁹Ivi, punto 54. Per la giurisprudenza italiana è conforme CORTE DI CASSAZIONE, 15 febbraio 2007, n. 3364, *Ilva Saronno Spa contro Caves Dom Teodosio SA*, in *DeJure*.

³⁹⁰In particolare LUPOI, *Conflitti transnazionali di giurisdizioni*, I, cit., p. 730 e ss. evidenziava la complessità del fenomeno, escludendo però che la proroga di competenza potesse, *de iure condito*, giocare un ruolo di deroga in materia di litispendenza. Nello stesso senso anche QUEIROLO, *Gli accordi sulla competenza*, cit., p. 258 e ss., la quale, tuttavia, appare più aperta alla dottrina, prevalentemente di matrice britannica, che sostiene la deroga della litispendenza ad opera della clausola di scelta del foro. Tra i commentatori della sentenza europea, Marinelli appare accogliere con favore la soluzione adottata dalla Corte di Giustizia, sottoscrivendone numerosi punti. MARINELLI, *Litispendenza comunitaria, clausola di proroga esclusiva e durata irragionevole del processo preveniente*, in *Int’l Lis*, 2004, p. 69 che critica la posizione suggerita dal Regno Unito e basata sulla “sacralità assoluta” della volontà delle parti, avendo buon gioco a sostenere che la Corte affronta la

ne operata in relazione alle clausole di scelta del foro, è stata molto criticata, non senza ragione.³⁹¹ La prassi ha segnalato il rischio che comporta il principio enunciato, cioè la pratica abusiva di chi agisce in un foro solo in violazione di un accordo, con il solo fine di mettere in difficoltà la controparte.³⁹² La

questione sulla esclusiva base del diritto positivo. Anch'egli liquida il timore di un contegno abusivo ad opera del debitore come semplice "petizione di principio". MARINELLI, *Litispendenza comunitaria*, cit., pp. 70-73.

³⁹¹Cfr., BRIZA, *Choice of Court Agreements: Could the Hague Choice of Court Agreements Convention and the Reform of the Brussels I Regulation Be the Way Out of the Gasser-Owusu Disillusion?*, in *J. Pvt. Int'l L.*, 2009, vol. 5, n. 3, pp. 539-41; HARTLEY, *The European Union and the Systematic Dismantling of the Common Law of Conflict of Laws*, in *Int'l & Comp. L. Quart.*, 2008, vol. 54, p. 813; JUIPERS, *Party Autonomy in the Brussels I Regulation and Rome I Regulation and the European Court of Justice*, in *German Law Journal*, 2009, vol. 10, n. 11, pp. 1514-16; MERRETT, *Article 23*, cit., pp. 329-31. FENTIMAN, *Nota critica*, in *CML Rev.*, 2005, p. 241 apre il commento con una "provocazione", affermando che "in truth the relationship between Articles 23 and 27 is not in issue, and was not in issue in Gasser". Ivi, p. 249. Per il giurista inglese il vero punto è "which court should determine whether the agreed court has jurisdiction". Così, sebbene "[f]ew legal decisions are truly inevitable", la decisione in Gasser era "ordained once the Court adopted a 'formal' rather than 'instrumental' approach to the Brussels Convention - one which prized [...] logic above consequences, theory above practice". FENTIMAN, *Nota critica*, cit., p. 251. Si tratta quindi della scelta di fondo che determina l'esito: teoria contro pratica, analisi meramente logica contro la valutazione delle conseguenze. Una volta che si ritenga uno dei due elementi prevalente, la sentenza si scrive quasi da sé. Questa quindi la critica principale che viene mossa all'istituzione europea: la maggior preoccupazione è di evitare quel conflitto tra giudicati che costituisce la *nemesis* del sistema di diritto uniforme nell'ottica della Corte di Giustizia. Fentiman, invece, sottolinea come un tale conflitto sia solo su uno dei due aspetti della questione, e quello meno rilevante dal momento che "to seek at all costs to avoid parallel litigation is to tilt at a phantom target". Ivi, p. 253. Secondo l'A., la durata e i costi di mantenimento di due processi paralleli sono deterrenti efficaci. Inoltre è l'esperienza della prassi che suggerisce che si tratti di un'eventualità marginale. Per il giurista inglese "many would see as more pressing risk that one party might invoke a court's jurisdiction for tactical reasons. For them priority is not avoiding the chimera of parallel litigation, but controlling unfair forum shopping. The danger is all greater because, in practice, to win the battle of forums is to win outright. Normally a defendant sued in an inconvenient forum is likely to settle". Ibidem. L'idea del "likely to settle" è forse meno attuale per l'esperienza del nostro ordinamento. Fentiman fa eco alle posizioni espresse nel corso della causa dal governo britannico, perché ne condivide la cultura e le preoccupazioni. Ancora una volta, invece, la Corte di Giustizia si mostra sorda alle istanze provenienti da un'esperienza tanto preziosa: "[t]he crux of the decision is that the Court refused to tolerate any risk of parallel proceedings and irreconcilable judgments" e "Gasser shows the European regime to be insensitive to procedural justice for defendants".

³⁹²Questa pratica, inoltre, indebolisce il ruolo della clausola di scelta del foro in chiave anti "forum shopping", v. LOPEZ DE GONZALO, *Forum shopping, litispendenza e clausole di scelta del foro: il caso del trasporto marittimo*, in *Dir. comm. int.*, 2002, vol. 1, p. 163; LUPOI, *Conflitti transnazionali di giurisdizioni, I*, cit., p. 42 e ss. e 595; PENASA, *Cessione del credito*, cit., p. 78 alla nota n. 21; FENTIMAN, *Nota critica*, cit., p. 250. È nota l'espressione coniata da FRANZOSI, *Worldwide Patent Litigation and the Italian Torpedo*, in *Eur. Int. Prop. Rev.*, 1997, vol. 7, p. 382 già nel 1997, che definiva una precisa strategia consistente nell'agire in Italia (o in altro foro caratterizzato dalla durata abnorme dei procedimenti) anche se palesemente incompetente, magari in accertamento negativo,

rigida regola del *first in time*, inoltre, finisce per penalizzare eventuali aspetti di mediazione o risoluzione alternativa e stragiudiziale delle controversie, privilegiando il criterio del *forum running*.³⁹³

Il principio espresso in *Gasser* è stato superato nel nuovo Regolamento 1215/2012,³⁹⁴ il quale prevede una nuova norma specifica che regola la litispendenza nel caso in cui sia eccepita l'esistenza di un accordo sulla giurisdizione. La nuova regola prevede, in linea di massima, un meccanismo di *Kompetenz-Kompetenz* che accentra la valutazione circa la validità della clausola in capo al giudice eletto.³⁹⁵ Si capovolge, dunque, la situazione ga-

in modo da usufruire della rigida regola di litispendenza prevista dalla Convenzione e dal Regolamento per paralizzare qualsiasi altra azione nel territorio europeo per diversi anni e godere, dunque, dei benefici associati.

³⁹³Questo vale in massimo grado quando è disponibile più di un foro concorrente, così che chi ricopre la qualifica di attore ha il privilegio di scegliere il foro. Può valere, però, anche in chiave abusiva per paralizzare il foro eletto nella clausola.

³⁹⁴*Considerando 22*:

“per migliorare l'efficacia degli accordi di scelta esclusiva del foro e impedire tattiche processuali scorrette, è necessario prevedere una deroga alla regola generale di litispendenza al fine di risolvere in modo soddisfacente una situazione specifica in cui potrebbero verificarsi procedimenti paralleli. Tale situazione si verifica quando un'autorità giurisdizionale non designata in un accordo di scelta esclusiva del foro è stata adita e l'autorità giurisdizionale prescelta è investita successivamente di una controversia tra le medesime parti avente il medesimo oggetto e il medesimo titolo. In tal caso l'autorità giurisdizionale adita dovrebbe essere sollecitata a sospendere il procedimento non appena l'autorità giurisdizionale prescelta sia stata adita e fino a quando quest'ultima dichiara la propria incompetenza in virtù dell'accordo di scelta esclusiva del foro. In tal modo si assicura che, in siffatte situazioni, l'autorità giurisdizionale prescelta abbia la priorità nel decidere sulla validità dell'accordo e sulla sua portata nella controversia dinanzi a essa pendente. L'autorità giurisdizionale prescelta dovrebbe poter procedere a prescindere dal fatto che l'autorità giurisdizionale non prescelta abbia già deciso di sospendere il procedimento. Tale deroga non dovrebbe applicarsi ai casi in cui le parti hanno stipulato accordi configgenti di scelta esclusiva del foro o in cui l'autorità giurisdizionale prescelta nell'accordo di scelta esclusiva del foro sia stata adita per prima. In tali casi dovrebbe applicarsi la regola generale in materia di litispendenza di cui al presente regolamento”.

³⁹⁵Articolo 31 del Regolamento 1215/2012:

“2. Fatto salvo quanto previsto dall'articolo 26, qualora sia adita l'autorità giurisdizionale di uno Stato membro al quale un accordo di cui all'articolo 25 conferisce competenza esclusiva, qualunque autorità giurisdizionale di un altro Stato membro sospende il procedimento fino a quando l'autorità giurisdizionale adita sulla base dell'accordo dichiara di non essere competente ai sensi dell'accordo.

3. Se l'autorità giurisdizionale designata nell'accordo ha accertato la propria competenza in base all'accordo, qualunque autorità giurisdizionale di un altro Stato membro dichiara la propria incompetenza a favore della prima.

4. I paragrafi 2 e 3 non si applicano alle materie di cui alle sezioni 3,

rantendo la massima protezione all'autonomia delle parti, ma esponendosi al rischio di abusi nel senso contrario.³⁹⁶ Pertanto reputiamo opportuno che il giudice adito per primo debba valutare, se non la validità della clausola stessa, che questa sia almeno *prima facie* esistente.³⁹⁷ L'istituto così ricreato ricorda in certo modo l'operare della litispendenza a proposito dell'art. 22, ma è da respingere qualsiasi eventuale estensione agli accordi sul foro del divieto di riconoscere una sentenza emanata in violazione di un criterio di competenza esclusiva assoluta prevista dall'art. 22.³⁹⁸

4 o 5 nei casi in cui l'azione è proposta dal contraente dell'assicurazione, dall'assicurato, da un beneficiario del contratto di assicurazione, dalla parte lesa, dal consumatore o dal lavoratore e l'accordo è invalido ai sensi delle disposizioni contenute nelle suddette sezioni”.

Si tratta in parte della proposta avanzata dal Governo Britannico in *Gasser*. Cfr. anche FENTIMAN, *Nota critica*, cit., p. 255 e ss. Il 4° comma del nuovo art. 31 dispone che la norma non si applica ai fori protetti.

³⁹⁶Una parte convenuta in giudizio, cioè, potrebbe eccepire l'esistenza di una (improbabile) clausola sul foro per paralizzare il procedimento e rendere necessario litigare circa l'esistenza di detta clausola nel foro eletto.

³⁹⁷È di simile avviso anche PENASA, *Gli accordi sulla giurisdizione*, cit., p. 169 e ss., il quale specifica che il giudice *a quo* dovrebbe valutare se l'accordo è valido ed efficace alla stregua delle regole europee e spogliarsi della controversia a favore del giudice eletto solo in seguito all'esito positivo di tale verifica. FENTIMAN, *Nota critica*, cit., p. 256. Inoltre, l'operare di questo particolare tipo di litispendenza dovrebbe essere subordinato alla decisione del primo giudice di sospendere la causa. In tal modo non si avrebbero zone grigie perché se la clausola appare *prima facie* esistente ed è agevole determinare il giudice indicato, sarà quel giudice a conoscere della validità della clausola ed eventualmente anche della controversia. Ivi, p. 257 sostiene che i meccanismi qui indicati “*also avoid any suggestion that one court, the agreed court, is better able to determine the effect of Article 23 than another court, the court first seized. They recognize simply that the agreed court should have the first option to do so*”. Se invece la questione non è chiara, il giudice adito per primo potrà approfondire l'analisi della stessa e anche trattenerne la causa, poiché la litispendenza imporrà al giudice adito per secondo di sospendere la causa, evitando rischi di procedimenti paralleli. Un tale meccanismo permetterebbe di colpire le pratiche abusive nelle due forme nelle quali si presentano: se il debitore agirà in accertamento negativo in un foro derogato in spregio ad una clausola sul foro, il creditore-convenuto avrà buon gioco ad adire il giudice eletto e chiedere al giudice adito per primo di far rispettare un tale accordo. Una volta valutato il *fumus boni iuris* del convenuto, il giudice prevenuto sospenderà il procedimento in attesa della valutazione da parte del secondo. Qualora invece il creditore abbia agito nel foro corretto, e il debitore tenti di sfuggirvi tramite l'allegazione dell'esistenza di un foro prorogato, il giudice avrà buon gioco nel ritenere un tale comportamento abusivo, non dandovi seguito. Questa proposta cerca di riunire i punti di forza di altre, temperandone i difetti.

³⁹⁸Estendere una tale proibizione anche in relazione agli accordi di proroga avrebbe l'effetto di moltiplicare l'incertezza, danneggiando l'istituto della proroga e le parti che vi fanno ricorso. FENTIMAN, *Nota critica*, cit., p. 256 sottolinea inoltre che “*in so far as enforcement may be possible in the country of the court first seized, the value of amending Article 35 [sul riconoscimento] is reduced*”. Tuttavia il giurista inglese non appare condividere l'esclusione *tout court* del meccanismo applicato alla proroga di competenza.

La Corte di Giustizia ha recentemente emesso un'importante decisione che si colloca a metà tra la litispendenza e la questione della circolazione delle decisioni. CORTE DI GIUSTIZIA, 15 novembre 2012, causa C-456/11, *Gothaer Allgemeine Versicherung AG*

contro Samskip GmbH, in *Racc. giur. CE*, 2012, p. 0. La controversia riguarda una causa per danni causati dal vettore Samskip ad un impianto di produzione di birra trasportato in Messico per conto della società tedesca Kronos, intentata dalla stessa Kronos e da quattro compagnie di assicurazioni. La particolarità è che le parti agiscono in Germania davanti al *Landgericht* di Brema solo dopo la decisione del *Hof van beroep* di Anversa che dichiara il difetto della giurisdizione belga a cagione di una clausola sulla giurisdizione contenuta nella polizza di carico, la quale elegge l'Islanda quale foro competente. La clausola a favore del giudice islandese rientra nel sistema di Lugano e non nell'ambito del Regolamento 44/2001, ma la questione dell'efficacia della sentenza belga in Germania è materia per Bruxelles I. A seguito delle difese svolte dal vettore, il *Landgericht* ritiene opportuno sollecitare l'interpretazione della Corte di Giustizia se la decisione belga sia o meno vincolante per il giudice tedesco e in quale misura. In particolare il giudice chiedeva se (1) nella nozione di "decisione" sono ricomprese anche le decisioni che si esauriscono nell'accertamento dell'insussistenza dei presupposti processuali di ricevibilità (cosiddette sentenze meramente processuali), quale (2) una sentenza conclusiva del grado di giudizio, con la quale il giudice adito declina la propria competenza internazionale sulla base di una clausola attributiva di competenza giurisdizionale e in specifico se (3) ogni Stato membro è tenuto a riconoscere le decisioni emesse dal giudice di un altro Stato membro relative all'efficacia di una clausola attributiva di competenza giurisdizionale stipulata inter partes, quando, secondo il diritto nazionale del giudice dello Stato di origine, l'accertamento dell'efficacia di tale clausola abbia autorità di cosa giudicata, e ciò anche qualora la decisione in proposito costituisca parte di una sentenza meramente processuale che ha respinto il ricorso. Ivi, ¶ 21. Il giudice europeo, riprendendo le fila della sua precedente giurisprudenza in punto di riconoscimento, afferma prima che il regime di circolazione "si applica parimenti ad una decisione con la quale il giudice di uno Stato membro declina la propria competenza sulla base di una clausola attributiva di competenza, indipendentemente dalla qualificazione di tale decisione secondo il diritto di un altro Stato membro". Ivi, ¶ 32. E, quindi, conclude che "il giudice dinanzi al quale venga invocato il riconoscimento di una decisione con la quale il giudice di un altro Stato membro abbia declinato la propria competenza sulla base di una clausola attributiva di competenza è vincolato dall'accertamento della validità di tale clausola, contenuto nella motivazione di una decisione, passata in giudicato, dichiarativa dell'irricevibilità dell'azione". Ivi, ¶ 43.

La decisione in parola stabilisce dunque un importante e innovativo principio, valido per il campo degli accordi sul foro ma probabilmente destinato a trascenderne i confini, secondo il quale anche le decisioni di rito, purché definitive, sono destinate a circolare e a spiegare il proprio effetto preclusivo nel territorio dell'Unione. Così, una decisione emessa da un giudice europeo che ritiene valido, o anche invalido, un accordo sul foro sarà vincolante per ogni Stato membro. Data la *ratio decidendi* non dovrebbe fare differenza che il giudice indicato appartenga al sistema Bruxelles I o, come nel caso in parola, al sistema di Lugano. Probabilmente il principio è estendibile anche nel caso di accordo che elegga la competenza di un giudice non appartenente a nessuno dei due sistemi regionali.

CAPITOLO 3

ACCORDI SULLA GIURISDIZIONE E COMMON LAW

3.1 INTRODUZIONE

Laddove nell'area di *civil law* la giurisdizione è fondata su norme che vincolano il giudice circa la scelta se esercitare o meno il proprio potere, lo scenario muta attraversando la Manica e l'Atlantico. Sia in Inghilterra che negli Stati Uniti, infatti, un tratto caratterizzante è il grado di discrezionalità del quale gode il giudice nel decidere se conoscere o meno di una controversia. Nonostante la comune discendenza da una concezione della giurisdizione quale espressione del principio di sovranità territoriale basata sulla *physical presence* del convenuto nel foro, tuttavia, vi sono profonde differenze tra i due ordinamenti anglofoni.

In Inghilterra la discrezionalità gioca, infatti, un ruolo chiave nel limitare la natura esorbitante del criterio di collegamento basato sulla mera *presence* del convenuto e nella concessione del permesso per citare un convenuto non residente nel foro. Afferma un giovane Lawrence Collins: “[i]n English law discretion plays a vital role in three areas (...): first, the English court is always called upon to exercise its discretion before permitting service abroad on a foreign defendant of process originating in England (...); secondly, the court has a discretion to enjoin the continuance of foreign proceedings in cases of vexation; thirdly, the court has a discretion to stay proceedings which have been commenced in England, which it will exercise most sparingly and only in cases of clear oppression of the defendant”.¹ Negli Stati Uniti, al contrario, la giurisdizione è fortemente influenzata da precetti di carattere

¹COLLINS, *Choice of Forum and the Exercise of Judicial Discretion: The Resolution of an Anglo-American Conflict*, in *Int'l & Comp. L.Q.*, 1973, vol. 22, n. 2, p. 333. Il periodo finale deve essere oggi letto alla luce delle evoluzioni giurisprudenziali che hanno superato il criterio dell'oppressività, sulle quali v. il prossimo paragrafo. L'A. prosegue il proprio ragionamento, concludendo: “Forum selection clauses provide a fourth category (or perhaps an illustration of all three categories)”.

costituzionale, tratti dal principio del *due process of law* e gradualmente plasmati dalla Corte Suprema. Significativo in tal senso è l'adozione, dalla metà del secolo scorso, di un criterio di giurisdizione internazionale articolato sul canone dei *minimum contacts* del convenuto con il foro,² quale garanzia di *fairness* costituzionale dell'esercizio del potere da parte del giudice nei confronti della parte convenuta. La connotazione in chiave costituzionale non impedisce, però, che anche negli Stati Uniti si sviluppi la dottrina del *forum non conveniens*, quale potestà discrezionale che consente al giudice di non esercitare la giurisdizione sulla base di una valutazione di appropriatezza del foro.

Tanto in Inghilterra, quanto negli Stati Uniti, la discrezionalità è considerato un carattere insito della funzione giurisdizionale, un *inherent power*,³ non una facoltà *octroyée* da parte del Legislatore.

Dato il diverso modo di concepire la giurisdizione, non stupisce, dunque, che anche l'approccio inglese e americano alla questione della deroga alla giurisdizione, e al tema degli accordi sul foro in generale, sia distante da quanto avviene nel diritto europeo o italiano. Nei sistemi di *civil law* che abbiamo considerato il profilo che assume importanza fondamentale è quello della validità dell'accordo e segnatamente la questione della validità formale. Ci siamo dunque spesi lungamente nel descrivere le forme con le quali può essere stipulato un patto sulla giurisdizione, notando che a una maggiore flessibilità del contenitore formale corrisponde una minore tutela del consenso effettivo delle parti. Quanto agli effetti del patto, se i requisiti sono soddisfatti la proroga o la deroga della giurisdizione è per il giudice pressoché automatica.

Il *common law* non trascura il profilo della *validity*, ma questo non rappresenta l'unico momento di verifica e di gran lunga non il più importante. L'attenzione del giudice si concentra, infatti, sul profilo dell'*enforceability*, ossia sulla decisione se dare o meno efficacia alla stipulazione intervenuta tra le parti. In entrambi gli ordinamenti considerati il punto di partenza è che le parti non possono, tramite accordo, esautorare (*oust*) il giudice del proprio potere giurisdizionale. Si esclude, cioè, una diretta operatività del patto, in quanto tale, sulla giurisdizione. Al giudice spetta, invece, esercitare la discrezionalità che gli è propria per decidere se dare o meno la propria approvazione agli impegni che le parti hanno reciprocamente sottoscritto, cioè alla scelta del foro operata. In tale valutazione, peraltro, il giudice inglese e il collega americano seguono strade assai differenti, oggetto delle pagine che seguono.

²*International Shoe Co. v. Washington*, 326 U.S. 310 (1945).

³BRIGGS, *Agreements on Jurisdiction and Choice of Law*, OUP, 2007, p. 52; LEAR, *Congress, the Federal Courts, and Forum Non Conveniens: Friction on the Frontier of the Inherent Power*, 91 *Iowa L. Rev.* 1147, 1159–60 (2006). V. anche PUSHAW, *The Inherent Powers of Federal Courts and the Structural Constitution*, 86 *Iowa L. Rev.* 735, 799 (2001).

3.2 LA GIURISDIZIONE INTERNAZIONALE IN INGHILTERRA

Il moderno approccio inglese alla giurisdizione internazionale è il risultato di un insieme di regole positive e di principi elaborati dalla giurisprudenza. Il suo carattere di fondo è spiegato efficacemente da James Fawcett: “theoretical analyses are unsupported in English private international law. They are alien to the common law tradition and if offered in argument would be a matter of surprise to an English judge. [The English lawyer] is nothing if not an empiricist and a pragmatist. (...) There is no sacred principle that pervades all decisions (...). Neither justice nor convenience is promoted by rigid adherence to any one principle (...) The presumptions are rebuttable and weight is given to all the factors. None is exclusive. Private international law is no more an exact science than is any other part of the law of England; it is not scientifically founded on the reasoning of jurists, but it is beaten out of the anvil of experience”.⁴

Certamente non mancano, nel diritto inglese, raffinati meccanismi di determinazione e delimitazione della giurisdizione internazionale. Il dato sorprendente, tuttavia, è che la ricostruzione dell’ambito della competenza delle corti di Londra è strettamente collegato all’istituto del *service of process*, ossia alla notifica della citazione, tanto che è possibile affermare che “*ubi service, ibi iurisdictio*”.⁵

⁴FAWCETT e CARRUTHERS, *Cheshire, North & Fawcett. Private International Law*, OUP, 2008, pp. 36-37. Sopravvive, in Inghilterra e ancora più negli Stati Uniti, un’altra distinzione a noi poco familiare, tra giurisdizione *in personam* e *in rem*. In Inghilterra sopravvive una sola ipotesi di *claim in rem*, nell’ambito della antica corte di *Admiralty*. DICEY, MORRIS e COLLINS, *The Conflict of Laws*, Sweet & Maxwell, 2006, pp. 13-001 e ss.; FAWCETT e CARRUTHERS, *Private International Law*, cit., p. 414 e ss.

⁵Nelle parole di DICEY, MORRIS e COLLINS, *The Conflict of Laws*, cit., pp. 11-002, “the general principle [is] that in England service of process is the foundation of the court’s jurisdiction to entertain a claim *in personam*. ... When process cannot legally be served upon a defendant, the court can exercise no jurisdiction over him[. T]he converse of this statement holds good, and whenever a defendant can be legally served with process, then the court, on service being effected, has jurisdiction to entertain a claim against him. Hence in proceedings *in personam* ... the rules as to service define the limits of the court’s jurisdiction”. Al contrario “[i]n continental countries [e, aggiungiamo noi, negli Stati Uniti] service of process is often required to give the defendant notice of proceedings, but it does not create jurisdiction; jurisdiction must exist already before a writ can be served (the most common basis of jurisdiction being the habitual residence of the defendant)”. AKEHURST, *Jurisdiction in International Law*, in *Brit. Y.B. Int’l L.*, 1972-73, vol. 46, p. 171. Il *service of process* è regolato dalla complessa Rule 6 delle Civil Procedure Rules (CPR) e, in particolare, il *service out of the jurisdiction* dalla Practice Direction 6B, § 3.1. FAWCETT e CARRUTHERS, *Private International Law*, cit., p. 353 affermano che “[t]he most striking feature of the English common law rules relating to competence in actions in personam is their purely procedural character. Anyone may invoke or become amenable to the jurisdiction, provided only that the defendant has been served with a claim form”. Un limpido esempio della priorità logica del *service* sulla *jurisdiction* nella *common law* si coglie nei seguenti paragrafi di DICEY, MORRIS e COLLINS, *The Conflict of Laws*, cit.,

Tale circostanza è la manifestazione sintomatica di una continua adesione, ancorché oggi solo formale, ad una concezione risalente della giurisdizione in senso fortemente territoriale intesa come *physical presence* del convenuto sul territorio sovrano che si è storicamente sviluppata in Inghilterra.⁶ Nelle parole di Lord Russel of Killowen nel caso *Carrick v. Hancock* del 1895:⁷ “the jurisdiction of a court was based on the principle of territorial dominion, and [. . . that] all persons within any territorial dominion owe their allegiance to its sovereign power and obedience to all its laws and to the lawful jurisdiction of its courts”.⁸ *At common law*, e cioè secondo il diritto tradizionale, la giurisdizione poteva essere esercitata solo nei confronti del convenuto che fosse presente, anche *transeunte*,⁹ sul territorio inglese e a patto che fosse effettuato un *proper service*. Sfuggivano alla cognizione delle corti inglesi tutte le controversie nelle quali il convenuto non fosse presente sul territorio e rispet-

pp. 11-136: “At common law, the mere agreement of the parties that the court was to have jurisdiction to determine disputes arising out of a contract between them was insufficient by itself to give the court jurisdiction, because the defendant could not be legally served with process if he was out of England. But if one party to the contract nominated an agent resident in England to accept service of process on his behalf, he was deemed to submit to the jurisdiction, and service could be effected on the agent in accordance with the contract”.

⁶ *At common law*, la giurisdizione *in personam* del giudice inglese poteva essere fondata solo sul *service within the jurisdiction* o sulla volontaria *submission* del convenuto alla giurisdizione inglese. DICEY, MORRIS e COLLINS, *The Conflict of Laws*, cit., pp. 11-146.

⁷ 12 TLR 59.

⁸ BEALE, *The Jurisdiction of Courts over Foreigners*, in *Harv. L. Rev.*, 1913, vol. 26, p. 284 ne suggerisce una lettura in chiave storica: “In England (. . .) the law of the king’s courts, common to the whole territory of England, became the sole law of the land. The centralizing policy of the Plantagenets was completely effective in arousing the feeling of territorial nationality, and in bringing about the recognition of the king as a territorial rather than a feudal sovereign. It was natural, therefore, that territorial principles should lie at the basis of the jurisdiction of the king’s courts. This natural feeling was emphasized by the historical development of the king’s courts. Apart from real actions (including debt, which was real in origin) the king’s jurisdiction was originally confined to trespass, which he brought within the jurisdiction of his own judges by alleging it to be an act in breach of his peace. Personal actions in the king’s courts were therefore in their origin violations of public order; and even the most extreme advocates of the theory of personal jurisdiction admit that questions of public order are reserved solely for the jurisdiction of the territorial sovereign. This original jurisdiction in personal actions was extended by the Statute of Westminster II to cover all actions in consimili casu, and the whole modern law of personal actions is derived from this statute. With these political and historical reasons for its adoption we shall not be surprised to find the principle of territorial jurisdiction accepted in all states where the common law prevails”.

⁹ AKEHURST, *Jurisdiction in International Law*, cit., p. 170. Non però se la presenza transitoria fosse stata carpita con frode dall’attore all’esclusivo fine di servire il *writ*. *Watkins v. North American Land and Timber Co. (Ltd.)*, [1904] 20 TLR 534. Cfr. anche *Colt Industries Inc. v. Sarlie*, [1966] 1 All ER 673, 676 (per Lyell J) “In my judgment (. . .) in the absence of fraud inducing the defendant to come into the country so that he (. . .) is tricked to come within the jurisdiction for the sole purpose of serving him with a writ, jurisdiction [is] well founded by serving a writ on a foreigner who was here merely casually, and that accords entirely with the rule stated in Dicey for over forty years”.

to alle quali, dunque, non poteva essere validamente effettuato il *service*.¹⁰ Spiega Joseph Beale: “Since the jurisdiction of the court does not extend into the foreign country, and its writ is waste paper there, service of process, or what is service in form, on the foreigner in his own country is ineffective, and does not help the case”.¹¹ Una giurisdizione ad un tempo esorbitante e troppo ristretta: rientravano alcune controversie che erano solo tenuemente connesse e ne sfuggivano altre per la mancata presenza del convenuto sul territorio inglese. Per ovviare ad alcuni degli inconvenienti di un ambito d’azione talvolta troppo limitato, i giudici non mancarono di elaborare anche finzioni tese ad estendere la portata del proprio potere giurisdizionale.¹²

La soluzione del problema arrivò con il *Common Law Procedure Act* del 1852 che alle §§ 18 e 19 consentiva finalmente di effettuare il *service outside the jurisdiction*. Tale autorizzazione normativa è confluita, poi, nel Supreme Court Order 11 ed è oggi cristallizzata nelle *Civil Procedure Rules* (CPR).¹³ Nonostante l’estensione intervenuta per via legislativa, permane una profonda differenza a seconda che il convenuto sia o meno *present* nel territorio inglese. Quando il convenuto si trova sul territorio inglese, e cioè si tratta di *service within the jurisdiction*, la giurisdizione è esercitata *at common law* e l’attore è in una posizione, per così dire, di diritto in quanto la giurisdizione è esercitata *as of right*. Nel caso di *service out*, invece, l’esercizio della competenza giurisdizionale è, in linea di principio, discrezionale. L’attore che intende notificare una citazione all’estero, infatti, deve prima ottenere la concessione di un permesso (*leave*) da parte del giudice.

La distinzione tra *service within ‘as of right’* e *service out* sottoposto alla discrezionalità del giudice, deve essere completata con il ruolo svolto dalla

¹⁰Il principio viene efficacemente affermato dal giudice inglese in occasione della richiesta del riconoscimento di una sentenza emanata dalla corte dell’isola di Tobago. La corte di Tobago aveva ordinato al convenuto di comparire nell’azione, effettuando il *service of process* inchiodando semplicemente una copia della citazione alla porta della corte, procedura consentita e utilizzata nell’isola. Il convenuto, tuttavia, non era mai stato a Tobago, né era apparso per mezzo di un avvocato. Nel negare validità alla sentenza, Lord Ellenborough afferma: “Can the Island of Tobago pass a law to bind the rights of the whole world? Would the world submit to such an assumed jurisdiction?”. *Buchanan v. Rucker*, 9 East 192 (1808).

¹¹BEALE, *The Jurisdiction of Courts*, cit., pp. 286-87.

¹²Finzioni erano elaborate anche per esercitare la giurisdizione su una *cause of action* sorte fuori dal reame. V. Ivi, p. 290: “The difficulty caused by the form of allegation in the pleadings was finally surmounted by a fiction: namely, by laying a fictitious venue at some place within the kingdom; and this fictitious allegation of venue was not allowed to be disputed. In the first reported case of action for a foreign tort the wrong was committed in the island of Minorca; and the venue was laid ‘at Minorca, to wit at London aforesaid in the Parish of St. Mary le Bow in the Ward of Cheap.’ From this time it became possible to sue in England for a foreign tort or breach of contract”. Il caso citato è *Mostyn v. Fabrigas*, Cowp. 161 (1774).

¹³FAWCETT e CARRUTHERS, *Private International Law*, cit., p. 354 e 372; BRIGGS, *Agreements on Jurisdiction*, cit., p. 51.

dottrina del *forum non conveniens* nel limitare la giurisdizione inglese.¹⁴ L'espressione latina descrive il potere del giudice di sospendere o rifiutare l'esercizio del proprio potere giurisdizionale, altrimenti esistente, sulla base di una valutazione circa l'appropriatezza della scelta effettuata dall'attore. La dottrina in parola viene fatta risalire sino all'esperienza delle corti scozzesi del XIX^o secolo, dalle quali è poi migrata, pur in forme diverse, in Inghilterra, negli Stati Uniti e in generale nei paesi afferenti alla tradizione di *common law*.¹⁵

La prima apparizione in Inghilterra, agli inizi del '900, è limitata alla prevenzione dell'*abuse of process*, ossia delle azioni "vexatious, oppressive or unjust" nei confronti del convenuto, sul presupposto della malafede dell'attore.¹⁶ Nei casi di abuso, dunque, il giudice può astenersi dall'esercitare il proprio potere giurisdizionale, altrimenti esistente.¹⁷

La versione moderna e più ampia della dottrina si sviluppa, invece, a partire dalla decisione in *The Atlantic Star* del 1973.¹⁸ In tale occasione, la House of Lords lima il requisito della malafede e indica alcuni dei requisiti utili a valutare la natura oppressiva dell'azione.¹⁹ Sono due i passi intermedi che portano verso il *leading case*. In *MacShannon v. Rockware Glass Ltd.*²⁰ Lord Diplock elabora un test bi-fase, affermando che "[i]n order to justify a stay, two conditions must be satisfied, one positive and the other negative: (a) the defendant must satisfy the court that there is another forum to whose jurisdiction he is amenable in which justice can be done between the parties at substantially less inconvenience or expense and (b) the stay must not deprive the plaintiff of a legitimate personal or juridical advan-

¹⁴V. LUPOI, *Conflitti transnazionali di giurisdizioni*, I, Giuffrè, 2002, p. 145 e ss.

¹⁵Le decisioni che cristallizzano la dottrina del *forum non conveniens* in Scozia sono *Clements v. Macaulay*, 4 M. 583 (1866) e *Sim v. Robinow*, 19 R. 655 (1892). Si v. ABBOT, *Note, The Emerging Doctrine of Forum Non Conveniens: A Comparison of the Scottish, English and United States Application*, 18 *Vand. J. Transn'l L.* 111, 114-25 (1985). In generale sulla genesi storica, ANDRIEUX, *Declining Jurisdiction in a Future International Convention on Jurisdiction and Judgments – How Can We Benefit from Past Experiences in Conciliating the Two Doctrines of Forum Non Conveniens and Lis Pendens?*, 27 *Loy. L.A. Int'l & Comp. L. Rev.* 323, pp. 336-348 (2005).

¹⁶*Logan v. Bank of Scotland*, [1906] 1 K.B. 141, 150-51; *St. Pierre v. S. Am. Stores*, [1936] 1 K.B. 382, 390.

¹⁷V. LUPOI, *Conflitti transnazionali di giurisdizioni*, I, cit., pp. 157-58.

¹⁸*The Atlantic Star*, [1973] 2 All ER 175, [1974] A.C. 436.

¹⁹Li riassume LUPOI, *Conflitti transnazionali di giurisdizioni*, I, cit., p. 159: "La natura della causa, l'eventuale *lis pendens*, lo stato di avanzamento della causa al momento della decisione, gli effettivi vantaggi per l'attore. (...) In generale, [però,] ogni comparazione tra i meriti e i difetti delle varie giurisdizioni doveva essere evitata". *The Atlantic Star* [1974] A.C. 436 at p. 454 (per Reid LJ): "In the end it must be left to the discretion of the court in each case where a stay is sought, and the question would be whether the defendants have clearly shown that to allow the case to proceed in England would in a reasonable sense be oppressive looking to all the circumstances including the personal position of the defendant".

²⁰[1978] A.C. 795, p. 812.

tage which would be available to him if he invoked the jurisdiction of the English court". Sempre Lord Diplock compie un ulteriore passo in *The Abidin Daver*²¹: "the balancing of advantage and disadvantage to plaintiff and defendant of permitting litigation to proceed in England rather than, or as well as, in a foreign forum is to be based upon objective standards supported by evidence" e "the essential change in the attitude of the English Courts to pending or prospective litigation in foreign jurisdictions that has been achieved step-by-step during the last 10 years as a result of the successive decisions of this House in *The Atlantic Star*, *MacShannon*, and *Amin Rasheed*, is that judicial chauvinism has been replaced by judicial comity to an extent which I think the time is now ripe to acknowledge frankly is, in the field of law with which this appeal is concerned, indistinguishable from the Scottish legal doctrine of *forum non conveniens*".²²

Si giunge alla compiuta affermazione del *forum non conveniens* inglese poco più di un decennio dopo, nella formulazione adottata da Lord Goff of Chieveley nel caso *Spiliada Maritime*,²³ ancora oggi il punto di riferimento in materia. *Spiliada* ribadisce, preliminarmente, che "*conveniens*" sta per "appropriato" e non per "conveniente".²⁴ Alla luce di tale caratterizzazione, il giudice è chiamato a valutare se esiste un *available forum which is clearly more appropriate*, vale a dire se la controversia potrebbe essere meglio decisa in un altro ordinamento.²⁵ Se l'esito di questa indagine è negativa, il giudice può esercitare la propria giurisdizione senza indugio. Viceversa, se esiste un foro chiaramente più appropriato, la corte inglese è chiamata ad astenersi, a meno che esigenze di giustizia nel caso concreto non le impongano comunque

²¹[1984] 1 All E.R. 470, 343 e 344.

²²Secondo KAHN-FREUND, *Jurisdiction Agreements: Some Reflections*, in *Int'l & Comp. L. Quart.*, 1977, vol. 26, n. 4, p. 851 già la decisione in *The Atlantic Star* rende chiaro che "the Scottish and American general doctrine of *forum non conveniens* does not exist in England. That is, it does not exist as a general doctrine compelling or enabling the court to refrain from adjudicating on the merits only because adjudication abroad would be more convenient". Si v. anche ABBOT, *Note*, cit., pp. 125-35. SCHUZ, *Controlling Forum Shopping: The Impact of MacShannon v. Rockware Glass Ltd*, 35 *Int'l & Comp. L.Q.* 374, 383-84 (1986), nota che il fattore decisivo per le corti inglesi è la determinazione del c.d. *natural forum*. Così anche FENTIMAN, *Jurisdiction, Discretion and the Brussels Convention*, 26 *Cornell Int'l L.J.* 59, 73 (1993). V. *The Abidin Daver*, [1984] A.C. 398, 412 (HL) (per Diplock LJ).

²³*Spiliada Maritime Corp. v. Cansulex Ltd.*, [1987] 1 A.C. 460.

²⁴*Spiliada Maritime Corp.*, [1987] 1 A.C. p. 474-75. Con ciò si supera anche l'idea di 'foro naturale' avanzata in *MacShannon*. Cfr. anche LUPOI, *Conflitti transnazionali di giurisdizioni*, I, cit., p. 169.

²⁵I fattori che rendono un foro *clearly more appropriate* sono vari, anche se tutti appartengono all'area che gli americani definirebbero 'private factor', ossia alla relazione tra il foro e la controversia. Mancano considerazioni afferenti al 'public factor', quali l'interesse del foro nel giudicare la controversia o l'affollamento del *docket* del giudice. V. *infra* la nota 126. Fattori rilevanti sono la *lex causae*, la concentrazione della controversia, l'oggetto del contratto, il luogo dove si è verificato il *tort* e la localizzazione di testimoni e prove. Ivi, pp. 173-85.

di conoscere della controversia.²⁶ L'analisi del giudice è, dunque, articolata su due livelli, uno relativo all'appropriatezza del foro e l'altro a considerazioni di giustizia.

Tornando al profilo del *service within* o *out*, il meccanismo elaborato da Lord Goff in *Spiliada* è in grado di riunire in un'analisi sostanzialmente analoga le due ipotesi, che pure debbono essere tenute separate sul piano concettuale, dello *stay* di un procedimento nel quale la giurisdizione è stata esercitata *as of right* e della valutazione circa la concessione, ovvero la revoca, del *leave* per il *service outside the jurisdiction*. In entrambi i casi, infatti, il giudice è chiamato a verificare la scelta del foro inglese operata dall'attore quale sede della risoluzione della controversia, e più in generale a determinare quale sia il foro più appropriato per tale operazione.²⁷ A marcare la differenza tra *service within* e *service out*, rimane la distribuzione dell'onere della prova. Se la giurisdizione è esercitata *as of right*, spetta al convenuto dimostrare che l'Inghilterra è un *forum non conveniens* e convincere il giudice a sospendere l'azione inglese in favore del foro straniero *clearly more appropriate*. L'attore, oltre a potersi opporre alla ricostruzione offerta dal convenuto, ha la possibilità di mostrare al giudice che la giustizia del caso concreto richiede l'esercizio, in ogni caso, della giurisdizione inglese. Nel caso di giurisdizione esercitata sulla base di un *leave*, invece, grava sull'attore l'onere di provare che l'Inghilterra rappresenti il *more appropriate forum* onde ottenere il permesso di citare il convenuto che si trova all'estero. La corte non concede il *leave* a meno che l'attore non assolva il proprio onere ai sensi delle CPR 6.36 e 6.37: deve essere presente uno dei *ground* identificati nella *Practice Direction 6B*,²⁸ l'attore deve dimostrare di avere un *reasonable pro-*

²⁶*Spiliada Maritime*, p. 478 (per Lord Goff LJ): "If however the court concludes at that stage that there is some other available forum which prima facie is clearly more appropriate for the trial of the action, it will ordinarily grant a stay unless there are circumstances by reason of which justice requires that a stay should nevertheless not be granted. In this inquiry, the court will consider all the circumstances of the case, including circumstances which go beyond those taken into account when considering connecting factors with other jurisdictions. One such factor can be the fact, if established objectively by cogent evidence, that the plaintiff will not obtain justice in the foreign jurisdiction".

²⁷*Spiliada Maritime*, p. 480: "It seems to me inevitable that the question in both groups of cases must be, at bottom, that expressed by Lord Kinneir in *Sim v. Robinow*, 19 R. 665, 668, viz. to identify the forum in which the case can be suitably tried for the interests of all the parties and for the ends of justice."

²⁸Si riportano, a titolo di esempio, alcuni dei criteri indicati al paragrafo 3.1 della *Practice Direction 6B*:

"*Service out of the jurisdiction where permission is required* – The claimant may serve a claim form out of the jurisdiction with the permission of the court under rule 6.36 where – *General Grounds* (1) A claim is made for a remedy against a person domiciled within the jurisdiction. (2) A claim is made for an injunction ordering the defendant to do or refrain from doing an act within the jurisdiction. (3) A claim is made against a person ('the defendant') on whom the claim form has been or will be served (otherwise than in reliance on this paragraph) and – (a) there is between the claimant

spect of success e la Corte deve essere persuasa che l'Inghilterra sia il foro più appropriato²⁹ nel quale risolvere la controversia.³⁰ Una volta concesso il permesso, il piano si sposta sulla richiesta, che può essere avanzata dal convenuto, di *set aside* il *service*.³¹

Le norme europee in punto di giurisdizione dettate dal Regolamento 44/2001,³² che sono vincolanti per il giudice inglese al pari di ciò che av-

and the defendant a real issue which it is reasonable for the court to try; and (b) the claimant wishes to serve the claim form on another person who is a necessary or proper party to that claim. (...) *Claims in relation to contracts* (6) A claim is made in respect of a contract where the contract – (a) was made within the jurisdiction; (b) was made by or through an agent trading or residing within the jurisdiction; (c) is governed by English law; or (d) contains a term to the effect that the court shall have jurisdiction to determine any claim in respect of the contract. (7) A claim is made in respect of a breach of contract committed within the jurisdiction. (8) A claim is made for a declaration that no contract exists where, if the contract was found to exist, it would comply with the conditions set out in paragraph (6). *Claims in tort* (9) A claim is made in tort where (a) damage was sustained within the jurisdiction; or (b) the damage sustained resulted from an act committed within the jurisdiction. *Enforcement* (10) A claim is made to enforce any judgment or arbitral award. *Claims about property within the jurisdiction* (11) The whole subject matter of a claim relates to property located within the jurisdiction (...).

²⁹BRIGGS, *Agreements on Jurisdiction*, cit., pp. 53-54 ammonisce che “the requirement is that England be the proper place. It is not enough to show that England is a proper place to sue” (corsivo nell’originale). L’A. prosegue mostrando come questa regola severa sia il contrappeso dell’onere che grava sul convenuto presente in Inghilterra, il quale, per obiettare con successo all’esercizio della giurisdizione inglese, ha l’onere di mostrare che “there is a court overseas, to the jurisdiction of which he is amenable, which is clearly more appropriate than England for the trial of the claim against him”. Ivi, p. 54.

³⁰DICEY, MORRIS e COLLINS, *The Conflict of Laws*, cit., 11-152 e 53. I due elementi, cioè il *forum conveniens* e il *strong case on the merits*, devono essere debitamente tenuti distinti. FAWCETT e CARRUTHERS, *Private International Law*, cit., pp. 372-73 segnalano come in altri paesi di *common law*, quali Canada e Nuova Zelanda, il *leave* non sia più richiesto.

³¹LUPOI, *Conflitti transnazionali di giurisdizioni*, I, cit., p. 169 riporta che “[l]’ onere dell’attore in caso di *service out* è considerato più difficile da soddisfare di quello del convenuto in caso di *forum non conveniens*, stante la natura esorbitante di tale giurisdizione”. Lord Goff avverte che “the word ‘exorbitant’ is, as used in the present context, an old-fashioned word which perhaps carries unfortunate overtones: it means no more than that the exercise of the jurisdiction is extraordinary” e precisa che nel caso del *leave* “the plaintiff is seeking to persuade the court to exercise its discretionary power to permit service on the defendant outside the jurisdiction. Statutory authority has specified the particular circumstances in which that power may be exercised, but leaves it to the court to decide whether to exercise its discretionary power in a particular case, while providing that leave shall not be granted ‘unless it shall be made sufficiently to appear to the court that the case is a proper one for service out of the jurisdiction’”. *Spiliada Maritime*, p. 480-81.

³²L’Inghilterra (*rectius* il Regno Unito) ha aderito alla Convenzione di Bruxelles assieme a Irlanda e Danimarca con la Convenzione del 9 ottobre 1978 (78/884/CEE), rappresentando un momento importante di ingresso della *common law* in un sistema creato da paesi

viene negli altri Stati Membri, alterano il profilo discrezionale dell'impianto appena descritto.³³ In tutte le ipotesi coperte dal diritto europeo l'attore può effettuare il *service outside the jurisdiction as of right*, senza necessità di chiedere il *leave of the court*, e non è consentita alcuna valutazione discrezionale da parte del giudice inglese in punto di *forum (non) conveniens*.³⁴ In altre parole attraverso il diritto processuale europeo il giudice inglese è esposto a regole formali analoghe a quelle che caratterizzano l'attività dei colleghi di *civil law* ed è vincolato all'esercizio del proprio potere solo che verifichi la corrispondenza della fattispecie concreta al paradigma normativo.

3.3 GLI ACCORDI SUL FORO NEL COMMON LAW INGLESE

Il diritto inglese, al pari di quanto accade negli altri ordinamenti statali, regola in modo differente gli aspetti di deroga e proroga della giurisdizione.³⁵

di *civil law*. La Convenzione è stata recepita internamente per mezzo del *Civil Jurisdiction and Judgments Act* (1982). Il Regolamento è, invece, vincolante a seguito della decisione inglese di *opt-in* "a norma dell'articolo 3 del protocollo sulla posizione del Regno Unito e dell'Irlanda allegato al trattato sull'Unione europea e al trattato che istituisce la Comunità europea". XX^o *considerando* al Regolamento 44/2001.

³³Si ricorda anche che la Convenzione di Bruxelles del 1968, come modificata in occasione dell'accessione del Regno Unito nel 1978, qualificava espressamente come esorbitante "nel Regno Unito[,] le disposizioni sulla competenza basat[e] (...) su un atto di citazione notificato o comunicato al convenuto durante il suo temporaneo soggiorno nel Regno Unito". Art. 3 della Convenzione di Bruxelles del 1968 nel testo consolidato del 1998, G.U. C-27 del 26 gennaio 1998, pp. 1-27. L'impianto inglese basato su *physical presence* e *forum non conveniens*, lungi dall'essere caduto in desuetudine per effetto degli influssi europei, è tutt'ora il canone fondamentale della giurisdizione nei casi in cui non si applichi il diritto europeo.

³⁴DICEY, MORRIS e COLLINS, *The Conflict of Laws*, cit., pp. 11-264 e ss. La seconda affermazione, tutt'altro che benvenuta e tutt'altro che scontata, è conseguenza della decisione CORTE DI GIUSTIZIA, 1 marzo 2005, causa C-281/02, *Andrew Owusu contro N. B. Jackson e altri*, in *Racc. giur. CE*, 2005, p. 1383. DICEY, MORRIS e COLLINS, *The Conflict of Laws*, cit., pp. 12-013 e ss. L'art. 6.33 delle CPR dispone, sotto la rubrica *Service of the claim form where the permission of the court is not required – out of the United Kingdom*:

"The claimant may serve the claim form on a defendant out of the United Kingdom where each claim made against the defendant to be served and included in the claim form is a claim which the court has power to determine under the Judgments Regulation and – (a) no proceedings between the parties concerning the same claim are pending in the courts of any other part of the United Kingdom or any other Member State; and (b) (i) the defendant is domiciled in the United Kingdom or in any Member State; (ii) the proceedings are within article 22 of the Judgments Regulation; or (iii) the defendant is a party to an agreement conferring jurisdiction, within article 23 of the Judgments Regulation".

³⁵Secondo BRIGGS, *Agreements on Jurisdiction*, cit., p. 195, invece, le corti inglesi non fanno differenza tra deroga e proroga: "an English court (...) takes precisely the same view where the nominated court is English as where it is foreign: it admits no distinction of principle and will enforce jurisdiction agreements which prorogate and derogate with

Per quanto riguarda l'effetto attributivo, la storia è assai semplice. Non sussistono, infatti, particolari resistenze da parte dei giudici inglesi che, anzi, considerano il proprio quale foro efficiente e di qualità.³⁶ L'accordo contrattuale in favore delle corti di Londra è considerato come una valida *submission* alla giurisdizione inglese,³⁷ anche se nemmeno in caso di proroga il giudice è vincolato ad esercitare il proprio potere. Rispetto all'impianto delineato in termini di *service* e *leave*, l'accordo di proroga comporta un onere minore per l'attore nel richiedere il *leave to serve outside the jurisdiction*.³⁸ Spetta, semmai, al convenuto provare che il giudice inglese è *clearly not appropriate* e che dunque il foro scelto rappresenta un *forum non conveniens*. In caso di *service within*, dunque effettuato *as of right* ad opera dell'attore, l'onere per il convenuto è ancora più impegnativo, dovendo dimostrare che l'Inghilterra è un foro *wholly inappropriate*.³⁹

Più articolato è il percorso in tema di deroga alla giurisdizione, anche se l'approccio inglese nei confronti delle *foreign jurisdiction clauses* maturava in senso liberale assai prima di quanto avviene negli stati dell'Europa continentale e negli Stati Uniti.⁴⁰

Punto di partenza è il principio, consolidato nel *common law* inglese, secondo il quale i privati non possono estromettere (*oust*) contrattualmente la

the same degree of determination. There is no room for chauvinism, but also, no real awareness that a court in another country might see the arguments in a different way. Contracts are made to be performed, and the fact that they may be contracts about the jurisdiction of courts is nothing to the point".

³⁶ Anche se pronunciata in altro contesto, rimane celebre l'affermazione di Lord Denning, MR, in *The Atlantic Star*, [1972] 2 Lloyd's Rep. 446, p. 451: "No one who comes to these courts asking for justice should come in vain. (...) This right to come here is not confined to Englishmen. It extends to any friendly foreigner. He can seek the aid of our courts if he desires to do so. You may call this 'forum shopping' if you please, but if the forum is England it is a good place to shop in, both for quality of goods and the speed of service".

³⁷ *The T.S. Havprins*, [1983] 2 Lloyd's L.R. 356 (Q.B.); *Unterweser Reederei GmbH v. Zapata Off-Shore Co.*, [1968] 2 Lloyd's L.R. 158 (C.A.).

³⁸ *Unterweser Reederei GmbH v. Zapata Off-Shore Co.*, [1968] 2 Lloyd's L.R. 158, 163 (C.A.): "[T]he Court has a discretion, but it is a discretion which, in the ordinary way and in the absence of strong reason to the contrary, will be exercised in favour of holding parties to their bargain".

³⁹ LUPOLI, *Conflitti transnazionali di giurisdizioni*, I, cit., pp. 562-63. Secondo l'A. "[l]a tendenza è di determinare con *Spiliada* il foro chiaramente più appropriato e poi di verificare se coincide con quello scelto dalle parti. Se il foro naturale della causa coincide con quello straniero stabilito contrattualmente, è estremamente arduo che il giudice inglese eserciti la giurisdizione. Per converso, se l'Inghilterra è il foro più appropriato e la clausola è stipulata a favore delle corti inglesi, la prospettiva di uno *stay* è quanto mai remota. Ma se il foro naturale è l'Inghilterra e la clausola punta verso un giudice straniero, quest'ultima perde considerevolmente di importanza e viene valutata come uno dei vari fattori concorrenti". Ivi, pp. 564-65.

⁴⁰ V. BISSET-JOHNSON, *The Efficacy of Choice of Jurisdiction Clauses in International Contracts in English and Australian Law*, in *Int'l & Comp. L.Q.*, 1970, vol. 19, p. 541; COWEN e DA COSTA, *The Contractual Forum: Situation in England and the British Commonwealth*, in *Am. J. Comp. L.*, 1964, vol. 13, p. 179.

giurisdizione delle corti inglesi. Notano due Autori: “At common law, parties could not by contract oust or lessen the jurisdiction of courts, and stipulations which purported to do so were characterised as void, illegal, invalid, or unenforceable; they were said to be contrary to the general policy of the law and against public policy”.⁴¹ A fronte del perdurare di questo monito, si viene gradualmente affermando il potere discrezionale del giudice di dare effetto alla stipulazione contrattuale intervenuta tra le parti in favore di un foro estero e, conseguentemente, di sospendere ovvero impedire l’instaurarsi di un’azione inglese in violazione dell’accordo. A fronte di un tale potere, il principio del *non ouster* finisce per perdere il suo significato fondamentale.

Una delle prime decisioni favorevoli alla possibilità per le parti di derogare alla giurisdizione inglese, sovente citata in letteratura, è datata 1796.⁴² Il caso in questione, *Gienar v. Meyer*, riguarda marinai olandesi impiegati su un’imbarcazione olandese che, in Olanda, stipulano un contratto accettando di non agire contro il capitano della nave in un paese straniero e accordandosi per risolvere qualsiasi controversia nelle corti olandesi, in ossequio alle leggi del luogo. Quando la nave attracca in un porto inglese, però, uno dei marinai decide di agire per il pagamento dei salari non onorati. La corte inglese, pur ribadendo in via preliminare il principio del *non ouster* convenzionale della giurisdizione inglese, reputa necessario tenere in considerazione la stipulazione contrattuale intervenuta tra le parti e giudica *more reasonable* nel caso concreto invitare le parti a litigare nel foro concordato. Si tratta certamente di un primo riconoscimento dell’autonomia privata che, tuttavia, deve essere contestualizzato nell’ambito di una controversia che nulla aveva a che fare con le corti di Londra e nella quale l’esito è quasi una conseguenza naturale della fattispecie.

Un passo in avanti si compie, invece, quando nel 1854 viene approvato il *Common Law Procedure Act*, il quale alla sezione XI conferisce al giudice inglese il potere di sospendere un procedimento cominciato in violazione di un accordo arbitrale, facoltà poi confermata dalla *section 4* dell’*Arbitration Act* (1889). Un ventennio più tardi tale potere viene esteso dalla giurisprudenza anche alla clausola di scelta del foro, in virtù dell’analogia che esiste tra clausola compromissoria e accordo sul foro.⁴³

La *ratio* giuridica muta intorno alla metà del secolo XX^o con la decisione in *Racecourse Betting Control Board v. Secretary for Air*,⁴⁴ quando MacKinnon LJ osserva che “[i]t is rather unfortunate that the power of the

⁴¹COWEN e DA COSTA, *The Contractual Forum*, cit., p. 181. Il principio riguarda sia l’arbitrato che la deroga alla giurisdizione. Cfr. da *Czarnikow v Roth Schmidt & Co* [1922] 2 KB 478: “[it is] contrary to public policy to oust the jurisdiction of the courts by private agreement” a *The Fehmarn*, [1958] 1 Weekly L.R. 159 (C.A.) (per Denning L.J.) citata più avanti nel testo.

⁴²*Gienar v. Meyer*, 2 H.Bl. 603, 126 Eng. Rep. 728 (C.P. 1796); Ivi, p. 180.

⁴³*Law v. Garret*, 8 Ch. D. 26 (1878). Ivi, p. 182.

⁴⁴[1944] 1 Ch. 114 (C.A.)

court to stay was said to be under section 4 of the Arbitration Act 1889. In truth that power arose under a wider general principle, namely that the court makes people abide by their contracts, and, therefore, will restrain a plaintiff from bringing an action which he is doing in breach of his agreement with the defendant that any dispute between them shall be otherwise determined".⁴⁵ Fulcro del ragionamento del giudice diviene, dunque, la questione dell'accordo stipulato tra le parti. Lo spiega efficacemente Lord Denning nel caso *The Fehmarn*, a fronte di un accordo in favore delle corti dell'Unione Sovietica:

"I do not regard this provision as equal to an arbitration clause, but I do say that the English courts are in charge of their own proceedings: and one of the rules they apply is that a stipulation that all disputes should be judged by the tribunals of a particular country is not absolutely binding. It is a matter to which the courts of this country will pay much regard and to which they will normally give effect, but it is subject to the overriding principle that no one by his private stipulation can oust these courts of their jurisdiction in a matter that properly belongs to them.

"I would ask myself therefore: Is this dispute a matter which properly belongs to the courts of this country? (...) There seems to me to be no doubt that such a dispute is one that properly belongs for its determination to the courts of this country. But still the question remains: Ought these courts in their discretion to stay this action?"⁴⁶

Ancora una volta viene ribadito il principio del *non ouster*, ma si tratta di un enunciato di rito, dal valore poco più che formale. Il piano attorno al quale ruota l'analisi svolta dal Lord Denning è, invece, il potere del giudice di sospendere il procedimento per onorare la stipulazione intervenuta tra le parti. Tale potere non necessita di una base normativa, ma è percepito quale carattere *inherent* della funzione giurisdizionale, conseguenza del fatto che le corti inglesi sono *in charge of their own proceedings*.⁴⁷

⁴⁵Ivi. p. 126.

⁴⁶*The Fehmarn*, [1958] 1 Weekly L.R. 159 (C.A.) (per Denning L.J.). Nel caso in questione, peraltro, la Corte d'Appello conferma la decisione del giudice di prime cure e nega la validità di una clausola che conferiva giurisdizione a un tribunale dell'U.R.S.S., pur onorando la clausola di scelta della legge russa. Tale circostanza fa affermare a COWEN e DA COSTA, *The Contractual Forum*, cit., p. 183 che "[t]he result which seems to follow is that the parties' choice of jurisdiction is more easily upset than their choice of law".

⁴⁷PEEL, *Exclusive Jurisdiction Agreements: Purity and Pragmatism in the Conflict of Laws*, in *LMCLQ*, 1998, pp. 188-89. L'A. sottolinea anche che: "Courts possess jurisdiction by the operation of law. One of the powers which jurisdiction confers is the power to decide whether or not to exercise their jurisdiction by hearing a case". E prosegue spiegando che la permanenza della *ouster doctrine* è una precauzione dovuta soprattutto al fatto che questa "prevents the courts from holding that foreign jurisdiction agreements are absolutely binding". Ivi, p. 188.

Se *The Fehmarn* manifesta ormai la questione nei suoi contorni moderni, occorre aspettare ancora una decina d'anni perché nel 1969 venga deciso *The Eleftheria*,⁴⁸ il *leading case* che, ancora oggi, istruisce il giudice inglese in materia di accordi sulla giurisdizione. *The Eleftheria* è il nome di una nave greca che trasporta legname destinato all'Inghilterra e all'Olanda. Uno sciopero dei *docks* inglesi induce l'armatore della nave a scaricare l'intero carico di legname nel porto di Rotterdam, rifiutandosi di curarne ulteriormente il trasporto fino al porto concordato di Hull.⁴⁹ I giratari delle polizze di carico rimasti insoddisfatti replicano agendo in Inghilterra per il risarcimento di danni e spese. A fronte di tale iniziativa, resiste l'armatore convenuto che chiede la sospensione del procedimento inglese in virtù di un accordo sul foro contenuto nelle polizze di carico che riserva la risoluzione di ogni controversia alle corti elleniche sulla base del diritto greco.⁵⁰ La decisione pronunciata da Brandon *J* è un vero e proprio manuale di istruzioni sulle *foreign jurisdiction clauses* che indica al giudice inglese la via da seguire in caso di deroga convenzionale della propria giurisdizione:

“(1) Where plaintiffs sue in England in breach of an agreement to refer disputes to a foreign court, and the defendants apply for a stay, the English court, assuming the claim to be otherwise within its jurisdiction, is not bound to grant a stay but has a discretion whether to do so or not. (2) The discretion should be exercised by granting a stay unless strong cause for not doing so is shown. (3) The burden of proving such strong cause is on the plaintiffs. (4) In exercising its discretion the court should take into account all the circumstances of the particular case”.⁵¹

Se confrontiamo l'analisi che Brandon *J* propone, e le corti inglesi seguono, in materia di accordi sul foro, ci accorgiamo subito che vi è una differenza rispetto al *test* che Lord Goff elabora in materia di *forum non conveniens*: grava sempre sull'attore l'onere di provare che esista una *strong cause* per procedere in Inghilterra in violazione dell'accordo sul foro straniero, anche in ipotesi di *service within*. Tale onere è inteso in senso ancor più gravoso

⁴⁸ *The Eleftheria*, [1970] P. 94, [1969] 2 All E.R. 64. V. COLLINS, *Arbitration Clauses and Forum Selecting Clauses in the Conflict of Laws: Some Recent Developments in England*, in *J. Mar. L. & Com.*, 1970-71, vol. 2, p. 372 e ss.

⁴⁹ A quanto pare lo sciopero nel porto di Hull consentiva, in base al contratto di trasporto, di scaricare la merce in altro porto idoneo. Ivi, p. 371.

⁵⁰ Più specificamente la clausola recita “JURISDICTION. Any dispute arising under this Bill of Lading shall be decided in the country where the carrier has his principal place of business and the law of such country shall apply except as provided elsewhere herein”, tipico caso di determinazione del giudice *per relationem*. Ibidem.

⁵¹ *The Eleftheria*, P. 94, pp. 99.

quando per agire in Inghilterra è necessario il *leave* per effettuare il *service outside the jurisdiction*.⁵²

The Eleftheria prosegue indicando anche alcuni degli elementi che il giudice può prendere in considerazione per guidare la propria decisione:

“(5) In particular, but without prejudice to (4), the following matters, where they arise, may properly be regarded: (a) In what country the evidence on the issues of fact is situated, or more readily available, and the effect of that on the relative convenience and expense of trial as between the English and foreign courts. (b) Whether the law of the foreign court applies and, if so, whether it differs from English law in any material respects. (c) With what country either party is connected, and how closely. (d) Whether the defendants genuinely desire trial in the foreign country, or are only seeking procedural advantages. (e) Whether the plaintiffs would be prejudiced by having to sue in the foreign court because they would: (i) be deprived of security for their claim; (ii) be unable to enforce any judgment obtained; (iii) be faced with a time-bar not applicable in England; or (iv) for political, racial, religious or other reasons be unlikely to get a fair trial”.⁵³

Applicato l'articolato *test*, Brandon *J.* decide in favore dei convenuti e pronuncia uno *stay* del procedimento inglese in favore delle corti elleniche elette nella clausola sul foro. A suggerire questa soluzione contribuiscono due circostanze: la prova offerta dai convenuti che l'applicazione della legge greca porterebbe a risultati differenti rispetto alla legge inglese; la disponibilità degli stessi a prestare idonee garanzie a tutela delle ragioni degli attori.⁵⁴

Gli '*Eleftheria principles*' sono stati riaffermati in forma analoga dalla Corte d'Appello nel caso *The El Amria*⁵⁵ per bocca dallo stesso Brandon, divenuto Lord Justice della Corte d'Appello, e rappresentano tutt'oggi il punto di riferimento al quale il giudice inglese si riporta nel decidere se dare o meno effetto a una clausola di deroga della giurisdizione inglese.⁵⁶

L'Inghilterra rappresenta un modo particolare di concepire la disciplina degli accordi sulla giurisdizione che si pone, per certi versi, agli antipodi rispetto al formalismo europeo. Il punto di partenza non è la giurisdizione, ma la stipulazione contrattuale intercorsa tra le parti che, pur non vincolandolo

⁵² *Evans Marshall & Co. v. Bertola SA*, [1973] 1 W.L.R. 349, 362. V. anche PEEL, *Exclusive Jurisdiction Agreements*, cit., p. 189.

⁵³ *The Eleftheria*, P. 94, pp. 99-100.

⁵⁴ COLLINS, *Arbitration Clauses and Forum Selecting Clauses*, cit., p. 374.

⁵⁵ *Aratra Potato Co. Ltd. v. Egyptian Navigation Co., The El Amria*, [1981] 2 Lloyd's Rep. 119 a pp. 123-24 (C.A.).

⁵⁶ Anche la House of Lords ha dato il suo *endorsement* ai *principles*. V., ad esempio, *Donohue v. Armco Inc.*, [2002] 1 All ER 749, p. 759 (H.L. per Lord Bingham).

a un dato esito, chiama il giudice a una valutazione discrezionale caso per caso. Il riferimento alla discrezionalità non deve dare l'impressione che i giudici inglesi non considerino con serietà un accordo sul foro, conclusione che si rivelerebbe errata.⁵⁷ Le parti, tuttavia, non possono, in linea di principio, vincolare il giudice inglese ad esercitare o a non esercitare (*oust*) il proprio potere. In altre parole, mentre sul continente un accordo valido produce l'automatico effetto di deroga e proroga previsto dalla legge, in Inghilterra si distingue tra *validity* ed *enforceability*, tra validità e attuazione. La *validity* è oggetto di uno scrutinio meno attento rispetto a quello operato dal giudice di *civil law*, mentre è il secondo profilo quello sul quale il giudice inglese concentra la propria attenzione. L'*enforceability*, sempre sottoposta al vaglio discrezionale del giudice, costituisce, dunque, il piano di indagine principale della disciplina degli accordi sulla giurisdizione in Inghilterra.⁵⁸

3.4 *Validity* ED *enforceability*

Validity ed *enforceability* rappresentano le due verifiche che un accordo sul foro deve superare per poter spiegare i propri effetti in Inghilterra. Il giudizio in punto di *validity*, da intendersi nel senso di validità sostanziale/contrattuale, ha luogo in una fase anteriore, anche sul piano logico, rispetto alla valutazione discrezionale del giudice circa l'efficacia del contenuto dell'accordo. La valutazione si concentra, in prima battuta, sul profilo della legge applicabile alla clausola sul foro, ossia su una questione eminentemente di *conflict of laws*. Dal principio di autonomia dell'accordo sul foro rispetto al contratto,

⁵⁷La violazione di un accordo sul foro, ad esempio, è considerata elemento ostativo per il riconoscimento di una decisione nell'ordinamento inglese. BRIGGS, *Agreements on Jurisdiction*, cit., p. 341 e ss.

⁵⁸DICEY, MORRIS e COLLINS, *The Conflict of Laws*, cit., 12R-086 sintetizza efficacemente la regola inglese in materia di accordi sulla giurisdizione nel caso in cui non sia applicabile il Regolamento Bruxelles I:

“(1) Where a contract provides that all disputes between the parties are to be referred to the jurisdiction of the English courts, the court normally has jurisdiction to hear and determine proceedings in respect thereof.

(2) (...) where a contract provides that all disputes between the parties are to be referred to the exclusive jurisdiction of a foreign tribunal, the English court will stay proceedings instituted in England in breach of such agreement (or, as the case may be, refuse to give permission to serve process out of the jurisdiction) unless the claimant proves that it is just and proper to allow them to continue.

(...)

(4) An English court may restrain a party over whom it has personal jurisdiction from the institution or continuance of proceedings in a foreign court in breach of contract to refer disputes to an English (or, *semble*, another foreign) court”.

Nel caso in cui il diritto europeo trovi applicazione, lo ribadiamo ancora una volta, la valutazione discrezionale lascia il passo alla natura cogente delle norme sulla giurisdizione.

profilo che analizzeremo più avanti,⁵⁹ discende che non è possibile estendere automaticamente alla clausola sul foro la legge applicabile al contratto. Il giudice deve, dunque, eseguire un'analisi dedicata all'accordo sul foro in quanto tale.

La *proper law of contract* che governa la questione della *validity* del patto viene determinata, in mancanza di accordo delle parti, con riferimento alle condizioni esistenti al momento della formazione del contratto. La legge applicabile, dunque, non può rimanere *floating* ed essere determinata in un momento successivo.⁶⁰ Questo non impedisce, tuttavia, che le parti si accordino espressamente nel senso di posticiparne la determinazione al momento della nascita della controversia, affidando il compito all'arbitro o al giudice adito.⁶¹

Una volta determinata la *lex cause*, il giudice è chiamato a valutare, ancora una volta nel rispetto del principio di autonomia della clausola sul foro rispetto al contratto,⁶² l'esistenza di eventuali vizi riferibili specificamente alla clausola o al contratto nella sua interezza. Si tratta di un'indagine di tipo sostanzialista-contrattuale, tesa a verificare la corretta formazione dell'accordo tra le parti.⁶³ L'esame include un giudizio circa la corrispondenza della pattuizione a norme imperative inglesi, tanto che un accordo, valido in base al diritto applicabile, ma che "offends against a rule of mandatory English law" è ritenuto comunque invalido.⁶⁴ Ridotta o addirittura esclusa è, ad esempio, la possibilità di stipulare accordi sul foro in materie quali il lavoro subordinato⁶⁵ o il rapporto di consumo.⁶⁶ Nel caso *The Morviken*⁶⁷, ritenendo che il *Carriage of Goods by Sea Act* (1924) proibisse l'utilizzo di clausole di esonero della responsabilità nelle polizze di carico, la House of Lords ha giudicato invalido un accordo sul foro che avrebbe avuto la conseguenza di eludere detta restrizione. Fin dalla decisione *British South Africa Co. v. Companhia de Moçambique*,⁶⁸ poi, si esclude che le corti inglesi pos-

⁵⁹V. *infra* il paragrafo 3.10.

⁶⁰BRIGGS, *Agreements on Jurisdiction*, cit., p. 85 e ss. *The Iran Vodjan* [1984] 2 Lloyd's Rep 380, 385 (per Bingham J) "[t]he proper law is something so fundamental to questions relating to the formation, validity, interpretation and performance of a contract that it must ... be built into the fabric of the contract from the start and cannot float in an indeterminate way until finally determined at the option of one party".

⁶¹Ivi, p. 90; *Fiona Trust & Holding Corp. v Privalov (sub nom. Premium Nafta Products Ltd v Fili Shipping Co. Ltd)* [2007] UKHL 40.

⁶²V. *infra* il paragrafo 3.10.

⁶³CUTLER, *Comparative Conflicts of Law: Effectiveness of Contractual Choice of Forum*, in *Tex. Int'l L.J.*, 1985, vol. 20, p. 126: "[a]s in the United States and France, overreaching, lack of agreement, and fraud are clearly defenses".

⁶⁴DICEY, MORRIS e COLLINS, *The Conflict of Laws*, cit., p. 522, 12-097.

⁶⁵*Employment Rights Act* (1996), s. 203.

⁶⁶*Consumer Credit Act* (1974), s. 141. Cfr. DICEY, MORRIS e COLLINS, *The Conflict of Laws*, cit., p. 521.

⁶⁷[1981] 2 Lloyd's L.R. 61, 64-65 (Q.B. 1980)

⁶⁸[1893] A.C. 602.

sano conoscere di controversie reattive alla proprietà di beni immobili siti all'estero, anche in presenza di clausole di scelta della giurisdizione in favore delle corti di Londra.⁶⁹

La mera disparità di potere contrattuale tra le parti, invece, non è generalmente considerata sufficiente per minacciare la validità della clausola sulla giurisdizione.⁷⁰ Dal punto di vista formale, aspetto meno esplorato di quanto avviene sul continente, la forma scritta è richiesta quale elemento di garanzia dell'esistenza dell'accordo.⁷¹ Le corti di Londra, tuttavia, non consentono al contraente in mala fede di evadere un accordo altrimenti voluto e valido semplicemente per l'esistenza di un vizio formale.⁷²

Se la clausola è valida, ovvero se la validità non costituisce materia del contendere, il giudice inglese effettua una valutazione discrezionale circa l'*enforceability* dell'accordo sulla base del percorso indicato in *The Eleftheria* e in *The El Amria*, discussi nel precedente paragrafo. Il primo elemento che deve essere tenuto in considerazione è il luogo nel quale si trovano le prove, in ossequio al principio di economia processuale. Questo aspetto può riguardare i costi eccessivi che le parti sarebbero chiamate a sostenere nel foro estero, compresi quelli a carico dell'attore⁷³ anche se la volontaria sottoscrizione della convenzione sul foro da parte dell'attore sembra diminuire l'importanza di questo criterio.⁷⁴ Sempre all'interno del primo elemento devono essere considerati i disagi che i testimoni potrebbero dover sostenere se costretti a spostarsi in luoghi remoti. Assumono rilievo anche i disagi connessi alla possibile interruzione dell'impiego di lavoro,⁷⁵ o l'eventuale impossibilità per il giudice straniero di obbligare il testimone a deporre.⁷⁶ Rileva, infine, anche la concreta disponibilità delle prove negli ordinamenti considerati. A

⁶⁹CUTLER, *Comparative Conflicts of Law*, cit., p. 129.

⁷⁰LUPOI, *Conflitti transnazionali di giurisdizioni*, I, cit., p. 559.

⁷¹"The formal validity of a jurisdiction agreement is probably subject to the rule *locus regit actum* in its optional version: if a choice of jurisdiction clause has, by its proper law, to be in writing, it would presumably nevertheless be valid if concluded orally in a country not requiring the written form". KAHN-FREUND, *Jurisdiction Agreements*, cit., p. 828.

⁷²BRIGGS, *Agreements on Jurisdiction*, cit., p. 252.

⁷³*The Panseptos*, [1981] 1 Lloyd's Rep. 152, p. 154; *The Eleftheria*, [1970] P. 94, p. 104. V. la critica svolta da PEEL, *Exclusive Jurisdiction Agreements*, cit., pp. 191-92.

⁷⁴*The Kislovodsk*, [1980] 1 Lloyd's L.R. 183, 186 (Q.B. 1979): "[I]t seems to me that it does not lie in the mouth of a party who has agreed to such a clause to say, when the clause is invoked, that the cost of proceeding in Russia is expensive".

⁷⁵*The Sidi Bishr*, [1987] 1 Lloyd's Rep. 42, 43

⁷⁶È quanto nota il giudice in *Citi-March Ltd v. Neptune Orient Lines Ltd*, [1996] 2 All ER 545, p. 553: "the English witnesses would be unlikely to attend voluntarily and could not be compelled to attend the trial and to give evidence and even if they were called by the plaintiffs, they could not be cross-examined unless they could be treated as hostile". Prosegue la corte affermando che: "Furthermore, the preponderance of the oral evidence is likely to come from English witnesses and to be based on discovery of documents in England and a trial in Singapore would therefore involve more movement of witnesses and documents and therefore probably greater administrative costs than a trial in London". Ibidem.

tal proposito è lo stesso Brandon *J* che invita i colleghi alla cautela, onde evitare che la localizzazione delle prove in Inghilterra rappresenti la via per svuotare di senso, in virtù di una regolarizzazione del regime d'eccezione, il principio generale secondo il quale gli accordi sul foro devono essere *enforced*.⁷⁷ Talvolta può assumere rilievo anche la circostanza che in Inghilterra siano già state condotte determinate ispezioni tecniche,⁷⁸ anche se, nota la House of Lords, "experts can travel, or be replaced by other experts"⁷⁹ e, dunque, l'importanza di questo elemento appare contenuta.

Il secondo fattore indicato in *The Eleftheria* è relativo alla legge applicabile e suggerisce al giudice l'opportunità che foro e diritto applicabile alla controversia coincidano. Nel caso in cui le parti abbiano, espressamente o implicitamente, scelto foro e legge in senso concorde, è, quindi, assai probabile che al procedimento inglese iniziato in violazione dell'accordo non sia consentito proseguire.⁸⁰ La conclusione può essere differente se il foro eletto è straniero, ma il contratto indica come *lex cause* la legge inglese.⁸¹

Un ulteriore fattore che le corti possono tenere in considerazione è l'eventuale legame esistente tra il foro e le parti, quali la connessione di una o di entrambe le parti con gli ordinamenti coinvolti,⁸² la nazionalità di parti e testimoni,⁸³ oppure l'identificazione dei paesi con i quali la controversia appare maggiormente collegata.⁸⁴ Lord Diplock, ad esempio, mostra di preferire la ricerca del paese con il quale "the dispute [is] most closely concerned".⁸⁵ Se la connessione delle parti con l'Inghilterra è tenue o inesistente e la clausola sulla giurisdizione indica la competenza del giudice straniero, è probabile che i giudici onoreranno la scelta delle parti anche senza operare un complesso bilanciamento degli '*Eleftheria principles*', impedendo la prosecuzione dell'azione inglese.⁸⁶ Il profilo del legame tra controversia, parti e foro non

⁷⁷Nel decidere un'azione di risarcimento per danni provocati al carico di una nave Brandon *J* avverte, infatti, che: "much of the evidence on the relevant facts is likely to be found in the country of discharge. If all or most such cases are to be treated as exceptions to the general rule, there is, it seems to me, a danger that such exception would be so frequent as to undermine the generality of the rule (to stay proceedings commenced in breach of foreign jurisdiction agreement)". *The Makefjell*, [1975] 1 Lloyd's Rep. 528, p. 535.

⁷⁸*The Athenee*, (1922) 11 Ll.L.Rep. 6; *The Fehmarn*, [1958] 1 W.L.R. 159; *The Adolf Warski*, [1976], 1 Lloyd's Rep. 107.

⁷⁹*Spiliada Maritime Corp. v. Cansulex Ltd.* (16 November 1984), per Staughton *J*, citato nella decisione della House of Lords, [1987] A.C. 460.

⁸⁰*Trendtex Trading Corp. v. Credit Suisse*, [1981] 3 W.L.R. 766, 773 (H.L.); *The Eleftheria*, 1970 P. 94, 101-02 (1969). In *The Fehmarn*, [1958] 1 W.L.R. 159, 162 (C.A. 1957), invece, come già notato, la clausola eleggeva la competenza del giudice russo e della legge russa. La corte ritiene la prima invalida, ma la seconda valida, con la conseguenza che il procedimento prosegue in Inghilterra sulla base del diritto russo.

⁸¹PEEL, *Exclusive Jurisdiction Agreements*, cit., pp. 193-94.

⁸²*The Atlantic Song*, [1983] 2 Lloyd's L.R. 394, 399 (Q.B.).

⁸³*Trendtex Trading Corp. v. Credit Suisse*, [1981] 3 W.L.R. 766, 773 (H.L.).

⁸⁴*The El Amria*, [1981] 2 Lloyd's L.R. 119, 124 (C.A.).

⁸⁵*The Fehmarn* [1958] 1 W.L.R. 159, 162 (C.A. 1957).

⁸⁶Cfr. *The Sennar (DSV Silo- und Verwaltungsgesellschaft mbH v Owners of the Sennar*

dovrebbe, tuttavia, giocare alcun ruolo nel caso in cui sia evidente che le parti si sono accordate per attribuire la competenza a un foro neutrale, per definizione privo di tali contatti.⁸⁷

L'elemento successivo suggerito da Brandon *J*, il quarto nell'ordine di esposizione in *The Eleftheria*, è relativo alla circostanza se il convenuto che chiede l'attuazione dell'accordo sulla giurisdizione '*genuinely desires*' di risolvere la controversia nel foro eletto, oppure sia solo in cerca di un vantaggio procedurale. Una tale valutazione, che non dovrebbe estendersi sino alla pronuncia di un giudizio sulla qualità dell'ordinamento eletto,⁸⁸ è stata, in ogni caso, interpretata restrittivamente dai giudici inglesi. Lord Goff ha osservato in merito: "if the parties have chosen to submit their disputes to the exclusive jurisdiction of a foreign court it is difficult to see how either can in the circumstances complain of the procedure of the court",⁸⁹ tipica declinazione del principio *pacta sunt servanda*. Aggiunge un Autore "[i]t is arguable (...) that the defendants' desire to abide by any procedural advantages derived from the application of the law of the chosen foreign forum seems both reasonable and genuine and certainly no worse than the attitude of a plaintiff who is seeking to gain procedural advantages by utilising the provisions of an English forum rather than the stipulated law".⁹⁰ Secondo l'interpretazione data da Sheen *J* in *The Vishva Prabha*, il criterio in parola acquista un peso specifico solamente quando l'esito della controversia sia scontato e il convenuto cerchi solamente di guadagnare tempo.⁹¹

and thirteen other ships) [1985] 2 All ER 104, p. 112: (*per* Brandon *LJ*): "The simple fact is that the appellants' claim against the respondents, while having connections with both Holland and the Sudan, has no connection whatever with England, save only that, because of the presence of a sister ship of the Sennar in an English port, the appellants were able to arrest her and found jurisdiction here. In these circumstances this is not a case where a careful and meticulous weighing of the factors for and against a stay of the action is necessary. Rather it is a case in which only a perverse exercise by a court of its discretion could have led it to refuse the respondents the stay for which they asked. The appellants elected to have one good long bite at the cherry before the Dutch courts between 1975 and 1980. They lost before those courts and there is no possible justification for allowing them to harass the respondents by taking a further long bite at the same cherry in the action which they have brought in the Admiralty Court here".

⁸⁷ *Attock Cement v. Romanian Bank for Foreign Trade*, [1989] W.L.R. 1147, p. 1161; *Akai Pty v. People's Insurance Co. Ltd.*, [197] C.L.C. 1508.

⁸⁸ Le corti inglesi adottano qui orientamenti differenti. In *The Star of Luxor*, [1981] 1 Lloyd's L.R. 139, 140-41 (Q.B. 1980) e *The Kislovodsk*, [1980] 1 Lloyd's L.R. 183, 186 (Q.B. 1979), Egitto e Russia furono giudicati ordinamenti non *unfair*. In *The El Amria*, [1981] 2 Lloyd's L.R. 119, 127 (C.A.), e *The Fehmarn*, [1958] 1 Weekly L.R. 159 (C.A.) il risultato è opposto.

⁸⁹ *Trendtex Trading Corp. v. Credit Suisse*, [1980] 3 All ER 721, p. 735.

⁹⁰ BISSET-JOHNSON, cit., p. 543. Neanche il probabile esito della controversia nell'uno e nell'altro foro pare essere elemento di valutazione. *The Morviken*, [1981] 2 Lloyd's L.R. 61, 64-65 (Q.B. 1980), riformata per altre ragioni da [1983] 1 Lloyd's L.R. I (H.L. 1982): "It seems to me that I should not be influenced by the probable result of the litigation in considering whether or not to grant a stay of the action".

⁹¹ *The Vishva Prabha*, [1979] 2 Lloyd's Rep. 286; *The Atlantic Song*, [1983] Lloyd's Rep.

Altre quattro ipotesi sono riunite da Brandon *J* sotto la categoria del pregiudizio che verrebbe all'attore se fosse costretto ad agire nel foro eletto. Il primo è relativo alla possibile perdita di garanzie (*securities*) in caso di sospensione dell'azione inglese. Un tale pregiudizio può essere agevolmente neutralizzato dal giudice inglese imponendo al convenuto l'obbligo di prestare garanzie equivalenti nel procedimento straniero, pena il rifiuto o la revoca dello *stay* dell'azione inglese.⁹² Il secondo riguarda la prospettiva della circolazione della decisione emessa dal giudice eletto, ma, come sottolineato anche da un attento commentatore, il carattere speculativo di questa difesa è tale che le corti inglesi vi prestano scarsa attenzione.⁹³ Terzo elemento da tenere in considerazione è se, per effetto dell'accordo sulla giurisdizione, l'attore del procedimento inglese sarebbe sottoposto a un termine di prescrizione che non trova riscontro nel diritto inglese e, dunque, privato di qualsiasi rimedio. Si tratta di una circostanza che non è priva di importanza per il giudice inglese. Per poter prevalere in una simile argomentazione l'attore, il quale, ricordiamolo, agisce in violazione di un accordo sul foro, deve dimostrare di non aver agito in modo irragionevole o trascurato, ad esempio lasciando che il termine prescrittivo scadesse senza motivo nel foro eletto.⁹⁴ L'ultimo fattore suggerito da Brandon *J* è relativo all'eventualità che per l'attore non fosse possibile ottenere giustizia (*rectius*, un *fair trial*) nel foro eletto per ragioni politiche, razziali, religiose o per altri motivi.⁹⁵

Un ulteriore elemento, non elencato in *The Eleftheria*, che però pare essere considerato con attenzione dalle corti inglesi è la pragmatica preferenza per la concentrazione delle liti nel caso di controversie con pluralità di parti. Così che se solo alcune di esse sono vincolate all'accordo sulla giurisdizione, il giudice può decidere di non darvi effetto onde privilegiare il *simultaneus processus*.⁹⁶ Secondo Otto Kahn-Freund, inoltre, le corti inglesi non danno

394; *The Pia Vesta*, [1984] 1 Lloyd's Rep. 169.

⁹²PEEL, *Exclusive Jurisdiction Agreements*, cit., p. 197.

⁹³Ivi, p. 198.

⁹⁴*Baghlaif Al Safer Factory Co. v. Pakistan National Shipping Co.*, [1997] All ER (D) 107: "Where a plaintiff had acted reasonably in commencing proceedings in England and in allowing time to expire in the agreed foreign jurisdiction, a stay of the English proceedings should only be granted on terms that the defendant waived the time bar in the foreign jurisdiction". Cfr. anche *The Pioneer Container*, [1994] 2 A.C. 324, 348-49.

⁹⁵Cfr. *Ellinger v. Guinness, Mahon & Co.*, [1939] 4 All E. R. 16 (Ch.); *Oppenheimer v. Louis Rosenthal & Co.*, [1937] 1 All E.R. 23; *Carvalho v. Hull Blyth Ltd.*, [1979] 1 W.L.R. 1228, [1979] All ER 280, discussi *infra* alla nota 320 a pagina 180.

⁹⁶Si v., ad esempio, le decisioni in *Donohue v. Armco Inc.*, [2001] UKHL 64, ¶ 34, [2001] 1 All ER 749, p. 764 (per Bingham of Cornhill *LJ*): "It seems to me plain that in a situation of this kind the interests of justice are best served by the submission of the whole dispute to a single tribunal which is best fitted to make a reliable, comprehensive judgment on all the matters in issue"; *Bouygues Offshore SA v Caspian Shipping Co* [1998] 2 Lloyd's Rep 461; *Mahavir Minerals Ltd v Cho Yang Shipping Co Ltd (The M C Pearl)*, [1997] 1 Lloyd's Rep 566; *Citi-March Ltd v. Neptune Orient Lines Ltd*, [1996] 2 All ER 545; *The El Amria*, [1981] 2 Lloyd's L.R. 119, 124 (C.A.). In *Crédit Suisse First Boston (Europe) Ltd v MLC (Bermuda) Ltd* [1999] 1 All ER (Comm) 237, Rix *J.* giunge ad altra conclusione

seguito a una clausola nel caso in cui questa non sarebbe produttiva di effetti in base al diritto applicabile.⁹⁷

e consente ai procedimenti di procedere in parallelo, ma nota che “whether I enforce [the exclusive jurisdiction clause] or not, I cannot ensure that all litigation between [A] and [B, C and D] is carried forward in one jurisdiction[, thus] the continuation of the proceedings in England is inevitable”. Cfr. anche DICEY, MORRIS e COLLINS, *The Conflict of Laws*, cit., p. 539, 12–131; LUPOI, *Conflitti transnazionali di giurisdizioni*, I, cit., pp. 565-66. La possibilità di superare un accordo sulla giurisdizione per effetto della connessione con altro rapporto non coperto dalla clausola, non è consentita né in Italia, per l’operare dell’art. 4 della l. 218/95 che vincola il giudice a dare effetto a un valido accordo sulla giurisdizione, né nel diritto processuale europeo, dato che al patto sul foro è riconosciuta una forza superiore rispetto alla connessione prevista dagli artt. 6 e 28 del Regolamento, segnando la prevalenza dell’autonomia privata sull’esigenza di economia dei giudizi. QUEIROLO, *Gli accordi sulla competenza giurisdizionale*, CEDAM, 2000, p. 293e ss.; DI BLASE, *Connessione e litispendenza nella convenzione di Bruxelles*, CEDAM, 1993, p. 62; JENARD, *Report on the Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters*, GUCE C-59/01, 1979, p. 27; MARI, *Il diritto processuale civile della Convenzione di Bruxelles: il sistema della competenza*, vol. 1, CEDAM, 1999, p. 685. Il sistema del Regolamento, confermato dalla giurisprudenza della Corte, non lascia dubbi a riguardo. La ragione sistematica si rinviene nella natura derogatoria della proroga di competenza che si dirige in primo luogo verso l’art. 2 e verso gli artt. 5 e 6 (quest’ultimo tratta, appunto, della connessione) e nella circostanza che l’art. 23 non menziona la connessione come limite di applicabilità della proroga. Al tempo stesso la natura della connessione è tale da poter derogare solo ai fori ex artt. 2 e 5, poiché tutti gli altri criteri previsti dal Regolamento si presentano come inderogabili o esclusivi. Si v. DI BLASE, *Connessione e litispendenza*, cit., p. 56 e ss. che svolge convincenti argomentazioni di carattere sistematico e letterale. Si potrà avere un certo margine di operatività solo nel caso in cui le parti della clausola di proroga abbiano lasciato aperta la porta per la connessione. Questo può avvenire in caso di previsione espressa o di clausola non esclusiva. La Corte di Giustizia ha poi affermato che “l’effetto della proroga di competenza [...] è quello d’escludere tanto la competenza determinata dal principio generale sancito dall’art. 2, quanto le competenze speciali di cui agli artt. 5 e 6 della Convenzione”. CORTE DI GIUSTIZIA, 14 dicembre 1976, causa C-25/76, *Galleries Segoura SPRL contro Societá Rahim Bonakdarian*, in *Racc. giur. CE*, 1976, p. 1851, punto 6 e CORTE DI GIUSTIZIA, 14 dicembre 1976, causa C-24/76, *Estasis Salotti di Colzani Aimo e Gianmario Colzani snc contro Rüwa Polstereimaschinen GmbH*, in *Racc. giur. CE*, 1976, p. 1831, punto 7. V. anche CORTE DI GIUSTIZIA, 9 novembre 1978, causa C-23/78, *Nikolaus Meeth contro Glacetal*, in *Racc. giur. CE*, 1978, p. 2133, punto 5, nella quale la Corte, trattando il caso delle proroghe c.d. “reciproche”, ha modo di affermare che “l’art. 17 [...] ha per conseguenza di escludere, nei rapporti tra le parti, altre attribuzioni di competenza facoltativa, quali figurano negli artt. 56 della Convenzione”. Ove lo ritenga opportuno, il giudice del foro prorogato ha comunque il potere di sospendere il procedimento in attesa della determinazione della causa pregiudiziale o comunque connessa. Cfr. QUEIROLO, *Gli accordi sulla competenza*, cit., p. 290.

⁹⁷KAHN-FREUND, *Jurisdiction Agreements*, cit., p. 828: “To take a practical example: under the federal maritime laws of the United States, i.e. under the Carriage of Goods by Sea Act 1970, choice of jurisdiction clauses in bills of lading subject to the Act are invalid. An English court would have to refuse to exercise jurisdiction in a dispute arising from such an American bill of lading containing an invalid agreement for English jurisdiction”. Lo specifico esempio riportato è oggi superato dalla decisione della Corte Suprema americana in *Vimar Seguros y Reaseguros, S. A. v. M/V Sky Reefer*, 515 U.S. 528 (1995) che ammette le clausole sul foro anche in tale ambito. Sul punto sottolineato in generale da Kahn-Freund, cfr. anche DICEY, MORRIS e COLLINS, *The Conflict of Laws*, cit., pp. 521-22.

In conclusione, le corti inglesi, pur non sentendosi vincolate da una clausola sul foro che, in quanto tale, continua ad essere sottoposta al principio del *non ouster*, sono pronte a esercitare il proprio potere discrezionale per vincolare le parti all'accordo (valido) che hanno stipulato,⁹⁸ salvo che esigenze particolari ne sconsiglino l'*enforcement* nel caso concreto.⁹⁹

3.5 LA GIURISDIZIONE INTERNAZIONALE NEGLI STATI UNITI

Gli Stati Uniti rappresentano un caso "eccezionale"¹⁰⁰ sotto molti punti di vista, e così anche nel modo di concepire la giurisdizione internazionale.¹⁰¹ Il dato più significativo che possiamo sottolineare in premessa a questa breve panoramica è il limite costituzionale all'esercizio del potere da parte del giudice che è stato modulato dalla giurisprudenza della Corte Suprema a partire dalla clausola *due process* contenuta nel V^o e XIV^o emendamento della Costituzione.¹⁰² Un'altra caratteristica peculiare deriva dalla natura federale del paese, Gran parte degli istituti e delle dottrine applicate nei casi di *international litigation*, infatti, sono nate o sono fortemente influenzate dalla sviluppata esperienza giurisdizionale *intra-state*, tra i vari Stati dell'unione.

La sfera della giurisdizione americana è suddivisa in *personal* e *subject-matter jurisdiction*. Perché un giudice americano possa esercitare la propria giurisdizione su una controversia, è necessario che verifichi la sussistenza di entrambi i requisiti. La nozione di *subject-matter jurisdiction* si avvicina a quella del riparto tra diverse giurisdizioni sul piano interno familiare al giu-

⁹⁸ *Mackender v Feldia AG*, [1967] 2 QB 590, [1966] 3 All ER 847; *Unterweser Reederei GmbH v Zapata Off-Shore Co (The Chaparral)*, [1968] 2 Lloyd's Rep 158; *The Eleftheria*, [1970] P 94, [1969] 2 All ER 641; *DSV Silo- und Verwaltungsgesellschaft mbH v Owners of the Sennar and 13 Other Ships (The Sennar (No 2))*, [1985] 2 All ER 104, [1985] 1 WLR 490; *British Aerospace Plc v Dee Howard Co*, [1993] 1 Lloyd's Rep 368; *Continental Bank NA v Aeakos Compania Naviera SA and Others*, [1994] 2 All ER 540, [1994] 1 WLR 588; *Aggeliki Charis Compania Maritima SA v Pagnan SpA (The Angelic Grace)*, [1995] 1 Lloyd's Rep 87; *Akai Pty Ltd v People's Insurance Co Ltd*, [1998] 1 Lloyd's Rep 90.

⁹⁹ *Donohue v. Armco Inc.*, [2001] UKHL 64, [2001] 1 All ER 749; *The El Amria*, [1981] 2 Lloyd's L.R. 119 (C.A.).

¹⁰⁰ La fortunata espressione "American exceptionalism" è utilizzata da CHASE, *American "Exceptionalism" and Comparative Procedure*, in *Am. J. Comp. L.*, 2002, vol. 50, p. 277 per descrivere non solo la particolare attitudine culturale e giuridica del giurista americano, ma anche per descrivere le peculiarità dell'esperienza processuale del paese, caratterizzata da istituti quali *pre-trial discovery*, *jury*, *punitive damages* e *class action*.

¹⁰¹ BORN e RUTLEDGE, *International Civil Litigation in United States Courts*, Wolters Kluwer, 2011, pp. 3-4. V. anche l'agile volumetto di CLERMONT, *Civil Procedure*, Foundation Press, 1999 e lo scritto di JUENGER, *Judicial Jurisdiction in the United States and in the European Communities: a Comparison*, in *Mich. L. Rev.*, 1984, vol. 82, p. 1210.

¹⁰² La clausola è vincolante nei confronti degli Stati americani in virtù del XIV^o emendamento alla Costituzione: "[n]o state (...) shall any state deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law". Identica formulazione si trova nel V^o emendamento che spiega i propri effetti nei confronti della federazione.

rista italiano,¹⁰³ ma complicata delle difficoltà supplementari rappresentate dalla coesistenza corti statali a competenza tendenzialmente generale con un ordine di corti federali che ha un ambito d'azione più limitato.¹⁰⁴ Entro i limiti definiti in astratto dall'art. III della Costituzione americana, il Congresso ha conferito giurisdizione effettiva alle corti federali nei casi di *federal question*¹⁰⁵, *diversity/alienage*¹⁰⁶ e altre ipotesi più specifiche.¹⁰⁷

¹⁰³BORN e RUTLEDGE, *International Civil Litigation*, cit., p. 1: “[s]ubject matter jurisdiction deals with a court’s power to hear a class of disputes without necessary regard to the substantive rules that are applied”.

¹⁰⁴Si tratta della proiezione in sede giudiziaria della presenza di competenze enumerate in capo al potere legislativo federale ai sensi dell’art. I della Costituzione. Così Ivi, p. 7 accostano la *plenary State subject-matter and legislative jurisdiction* alla *limited Federal legislative and subject-matter jurisdiction*. Il rapporto tra corti statali e corti federali non è di immediata comprensione. In via di sintesi possiamo affermare che la giurisdizione non è ripartita tra l’istanza federale e quella statale, ma è solitamente di natura concorrente. Questo significa che, in presenza dei requisiti sopra enunciati, la stessa azione può essere introdotta sia davanti al giudice federale che davanti al giudice statale. Nel secondo caso il convenuto può chiedere che la causa sia *removed* dalla corte statale alla corte federale, ai sensi del 28 U.S.C. § 1441. Varie possono essere le motivazioni per chiedere il *removal* in favore di una corte federale. Innanzitutto si applica un diverso *set* di regole procedurali, ossia le *Federal Rules of Civil Procedure*. Il giudice federale, inoltre, dovrebbe rappresentare un foro più neutrale nei confronti delle controversie che presentino *diversity of citizenship*. Si tratta, poi, di corti con elevati gradi di competenza e specializzazione, in grado di gestire controversie complesse dal punto di vista giuridico e politico. Infine, il *removal* è lo strumento che consente di sfuggire alle giurie locali (ma non sempre alla giuria *tout court*), ritenute spesso assai più simpatetiche con le ragioni dell’attore che con quelle del convenuto. Altre volte il *removal* è una fase intermedia di una strategia di *international litigation*, volta a far spostare il caso in altra corte federale o a ottenerne il rigetto sulla base di dottrine, talvolta non utilizzate dalle corti statali, quali il *forum non conveniens*. Ivi, pp. 9-10.

È da notare una particolare tecnica di *reverse forum shopping* messa in opera da parte del convenuto, che consiste nel chiedere il *removal* di un caso incardinato presso una giurisdizione statale nella corrispondente corte federale distrettuale, per poi ottenere un *change of venue* grazie al 28 U.S.C. § 1404 che consente alla parte di dimostrare che il foro federale adito non è il più appropriato e che ne esiste un altro più *convenient*. L’articolato arsenale di strumenti procedurali attraverso i quali attori possono cercare di impedire il *removal* e i convenuti cercare di realizzarlo è descritto in WEINTRAUB, *International Litigation and Forum Non Conveniens*, in *Tex. Int’l L.J.*, 1994, vol. 29, pp. 342-43.

¹⁰⁵28 U.S.C. § 1331: “The district courts shall have original jurisdiction of all civil actions arising under the Constitution, laws, or treaties of the United States”.

¹⁰⁶28 U.S.C. § 1332 (a):

“The district courts shall have original jurisdiction of all civil actions where the matter in controversy exceeds the sum or value of \$75,000, exclusive of interest and costs, and is between—

- (1) citizens of different States;
- (2) citizens of a State and citizens or subjects of a foreign state (...);
- (3) citizens of different States and in which citizens or subjects of a foreign state are additional parties; (...).”

¹⁰⁷Ad esempio nei casi coperti dall’Alien Tort Statute, 28 U.S.C. § 1350, o dal Foreign Sovereign Immunities Act, 28 U.S.C. § 1330.

La *personal jurisdiction*,¹⁰⁸ sulla quale ci concentreremo nelle pagine che seguono, attiene, invece, al potere del giudice nei confronti della parte convenuta, ossia al collegamento che esiste tra la parte di una controversia, o il suo patrimonio, e il foro.¹⁰⁹ Anche negli Stati Uniti, come in Inghilterra, si sviluppa originariamente una concezione strettamente territoriale di '*jurisdiction as physical power*'.¹¹⁰ In tale ottica la presenza fisica del convenuto sul territorio sovrano, e dunque la possibilità di notificargli la citazione *within the jurisdiction*, è "condizione necessaria e sufficiente per l'esercizio della *jurisdiction*".¹¹¹ La Corte Suprema americana sancisce questo principio in epoca risalente nella decisione *Pennoyer v. Neff* del 1877, affermando che "due process of law would require appearance or personal service before the defendant could be personally bound by any judgment rendered".¹¹² Scrive a tal proposito Vincenzo Vigoriti: "Si mirava così ad attuare nell'ordinamento il principio *actor sequitur forum rei*, e a tutelare in modo prevalente esigenze di certezza. (...) L'evoluzione dell'economia, l'industrializzazione, l'estrema mobilità, e quindi la necessità di conoscere di un numero sempre più elevato di liti fra i membri di comunità diverse, dimostrarono ben presto come tale regola potesse divenire fonte di ingiustizie continue, nonché un serio ostacolo ad un ordinato svolgimento dei rapporti giuridici".¹¹³

L'ostacolo è tanto più grande in quanto *Pennoyer* fa discendere la conclusione direttamente dal principio del *due process*, conferendo alla limitazione espressa dalla nozione di *physical presence* un carattere costituzionale, come tale non modificabile con i mezzi ordinari e valido sia per le corti federali che per quelle statali. La rigidità del criterio territoriale ripropone in breve tempo problemi analoghi a quanto abbiamo visto in Inghilterra con riferimento all'esercizio della giurisdizione nei confronti dei convenuti non presenti nel foro. Si arriva così facilmente a una certa esasperazione dei meccanismi

¹⁰⁸V. VON MEHREN e TRAUTMAN, *Jurisdiction to Adjudicate: A Suggested Analysis*, in *Harv. L. Rev.*, 1966, vol. 79, n. 6, p. 1136 e ss. La giurisdizione del giudice si divideva, tradizionalmente, nelle tre categorie tipiche della *common law*, *in personam*, *in rem* e *quasi in rem*, che tutt'oggi mantengono una certa valenza. Della seconda categoria fanno parte le ipotesi di giurisdizione esercitata sulla base della presenza sul territorio di beni appartenenti al convenuto oppure in via cautelare. La terza, *in rem*, attiene non solo ad azioni che noi definiremmo *erga omnes* in materia di proprietà, ma anche alle azioni di *status*. Tutte e tre le categorie sono, in fondo, soggette ai limiti costituzionali del *due process*. Per un'applicazione del *due process* relativamente alla giurisdizione *quasi in rem*, cfr. *Shaffer v. Heitner*, 433 U.S. 186 (1977); CASAD, *Shaffer v. Heitner: an End to Ambivalence in Jurisdiction Theory?*, in *U. Kan. L. Rev.*, 1977-78, vol. 26, p. 61.

¹⁰⁹BORN e RUTLEDGE, *International Civil Litigation*, cit., p. 1.

¹¹⁰È quanto nota il celebre Justice Holmes nel caso *McDonald v. Mabee*: "the foundation of jurisdiction is physical power". 243 U.S. 90, 91 (1917).

¹¹¹VIGORITI, *Garanzie costituzionali del processo civile - Due process of law e art. 24 cost.*, Giuffrè, 1970, p. 54.

¹¹²Cfr. *Pennoyer v. Neff*, 95 U.S. 714, 734 (1877), decisione ispirata all'opera di Joseph Story e ai suoi *Commentaries on the Conflict of Laws*. BORN e RUTLEDGE, *International Civil Litigation*, cit., pp. 84-85.

¹¹³VIGORITI, *Garanzie costituzionali del processo civile*, cit., p. 54.

processuali e dei criteri giurisdizionali al fine di considerare il convenuto soggetto al *physical power* del foro. Tipico esempio è quello della *tag jurisdiction* ottenuta mediante l'esecuzione del *service of process* a bordo di un aereo durante il passaggio in volo del convenuto sul territorio dello Stato¹¹⁴ o l'elaborazione di una serie di presunzioni di 'presenza' del convenuto assente sulla quale non sarebbe stato altrimenti possibile esercitare il potere giurisdizionale.¹¹⁵

La concezione strettamente territoriale così inaugurata viene superata solo grazie a un mutamento di giurisprudenza della Corte Suprema che prende avvio dalla decisione *International Shoe*.¹¹⁶ In tale occasione, che, come *Pennoyner*, riguarda una controversia *intra-state* e non internazionale, la Corte Suprema amplia notevolmente i confini dell'esercizio costituzionalmente permesso della giurisdizione americana, affermando che "due process requires only that, in order to subject a defendant to a judgment in personam, if he be not present within the territory of the forum, he have certain minimum contacts with it such that the maintenance of the suit does not offend traditional notions of fair play and substantial justice".¹¹⁷ L'adozione della nozione dei *minimum contacts* pone così fine all'esclusività del criterio territoriale della giurisdizione¹¹⁸ in favore di una concezione più ampia del potere delle corti di conoscere delle controversie nei confronti di *non-resident* che è tutt'oggi in vigore e caratterizza la giurisdizione statunitense sia nella sua veste interna che sul piano internazionale. Ancora una volta, la natura costituzionale del precetto espresso dalla Corte Suprema fa sì che il criterio dei *minimum contacts* divenga il nuovo parametro costituzionale di riferimento per qualsiasi giudice, statale o federale, che eserciti la propria giurisdizione *in personam* negli Stati Uniti: "[a]i criteri precedenti, applicati con rigido formalismo, si preferisce ora una soluzione che se offre da un lato minori garanzie sotto il profilo della certezza, dall'altro appare senz'altro più corretta, perché fondata su un'analisi degli elementi concreti della fattispecie, degli interessi coinvolti, delle conseguenze della singole scelte".¹¹⁹

¹¹⁴*Grace v. MacArthur*, 170 F. Supp. 442, (E.D. Ark. 1959): il *service* fu effettuato "by personally delivering to him a copy of this writ, together with a copy of the Complaint, on the Braniff Airplane, Flight No. 337, non-stop flight from Memphis, Tenn. to Dallas, Texas, said copy being delivered to him at 5:16 P.M. at which time the said airplane was in the Eastern District of Arkansas and directly above Pine Bluff, Arkansas, in said District".

¹¹⁵*Consent, general appearance, domicile, dangerous activity e doing business*, diventano tutti surrogati per la presenza fisica del convenuto nel foro. Cfr. VIGORITI, *Garanzie costituzionali del processo civile*, cit., p. 56 in nota.

¹¹⁶*International Shoe Co. v. Washington*, 326 U.S. 310 (1945). Cfr. JUENGER, *Judicial Jurisdiction*, cit., pp. 1196-97.

¹¹⁷*International Shoe*, 326 U.S. a p. 316.

¹¹⁸Peraltro il criterio della *presence* è stato confermato dalla Corte Suprema quale valido esercizio della giurisdizione anche post-*International Shoe* nel caso *Burnham v. Superior Court of California*, 495 U.S. 604 (1990).

¹¹⁹VIGORITI, *Garanzie costituzionali del processo civile*, cit., p. 52.

L'estensione dei limiti costituzionali operata da *International Shoe* non comporta, però, automaticamente l'allargamento della portata giurisdizionale degli Stati (e della Federazione) oltre il confine territoriale. La giurisprudenza dei *minimum contacts* rappresenta, infatti, il limite esterno posto all'esercizio della giurisdizione americana, la quale, tuttavia, necessita di una base normativa per il suo esercizio. La stagione successiva alla pronuncia della Corte Suprema ha, perciò, visto il fiorire di una produzione legislativa volta a estendere la giurisdizione sui *non-resident* tramite l'adozione dei c.d. *long-arm statute*.¹²⁰ Alcuni Stati hanno scelto di espandere quanto più possibile il potere delle proprie corti, sino a raggiungere i limiti più remoti della nuova nozione costituzionale di *due process*, promulgando degli *statute* che consentono ai giudici di esercitare la propria giurisdizione "on any basis not inconsistent with the Constitution of this state or of the United States".¹²¹ Altri, come lo Stato di New York, hanno optato per una diversa soluzione, specificando un catalogo dettagliato di ipotesi nelle quali i giudici dello Stato possono esercitare il proprio potere su convenuti non soggetti al *physical power*.¹²² A livello federale, invece, il Congresso non ha conferito un potere generale alle corti: queste possono esercitare la propria giurisdizione sulla base di un *long-arm statute* dello Stato nel quale siede la corte federale o in virtù di una specifica autorizzazione contenuta in una legge federale, come avviene in materia di antitrust.¹²³

¹²⁰JUENGER, *Judicial Jurisdiction*, cit., p. 1198.

¹²¹È quanto recita, ad esempio, il *long-arm statute* della California. CA CIV PRO § 410.10 (2003)

¹²²N.Y. C.P.L.R. § 302 (2003).

¹²³Cfr. la Rule 4(k) FRCP. Vi sono anche altre ipotesi limitate. BORN e RUTLEDGE, *International Civil Litigation*, cit., pp. 82-83; LOWENFELD, *International Litigation and Arbitration*, Thomson West, 2006, p. 176. A livello di teoria e pratica giurisdizionale, si distinguono, poi, i concetti di *general* e *specific jurisdiction* i quali attengono all'ampiezza della cognizione del giudice permessa dal criterio di collegamento. La *general jurisdiction* consente al giudice di conoscere di qualsiasi controversia contro il convenuto e sussiste, ad esempio, nei casi di *domicile*, *presence* o nel caso che i *minimum contacts* siano continui e sistematici. JUENGER, *Judicial Jurisdiction*, cit., p. 1198: "If these contacts are 'continuous and systematic' (as in the case of intensive business activities in the forum state), then the foreign defendant is amenable to general jurisdiction, i.e., suable even on unrelated causes of action. But if the defendant's relationship to the forum is more attenuated, he may still be subject to limited personal jurisdiction with respect to causes of action that arise from certain local contacts, such as the commission of a tort within the state". Si distinguono ulteriormente i concetti di *limited* e *unlimited general jurisdiction*. La prima è tipica dei casi di giurisdizione *quasi-in-rem*, quale la presenza di beni del convenuto nell'ambito territoriale di competenza della corte. La combinazione tra *general* e *limited* significa che il giudice può conoscere di qualsiasi controversia relativa al convenuto, ma solo entro i limiti rappresentati dal valore economico dei beni del convenuto che formano la base della giurisdizione del giudice stesso. VON MEHREN e TRAUTMAN, *Jurisdiction to Adjudicate*, cit., p. 1136 e ss. Un noto esempio di giurisdizione basata sulla presenza dei beni del convenuto è rappresentato dal § 23 del ZPO tedesco, il quale, però, conferisce al giudice un potere che gli americani definirebbero di *unlimited general jurisdiction*. Viceversa, la *specific jurisdiction* rappresenta il legame di colui che, pure non residente o presente nel

Linda Silberman nota che “[o]ne key aspect of the constitutional due process jurisdiction jurisprudence as developed in the United States (...) is the emphasis on the connection between the forum and the defendant. Because it is the defendant’s relationship with the forum that is the “touchstone” of the U.S. constitutional analysis, there is already a built-in concern for the defendant”.¹²⁴ E ancora “[i]n the United States, it is the affiliation between the defendant and the forum that is critical, and this is true for the interstate as well as the transnational case”.¹²⁵

3.5.1 LA DOTTRINA DEL FORUM NON CONVENIENS

Anche il giudice americano, al pari di quello inglese, si ritiene dotato di un *inherent power* discrezionale nella scelta se esercitare il proprio potere giurisdizionale su una controversia quando ciò non appare conforme a giustizia o esiste un altro foro considerato più appropriato.¹²⁶ La dottrina, che anche

foro, vi è comunque connesso ad esempio perché vi ha concluso un contratto o vi commercia alcuni beni. In tali casi, in linea di massima, è consentito l’esercizio costituzionale della giurisdizione solo in relazione a una *cause of action* che abbia un qualche legame con il criterio di collegamento considerato. V. più in generale anche il *2011 Symposium Issue della South Carolina Law Review* sul tema *Personal Jurisdiction for the Twenty-First Century: The Implications of McIntyre and Goodyear Dunlop Tires*. V. anche i casi successivi *World-Wide Volkswagen Corp v. Woodson*, 444 U.S. 286 (1980); *Helicopteros Nacionales de Colombia, S.A. v. Hall*, 466 U.S. 408 (1984); *Asahi Metal Industry Co. v. Superior Court*, 480 U.S. 102 (1987); *Goodyear Dunlop Tires Operations, S.A. v. Brown*, 131 S. Ct. 2846 (2011); *J. McIntyre Mach., Ltd. v. Nicastro*, 131 S. Ct. 2780 (2011).

¹²⁴Secondo CASAD, *Jurisdiction in Civil Action at the End of the Twentieth Century: Forum Conveniens and Forum Non Conveniens*, in *Tul. J. Int’l & Comp. L.*, 1999, vol. 7, p. 93, “instead of thinking about jurisdiction over the action, we think primarily about jurisdiction over the defendant. [This] is traceable to the theory of the nature of jurisdiction that we received from the old English common law”.

¹²⁵SILBERMAN, *Goodyear and Nicastro: Observations from a Transnational and Comparative Perspective*, in *S.C. L. Rev.*, 2012, vol. 63, p. 600e 607.

¹²⁶Sulla dottrina in generale, si v. il volume edito da FAWCETT, *Declining Jurisdiction in Private International Law*, OUP (1995); nonché WEINTRAUB, *International Litigation and Forum Non Conveniens*, 29 *Tex. Int’l L.J.* 321 (1994); REUS, *Judicial Discretion: A Comparative View on the Doctrine of Forum Non Conveniens in the United States, the United Kingdom, and Germany*, 16 *Loy. L.A. Int’l & Comp. L.J.* 455, *passim* (1993-1994); BORN e RUTLEDGE, *International Civil Litigation*, cit., pp. 522-39; SILBERMAN, *The Impact of Jurisdictional Rules and Recognition Practice on International Business Transactions: the U.S. Regime*, 26 *Hous. J. Int’l L.* 327, 339-46 (2003-04). Analizza il particolare rapporto tra la dottrina in parola e l’azione per il riconoscimento e l’esecuzione di un lodo arbitrale straniero ai sensi della Convenzione di New York del 1958 lo scritto di ATTERITANO, *Il “forum non conveniens” nei procedimenti di “enforcement” dei lodi arbitrali stranieri*, *Riv. Dir. Int. Priv. e Proc.*, 2007, p. 1009 ss.

L’idea alla base è che il giudice posseda un *inherent power* discrezionale, insito nella funzione giurisdizionale stessa, in base al quale gli è possibile sindacare l’opportunità della scelta del foro operata dall’attore. Si tratta di una prerogativa del giudice e non di un diritto in capo alle parti. *American Dredging Co. v. Miller*, 510 U.S. 443 (1996). L’utilizzo del termine “discrezionale” non deve portare alla conclusione che il giudice sia libero nella scelta se decidere o meno una controversia, né a ritenere che il giudice di *common law* valuti

negli Stati Uniti prende il nome di *forum non conveniens*, viene fatta risalire alla celebre decisione della Corte Suprema nel caso *Gilbert*¹²⁷ pronunciata alla metà del secolo scorso. Se anche in precedenza alcune corti USA avevano ventilato la possibilità di rifiutare l'esercizio del proprio potere giurisdizionale su base discrezionale,¹²⁸ è l'articolo di un avvocato della Wall Street anni '30, Paxton Blair che porta alla ribalta la dottrina scozzese dalle prestigiose colonne della *Columbia Law Review*. Nel pezzo, l'autore auspica l'uso del *forum non* da parte del giudiziario per risolvere il problema di un certo affollamento del *docket* delle corti newyorchesi: "New legislation is not needed (...) – afferma Blair – for the doctrine in question involves nothing more than an appeal to the inherent powers possessed by every court of justice".¹²⁹ Vent'anni dopo la Corte Suprema sembra raccogliere il suggerimento di Blair pronunciando la decisione nel caso *Gilbert*, tutt'oggi il saldo punto di partenza che indica le coordinate fondamentali dell'analisi che il giudice americano compie per valutare se esercitare o meno il proprio potere giurisdizionale.¹³⁰

Il test, nella sua versione americana è articolato in un *private interest factor*, che riguarda l'opportunità per le parti in lite che la causa sia discussa nel foro scelto dall'attore,¹³¹ e un *public interest factor*, che invece prende in considerazione l'interesse del sistema giudiziario americano nel decidere la particolare controversia.¹³² Il bilanciamento dei due fattori dovrebbe indi-

con leggerezza la scelta operata da un attore di adire la propria corte. LEAR, *Congress, the Federal Courts, and Forum Non Conveniens: Friction on the Frontier of the Inherent Power*, 91 *Iowa L. Rev.* 1147 (2006) e il confronto tra la posizione di REDISH, *Abstention, Separation of Powers, and the Limits of Judicial Function*, 94 *Yale L.J.* 71 (1984-85) e quella di SHAPIRO, *Jurisdiction and Discretion*, 60 *N.Y.U. L. Rev.* 543 (1985).

¹²⁷*Gulf Oil Co. v. Gilbert*, 330 U.S. 501 (1947).

¹²⁸Si v., *inter alia*, *The Bengeland*, 114 U.S. 355, 365-66 (1885), un caso in *admiralty*; e *Rogers v. Guaranty Trust Co. of N.Y.*, 288 U.S. 123, 130-31 (1933), nella quale il giudice rifiutò di "interfere with ... the internal affairs of a corporation organized under the laws of another state". Si v., più in generale, HOFMANN/ROWLEY, *Forum Non Conveniens in Federal Statutory Cases*, 49 *Emory L.J.* 1137, 1149-51 (2000).

¹²⁹BLAIR, *The Doctrine of Forum Non Conveniens in Anglo-American Law*, 29 *Col. L. Rev.* 1 (1929) a p. 1

¹³⁰Non tutte le corti statali, invece, fanno uso della dottrina.

¹³¹*Gilbert*, 330 U.S. p. 508: "An interest to be considered, and the one likely to be most pressed, is the private interest of the litigant. Important considerations are the relative ease of access to sources of proof; availability of compulsory process for attendance of unwilling, and the cost of obtaining attendance of willing, witnesses; possibility of view of premises, if view would be appropriate to the action, and all other practical problems that make trial of a case easy, expeditious, and inexpensive. There may also be questions as to the enforceability of a judgment if one is obtained. The court will weigh relative advantages and obstacles to fair trial. It is often said that the plaintiff may not, by choice of an inconvenient forum, 'vex,' 'harass,' or 'oppress' the defendant by inflicting upon him expense or trouble not necessary to his own right to pursue his remedy".

¹³²*Gilbert*, 330 U.S. p. 508-09: "Factors of public interest also have place in applying the doctrine. Administrative difficulties follow for courts when litigation is piled up in congested centers instead of being handled at its origin. Jury duty is a burden that ought not to be imposed upon the people of a community which has no relation to the litigation.

care al giudice se trattenere o meno la controversia davanti a sé. Qui si nota un'importante differenza con la versione inglese che, al contrario, si concentra esclusivamente su elementi 'private', escludendo la rilevanza di ragioni di interesse pubblico nella valutazione circa l'appropriatezza del foro scelto dall'attore.

Dato che *Gilbert* riguardava una controversia *intra-state*, il precedente vero e proprio in materia di *international litigation* che stabilisce l'applicabilità della dottrina nei casi in cui il foro più appropriato sia all'estero è un'altra celebre decisione, *Piper Aircraft Co. v. Reyno*.¹³³ La controversia in *Piper* verte su una domanda di risarcimento danni a seguito di un disastro aereo occorso nei cieli della Scozia, promossa in California dagli eredi delle vittime nei confronti del costruttore americano del velivolo. Nonostante che *Gilbert* avesse segnalato l'eccezionalità della dottrina del *forum non conveniens*, connotandola quale sorta di *extrema ratio*, *Piper* ne amplia notevolmente la portata in materia internazionale. Laddove *Gilbert* afferma che in linea di massima "the plaintiff's choice of forum should rarely be disturbed",¹³⁴ *Piper* istruisce il giudice di considerare la scelta del foro da parte di un attore straniero come meno meritevole di deferenza e di non valutare il potenziale cambio della legge applicabile quale elemento ostativo al *dismissal*. Grazie all'espedito in parola l'utilizzo della dottrina nelle corti americane ha rapidamente superato il carattere di eccezionalità e acquisito un'importanza spesso fondamentale nelle liti transnazionali, divenendo presenza costante nelle memorie difensive di ogni convenuto in casi di liti promosse da attori stranieri.¹³⁵

Il *dismissal* della causa è spesso sottoposto ad alcune condizioni da parte del giudice, ad esempio alla promessa dei convenuti di non contestare la giurisdizione del foro *ad quem* o di non eccepire determinate prescrizioni o decadenze.¹³⁶ Ciò nonostante la rimozione della controversia dalle aule giudiziarie viene spesso salutata come una vittoria del convenuto: il foro straniero, ovunque sito, difficilmente potrà garantire agli attori un armamentario processua-

In cases which touch the affairs of many persons, there is reason for holding the trial in their view and reach, rather than in remote parts of the country where they can learn of it by report only. There is a local interest in having localized controversies decided at home. There is an appropriateness, too, in having the trial of a diversity case in a forum that is at home with the state law that must govern the case, rather than having a court in some other forum untangle problems in conflict of laws, and in law foreign to itself".

¹³³ 454 U.S. 235 (1981).

¹³⁴ *Gilbert*, 330 U.S. a p. 508.

¹³⁵ Una recente evoluzione della dottrina prevede che, ove gli Stati Uniti siano chiaramente un foro *inconvenient*, le corti possano operare il *dismissal* anche prima di aver determinato la propria giurisdizione, in ossequio ad un principio di economia processuale. *Sinochem Int'l Co. v. Malay. Int'l Shipping Corp.*, 549 U.S. 422 (2007). Per un commento v. GREENBERG, *The Forum Non Conveniens Motion and the Death of the Moth: A Defense Perspective in the Post-Sinochem Era*, 72 *Alb. L. Rev.* 321 (2009).

¹³⁶ WEINTRAUB, *International Litigation and Forum Non Conveniens*, cit., p. 330-332, riporta due esempi, tra i quali il disastro ambientale di Bhopal.

le che possa competere con quello a disposizione dei *plaintiff* americani, né, tantomeno, analoghe prospettive di risarcimento monetario.¹³⁷

3.6 GLI ACCORDI SUL FORO: DA ‘*oust the jurisdiction*’

In materia di accordi sulla giurisdizione, l’orientamento delle corti americane è stato per lungo tempo quello della inderogabilità convenzionale della propria giurisdizione. Non vi erano particolari problemi, invece, per quanto concerneva l’effetto di proroga: l’elezione di un foro poteva essere considerato come un valido *consent* alla giurisdizione dello Stato e, dunque, un esercizio costituzionalmente permesso del potere giurisdizionale.¹³⁸ Il problema era rappresentato, ancora una volta, dall’effetto di deroga, cioè dal tentativo di sottrarre la controversia dalla cognizione delle corti statunitensi.¹³⁹ La formula utilizzata per negare efficacia ai patti di deroga era quella familiare per il giurista di *common law* del divieto per le parti di ‘*oust the jurisdiction*’.¹⁴⁰ Alcuni giudici sancivano che “[n]othing is better settled than that agreement of this character are void”,¹⁴¹ mentre altri sottolineavano la “universally accepted rule that agreements in advance of controversy whose object is to oust the jurisdiction of the courts are contrary to public policy and will not be enforced”.¹⁴² Tra le cause di questo atteggiamento restrittivo, che peraltro era rivolto anche alle clausole compromissorie, viene spesso

¹³⁷Uno studio empirico, un po’ risalente, mostrava che solo un 4% delle controversie *dismissed* continua all’estero. ROBERTSON, *Forum Non Conveniens in America and England: “A Rather Fantastic Fiction”*, 103 *Law Q. Rev.* 398 (1987). Per un eclatante e recente caso di *boomerang v.* la saga internazionale nel caso *Chevron c. Ecuador* nel quale dopo il *dismissal* della lite negli Stati Uniti, gli attori hanno proseguito la causa in Ecuador ottenendo un verdetto miliardario. V. *inter alia*, *Chevron Corp. v. Donziger*, 768 F.Supp. 2d 581 a pp. 620–621 (S.D.N.Y., Mar. 7, 2011). Sulla vicenda v. anche PERCIVAL, *Liability for Environmental Harm and Emerging Global Environmental Law*, 25 *Md. J. Int’l L.* 37 (2010); KIMERLING, *Indigenous People and the Oil Frontier in Amazonia: the Case of Ecuador, Chevrontexaco, and Aguinda v. Texaco*, 38 *Int’l L. & Pol.* 413 (2006).

¹³⁸REESE, *The Contractual Forum: Situation in the United States*, in *Am. J. Comp. L.*, 1964, vol. 13, p. 187.

¹³⁹V. anche LENHOFF, *The Parties’ Choice of Forum: “Prorogation Agreements”*, in *Rutgers L. Rev.*, 1960-61, vol. 15, p. 430 e ss. Avverte ABALLI, *Comparative Developments in the Law of Choice of Forum*, in *N.Y.U. J. Int’l L. & Pol.*, 1968, vol. 1, p. 184: “It is difficult to find early cases in the United States which considered ‘choice of forum clauses’ in international contracts (...). The reason is that compared to Great Britain and other European nations, the volume of international trade carried out by the younger nations of the Western Hemisphere during their early years was small”. Cfr. anche GRUSON, *Forum Selection Clauses in International and Interstate Commercial Agreements*, in *U. Ill. L. Rev.*, 1982, vol. 1982, p. 138 e ss.

¹⁴⁰Vedi i casi citati in BORN e RUTLEDGE, *International Civil Litigation in United States Courts*, Kluwer, 2007, p. 467.

¹⁴¹*Benson v. Eastern Bldg. & Loan Ass’n*, 174 N.Y. 83, 86 (1903).

¹⁴²*Carbon Black Export, Inc. v. The S.S. Monrosa*, 254 F.2d 297 (5th Cir. 1958). Cfr. REESE, *The Contractual Forum*, cit., pp. 191-92.

evidenziata la circostanza che in una certa fase storica i giudici percepivano il proprio compenso in relazione al numero di casi decisi, e pertanto la prospettiva dell'*ouster* avrebbe provocato una diminuzione del salario del giudice.¹⁴³ Nel caso *Home Insurance Co. v. Morse*¹⁴⁴ viene proposta, però, una diversa ricostruzione di tale divieto, maggiormente ancorata a valutazioni di carattere giuridico: "Every citizen is entitled to resort to all the courts of the country, and to invoke the protection which all the laws or all those courts may afford him. A man may not barter away his life or his freedom, or his substantial rights".¹⁴⁵

A differenza dell'Inghilterra che, pur condividendo il principio del *non ouster*, abbiamo visto sviluppare un orientamento favorevole nei confronti delle clausole sul foro già nel corso dell'800, in America occorre attendere il 1972 e la decisione della Corte Suprema nel caso della motonave *The Bremen* per assistere a una svolta in senso più liberale. Questa importante pronuncia rappresenta il punto di arrivo di un percorso di circa cinquant'anni che lega, in certa misura, i destini della clausola sulla giurisdizione alla convenzione arbitrale. Mentre nel corso dell'800 e della prima metà del '900 rimane consolidato il divieto di derogare alla giurisdizione delle corti,¹⁴⁶ infatti, una prima incrinatura nella monolitica giurisprudenza del *non ouster* si ha con l'approvazione nel 1925 del *Federal Arbitration Act*, adottato col fine di superare per via legislativa la tradizionale ostilità dei giudici nei confronti delle clausole compromissorie.¹⁴⁷ Sulla scia di tale innovazione, nel corso degli anni '40 del XX^o secolo alcune corti di grado inferiore iniziano a mettere in dubbio la ferrea regola della *non-enforceability* degli accordi sul foro, per lo meno laddove l'accordo non pare *unreasonable*.¹⁴⁸ La stessa Corte Suprema si avvicina nel 1964 alla svolta operata in *The Bremen* con la decisione *Szukhent*¹⁴⁹ nella quale afferma, *en passant*, il potere delle parti di un contratto di accordarsi in punto di giurisdizione competente,¹⁵⁰ anche se con

¹⁴³Cfr. REESE, *The Contractual Forum*, cit., p. 189: "Judge Learned Hand once told the writer that it was his guess that this judicial aversion dates from the time when, according to him, judges were paid by the case and accordingly viewed arbitration and choice of forum provisions as devices that were likely to curtail their income".

¹⁴⁴87 U.S. 445 (1874).

¹⁴⁵87 U.S. p. 451. V. BORN e RUTLEDGE, *International Civil Litigation*, cit., p. 481.

¹⁴⁶SYKE, *Agreements in Advance Conferring Exclusive Jurisdiction on Foreign Courts*, in *La. L. Rev.*, 1949-50, vol. 10, p. 293.

¹⁴⁷*Federal Arbitration Act* (1925) 9 U.S.C. § 1. Cfr. BORN e RUTLEDGE, *International Civil Litigation*, cit., pp. 1164-66.

¹⁴⁸*Wm. H. Muller & Co. v. Swedish American Line Ltd.*, 224 F.2d 806 (2d Cir. 1955). Ivi, pp. 465-66; REESE, *The Contractual Forum*, cit., pp. 190-91. Il Quinto circuito non condivide, invece, l'apertura operata dal Secondo. *Carbon Black Export, Inc. v. The S.S. Monrosa*, 254 F.2d 297 (5th Cir. 1958). La decisione in *Carbon Black* giocherà un ruolo importante nel caso *The Bremen* discusso nel prossimo paragrafo, poiché è la decisione sulla quale si basano le pronunce in primo e secondo grado, ostili alla deroga della giurisdizione americana.

¹⁴⁹*National Equipment Rental, Ltd. v. Szukhent*, 375 U.S. 311 (1964).

¹⁵⁰Ivi, pp. 315-16.

riferimento a un'ipotesi di proroga e non di deroga. Per la Corte, infatti, "it is settled (...) that parties to a contract may agree in advance to submit to the jurisdiction of a given court".¹⁵¹

Altri due passi importanti nel cammino verso il mutamento di giurisprudenza sono rappresentati dall'approvazione del *Model Choice of Forum Act*¹⁵² del 1968 e del *Restatement (Second) Conflict of Laws* approvato nel 1971. Il primo strumento, redatto dalla National Conference of Commissioners on Uniform State Laws e offerto alle varie adunanze legislative statali come modello di legge, pur non avendo conosciuto una vasta adesione a livello dei singoli Stati, rappresenta l'ossatura concettuale sulla quale verrà modellata la decisione della Corte Suprema.¹⁵³ Alla sezione 3 del *Model Act*, infatti, si prevede l'obbligo generale per una corte di dare attuazione a un accordo sul foro, salvo il ricorrere di eccezioni che non sono molto differenti da quanto vedremo nelle pagine che seguono.¹⁵⁴ Quanto al *Restatement*, la proposizione rilevante è la § 80, secondo la quale "[t]he parties' agreement as to the place of the action cannot oust a State of judicial jurisdiction, but such an agreement will be given effect unless it is unfair or unreasonable".¹⁵⁵ Ritroveremo questi elementi nella decisione in *The Bremen*.

3.7 A *The Bremen v. Zapata*

Nel 1972 viene, finalmente, deciso il caso *The Bremen v. Zapata*.¹⁵⁶ La Unterweser, armatore tedesco della nave M/S Bremen, e Zapata Offshore Drilling si accordano per il rimorchio di un impianto di trivellazione petrolifero (The Chaparral) fino al Mar Adriatico in Italia. Una tempesta danneggia l'impianto e costringe la Bremen, su istruzioni di Zapata, a trovare rifugio

¹⁵¹Ibidem.

¹⁵²V. REESE, *A Proposed Uniform Choice of Forum Act*, in *Col. J. Transnat'l L.*, 1966, vol. 5, p. 193; REESE, *The Model Choice of Forum Act*, in *Am. J. Comp. L.*, 1969, vol. 17, n. 2, p. 292; LEFLAR, *The Bremen and the Model Choice of Forum Act*, in *Vand. J. Transnat'l L.*, 1972-73, vol. 6, p. 375.

¹⁵³*The Bremen*, cit., p. 377e ss.

¹⁵⁴Section 3: "(Action in Another Place by Agreement.) If the parties have agreed in writing that an action shall on a controversy be brought only in another state and it is brought in a court of this state, the court will dismiss or stay the action, as appropriate, unless: (1) the court is required by statute to entertain the action; (2) the plaintiff cannot secure effective relief in the other state, for reasons other than delay in bringing the action; (3) the other state would be a substantially less convenient place for the trial of the action than this state; (4) the agreement as to the place of the action was obtained by misrepresentation, duress, the abuse of economic power, or other unconscionable means; or (5) it would for some other reason be unfair or unreasonable to enforce the agreement". Citato in *The Model Choice of Forum Act*, cit., pp. 294-95.

¹⁵⁵Nel 1986 la versione è stata modificata eliminando il riferimento all'impossibilità di oust the jurisdiction. BORN e RUTLEDGE, *International Civil Litigation*, cit., p. 467.

¹⁵⁶*The Bremen v. Zapata Off-Shore Co.*, 407 U.S. 1 (1972). V. JUENGER, *Supreme Court Validation of Forum-Selection Clauses*, in *Wayne L. Rev.*, 1972-73, vol. 19, p. 49.

nel porto di Tampa in Florida. Lì la nave viene posta sotto sequestro da un U.S. Marshall su istanza di Zapata come garanzia per il risarcimento dei danni e liberata solo con la prestazione di una cospicua garanzia da parte di Unterweser (\$ 3.200.000). Il contratto di navigazione tra Unterweser e Zapata prevede una clausola di giurisdizione esclusiva delle corti inglesi¹⁵⁷ e, dunque, mentre Zapata comincia un'azione nello stato di New York per il risarcimento del danno, Unterweser agisce in Inghilterra in virtù dell'accordo sul foro.¹⁵⁸ La determinazione del foro competente appare strategicamente fondamentale dal momento che le corti inglesi sono molto più propense a dare effetto alle due clausole di esonero dalla responsabilità dell'armatore previste dal contratto che, al contrario, sono solitamente ritenute nulle dalla giurisprudenza americana.

Poiché la corte newyorchese tarda a decidere la *motion to dismiss* basata sulla clausola di giurisdizione, Unterweser si risolve a proporre un'azione di limitazione della propria responsabilità davanti alla corte di Tampa. Si tratta di una tipica azione *in admiralty* di natura concorsuale che consente al proprietario di un'imbarcazione di contenere le richieste di risarcimento e nell'ambito della quale il giudice emette rituale ingiunzione per concentrare i procedimenti di risarcimento del danno in quel foro. La scelta di Unterweser di agire a Tampa non verrà, in seguito, censurata dalla Corte Suprema, né a titolo di *consent* né a titolo di *submission to jurisdiction*, poiché il termine di decadenza di soli sei mesi previsto per l'azione di limitazione della responsabilità era in scadenza e ciò rendeva la scelta di agire in Florida un comportamento processuale difensivo strategicamente quasi obbligato.¹⁵⁹

La corte distrettuale di Tampa risponde negativamente alla richiesta di Unterweser di respingere le richieste di Zapata in ragione dell'esistenza di una clausola di scelta del foro londinese, citando in particolare la decisione *Carbon Black* del Quinto circuito e ritenendo di non dover dare peso all'accordo concluso *ante-litem* tra le parti.¹⁶⁰ Il giudice sceglie, quindi, di inquadrare la difesa di Unterweser come una normale istanza di *forum non conveniens*

¹⁵⁷“Any dispute arising must be treated before the London Court of Justice”. *The Bremen*, 407 U.S., p. 2.

¹⁵⁸ *Unterweser Reederei GmbH v Zapata Off-Shore Co (The Chaparral)*, [1968] 2 Lloyd's Rep 158. Unterweser agisce a Londra per il risarcimento dei danni derivante dall'inadempimento del contratto di rimorchio. Zapata compare per contestare la giurisdizione delle corti inglesi, che però si ritengono competenti in virtù della clausola di elezione del foro.

¹⁵⁹ *The Bremen*, 407. U.S., pp. 19-20: “It is clear that Unterweser's action in filing its limitation complaint in the District Court in Tampa was, so far as Zapata was concerned, solely a defensive measure made necessary as a response to Zapata's breach of the forum clause of the contract. When the six-month statutory period for filing an action to limit its liability had almost run without the District Court's having ruled on Unterweser's initial motion to dismiss or stay Zapata's action pursuant to the forum clause, Unterweser had no other prudent alternative but to protect itself by filing for limitation of its liability. Its action in so doing was a direct consequence of Zapata's failure to abide by the forum clause of the towage contract”.

¹⁶⁰ *Carbon Black Export, Inc.*, 254 F.2d 297, citata supra alla nota 148 a pagina 146.

in favore del giudice inglese. Conducendo l'analisi sulla base di *Gilbert*¹⁶¹ la corte distrettuale conclude che “[t]he balance of conveniences here is not strongly in favor of [Unterweser] and [Zapata’s] choice of forum should not be disturbed”.¹⁶²

La Corte d’appello conferma l’impostazione del giudice di prime cure notando, tra l’altro, che “England had no interest in or contact with the controversy other than the forum-selection clause (...); Zapata [is] a United States citizen and [t]he discretion of the district court to remand the case to a foreign forum was consequently limited’ - especially since it appeared likely that the English courts would enforce the exculpatory clauses; (...) enforcement of such clauses would be contrary to public policy in American courts”.¹⁶³

Quando il caso giunge al vaglio della Corte Suprema vi è uno *split* tra le Corti d’Appello federali, come testimoniato dalla decisione Quinto circuito¹⁶⁴ sulla quale si erano basati i giudici in *The Bremen* e l’orientamento più liberale del Secondo.¹⁶⁵ La Corte Suprema concede, dunque, il *certiorari* e pronuncia, per bocca del suo *Chief Justice* Burger una decisione destinata a produrre i suoi effetti ancora oggi. L’opinione di maggioranza della Corte esordisce affermando che “far too little weight and effect were given to the forum clause in resolving this controversy”.¹⁶⁶ Secondo i *Justices* l’espansione commerciale dell’ultimo ventennio successivo alla conclusione del conflitto mondiale rende necessario superare la visione *parochial* secondo la quale tutte le controversie debbono essere risolte “under our laws and in our courts”. Una tale impostazione rappresenterebbe, oltretutto, un forte ostacolo allo sviluppo del commercio americano in un’economia a matrice sempre più transnazionale.¹⁶⁷

¹⁶¹ *Gulf Oil Corp. v. Gilbert*, 330 U.S. 501 (1947) vista al paragrafo precedente.

¹⁶² *The Bremen*, 407 U.S., p. 6.

¹⁶³ *The Bremen*, 407 U.S., p. 7-8.

¹⁶⁴ *Carbon Black Export, Inc.*, 254 F.2d 297.

¹⁶⁵ *Wm. H. Muller & Co.*, 224 F.2d 806.

¹⁶⁶ 407 U.S., p. 8.

¹⁶⁷ Il passo completo recita:

“For at least two decades, we have witnessed an expansion of overseas commercial activities by business enterprises based in the United States. The barrier of distance that, once tended to confine a business concern to a modest territory no longer does so. Here we see an American company with special expertise contracting with a foreign company to tow a complex machine thousands of miles across seas and oceans. The expansion of American business and industry will hardly be encouraged if, notwithstanding solemn contracts, we insist on a parochial concept that all disputes must be resolved under our laws and in our courts. Absent a contract forum, the considerations relied on by the Court of Appeals would be persuasive reasons for holding an American forum convenient in the traditional sense, but in an era of expanding world trade and commerce, the absolute aspects of the doctrine of the *Carbon Black* case have little place, and would be a heavy hand indeed on the future development of international commercial dealings

La Corte prosegue nel suo ragionamento citando le evoluzioni che abbiamo ricordato nel paragrafo precedente. La decisione in *Szukhent*, il *Model Act* e il *Restatement*, così come l'orientamento favorevole delle stesse corti di Londra, sono tutti elementi che le consentono di ritenere ormai la posizione ampiamente condivisa.¹⁶⁸ Né la mancanza di connessione tra il foro scelto e la controversia, né la prospettiva dell'operatività delle clausole di esonero dalla responsabilità costituiscono motivi sufficienti per non dare effetto a una "choice of (...) forum (...) made in an arm's-length negotiation by experienced and sophisticated businessmen". L'una perché le corti inglesi costituiscono la scelta di un foro neutrale e assai esperto in materia di diritto della navigazione, l'altra perché, nel ragionamento economico e contrattualista svolto dai giudici, le clausole di esonero potrebbero aver influito sul prezzo del contratto pagato da Zapata o aver rappresentato la ragione per la quale il rimorchiatore si è assunto il rischio di un trasporto transoceanico.¹⁶⁹

La *Supreme Court* affronta direttamente anche la *vexata quaestio* dell'*ouster*:

"The argument that such clauses are improper because they tend to 'oust' a court of jurisdiction is hardly more than a vestigial legal fiction. It appears to rest at core on historical judicial resistance to any attempt to reduce the power and business of a particular court, and has little place in an era when all courts are overloaded and when businesses, once essentially local, now operate in world markets. It reflects something of a provincial attitude regarding the fairness of other tribunals. No one seriously contends in this case that the forum selection clause 'ousted' the District Court of jurisdiction over Zapata's action. The threshold question is whether that court should have exercised its jurisdiction to do more than give effect to the legitimate expectations of the parties, manifested in their freely negotiated agreement, by specifically enforcing the forum clause".¹⁷⁰

E conclude: "There are compelling reasons why a freely negotiated private international agreement, unaffected by fraud, undue influence, or overweening bargaining power, such as that involved here, should be given full effect".¹⁷¹ "The correct approach [is] to enforce the forum clause specifically unless [the breaching party] could clearly show that enforcement would be unreasonable and unjust, or that the clause was invalid for such reasons as fraud or over-

by Americans. We cannot have trade and commerce in world markets and international waters exclusively on our terms, governed by our laws, and resolved in our courts".

Ivi, pp. 8-9.

¹⁶⁸407 U.S., p. 11.

¹⁶⁹407 U.S., pp. 11-12 e 16.

¹⁷⁰*The Bremen*, 407 U.S., p. 12.

¹⁷¹*Ibidem*.

reaching”.¹⁷² L’onere, definito *heavy*,¹⁷³ grava sulla parte che obietta alla validità o all’*enforcement* della clausola sul foro.

Il *common law* americano sembra, così, seguire la strada tracciata dal giudice inglese nel distinguere due momenti di valutazione dell’accordo sul foro. Il primo concerne la verifica della validità contrattuale-sostanziale della clausola stessa, in particolare con riferimento ai vizi di *fraud*, *duress* e *over-reaching*. Il secondo è relativo, invece, all’*enforceability*, ossia alla decisione se dare efficacia a un accordo valido dal punto di vista sostanziale. In tale sede il giudice è chiamato a valutare sia la *reasonableness* della scelta operata dalla parti che l’eventuale (in)giustizia del caso concreto.

In realtà, nonostante la petizione di principio, la stessa *The Bremen* e, soprattutto, le decisioni successive mostrano di non distinguere nettamente tra i due profili, almeno non come avviene in Inghilterra, concentrando l’intera analisi nella questione circa l’*enforceability* dell’accordo, della quale la validità contrattuale rappresenta un aspetto.¹⁷⁴

Nonostante che il precedente in *The Bremen* sia formalmente limitato alla materia specifica dell’*admiralty*, la quale, peraltro, è di natura federale,¹⁷⁵ la decisione della Corte Suprema è stata salutata, e non a torto, come un vero e proprio cambio di rotta generale in materia di accordi sul foro,¹⁷⁶ capace di spiegare effetti ben oltre gli angusti limiti della diritto della navigazione.¹⁷⁷

¹⁷²Ivi a p. 15.

¹⁷³Ivi a p. 17.

¹⁷⁴Cfr. BORN e RUTLEDGE, *International Civil Litigation*, cit., p. 469 e ss.; ORTINO, *Le clausole di deroga alla giurisdizione nell’esperienza giuridica statunitense, parte I*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, p. 514.

¹⁷⁵La giurisdizione in *admiralty* è peculiare anche perché in quell’area le corti federali possono creare *common law* federale, possibilità che, invece, è esclusa nei casi di *diversity jurisdiction* a seguito della decisione in *Erie Railroad Co. v. Tompkins*, 304 U.S. 64 (1938). Cfr. Ivi, p. 506.

¹⁷⁶Cfr. GRUSON, *Forum Selection Clauses*, cit., p. 149; NADELMANN, *Choice-of-Court Clauses in the United States: The Road to Zapata*, in *Am. J. Comp. L.*, 1973, vol. 21, n. 1, p. 124.

¹⁷⁷V., ad esempio, *Spradlin v. Lear Siegler Management Serv. Co.*, 926 F.2d 865 (9th Cir. 1991); *Paper Exp. Ltd. v. Pfankuch Mashinen GmbH*, 972 F.2d 753 (7th Cir. 1992); *Riley v. Kingsley Underwriting Agencies, Ltd.*, 969 F.2d 953 (10th Cir. 1992); *Interamerican Trade Corp. v. Companhia Fabricadora de Pecas*, 973 F.2d 487 (6th Cir. 1992); *Mobile Sales and Supply Corp. v. Republic of Lithuania*, 1998 WL 196164 (S.D.N.Y. 1998); *New Moon Shipping Co., Ltd. v. Man B&W Diesel AG*, 121 F.3d 24 (2d Cir. 1997); *Argueta v. Banco Mexicano S.A.*, 87 F.3d 320 (9th Cir. 1996): “Although Bremen is an admiralty case, its standard has been widely applied to forum selection clauses in general”; *Evolution Online Systems, Inc. v. Koninklijke Ptt Nederland N.V. et al.*, 145 F.3d 505 (2d Cir. 1998); *K.K.D. Imports, Inc. v. Karl Heinz Dietrich GmbH & Co.*, 36 F. Supp. 2d 200, 202 (S.D.N.Y. 1999): “The enforceability of forum selection clauses in admiralty, diversity and federal question cases is governed by the doctrine of M/S Bremen”.

Non mancano voci fuori dal coro, specialmente a livello statale. Tre Stati americani, Iowa, Montana e Idaho, tutt’oggi considerano gli accordi sul foro *per se unenforceable*. BORN e RUTLEDGE, *International Civil Litigation*, cit., p. 496. Altre corti risolvono la questione attraverso un’analisi basata sul *forum non conveniens*, sia a livello federale,

3.8 LA DECISIONE IN *Carnival Cruise*

Se *The Bremen* rappresenta tutt'oggi il *leading case* in materia di accordi sul foro negli Stati Uniti, è importante fare riferimento anche a un secondo caso deciso dalla Corte Suprema negli anni '90, *Carnival Cruise*.¹⁷⁸ La controversia riguarda un'azione per il risarcimento danni intentata dai coniugi Shute contro la compagnia Carnival Cruise, con sede a Miami. Gli Shute, residenti nello Stato di Washington, acquistano tramite un'agenzia di viaggi una crociera della Carnival Cruise, la quale spedisce successivamente i biglietti, comprensivi di condizioni generali di contratto, a casa della coppia. Durante il viaggio, mentre la nave si trova nelle acque internazionali davanti alla costa messicana, la signora Shute scivola sul ponte e si infortuna. Al ritorno dall'infausta vacanza, gli Shute citano la compagnia avanti alla US District Court for the Western District of Washington, sostenendo che il danno è stato causato dalla *negligence* dei suoi impiegati. La compagnia resiste con una *motion for summary judgment* eccependo il difetto di giurisdizione della corte sia sotto il profilo della *personal jurisdiction*, per mancanza dei *minimum contacts*, che in virtù della clausola di scelta della giurisdizione contenuta nel biglietto recapitato agli Shute che elegge come competenti le corti dello Stato della Florida.¹⁷⁹ Particolare non secondario della vicenda è che, come abbiamo visto, i biglietti contenenti l'elezione del foro erano stati inviati agli Shute solo dopo il pagamento dell'intero prezzo all'agenzia di viaggi, a contratto sostanzialmente concluso.

Mentre la *District Court* respinge l'azione sulla base dell'assenza di *personal jurisdiction* nei confronti della convenuta,¹⁸⁰ la Corte d'appello accoglie le censure mosse dagli Shute e afferma la propria giurisdizione. Affrontando

D'Antuono v. CCH Computax Systems, 570 F.Supp. 708 (D.R.I. 1983); *Neo Sack, Ltd. v. Vinmar Impex, Ltd.*, 1993 U.S. Dist. LEXIS 377 (S.D. Tex. 1993); *Forsythe v. Saudi Arabian Airlines Corp.*, 885 F.2d 285 (5th Cir. 1989); *Furbee v. Vantage Press, Inc.*, 464 F.2d 835 (D.C. Cir. 1972); che a livello statale, *Exum v. Vantage Press, Inc.*, 563 P.2d 1314 (Wash. Ct. App. 1977); *Eads v. Woodmen of the World Life Ins. Society*, 785 P.2d 328 (Okla. Ct. App. 1989); *Greenwood v. Tillamook Country Smoker, Inc.*, 857 S.W.2d 654 (Tex. App. 1993).

¹⁷⁸*Carnival Cruise Lines, Inc. v. Shute*, 499 U.S. 585 (1991). V. GOLDMAN, *My Way and the Highway: the Law and Economics of Choice of Forum Clauses in Consumer Form Contracts*, in *Nw. U. L. Rev.*, 1991-92, vol. 86, p. 707 e ss.

¹⁷⁹Il retro del biglietto riportava le condizioni generali, tra le quali "3.(a) The acceptance of this ticket by the person or persons named hereon as passengers shall be deemed to be an acceptance and agreement by each of them of all of the terms and conditions of this Passage Contract Ticket (...) 8. It is agreed by and between the passenger and the Carrier that all disputes and matters whatsoever arising under, in connection with or incident to this Contract shall be litigated, if at all, in and before a Court located in the State of Florida, U. S. A., to the exclusion of the Courts of any other state or country". *Carnival*, pp. 587-88

¹⁸⁰Per la *District Court* "[Carnival Cruise's] contacts with Washington [are] constitutionally insufficient to support the exercise of personal jurisdiction". *Carnival Cruise*, 499 U.S. p. 588.

il nodo della clausola sulla giurisdizione, la Corte d'appello parte dalla presunzione di validità illustrata in *The Bremen*, ma prosegue notando che nel caso degli Shute questa non deve essere *enforced* in quanto “[it] was not freely bargained for”¹⁸¹ e che “the Shutes are physically and financially incapable of pursuing this litigation in Florida” e dunque la clausola avrebbe l'effetto concreto di privarli della possibilità di ottenere giustizia.¹⁸² Nonostante che Carnival Cruise ricorra contro questa decisione davanti alla Corte Suprema, a prima vista non sembrerebbe esserci alcuna possibilità di successo. La Corte d'appello, infatti, sembra fare una corretta e coerente applicazione degli insegnamenti di *The Bremen*. La corte di vertice, tuttavia, ha in serbo una sorpresa. La Corte Suprema, infatti, concede il *certiorari* e il giudice Blackmun redige l'opinione della corte per una maggioranza di sette *Justices*. La Corte comincia il percorso argomentativo operando una distinzione dal caso *The Bremen*. Mentre il primo riguardava un contratto ‘B2B’, probabilmente elaborato *ad hoc* e concluso tra operatori commerciali esperti, la controversia in *Carnival Cruise* riguarda un classico caso di contratto di adesione tra un operatore commerciale e un consumatore. In altre parole, non v'è stata alcuna negoziazione tra le parti. Per i *Justices*, tuttavia, tale circostanza non è motivo per giudicare la clausola *non-enforceable*. Al contrario, l'elemento di distinzione dalla fattispecie di *The Bremen* è funzionale alla Corte per dettare una regola parzialmente nuova e concludere per l'attuazione della clausola in questione. Varie sono le ragioni che la maggioranza adduce a sostegno delle proprie tesi:

“Including a reasonable forum clause in a form contract of this kind well may be permissible for several reasons: First, a cruise line has a special interest in limiting the fora in which it potentially could be subject to suit. Because a cruise ship typically carries passengers from many locales, it is not unlikely that a mishap on a cruise could subject the cruise line to litigation in several different fora. Additionally, a clause establishing *ex ante* the forum for dispute resolution has the salutary effect of dispelling any confusion about where suits arising from the contract must be brought and defended, sparing litigants the time and expense of pretrial motions to determine the correct forum and conserving judicial resources that otherwise would be devoted to deciding those motions. Finally, it stands to reason that passengers who purchase tickets containing a forum clause like that at issue in this case benefit in the form of reduced fares

¹⁸¹ *Shute v. Carnival Cruise Lines, Inc.*, 897 F. 2d (9 Cir. 1990), p. 389.

¹⁸² *Ibidem*. La Corte Suprema censura tale motivazione sulla base della mancanza di prove in merito. *Carnival Cruise*, 499 U.S., p. 594-95.

reflecting the savings that the cruise line enjoys by limiting the fora in which it may be sued".¹⁸³

La Corte Suprema adotta, dunque, un'ottica contrattualista,¹⁸⁴ in stile *law & economics*, nella quale l'attenzione alla posizione del convenuto sembra prevalere rispetto a qualsiasi preoccupazione circa il destino del consumatore. *Carnival Cruise* illustra i "costi" di una diversa scelta, in termini di frammentazione delle controversie in molteplici fori, incertezza e spese (destinate, nel ragionamento della corte, a influire sul prezzo del servizio per il consumatore) anche se il ragionamento appare più apodittico che realmente supportato da considerazioni scientifiche. La Corte dichiara valida la clausola di scelta del foro, ritenendo sufficiente che le parti ne avessero una *notice*.¹⁸⁵ In fondo, osserva beffardo il Justice Blackmun, gli Shute "presumably retained the option of rejecting the contract with impunity".¹⁸⁶ Tuttavia, nonostante che il *dissent* di Stevens e Marshall abbia avuto buon gioco nel mostrare le debolezze del ragionamento adottato dalla maggioranza,¹⁸⁷ le

¹⁸³ *Carnival Cruise*, 499 U.S., pp. 593-94.

¹⁸⁴ Cfr. BORN e RUTLEDGE, *International Civil Litigation*, cit., p. 471.

¹⁸⁵ Gli Shute avevano concesso di aver ricevuto *notice* della clausola e che, in ogni caso, *Carnival Cruise* avesse comunicato in un modo sufficientemente idoneo le condizioni generali e, perciò, questo non costituiva un punto della controversia. *Carnival Cruise*, 499 U.S., p. 590. GOLDMAN, *My Way and the Highway*, cit., p. 709.

¹⁸⁶ *Carnival Cruise*, 499 U.S., p. 595.

¹⁸⁷ *Carnival Cruise*, 499 U.S., pp. 597-99:

"I begin my dissent by noting that only the most meticulous passenger is likely to become aware of the forum-selection provision. I have therefore appended to this opinion a facsimile of the relevant text, using the type size that actually appears in the ticket itself. A careful reader will find the forum-selection clause in the 8th of the 25 numbered paragraphs. Of course, many passengers, like the respondents in this case, will not have an opportunity to read paragraph 8 until they have actually purchased their tickets. By this point, the passengers will already have accepted the condition set forth in paragraph 16(a), which provides that "the Carrier shall not be liable to make any refund to passengers in respect of . . . tickets wholly or partly not used by a passenger." Not knowing whether or not that provision is legally enforceable, I assume that the average passenger would accept the risk of having to file suit in Florida in the event of an injury, rather than canceling – without a refund – a planned vacation at the last minute. The fact that the cruise line can reduce its litigation costs, and therefore its liability insurance premiums, by forcing this choice on its passengers does not, in my opinion, suffice to render the provision reasonable. (...)

Clauses limiting a carrier's liability or weakening the passenger's right to recover for the negligence of the carrier's employees come in a variety of forms. Complete exemptions from liability for negligence or limitations on the amount of the potential damage recovery, requirements that notice of claims be filed within an unreasonably short period of time, provisions mandating a choice of law that is favorable to the defendant in negligence cases, and forum-selection clauses are all similarly designed to put a thumb on the carrier's side of the scale of justice".

possibili obiezioni alla correttezza della decisione pronunciata dalla Corte Suprema sono sostanzialmente superate dalla fedeltà costante con la quale le corti americane hanno applicato la *ratio decidendi* in *Carnival Cruise* per oltre un ventennio.¹⁸⁸ Occorre, dunque, limitarsi a misurare l'influenza che la decisione in parola esercita sui principi espressi in *The Bremen*.

Ebbene, pur concedendo molto sul versante della parte forte del rapporto, nemmeno *Carnival Cruise* ha l'effetto di condonare qualsiasi clausola sulla giurisdizione che sia imposta da una *corporation* a un consumatore. In altre parole, l'*enforceability* delle clausole contenute in un contratto d'adesione non è totalmente separata da un giudizio in merito alla *reasonableness* o *fundamental fairness* della scelta del foro operata. In *Carnival Cruise*, ad esempio, la scelta del giudice competente è caduta sul luogo nel quale la compagnia ha il proprio principale luogo d'attività e ciò non pare, agli occhi dei *Justices*, avere la finalità di disincentivare le azioni promosse dai consumatori. Una diversa soluzione nel senso dell'invalidità della clausola, osserva in conclusione la Corte, potrebbe ancora giustificarsi qualora il foro selezionato sia un "remote alien forum", nel caso di "lack of notice" o in assenza di *fairness* nei confronti del consumatore.

Ricordiamo, infine, che anche *Carnival Cruise*, come *The Bremen*, è un caso deciso in *admiralty* la cui estensione oltre i confini del diritto della navigazione è possibile, ma non scontata. Egualmente non scontata è l'applicazione del principio espresso nell'ambito di controversie transnazionali, laddove l'attore americano sarebbe costretto ad agire non nel *Sunshine State*, ma in un meno ospitale 'remote forum' sito in uno Stato estero.

3.9 LA *enforceability* NEGLI STATI UNITI

Nei prossimi paragrafi esamineremo il profilo dell'*enforceability* attraverso le decisioni delle corti americane. Nell'analisi dei casi e delle decisioni, cercheremo di organizzare il materiale lungo tre direttrici: validità, ragionevolezza e ordine pubblico. Si tratta delle tre coordinate evidenziate dalla stessa Corte Suprema in *The Bremen* e che, dunque, possono validamente essere utilizzate per il loro carattere sistematico a fini espositivi.¹⁸⁹ Occorre, però, ribadire che la valutazione operata dalle corti statunitensi tende a non distinguere nettamente tra le tre ipotesi e a riassumere il tutto in un giudizio

¹⁸⁸Cfr., tra le tante decisioni, *Reynolds-Naughton v. Norwegian Cruise Line Ltd.*, 386 F.3d 1 (1st Cir. 2004); *TradeComet.com LLC v. Google, Inc.*, 435 Fed. Appx. 31 (2d Cir. 2011); *Calix-Chacon v. Global Int'l Marine, Inc.*, 493 F.3d 507 (5th Cir. 2007); *Murphy v. Schneider Nat'l, Inc.*, 362 F.3d 1133 (9th Cir. 2004).

¹⁸⁹È la divisione utilizzata anche da BORN e RUTLEDGE, *International Civil Litigation*, cit., p. 486 e ss. Cfr. anche BISHOP e LEE, *Enforceability of Forum-Selection Clauses in International Commercial Contracts*, in *Current: Int'l Trade L.J.*, 1995, vol. 4, p. 20.

unitario sulla ragionevolezza, caratterizzato, di volta in volta, da profili che appartengono più all'una o all'altra categoria.¹⁹⁰

3.9.1 *Validity*

Affronteremo come primo profilo della questione *enforceability* quello della validità sostanziale dell'accordo sul foro e della sua formazione,¹⁹¹ tentando, senza forzarne i contenuti, una sintesi tra le varie posizioni.¹⁹² Quanto alla forma ricoperta dal patto, profilo che anche negli Stati Uniti riceve un'attenzione minore rispetto a quanto avviene nel diritto europeo, in linea di massima non è richiesta una veste specifica per l'accordo sulla giurisdizione che, dunque, potrebbe essere concluso anche oralmente¹⁹³ o in una forma ammessa dalla prassi commerciale intercorrente tra le parti.¹⁹⁴ Spesso, tut-

¹⁹⁰ORTINO, *Le clause di deroga*, cit., pp. 514-15. Un esempio del proteiforme *test* sulla ragionevolezza è offerto in *D'Antuono v. CCH Computax Systems*, 570 F.Supp. 708 (D.R.I. 1983):

“Post-Bremen, the federal courts have synthesized and refined the rule, and have looked to a variety of factors in applying the Bremen yardstick of reasonableness. These include: 1. The identity of the law which governs the construction of the contract. 2. The place of execution of the contract(s). 3. The place where the transactions have been or are to be performed. 4. The availability of remedies in the designated forum. 5. The public policy of the initial forum state 6. The location of the parties, the convenience of prospective witnesses, and the accessibility of evidence. 7. The relative bargaining power of the parties and the circumstances surrounding their dealings. 8. The presence or absence of fraud, undue influence or other extenuating (or exacerbating) circumstances. 9. The conduct of the parties”.

Cfr. anche *Russo v. Ballard Med. Prods.*, 352 F. Supp.2d 177 (D.R.I. 2005); *Lyon Fin. Servs., Inc. v. Nowobilska Med. Ctr., Ltd.*, 2005 WL 3526682 (D. Minn. 2005); *Nisselson v. Lernout*, 2004 WL 1630492 (D. Mass. 2004); *Capelouto v. Société de Banque Suisse*, 1991 WL 60387 (S.D.N.Y. 1991).

¹⁹¹BORN e RUTLEDGE, *International Civil Litigation*, cit., p. 487: “Although relatively few decisions have addressed this, a forum selection agreement would be unenforceable if it did not satisfy general contract law principles for the formation and validity of any contract”.

¹⁹²Ivi, pp. 470-71 mostrano come *The Bremen* e *Carnival Cruise* rappresentino due modi diversi di concepire la questione dell'*enforceability* degli accordi sul foro. La prima decisione suggerisce un approccio incentrato sulla valutazione della *reasonableness* della scelta delle parti. Il secondo esprime una visione più contrattualista e deferente rispetto alla scelta contrattuale intervenuta che deve essere oggetto di controllo ad opera dei giudici solo in casi limite.

¹⁹³Cfr. *Evolution Online Systemas, Inc. v. Koninklijke Ptt Nederland N.V. et al.*, 145 F.3d 505 (2d Cir. 1998); *Ferrari et al. v. Home Ins.*, 940 F.2d 550 (9th Cir. 1991); *Pirola Brothers, Inc. v. Angelo Maffei & Figli, Sas*, 1988 WL 1055257 (S.D.N.Y. 1988).

¹⁹⁴*V. K.K.D. Imports, Inc. v. Karl Heinz Dietrich GmbH & Co.*, 36 F. Supp. 2d 200 (S.D.N.Y. 1999); *New Moon Shipping Co., Ltd. v. Man B&W Diesel AG*, 121 F.3d 24 (2d Cir. 1997). È necessario, comunque, un minimo *meeting of the minds*, *MKC Equipment Company Inc. v. MAIL Code, Inc.*, 843 F. Supp. 679 (D.Kan. 1994); diverso il caso delle condizioni generali, che in *Carnival Cruise*, 499 U.S. 585, richiedono solo una *notice*. V. *infra* in questo paragrafo.

tavia, è la disciplina sostanziale applicabile che impone la forma scritta al contratto in ogni sua parte, clausola sulla giurisdizione inclusa.¹⁹⁵

The Bremen stabilisce in punto di *validity* che gli accordi di deroga alla giurisdizione devono essere considerati “prima facie valid”¹⁹⁶ se sono “freely negotiated private international agreement, unaffected by fraud, undue influence, or overweening bargaining power”.¹⁹⁷ *Carnival Cruise* modifica parzialmente il paradigma, ammettendo anche clausole sul foro che non sono ‘freely negotiated’ tra soggetti di equivalente forza contrattuale, ma imposte da una parte all’altra, con la sola condizione che la controparte ne abbia avuta *notice*.¹⁹⁸

Entrambe le decisioni convergono nel ritenere invalido un accordo viziato da difetti contrattuali quali *fraud* e *duress*, o frutto della marcata sproporzione tra la forza contrattuale delle parti (*overreaching* o *overweening bargaining power, unconscionability*),¹⁹⁹ Decisioni successive hanno, quindi, pronunciato l’invalidità di accordi di deroga in caso di dolo contrattuale in un rapporto fiduciario,²⁰⁰ sproporzione nel potere contrattuale tra le parti, pressioni e intimidazioni fisiche di una parte sull’altra,²⁰¹ inserimento della clausola ad opera dei legali in accordo tra loro, senza consultare la cliente,²⁰² mancata spiegazione alla controparte del significato e delle conseguenze dell’accordo sulla giurisdizione,²⁰³ e, infine, in ipotesi di corruzione del rappresentante di una delle parti.²⁰⁴

Nonostante gli esempi riportati, molte delle difese basate su *fraud* o *duress* sono destinate a fallire²⁰⁵ per la difficoltà di dimostrare che l’accordo in sé sia stato il frutto della volontà viziata di una delle parti, non potendo la censura limitarsi a colpire il contratto in generale per via del principio di *severability*.²⁰⁶ Quanto alla sproporzione di potere contrattuale (*overrea-*

¹⁹⁵Cfr. ORTINO, *Le clausole di deroga*, cit., p. 516.

¹⁹⁶*The Bremen*, 407 U.S., p. 10.

¹⁹⁷Ivi, p. 12.

¹⁹⁸*Carnival Cruise*, 499 U.S., p. 590, e 594-95.

¹⁹⁹*The Bremen*, 407 U.S. 1, 12 (1972); *Carnival Cruise*, 499 U.S., p. 595. Cfr. GRUSON, *Forum Selection Clauses*, cit., p. 163e ss.

²⁰⁰*Farmland Industries, Inc. v. Frazier-Parrott Commodities, Inc.*, 806 F.2d 848 (8th Cir. 1986).

²⁰¹*Weidener Communications, Inc. v. H.R.H. Prince Baudar Al Faisal*, 859 F.2d 1302 (7th Cir. 1988).

²⁰²*Armco Inc. v. North Atlantic Ins. Co.*, 68 F. Supp. 2d 330 (S.D.N.Y. 1999).

²⁰³in *Preferred Capital, Inc. v. Sarasota Kennel Club*, 2005 WL 1799900 (N.D. Ohio 2005).

²⁰⁴*Crowson v. Sealaska Corp.*, 705 P.2d 905 (Alaska 1985).

²⁰⁵V., *inter alia*, *Murphy v. Schneider Nat’l, Inc.*, 362 F.3d 1133 (9th Cir. 2004); *Marano Enterprises of Kansas v. Z-Teca Restaurants, LP*, 254 F.3d 753 (8th Cir. 2001); *Silva v. Encyclopedia Britannica, Inc.*, 239 F.3d 385 (1st Cir. 2001); *Lipcon v. Underwriters at Lloyd’s, London*, 148 F.3d 1285 (11th Cir. 1998); *Afram Carriers, Inc. v. Moeykens*, 145 F.3d 298 (5th Cir. 1998); *MacPhail v. Oceaneering Int’l, Inc.*, 170 F.Supp.2d 718 (S.D. Tex. 2001); *Marra v. Papandreou*, 59 F.Supp.2d 65 (D.D.C. 1999).

²⁰⁶Cfr. *Enviroilite Enterprises, Inc. v. Glastechnische Industrie Peter Lisec GmbH*,

ching), come mostrato *The Bremen* riguardava un caso di operatori esperti del commercio internazionale, “an arm’s-length negotiation by experienced and sophisticated businessmen”,²⁰⁷ e la Corte aveva ventilato la possibilità di giungere a conclusioni differenti in caso la clausola fosse stata imposta a una parte debole.²⁰⁸ La decisione in *Carnival Cruise* sembra, invece, aver fortemente limitato l’utilizzabilità di questa difesa.²⁰⁹ Se è raro che un giudice americano si rifiuti di dare effetto a un accordo sul foro concluso da operatori esperti,²¹⁰ nonostante *Carnival Cruise*, a tutt’oggi l’esito è più incerto nel caso che una delle parti possa essere considerata più debole dell’altra.²¹¹

53 B.R. 1007 (S.D.N.Y. 1985). BORN e RUTLEDGE, *International Civil Litigation*, cit., pp. 493-94. Cfr. BORCHERS, *Forum Selection Agreement in the Federal Courts After Carnival Cruise: a Proposal For Congressional Reform*, in *Wash. L. Rev.*, 1992, vol. 67, pp. 89-90. V. anche, nel contesto dell’arbitrato, la decisione *Scherk v. Alberto-Culver Co.*, 417 U.S. 506 (1974) che operando uno specifico richiamo a *The Bremen* afferma: “This qualification does not mean that any time a dispute arising out of a transaction is based upon an allegation of fraud (...) the clause is unenforceable. Rather, it means that [a] (...) forum-selection clause in a contract is not enforceable if the inclusion of that clause in the contract was the product of fraud or coercion”. Ivi a p. 519 n.14. Si noti come, anche in questo caso, l’invalidità della clausola è considerata non come motivo ostativo a sé stante, ma come causa di *unenforceability* dell’accordo. Cfr. anche ORTINO, *Le clausole di deroga*, cit., pp. 516-17.V. *infra* al paragrafo 3.10.

²⁰⁷ *Bremen*, 407 U.S. a p. 12.

²⁰⁸ Cfr., ad esempio, *Colonial Leasing Co. of New England v. Pugh Brothers Garage*, 735 F.2d 380 (9th Cir. 1984): “the standard of ‘unfair or unreasonable’ is designed to invalidate clauses such as those in question here. The evidence disclosed in each case that there was in fact no bargaining on the clause in question. It was contained in a form contract in fine print at the bottom of a page (...). [T]his sort of take-it-or-leave-it clause will be disregarded”. V. anche *Union Ins. Soc’y of Canton, Ltd. v. S.S. Elkion*, 642 F.2d 721 (4th Cir. 1981); *Compton v. A.G. Edwards & Sons, Inc.*, 728 F.Supp. 629 (D. Or. 1990); *Yoder v. Heinold Commodities, Inc.*, 630 F. Supp. 756 (E.D. Va. 1986). La mera sproporzione di potere contrattuale era già ritenuta non sufficiente in sé. *Hodes v. S.N.C. Achille Lauro ed Altri-Gestione*, 858 F.2d 905 (3d Cir. 1988); così come la mera circostanza che la clausola non fosse stata oggetto di negoziazione. *Lien Ho Hsing Steel Enter. Co. v. Weithag*, 738 F.2d 1455 (9th Cir. 1984); *Medoil Corp. v. Citicorp*, 729 F.Supp. 1456 (S.D.N.Y. 1990). Per altre applicazioni giurisprudenziali v. GRUSON, *Forum Selection Clauses*, cit., pp. 165-67.

²⁰⁹ Cfr. BORCHERS, *Forum Selection Agreement*, cit., p. 90. Ciò è quantomeno vero nel contesto domestico nel quale si muoveva la Corte in *Carnival Cruise*.

²¹⁰ *Lien Ho Hsing Steel Enter. Co. v. Weithag*, 738 F.2d 1455 (9th Cir. 1984); *Paper Exp. Ltd. v. Pfankuch Mashinen GmbH*, 972 F.2d 753 (7th Cir. 1992); *K.K.D. Imports, Inc. v. Karl Heinz Dietrich GmbH & Co.*, 36 F. Supp. 2d 200 (S.D.N.Y. 1999); *Bryant Electric Co., Inc. v. City of Fredricksburg*, 762 F.2d 1192 (4th Cir. 1985); *TAAG Linhas Aereas de Angola v. Transamerica Airlines, Inc.*, 915 F.2d 1351 (9th Cir. 1990); *In Re Fireman’s Fund Ins. Co., Inc.*, 588 F.2d 93 (5th Cir. 1979); *General Electric Co. v. Siempelkamp GmbH*, 29 F.3d 1095 (6th Cir. 1994); *Dayhoff, Inc. v. H.J. Heinz Co. et al.*, 86 F.3d 1287 (3d Cir. 1996).

ORTINO, *Le clausole di deroga*, cit., pp. 518-19 riporta un raro esempio nel caso *Leasewell, Ltd. v. Jake Shelton Ford, Inc.*, 423 F.Supp. 1011 (S.D.W.Va. 1976).

²¹¹ Ivi, pp. 520-21. Cfr. PARK, *Bridging the Gap in Forum Selection: Harmonizing Arbitration and Court Selection*, in *Trans’l L. & Contemp. Prob’s*, 1988, vol. 8, p. 36: “An irony of all forum selection devices, whether arbitration clauses or choice-of-court agreements,

Carnival Cruise lascia, infatti, aperta la possibilità che l'accordo sia considerato invalido, o meglio *non-enforceable*, se viziato per assenza di *notice*.²¹² Ne è esempio la mancata comunicazione dell'esistenza della clausola sulla giurisdizione, particolarmente quando la dicitura è riportata in piccolo sul retro di un modulo. Anche in questo caso, tuttavia, più di un giudice ha imposto al consumatore un certo onere di diligenza, descritto in modo colorito come "no one deterred him from getting his glasses and reading the contract".²¹³ La parte ha, quindi, un dovere di leggere il contratto nella sua interezza, *fine prints* compresi,²¹⁴ e nemmeno la mancata conoscenza della lingua nella quale è redatto è sempre una difesa efficace.²¹⁵ Non mancano, però, sporadiche decisioni in senso favorevole alla parte priva di *notice*, come nel caso in cui "a consumer is told by a corporate agent to ignore boilerplate contract language containing a forum selection clause",²¹⁶ ma è da sottolineare che non è necessaria la conoscenza effettiva (*actual notice*), solo una *reasonably adequate notice*.²¹⁷

In conclusione sulla *validity*, il criterio in parola sembra aver assunto, dopo *Carnival Cruise*, i connotati di un controllo di tipo contrattuale in punto di formazione della clausola sulla giurisdizione, senza che altre considerazioni possano giocare un ruolo particolarmente incisivo.

is that the goals which justify their enforcement in one context will often call them into question in another. In a commercial contract concluded between sophisticated business managers advised by competent counsel, a forum selection clause can promote fair and efficient adjudication by permitting litigants from different countries to reduce the risk of adjudicatory bias. In a consumer or employment contract, however, the very same clause might deprive an unsophisticated individual of basic procedural safeguards, imposing a forum that is less accessible, and perhaps less sensitive to mandatory community norms such as non-discrimination laws, than would be a court at the individual's domicile. Thus, the value of freedom to choose a forum (like any liberty) must be measured against the way it operates in practice".

²¹² 499 U.S., p. 595.

²¹³ *Hoffman v. National Equip. Rental*, 643 F.2d 987 (4th Cir. 1981).

²¹⁴ Cfr. *Heller Fin., Inc. v. Midwehy Power Co.*, 883 F.2d 1286 (7th Cir. 1989); *Paribas Corp. v. Shelton Ranch Corp.*, 742 F.Supp. 86 (S.D.N.Y. 1990); e *Karlberg European Tanspa, Inc. v. JK-JosefKratz Vertriebsgesellschaft mbH*, 618 F.Supp. 344 (N.D. Ill. 1985).

²¹⁵ V. le decisioni in *Gaskin v. Stumm Handel GmbH*, 390 F.Supp. 361 (S.D.N.Y. 1975); *Corna v. American Hawaii Cruises, Inc.*, 794 F.Supp. 1005 (D. Haw. 1992). Nel primo caso viene ritenuta valida una clausa scritta in tedesco contro la parte americana che non conosceva la lingua. Nel secondo una clausola redatta in inglese nei confronti di un olandese. V. anche *Karlberg European Transpa, Inc. v. Jk-Josef Kratz Vertriebsgesellschaft, mbH*, 618 F. Supp. 344 (N.D. Ill. 1985); *Samson Plastic Conduit & Pipe Corp. v. Bettenfeld Extrusionstechnik GmbH*, 718 F.Supp. 886 (N.D. Ala. 1989).

²¹⁶ *Yoder v. Heinold Commodities, Inc.*, 630 F. Supp. 756, 760 (E.D. Va. 1986). Per l'invalidità della clausola in caso di mancanza di *notice*, v. anche *Chasser v. Achille Lauro Lines*, 884 F.2d 50 (2d Cir. 1988); *Couch v. First Guaranty Ltd.*, 578 F.Supp. 331 (N.D. Tex. 1984).

²¹⁷ *Müller v. Regency Matitime Corporation*, 824 F.Supp. 200 (N.D.Fla. 1992). LUPOI, *Conflitti transnazionali di giurisdizioni*, I, cit., p. 581 la definisce 'blanda conoscibilità'.

3.9.2 *Reasonableness*

Abbiamo visto che il criterio della ragionevolezza ha finito, in certa misura, per assorbire al suo interno la valutazione circa l'*enforceability* di una clausola sul foro. Quando parliamo di *reasonableness* in senso stretto ci riferiamo, quindi, alla seconda categoria di eccezioni all'*enforceability* di un accordo sul foro, prevista dalla stessa decisione in *The Bremen* quando afferma che a tali accordi non sarà data efficacia quando sarebbe “unreasonable or unjust”.²¹⁸ Born e Rutledge osservano che

“[u]nder almost all analyses, the unreasonableness defense is very difficult to satisfy. The Model Act makes it clear that the burden of proof is on the party resisting enforcement. *Bremen* emphasized that a party must ‘clearly show’ unreasonableness and that it bears of ‘heavy burden’ in so doing. *Carnival Cruise* repeated this formulation, and relied upon it in upholding the parties’ forum selection clause. Lower courts have frequently invoked this burden of proof”.²¹⁹

Il primo elemento che rende arduo prevalere nella difesa in parola è, dunque, l’onere che grava sulla parte che intende opporre l'*enforcement* dell’accordo. Già la Corte in *The Bremen* l’aveva definito un *heavy burden*,²²⁰ e la giurisprudenza successiva ha confermato tale impostazione.²²¹ La parte deve provare che “the chosen forum is seriously inconvenient for the trial of the action”.²²² Tale potrebbe essere un ‘remote alien forum’ nel caso di controversia essenzialmente locale.²²³ Anche *Carnival Cruise* lascia aperta la strada a una valutazione se la controversia sia “essentially [a] local one inherently more suited to resolution in [one] State (. . .) than in [the other]”²²⁴ o alla circostanza che l’elezione del foro rappresenti una strategia in mala-fede per scoraggiare la controparte dal cominciare un’azione legale.²²⁵ *Serious inconvenience* potrà esservi anche se “trial in the contractual forum will be so gravely difficult and inconvenient that he will for all practical purposes be deprived of his day in court”.²²⁶ Non è sufficiente, però, dimostrare che si

²¹⁸407 U.S., pp. 10 e 15; cfr. anche *Carnival Cruise*, 499 U.S. 590-94 dove si considerano le “circumstances that would make it unreasonable for a court to enforce a forum clause”.

²¹⁹BORN e RUTLEDGE, *International Civil Litigation*, cit., p. 500.

²²⁰407 U.S., p. 17.

²²¹Cfr. *Carnival Cruise*, 499 U.S., p. 594-95; *Afram Carriers, Inc. v. Moeykens*, 145 F.3d 298 (5th Cir. 1998); *New Moon Shipping Co., Ltd. v. Man B&W Diesel AG*, 121 F.3d 24 (2d Cir. 1997); *Mitsui & Co. (USA), Inc. v. Mira M/V*, 111 F.3d 33 (5th Cir. 1997); *Interamerican Trade Corp. v. Companhia Fabricadora de Pecas*, 973 F.2d 487 (6th Cir. 1992); *In Re Diaz Contracting, Inc.*, 817 F.2d 1047 (3d Cir. 1987).

²²²407 U.S., p. 16.

²²³Ibidem.

²²⁴499 U.S., p. 594.

²²⁵Ibidem.

²²⁶*The Bremen*, 407 U.S. 18. BORCHERS, *Forum Selection Agreement*, cit., pp. 91-92: “Although the ‘inconvenience’ argument has been often raised in lower federal courts, it

subirà un pregiudizio o uno svantaggio,²²⁷ ma occorre provare che litigare nel foro eletto priverebbe la parte del proprio ‘*day in court*’,²²⁸ ad esempio perché il giudice eletto è corrotto²²⁹ o vi è la certezza che non eserciterebbe la propria giurisdizione.²³⁰ La circostanza, tuttavia, non doveva essere nota o prevedibile al momento della stipula della clausola o essere il prodotto della maggior forza contrattuale della controparte. Se gli elementi di valutazione erano disponibili già al momento della stipula, i giudici tendono a respingere la difesa in parola.²³¹ Come suggerisce *Carnival Cruise, mutatis mutandis*, tali fattori potrebbero aver giocato un ruolo nella determinazione del prezzo del contratto.²³²

Non è nemmeno sufficiente dare la prova che il foro straniero applicherebbe un diritto diverso da quello americano o che non sia in grado di concedere un adeguato rimedio,²³³ a meno che questo non sia contrario a una *public*

has been rejected routinely, with courts approving a wide variety of domestic and foreign fora”.

²²⁷In altre parole non basta provare che il foro, anche straniero, sottoporrà la parte a spese o costi aggiuntivi, anche perché, nota GILBERT, *Choice of Forum Clauses in International and Interstate Contracts*, in *Ky. L.J.*, 1976-77, vol. 65, p. 29, “after all, the assumption is that if the chosen forum is slightly inconvenient, the party must have received consideration in return for making this agreement to its detriment”. *Paper Exp. Ltd. v. Pfankuch Mashinen GmbH*, 972 F.2d 753 (7th Cir. 1992); *Moses v. Business Card Exp., Inc.*, 929 F.2d 1131 (6th Cir. 1991); *Bense v. Interstate Battery Sys. Of America*, 683 F.2d 718 (2d Cir. 1982); *Gaskin v. Stumm Handel GmbH*, 390 F.Supp. 361 (S.D.N.Y. 1975). Cfr. ORTINO, *Le clausole di deroga alla giurisdizione nell’esperienza giuridica statunitense, parte II*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, p. 648.

²²⁸*Bremen v. Zapata Off-Shore Co.*, 407 U.S. 1, 17-18 (1972).

²²⁹BORCHERS, *Forum Selection Agreement*, cit., p. 92: “In some instances parties have agreed to a forum, and then circumstances have changed so severely that the forum would undoubtedly be less fair to the party than when the contract was formed. Most commonly this has occurred if the parties, prior to the Iranian revolution in 1979, contracted to have cases heard in the Iranian courts. In this circumstance, lower federal courts usually have released parties from their obligation to litigate in Iran”. BORN e RUTLEDGE, *International Civil Litigation*, cit., p. 507, riportano casi quali *McDonnell Douglas Corp. v. Islamic Republic of Iran*, 758 F.2d 341 (8th Cir. 1985); *Rasoulzadeh v. Associated Press*, 574 F. Supp. 854 (S.D.N.Y. 1983); e *Harris Corp. v. National Iranian Radio & Television*, 691 F.2d 1344 (11th Cir. 1982) nelle quali le corti americane hanno ritenuto il giudice iraniano come non adeguato. Non si rivengono molti altri casi, al di fuori della questione iraniana. Nota ORTINO, *Le clausole di deroga*, cit., p. 646 come il requisito di neutralità (*rectius*, imparzialità) del giudice sarebbe autonomo, ma che i giudici americani spesso lo assorbono nella più generica categoria dell’*inconvenience* del foro scelto.

²³⁰BORN e RUTLEDGE, *International Civil Litigation*, cit., p. 501.

²³¹*Interamerican Trade Corp. v. Companhia Fabricadora de Pecas*, 973 F.2d 487 (6th Cir. 1992); *Kotan v. Pizza Outlet, Inc.*, 400 F.Supp.2d 44 (D.C.C. 2005); *Prince v. Leasecomm Corp.*, 2004 WL 727028 (M.D.N.C. 2004).

²³²Così *Deolalikar v. Murlas Commodities, Inc.*, 602 F.Supp. 12 (E.D. Pa. 1984).

²³³Nella stessa *The Bremen*, i giudici americani, dando seguito alla clausola delle corti di Londra, spediscono l’attore Zapata in una giurisdizione che avrebbe dato seguito alle clausole di esonero della responsabilità contenute nel contratto, nulle secondo il diritto americano. 407 U.S., p. 8 e 15-16. Cfr. anche *Commerce Consultants Int’l, Inc. v. Vetretrie Riunite, SpA*, 867 F.2d 697 (D.C. Cir. 1989); *Marra v. Papandreou*, 59 F.

policy del foro.²³⁴

Con ciò si è ben lontani dal minor onere richiesto per prevalere in una *motion to dismiss* basata sulla dottrina del *forum non conveniens*²³⁵ e sono pochi i casi nei quali la difesa in parola ha avuto successo. Tra questi assume un qualche rilievo la localizzazione delle prove in territorio statunitense²³⁶ o la disponibilità di mezzi finanziari adeguati per poter condurre la lite nel foro convenuto.²³⁷

3.9.3 *Public policy*

Il terzo e ultimo insieme di eccezioni all'*enforceability* indicato dalla Corte Suprema in *The Bremen* è relativo alla valutazione se l'accordo di deroga alla giurisdizione violi una *strong public policy* del foro.²³⁸

Come già accennato, la mera possibilità che venga applicata una legge diversa non costituisce ragione sufficiente per respingere la validità della clausola sul foro.²³⁹ Secondo Michael Gruson:

“Bremen explains this exception by suggesting that the stipulation of a ‘remote forum,’ if such forum would apply ‘differing foreign law to an essentially American controversy[,] might contravene an important public policy of the forum.’ The Court had in mind the case where the foreign law that the contractual forum would apply according to its own rules of conflict of laws

Supp.2d 65 (D.C.C. 1999); *Breindel & Ferstendig v. Willis Faber & Dumas Ltd.*, 1996 WL 413727 (S.D.N.Y. 1996).

²³⁴Argomento che affronteremo nel prossimo paragrafo.

²³⁵V. *supra* il paragrafo 3.5.1. Cfr. GRUSON, *Forum Selection Clauses*, cit., p. 183; BUXBAUM, *Forum Selection in International Contract Litigation: the Role of Judicial Discretion*, in *Willamette J. Int'l L. & Dis. Res.*, 2004, vol. 12, p. 193 e ss. Come spesso avviene in un ordinamento complesso e stratificato come gli Stati Uniti, non mancano giudici che optano per un diverso approccio e applicano interamente la dottrina del *forum non conveniens* anche con riferimento agli accordi sulla giurisdizione. Ivi, p. 201 e ss. Ciò avviene in particolar modo nel caso di *non-exclusive forum selection agreement*. BORN e RUTLEDGE, *International Civil Litigation*, cit., pp. 501-02.

²³⁶In *Copperweld Steel Company v. Demag-Mannesmann-Boehler*, 578 F.2d 953 (3 Cir. 1978), nel quale il giudice giudica la Germania quale foro *inconvenient* per la localizzazione della controversia e delle prove (testimoni inclusi) sul territorio statunitense. La localizzazione delle prove assume rilievo ai fini della valutazione della clausola come irragionevole anche in *Morgan Trailer Mfg. Co. v. Hydraroll, Ltd.*, 759 A.2d 926 (Pa. Super. 2000).

²³⁷In *Murphy v. Schneider Nat'l, Inc.*, 362 F.3d 1133 (9th Cir. 2004) si dà rilievo alla circostanza che l'attore potrebbe essere privato del suo *day in court* poiché privo di mezzi finanziari adeguati. Così anche in *Sudduth v. Occidental Peruana, Inc.*, 70 F.Supp. 2d 691 (E.D. Tex. 1999). V. anche *Cabrerias v. Efharris Shipping & Trading Co.*, 1997 WL 698020 (E.D. La. 1997); *Effron v. Sun Line Cruises, Inc.*, 158 F.R.D. 39 (S.D.N.Y. 1994); e *Vignolo v. Chandris, Inc.*, 1989 WL 160986 (D. Mass. 1990).

²³⁸*The Bremen*, 407 U.S., p. 15. V. BORN e RUTLEDGE, *International Civil Litigation*, cit., pp. 511-28.

²³⁹Cfr. anche ORTINO, *Le clausole di deroga*, cit., pp. 651-52.

contains a rule that is in violation of an important public policy of the country or state of the excluded forum in which an action in violation of the forum-selection clause is pending”.²⁴⁰

Il riferimento a controversie ‘essenzialmente americane’ fa sì che l’eccezione operi con intensità variabile a seconda della vicinanza della causa a interessi e parti americane.²⁴¹ In *The Bremen*, peraltro, il giudice inglese indicato nella clausola avrebbe applicato il diritto inglese e dunque ritenuta valida una clausola di limitazione della responsabilità, invalida secondo il diritto americano. A tal riguardo: “Bremen teaches that the fact that the contractual forum would apply a different law from that of the excluded forum in which the suit in violation of the clause was brought does not lead to unenforceability of a choice-of-forum clause—unless, of course, the foreign law violates an important public policy of the country or state of the excluded forum”.²⁴²

L’eccezione in parola non ha confini netti ed il suo ambito di operatività è definito in base a disposizioni normative e precisazioni giurisprudenziali. La Corte Suprema ha affrontato il nodo della *public policy* in diverse decisioni successive, restringendone i confini e ampliando i margini di operatività dell’autonomia privata in punto di deroga alla giurisdizione nel contesto internazionale, considerato qui come concetto unitario comprendente sia gli accordi sul foro che l’arbitrato. In una prima decisione, *Scherk v. Alberto-Culver Co.*,²⁴³ la Corte Suprema ha affermato che la materia delle *securities* può essere oggetto di arbitrato. Stabilendo un parallelo tra compromesso e patto sul foro,²⁴⁴ la Corte estende le argomentazioni svolte in *The Bremen* per superare il precedente orientamento restrittivo e dichiara che la categoria ampia degli ‘accordi sul foro’ rappresenta “almost [an] indispensable precondition to achievement of the orderliness and predictability essential to any international business transaction”.²⁴⁵ Nel campo dell’antitrust è la nota decisione nel caso *Mitsubishi*²⁴⁶ che riconosce alle parti il potere di accordarsi in punto di risoluzione delle controversie. In una ormai celebre *footnote nineteen* la Corte risponde alle preoccupazione che un tale approccio potrebbe pregiudicare l’applicazione di normative delicate quale quella in materia di concorrenza, affermando un limite al processo di liberalizzazione in materia di *public policy*:

²⁴⁰GRUSON, *Forum Selection Clauses*, cit., pp. 170-71.

²⁴¹Cfr. anche ORTINO, *Le clausole di deroga*, cit., p. 652.

²⁴²GRUSON, *Forum Selection Clauses*, cit., p. 172.

²⁴³417 U.S. 506 (1974).

²⁴⁴417 U.S., p. 519: “an agreement to arbitrate before a specified tribunal is, in effect, a specialized kind of forum-selection clause”.

²⁴⁵Ivi, p. 516.

²⁴⁶*Mitsubishi Motors Corp. v. Soer Chrysler-Plymouth, Inc.*, 473 U.S. 614 (1985), nella quale è anche menzionata *The Bremen* come esempio del riconoscimento dell’importanza di clausole di scelta della giurisdizione.

“The United States raises the possibility that the arbitral panel will read this provision not simply to govern interpretation of the contract terms, but wholly to displace American law even where it otherwise would apply. We (...) have no occasion to speculate on this matter at this stage in the proceedings, when Mitsubishi seeks to enforce the agreement to arbitrate, not to enforce an award. Nor need we consider now the effect of an arbitral tribunal’s failure to take cognizance of the statutory cause of action on the claimant’s capacity to reinitiate suit in federal court. We merely note that in the event the choice-of-forum and choice-of-law clauses operated in tandem as a prospective waiver of a party’s right to pursue statutory remedies for anti-trust violations, we would have little hesitation in condemning the agreement as against public policy.”²⁴⁷

La Corte elabora, inoltre, la dottrina del ‘*second look*’ come ulteriore cautela nei confronti della libertà concessa alle parti di derogare alla giurisdizione americana. Secondo la maggioranza dei *Justices*, infatti, i giudici americani mantengono la potestà di verificare, in sede di riconoscimento ed esecuzione della pronuncia straniera (o del lodo arbitrale), se e come effettivamente la questione è stata affrontata dall’autorità straniera. Nel caso in cui il risultato raggiunto non sia in linea con le norme di ordine pubblico interne, sarà possibile negare ingresso alla decisione nell’ordinamento statunitense.²⁴⁸ La Corte è, in seguito, intervenuta in altre materie, restringendo i limiti della nozione di ordine pubblico e affermando la possibilità per le parti di accordarsi sul foro anche nel caso di applicazione di *statutes* dal sapore pubblicistico quali *RICO* (Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act)²⁴⁹, *COGSA* (Carriage of Goods by Sea Act)²⁵⁰ e Limitation of Vessel Owner’s Liability Act.²⁵¹

²⁴⁷ 473 U.S., p. 637fn19.

²⁴⁸ L’approccio è confermato in *Vimar Seguros y Reaseguros, S. A. v. M/V Sky Reefer*, 515 U.S. 528, (1995), la quale ribadisce che l’approccio prognostico *ex ante* deve essere preferito al *second look, ex post*, “[w]ere there no subsequent opportunity for review and were we persuaded that the choice of forum and choice of law clauses operated in tandem as a prospective waiver of a party’s right to pursue statutory remedies”.

²⁴⁹ *Shearson/American Express, Inc. v. McMahon*, 482 U.S. 220 (1987).

²⁵⁰ *Vimar Seguros*, 515 U.S. 528. La giurisprudenza ha esteso senza indugio i risultati ottenuti in campo di arbitrato al campo degli accordi sul foro. Cfr. *Mitsui and Co., Inc. v. MIRA M/V.*, 111 F.3d 33 (5th Cir. 1997).

²⁵¹ *Carnival Cruise*, 499 U.S. 585. Cfr. STEINHARDT, *International Civil Litigation*, LexisNexis, 2002, p. 152; BORCHERS, *Forum Selection Agreement*, cit., pp. 65-67. Anche i rapporti di impiego e di consumo hanno conosciuto un notevole allentamento dei limiti in punto di deroga alla giurisdizione, tanto che gli arbitrati in materia sono ormai all’ordine del giorno. Cfr. WOODWARD, *Finding the Contract in Contracts for Law, Forum and Arbitration*, in *Hastings Bus. L.J.*, 2006, vol. 2, p. 1; ORTINO, *Le clausole di deroga*, cit., pp. 523-24. Cfr., con riferimento agli arbitrati dei consumatori, la recente decisione *AT&T Mobility LLC v. Concepcion*, 131 S. Ct. 1740 (U.S. 2011). Sul tema v. STRONG, *Resolving*

La Corte Suprema sembra, quindi, suggerire che sia nel campo dell'arbitrato che in quello dei patti sulla giurisdizione l'eccezione di contrarietà alla *public policy* non sia di regola un ostacolo insormontabile all'*enforcement* dell'accordo stipulato tra le parti. Il profilo della contrarietà a un interesse fondamentale del foro rileva semmai *ex post* nel momento in cui viene richiesto il riconoscimento della decisione nell'ordinamento statunitense.

3.10 L'AUTONOMIA DEL PATTO (*severability*)

Dopo esserci soffermati, nel capitolo precedente, sul trattamento europeo degli accordi sulla giurisdizione e aver esaminato in queste pagine i caratteri di fondo dell'istituto nell'esperienza inglese e americana, ci piace qui offrire un assaggio dell'incontro tra le varie tradizioni, prima di analizzare il tentativo di sintesi aperto in seno alla Convenzione dell'Aja del 2005.

Il principio di autonomia del patto sulla giurisdizione, o *severability*, di diretta derivazione dal mondo dell'arbitrato e la cui importanza è capitale nel funzionamento di un accordo sulla giurisdizione,²⁵² è riflette la concezione secondo la quale la clausola sulla giurisdizione costituisce un patto separato dal contratto nel quale sia inserita e ne segue solo eventualmente le sorti in punto di validità ed efficacia.²⁵³ In pratica risponde alla domanda se le parti abbiano concluso un solo accordo che include la disposizione sulla risoluzione delle controversie, oppure due distinti accordi, ovviamente connessi.²⁵⁴

Nella teoria dell'arbitrato commerciale internazionale è principio assai affermato che la clausola compromissoria costituisca un *quid* separato dal contratto nel quale si trovi eventualmente inclusa.²⁵⁵ L'origine di un tale principio è difficilmente collegabile a considerazioni di carattere teorico-sistematiche. Al contrario nasce da esigenze pratiche: evitare che una parte possa vanificare l'importante effetto di certezza dato dalla clausola compromissoria, semplicemente contestando la validità dell'intero contratto.²⁵⁶

Mass Legal Disputes Through Class Arbitration: The United States and Canada Compared, 37 in *N.C. J. Int'l L. & Com. Reg.* 921 (2012); e ID, *Does Class Arbitration 'Change the Nature' of Arbitration? Stolt-Nielsen, AT&T and a Return to First Principles*, in 17 *Harv. Negot. L. Rev.* 201 (2012).

²⁵²Non è un caso che un fine studioso come Briggs, dedichi il primo capitolo operativo della sua opera monografica al concetto di *severability*, BRIGGS, *Agreements on Jurisdiction*, cit.

²⁵³Si v., *i.a.*, Ivi, pp. 70-97; BRAND, *Consent, Validity, and Choice of Forum Agreements in International Contracts* in *The Hague Preliminary Draft Convention on Jurisdiction and Judgments*, Die Keure, 2009. Per un originale impiego della teoria, v. MERRETT, *Article 23 of the Brussels I Regulation: A Comprehensive Code for Jurisdiction Agreements?*, in *Int'l & Comp. L. Quart.*, 2009, vol. 58, p. 545.

²⁵⁴BRIGGS, *Agreements on Jurisdiction*, cit., pp. 67-68.

²⁵⁵È qui sufficiente fare riferimento ai *leading treatises* in materia, citati *supra*, nota 47 a pagina 12.

²⁵⁶Cfr. BRIGGS, *Agreements on Jurisdiction*, cit., p. 71 "it is well to recognize that the reasoning is pragmatic, and theory is pressed into the service of the pragmatism".

Ancora, consente al tribunale arbitrale di pronunciare la risoluzione o l'invalidità del contratto senza, per tal motivo, privarsi della giurisdizione conferita dalla clausola ivi contenuta. Così, si afferma, la clausola arbitrale è autonoma rispetto al contratto, *severable*, separata, e un giudice nazionale non può, in linea di massima, impedire il ricorso all'arbitrato per la mera prospettiva ad opera di una delle parti di difese che coinvolgano la validità o l'efficacia del contratto. Questo non significa, com'è naturale, che la clausola compromissoria sia assolutamente immune da eventuali censure dirette o da vizi del contratto che si estendano inevitabilmente a tutte le pattuizioni ivi contenute, convenzione arbitrale inclusa.²⁵⁷

Per la medesima esigenza di certezza, e per evitare fin troppo facili manovre dilatorie ad opera della parte insoddisfatta con la scelta del foro, il concetto di autonomia si è affermato anche nel campo delle clausole sulla giurisdizione. Nella versione modificata del Regolamento Bruxelles I il principio è stato addirittura positivizzato ed è lo stesso art. 25 ad affermare che “[u]na clausola attributiva di competenza che fa parte di un contratto si considera indipendente dalle altre clausole contrattuali” e che “[l]a validità della clausola attributiva di competenza non può essere contestata per il solo motivo che il contratto è invalido”.²⁵⁸ Il principio in parola dispone, quindi, che la clausola non è parte del contratto, ne è separata e le sue vicende sono autonome. Il risultato concreto è che allegare l'invalidità del contratto non consente di sottrarsi al foro eletto.

La Corte di Giustizia afferma sul punto: “occorre distinguere, in primo luogo, tra una clausola attributiva di competenza e le disposizioni sostanziali del contratto in cui tale clausola è inserita. Infatti, una clausola attributiva di competenza che risponde ad una finalità di procedura, è disciplinata dalle disposizioni della Convenzione che persegue l'istituzione di regole uniformi di competenza giurisdizionale internazionale. Viceversa le disposizioni so-

²⁵⁷Come la violenza assoluta o il difetto assoluto di rappresentanza. Mostra BRIGGS, *Agreements on Jurisdiction*, cit., p. 68 come in Inghilterra la House of Lord “set the bar to a successful challenge [of an arbitration agreement] extremely high”, poiché si richiede che la contestazione della clausola compromissoria sia basata su fatti o vizi riferibili alla negoziazione della specifica clausola. *Fiona Trust & Holding Corp v Privalov* [2007] EWCA Civ 20, [2007] Bus LR 686; *sub nom Premium Nafta Products Ltd v Fili Shipping Co Ltd* [2007] UKHL 40.

²⁵⁸Il principio di autonomia era stato già affermato sia dalla CORTE DI GIUSTIZIA, 3 luglio 1997, causa C-269/95, *Francesco Benincasa contro Dentalkit Srl*, in *Racc. giur. CE*, 1997, p. 3767 ai punti 24 e 25, che dall'Avv. Gen. Vilaça nella causa 11 novembre 1986, C-313/85, *Iveco Fiat SpA contro Van Hool NV*, in *Racc. giur. CE*, 1986, p. 3349 e ss. La Corte di Cassazione è conforme, v. la sentenza 20 febbraio 2007. n. 3841, *JP Morgan Chase Bank NA contro Poste Italiane Spa*, in *DeJure*. Per la dottrina si v. MARI, *Il sistema della competenza*, cit., p. 679 e ss. e QUEIROLO, *Gli accordi sulla competenza*, cit., p. 206. Anche l'art. 3 della Convenzione dell'Aja del 2005 recita: “an exclusive choice of forum agreement that forms part of a contract shall be treated as an agreement independent of the other terms of contract. The validity of the exclusive choice of court agreement cannot be contested solely on the ground that the contract is invalid”.

stanziali del contratto principale in cui è inserita la clausola nonché qualsiasi contestazione in merito alla validità di quest'ultimo sono disciplinate dalla *lex causae* che è determinata dal diritto internazionale privato dello Stato del foro".²⁵⁹ Affermare la nullità specifica della clausola di proroga, poi, non muta il risultato in modo significativo, nel senso che comunque questa continuerà a regolare astrattamente la scelta del foro fino a che non sia valutata invalida e quindi improduttiva di effetti. Questi principi sono funzionali anche ad una verifica relativamente agevole e rapida della competenza da parte del giudice adito, poiché non occorre entrare nel merito della causa.²⁶⁰

Anche in Inghilterra il principio in parola è considerato affermato.²⁶¹ Nell'arbitrato la questione dell'autonomia della clausola è stata affrontata una prima volta nella decisione della House of Lords in *Heyman v. Darwins Ltd.*,²⁶² nella quale, però, i Lords si dividono. Mentre per alcuni in caso di contratti *void ab initio* l'accordo sul foro sarebbe improduttivo di effetti,²⁶³ per altri la decisione dipende dall'interpretazione della volontà espressa dalle parti nella clausola, e cioè se queste abbiano inteso riferire anche i profili di invalidità alla decisioni degli arbitri.²⁶⁴ Una successiva decisione della Corte d'Appello, opera, invece, una distinzione tra contratto 'never-existent' e contratto 'valid-but-vulnerable', sancendo l'operatività della *severability* nel secondo gruppo di ipotesi.²⁶⁵ La House of Lords ritorna sul principio

²⁵⁹CORTE DI GIUSTIZIA, C-269/95, *Benincasa*, cit., ¶¶ 24 e 25. La Corte poi afferma che spetta al giudice nazionale valutare se la proroga voluta dalle parti ricomprenda anche l'azione di nullità, ma questo, oltre ad essere corretto, è irrilevante ai fini dell'autonomia della clausola di proroga. E ai ¶¶ 29 e 32: "La certezza del diritto ricercata [dall'art. 17] potrebbe essere facilmente compromessa se venisse riconosciuta ad una parte contraente la facoltà di eludere tale regola della Convenzione con la sola allegazione della nullità del contratto nel suo complesso per ragioni fondate sul diritto sostanziale applicabile (...). La (...) questione va risolta quindi nel senso che il giudice di uno Stato contraente, designato in una clausola attributiva di competenza validamente conclusa ai sensi dell'art. 17, primo comma, della Convenzione, è esclusivamente competente anche nel caso in cui con l'azione venga richiesta in particolare la declaratoria di nullità del contratto che contiene la detta clausola".

²⁶⁰Ivi, punto 27: "È del pari conforme a tale spirito di certezza del diritto la possibilità per il giudice nazionale adito di pronunciarsi agevolmente sulla propria competenza in base alle regole della Convenzione, senza essere costretto a procedere all'esame della causa nel merito". Si v. anche CORTE DI GIUSTIZIA, 16 marzo 1999, causa C-159/97, *Trasporti Castelletti Spedizioni Internazionali SpA contro Hugo Trumpy SpA*, in *Racc. giur. CE*, 1999, p. 1597; CORTE DI GIUSTIZIA, 29 giugno 1994, causa C-288/92, *Custom Made Commercial Ltd contro Stawa Metallbau GmbH*, in *Racc. giur. CE*, 1994, p. 2913; CORTE DI GIUSTIZIA, 22 marzo 1983, causa C-34/82, *Martin Peters Bauunternehmung GmbH contro Zuid Nederlandse Aannemers Vereniging*, in *Racc. giur. CE*, 1983, p. 987.

²⁶¹DICEY, MORRIS e COLLINS, *The Conflict of Laws*, cit., p. 517, 12-090.

²⁶²[1942] A.C. 356.

²⁶³Così anche Lord Diplock in *Bremer Vulkan Schiffbau und Maschinenfabrik v. South India Shipping Corp.*, [1981] A.C. 909., 980.

²⁶⁴Cfr. BRIGGS, *Agreements on Jurisdiction*, cit., pp. 73-74.

²⁶⁵*Harbour Assurance Co. (UK) Ltd. v. Kansa General International Insurance Co. Ltd.*, [1993] QB 701 (CA).

in *Fiona Trust*²⁶⁶ e chiarisce che anche in caso in cui il contratto sia stato concluso mediante frode e corruzione, tali vizi non si estendono alla clausola arbitrale e, dunque, la questione deve essere definita dagli arbitri. Lo stesso *Arbitration Act* (1996), dispone che:

“Unless otherwise agreed by the parties, an arbitration agreement which forms or was intended to form part of another agreement (...) shall not be regarded as invalid, non-existent or ineffective because that other agreement is invalid, or did not come into existence or has become ineffective, and it shall for that purpose be treated as a distinct agreement”.²⁶⁷

Per il diritto inglese, però, la *severability* ha natura essenzialmente contrattuale: le parti possono includerlo, anche implicitamente, così come escluderlo. Nonostante una certa penuria di giurisprudenza,²⁶⁸ lo stesso principio viene esteso anche agli accordi sul foro i quali devono, dunque, essere considerati autonomi dal contratto principale, salvo un diverso accordo tra le parti.²⁶⁹

Negli Stati Uniti la Corte Suprema ha espressamente dato ospitalità alla teoria in materia di arbitrato in una serie di decisioni, e il principio può essere considerato consolidato.²⁷⁰ L'estensione agli accordi sul foro viene fatta risalire alla decisione nel caso *Scherk*.²⁷¹ Nonostante che anche questo riguardi una clausola compromissoria, la Corte Suprema cita *The Bremen* e afferma che “[a]n agreement to arbitrate before a specified tribunal is, in effect, a specialized kind of forum-selection clause that posits not only the situs of

²⁶⁶ *Fiona Trust & Holding Corp. v Privalov*, [2007] EWCA Civ 20, affirmed *sub nom Premium Nafta Products Ltd v Fili Shipping Co. Ltd*, [2007] UKHL 40.

²⁶⁷ Arbitration Act 1996, § 7.

²⁶⁸ BRIGGS, *Agreements on Jurisdiction*, cit., pp. 79-82.

²⁶⁹ In *IFR Ltd. v. Federal Trade Spa*, [2001] All ER (D) 48 (Sep), il giudice afferma il principio anche in materia di accordi sul foro, poiché non rinviene alcuna ragione concettuale per distinguere il trattamento delle clausole sulla giurisdizione dalle clausole compromissorie. La questione dell'autonomia della clausola deve essere risolta alla luce della *lex contractus*: la legge sostanziale applicabile darà la risposta se l'accordo sulla giurisdizione può essere considerato qualcosa di separato o meno e se la legge applicabile è quella inglese, la clausola sarà generalmente considerata *severable* dal contratto. Ivi, pp. 66-67. Peraltro, nel caso di un'azione volta a far dichiarare l'avvenuta risoluzione del contratto, l'accordo sulla giurisdizione sopravviverà, e dunque produrrà i suoi effetti, solamente se la *lex contractus* consente di considerare l'accordo sulla giurisdizione come un secondo contratto, autonomo ma collegato al primo. Ivi, p. 67. La conseguenza nel caso contrario, e cioè che l'accordo sulla giurisdizione cessa i suoi effetti assieme al contratto (eventualmente privando della giurisdizione il giudice eletto che pronunci la risoluzione), appare quasi quale beffarda punizione per la mancata previsione del principio di *severability* da parte del diritto applicabile.

²⁷⁰ Cfr. *Prima Paint Corp. v. Flood & Conklin Manufacturing Co.*, 388 U.S. 395, 404 (1967): “a federal court may consider only issues relating to the making and performance of the agreement to arbitrate”.

²⁷¹ *Scherk v. Alberto-Culver Co.*, 417 U.S. 506, 519 (1974).

suit but also the procedure to be used in resolving the dispute”.²⁷² Alla luce di questa equivalenza, la Corte esclude che “any time a dispute arising out of a transaction is based upon an allegation of fraud, as in this case, the clause is unenforceable”,²⁷³ ma che “an arbitration or forum-selection clause in a contract is not enforceable if the inclusion of that clause in the contract was the product of fraud or coercion”.²⁷⁴ La giurisprudenza successiva ha seguito l’impostazione adottata dalla Corte senza esitazione.²⁷⁵

A livello teorico, ribadiamo, il concetto di *severability* non è facilmente giustificabile:²⁷⁶ perchè mai una clausola contrattuale deve essere considerata un accordo distinto dal contratto nel quale sia inserita, immune dalle sorti dell’accordo principale? In fondo, così come è necessario rispettare il principio *pacta sunt servanda*, è altrettanto opportuno che un soggetto che non abbia concluso alcun patto o che l’abbia sciolto, non ne sia vincolato.²⁷⁷ Eppure, sprovvista di una convincente base teorica,²⁷⁸ l’autonomia dell’accordo sulla giurisdizione assolve l’importante funzione pratica di assicurare certezza al profilo della risoluzione delle controversie, tutelando al contempo i principi di economia dei giudizi, in un modo che pare non facilmente rinunciabile. L’accordo sulla giurisdizione potrà, dunque, essere modificato, viziato, nullo, annullabile, sottoposto a condizione e financo risolto dalle parti, ma ognuna di queste difese dovrà avere come specifico, ancorché non esclusivo, destinatario l’accordo stesso e, in ogni caso, con buona probabilità ciò non sarà sufficiente a distogliere le parti dal giudice che hanno contrattualmente

²⁷² 417 U.S., p. 519.

²⁷³ Ivi, p. 519fn14.

²⁷⁴ Ibidem.

²⁷⁵ Cfr. *Marano Enterprises of Kansas v. Z-Teca Restaurants, LP*, 254 F.3d 753 (8th Cir. 2001); *Afram Carriers, Inc. v. Moykens, et al.*, 145 F.2d 298 (5th Cir. 1998); *Stamm v. Barclays Bank of New York*, 960 F.Supp. 724 (S.D.N.Y. 1997); *Sanchez v. Valadez*, 86 F.3d 1287 (3d Cir. 1996); *Angelotti v. RW Professional Leasing Serv. Corp.*, U.S. App. Lexis 33387 (9th Cir. 1996); *MGJ Industries, Inc. v. Greyhound Financial Corp., Inc.*, 826 F.Supp. 430 (M.D. Fla. 1993); *Moses v. Business Card Exp., Inc.*, 929 F.2d 1131 (6th Cir. 1991); *AVC Nederland BV v. Atrium Inv. Partnership*, 740 F.2d 148 (2d Cir. 1984). V. anche BORN e RUTLEDGE, *International Civil Litigation*, cit., p. 492. Vi sono alcune sporadiche decisioni in senso contrario: in *J.B. Hoffman v. Minuteman Press Int’l, Inc.*, 747 F.Supp. (W.D. Mo.1990), la corte distrettuale non estende il principio sul piano interno; in *Gaskin v. Stum Handel GmbH*, 390 F. Supp. 361 (S.D.N.Y. 1975), l’eccezione di *fraud* dell’intero contratto colpisce anche la clausola; in *Certified Commodities Group, Inc. v. Roccaforte*, 441 So.2d 264 (La. Ct. App. 1983), la risoluzione del contratto principale viene posta alla base del rifiuto di dare effetto alla clausola sul foro ivi contenuta.

²⁷⁶ Ha buon gioco PENASA, *Gli accordi sulla giurisdizione tra parti e terzi*, I, CEDAM, 2012, p. 95e ss. a mostrare come il principio sia ben giustificato se si accoglie la sua distinzione in materia di accordi sul foro tra negozio processuale che produce effetti diretti sulla giurisdizione del giudice e eventuale (e separato) negozio sostanziale produttivo di diritti e obblighi per le parti.

²⁷⁷ BRIGGS, *Agreements on Jurisdiction*, cit., pp. 98-99.

²⁷⁸ Ivi, p. 71.

designato.²⁷⁹

3.11 IL PIANO DEGLI EFFETTI

L'effetto tipico dell'accordo sulla giurisdizione è duplice: deroga e proroga, due concetti che nascono distinti ma vivono in stretta connessione. L'effetto processuale può considerarsi accompagnato da speculari diritti e obblighi assunti dalle parti sul piano contrattuale-sostanziale o, secondo la concezione processualista, essere l'unico prodotto dell'accordo sulla giurisdizione. Già abbiamo optato per una considerazione sostanziale del patto.²⁸⁰ Ci occuperemo qui dell'effetto processuale diretto, che è spesso regolato in modo diverso dalle discipline nazionali con regole specifiche e tendenzialmente più restrittive per la deroga e più permissive per l'effetto di proroga.²⁸¹ Diverso è anche il modo di agire del patto sul potere-dovere del giudice di decidere

²⁷⁹V. anche *supra* il paragrafo 2.12. Un'ultima annotazione. Con riferimento all'arbitrato il principio di autonomia della convenzione arbitrale si pone quasi come costitutivo, poiché l'invalidità o inesistenza della stessa si ripercuote direttamente sul potere-dovere di cognizione e decisione degli arbitri, i quali derivano la loro autorità dal compromesso e non da altra fonte. Viceversa, nel caso dell'accordo sulla giurisdizione, l'eventuale difetto dell'accordo non priva in ogni caso il giudice del proprio potere, andando a ripristinare gli ordinari poteri che il giudice deriva dal suo stesso ufficio. In tal senso, solo ove la scelta del foro abbia designato un giudice altrimenti non connesso con la controversia si avrebbe un effetto simile a quello in materia di arbitrato, cioè di difetto di competenza. In ogni altra ipotesi, il giudice ben potrebbe conoscere della controversia in virtù di altro criterio di giurisdizione.

²⁸⁰V. *supra* il paragrafo 2.4.

²⁸¹MARI, *Il sistema della competenza*, cit., p. 565 e ss. Si v. la l. 218/95, la quale all'art. 4 consente la deroga solo se relativa a diritti disponibili, mentre la proroga, che può essere tacita, è esclusa solo in caso di azioni reali aventi ad oggetto immobili siti all'estero, cfr. artt. 5 e 11 della medesima legge. Cfr. anche lo statuto dello Stato di New York (New York General Obligation Law, § 5-1402) che dispone:

“Notwithstanding any act which limits or affects the right of a person to maintain an action or proceeding (...) any person may maintain an action or proceeding against a foreign corporation, non-resident, or foreign state where the action or proceeding arises out of or relates to any contract, agreement or undertaking for which a choice of New York law has been made in whole or in part pursuant to section 5-1401 and which (a) is a contract, agreement or undertaking, contingent or otherwise, in consideration of, or relating to any obligation arising out of a transaction covering in the aggregate, not less than one million dollars, and (b) which contains a provision or provisions whereby such foreign corporation or non-resident agrees to submit to the jurisdiction of the courts of this state”.

Analogamente, in ogni ipotesi concreta, un ordinamento nazionale è investito da uno solo dei due effetti, a seconda che le parti abbiano scelto di prorogarne o derogarne la giurisdizione. Qui deve essere colto il carattere eccezionale dell'art. 23 del Regolamento Bruxelles I che, essendo norma soprannazionale, regola congiuntamente e in modo uniforme tutti gli aspetti di deroga e proroga che un accordo sulla giurisdizione produce entro lo spazio giudiziario europeo.

una controversia: vincolo per il giudice continentale,²⁸² discrezionalità per il collega anglo-americano.

Il primo profilo che il giudice deve affrontare nell'analisi di un accordo sul foro che ha riconosciuto come validamente formato è quello relativo all'interpretazione della clausola stessa, ciò che inglesi e americani definiscono, conferendogli importanza centrale, la *construction* della volontà delle parti. Dopo aver determinato la legge applicabile alla clausola stessa, dunque, il giudice è chiamato a stabilire, sulla base della *lex contractus* e della *lex fori*, quali sono i criteri di interpretazione che devono essere applicati. Anche in questo caso gli approcci nazionali possono variare, ma tendenzialmente le regole che governano l'interpretazione della clausola saranno le medesime che ne regolano la validità sostanziale.²⁸³

Deve, quindi, essere chiarito se le parti abbiano voluto concludere un accordo esclusivo o non esclusivo. Nel caso di una clausola esclusiva, le parti si sono accordate per litigare in un foro particolare e intendono derogare ogni altra giurisdizione. Viceversa, nel caso di clausola non esclusiva manca l'effetto di deroga e le parti hanno semplicemente aggiunto o rafforzato la competenza del foro eletto.²⁸⁴ Versioni intermedie si hanno quando le parti prorogano la competenza di più di un ordinamento, oppure convenono la competenza di un foro diverso per ciascuna delle parti²⁸⁵ o, ancora,

²⁸²Nel dilemma se l'effetto di deroga sia un'eccezione rilevabile d'ufficio o solo su istanza di parte, accogliamo la soluzione proposta da QUEIROLO, *Gli accordi sulla competenza*, cit., p. 283: di norma solo su eccezione di parte, d'ufficio se il convenuto è contumace.

²⁸³KAHN-FREUND, *Jurisdiction Agreements*, cit., pp. 828-29: "On this the principles of English law would seem to be established. As long ago as 1893, in *Hoerter (Trading as C. F. Mumm) v. Hanover Caoutchouc, Gutta Percha & Telegraph Works* the Court of Appeal, speaking through Lord Esher M.R., held that a submission clause in a German contract 'must be construed according to German law'. Cfr. art. 10 della Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, aperta alla firma a Roma il 19 giugno 1980 (80/934/CEE), testo confermato dall'art. 12 del Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I).

²⁸⁴LEDERMAN, *Note - Viva Zapata! Toward a Rational System of Forum-Selection Clause Enforcement in Diversity Cases*, in *NYU L. Rev.*, 1991, vol. 66, p. 423, in nota, fornisce una definizione alternativa come "consent to jurisdiction clause". Alcuni giudici statunitensi, in caso di clausola non esclusiva, applicano in pieno la dottrina del *forum non conveniens*, come se la clausola avesse come unico effetto quello di fornire di giurisdizione il foro eletto che ne fosse eventualmente sprovvisto, senza perciò vincolare le parti o detto giudice in alcun modo. BORN e RUTLEDGE, *International Civil Litigation*, cit., pp. 510-11.

²⁸⁵Si tratta dei c.d. accordi asimmetrici, la cui ammissibilità sembra essere assodata sia negli Stati Uniti, cfr. Ivi, p. 509 che a livello europeo, CORTE DI GIUSTIZIA, C-23/78, *Meeth*, cit.; così anche la Corte di Cassazione, *Umbro International Limited c. Soc. Global Brand Management*, 8 marzo 2012, n. 3624, in *Giust. civ. Mass.* 2012, 3, 289. Un caso tipico di clausola asimmetrica con finalità anti-contenziose è quella secondo la quale ciascuna parte si obbliga ad adire solamente il giudice del domicilio della controparte. In tal modo, colui che si rende promotore di un'iniziativa giudiziaria e dunque assume le vesti di attore è costretto a farlo in un foro a lui, tendenzialmente, meno favorevole e più propizio al convenuto.

Questo era il tipo di clausola pattuita nel caso deciso dalla Corte di Giustizia. Protagonisti della fattispecie in esame sono il signor Nikolaus Meeth, commerciante tedesco, e la società francese Glacetal, parti di un contratto di fornitura di vetreria corredato da una clausola di proroga reciproca. La società francese cita in Germania il signor Meeth per l'inadempimento dell'obbligazione di pagamento di parte del prezzo e risulta vittoriosa in primo grado. In appello il signor Meeth eccepisce la compensazione dell'obbligazione con un precedente credito nascente dai danni da ritardo nella consegna della merce ma i giudici tedeschi ritengono di non poter pronunciare sull'eccezione poiché "ostacolati" dalla proroga reciproca. Dalla formulazione della clausola, infatti, l'*Oberlandesgericht* deduce la competenza esclusiva delle corti francesi su qualsiasi pretesa formulata dalla parte tedesca. Il *Bundesgerichtshof*, in sede di rinvio pregiudiziale, domanda alla Corte in primo luogo se la proroga "reciproca" sia ammissibile, e poi se un tale patto "escluda necessariamente la possibilità che una delle parti faccia valere, dinanzi al giudice competente per la domanda dell'attrice, la compensazione per una pretesa cui si applica il patto". La Corte di Giustizia, innanzitutto si preoccupa di ammettere un accordo di proroga reciproca, anche al di là della stretta lettera dell'allora art. 17. CORTE DI GIUSTIZIA, C-23/78, *Meeth*, cit., punto 6: "l'art. 17, 1° comma, della Convenzione non può interpretarsi in guisa da escludere il patto a norma del quale ciascuna delle parti, domiciliate in Stati diversi, di un contratto di compravendita può esser convenuta solo dinanzi ai giudici del proprio paese". La Corte ammette che "l'art. 17 si riferisce testualmente alla designazione, da parte dei contraenti, di un solo giudice, o di giudici di un solo Stato", ma aggiunge che "questa formulazione, informata alla prassi più corrente nella vita degli affari, non può cionon-dimeno interpretarsi nel senso ch'essa sia diretta ad escludere la possibilità, per le parti, di designare due o più giudici al fine del regolamento di eventuali controversie; questa interpretazione si giustifica con la considerazione che l'art. 17 si basa sul riconoscimento dell'autonomia della volontà delle parti in materia di attribuzione della competenza ai giudici chiamati a conoscere controversie che rientrano nell'ambito di applicazione della Convenzione, diverse da quelle che sono espressamente eccettuate in forza dell'art. 17, 2° comma". Entrambi i passi si trovano al punto 5 della motivazione. Il secondo quesito viene affrontato dalla Corte nella sola ottica della compensazione, ma tenteremo di ricavarvi alcune indicazioni più generali. La Corte afferma che "la questione della misura in cui un giudice, adito in forza d'una attribuzione reciproca di competenza, del genere di quella che figura nel contratto tra le parti, e competente a statuire relativamente alla compensazione che l'una delle parti deduce in ragione dell'obbligazione di cui è causa, va risolta tenendo conto delle esigenze del rispetto dell'autonomia privata che informa, come si è detto sopra, l'art. 17, e nel contempo delle esigenze dell'economia del procedimento, che sono alla base della Convenzione complessivamente considerata, nella quale detto articolo si trova inserito; alla luce di questa duplice finalità l'art. 17 non può interpretarsi nel senso che esso impedisce al giudice adito in forza di una clausola attributiva della competenza appartenente al tipo sopra descritto, di tener conto della compensazione connessa al rapporto di diritto di cui è causa, ove esso ritenga questa presa in considerazione compatibile coi termini e col senso della clausola attributiva della competenza".Ivi, punto 8. I principi che sembrano trasparire da questo breve ragionamento sono essenzialmente due. Il primo è che esistono altre esigenze che devono essere prese in considerazione oltre all'autonomia privata, e che con questa devono essere temperate. Il secondo è che non si può stabilire in via generale la preclusione per la proposizione della compensazione ma occorre guardare alla concreta clausola di proroga disegnata dalle parti. Sull'eccezione di compensazione si v. in particolare MARI, *Il sistema della competenza*, cit., p. 482 e ss.

Una conferma può essere letta nell'interpretazione data dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Danvaern*: "l'art. 6, punto 3, della Convenzione si riferisce solo alle domande proposte dai convenuti per ottenere un provvedimento di condanna distinto. Esso non riguarda la situazione in cui un convenuto faccia valere, come semplice eccezione, un suo

stabiliscono che la clausola vincoli solo uno dei contraenti.²⁸⁶ Nelle ipotesi più frequenti, comunque, le parti avranno incluso nel contratto una clausola nella quale indicano, con varie formulazioni, la competenza di un particolare foro e si tratterà di stabilirne la natura.

Europa e Stati Uniti si dividono sulla regola presuntiva che deve essere applicata, qualora non sia agevole comprendere la reale intenzione delle parti. Laddove l'art. 23 del Regolamento pone una presunzione di esclusività dell'accordo sul foro,²⁸⁷ il *common law*, specialmente americano, opera una tenue presunzione contraria. Quanto al primo, occorre notare che se si applica l'art. 23 del Regolamento, è la lettera stessa della norma che considera la clausola "esclusiva salvo diverso accordo tra le parti", così che è superfluo individuare la legge applicabile ai fini di stabilire o meno l'esclusività dell'accordo. Già nella vigenza della passata formulazione, la Corte di Giustizia aveva valorizzato e tutelato la libertà di determinazione delle parti, anche al di là della lettera dell'art. 17 della Convenzione,²⁸⁸ e spetta sempre al giudi-

asserito credito nei confronti dell'attore. Le eccezioni che si possono sollevare e le condizioni in cui esse possono essere sollevate sono disciplinate dal diritto nazionale".CORTE DI GIUSTIZIA, 13 luglio 1995, causa C-341/93, *Danvaern Production A/S contro Schuhfabriken Otterbeck GmbH & Co.*, in *Racc. giur. CE*, 1994, p. 2913, punto 18. Per un'analisi approfondita della sentenza, v. MARI, *Il sistema della competenza*, cit., p. 482 e ss.

²⁸⁶Di recente quest'ultimo tipo di accordi, definiti 'one-way jurisdiction clause' sono stati dichiarati invalidi in almeno tre paesi, Russia, Francia e Bulgaria. Nel primo caso la multinazionale Sony aveva stipulato un contratto con la compagnia telefonica russa, il quale vincolava quest'ultima a una convenzione arbitrale, impedendole di adire il giudice russo, ma consentiva a Sony di scegliere anche la via giudiziaria. *RF High Commercial Court (RF VAS), Sony Ericsson Mobile Communications Rus v. Russian Telephone Company*, decreto n. 1831/12 del 19 giugno 2012. Il caso francese, che chiamava in applicazione l'art. 23 del Regolamento Bruxelles I, riguardava un contratto di deposito bancario concluso da una francese con una banca del Lussemburgo. L'accordo sulla giurisdizione ivi contenuto consentiva alla donna di agire solo in Lussemburgo, ma lasciava ampia libertà alla banca. La *Cour de Cassation*, giudicando l'accordo come *potestative*, conclude che "elle était contraire à l'objet et à la finalit  de la prorogation de compétence ouverte par l'article 23 du R glement Bruxelles I". *Cour de Cassation*, decisione del 26 settembre 2012, n. 983, *La soci t  Banque priv e Edmond de Rothschild Europe c. Mme X*. La stessa ragione sembra essere stata fornita dalla Corte bulgara nella decisione n. 71 del 2 settembre 2011, v. <http://conflictoflaws.net/2012/bulgarian-court-strikes-down-one-way-jurisdiction-clause/> (ultima visita 30 dicembre 2012).

²⁸⁷Non vi sono ragioni per escludere l'operativit  della presunzione anche in Italia, ma occorre comunque prestare attenzione alla redazione della clausola. In un caso, relativo all'arbitrato, nel quale la clausola recitava: "potranno essere altres  devoluti agli arbitri tutte le controversie che dovessero insorgere tra le parti merito all'interpretazione, l'esecuzione o alla risoluzione del contratto, ove rientrino nella giurisdizione del giudice ordinario", il Tribunale di Bari ha affermato la natura non esclusiva della stessa e dunque la mancanza dell'effetto di deroga della giurisdizione italiana ai sensi dell'art. 4, l. 218/95. Tribunale Bari, 5 luglio 2011, n. 2379, in *DeJure*.

²⁸⁸Uno dei dubbi sciolti dalla Corte con interpretazione estensiva della norma, aveva riguardato l'esclusivit  dell'elezione del foro, che rendeva dubbia la possibilit  di scegliere pi  di un foro o l'ammissibilit  delle c.d. "proroghe reciproche" nelle quali ogni parte pu  essere convenuta solo dinanzi al foro del proprio domicilio, CORTE DI GIUSTIZIA, C-23/78, *Meeth*, cit., vista estesamente *supra* alla nota 285. L'esclusivit  del foro era

ce nazionale adito di interpretare il contenuto della clausola di proroga per determinare in quale modo le parti abbiano inteso modellare il loro accordo.

Negli Stati Uniti, invece, è generalmente richiesto che le parti utilizzino formule che rendano espressa o perlomeno chiara la propria intenzione di rendere un accordo esclusivo, altrimenti i giudici avranno buon gioco nel ritenere che le parti abbiano inteso pattuire una mera facoltà, non un vero e proprio obbligo, di agire nel foro eletto.²⁸⁹ In Inghilterra la questione è più complessa, e il nodo centrale per il diritto inglese è se l'accordo, al di là dell'utilizzo o meno del termine "exclusive", obbliga le parti a risolvere le proprie controversie in un dato foro o rappresenta una mera concessione.²⁹⁰ La natura esclusiva o non-esclusiva della clausola sul foro non è affidata a presunzioni ed è, quindi, materia di interpretazione della volontà negoziale delle parti.²⁹¹ In mancanza di una chiara o espressa intenzione delle parti, non vi è una risposta univoca: i canoni interpretativi utilizzati dalle corti sono stati vari, da presunzioni generali in favore dell'esclusività, a una preferenza per la non esclusività²⁹² se le parti si sono accordate nel senso che loro

già quindi un elemento affievolito nella lettura della Corte. Si era anche sviluppata una *querelle* circa il comma 3 dell'originaria formulazione dell'art. 17 in merito alla proroga stipulata "a favore soltanto di una delle parti", in particolare sulla difficoltà di stabilire quando un foro fosse effettivamente a favore di una parte. La formulazione regolamentare, che recepisce sul punto le indicazioni della Corte, chiude questi problemi eliminando da un lato il riferimento all'esclusività del foro designato dalle parti, dall'altro il riferimento alla proroga favorevole ad una sola delle parti. Art. 17, comma 3, della Convenzione di Bruxelles del 1968 - nella versione consolidata del 1998 è il comma 5. V. CORTE DI GIUSTIZIA, 24 giugno 1986, causa C-22/85, *Rudolf Anterist contro Crédit Lyonnais*, in *Racc. giur. CE*, 1986, p. 1951.

²⁸⁹BORN e RUTLEDGE, *International Civil Litigation*, cit., pp. 462-63 e 485, sottolineano come l'approccio non sia uniformemente seguito. Cfr. anche BORCHERS, *Forum Selection Agreement*, cit., p. 82: "In less clear cases, courts have a mild preference for interpreting unclear provisions as exclusive forum agreements. The theory often invoked is that if the designated forum would have jurisdiction without the clause, giving the clause non-exclusive effect is meaningless". Lo stesso A. riporta l'utilizzo di alcuni principi quali *l'interpretatio contra proferentem*. Ibidem. In Inghilterra il principio in parola non ha, invece, trovato fortuna nella giurisprudenza, cfr. BRIGGS, *Agreements on Jurisdiction*, cit., pp. 128-29. Per un elenco di casi di accordo giudicato esclusivo o non esclusivo, v. GRUSON, *Forum Selection Clauses*, cit., pp. 134-36, in nota.

²⁹⁰Così DICEY, MORRIS e COLLINS, *The Conflict of Laws*, cit., pp. 12-092. Questo, in Inghilterra, può dipendere dalla legge applicabile alla clausola. Concludendo la citazione contenuta *supra* nella nota 283, KAHN-FREUND, *Jurisdiction Agreements*, cit., pp. 828-29: "a submission clause in a German contract 'must be construed according to German law' and (...) it depended on German law whether it was intended to exclude English jurisdiction".

²⁹¹Ibidem: "On this the principles of English law would seem to be established. As long ago as 1893, in *Hoerter (Trading as C. F. Mumm) v. Hanover Caoutchouc, Gutta Percha & Telegraph Works* the Court of Appeal, speaking through Lord Esher M.R., held that a submission clause in a German contract 'must be construed according to German law' and that it depended on German law whether it was intended to exclude English jurisdiction".

²⁹²Nel caso in cui il giudice inglese giudichi che l'accordo tra le parti, così come ricostruito, conferisca giurisdizione non-esclusiva ad una corte domestica o straniera, questo foro

stesse, e non la mera controversia, sono soggette alla giurisdizione inglese.²⁹³ Sul piano dell'esclusività possono giocare un ruolo anche alcune convenzioni internazionali, le quali prevalgono generalmente sul diritto interno e anche sullo stesso Regolamento,²⁹⁴ nel caso in cui prevedano, ad esempio, espressamente che l'accordo tra le parti rappresenti solo uno dei fori disponibili, ossia che la scelta effettuata sia non esclusiva.²⁹⁵

Una volta determinato se si tratta di un accordo esclusivo o non esclusivo, il giudice dovrà anche definire quali aspetti del rapporto siano compresi nella formulazione adottata dalle parti, le quali, abbiamo detto, hanno piena libertà nel definire la portata della proroga. In Europa anche questa questione è riservata al giudice nazionale,²⁹⁶ che, nel caso italiano, osserva: "le clausole di proroga della competenza giurisdizionale vanno interpretate restrittivamente".²⁹⁷ Nello stesso senso di interpretazione restrittiva, ma applicata anche alla normativa europea, la Suprema Corte italiana ha avuto modo di negare l'efficacia di una clausola contenuta in un contratto principale ai contratti ad esso collegati.²⁹⁸ Negli Stati Uniti sembra esservi un orientamento, condivi-

sarà considerato generalmente *available* ai fini di una valutazione in punto di *forum non conveniens*, a meno che non risulti diversamente dall'accordo o che ciò non possa portare a un'ingiustizia nel caso concreto. DICEY, MORRIS e COLLINS, *The Conflict of Laws*, cit., pp. 12-093.

²⁹³Cfr. BRIGGS, *Agreements on Jurisdiction*, cit., p. 113. L'A. riporta una certa preferenza delle corti per la natura esclusiva.

²⁹⁴Per effetto dell'art. 71 del Regolamento stesso, secondo il quale "[i]l presente regolamento lascia impregiudicate le convenzioni, di cui gli Stati membri siano parti contraenti, che disciplinano la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materie particolari".

²⁹⁵Ad esempio la CMR, *supra* nota 46, art. 31:

"In legal proceedings arising out of carriage under this Convention, the plaintiff may bring an action in any court or tribunal of a contracting country designated by agreement between the parties and, in addition, in the courts or tribunals of a country within whose territory: (a) The defendant is ordinarily resident, or has his principal place of business, or the branch or agency through which the contract of carriage was made, or (b) The place where the goods were taken over by the carrier or the place designated for delivery is situated".

Oppure la Convenzione potrebbe prevedere una presunzione opposta, v. *infra* al capitolo 4.

²⁹⁶Salva la questione dell'ammissibilità di procedimenti cautelari anche in fori derogati, che pare definita positivamente dall'art. 31 del Regolamento: "*I provvedimenti provvisori o cautelari previsti dalla legge di uno Stato membro possono essere richiesti al giudice di detto Stato anche se, in forza del presente Regolamento, la competenza a conoscere nel merito è riconosciuta al giudice di un altro Stato membro*".

²⁹⁷Cassazione SU, 1 febbraio 2010, n. 2224, in DeJure, citando *Estasis Salotti*. L'orientamento è consolidato anche in materia di clausola compromissoria, v. Cass. civile, sez. II, 30 ottobre 2007, n. 22841 in DeJure; Cass. 26 aprile 2005, n. 8575, in DeJure.

²⁹⁸Cass. SU, 14 giugno 2007, n. 13894, in Giust. civ. Mass. 2007, 6. Nella specie di trattava di un contratto di deposito e di un contratto di agenzia. Anche questo orientamento pare consolidato, cfr. Cassazione SU, 27 febbraio 2012, n. 2926, in DeJure (in applicazione dell'art. 23 del Regolamento 44/2001); Cassazione SU, 1 febbraio 2010, n.

so anche dalla giurisprudenza in materia di arbitrato, che favorisce, invece, un'interpretazione estensiva dell'accordo,²⁹⁹ anche se la lettera della clausola è oggetto di un'interpretazione definita "meticolosa" per ricostruire la volontà delle parti.³⁰⁰ In Inghilterra la questione viene risolta alla luce della legge applicabile alla *construction* dell'accordo. Se questo diritto è quello inglese, vi è un *favor* circa la concentrazione nel foro eletto di tutte le controversie che si riferiscono al contratto prorogato, indipendentemente dalla natura contrattuale o extra-contrattuale, anche per evitare frammentazioni della vicenda.³⁰¹ Il contraente che cerchi di sottrarsi alla scelta del foro avrà l'onere di dimostrare al giudice inglese che era intenzione delle parti di permettere che alcune azioni sfuggissero alla cognizione del giudice eletto, e che ciò è sorretto da una qualche giustificazione commerciale.³⁰²

Ulteriore questione è relativa all'individuazione del giudice, che le parti possono effettuare o meno in modo preciso ed espresso. In America ci si è chiesti se il generico richiamo ai "giudici" di un particolare Stato americano includa o escluda le corti federali competenti in detto territorio, con risposte contrastanti a seconda degli Stati.³⁰³ Come visto per l'art. 23,³⁰⁴ anche negli Stati Uniti è diffusa l'opinione che le parti possano incidere sulla competenza territoriale, ma non sulla competenza per materia del giudice (*subject-matter*).³⁰⁵

Emerge, inoltre, chiaramente dalla giurisprudenza costante della Corte di Giustizia europea che non è necessario alcun collegamento tra il giudice e la controversia,³⁰⁶ e tale profilo pare consolidato anche nelle pronunce ame-

2224, in DeJure; Cass., sez. I, 7 febbraio 2006, n. 2598 in Giust. civ. Mass. 2006, 2. Lo stesso risultato si ha in Inghilterra, cfr. DICEY, MORRIS e COLLINS, *The Conflict of Laws*, cit., pp. 518-19, 12-091.

²⁹⁹BORCHERS, *Forum Selection Agreement*, cit., pp. 84-85. Come sempre, non mancano orientamenti misti o contrari, v. BORN e RUTLEDGE, *International Civil Litigation*, cit., pp. 545-46.

³⁰⁰ORTINO, *Le clausole di deroga*, cit., p. 512.

³⁰¹BRIGGS, *Agreements on Jurisdiction*, cit., pp. 127-28.

³⁰²DICEY, MORRIS e COLLINS, *The Conflict of Laws*, cit., p. 520, 12-094. In generale, riporta BRIGGS, *Agreements on Jurisdiction*, cit., p. 152, nell'interpretare una clausola sulla giurisdizione il giudice inglese si chiede 'what must the parties, as rational commercial actors, have intended?' piuttosto che 'what is the meaning of the words used by the parties in their agreement on jurisdiction or choice of law?'

³⁰³BORCHERS, *Forum Selection Agreement*, cit., pp. 83-84.

³⁰⁴V. *supra* il paragrafo 2.5.

³⁰⁵BORCHERS, *Forum Selection Agreement*, cit., pp. 88-89.

³⁰⁶L'orientamento della corte di Giustizia in tal senso è consolidato, v. CORTE DI GIUSTIZIA, C-159/97, *Trasporti Castelletti*, cit., punti 49 e 50; CORTE DI GIUSTIZIA, 17 gennaio 1980, causa C-56/79, *Siegfried Zelger contro Sebastiano Salinitri*, in *Racc. giur. CE*, 1980, punto 4; CORTE DI GIUSTIZIA, 20 febbraio 1997, causa C-106/95, *Mainschiffahrts-Genossenschaft eG (MSG) contro Les Gravières Rhénanes SARL*, in *Racc. giur. CE*, 1997, punto 34; CORTE DI GIUSTIZIA, C-269/95, *Benincasa*, cit., punto 28. CARBONE, *La disciplina comunitaria della "proroga della giurisdizione" in materia civile e commerciale*, in *Jus*, 1990, p. 36 sottolinea inoltre come un'indicazione contraria sarebbe dovuta risultare "espressamente e chiaramente" dal Regolamento.

ricane³⁰⁷ e inglesi.³⁰⁸ Con ciò si esclude che il giudice designato debba essere uno di quelli altrimenti competenti ai sensi di altri criteri di giurisdizione, tanto meno il giudice del domicilio di una delle parti.³⁰⁹

La giurisprudenza europea si è, infine, interrogata se l'indicazione del giudice debba risultare in modo espresso, inequivocabile e definitivo sin dal momento della stipula dell'accordo o possa variare, essere determinata *per relationem* o addirittura essere lasciata alla determinazione di un terzo. La Corte di Giustizia ha dato risposta affermativa al quesito nella sentenza C-387/98³¹⁰: "È sufficiente che la clausola identifichi gli elementi oggettivi sui quali le parti si sono accordate per scegliere il giudice o i giudici dinanzi ai quali esse intendono sottoporre le loro controversie presenti o future. Tali

³⁰⁷GRUSON, *Forum Selection Clauses*, cit., p. 183: "Bremen does not establish a requirement that there be a 'reasonable relation' between the contractual forum and the transaction in question". Salvo che la scelta di un 'remot alien forum' per risolvere 'essentially local disputes' non paia abusivo o irragionevole, BORN e RUTLEDGE, *International Civil Litigation*, cit., pp. 509-10. Con ciò si supera lo stesso concetto di foro o giudice "naturale" che appartiene all'analisi della dottrina del *forum non conveniens*, cioè del "most suitable forum for a particular case". BUXBAUM, *Forum Selection in International Contract Litigation*, cit., pp. 194-95. L'Inghilterra appare in certo senso più restia ad abbandonare la nozione di 'foro più appropriato', specie ove questo coincida con la giurisdizione inglese, cfr. LUPOI, *Conflitti transnazionali di giurisdizioni*, I, cit., pp. 563-65.

³⁰⁸DICEY, MORRIS e COLLINS, *The Conflict of Laws*, cit., p. 516, 12-089.

³⁰⁹Il punto è importante vista l'ostinazione con la quale la nostra Corte di Cassazione, dalla sentenza 2242/1985 in poi, ha ritenuto che il giudice designato dovesse appartenere allo Stato di domicilio di una delle parti. L'erronea lettura dell'art. 17 era solo conseguenza di un tale orientamento. La ragione profonda risiedeva nel sistema italiano di diritto internazionale privato e processuale, al tempo caratterizzato dall'art. 2 c.p.c. e assai sfavorevole alla deroga della giurisdizione italiana. Non a caso il superamento di questa linea giurisprudenziale è avvenuta solo in seguito alla riforma del 1995. Peraltro, la prima sentenza che ammette la proroga indipendentemente dal domicilio delle parti, mostrava ancora di trascurare la disciplina europea, la sua autonomia, nonché le autorevoli decisioni della Corte di Giustizia. CORTE DI CASSAZIONE, 30 dicembre 1998, n. 12907, *Romagnoli Spa contro Fallimento Termosystem Spa*, in *DeJure*: "Le raggiunte conclusioni negative in punto di validità della clausola in relazione al disposto dell'art. 17 [...] non sono, tuttavia, esaustive, dovendosi scrutinare se la validità della stessa sia ripetibile dalla sopravvenuta [...] abrogazione dell'art. 2 cod. proc. civ. (recante il divieto della proroga convenzionale della giurisdizione) per effetto [...] della legge [218/95 ...]. Il sistema nascente da quest'ultima fonte e la natura delle clausole [...] convincono che queste ultime devono essere considerate valide, anche nel caso in cui sarebbero state considerate nulle secondo le norme nazionali in vigore al momento della stipulazione del contratto". La Corte mostra dunque di concentrarsi solo sulla normativa italiana, in una fattispecie che tale normativa non chiama in gioco. Solo con la sentenza n. 17209 del 2003, CORTE DI CASSAZIONE, 14 novembre 2003, n. 17209, *Isoplus Fernwarmechnik GmbH contro Stefano Piccoli*, in *DeJure* si è avuto un genuino ripensamento, tanto apprezzabile in quanto viene espressamente rettificato l'orientamento precedente alla luce non solo e non tanto del nuovo sistema di diritto interno ma piuttosto della giurisprudenza e della norma comunitaria. Nella stessa decisione, peraltro, si esclude correttamente che l'esistenza di una competenza funzionale inderogabile in Italia (nel caso quella della sezione lavoro) possa essere di ostacolo all'attribuzione della controversia al giudice francese.

³¹⁰CORTE DI GIUSTIZIA, 9 novembre 2000, causa C-387/98, *Coreck Maritime GmbH contro Handelsveem BV e altri*, in *Racc. giur. CE*, 2000, p. 9337 punto 15.

elementi, che devono essere sufficientemente precisi per permettere al giudice adito di stabilire se sia competente, possono essere concretati, eventualmente, mediante le circostanze proprie del caso di specie”. In senso conforme anche la nostra Corte di Cassazione che, superando un precedente orientamento più restrittivo,³¹¹ ha ritenuto “insufficiente a determinare la nullità della clausola il solo fatto che la sua formulazione richieda un’attività interpretativa ad opera del lettore e che al riguardo si sia profilato un dissenso tra le parti circa l’esito di questa attività interpretativa”.³¹² Conseguentemente, in un caso più recente, la Suprema Corte italiana ha sancito la validità di una clausola che individuava cinque fori territorialmente competenti, tutti localizzati all’interno di un unico ordinamento, affermando che “occorre solo che la clausola indichi in favore di quale ordinamento giudiziario straniero è derogata la giurisdizione italiana, ma non anche in favore di quale specifico giudice di tale ordinamento”.³¹³ Si ha, però, invalidità nel caso in cui non sia possibile individuare in modo sicuro il giudice designato.³¹⁴ Negli Stati Uniti un’autorità ha giudicato invalido un accordo sul foro *floating* nel quale la determinazione del foro competente non era certa, ma dipendeva da elementi estrinseci. L’elemento particolare della vicenda era che l’elemento integrativo era rappresentato da un accordo separato e non comunicato alla

³¹¹CORTE DI CASSAZIONE, 10 marzo 1998, n. 2642, *Porcile spedizioni Spa contro Agenzia Marittima Siamar Srl*, in *DeJure*.

³¹²CORTE DI CASSAZIONE, 3841/2007, *JPMorgan*, cit.

³¹³CORTE DI CASSAZIONE, 14 febbraio 2011, n. 3568, *Soc. fond. Sai contro Soc. Coscos*, in *DeJure*, che prosegue: “Da ciò consegue che, ove le parti nella clausola di deroga della giurisdizione italiana e proroga in favore di specifico ordinamento giurisdizionale straniero, abbiano anche indicato uno o più giudici di quello Stato competenti, nella stessa clausola vi sono in effetti due accordi ontologicamente distinti: il primo attiene alla giurisdizione ed il secondo attiene alla competenza”.

³¹⁴Cfr. CORTE DI CASSAZIONE, 3841/2007, *JPMorgan*, cit. Circa l’integrazione della volontà delle parti in caso di clausole “patologiche”, risulta illustrativo a riguardo un caso italiano nel quale il Tribunale di Trento aveva ritenuto invalida la designazione del “*Tribunale del Lussemburgo [...] in qualità di collegio arbitrale*”, ma aveva fatto applicazione del principio di conservazione. TRIBUNALE DI TRENTO, 2 novembre 2001, *G.I. Giuliani - Spirale Spa contro Phoenix AG*, in *Corr. giur.*, 2002, p. 659. Per altro applicando erroneamente l’art. 1367 c.c. ad una fattispecie che non è né sostanziale né interna, v. BIAVATI, *Criteri interpretativi in tema di proroga della giurisdizione e di foro contrattuale*, in *Corr. giur.*, 2002, vol. 5, p. 664. valutando come pleonasmo il riferimento al “collegio arbitrale” e considerando quindi l’esistenza di una valida e univoca volontà nel designare un giudice straniero, nel caso il giudice lussemburghese. Ivi, p. 663 e ss., criticando la sentenza, rileva che un principio teso alla conservazione degli effetti è certamente esistente nel diritto comunitario e che senza dubbio la volontà delle parti nella determinazione della competenza tende a prevalere sulle norme in materia. Però “*questa volontà deve essere comune e [...] si deve essere prudenti nel presumerla, in mancanza di elementi univoci*”. La volontà delle parti agisce quindi come limite all’attività di conservazione o integrazione da parte di altri criteri, rendendo l’accordo nullo ove vi sia un’ambiguità insanabile o addirittura esista una volontà contraria. Nello stesso senso DI BLASE, voce “*Deroga alla giurisdizione*” in *Digesto delle discipline privatistiche - sezione civile*, UTET, 1990, p. 318 sostiene la prevalenza delle norme che delimitano la competenza funzionale dell’organo, ma prefigura la nullità dell’accordo delle parti ove risulti che tale determinazione è considerata irrinunciabile.

controparte.³¹⁵

3.12 TENSIONI LUNGO LA LINEA CIVIL LAW/COMMON LAW

Avviandoci alla conclusione del presente capitolo, intendiamo fare cenno all'approccio che la Corte di Giustizia europea ha adottato con riguardo ad alcuni istituti peculiari del *common law*. In nome del *mutual trust* e della obbligatorietà dei criteri di giurisdizione previsti dal Regolamento 44/2001, la Corte di Giustizia ha colpito duramente istituti quali la possibilità di emettere un'*anti-suit injunction* a tutela di un accordo sul foro (o anche di una convenzione arbitrale), oppure la possibilità per il giudice inglese di valutare discrezionalmente se esercitare o meno la propria giurisdizione attraverso la dottrina del *forum non conveniens*. Se è naturale che non tutte le peculiarità inglesi potessero trovare ospitalità all'interno del diritto processuale civile europeo, influenzato fortemente dalla sua matrice di *civil law*, notiamo, però, come alcune delle asperità che sono evidenziate in relazione al sistema del Regolamento avrebbero potuto giovare degli strumenti elaborati nella fucina della *common law*. Ci riferiamo in particolar modo alla possibilità per il giudice di esprimere una valutazione discrezionale in merito all'esercizio della propria giurisdizione.³¹⁶

Mentre, come abbiamo visto, il giudice americano e il giudice inglese mantengono un potere di controllo discrezionale sul contenuto della clausola sulla giurisdizione, tramite la decisione sull'*enforceability*, ciò non avviene nella disciplina europea e in quella italiana. Non è un caso che nel sistema europeo laddove si è sentita la necessità di limitare la possibilità di deroga alla giurisdizione, a fronte di una disparità istituzionale delle parti in gioco, lo si è fatto con precise regole positive a protezione di soggetti ritenuti più deboli.³¹⁷ Nonostante l'esistenza di queste categorie protette, tuttavia, molti

³¹⁵V. *Preferred Capital, Inc. v. Sarasota Kennel Club*, 2005 U.S. Dist. LEXIS 15238, No. 1:04 CV 2063, 2005 WL 1799900 (N.D. Ohio July 27, 2005); *Preferred Capital, Inc. v. Aetna Maint. Inc.*, 2005 U.S. Dist. LEXIS 40867, No. 1:04CV2511, 2005 WL 1398549 (N.D. Ohio June 14, 2005); *SRH, Inc. v. IFC Credit Corp.*, 275 Ga. App. 18, 619 S.E.2d 744, 746 (Ga. Ct. App. 2005). Si tratta, però, di una linea di casi che riguardano la stessa controversia contro la società Norvergence. Altre corti, nella stessa vicenda, hanno dato effetto all'accordo. V., ad esempio, *IFC Credit Corp. v. Aliano Bros. Gen. Contractors*, 437 F.3d 606, 2006 U.S. App. LEXIS 2439, 2006 WL 230179 (7th Cir. Feb. 1, 2006); *Preferred Capital, Inc. v. Al & Lou Builders Supply, Inc.*, 2006 Ohio 250, 2006 WL 173161 (Ohio Ct. App. 2006); *Popular Leasing USA, Inc. v. Borough of Highland Park*, 2005 U.S. Dist. LEXIS 35659, No. 4:04CV01812 ERW, 2005 WL 3527300 (E.D. Mo. Dec. 22, 2005).

³¹⁶Questo ci pare un elemento del quale si sente la mancanza anche in materia di *lis pendens* europea. V. *supra* il paragrafo 2.12.

³¹⁷Ci riferiamo ai contratti di assicurazione, a consumatori e lavoratori. V. *supra* il paragrafo 2.5.

autori sottolineano l'opportunità che anche nel sistema europeo al giudice adito sia riservato un margine di sindacato del contenuto dell'accordo sul foro.³¹⁸ Un tale potere, che assume solitamente i connotati di un sindacato di ragionevolezza del foro eletto, è a tutt'oggi escluso dalla Corte di Giustizia,³¹⁹ e non è stato introdotto con la riforma del Regolamento.³²⁰

³¹⁸KOHLER, *Rigueur et souplesse en droit international privé: les formes prescrites pour une convention attributive de juridiction "dans le commerce international" par l'art. 17 de la convention de Bruxelles dans sa nouvelle rédaction*, in *Dir. comm. int.*, 1990, vol. 4, p. 611; CARBONE, *La disciplina comunitaria della proroga*, cit.; CARBONE, *Area dell'economia comunitaria e clausole di deroga alla giurisdizione in polizza di carico*, in *Dir. mar.*, 1977, p. 169 e anche l'Avv. Gen. Tesauro nelle conclusioni alla causa 10 marzo 1992, C-214/89, *Powell Duffryn Plc contro Wolfgang Petereit*, in *Racc. giur. CE*, vol. 1, 1992, p. 1745, punti 12 e ss.. LOPEZ DE GONZALO, *Le clausole di deroga alla giurisdizione nelle polizze di carico di fronte alla Corte di Giustizia delle Comunità Europee*, in *Dir. mar.*, 1985, p. 581, rileva i pericoli in termini di diminuita certezza del diritto relativamente al controllo su "ragionevolezza" e buona fede. CONTALDI, *Le clausole di proroga della giurisdizione contenute in polizze di carico e il nuovo testo dell'art. 17 della convenzione di Bruxelles del 27 Settembre del 1968*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1998, p. 79, rileva come un tale tipo di controllo, auspicabile, non appare però compreso nel dettato normativo. MARI, *Il sistema della competenza*, cit., p. 663 e ss., invece si limita a riportare l'orientamento della Corte senza prendere posizione sul punto. QUEIROLO, *Gli accordi sulla competenza*, cit., p. 191, sottolinea la necessità di un nuovo intervento chiarificatore da parte della Corte. V. anche *supra* il paragrafo 2.8.1.

³¹⁹Si v. CORTE DI GIUSTIZIA, C-159/97, *Trasporti Castelletti*, cit., punti 45 e ss. MARI, *Il sistema della competenza*, cit. rileva giustamente come questo forte limite all'opera del giudice sia controbilanciato dalla presenza dei rigidi requisiti formali tesi a garantire l'esistenza di un consenso effettivo e a evitare che una clausola di tal gravità possa passare inosservata.

³²⁰Tutti gli ordinamenti si riservano un qualche tipo di controllo in casi limite, ma certo per Inghilterra e Stati Uniti è più agevole giustificarlo definendo l'accordo *unreasonable* o *unjust* e dunque *unenforceable*. Per gli Stati Uniti, sono note le decisioni relative a clausole in favore delle corti iraniane, v. *supra* la nota 229. In Inghilterra, ad esempio, durante la dittatura nazista in Germania, più di un giudice si è rifiutato di dare efficacia a una clausola sulla giurisdizione in favore delle corti tedesche che avrebbe esposto gli attori, ebrei, al concreto pericolo della persecuzione razziale. In *Ellinger v. Guinness, Mahon & Co.*, [1939] 4 All E. R. 16 (Ch.), il giudice inglese permette all'attore ebreo di effettuare il *service out* e respinge la *motion to stay* del convenuto nonostante la clausola sul foro designasse la Germania come competente. Cfr. anche *Oppenheimer v. Louis Rosenthal & Co.*, [1937] 1 All E.R. 23; BISSET-JOHNSON, cit., pp. 550-51. Un altro caso simile è *Carvalho v. Hull Blyth Ltd.*, [1979] 1 W.L.R. 1228, [1979] All ER 280, nel quale l'attore, portoghese, sarebbe potuto essere esposto al pericolo personale in Angola, a seguito della rivoluzione che aveva portato all'indipendenza del paese africano dal Portogallo. Anche il giudice italiano in un caso recente ha operato un sindacato piuttosto approfondito circa la natura giurisdizionale o meno dell'autorità eletta nella clausola sulla giurisdizione (United States Court of Federal Claims), concludendo positivamente che "le norme sull'esercizio della giurisdizione negli Stati Uniti d'America garantiscono [all'attore], contrariamente a quanto (...) sostenuto, anche relativamente al tipo di domanda (...) proposto, una tutela giurisdizionale compatibile con i principi fondamentali in materia sia della costituzione italiana sia delle convenzioni internazionali". Corte di Cassazione, SU, 7 giugno 2012, n. 9189, in *DeJure*. Con ciò si evidenzia che, anche in una norma apparentemente formalista quale l'art. 4 della l. 218/95, vi sono margini per spiegare un controllo sull'accordo concluso dalle parti tramite, ad esempio, la verifica della natura giurisdizionale o meno dell'organo

Una netta presa di posizione in senso contrario a una valutazione in merito all'opportunità o appropriatezza della scelta operata dalle parti è rappresentata dalla pronuncia delle Corti di Giustizia nel caso *Owusu*³²¹ con la quale ha privato il giudice inglese dello strumento del *forum non conveniens* in tutti i casi in cui deve essere applicata la normativa europea.³²² Il sig. Owusu, cittadino britannico domiciliato in Inghilterra, decide di trascorrere un periodo di vacanza in Giamaica, dove ha preso in locazione dal sig. Jackson, anch'egli domiciliato in Inghilterra, una villa con annessa spiaggia privata. Durante la permanenza, a causa di un tragico incidente marino, il sig. Owusu rimane paralizzato e, dunque, agisce in Inghilterra per il risarcimento del danno contro il sig. Jackson e cinque società con sede in Giamaica, a vario titolo collegate alla vicenda. Si pone per il giudice inglese il problema se poter esercitare il proprio potere discrezionale e, dunque, valutare l'appropriatezza della scelta operata da Owusu, anche alla luce della circostanza che la maggior parte delle prove e dei testimoni si trovano in Giamaica. Il problema principale è rappresentato dal fatto che nei confronti del convenuto inglese la giurisdizione sussiste ai sensi dell'art. 2 del Regolamento, quale foro del domicilio del convenuto, e non è chiaro se ciò vincoli il giudice ad esercitare il proprio potere. Per tale motivo, la Corte d'Appello sollecita l'intervento ermeneutico della Corte del Lussemburgo.³²³

Dato il legame della controversia non con un altro Stato Membro, ma con uno stato extra-UE, non era scontato che la Corte di Giustizia ritenesse la materia attratta nell'ambito di applicazione del Regolamento. Il giudice europeo, invece, afferma che "le norme uniformi sulla competenza contenute

eletto come competente ovvero il rispetto dei principi costituzionali del giusto processo.

³²¹CORTE DI GIUSTIZIA, C-281/02, *Owusu*, cit. Per un commento v. CUNIBERTI, *Forum Non Conveniens and the Brussels Convention*, 54 *Int'l & Comp. L.Q.* 973 (2005); e la dura reazione di HARTLEY, *The European Union and the Systematic Dismantling of the Common Law of Conflict of Laws*, [2005] 54 *ICLQ* 813; BRIGGS, *The impact of recent judgments of the European Court on English procedural law and practice*, *Int'l Lis* 2005, 3, 137. V. anche BANDERA, *La sentenza Owusu, il forum non conveniens e i conflitti di giurisdizione tra stati membri e stati terzi*, *Riv. Dir. Int. Priv. e Proc.*, 2007, pp. 1025 ss. . Cfr. anche DICEY, MORRIS e COLLINS, *The Conflict of Laws*, cit., p. 472 e ss.; LUPOI, *Del caso Owusu: l'ultima spiaggia del forum non conveniens in Europa?*, in *Int'l Lis*, 2006, p. 15.

³²²V. anche DICEY, MORRIS e COLLINS, *The Conflict of Laws*, cit., p. 472 e ss.

³²³La Corte domanda "1) [s]e, quando l'attore sostiene che la giurisdizione è fondata sull'art. 2 del [Regolamento] (...), l'esercizio del potere discrezionale di un organo giurisdizionale di uno Stato contraente, consentito dalla sua legge nazionale, di declinare la giurisdizione in un procedimento intentato nei confronti di una persona domiciliata in tale Stato a favore degli organi giurisdizionali di uno Stato non contraente, sia contrario alla suddetta Convenzione: a) nel caso in cui non sia in questione la giurisdizione di nessun altro Stato contraente; b) nel caso in cui il procedimento non abbia altri elementi di connessione con nessun altro Stato contraente. 2) In caso di soluzione affermativa della questione sub 1), a), o sub 1), b), se la fattispecie configuri una violazione in ogni caso o soltanto in presenza di determinate circostanze e, in tal caso, di quali?". CORTE DI GIUSTIZIA, C-281/02, *Owusu*, cit., ¶ 22.

nel [Regolamento] non sono intese ad applicarsi unicamente a situazioni che comportino un nesso effettivo e sufficiente con il funzionamento del mercato interno, implicante, per definizione, più Stati membri. [Da ciò] discende che l'art. 2 del [Regolamento] di Bruxelles è applicabile ad una fattispecie come quella oggetto della causa principale, che ricomprende i rapporti tra i giudici di un solo Stato contraente e quelli di uno Stato non contraente e non i rapporti tra i giudici di più Stati contraenti".³²⁴ Per l'applicazione del Regolamento, dunque, non è necessario un conflitto, ancorché potenziale, di competenza tra due Stati membri della Comunità, basta che venga in rilievo la competenza internazionale dello Stato membro nel quale il convenuto è domiciliato.

Il resto della decisione è quasi scontato: l'elemento di discrezionalità insito nel *forum non conveniens* è incompatibile con con l'imperatività del criterio di giurisdizione previsto dall'art. 2 del Regolamento, il quale "è derogabile solo in casi espressamente previsti dal [Regolamento medesimo]".³²⁵ Certezza del diritto, esigenze di non pregiudicare la tutela giuridica delle persone residenti nell'Unione e la necessaria uniformità di applicazione dei criteri del Regolamento sono tutte ragioni che la Corte adduce per escludere una diversa soluzione.³²⁶ Il risultato è che le corti inglesi sono vincolate dal Regolamento ad esercitare la propria giurisdizione, senza poter effettuare alcuna valutazione di appropriatezza del caso concreto. In materia di accordi sul foro, *Owusu* significa essenzialmente che il giudice inglese, nell'applicare la normativa europea, per sua natura imperativa e inderogabile, deve spostare il suo piano di analisi dall'*enforceability* alla *validity* del patto. Non potrà più applicare gli *Eleftheria principles* e operare una valutazione discrezionale in merito alla scelta operata dalle parti: se il patto integra i requisiti, in particolar modo in punto di forma, previsti dall'art. 23 del Regolamento 44/2001, sarà vincolato alla determinazione operata dalle parti, sia per quanto riguarda l'effetto di proroga che quello di deroga della giurisdizione inglese. In definitiva, attraverso il processo di integrazione europea, si manifesta il fantasma che per secoli ha insidiato la quiete dei giudici inglesi, ossia della possibilità per le parti di *oust* la loro giurisdizione.³²⁷

Pur prendendo atto della ferma decisione della Corte, ed escludendosi *rebus sic stantibus* segni di ripensamento ad opera della sua giurisprudenza, non possiamo non esprimere qualche rammarico circa l'opportunità persa di "contaminare" il diritto europeo con qualche tinta di *common law*. A nostro avviso la concessione, pur cauta, di un certo spazio alla discrezionalità del giudice, specie al fine di indicare un altro ordinamento (specie se europeo) più idoneo a conoscere di una controversia, avrebbe potuto contribuire ad

³²⁴Ivi, ¶ 34-35.

³²⁵Ivi, ¶ 37.

³²⁶Ivi, ¶¶ 41-43.

³²⁷Cfr. *supra* il paragrafo 3.3.

arginare la pratica del *forum shopping* e aumentare il grado di integrazione e fiducia reciproca tra i vari fori europei.³²⁸

Il secondo punto che ci piace ricordare è rappresentato dalla decisione in *West Tankers*³²⁹ che ha sancito l'inutilizzabilità delle c.d. *anti-suit injunctions* nell'ambito del Regolamento.³³⁰ Il caso ha origine dall'urto tra una nave di proprietà della società West Tankers, concessa a nolo alla società Erg Petroli, e un molo di proprietà della stessa Erg. A seguito dei danni, la Erg chiede di essere indennizzata dalle compagnie di assicurazioni, Allianz e Generali, nei limiti della copertura assicurativa, e agisce a Londra in base alla clausola arbitrale contenuta nel contratto di nolo per ottenere l'eccedenza. Le compagnie di assicurazione liquidano l'indennizzo e, in virtù di surroga legale nel diritto al risarcimento di Erg ex art. 1916 c.c., agiscono in rivalsa avanti al Tribunale di Siracusa contro la West Tankers, la quale contesta la giurisdizione italiana sulla base della clausola compromissoria. In aggiunta e parallelamente, West Tankers adisce il giudice inglese perché ordini a Allianz e Generali di interrompere l'azione italiana e procedere con l'arbitrato. Il giudice di prime cure accoglie la richiesta e pronuncia *anti-suit injunction*, a fronte della quale le compagnie di assicurazione propongono appello diretto

³²⁸Pensiamo, ad esempio, ad un utilizzo dell'istituto in quei casi in cui si ricorre a mezzi impropri per realizzare una proroga senza il rispetto dei requisiti formali. È, tra gli altri, il caso dell'art. 5, numero 1. In questi casi concedere al giudice la possibilità di colpire i comportamenti fraudolenti delle parti potrebbe essere opportuno e molto più efficace di talune forzature necessarie a riportare equità.

³²⁹CORTE DI GIUSTIZIA, 10 febbraio 2009, causa C-185/07, *Allianz Spa e Generali Assicurazioni Generali Spa contro West Tankers Inc*, in *Racc. giur. CE*, 2009, p. 0. Sulla decisione v., *inter alia*, WINKLER, *West Tankers: la Corte di Giustizia conferma l'inammissibilità delle anti-suit injunctions anche in un ambito escluso dall'applicazione del Regolamento Bruxelles I*, *Diritto del commercio internazionale* 2008, p. 735; MERLIN, *Proroghe pattizie e principio di 'pari autorità' nell'accertamento della competenza internazionale nel Reg. CE 44/2001*, *Rivista di diritto processuale* 2009, p. 971; CONSOLO, *Brussels I Regulation, arbitration and parallel proceedings: a discussion of the Heidelberg proposal (in the light of West Tankers and Endesa)*, in *Sull'arbitrato: studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010, p. 245.

³³⁰Il principio era già stato affermato in CORTE DI GIUSTIZIA, 27 aprile 2004, causa C-159/02, *Gregory Paul Turner contro Felix Fareed Ismail Grovit, Harada Ltd e Changepoint SA*, in *Racc. giur. CE*, 2004, p. 3565. Cfr. il commento di MERLIN, *Le anti-suit injunctions e la loro incompatibilità con il sistema processuale comunitario*, in *Int'l Lis*, 2005, p. 14 e le pagine di DICEY, MORRIS e COLLINS, *The Conflict of Laws*, cit., p. 509 e ss. L'*anti-suit injunction* è un ordine, formalmente *in personam*, diretto nei confronti di un soggetto affinché interrompa, ovvero non intraprenda, un'azione in un foro straniero. V. LUPOI, *Conflitti transnazionali di giurisdizioni*, II, Giuffrè, 2002. BRIGGS, *Agreements on Jurisdiction*, cit., p. 196: "An injunction (...) is an order that the party to whom it is addressed act in accordance with what his conscience should direct him to do. (...) The court does not so much restrain as insist on self-restraint, while threatening measures of compulsion if that self-restraint is not forthcoming. But all the court does is look to the alleged wrongdoer and require that he now do what the law and his conscience requires. It lifts its eyes no higher than that; it claims no wider a power, and assumes no greater a responsibility than that of insisting that those brought before it should act as the law and conscience demands".

alla House of Lords. È a questo punto che la suprema istanza inglese chiede l'intervento chiarificatore della Corte di Giustizia domandando “[s]e sia compatibile con il regolamento (CE) n. 44/2001 il fatto che il giudice di uno Stato membro emetta un divieto indirizzato ad un soggetto di intraprendere o continuare un procedimento in un altro Stato membro, in base al fatto che tale procedimento viola un accordo arbitrale”.³³¹

La Corte di Giustizia, preliminarmente, esclude che il procedimento dal quale ha avuto origine la richiesta della House of Lords sia ricompreso nell'ambito del Regolamento. Tale circostanza non le impedisce, però, di esaminare la questione per via delle conseguenze dell'*anti-suit injunction* che “pregiudicano l'effetto utile [del Regolamento, impedendo] la realizzazione degli obiettivi di unificazione delle norme sui conflitti di competenza in materia civile e commerciale e la libera circolazione delle decisioni in questa stessa materia”.³³² Ad avviso della Corte, “ciò si verifica in particolare quando un tale procedimento impedisce ad un giudice di un altro Stato membro di esercitare le competenze che gli sono attribuite in forza del Regolamento”.³³³

I giudici spostano, allora, l'attenzione dalla controversia inglese a quella italiana dove le compagnie di assicurazione hanno agito in virtù dell'art. 5, n. 3, del Regolamento, quale luogo “in cui l'evento dannoso è avvenuto”. La presenza di una clausola compromissoria nel contratto tra West Tankers ed Erg, che potrebbe o meno essere opponibile anche agli assicuratori, diviene a questo punto irrilevante. Ciò che alla Corte importa è che l'*anti-suit injunction* avrebbe l'effetto “di impedire (...) ad un giudice di uno Stato membro, di regola competente per dirimere una controversia ai sensi dell'art. 5, punto 3, del Regolamento (...) di pronunciarsi (...) sull'applicabilità stessa di quest'ultimo alla controversia dinanzi ad esso sottoposta”. Una tale eventualità viene giudicata contraria sia al principio secondo il quale ogni giudice “accerta esso stesso, in forza delle disposizioni ad esso applicabili, la propria competenza a pronunciarsi sulla controversia ad esso sottoposta”³³⁴ che al principio di *mutual trust* che deve informare le relazioni tra i giudici del sistema europeo.³³⁵ Alla Corte non resta che rispondere al quesito della House of Lords nel senso che l'*anti-suit injunction* non può trovare spazio all'interno del diritto processuale europeo.

L'esclusione dell'operatività dell'*anti-suit injunction* nel sistema europeo non è limitata alla materia dell'arbitrato, ma deve essere intesa in senso più esteso. Pertanto, il giudice inglese è privato di tale potere anche quando il suo obiettivo è la protezione di un accordo sul foro. Se per il giurista di *civil law* è difficile non condividere tale decisione, rimane, però, sul campo il problema di trovare dei mezzi per assicurare l'adempimento dell'accordo

³³¹CORTE DI GIUSTIZIA, C-185/07, *West Tankers*, cit., ¶ 18.

³³²Ivi, ¶ 24.

³³³Ibidem.

³³⁴CORTE DI GIUSTIZIA, C-185/07, *West Tankers*, cit., ¶ 29.

³³⁵Ivi, ¶ 30.

sulla giurisdizione e, dunque, tutelarne la funzione in punto di certezza e prevedibilità. In tal senso appare interessante la prospettiva dell'obbligo per chi ha violato il patto sul foro di risarcire il danno che la controparte ha subito, anche se il tema è stato ancora poco esplorato sia a livello dottrinario e giurisprudenziale, ³³⁶

³³⁶Le poche decisioni che hanno sancito la risarcibilità del danno appartengono tutte all'area di *common law*. V., ad esempio, *Union Discount Co. v. Zoller*, [2001] EWCA Civ 1755. In dottrina, v. CUNIBERTI, REQUEIO, *La sanction des clauses d'élection de for par l'octroi de dommages et intérêts*, *ERA Forum* (2010), p. 7; TAN, *Damages for Breach of Forum Selection Clauses, Principled Remedies, and Control of International Civil Litigation*, 40 *Tex. Int'l L.J.* 623 (2004-05); TAKAHASHI, *Damages for Breach of a Choice-of-Court Agreement*, *Yearbook of Private International Law*, Volume 10 (2008), p. 57; TAKAHASHI, *Damages for Breach of a Choice-of-Court Agreement: Remaining Issues*, *Yearbook of Private International Law*, Volume 11 (2009), p. 74; DUTSON, *Breach of an Arbitration or Exclusive Jurisdiction Clause: The Legal Remedies if it Continues*, 16 *Arbitration International* 89 (2000).

CAPITOLO 4

PROVE DI COORDINAMENTO: LA CONVENZIONE DELL'AJA DEL 2005

4.1 INTRODUZIONE

L'impresa di creare una convenzione internazionale sulla giurisdizione e il riconoscimento delle sentenze, ovvero su uno solo dei due profili, è stata tentata più di una volta nel corso del XX^o secolo, ma, finora, non è mai stata conclusa con successo. Un esempio è la Convenzione dell'Aja del 1958 sulla scelta della giurisdizione nella vendita internazionale di beni mobili,¹ firmata da quattro stati e mai entrata in vigore. Un altro, la Convenzione dell'Aja del 1965 sulla scelta del foro,² ratificata solo da Israele.

L'obiettivo ambizioso di promuovere uno spazio giudiziario globale per il commercio internazionale ha, tuttavia, continuato a sedurre l'immaginazione di teorici e pratici, così che a partire dagli inizi degli anni '90, un cospicuo numero di paesi si è nuovamente incontrato nell'ambito della Conferenza dell'Aja sul diritto internazionale privato. Il tentativo perseguito era quello di elaborare una convenzione di carattere universale sulla giurisdizione³ e il

¹Convention du 15 avril 1958 sur la compétence du for contractuel en cas de vente à caractère international d'objets mobiliers corporels.

²Convention of 25 November 1965 on the Choice of Court.

³Sui lavori di preparazione della auspicata Convenzione ved. innanzitutto l'articolo di VON MEHREN, *Recognition and Enforcement of Foreign Judgments: A New Approach for the Hague Conference?*, in *Law & Contemp. Probs.*, 1994, vol. 57, n. 3, p. 271. Non a caso TEITZ, *The Hague Choice of Court Convention: Validating Party Autonomy and Providing an Alternative to Arbitration*, in *Am. J. Comp. L.*, 2005, vol. 53, n. 3, p. 543, la definisce "Arthur's baby". Ved. inoltre VON MEHREN, *Drafting a Convention on International Jurisdiction and the Effects of Foreign Judgments Acceptable World-Wide: Can the Hague Conference Project Succeed?*, in *Am. J. Comp. L.*, 2001, vol. 49, n. 2, p. 191; JUENGER, *A Hague Judgments Convention?*, in *Brook. J. Int'l L.*, 1998-99, vol. 24, p. 111; LOWENFELD, *Thoughts About a Multinational Judgments Convention: A Reaction to the von Mehren Report*, in *Law & Contemp. Probs.*, 1994, vol. 57, n. 3, p. 289; BURBANK, *Jurisdictional Equilibrium, the Proposed Hague Convention and Progress in National Law*, in *Am. J. Comp. L.*, 2001, vol. 49, p. 205. Oltre all'obiettivo di promuovere uno spazio

riconoscimento delle decisioni giudiziarie in materia civile sul modello della Convenzione di Bruxelles del 1968.⁴ Tale opera, se pur non ancora coronata dal successo del “grande risultato”,⁵ ha lasciato agli operatori del settore un

giudiziario globale, alla base delle trattative v'erano ulteriori elementi. Uno di questi è la circostanza che gli Stati Uniti non sono parte di alcun trattato relativo alla giurisdizione e al riconoscimento delle sentenze. L'unica esperienza degna di nota in tal senso è rappresentata dai negoziati intercorsi negli anni '70 tra USA e Regno Unito, naufragati a causa delle perplessità inglesi – in particolare del settore assicurativo – circa gli enormi risarcimenti aggiudicati dalle giurie americane, F. JUENGER, *A Hague Judgments Convention?*, cit., pp. 111-13. Il problema dei “punitive damage” o “award” non è stato sottovalutato dai redattori della Convenzione del 2005, come mostra l'art. 11, sul quale ved. infra al par. 3.3. Inoltre, la dottrina americana ribadisce a più riprese che l'iniziativa del progetto è stata presa dagli USA per via della percezione diffusa circa l'orientamento restrittivo degli ordinamenti stranieri nei confronti del riconoscimento delle decisioni dei giudici statunitensi. Tali autori non mancano di sottolineare come la parte vittoriosa in un processo americano abbia seri problemi nell'ottenere il riconoscimento e l'esecuzione della propria decisione in altri paesi, contrapponendovi l'apertura che i giudici statunitensi mostrerebbero verso le decisioni rese in giurisdizioni straniere. Non è questa la sede per un'analisi critica sull'attitudine delle varie giurisdizioni in tema di riconoscimento dei dicta stranieri. È comunque auspicabile che giudizi e valutazioni in questa materia siano supportati da studi empirici e non solo da impressioni dottrinarie. Nel senso del marcato squilibrio ved., tra gli altri, TEITZ, *The Hague Choice of Court Convention*, cit., 544 e 548; HARTLEY, *The Hague Choice of Court Convention*, in *Eur. L. Rev.*, 2006, vol. 31, n. 3, pp. 414-15; WOODWARD, *Saving the Hague Choice of Court Convention*, in *Un. Pa. J. Int'l L.*, 2007-08, vol. 29, pp. 658-59. Contra JUENGER, *A Hague Judgments Convention?*, cit., 114 ss. LOWENFELD, *Thoughts About a Multinational Judgments Convention*, cit., p. 303; PEREZ, *The International Recognition of Judgments: The Debate Between Private and Public Law Solutions*, in *Berkeley J. Int'l L.*, 2011, vol. 44, p. 57.

⁴V. *supra* il paragrafo 6.

⁵Sulle ragioni del fallimento ved., ad esempio, BURBANK, *Jurisdictional Equilibrium*, cit., passim e il volume POCAR e HONORATI, *The Hague Preliminary Draft Convention on Jurisdiction and Judgments*, Padova, 2005. Il progetto originario di un sistema tendenzialmente esaustivo ha incontrato alcuni ostacoli, derivanti in primo luogo dalla forte disomogeneità dei sistemi giuridici partecipanti alla Conferenza. Così, dopo due tentativi di redigere un testo complessivo nel 1999 e nel 2001, si è deciso di concentrare gli sforzi sulle sole clausole di scelta del foro, strumento di grande importanza per il commercio internazionale sul quale l'accordo non pareva impossibile. L'esito di queste rinnovate trattative è la convenzione che ci proponiamo di esaminare. TEITZ, *The Hague Choice of Court Convention*, cit., p. 545, sottolinea altri elementi che hanno portato al naufragio del progetto originario, quali l'imprevedibile diffusione di internet e del commercio elettronico, la centralità assunta, perlomeno in campo europeo, dalla figura del consumatore, nonché l'accelerazione (per certi versi inaspettata) del processo di integrazione della Comunità Europea, oggi Unione; ved. anche TALPIS e KRNJEVIC, *The Hague Convention on Choice of Court Agreements of June 30, 2005: The Elephant That Gave Birth to a Mouse*, in *Sw. J. L. & Trade Am.*, 2006, vol. 13, n. 1, p. 3. HARTLEY, *The Hague Choice of Court Convention*, cit., p. 415, evidenzia i diversi obiettivi degli attori principali: limitare la giurisdizione esorbitante degli Stati Uniti per l'Europa, aumentare il riconoscimento e l'esecuzione delle proprie sentenze all'estero per gli Stati Uniti. Per BRAND, *Report in The Hague Preliminary Draft Convention on Jurisdiction and Judgments*, Padova, 2005, p. 82: “in the end [...] it may not be differences in legal systems but rather differences in negotiating goals that have determined and will determine whether a broader convention really is possible”. Il nodo evidenziato dall'A. rimane tuttora da sciogliere.

prezioso strumento per regolare in via negoziale questioni di giurisdizione relative ai loro rapporti contrattuali: si tratta della *Convenzione dell'Aja sulle clausole di scelta del foro*⁶ che, in attesa di raccogliere gli strumenti di ratifica necessari per la sua entrata in vigore, può contare sin da ora sulle preziose firme degli Stati Uniti e dell'Unione Europea⁷ oltre che sull'interesse ad aderirvi mostrato dalla Cina che non sembra essere di carattere

⁶La Convenzione, pubblicata in cartaceo su 44 I.L.M. 1294 (2005), è disponibile sul sito web della Conferenza dell'Aja < <http://www.hcch.net> > (ultimo accesso 10 Agosto 2010). Al medesimo indirizzo è possibile trovare anche i documenti preliminari e preparatori della Convenzione, il rapporto di HARTLEY e DOGAUCHI, *Explanatory Report on the 2005 Hague Choice of Court Agreements Convention*, Permanent Bureau of the Conference, 2007 (più volte citato nel presente scritto), nonché una ricca bibliografia, all'interno della quale possono essere evidenziati i contributi di HARTLEY, *The Hague Choice of Court Convention*, cit.; KESSEDIAN, *L'élection de for - Vers une nouvelle convention de la Haye in Grenzüberschreitungen. Beiträge zum Internationalen Verfahrensrecht und zur Schiedsgerichtsbarkeit. Festschrift für Peter Schlosser zum 70. Geburtstag*, Tübingen, 2005; KESSEDIAN, *La Convention de La Haye du 30 juin 2005 sur l'élection de for*, in *Journal dr. int.*, 1994, vol. 57, p. 813; KRUGER, *The 20th Session of the Hague Conference: A New Choice of Court Convention and the Issue of EC Membership*, in *Int'l & Comp. L. Quart.*, 2006, vol. 55, p. 447; SCHULZ, *The 2005 Hague Convention on Choice of Court Clauses*, in *J. Pvt. Int'l L.*, 2006, vol. 2, n. 2, p. 243; TEITZ, *The Hague Choice of Court Convention*, cit.; THIELE, *The Hague Convention on Choice-of-Court Agreements - was it worth the effort?* in *Conflict of Laws in a Globalized World*, Cambridge University Press, 2007; WOODWARD, *Saving the Hague Choice of Court Convention*, cit. Per un commento italiano v. BORTOLOTTI, *Manuale di diritto commerciale internazionale*, Padova, 2009, 491 ss.

⁷La Convenzione, in doppio originale inglese e francese, entrerà in vigore solo a seguito del deposito del secondo strumento di ratifica o adesione (art. 31): ad oggi solo il Messico ha depositato il relativo strumento (di adesione), mentre Stati Uniti e Unione Europea si sono limitati a firmare il testo. La firma da parte dell'Unione Europea e non dei singoli Stati prende le mosse dal parere 1/03 reso il 7 febbraio 2006 dalla Corte di Giustizia Europea, la quale ha avuto modo di definire le competenze esterne della Comunità Europea in materia di competenza giurisdizionale, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale. In particolare, muovendo dalla sentenza 31 marzo 1971, C-22/70, *Commissione c. Consiglio (AETS)*, in *Racc. giur. CE*, 1971, p. 263, la Corte ha stabilito che "la conclusione della nuova Convenzione di Lugano, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale [...] rientra interamente nella competenza esclusiva della Comunità europea" (le sentenze della Corte di Giustizia Europea citate nel presente scritto sono tutte disponibili al sito < <http://eur-lex.europa.eu/it/index.htm> > - ultimo accesso 10 Agosto 2010). Sulle competenze esterne della UE alla luce del parere della Corte, ved. POCAR, *The External Competence of the European Union and Private International Law*, Padova, 2007. Ved. anche GAJA, *Sulle competenze della Comunità Europea rispetto alla cooperazione giudiziaria in materia civile in Il diritto processuale civile nell'avvicinamento giuridico internazionale - Omaggio ad Aldo Attardi*, Padova, 2009, p. 49. Al momento della firma della Convenzione dell'Aja del 2005, il 1 aprile 2009, la Comunità ha dichiarato di avvalersi della facoltà concessa dall'art. 30 della Convenzione stessa, firmando il testo il quale, una volta depositato lo strumento di ratifica, vincolerà tutti gli Stati membri (con la consueta eccezione della Danimarca) senza necessità di alcun atto di ratifica o adesione da parte di questi. Ved. anche la Decisione del Consiglio dell'Unione Europea 2009/397/CE (in GU L 133 del 29.5.2009).

solo formale.⁸ Il testo della Convenzione, pur nella sua inevitabile natura di compromesso, costituisce uno sforzo decisamente apprezzabile di coordinare sistemi giuridici diversi che, come abbiamo avuto modo di analizzare nei capitoli precedenti, proprio nel campo della selezione del foro e del regime da accordare alle relative clausole, esibiscono, prima ancora che soluzioni diverse, metodi ed approcci segnati da *policies* profondamente divergenti. Stabilendo regole uniformi ed equivalenti nell'insidioso settore della selezione del giudice competente a conoscere della controversia, la Convenzione mira a garantire agli operatori commerciali prevedibilità in ordine al foro deputato all'esercizio della giurisdizione e certezza riguardo alla circolazione della decisione resa da tale foro. Lo mette in chiara evidenza il preambolo della Convenzione quando sottolinea l'importanza di "uniform rules on jurisdiction and on recognition and enforcement of foreign judgments in civil matters" tese a creare un "international regime that provides certainty and ensures the effectiveness of exclusive choice of court agreements between parties to commercial transactions and that governs the recognition and enforcement of judgments resulting from proceedings based on such agreements".⁹ Coordinando funzionalmente la individuazione negoziale della *iurisdictio* con il riconoscimento della decisione risolutrice della controversia che emana dal giudice negozialmente designato, la Convenzione dell'Aja segue il modello adottato con successo dalla Convenzione di New York del 1958 in materia di arbitrato ed intende in tal modo offrire ai contraenti internazionali una vera alternativa nella scelta tra mezzo arbitrale e mezzo giudiziario per la risoluzione delle controversie.¹⁰ Tre i principi regolatori finalizzati al raggiungimento di tale risultato: il giudice indicato nella clausola deve esercitare il suo potere decisorio; il giudice di un altro Stato contraente deve sospendere o declinare in ogni caso la propria giurisdizione, ancorché il giudice della proroga sia stato successivamente adito sulla stessa causa; qualsiasi giudice deve riconoscere e dare esecuzione alla decisione emessa nel foro eletto.

4.2 AMBITO DI APPLICAZIONE

L'art. 1 dispone che la Convenzione trova applicazione "nelle controversie internazionali con riferimento agli accordi esclusivi di scelta della giurisdizione in materia civile e commerciale".¹¹ Per l'attivazione del sistema è necessario il concorso di tre elementi: la natura internazionale della controversia, l'esclusività della clausola di selezione del foro e la riconducibilità della situa-

⁸Ved. GUANGJIAN, *The Hague Choice of Court Convention - A Chinese Perspective*, in *Am. J. Comp. L.*, 2007, vol. 55, p. 347.

⁹Ved. anche HARTLEY e DOGAUCHI, *Explanatory Report*, cit., 17 ss.

¹⁰TEITZ, *The Hague Choice of Court Convention*, cit., p. 548

¹¹Art. 1 "This Convention shall apply in international cases to exclusive choice of court agreements concluded in civil or commercial matters".

zione sostanziale che forma l'oggetto della lite all'interno dell'ampia nozione di "materia civile e commerciale".

4.2.1 INTERNAZIONALITÀ DELLA CONTROVERSIA

Quanto al carattere internazionale della controversia va subito rimarcato che la normativa convenzionale ne opera una differenziazione a seconda che entrino in gioco le regole sulla giurisdizione contenute nel chapter II della Convenzione oppure le regole sul riconoscimento e l'esecuzione enunciate nel chapter III. Ai fini dell'applicazione della Convenzione al momento dell'esercizio della giurisdizione, una controversia è considerata "internazionale" in presenza di almeno un elemento di estraneità, ovvero di un collegamento con un ordinamento straniero. A dire il vero, l'art. 1(2) propone una definizione in negativo e qualifica una controversia come "internazionale" a meno che la residenza delle parti, la relazione contrattuale e tutti gli altri elementi rilevanti per la definizione della lite siano radicati in un unico Stato contraente.¹² In tal modo, si dà risposta negativa alla questione se sia sufficiente la designazione di un giudice straniero per conferire carattere di internazionalità ad un affare. L'alterazione che la proroga comporta al quadro delle competenze non è sufficiente, da sola, per vincolare i giudici dello Stato contraente al rispetto delle regole convenzionali. La scelta così operata dai redattori della Convenzione merita apprezzamento in quanto evita le incertezze ed i dibattiti suscitati in Europa sul punto se l'internazionalità della controversia sia un presupposto di applicazione delle normative dell'art. 17 Convenzione di Bruxelles, ora art. 23 del Regolamento 44/2001.¹³ Nel momento della circolazione della decisione, invece, il paragrafo 3 dell'art. 1 considera soddisfatto il requisito di "internazionalità" quando sia chiesto il riconoscimento o l'esecuzione di un provvedimento straniero. La categoria delle controversie "internazionali" ai fini del riconoscimento è, dunque, più ampia, permettendo la circolazione anche delle decisioni che risultano rese da un giudice non investito di competenza ai sensi dell'art. 1(2) della Convenzione. L'aver validamente assunto la propria giurisdizione sulla base della Convenzione non è condizione per il riconoscimento della conseguente decisione. La decisione straniera circola indipendentemente dal titolo in base al quale il giudice l'ha emessa e anche se la Convenzione non avrebbe potuto trovare applicazione relativamente al momento dell'esercizio del potere giurisdizionale.¹⁴

¹²Se ne potrebbe dedurre, a contrariis, che l'applicabilità della Convenzione non sia esclusa qualora tutti gli aspetti rilevanti si trovino in uno Stato non contraente e la clausola indichi un giudice interno alla Convenzione.

¹³V. diffusamente MARI, *Il diritto processuale civile della Convenzione di Bruxelles: il sistema della competenza*, vol. 1, CEDAM, 1999, p. 587 e THIELE, *Sulla riforma del sistema italiano*, cit., pp. 67-68. Cfr. anche *supra* il paragrafo 2.5.

¹⁴Sul punto, cfr. HARTLEY e DOGAUCHI, *Explanatory Report*, cit., p. 50: "It is not necessary that the court actually based its jurisdiction on the agreement. Article 8 also covers situations where the court of origin, though designated in an exclusive choice of court

4.2.2 CLAUSOLE ESCLUSIVE

Il secondo elemento che concorre a determinare l'ambito di applicazione della Convenzione è la natura "esclusiva" della clausola sulla giurisdizione.¹⁵ Ai sensi dell'art. 3 sono da considerare "esclusive" le clausole stipulate tra due o più parti che conferiscono il potere di conoscere delle controversie, presenti o future, nate da uno specifico rapporto giuridico ad un giudice, o ai giudici, di uno Stato contraente ad esclusione di ogni altro giudice e che siano concluse o documentate in forma scritta o con altro mezzo di comunicazione che abbia i caratteri di una registrazione durevole.¹⁶

Il par. b) aggiunge che le clausole di scelta del foro devono presumersi esclusive, a meno che le parti abbiano indicato esplicitamente la natura non esclusiva. Se un *civil lawyer* potrebbe limitarsi a prendere atto di tale indicazione, questa è radicalmente innovativa ove si pensi alla consolidata attitudine della giurisprudenza, particolarmente americana, nel presumere, al contrario, la natura non esclusiva della clausola sulla giurisdizione, salvo indicazione letterale ed espressa di esclusività.¹⁷ Il meccanismo presuntivo previsto al par. b), inoltre, permette di espandere l'ambito della Convenzione

agreement, based its jurisdiction on some other ground, such as the domicile of the defendant". La condizione richiesta per la circolazione è semplicemente che il giudice emittente fosse quello indicato nella clausola esclusiva ad opera delle parti, indipendentemente dalla circostanza che a detta clausola potesse applicarsi o meno la Convenzione ai sensi dell'art. 1(2) o dal titolo che il giudice ha posto alla base della propria giurisdizione. Ne consegue che la disciplina relativa alla giurisdizione e quella relativa al riconoscimento rappresentano momenti separati, specialmente in punto di valutazione dei vizi dell'accordo.

¹⁵Per HARTLEY e DOGAUCHI, *Explanatory Report*, cit., 30 e 38, la limitazione alle sole clausole esclusive muove dalla necessità di evitare di affrontare la questione relativa alla litispendenza che sarebbe stata chiamata in causa dall'estensione della copertura alle clausole non esclusive. Quest'ultime, per la loro natura, permettono la coesistenza di più giurisdizioni ugualmente competenti e, quindi, ugualmente legittimate a pronunciarsi su una controversia. In generale sulle "clausole esclusive" ved. Ivi, pp. 37-41. Per KRUGER, *The 20th Session of the Hague Conference*, cit., 448 ss. si tratta di un "cultural clash" tra civil law e common law. Neanche la proroga c.d. "tacita" della giurisdizione è regolata dalla Convenzione dell'Aja. Sul punto ved. anche TALPIS e KRNJEVIC, *The Hague Convention on Choice of Court*, cit., p. 9: "Under the Convention, an excluded court cannot acquire jurisdiction simply via informal measures taken by the defendant who is sued in an excluded forum; instead it must be conferred by a new express choice of court agreement that conforms to Article 3".

¹⁶Art. 3 "un « accord exclusif d'élection de for » signifie un accord conclu entre deux ou plusieurs parties [...] qui désigne, pour connaître des litiges nés ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé, soit les tribunaux d'un Etat contractant, soit un ou plusieurs tribunaux particuliers d'un Etat contractant, à l'exclusion de la compétence de tout autre tribunal [...] et qui est] conclu ou documenté: i) par écrit ; ou ii) par tout autre moyen de communication qui rende l'information accessible pour être consultée ultérieurement". L'equiparazione tra forma scritta e registrazione durevole è mutuata dall'art. 6(1) UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce del 1996, disponibile sul sito < <http://www.uncitral.org> > (ultimo accesso 10 Agosto 2010).

¹⁷V. *supra* il paragrafo 3.11.

stessa, attraendo nel novero delle clausole esclusive, e in quanto tali regolate dalla disciplina convenzionale, un maggior numero di accordi sul foro.

La regolazione del profilo formale della clausola è particolarmente interessante, specialmente ove la si confronti con la disciplina europea dell'art. 23 del Regolamento 44/2001/CE. In controtendenza con la norma comunitaria, la Convenzione dell'Aja non prescrive l'adozione di una particolare forma per la validità dell'accordo, limitandosi a richiedere una forma *ad probationem*:¹⁸ l'accordo deve essere concluso o documentato per iscritto o su altro supporto duraturo. L'elemento formale, qui, non ha la funzione di tutelare la validità dell'accordo o la presenza di un "consenso effettivo", la cui difesa è demandata ad altre specifiche norme relative al profilo sostanziale,¹⁹ ma solo a dettare una regola processuale in punto di prova del patto sulla giurisdizione.

La lettera della disposizione ci induce ad affermare, con relativa sicurezza, che la deroga alla giurisdizione deve costituire il frutto di un accordo (*agreement*) tra le parti e avere ad oggetto una relazione giuridica dai contorni definiti, intendendosi con tale prescrizione il divieto di accordi sulla giurisdizione c.d. "in bianco" o altrimenti indeterminati.²⁰ D'altro canto,

¹⁸Si sofferma sui profili formali KESSEDIAN, *La Convention de La Haye*, cit., 824 ss. BUCHER, *La Convention de La Haye sur les accords d'élection de for*, in *Rev. suisse dr. int. et eur.*, 2006, vol. 16, n. 1, pp. 36-37, specifica che, poiché l'accordo non deve essere confermato per iscritto ma solo documentato, ne consegue che non è necessario che la parte provi di aver dato comunicazione alla controparte circa l'avvenuta documentazione. SCHULZ, *The 2005 Hague Convention*, cit., 250 ss. nota che il diritto nazionale non può imporre requisiti formali ulteriori. Così anche THIELE, *Sulla riforma del sistema italiano*, cit., p. 70. Non è privo di significato che siano prevalentemente autori provenienti dall'area di civil law a soffermarsi sul profilo formale.

¹⁹Al contrario, nell'esperienza processuale europea, in difetto di indicazioni sul profilo sostanziale delle clausole sulla giurisdizione, la Corte di Giustizia ha legato strettamente la tutela del "consenso effettivo" dei contraenti al rispetto dei vincoli formali (non a caso prescritti ad *substantiam*). Cfr. *supra* il paragrafo 2.7. Nella Convenzione dell'Aja il momento formale non esaurisce la verifica da parte del giudice, che è chiamato a dare una valutazione della clausola sia sotto il profilo della capacità delle parti alla conclusione dell'accordo, sia sotto il profilo della validità sostanziale (clausola *null and void*). Come sottolinea TEITZ, *The Hague Choice of Court Convention*, cit., pp. 552-53, i redattori della Convenzione non sono riusciti a raggiungere un accordo per disciplinare in modo uniforme anche i requisiti sostanziali, optando per un rinvio al diritto nazionale: "It was ultimately left for the non-chosen or requested court to decide whether such a contract or the resulting judgment would not be enforced because it is "manifestly contrary" to the forum's public policy". In senso concorde anche THIELE, *Sulla riforma del sistema italiano*, cit., pp. 68-69 e HARTLEY e DOGAUCHI, *Explanatory Report*, cit., p. 38. Al contrario, TALPIS e KRNEVIC, *The Hague Convention on Choice of Court*, cit., p. 21 ritengono che la Convenzione, limitando le eccezioni all'operatività di una clausola esclusiva, finisce per dare una nozione autonoma di "accordo", superando la frammentarietà dei diritti nazionali: "Article 6 [...] a]s such, subject to limited exceptions, [...] preserves agreements that would otherwise be unenforceable because, inter alia, the agreement was either in an adhesive business form setting, not negotiated hidden in a standard form agreement, or incorporated in a computer readable click-wrap agreement".

²⁰Si parla di controversie "which have arisen or may arise in connection with a particular

nonostante il riferimento all'accordo, pare non doversi escludere a priori la validità delle clausole contenute in formulari, condizioni generali di contratto o, più genericamente, in testi non negoziati: in ogni caso il giudice dovrà valutare se la clausola è stata validamente conclusa alla stregua delle regole sostanziali applicabili. Per la definizione dei limiti della "esclusività" è centrale il riferimento alle "courts of one Contracting State or one or more specific courts of one Contracting State to the exclusion of the jurisdiction of any other courts". Dal tenore della norma si desume che, fintanto che si indichino giudici appartenenti ad un singolo Stato, sono consentite le combinazioni più varie: può indicarsi un giudice ben preciso (es. Tribunale civile di Parma), una frazione territoriale (es. "il foro competente è Cancùn, Messico") o semplicemente lo Stato nella sua interezza.²¹ Possono altresì essere indicate combinazioni di corti di un singolo Stato, senza che ciò si ripercuota sull'esclusività della clausola. Al netto di un'espressa indicazione ad opera delle parti, quindi, ciò che caratterizza la clausola come "non esclusiva" è il coinvolgimento della giurisdizione di Stati differenti: l'esclusività sembra dipendere non tanto dall'aver indicato la competenza di un singolo giudice ma dalla riconducibilità delle varie indicazioni ad un unico Stato. Secondo l'opinione prevalente, non sono considerati esclusivi gli accordi c.d. "asimmetrici", sia nel caso in cui la scelta del foro obblighi solo una delle parti contraenti, sia ove la clausola indichi giurisdizioni (anche esclusive ma) diverse per ciascuna delle parti dell'accordo.²² È invece del tutto lecito prevedere fori differenti per segmenti diversi di uno stesso rapporto giuridico complesso (ad es. il foro di New York per le controversie relative al diritto d'autore e il Tribunale civile di Milano per tutte le altre controversie).²³ La lett. d) avverte che la

legal relationship". Tali indicazioni sono rafforzate dalla disciplina che tutela il consenso delle parti poiché si può validamente esprimere il proprio consenso solo ove l'oggetto sia almeno sufficientemente determinabile. Non dovrebbe porre particolari problemi la clausola sulla giurisdizione contenuta in "accordi-quadro" destinati a dettare le regole per un numero indefinito di prestazioni future determinate dalla cornice normativa.

²¹Per HARTLEY, *The Hague Choice of Court Convention*, cit., p. 419, possono essere indicate come competenti anche "l'Unione Europea" o "la Corte di Giustizia Europea" ma la questione non è pacifica. Ai sistemi federali (definiti nella Convenzione "non-unified legal systems") è dedicata una specifica previsione, l'art. 25, secondo la quale quando la convenzione parla di "Stato" tale termine deve essere interpretato nel senso di "federazione" o "unità territoriale" avendo riguardo al caso concreto. Rimangono aperte alcune questioni come, ad esempio, se nei sistemi giuridici non unificati previsti dall'art. 25, sia possibile indicare come competenti le corti di due unità territoriali differenti (es. Ohio e New Jersey) oppure la giurisdizione statale e quella federale (es. Pennsylvania e District Court for the southern district of the State of New York)?

²²Ved. HARTLEY e DOGAUCHI, *Explanatory Report*, cit., p. 39 e ss. Anche un accordo del tenore "A deve agire nello stato X, B nello stato Y" causerebbe problemi di gestione della litispendenza ove entrambi i soggetti si attivassero contemporaneamente nei rispettivi fori. È questa la ragione dell'esclusione di fattispecie altrimenti diffuse e meritevoli di tutela. Nello stesso senso THIELE, *Sulla riforma del sistema italiano*, cit., p. 69; BUCHER, *La Convention de La Haye*, cit., p. 36.

²³Cfr. TALPIS e KRNEVIC, *The Hague Convention on Choice of Court*, cit., pp. 11-12.

clausola sulla giurisdizione rappresenta un elemento separato dal contratto nel quale sia eventualmente inserita.²⁴ Tale specificazione ha sostanzialmente la funzione di impedire che una parte abbia il potere di eludere la clausola sulla giurisdizione semplicemente allegando l'invalidità del contratto che la contiene;²⁵ al contempo si evita che la dichiarazione di invalidità di un contratto travolga, ex post, la giurisdizione del giudice che l'ha rilevata. Infine, le complesse valutazioni circa la validità dell'intera relazione giuridica mal si conciliano con una decisione sulla giurisdizione, la cui definizione spedita costituisce un presupposto per la valutazione del merito della controversia.²⁶ Come vedremo più avanti, la determinazione del giudice ad opera delle parti non ha la forza di superare le regole interne di allocazione della giurisdizione per materia, valore e territorio: l'impressione è che i redattori della Convenzione abbiano inteso equilibrare il potere riconosciuto all'autonomia privata con le ragioni della sovranità statale, di fatto conferendo alle parti la potestas di individuare – in modo esclusivo – solo l'ordinamento entro il quale litigare, ma non lo specifico giudice. Merita un cenno, in chiusura, la sorte delle clausole non esclusive, definibili in via residuale come tutte quelle che non soddisfano i requisiti appena descritti. Queste, nonostante risultino apparentemente estranee all'ambito di applicazione della Convenzione, sono oggetto di una disciplina particolare.²⁷ Poiché sono assai diffuse in certe prassi commerciali internazionali e come tali meritevoli di tutela, l'art. 22 riconosce agli Stati contraenti la possibilità di rendere una dichiarazione di reciproco riconoscimento delle decisioni emesse in virtù di una clausola sul foro non esclusiva. La Convenzione, in modo del tutto coerente con la natura non esclusiva dell'indicazione negoziale, non pone a carico dei giudici alcun

Residueranno irrisolti problemi di pregiudizialità e connessione tra i giudizi, sui quali la Convenzione non si sofferma.

²⁴Cfr. *supra* il paragrafo 3.10.

²⁵KESSEDJIAN, *L'élection de for*, cit., p. 373, conclude che l'autonomia della clausola sulla giurisdizione fa sì che l'elezione del giudice rimanga valida anche ove il contratto sia scaduto o risolto. La stessa A. in *La Convention de La Haye*, cit., pp. 830-31, critica la formulazione della norma, giudicandola insufficiente a garantire una piena autonomia materiale della clausola e a garantirne l'indipendenza giuridica dal resto del contratto.

²⁶Non si dimentichi che la valutazione della validità della clausola così come prevista dalla convenzione può già essere impegnativa (cfr. art. 5, 6, 8 e 9), a maggior ragione laddove si rendesse necessario applicare anche le norme di diritto internazionale privato del foro.

²⁷Come accennato, in difetto di regole sulla litispendenza, le clausole non-esclusive consentono la (legittima) instaurazione di liti parallele. KRUGER, *The 20th Session of the Hague Conference*, cit., p. 449. TEITZ, *The Hague Choice of Court Convention*, cit., pp. 555-56, sostiene in modo alquanto netto che “[t]he decision not to cover them for jurisdictional purposes reflects the inability for the civil law tradition to accept the common law possibility of parallel litigation instead of a rather rigid lis pendens rule such as that in the Brussels Regulation”. Ma per KESSEDJIAN, *La Convention de La Haye*, cit., p. 816, per tutelare gli accordi non esclusivi anche nel momento giurisdizionale sarebbe bastato inserire una scarna regola di litispendenza che si limitasse a favorire il giudice adito per primo.

obbligo positivo o negativo al momento dell'esercizio della giurisdizione.²⁸ La decisione emessa, invece, dovrà essere riconosciuta in tutti gli Stati contraenti qualora sia lo Stato di provenienza che quello di destinazione abbiano effettuato la dichiarazione prevista dall'art. 22.²⁹

4.2.3 MATERIA CIVILE E COMMERCIALE

La nozione di "materia civile e commerciale", nonostante non sia espressamente definita da alcuna norma, costituisce un termine usuale nelle convenzioni elaborate dalla Conferenza dell'Aja e deve essere interpretata in modo autonomo e sistematico alla luce delle varie indicazioni, principalmente di tipo negativo, contenute nella convenzione stessa.³⁰

I primi riferimenti a tal proposito sono relativi al profilo soggettivo delle parti dell'accordo di deroga. L'art. 2(5), infatti, specifica in via generale che la mera natura "pubblicistica" di una delle parti dell'accordo non impedisce l'applicazione della Convenzione.³¹ Il comma 1 del medesimo articolo, invece, esclude dal novero degli accordi regolati dalla normativa convenzionale tutti quelli nei quali sia parte un consumatore o un lavoratore.³² Sul

²⁸In particolare sono esclusi gli obblighi previsti dagli artt. 5 e 6 della Convenzione, ved. infra i parr. 4.3.1 e 4.3.2.

²⁹Ulteriori requisiti sono: che la decisione provenga dal giudice adito per primo in via cronologica, che non esista un'altra decisione emessa in uno dei fori indicati nell'accordo non esclusivo o che in uno di questi stessi fori non sia pendente un giudizio sulla medesima contesa.

³⁰Cfr. HARTLEY e DOGAUCHI, *Explanatory Report*, cit., p. 30. Per KESSEDJIAN, *L'élection de for*, cit., p. 368, "[s]eules les opérations commerciales sont concernées par le projet [...]. [O]n ne comprend pas pourquoi, dans l'article 1.1 du projet l'expression «matière civile ou commerciale» est reprise. Il s'agit vraisemblablement d'une simple erreur de plume tant l'expression est habituelle dans les tests de la Conférence". Concorda anche HARTLEY, *The Hague Choice of Court Convention*, cit., p. 419.

³¹Art. 2(5): "Proceedings are not excluded from the scope of this Convention by the mere fact that a State, including a government, a governmental agency or any person acting for a State, is a party thereto". RADICATI DI BROZOLO, *Antitrust Claims: Why Exclude Them from the Hague Jurisdiction and Judgments Convention?*, in *Global Jurist Advances*, 2004, vol. 4, n. 2, p. 5, testo e note, sottolinea come questa norma avrebbe potuto essere formulata in modo più chiaro specificando che sono escluse dall'ambito di applicazione della Convenzione tutti quei procedimenti in cui è parte un'Autorità che agisca in virtù di poteri di imposizione di natura pubblicistica. L'A. pensa in particolare alle Autorità di garanzia della concorrenza.

³²La definizione di consumatore adottata non è delle più felici e potrebbe dare luogo ad alcuni inconvenienti. L'Art. 2(1), infatti, invece di basarsi su una definizione residuale, come quella comunitaria, che individua quale "consumatore" colui che non è professionista, ne definisce i confini in positivo: "This Convention shall not apply to exclusive choice of court agreements [...] to which a natural person acting primarily for personal, family or household purposes (a consumer) is a party". Dunque, è consumatore chi agisce per uno scopo che è principalmente legato a ragioni personali, familiari o di gestione domestica. Così si crea uno iato tra la disciplina convenzionale e quella comunitaria ove l'elezione del foro sia pattuita da un soggetto che, pur non agendo per uno scopo "personale, familiare o legato alla gestione dell'abitazione", non stia nemmeno agendo nell'ambito o ai fini della

piano oggettivo la nozione è circoscritta dal lungo elenco di materie previste dal secondo comma dell'art. 2 che precludono l'operatività della Convenzione³³ a meno che il giudice debba conoscerne solo in via pregiudiziale.³⁴ Alcune materie sono escluse per i peculiari interessi coinvolti, alcune per l'esistenza di specifici trattati internazionali in materia e altre per la tecnicità delle normative che regolano il fenomeno. L'elenco è lungo e include stato e capacità giuridica delle persone fisiche; obbligazioni alimentari; diritto di famiglia e regime patrimoniale tra i coniugi; successioni; fallimento; trasporto di passeggeri e merci;³⁵ inquinamento marittimo e questioni di diritto della navigazione;³⁶ responsabilità per danni da incidente nucleare; azioni di risarcimento dei danni alle persone promosse da o per persone fisiche; responsabilità extracontrattuale per lesione di beni materiali;³⁷ diritti reali; validità, nullità o scioglimento delle persone giuridiche, nonché la validità delle delibere dei relativi organi; validità delle iscrizioni in pubblici registri; arbitrato e procedimenti connessi.³⁸

Anche il diritto antitrust, assai caro al diritto comunitario, risulta escluso. In questa esclusione rientrano le cause promosse da soggetti privati per la repressione di condotte di concorrenza sleale o di abuso di posizione dominante. Viceversa, i procedimenti di natura pubblicistica o addirittura penale risul-

propria attività professionale. Tale difformità potrebbe dar luogo ad una riserva da parte dell'Unione Europea volta ad ampliare l'eccezione in materia di consumatori, oppure alla – scorretta – applicazione della clausola di “public policy” da parte dei giudici del Vecchio Continente per evitare il riconoscimento e l'esecuzione della decisione che coinvolga un consumatore, distratto da quello che l'Unione Europea considera il suo foro naturale; su dichiarazioni e *public policy v. amplius infra* ai parr. 4.4 e 4.3.3. La definizione di consumatore non incontra il plauso nemmeno oltreoceano, cfr. WOODWARD, *Saving the Hague Choice of Court Convention*, cit., p. 683. Tuttavia, occorre osservare che la definizione di “consumer” è analoga a quella contenuta nell'Uniform Commercial Code 2-103(e) (2004) e nella Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di merci del 1980, art. 2(a).

³³HARTLEY, *The Hague Choice of Court Convention*, cit., 421 ss. L'elenco è lungo, nessun autore manca di farlo osservare. Diverse sono però le valutazioni in merito.

³⁴Specialmente ove ciò consegua alle difese di parte convenuta, prosegue l'art. 2(3). Sulle questioni preliminari ved. anche *infra* al par. 4.3.3.

³⁵La Convenzione dell'Aja non prende posizione, tra l'altro, sul fenomeno delle polizze di carico (bill of lading), che ha suscitato più di una questione interpretativa in seno al Regolamento 44/2001, cfr. le decisioni della Corte di Giustizia Europea nelle cause 19 giugno 1984, C-71/83, *Partenreederei ms. Tilly Russ e Ernest Russ contro NV Haven & Vervoerbedrijf e NV Geominne Hout*, in *Racc. giur. CE*, 1984, p. 577 e 16 marzo 1999, C-159/97, *Trasporti Castelletti Spedizioni Internazionali SpA contro Hugo Trumpy SpA*, in *Racc. giur. CE*, 1999, p. 1597.

³⁶Art. 2(2)(g). In modo più preciso: “marine pollution, limitation of liability for maritime claims, general average, and emergency towage and salvage”.

³⁷Art. 2(2)(k): “tort or delict claims for damage to tangible property that do not arise from a contractual relationship”.

³⁸L'eccezione relativa all'arbitrato è contenuta al quarto comma dell'art. 2, ed è ovviamente giustificata dalla esistenza e diffusione della Convenzione di New York del 1958.

tano già estranei all'ambito di applicazione in quanto riconducibili non alla "materia civile e commerciale" ma ad atti autoritativi di diritto pubblico.³⁹ La ratio dell'esclusione del versante "privato" del diritto della competizione sembra da ricondurre al disaccordo esistente tra i vari Stati circa le policies ivi sottostanti, nonché alla preoccupazione che la scelta del foro venga posta in essere al fine di derogare le giurisdizioni che conoscono normative antitrust in favore di Stati privi di tale disciplina.⁴⁰ La proprietà intellettuale, invece, è sottoposta ad un regime differenziato: sono inclusi nell'ambito della Convenzione gli accordi sulla giurisdizione relativi alla validità o alla violazione del diritto d'autore, dei diritti collegati e le controversie relative a tutti gli altri diritti di proprietà intellettuale (es. marchi e brevetti) nel caso che la violazione derivi da un inadempimento contrattuale. Ogni altra controversia in materia (quale, ad esempio, un'azione inibitoria o di risarcimento per un uso illegittimo di un marchio altrui) esclude l'applicabilità della Convenzione.

Particolare menzione merita, infine, il regime dei contratti di assicurazione e riassicurazione (art. 17) che sono espressamente coperti dall'ambito di applicazione della Convenzione anche qualora il rischio assicurato rientri nel novero delle materie escluse dall'art. 2.⁴¹

Anche se i vari sistemi giuridici conoscono una diversa ripartizione delle materie tra diritto pubblico e privato, tanto che in astratto un ordinamento potrebbe ritenere coperto dalla Convenzione un accordo escluso per altri,⁴² è ragionevole presumere che, alla luce delle indicazioni che i giudici possono ricavare dalla Convenzione, non saranno molti i casi di conflitto o disaccordo in concreto circa la riconducibilità della materia del contendere nell'ambito di applicazione della convenzione.

³⁹HARTLEY e DOGAUCHI, *Explanatory Report*, cit., p. 32.

⁴⁰Si rimanda allo specifico articolo di RADICATI DI BROZOLO, *Antitrust Claims*, cit. L'A. è assai critico verso l'esclusione *tout court* della materia, consigliando, al contrario, di includere le azioni anti-trust promosse dai privati.

⁴¹Questa norma, che si scontra in qualche modo con la disciplina comunitaria prevista dagli artt. 7 e ss. del Regolamento 44/2001/CE posta a tutela di assicurati e danneggiati, potrebbe essere oggetto di una dichiarazione dell'Unione Europea volta ad escludere dal novero delle materie coperte dalla Convenzione i rapporti assicurativi, onde allineare la Convenzione in esame al regime garantista del Regolamento, ved. infra al par. 4.

⁴²Ved., ad esempio, quanto sostenuto nel rapporto Schlosser sulla Convenzione relativa all'adesione del Regno di Danimarca, dell'Irlanda e del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord (1978) alla Convenzione di Bruxelles del 1968 (GUCE 1979, C 59, pp. 71, 82 e 83): "In the United Kingdom and in Ireland the expression 'civil law' is not a technical term and has more than one meaning. It is used mainly as the opposite of criminal law. Except in this limited sense, no distinction is made between 'private' and 'public' law which is in any way comparable to that made in the legal systems of the original Member States, where it is of fundamental importance. Constitutional law, administrative law and tax law are all included in civil law". A differenza della Convenzione di Bruxelles del 1968, la Convenzione dell'Aja del 2005 manca di escludere specificamente le materie fiscale, doganale, amministrativa e sicurezza sociale. Sul punto anche LOWENFELD, *Thoughts About a Multinational Judgments Convention*, cit., 301 ss.

4.3 TRE PRINCIPI FONDAMENTALI

Abbiamo già avuto modo di menzionare che il fulcro dell'impianto normativo predisposto dal documento convenzionale è costituito da tre regole fondamentali, le quali rappresentano anche il risultato dell'impegno volto a coordinare le diverse policies in materia seguite dai sistemi della tradizione di civil law e di common law: il giudice indicato nella clausola esclusiva deve esercitare la propria giurisdizione, il giudice di un altro Stato membro è obbligato a sospendere o declinare in ogni caso la propria giurisdizione a favore del giudice della proroga e, infine, tutti i giudici devono riconoscere ed eseguire la decisione emessa nel foro eletto. A fronte di questa geometrica linearità sono previste delle eccezioni che conferiscono al sistema un notevole (e secondo alcuni anche eccessivo) tasso di elasticità.

4.3.1 IL GIUDICE ELETTO DEVE ESERCITARE LA PROPRIA GIURISDIZIONE

Secondo l'art. 5, il giudice designato dalle parti⁴³ nella clausola sulla giurisdizione deve ("shall") esercitare la propria giurisdizione (effetto di proroga della giurisdizione) e non può declinarla sulla base di una valutazione di maggior appropriatezza di un altro foro: si tratta di un rudimentale divieto di applicazione della dottrina del *forum non conveniens*,⁴⁴ ma il risultato ottenuto non deve essere sottovalutato. Come la presunzione di esclusività descritta al par. 2.2, anche il divieto in parola rappresenta una grande novità per il modo in cui il mondo della common law (ed in specie di quello statunitense) tratta tradizionalmente le clausole di scelta del foro. Il giudice

⁴³La Convenzione regola l'efficacia della clausola nei confronti delle parti che l'hanno stipulata. Non è chiaro cosa accada quando un soggetto terzo subentri ad una delle parti originarie del rapporto. Per BUCHER, *La Convention de La Haye*, cit., p. 41, nel silenzio della Convenzione, si applica il diritto nazionale. Così anche la giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea sul regolamento 44/2001/CE, dalla sentenza C-71/83, *Tilly Russ*, cit.

⁴⁴I redattori della Convenzione hanno ritenuto di non prendere posizione circa l'annosa controversia esistente tra civil law e common law relativamente alla prevalenza della dottrina del *forum non conveniens* o della litispendenza in merito alle clausole sulla giurisdizione. I principi ispiranti le diverse discipline, cioè da un lato giustizia sostanziale ed economia dei procedimenti – dall'altro coordinamento dei giudizi e armonia dei giudicati, sono valori ai quali tendono tutti i testi relativi alla giurisdizione internazionale. Tuttavia, i redattori hanno preferito non affrontare la questione, sostanzialmente inibendo l'operare di entrambi i principi e creando un sistema maggiormente imperniato sulla "coscienza" del singolo giudice: cfr. HARTLEY e DOGAUCHI, *Explanatory Report*, cit., p. 44. In modo del tutto differente, la Corte di Giustizia Europea ha optato, in seno al sistema di Bruxelles I, per un netto divieto del *forum non conveniens* e per la prevalenza della litispendenza, istituito codificato nell'art. 27 del Regolamento 44/2001, cfr. da ultimo la sentenza della Corte (Grande Sezione) 1 marzo 2005, C-281/02, *Andrew Owusu contro N. B. Jackson e altri*, in *Racc. giur. CE*, 2005, p. 1383. Ved. THIELE, *Sulla riforma del sistema italiano*, cit., pp. 73-74. Cfr. *supra* il paragrafo 3.12.

di common law, infatti, in linea di principio, non si ritiene vincolato dall'indicazione delle parti, sia questa un'attribuzione o una privazione del potere di ius dicere. La clausola costituisce solo uno tra i vari elementi da tenere in considerazione nella decisione (discrezionale) sull'an dell'esercizio del potere giurisdizionale.⁴⁵

La proroga della giurisdizione del giudice eletto, esclusiva (art. 3, lett. b) e vincolante (art. 5, n. 2), non spiega efficacia nei confronti delle regole interne di distribuzione della giurisdizione, cioè sulla competenza per valore, materia o territorio: ad essere obbligato non è il singolo giudice indicato nella clausola, bensì la giurisdizione dello Stato contraente nel suo complesso. Lo si evince non tanto dalla lettera dell'art. 5(3),⁴⁶ la quale potrebbe indurre a ritenere priva di qualsiasi efficacia la clausola che indichi un giudice incompetente per il diritto processuale interno, ma dal combinato disposto con l'art. 8(5) che estende la disciplina relativa al riconoscimento anche a quelle decisioni che siano state emesse in seguito al trasferimento della causa⁴⁷ al giudice competente diverso da quello indicato nella clausola. Nel solo caso della competenza per territorio, se il giudice ha discrezione in merito al trasferimento della causa, vi sono due limitazioni: il giudice deve tenere nella giusta considerazione ("due consideration") la preferenza evidenziata dalla scelta delle parti e, in deroga a quanto abbiamo appena visto, la decisione emessa dal giudice ad quem non potrà circolare ai danni di chi si è opposto al trasferimento di competenza.⁴⁸

Quanto al profilo dei possibili vizi della clausola, oltre alla richiamata disciplina che regola la nozione di clausola esclusiva e i relativi profili formali, sul piano sostanziale l'efficacia vincolante della proroga della giurisdizione viene meno solo ove l'accordo sia "null and void" secondo il diritto dell'ordinamento indicato dalle parti nel relativo accordo.⁴⁹

⁴⁵Cfr. a tal proposito la disciplina prevista dall'art. 21(1)(d) della UN Convention on the Carriage of Goods by Sea (1978), le c.d. "Hamburg rules", dove la scelta del foro delle parti è solo uno dei fori alternativi per l'azione.

⁴⁶Art. 5(3): "The preceding paragraphs shall not affect rules: a) on jurisdiction related to subject matter or to the value of the claim; b) on the internal allocation of jurisdiction among the courts of a Contracting State. However, where the chosen court has discretion as to whether to transfer a case, due consideration should be given to the choice of the parties".

⁴⁷È il caso, ad esempio, dell'Inghilterra dove la giurisdizione può essere distribuita internamente su base discrezionale: la dottrina del forum non conveniens è vietata dalla Convenzione, infatti, solo con riferimento alla giurisdizione internazionale e non anche alla competenza interna. KESSEDIAN, *La Convention de La Haye*, cit., pp. 831-32, critica – non senza argomenti – la limitazione che viene a porsi all'autonomia delle parti rispetto alle regole di competenza interne: "C'est encore un des cas dans lesquels les négociateurs ont refusé de donner plein effet à l'autonomie de la volonté qui, pourtant, aurait dû être la pierre angulaire du système conventionnel".

⁴⁸Sul secondo punto ved. infra al paragrafo 4.3.3.

⁴⁹Art. 5(1): "The court or courts of a Contracting State designated in an exclusive choice of court agreement shall have jurisdiction to decide a dispute to which the agreement applies, unless the agreement is null and void under the law of that State". È opinione

4.3.2 IL GIUDICE NON SCELTO DEVE ASTENERSI

Il secondo meccanismo, art. 6,⁵⁰ prevede che qualunque altro giudice rispetto a quello indicato nella clausola sulla giurisdizione (rectius: qualunque giudice appartenente ad uno Stato diverso) è obbligato a sospendere il procedimento o rigettare⁵¹ la domanda che verta su una relazione coperta dall'accordo sulla giurisdizione, indipendentemente dalla contemporanea pendenza della lite dinnanzi al giudice eletto; si tratta dell'effetto di deroga alla giurisdizione. La Convenzione, come già accennato, non contiene meccanismi di gestione della litispendenza⁵² e ogni giudice è chiamato a valutare in proprio la clausola sulla giurisdizione. Tuttavia, e ciò è di importanza fondamentale, gli è consentito disattendere l'indicazione delle parti solo nel caso in cui ricorra una delle eccezioni tassative indicate dalla convenzione stessa all'art. 6. La sussistenza di un motivo di inefficacia della clausola non vale, peraltro, a fondare la giurisdizione del giudice che lo rilevi.⁵³

pressoché pacifica che la "law of that State" comprenda anche le norme di diritto internazionale privato del foro, cfr. tra gli altri HARTLEY e DOGAUCHI, *Explanatory Report*, cit., p. 43, testo e note. Per la nozione di "null and void" cfr. anche l'art. II-3 della Convenzione di New York 1958 ("... null and void, inoperative or incapable of being performed"). Si tratta di casi che per il diritto italiano andrebbero genericamente sotto le etichette di nullità o annullabilità. A titolo esemplificativo, potrà aversi vizio o assenza del consenso, frode, manifesta ingiustizia o violenza. Vi rientra anche la nozione di "capacità" a concludere l'accordo, cfr. *infra* al paragrafo seguente e Ivi, pp. 47-48.

⁵⁰Per TALPIS e KRNEVIC, *The Hague Convention on Choice of Court*, cit., p. 21, si tratta della "most important provision of the Convention, as it addresses the situation which usually arises in practice, namely when courts, other than the one chosen, must refrain from taking jurisdiction. Article 6 provides commercial certainty by placing the exclusive choice of court agreement beyond the reach of the myriad of national laws designed to prevent abuse arising from differences between the parties' bargaining power".

⁵¹Il testo inglese parla di "stay or dismiss": in sostanza il giudice deve astenersi dall'esercitare il proprio potere giurisdizionale.

⁵²KRUGER, *The 20th Session of the Hague Conference*, cit., pp. 453-54, sottolinea come l'assenza di norme specifiche nella Convenzione sul tema "liti parallele"attivi, all'interno dell'Unione Europea, il meccanismo Tatry (sentenza della CORTE DI GIUSTIZIA, 6 dicembre 1994, causa C-406/92, *Tatry contro Maciej Rataj*, in *Racc. giur. CE*, 1994, p. 5439) che rende applicabile ai giudizi paralleli pendenti dinnanzi ai tribunali degli Stati membri il sistema della litispendenza previsto dagli artt. 27 e ss. del Regolamento 44/2001/CE. Tuttavia, la ricostruzione proposta non è pacifica. L'assenza di norme sull'istituto potrebbe indicare più la volontà di escludere il meccanismo della litispendenza che quella di lasciare libera scelta in merito. In secondo luogo, attivare l'art. 27 significherebbe svuotare di senso il principio di accentramento della valutazione della clausola in capo al giudice eletto. TEITZ, *The Hague Choice of Court Convention*, cit., p. 554, mostra, al contrario, come non si verifichi l'effetto Gasser (sentenza della CORTE DI GIUSTIZIA, 9 dicembre 2003, causa C-116/02, *Erich Gasser GmbH contro MISAT Srl*, in *Racc. giur. CE*, 2003, p. 14693) tipico del sistema di Bruxelles I che tramite una stretta vigenza del principio di prevenzione blocca la valutazione della clausola al giudice adito per primo, pur non indicato nella clausola. Perciò, osserva, "[p]arty autonomy wins over the race to the court house".

⁵³Cfr. HARTLEY e DOGAUCHI, *Explanatory Report*, cit., p. 47. HARTLEY, *The Hague Choice of Court Convention*, cit., p. 417. Questa circostanza non esclude che il giudice

Quanto al contenuto di queste eccezioni, si ripete, innanzitutto, che è privo di efficacia l'accordo che sia null and void secondo il diritto del foro scelto dalle parti, sul quale si richiamano le considerazioni svolte al paragrafo precedente. Entrambi i giudici, eletto e non eletto, sono chiamati a valutare la medesima clausola sulla base del medesimo diritto. In ipotesi di discordanza di detta valutazione, i due giudici potrebbero giungere a conclusioni diverse circa la validità dell'accordo, con conseguente rischio di denegata giustizia o insorgenza di liti parallele.⁵⁴ Ipotesi di conflitto concreto non dovrebbero essere molto frequenti, specialmente ove il giudice non indicato nella clausola decida di rimettersi alla valutazione del giudice eletto, il quale è decisamente il più indicato ad interpretare ed applicare il proprio diritto. In secondo luogo, il giudice può esercitare la propria giurisdizione anche nel caso in cui una delle parti fosse priva della "capacità" necessaria per concludere l'accordo di deroga secondo il proprio ordinamento (*lex fori*).⁵⁵

Inoltre, l'art. 6(d) dispone che la clausola sulla giurisdizione non spieghi i suoi effetti quando non sia possibile dare esecuzione all'accordo in modo ragionevole a causa del verificarsi di un evento eccezionale sottratto al controllo delle parti: si tratta di ipotesi marginali (e che tali devono rimanere nell'economia della Convenzione) quali lo scoppio di una guerra, il verificarsi di un cataclisma o la modificazione dei caratteri essenziali dell'organo giudiziario indicato.⁵⁶

Ai sensi dell'art. 6(c) il giudice non è tenuto a rispettare la deroga qualora ciò rappresentasse una manifesta ingiustizia o fosse contrario all'ordine pubblico dello Stato al quale appartiene.⁵⁷ Come traspare dalla lettera stes-

possa esercitare la giurisdizione sulla base di norme interne.

⁵⁴THIELE, *Sulla riforma del sistema italiano*, cit., pp. 76-77, evidenzia i rischi connessi alla doppia valutazione della medesima clausola. Non solo, anche il giudice adito in sede di riconoscimento della decisione emessa nel foro prorogato dovrà, in ipotesi più limitate, valutare la clausola secondo il parametro ora esposto, cfr. TEITZ, *The Hague Choice of Court Convention*, cit., 551 ss. e v. *infra* al par. successivo.

⁵⁵Art. 6(b) : "a party lacked the capacity to conclude the agreement under the law of the State of the court seised". Ved. KESSEDIAN, *La Convention de La Haye*, cit., 827-28 e 833 ss. A differenza della validità sostanziale, il cui parametro è costituito dal solo diritto del giudice eletto, la capacità può essere astrattamente valutata sulla base di tre regimi giuridici: giudice eletto (attraverso l'eccezione "null and void"), giudice non eletto e giudice del riconoscimento, ex art. 9(b), ved. BUCHER, *La Convention de La Haye*, cit., p. 41.

⁵⁶Un caso storico è riportato da HARTLEY, *The Modern Approach to Private International Law. International Litigation and Transactions from a Common-Law Perspective*, vol. 319, Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye, 2006, pp. 115-16: le corti inglesi giudicarono che la scelta di un tribunale angolano, allora colonia portoghese, non fosse applicabile ad una controversia insorta dopo l'indipendenza del paese ottenuta nel 1979, ritenendo che il tribunale avesse mutato i suoi tratti essenziali. Il caso è *Carvalho v. Hull Blyth Ltd.*, [1979] 1 W.L.R. 1228, [1979] All ER 280. L'A. solleva alcuni – condivisibili – dubbi sulla difficoltà di giudicare quando un tribunale sia mutato nei suoi tratti essenziali.

⁵⁷Cfr. HARTLEY e DOGAUCHI, *Explanatory Report*, cit., p. 48. La menzione, che al giuri-

sa della norma, l'eccezione deve essere interpretata in modo particolarmente restrittivo, potendosi invocare solo ove la lesione del principio tutelato sia "manifesta".⁵⁸ Con questa specificazione si vuole ricordare al giudice che il funzionamento della Convenzione dipende dalla cauta applicazione delle eccezioni ad opera dei giudici coinvolti. Si tratta di una "valvola di sfogo" comune negli strumenti internazionali che deve essere applicata in modo tale da non diminuire la fiducia degli operatori internazionali nella Convenzione, vale a dire la certezza e la prevedibilità nell'applicazione della clausola di scelta del foro. L'art. 6(e) prevede che il giudice possa esercitare la propria giurisdizione nel caso in cui "the chosen court has decided not to hear the case". Sembrerebbe trattarsi di un'opportuna norma di chiusura tesa a evitare ipotesi di denegata giustizia. Tuttavia, più di un autore fa notare che l'eventualità di un vuoto di tutela è già pacificamente compresa nell'eccezione di ordine pubblico o di manifesta ingiustizia. L'interpretazione proposta per evitare di considerare la norma superflua è che questa si attivi nel caso previsto dall'art. 5(3), cioè quando lo specifico organo giudiziario indicato nella clausola abbia trasferito la lite ad altro giudice applicando le norme interne sulla competenza.⁵⁹ Tale conclusione, non priva di efficacia sul piano ermeneutico, appare però contraria allo spirito e all'effetto che la Convenzione si propone di ottenere, cioè alla circolazione delle decisioni. Infatti, liberando il giudice non eletto dall'obbligo di astensione aumentano le ipotesi di possibile conflitto tra decisioni che rappresenta uno dei principali ostacoli alla circolazione dei provvedimenti giudiziari. Ad ulteriore conferma, l'art. 8(5) comprende specificamente nel novero delle decisioni che devono essere riconosciute anche quelle emesse dal giudice diverso da quello specificamente indicato dalle parti e individuato ai sensi dell'art. 5(3), cosicché

sta italiano può apparire ridondante, di "manifest injustice" e "public policy" è giustificata dalla circostanza che taluni sistemi giuridici limitano la nozione di ordine pubblico alle situazioni che chiamano in causa un interesse pubblico, lasciando in tal modo scoperti i casi di ingiustizia concreta individuale. Smorza la portata dell'eccezione KESSEDJIAN, *La Convention de La Haye*, cit., p. 834: "L'exception d'ordre public ne pose guère de difficulté tant elle est habituelle en droit International privé". Sulla nozione di "ordine pubblico" ved. in particolare RADICATI DI BROZOLO, *Deroga alla giurisdizione e deroga alle norme imperative. Un conflitto tra Conflitti di Leggi e Conflitti di Giurisdizioni?* in *Il diritto processuale civile nell'avvicinamento giuridico internazionale - Omaggio ad Aldo Attardi*, Padova, 2009, 279 ss. e DE CRISTOFARO, *Ordine pubblico "processuale" ed enucleazione dei principi fondamentali del diritto processuale "europeo"* in *Il diritto processuale civile nell'avvicinamento giuridico internazionale - Omaggio ad Aldo Attardi*, Padova, 2009, 893 ss. Sussiste un collegamento tra l'eccezione in parola e il regime delle dichiarazioni ex art. 21, del quale si darà conto infra al par. 4.4.

⁵⁸Ivi, p. 916, parlando dell'aggiunta dell'aggettivo manifesta in seno all'art. 34 del Reg. 44/2001/CE, afferma che: "Si tratta [...] di una specificazione [...] munita di carattere prevalentemente pedagogico e suggestivo : una sorta di raccomandazione ai giudici di «ben operare», senza far troppo spesso ricorso a quella valvola di sicurezza, a quella Vorbehaltsklausel rappresentata dal contrasto con l'ordine pubblico".

⁵⁹BUCHER, *La Convention de La Haye*, cit., p. 44; 48-49 e 52 HARTLEY e DOGAUCHI, *Explanatory Report*, cit.; SCHULZ, *The 2005 Hague Convention*, cit., p. 255.

pare preferibile interpretare la norma quale specificazione della nozione di ordine pubblico tesa ad evitare situazioni di denegata giustizia. Infine, l'art. 19 introduce un elemento di flessibilità nel sistema convenzionale poiché permette ad uno Stato contraente di dichiarare⁶⁰ che i propri giudici avranno discrezione in merito all'esercizio del potere giurisdizionale in controversie che, seppur internazionali ai sensi dell'art. 1(2), non siano legate a detto Stato se non per via della elezione in qualità di foro competente.⁶¹ La ratio della norma sarebbe quella di consentire agli Stati di proteggersi da un eventuale sovraccarico delle proprie strutture giudiziarie ad opera di litiganti stranieri, ove sia assente un interesse dello Stato indicato nella clausola di giurisdizione.

4.3.3 TUTTI I GIUDICI DEVONO RICONOSCERE E DARE ESECUZIONE ALLA DECISIONE

La decisione⁶² emessa dal giudice eletto nella clausola esclusiva di giurisdizione è destinata a circolare in tutti gli ordinamenti aderenti alla Convenzione: si tratta del terzo pilastro del sistema dell'Aja nonché dell'effetto utile

⁶⁰Sul regime delle dichiarazioni previsto dalla Convenzione, ved. *infra*, par. 4.4.

⁶¹Si tratta di un "potere" (may) e non di un "dovere" (shall). A ben vedere si tratta di un limitato recupero della dottrina del *forum non conveniens* che per altro risulta esclusa dalla convenzione, v. *infra*. Cfr. anche TALPIS e KRNJEVIC, *The Hague Convention on Choice of Court*, cit., 20 e 32; SCHULZ, *The 2005 Hague Convention*, cit., p. 259. La dottrina è concorde nel ritenere che tale previsione sia fortemente contraria ai principi di certezza e prevedibilità per le parti del contratto oggetto della clausola sulla giurisdizione, e che a maggior ragione è poco comprensibile, in quanto colpisce la legittima aspirazione delle parti di un contratto internazionale a vedere decisa la propria controversia in un foro neutrale, cioè – per definizione – privo di contatti con la controversia. Ved. in particolare KESSEDJIAN, *L'élection de for*, cit., pp. 369-70.

⁶²Si rende opportuna una specificazione del termine "decisione": l'art. 4 statuisce che "judgment" means any decision on the merits given by a court, whatever it may be called, including a decree or order, and a determination of costs or expenses by the court (including an officer of the court), provided that the determination relates to a decision on the merits which may be recognised or enforced under this Convention. An interim measure of protection is not a judgment". Salvo per la specificazione che non si tratta di "judgment", le misure provvisorie non sono in alcun modo regolate dalla Convenzione – cfr. art. 7. Questo lascia interamente aperto l'annoso problema degli ordini personali (injunction) emanati da alcune corti, generalmente di common law, a protezione degli accordi sulla giurisdizione. Tuttavia, la decisione di escludere questo delicato settore dall'ambito della Convenzione, lungi dall'essere criticabile, era probabilmente necessario per poter aspirare al successo delle trattative. Ivi, p. 378, rimprovera la mancata inclusione nel regime di circolazione delle misure provvisorie emesse dal giudice competente sul merito, senza le quali "une victoire sur le fond sera bien souvent une victoire à la Pyrrhus". Per THIELE, *Sulla riforma del sistema italiano*, cit., p. 75 e in certa misura per BUCHER, *La Convention de La Haye*, cit., p. 46, le anti-suit injunction sono, invece, escluse per via dell'art. 6 ma tale interpretazione si scontra con la chiara formulazione dell'art. 7. È considerata, invece, un judgment anche la transazione giudiziaria, cfr. art. 12. Sull'esclusione della transazione stragiudiziale ved. le critiche di TALPIS e KRNJEVIC, *The Hague Convention on Choice of Court*, cit., p. 31.

per le parti del rapporto controverso. Tutte le norme della Convenzione, anche quelle relative al momento giurisdizionale, tendono alla realizzazione dell'obiettivo di rendere possibile la circolazione della decisione tra Stati diversi. Tale circolazione si traduce nel riconoscimento del contenuto dell'accertamento giudiziario effettuato dalla sentenza e nell'esecuzione del relativo comando (di condanna). Si tratta di un risultato notevole per la parte vittoriosa del processo la quale potrà opporre le statuizioni di diritto contenute nella decisione ed eseguire la condanna nei confronti del soccombente in tutti gli Stati aderenti alla Convenzione.

Il riconoscimento e l'esecuzione, i cui procedimenti seguono le regole processuali dello Stato richiesto,⁶³ non sono automatici ma possono essere rifiutati solo sulla base dei motivi tassativi indicati dagli artt. 8 e 9. Di fondamentale importanza è il divieto di riesame del merito della questione, il quale dona stabilità all'accertamento contenuto nella sentenza straniera evitando che l'obbligo di riconoscimento venga aggirato tramite la ripetizione in questa sede dell'intero procedimento. Inoltre, a meno che la decisione sia stata emessa in contumacia, nella verifica della sussistenza della giurisdizione a quo il giudice del riconoscimento o dell'esecuzione è vincolato alle valutazioni compiute dal giudice scelto dalle parti.

Una norma del tutto condivisibile limita il riconoscimento e l'esecuzione a quelle decisioni che siano rispettivamente produttive di effetti ed eseguibili nello stato d'origine. Di qui la facoltà per il giudice ad quem di sospendere o respingere la domanda di riconoscimento o esecuzione se nello Stato d'origine è pendente la "revisione" (impugnazione o riesame) della decisione o se non sono ancora scaduti i termini per proporre i ricorsi ordinari.⁶⁴

Non è necessario, a norma degli artt. 8 e 9, che il giudice a quo abbia affermato la propria giurisdizione sulla base della Convenzione o che ciò risulti espressamente nella sua decisione. È sufficiente che sia il giudice ad quem a ritenere la convenzione applicabile e la decisione coperta dall'accordo sulla giurisdizione, indipendentemente dal titolo che il giudice a quo ha posto alla base della sua attività.

I veri e propri motivi ostativi al riconoscimento sono elencati all'art. 9 e, ancora una volta, non impediscono in modo assoluto al giudice di riconoscere o eseguire una decisione straniera, bensì si limitano a conferirgli la facoltà di

⁶³L'art. 14, in modo alquanto programmatico, richiede al giudice di agire celermente. Per quanto concerne l'esecuzione della decisione straniera, HARTLEY e DOGAUCHI, *Explanatory Report*, cit., p. 37, sottolineano che il giudice dell'esecuzione, nonostante non sia obbligato a importare strumenti o istituti stranieri che non trovino un analogo nel proprio ordinamento, deve utilizzare tutti gli istituti interni disponibili in modo tale da dare la massima efficacia alla decisione straniera.

⁶⁴L'art. 8(4) prevede espressamente che l'eventuale rigetto della domanda di riconoscimento o esecuzione non ha alcuna efficacia preclusiva nei confronti di una successiva domanda di riconoscimento o esecuzione della medesima decisione, una volta che mutino le circostanze (ad esempio la decisione diventi immutabile nello stato d'origine).

rifiutare il riconoscimento.⁶⁵ Taluni riflettono le eccezioni viste al paragrafo precedente, come il caso dell'accordo nullo secondo il diritto dello Stato del giudice eletto,⁶⁶ la manifesta incompatibilità con l'ordine pubblico, anche processuale,⁶⁷ e la mancanza della capacità delle parti di concludere l'accordo secondo il diritto dello Stato del giudice richiesto del riconoscimento.⁶⁸ Un'altra ipotesi riguarda la frode procedurale rappresentata dalla collusione di una parte con il giudice oppure da casi di grave abuso o disonestà processuale.⁶⁹ Inoltre, può essere rifiutato il riconoscimento di una pronuncia ove vi siano stati vizi di notificazione dell'avvio del procedimento oppure in caso di decisione tra le stesse parti che contrasti con quella della quale si chiede la

⁶⁵V. HARTLEY e DOGAUCHI, *Explanatory Report*, cit., 53 ss. v. anche TALPIS e KRNEVIC, *The Hague Convention on Choice of Court*, cit., p. 27, i quali, inoltre, segnalano come la proposta di alcuni delegati in seno alla Conferenza dell'Aja volta ad imporre al giudice ad quem l'obbligo di rifiutare il riconoscimento alle decisioni emanate in spregio all'accordo sulla giurisdizione non sia stata poi accolta nel testo definitivo.

⁶⁶Salvo che il giudice a quo nella sua decisione abbia affermato la validità della clausola, art. 9(a). KESSEDIAN, *La Convention de La Haye*, cit., p. 839, prende una forte posizione sul punto, giudicando inutile la possibilità garantita di rifiutare il riconoscimento sulla base della nullità della clausola poiché – afferma l'A. – il giudice eletto avrà sempre, esplicitamente o implicitamente, valutato la validità della clausola. Se, però, si accetta una diversa lettura e cioè che la decisione del primo giudice, purché indicato nella clausola, circoli indipendentemente dal titolo di giurisdizione da questi posto a fondamento della propria attività, ben si può capire come mai si possa avere interesse a che il giudice del riconoscimento abbia la possibilità di conoscere della validità della clausola. La norma potrebbe, quindi, sintetizzarsi nel senso che proibisce un riesame della validità quando il giudice eletto abbia emesso una decisione ritenendosi competente per via della clausola di scelta del foro (anche solo implicitamente) ma lo consente se tale giudice, senza preoccuparsi della clausola, decida la controversia assumendo la giurisdizione sulla base di altri profili.

⁶⁷V. in generale DE CRISTOFARO, *Ordine pubblico "processuale"*, cit., *passim*.

⁶⁸Cfr. supra nota 53. BUCHER, *La Convention de La Haye*, cit., pp. 48-49, critica fortemente il rinnovo della valutazione della capacità allo stadio del riconoscimento e dell'esecuzione, auspicando che il secondo giudice si rimetta alla valutazione operata dal primo giudice. L'A. segnala anche il pericolo che il difetto di capacità possa essere utilizzato "politicamente" per giustificare il mancato riconoscimento di una decisione sfavorevole ove parte della controversia coperta dall'accordo sulla giurisdizione sia proprio lo Stato al quale si chiede il riconoscimento.

⁶⁹Ciò differisce dall'ordine pubblico processuale che mira a tutelare valori riassumibili nell'espressione "giusto processo" e dipendenti più dalla struttura stessa del processo che da un comportamento deviato degli attori della vicenda concreta: la frode indica, quindi, uno scorretto uso di strumenti che, altrimenti, soddisferebbero il principio del giusto processo. HARTLEY e DOGAUCHI, *Explanatory Report*, cit., p. 55, in nota, spiegano che l'inclusione della "frode procedurale" è stata motivata dalla circostanza che per alcuni paesi non si potrebbe in questo caso applicare l'eccezione dell'ordine pubblico e inoltre in alcuni paesi di common law – Regno Unito e USA su tutti – tale nozione costituisce una categoria sperimentata ed espressamente menzionata. Gli stessi A. riportano alcuni esempi di disonestà processuale: "Fraud is deliberate dishonesty or deliberate wrongdoing. Examples would be where the plaintiff deliberately serves the writ, or causes it to be served, on the wrong address; where the plaintiff deliberately gives the defendant wrong information as to the time and place of the hearing; or where either party seeks to corrupt a judge, juror or witness, or deliberately conceals key evidence".

delibazione. A questo proposito la disciplina della Convenzione distingue a seconda che la decisione sia stata emessa nello Stato richiesto del riconoscimento, nel qual caso è sufficiente l'esistenza di un contrasto tra decisioni rese tra le medesime parti, indipendentemente dal criterio di prevenzione temporale e dalla causa petendi delle rispettive decisioni. Ove, invece, la sentenza appartenga ad uno Stato diverso, si richiede che questa soddisfi quattro parametri, cioè sia stata emessa anteriormente, tra le stesse parti, sulla stessa controversia e sia riconoscibile nel primo Stato. Un'ulteriore possibilità di rifiuto della domanda di riconoscimento sorge qualora il giudice a quo si sia pronunciato, anche solo incidenter tantum, su una materia esclusa dall'ambito d'applicazione della Convenzione.⁷⁰ L'accertamento compiuto dal giudice a quo sulla questione preliminare, com'è naturale, non è destinato a circolare in alcun modo, vertendo su una materia esclusa dalla Convenzione stessa. La porzione della decisione che si pone in rapporto di pregiudizialità-dipendenza rispetto alla definizione della questione preliminare, invece, è soggetta ad un regime di circolazione più debole, poiché il giudice ad quem ha il potere di rifiutarne il riconoscimento a meno che non si convinca che sarebbe giunto alla medesima conclusione applicando il proprio diritto nazionale;⁷¹ permane l'obbligo di riconoscere la parte della decisione che non sia fondata su detta questione preliminare.

La materia dei diritti di proprietà intellettuale, per la parte che risulta estranea all'ambito di applicazione della Convenzione, conosce una disciplina specifica in relazione alle "questioni preliminari". Il riconoscimento della decisione in materia può essere rifiutato solo se nello Stato nel quale è situata l'autorità legittimata a conoscere della validità del diritto di proprietà intellettuale è pendente una controversia su tale diritto o sul punto è già stata emessa una decisione incompatibile con la decisione straniera che si intende far riconoscere.⁷²

Una soluzione di compromesso viene dettata in tema di punitive damage award, ove si tiene conto delle forti perplessità tradizionalmente manifestate dalla comunità internazionale e si cerca di dettare una disciplina tesa ad

⁷⁰Art. 10: "(1) Where a matter excluded under Article 2, paragraph 2, or under Article 21, arose as a preliminary question, the ruling on that question shall not be recognised or enforced under this Convention. (2) Recognition or enforcement of a judgment may be refused if, and to the extent that, the judgment was based on a ruling on a matter excluded under Article 2, paragraph 2".

⁷¹La specificazione è opera di HARTLEY e DOGAUCHI, *Explanatory Report*, cit., pp. 56-57. Come si può notare, si è reso necessario utilizzare categorie e istituti processuali tipicamente di civil law. Pensando alla *common law*, BUCHER, *La Convention de La Haye*, cit., pp. 34-35, sottolinea che la dottrina di equity dell'estoppel (che in sostanza proibisce ad un soggetto di negare ciò che è stato affermato come vero da lui stesso o da un giudice) mal si presta alla fine distinzione tra questione incidentale e questione principale tipica di civil law: questo potrebbe costituire un ostacolo all'operatività della norma in esame e segna nuovamente la difficoltà di dettare regole uniformi che valgano per sistemi eterogenei.

⁷²Ove il giudizio sulla validità sia solo pendente, il riconoscimento e l'esecuzione della decisione straniera possono essere sospesi per attenderne l'esito, art. 10(3).

evitare che le decisioni che assegnino tali ingenti risarcimenti siano sistematicamente bloccate mediante l'eccezione di ordine pubblico. A tal fine, l'art. 11 della Convenzione prevede che il riconoscimento di una sentenza che attribuisca anche danni non compensatori possa essere limitata al danno effettivamente subito.⁷³ Per la parte compensatoria del risarcimento rimane il dovere del giudice ad quem di riconoscere ed eseguire la decisione. Il giudice, inoltre, dovrà anche tenere in considerazione la circostanza che la parte "punitiva" sia destinata a coprire i costi e le spese legali del giudizio a quo, riconoscendo tale porzione. Resta, ovviamente, l'oggettiva difficoltà di "discriminare" le varie componenti del risarcimento, specialmente laddove il giudice che ha emesso la decisione non le abbia chiaramente identificate.⁷⁴

Le parti hanno in ogni caso il potere di chiedere il riconoscimento parziale della decisione straniera, specialmente se solo alcune delle statuizioni contenute sono riconoscibili ai sensi della Convenzione.⁷⁵

Infine, l'art. 20, in modo simile a quanto visto supra per l'art. 19, consente ad uno Stato contraente di dichiarare che, ove la controversia sia tutta interna⁷⁶ a detto Stato, i propri giudici avranno il potere di rifiutare il riconoscimento delle decisioni straniere anche ove siano state emesse dal giudice straniero indicato nella clausola sulla giurisdizione.⁷⁷

⁷³Art. 11. KESSEDJIAN, *L'élection de for*, cit., pp. 378-79, critica questa norma: "Si les parties se sont mises d'accord pour donner compétence à un tribunal qui a le pouvoir d'accorder des dommages et intérêts punitifs ou triples, pourquoi ne pas donner effet à ces décisions? Pourquoi vouloir protéger les parties (ou au moins l'une d'entre elles) contre elles-mêmes? N'est-il pas suffisant de réserver l'ordre public de l'Etat requis?". Ma si leggano le considerazioni del Rapporteur della Convenzione, HARTLEY, *The Hague Choice of Court Convention*, cit., p. 415: "the question of punitive damages, a commonplace in the USA but generally rejected in Europe, almost destroyed the Convention". Ved. anche LOWENFELD, *Thoughts About a Multinational Judgments Convention*, cit., p. 293 e ss. La norma era stata originariamente creata da Von Mehren in occasione del progetto di convenzione bilaterale USA/UK al quale si fa riferimento in apertura del presente articolo, supra nota 2.

⁷⁴Secondo l'art. 17(2)(b) della Convenzione, la limitazione relativa ai danni punitivi non opera nei confronti dei contratti di assicurazione o riassicurazione nei quali la copertura sia estesa a tali tipologia di danni.

⁷⁵Art. 15. Si pensi ad una sentenza che statuisca sulla validità di un marchio e che parallelamente commini un risarcimento sulla base di un contratto: solo la seconda parte potrà circolare.

⁷⁶"Interna" nel senso descritto supra al par. 4.2.1, con riferimento alla localizzazione della residenza delle parti, della relazione contrattuale e di tutti gli altri elementi rilevanti in un singolo Stato.

⁷⁷Anche qua si tratta di un potere e non di un obbligo. Di fatto, si riequilibra lo scenario con quanto previsto dall'art. 1(2) facendo coincidere la categoria delle decisioni considerate "internazionali" al momento dell'esercizio della giurisdizione e quella delle decisioni "internazionali" ai fini del riconoscimento, con il limite, però, che la dichiarazione ex art. 20 non permette al giudice di rifiutare il riconoscimento di una decisione in base alla circostanza che una controversia sia sì "interna" ma ad un altro Stato diverso dal proprio. TALPIS e KRNEVIC, *The Hague Convention on Choice of Court*, cit., pp. 8, 32-33, s'interrogano anche sul fattore "tempo" circa la valutazione della sussistenza della connessione con uno Stato "esterno". Qual è il momento rilevante, quello della stipula

4.4 IL REGIME DELLE DICHIARAZIONI

Un tema non privo di problematicità è la facoltà attribuita dalla Convenzione agli Stati di effettuare delle dichiarazioni in relazione a determinate questioni, cui seguono effetti prestabiliti dalla Convenzione stessa. Abbiamo già fatto cenno delle dichiarazioni previste dagli artt. 19 e 20 relative al collegamento tra giudice e causa e all'internazionalità della controversia, nonché dell'art. 22 sulle clausole di scelta del foro non-esclusive.⁷⁸ Il tema merita qualche cenno ulteriore. Di portata estremamente delicata sono le dichiarazioni previste dall'art. 21 che permettono ad uno Stato di escludere dall'ambito di applicazione della Convenzione le materie nelle quali abbia un forte interesse (strong interest).⁷⁹ Certamente l'art. 21 è una norma preziosa che ha consentito, in sede di elaborazione del testo, di non allungare eccessivamente l'elenco delle esclusioni previste dall'art. 2, garantendo allo stesso tempo autonomia a ciascuno Stato nell'individuazione delle materie che non intende in alcun modo sottrarre alla propria giurisdizione. Si evita, così, che uno Stato rinunci ad aderire alla Convenzione solo per tutelare un settore specifico. Al tempo stesso, però, la facoltà concessa agli Stati è idonea a ridurre, anche drasticamente, l'ambito di applicazione della disciplina convenzionale, di minare la prevedibilità per le parti che operano nel già incerto mondo delle relazioni internazionali ed infine di disincentivare l'adesione internazionale di altri Stati alla Convenzione sulla base di una valutazione di scarsa "serietà" degli altri contraenti.⁸⁰

della clausola, o quello della proposizione della domanda giudiziale? È sufficiente che il requisito sussista in uno dei due momenti, o è necessario che sia presente in entrambi? KESSEDJIAN, *L'élection de for*, cit., p. 369, ritiene sufficiente che sussista al momento della conclusione dell'accordo poiché "[c]'est en effet à ce moment là que les parties ne doivent pas pouvoir évincer ces impératifs éventuels. Peu importe ensuite que la situation soit redevenue interne". Di diverso avviso BUCHER, *La Convention de La Haye*, cit., p. 31, "on a sagement décidé de ne rien dire, la question étant laissée au droit national" aggiungendo "C'est une parfaite illustration du prix à payer pour aboutir par la voie du consensus".

⁷⁸Quest'ultima è l'unico tipo di dichiarazione prevista dotata di forza espansiva rispetto all'ambito di applicazione della Convenzione. In tutti e tre i casi appena ricordati – e particolarmente per gli artt. 19 e 20 – si tratta di meccanismi i cui effetti sono previsti in modo dettagliato dal testo della Convenzione. La portata negativa, in termini di funzionamento del sistema complessivo, non va al di là di quanto già bilanciato in occasione della redazione del testo. Diversamente la disciplina prevista per le dichiarazioni che vedremo tra poco permette un'ampia e pericolosa libertà d'azione agli Stati.

⁷⁹Il meccanismo previsto dalla Convenzione dell'Aja ricorda quello previsto in via ordinaria dalla Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei Trattati, il quale non è stato espressamente escluso ed è quindi astrattamente utilizzabile da parte degli Stati. Quest'ultimo sistema consente ad uno Stato di limitare l'efficacia di un trattato mediante l'adozione di riserve in sede di ratifica o tramite comunicazioni successive. D'altro canto, le norme sulle dichiarazioni contenute nella Convenzione dell'Aja hanno il pregio di garantire la flessibilità del testo normativo, limitando però l'oggetto e gli effetti delle riserve stesse a quanto specificamente previsto dalle norme in questione.

⁸⁰WOODWARD, *Saving the Hague Choice of Court Convention*, cit., 667 ss. il quale, inoltre, sottolinea come la Convenzione sia già di difficile attuazione uniforme negli Stati

La consapevolezza di tale portata negativa ha indotto i redattori della Convenzione a prendere alcune precauzioni. Innanzitutto, lo stesso art. 21 prescrive che la riserva deve essere delineata in modo chiaro e preciso e non deve essere più ampia del necessario. Inoltre, si impone un sistema di trasparenza delle dichiarazioni, cui si aggiunge il differimento dell'entrata in vigore delle esclusioni formulate dopo la ratifica della Convenzione per tre mesi dalla notificazione della riserva. Infine, con maggiore efficacia deterrente, si prescrive il principio di reciprocità dell'esclusione: nelle materie specificate lo Stato riservante potrà fare a meno di rispettare le clausole di deroga della propria giurisdizione ma ogni altro Stato, nelle stesse materie, sarà sciolto dall'obbligo di applicare la Convenzione ad eventuali indicazioni pattizie a favore della giurisdizione dello Stato riservante nonché alle conseguenti decisioni giudiziarie.⁸¹ La disciplina appena delineata si pone in relazione con la clausola di "public policy" che permette, in casi specifici, di non dare esecuzione all'accordo sulla giurisdizione o di non riconoscere la sentenza ove vi sia contrarietà all'ordine pubblico dello Stato. Tra strong interest (art. 21) e public policy (art. 6 e 9) non corre una gran differenza. L'utilizzazione dell'uno o dell'altro strumento, che richiede correttezza (e comity) da parte degli Stati, dipende dall'ampiezza e sistematicità dell'esclusione. La clausola di ordine pubblico dovrebbe essere destinata a ipotesi eccezionali in cui si realizzi una (imprevedibile) inconciliabilità della fattispecie concreta con i valori dello Stato al quale è chiesto il riconoscimento. Viceversa, ove tale contrasto sia di carattere sistemico in quanto, per gli interessi coinvolti, uno Stato tende a proteggere una determinata categoria di controversie, la strada da percorrere dovrebbe essere quella della dichiarazione ex art. 21, la quale, benché più onerosa, assicura quella reciprocità nei confronti degli altri Stati che qualcuno ha definito "the bedrock for the entire Convention".⁸²

In attesa della ratifica della Convenzione da parte degli Stati si è tentato

Uniti a fronte di una legislazione e di una prassi giurisprudenziale che per la maggior parte è di livello statale e che lascia spaesati anche i commercianti più navigati. Questo potrebbe costituire un disincentivo per gli altri Stati, senza bisogno di aggiungervi anche delle "dichiarazioni". Così anche JUENGER, *A Hague Judgments Convention?*, cit., 117 ss.

⁸¹TEITZ, *The Hague Choice of Court Convention*, cit., p. 553: "states are paying a price for the decision to remove an area from the scope of the Convention".

⁸²WOODWARD, *Saving the Hague Choice of Court Convention*, cit., p. 712. Ved. anche Ivi, 705 ss. TEITZ, *The Hague Choice of Court Convention*, cit., p. 553: "article 21 does perhaps provide a more predictable and transparent use of public policy". Non si nasconde la difficoltà di ricondurre nell'ambito delle dichiarazioni ex art. 21 alcune categorie di contratti in relazione alle qualità soggettive delle parti (es. contratti dei consumatori), quando la norma si riferisce testualmente a "specific matter". Vale la pena segnalare, in conclusione, che l'art. 10(4) estende la disciplina vista supra al par. 3.3 all'ipotesi in cui il giudice a quo abbia dovuto definire in via preliminare una questione che sia stata oggetto di una dichiarazione ex art. 21 da parte dello Stato a quo o dello Stato ad quem: "Recognition or enforcement of a judgment may be refused if, and to the extent that, the judgment was based on a ruling on a matter excluded pursuant to a declaration made by the requested State under Article 21".

di indicare quali saranno alcune delle probabili o possibili dichiarazioni ex art. 21. A tal proposito si è soliti menzionare il Canada relativamente alle questioni legate al commercio dell'amianto, materiale del quale il paese è tutt'ora produttore e esportatore.⁸³ L'Unione Europea, come già accennato, potrebbe mostrare un interesse ad estendere la nozione di consumatore e ad escludere i contratti di assicurazione.⁸⁴ Per gli Stati Uniti si prospetta la possibilità di escludere i contratti di franchising e i c.d. "mass-market cases"⁸⁵ (principalmente a cagione della forte difformità di orientamento tra i singoli stati dell'Unione).⁸⁶ La Cina, secondo un commentatore, potrebbe riservare la giurisdizione esclusiva dei propri tribunali nelle ipotesi di joint-venture che coinvolgono una parte cinese e in caso l'oggetto della lite riguardi operazioni portuali, successioni o real estate.⁸⁷ Non manca, poi, chi pronostica una dichiarazione di Cina, Russia e Australia volta ad escludere dall'ambito della Convenzione l'intero settore della proprietà intellettuale per escludere l'applicazione di discipline straniere più restrittive.⁸⁸

⁸³TEITZ, *The Hague Choice of Court Convention*, cit., p. 553, nota 43; BUCHER, *La Convention de La Haye*, cit., p. 45; FAIRLEY e ARCHIBALD, *After the Hague: Some Thoughts on the Impact on Canadian Law of the Convention on Choice of Court Agreements*, in *ILSA J. Int'l & Comp. L.*, 2005-06, vol. 12, p. 430. L'introduzione della norma in questione deriva proprio dall'iniziativa della delegazione canadese tesa ad evitare il riconoscimento delle decisioni statunitensi in materia di danni da asbesto.

⁸⁴Escluse, naturalmente, le assicurazioni dei c.d. "grandi rischi", cfr. art. 14 del Reg. 44/2001. L'art. 26 del Regolamento disciplina il rapporto della Convenzione dell'Aja con altri strumenti internazionali regionali – in particolare con il sistema di Bruxelles I, secondo quella che viene definita "clause de deconnexion", cfr. BORRAS, *Le droit international privé communautaire: réalités, problèmes et perspectives d'avenir*, vol. 317, Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye, 2005, 490 ss. Ved. anche BUCHER, *La Convention de La Haye*, cit., 54 ss. In sostanza la Convenzione dell'Aja prevale qualora almeno una delle parti del rapporto sia un soggetto residente in uno Stato contraente della Convenzione ma non membro dell'Organizzazione Regionale d'Integrazione Economica (cioè della UE, in questo caso). Le regole sulla circolazione delle sentenze dettate dallo strumento regionale – reputate migliorative – prevalgono su quelle della Convenzione nei rapporti tra gli Stati membri dell'Organizzazione Regionale.

⁸⁵WOODWARD, *Saving the Hague Choice of Court Convention*, cit., 687 ss. li descrive come quei contratti collegati alla distribuzione di massa di beni e servizi, indipendentemente dalla destinazione data dall'acquirente: in molti di questi casi – spesso conclusi tramite moduli o formulari – si potrebbe attuare una grave violazione della "public policy statunitense" allorché attraverso la scelta del foro si negasse agli acquirenti la possibilità di ricorrere alla "class action", specialmente ove si trattasse di "small claims" che rappresentassero una piccola perdita individuale per l'acquirente ma un cospicuo guadagno complessivo per il venditore.

⁸⁶Ivi, 687 ss.

⁸⁷GUANGJIAN, *A Chinese Perspective*, cit., 353 ss. Le ultime due esclusioni paiono già comprese nell'art. 2(2) della Convenzione, lett. (d) e (l). L'A., a seguito della sua analisi, auspica la ratifica cinese.

⁸⁸Estendendo l'art. 2(2)(n) e (o). Cfr. BUCHER, *La Convention de La Haye*, cit., p. 34.

4.5 CONCLUSIONI

Se l'attenzione dell'osservatore si rivolge alle non poche esclusioni ed eccezioni previste dal documento convenzionale, più di una perplessità può essere sollevata circa le reali potenzialità della Convenzione e le possibilità di un suo successo.⁸⁹

Le ombre non mancano, a partire dalle dichiarazioni ex art. 21 e dalle eccezioni di ordine pubblico, come pure dalle prospettive di riesame in sede di riconoscimento della decisione resa dal foro contrattuale. Pesa anche, per quanto fosse poco realistico immaginare un possibile accordo, la mancanza di regole in tema di litispendenza e di misure cautelari (pensando specialmente alle *injunction* inglesi). Al tempo stesso, però, va apprezzata l'intuizione dei redattori di concentrare il loro impegno, e con ciò l'oggetto della Convenzione, alle clausole sulla giurisdizione rendendo così possibile concludere in modo positivo le lunghe trattative dell'Aja con uno strumento che ha tutte le caratteristiche per essere utile agli operatori del commercio internazionale.⁹⁰

La Convenzione interviene sul delicato momento dell'esercizio del potere giurisdizionale al fine di evitare quella fioritura di giudizi paralleli che sono il frutto del *forum shopping* e che costituisce uno degli ostacoli principali alla spendibilità in terra straniera del giudicato ottenuto nel foro eletto.

Il testo è meno vago e compromissorio di quanto potrebbe sembrare e, inoltre, "it makes litigation a more viable alternative to arbitration because it ensures the enforcement of forum selection clauses just like the New York Convention guarantees the enforcement of arbitration clauses" ed anche questo costituisce indubbiamente un importante risultato che non deve essere sottovalutato.⁹¹

Certamente, il destino del sistema dipende largamente dal numero e dal peso delle adesioni che saprà trovare a livello internazionale. Al momento attuale non si registra una "corsa" per entrare nel sistema ma la firma di

⁸⁹TALPIS e KRNEVIC, *The Hague Convention on Choice of Court*, cit., 33 ss. "The end result is that there is too much room for domestic policies and domestic law which limit the Convention's ability to attain its objective of uniformity of treatment ... the end product is simply not an instrument that will create transnational law. Furthermore, permitting frequent recourse to conflict of laws rules ... is simply too long and complex for the narrow subject of choice of court agreements".

⁹⁰SCHULZ, *The 2005 Hague Convention*, cit., p. 269 "what initially seemed to be a small step as compared to the more ambitious general Convention, may soon become a major milestone of international civil procedure". BUCHER, *La Convention de La Haye*, cit., 61 ss. Ma ADLER e ZARYCHTA, *The Hague Convention on Choice of Court Agreements: The United States Joins the Enforcement Band*, in *Nw. J. Int'l L. & B.*, 2006-07, vol. 27, p. 2, leggono la Convenzione come "a great leap forward for the protected few [cioè la comunità del commercio internazionale], and in another sense, an admission of failure for a larger international initiative".

⁹¹TEITZ, *The Hague Choice of Court Convention*, cit., p. 556, la quale, inoltre, afferma che la Convenzione "addresses a real need and helps facilitating global transactions" e "[...] It] can be understood as a contract drafting tool" per gli operatori del commercio internazionale.

due grandi protagonisti della scena mondiale come gli Stati Uniti e l'Unione Europea⁹² pare di buon auspicio.

⁹²A leggere la comunicazione inviata a Parlamento, Consiglio, Comitato Socio-economico e Comitato delle Regioni del 20 aprile 2010, COM(2010) 171, sull'implementazione del programma di Stoccolma, la Commissione avrebbe dovuto proporre la ratifica della Convenzione nel 2012 (il documento è disponibile su <http://ec.europa.eu/justice_home/news/intro/news_intro_en.htm > - ultimo accesso 24 aprile 2010), ma ancora non se ne ha notizia.

BIBLIOGRAFIA

DOTTRINA

- ABALLI, *Comparative Developments in the Law of Choice of Forum*, in *N.Y.U. Journal of International Law & Politics*, 1968, vol. 1, p. 178.
- ADDIS, *La conferma per iscritto della proroga verbale di competenza (art. 17 della convenzione di Bruxelles)*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1998, p. 831.
- ADLER e ZARYCHTA, *The Hague Convention on Choice of Court Agreements: The United States Joins the Enforcement Band*, in *Northwestern Journal of International Law*, 2006-07, vol. 27, p. 1.
- AKEHURST, *Jurisdiction in International Law*, in *British Yearbook of International Law*, 1972-73, vol. 46, p. 145.
- ANCEL, *La clause attributive de juridiction selon l'article 17 de la convention de Bruxelles*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1991, p. 263.
- ASSER, *Droit international privé ou du conflit des lois*, Rousseau - Paris, 1884.
- BARIATTI, *Sull'interpretazione dell'articolo 17 della convenzione di Bruxelles del 27 Settembre 1968*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1986, p. 819.
- BARIATTI, *La cooperazione giudiziaria in materia civile dal terzo pilastro dell'Unione europea al titolo IV del Trattato CE*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2001, p. 261.
- BEALE, *The Jurisdiction of Courts over Foreigners*, in *Harvard Law Review*, 1913, vol. 26, p. 283.
- BERMAN, *Global Legal Pluralism*, in *Southern California Law Review*, 2006-07, vol. 80, p. 1155.
- BERTOLI, *Corte di giustizia, integrazione comunitaria e diritto internazionale privato e processuale*, Giuffrè, 2005.
- BIAVATI, *Giurisdizione civile, territorio e ordinamento aperto*, Giuffrè, 1997.

- BIAVATI, *Criteri interpretativi in tema di proroga della giurisdizione e di foro contrattuale* (nota a Trib. Trento, 2 Novembre 2001, Phoenix), in *Corriere giuridico*, 2002, vol. 5, p. 661.
- BIAVATI, *Deroghe alla giurisdizione statale e fungibilità dei sistemi giudiziari*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2009, vol. 2, p. 523.
- BISHOP e LEE, *Enforceability of Forum-Selection Clauses in International Commercial Contracts*, in *Current: International Trade Law Journal*, 1995, vol. 4, p. 20.
- BISSET-JOHNSON, *The Efficacy of Choice of Jurisdiction Clauses in International Contracts in English and Australian Law*, in *International & Comparative Law Quarterly*, 1970, vol. 19, p. 541.
- BORCHERS, *Forum Selection Agreement in the Federal Courts After Carnival Cruise: a Proposal For Congressional Reform*, in *Washington Law Review*, 1992, vol. 67, p. 55.
- BORN, *Planning for International Dispute Resolution*, in *Journal of International Arbitration*, 2000, vol. 17(3), p. 61.
- BORN, *International Commercial Arbitration*, Wolters Kluwer, 2009.
- BORN, *International Arbitration and Forum Selection Agreements: Drafting and Enforcing*, Wolters Kluwer, 2010.
- BORN e RUTLEDGE, *International Civil Litigation in United States Courts*, Kluwer, 2007.
- BORN e RUTLEDGE, *International Civil Litigation in United States Courts*, Wolters Kluwer, 2011.
- BORRAS, *Le droit international privé communautaire: réalités, problèmes et perspectives d'avenir*, Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye, 2005.
- BORTOLOTTI, *Manuale di diritto commerciale internazionale*, Padova, 2009.
- BRAND, *Report*, in *The Hague Preliminary Draft Convention on Jurisdiction and Judgments*, a cura di Fausto Pocar e Costanza Honorati, Padova, 2005.
- BRAND, *Consent, Validity, and Choice of Forum Agreements in International Contracts*, in *The Hague Preliminary Draft Convention on Jurisdiction and Judgments*, a cura di I. Boone, I. Claeys e L. Lavrysen, Die Keure, 2009.
- BRIGGS, *Agreements on Jurisdiction and Choice of Law*, OUP, 2007.
- BRIGGS e REES, *Civil Jurisdiction and Judgments*, Informa Professional, 2005.

- BRIZA, *Choice of Court Agreements: Could the Hague Choice of Court Agreements Convention and the Reform of the Brussels I Regulation Be the Way Out of the Gasser-Owusu Disillusion?*, in *Journal of Private International Law*, 2009, vol. 5, n. 3, p. 537.
- BUCHER, *La Convention de La Haye sur les accords d'élection de for*, in *Revue suisse de droit international et européen*, 2006, vol. 16, n. 1, p. 29.
- BURBANK, *Jurisdictional Equilibrium, the Proposed Hague Convention and Progress in National Law*, in *American Journal of Comparative Law*, 2001, vol. 49, p. 205.
- BUXBAUM, *Forum Selection in International Contract Litigation: the Role of Judicial Discretion*, in *Willamette Journal of International Law & Dispute Resolution*, 2004, vol. 12, p. 185.
- CARBONE, *Area dell'economia comunitaria e clausole di deroga alla giurisdizione in polizza di carico*, in *Il diritto marittimo*, 1977, p. 169.
- CARBONE, *La disciplina comunitaria della "proroga della giurisdizione" in materia civile e commerciale*, in *Jus*, 1990, p. 23.
- CARBONE, *Base giuridica e criteri interpretativi delle norme comunitarie sullo spazio giuridico europeo*, in *Contratto e impresa: Europa*, 2003, p. 183.
- CARBONE, *Lo spazio giudiziario europeo in materia civile e commerciale*, Giappichelli, 2009.
- CARBONE, FRIGO e FUMAGALLI, *Diritto processuale civile e commerciale comunitario*, Giuffrè, 2004.
- Carvalho v. Hull Blyth Ltd.*, [1979] 1 W.L.R. 1228, [1979] All ER 280.
- CASAD, *Shaffer v. Heitner: an End to Ambivalence in Jurisdiction Theory?*, in *University of Kansas Law Review*, 1977-78, vol. 26, p. 61.
- CASAD, *Jurisdiction in Civil Action at the End of the Twentieth Century: Forum Conveniens and Forum Non Conveniens*, in *Tulane Journal of International and Comparative Law*, 1999, vol. 7, p. 91.
- CHASE, *American "Exceptionalism" and Comparative Procedure*, in *American Journal of Comparative Law*, 2002, vol. 50, p. 277.
- CHASE et al., *Civil Litigation in Comparative Context*, West, 2007.
- CLERMONT, *Civil Procedure*, Foundation Press, 1999.
- COLLINS, *Arbitration Clauses and Forum Selecting Clauses in the Conflict of Laws: Some Recent Developments in England*, in *Journal of Maritime Law and Commerce*, 1970-71, vol. 2, p. 363.
- COLLINS, *Choice of Forum and the Exercise of Judicial Discretion: The Resolution of an Anglo-American Conflict*, in *The International and Comparative Law Quarterly*, 1973, vol. 22, n. 2, p. 332.

- CONSOLO, *Evoluzioni nel riconoscimento delle sentenze*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1997, vol. 3, p. 575.
- CONTALDI, *Le clausole di proroga della giurisdizione contenute in polizze di carico e il nuovo testo dell'art. 17 della convenzione di Bruxelles del 27 Settembre del 1968*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1998, p. 79.
- CORTESE PINTO, *Trattato di Amsterdam e competenza della Corte comunitaria in materia di giustizia e affari interni*, in *Studi in onore di F. Capotorti*, Giuffrè, 1999.
- COWEN e DA COSTA, *The Contractual Forum: Situation in England and the British Commonwealth*, in *American Journal of Comparative Law*, 1964, vol. 13, p. 179.
- CUTLER, *Comparative Conflicts of Law: Effectiveness of Contractual Choice of Forum*, in *Texas International Law Journal*, 1985, vol. 20, p. 97.
- DE CRISTOFARO, *Sulla "forma ammessa dagli usi del commercio internazionale" per le clausole di deroga alla giurisdizione nel sistema delle conv. di Bruxelles e di Lugano (nota a CGE, C-159/97, Castelletti)*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2000, vol. 2, p. 67.
- DE CRISTOFARO, *Ordine pubblico "processuale" ed enucleazione dei principi fondamentali del diritto processuale "europeo"*, in *Il diritto processuale civile nell'avvicinamento giuridico internazionale - Omaggio ad Aldo Attardi*, a cura di Vittorio Colesanti et al., Padova, 2009.
- DELI, *Gli usi del commercio internazionale nel nuovo testo dell'articolo 17 della convenzione di Bruxelles del 1968*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1989, p. 27.
- DEVRIES e LOWENFELD, *Jurisdiction in Personal Actions - a Comparison of Civil Law Views*, in *Iowa Law Review*, 1958-59, vol. 44, p. 306.
- DI BLASE, voce "Deroga alla giurisdizione", in *Digesto delle discipline private - sezione civile*, UTET, 1990.
- DI BLASE, *Connessione e litispendenza nella convenzione di Bruxelles*, CEDAM, 1993.
- DICEY, MORRIS e COLLINS, *The Conflict of Laws*, a cura di Lawrence Collins, Sweet & Maxwell, 2006.
- DODGE, *Breaking the Public Law Taboo*, in *Harvard International Law Journal*, 2002, vol. 43, p. 161.
- DUTOIT, *Droit international privé suisse. Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987*, Helbing & Lichtenhahn, 1997.
- FAIRLEY e ARCHIBALD, *After the Hague: Some Thoughts on the Impact on Canadian Law of the Convention on Choice of Court Agreements*, in *ILSA Journal of International & Comparative Law*, 2005-06, vol. 12, p. 430.

- FALK, *International Jurisdiction: Horizontal and Vertical Conceptions of Legal Order*, in *Temple Law Quarterly*, 1958-59, vol. 32, p. 295.
- FAWCETT e CARRUTHERS, *Cheshire, North & Fawcett. Private International Law*, OUP, 2008.
- FENTIMAN, *Nota critica* (nota a CGE, C-116/02, Gasser), in *Common Market Law Review*, 2005, p. 241.
- FRANZINA, *La giurisdizione in materia contrattuale*, Padova, 2006.
- FRANZINA, *Interpretazione e destino del richiamo compiuto dalla legge di riforma del diritto internazionale privato ai criteri di giurisdizione della Convenzione di Bruxelles*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2010, p. 817.
- FRANZOSI, *Worldwide Patent Litigation and the Italian Torpedo*, in *European Intellectual Property Review*, 1997, vol. 7, p. 382.
- FRATTINI, *European Area of Civil Justice – Has the Community Reached the Limits?*, in *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 2006, p. 232.
- FRIEDLER, *Party Autonomy Revisited: a Statutory Solution to a Choice-of-Law Problem*, in *University of Kansas Law Review*, 1988-89, vol. 37, p. 471.
- GAILLARD e SAVAGE, *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1999.
- GAJA, *La deroga alla giurisdizione italiana*, Padova, 1971.
- GAJA, *Le convenzioni internazionali e le nuove norme sulla giurisdizione e sul riconoscimento delle sentenze straniere*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1997, vol. 4, p. 823.
- GAJA, *Sulle competenze della Comunità Europea rispetto alla cooperazione giudiziaria in materia civile*, in *Il diritto processuale civile nell'avvicinamento giuridico internazionale - Omaggio ad Aldo Attardi*, a cura di Vittorio Colesanti et al., Padova, 2009.
- GAROFALO, *Sulla competenza a titolo pregiudiziale della Corte di Giustizia secondo l'art. 68 del Trattato CE*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2000, p. 805.
- GAUDEMET-TALLON, (nota a CGE, C-214/89, Powell Duffryn), in *Revue critique de droit internationale privé*, 1992, vol. 3, p. 535.
- GAUDEMET-TALLON, *Les conventions de Bruxelles et de Lugano*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1996.
- GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2010.

- GIANCOTTI, *Brevi note sull'autentica notarile della procura estera e sulle clausole di proroga della giurisdizione e la loro opponibilità in caso di cessione di credito* (nota a Cass. ord. 10312/06, Bank of Tokio), in *Giurisprudenza italiana*, 2007, p. 409.
- GILARDI, *Clausola di proroga di giurisdizione: consenso effettivo o presunto?*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2001, vol. 2, p. 487.
- GILBERT, *Choice of Forum Clauses in International and Interstate Contracts*, in *Kentucky Law Journal*, 1976-77, vol. 65, p. 1.
- GIULIANO, *I diritti e gli obblighi degli Stati, I, L'ambiente dell'attività degli Stati*, CEDAM, 1956.
- GIULIANO, *La giurisdizione civile italiana e lo straniero*, Giuffrè, 1970.
- GOLDMAN, *My Way and the Highway: the Law and Economics of Choice of Forum Clauses in Consumer Form Contracts*, in *Northwestern University Law Review*, 1991-92, vol. 86, p. 700.
- GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Laterza, 2006.
- GRUSON, *Forum Selection Clauses in International and Interstate Commercial Agreements*, in *University of Illinois Law Review*, 1982, vol. 1982, p. 133.
- GRUŠIĆ, *Jurisdiction in Employment Matters Under Brussels I: A Reassessment*, in *International & Comparative Law Quarterly*, 2012, vol. 61, p. 91.
- GUANGJIAN, *The Hague Choice of Court Convention - A Chinese Perspective*, in *American Journal of Comparative Law*, 2007, vol. 55, p. 347.
- GUZMAN, *Choice of Law: New Foundations*, in *The Georgetown Law Journal*, 2001-02, vol. 90, p. 883.
- HARTLEY, *The Hague Choice of Court Convention*, in *European Law Review*, 2006, vol. 31, n. 3, p. 414.
- HARTLEY, *The Modern Approach to Private International Law. International Litigation and Transactions from a Common-Law Perspective*, Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye, 2006.
- HARTLEY, *The European Union and the Systematic Dismantling of the Common Law of Conflict of Laws*, in *International & Comparative Law Quarterly*, 2008, vol. 54, p. 813.
- HARTLEY e DOGAUCHI, *Explanatory Report on the 2005 Hague Choice of Court Agreements Convention*, Permanent Bureau of the Conference, 2007.
- HESS, PFEIFFER e SCHLOSSER, *Report on the Application of Regulation Brussels I in the Member States*, JLS/C4/2005/03, 2007.

- IOZZO, "Forma scritta" e clausola di deroga ai sensi dell'art. 17 della convenzione di Bruxelles: orientamenti giurisprudenziali (nota a Cass. 3190/91, Luz), in *Foro italiano*, 1991, vol. 1, p. 3132.
- JEANRD e MÖLLER, *Report on 1988 Lugano Convention*, GUCE C-189/57, 1979.
- JENARD, *Relazione sui protocolli relativi all'interpretazione da parte della Corte di Giustizia della Convenzione del 29 febbraio 1968 sul reciproco riconoscimento delle società e persone giuridiche e della Convenzione del 27 settembre 1968 concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale*, GUCE C-59/68, 1979.
- JENARD, *Report on the Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters*, GUCE C-59/01, 1979.
- JOHNSTON e POWLES, *The Kings of the World and Their Duke's Dilemma: Globalisation, Jurisdiction and the Rule of Law*, in *Globalisation and Jurisdiction*, a cura di Piet Jan Slot e Mielle Bulterman, Kluwer Law International, 2004.
- JUENGER, *Supreme Court Validation of Forum-Selection Clauses*, in *Wayne Law Review*, 1972-73, vol. 19, p. 49.
- JUENGER, *Judicial Jurisdiction in the United States and in the European Communities: a Comparison*, in *Michigan Law Review*, 1984, vol. 82, p. 1210.
- JUENGER, *A Hague Judgments Convention?*, in *Brooklyn Journal of International Law*, 1998-99, vol. 24, p. 111.
- JUIPERS, *Party Autonomy in the Brussels I Regulation and Rome I Regulation and the European Court of Justice*, in *German Law Journal*, 2009, vol. 10, n. 11, p. 1505.
- KAHN-FREUND, *Jurisdiction Agreements: Some Reflections*, in *International & Comparative Law Quarterly*, 1977, vol. 26, n. 4, p. 825.
- KAYAOGU, *Legal Imperialism. Sovereignty and Extraterritoriality in Japan, the Ottoman Empire, and China*, CUP, 2010.
- KESSEDIAN, *La Convention de La Haye du 30 juin 2005 sur l'èlection de for*, in *Journal du droit international*, 1994, vol. 57, p. 813.
- KESSEDIAN, *L'èlection de for - Vers une nouvelle convention de la Haye*, in *Grenzüberschreitungen. Beiträge zum Internationalen Verfahrensrecht und zur Schiedsgerichtsbarkeit. Festschrift für Peter Schlosser zum 70. Geburtstag*, a cura di Bachmann et al., Tübingen, 2005.

- KOHLER, *Rigueur et souplesse en droit international privé: les formes prescrites pour une convention attributive de juridiction "dans le commerce international" par l'art. 17 de la convention de Bruxelles dans sa nouvelle rédaction*, in *Diritto del commercio internazionale*, 1990, vol. 4, p. 611.
- KRUGER, *The 20th Session of the Hague Conference: A New Choice of Court Convention and the Issue of EC Membership*, in *International & Comparative Law Quarterly*, 2006, vol. 55, p. 447.
- LEAR, *Congress, the Federal Courts, and Forum Non Conveniens: Friction on the Frontier of the Inherent Power*, in *Iowa Law Review*, 2006, vol. 91, p. 1147.
- LEDERMAN, *Note - Viva Zapata!: Toward a Rational System of Forum-Selection Clause Enforcement in Diversity Cases*, in *NYU Law Review*, 1991, vol. 66, p. 422.
- LEFLAR, *The Bremen and the Model Choice of Forum Act*, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 1972-73, vol. 6, p. 375.
- LENHOFF, *The Parties' Choice of Forum: "Prorogation Agreements"*, in *Rutgers Law Review*, 1960-61, vol. 15, p. 414.
- LOPEZ DE GONZALO, *Le clause de deroga alla giurisdizione nelle polizze di carico di fronte alla Corte di Giustizia delle Comunità Europee* (nota a CGE, C-71/83, Tilly Russ), in *Il diritto marittimo*, 1985, p. 581.
- LOPEZ DE GONZALO, *Voci discordanti della giurisprudenza di merito in tema di clausola di deroga alla giurisdizione in polizze di carico* (nota a App. Venezia, 22 Febbraio 1988, Eagle Star), in *Il diritto marittimo*, 1989, p. 196.
- LOPEZ DE GONZALO, *Prime indicazioni sulla nuova disciplina delle clausole di deroga alla giurisdizione in polizze di carico* (nota a Trib. Genova, 12 Settembre 1988, Sant'Unione), in *Il diritto marittimo*, 1990, p. 114.
- LOPEZ DE GONZALO, *Forum shopping, litispendenza e clausole di scelta del foro: il caso del trasporto marittimo*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2002, vol. 1, p. 163.
- LOWENFELD, *Public Law in the International Arena: Conflict of Laws, International Law and Some Suggestions for Their Interaction*, 163 *Recueil des Cours* 311, 1979.
- LOWENFELD, *Thoughts About a Multinational Judgments Convention: A Reaction to the von Mehren Report*, in *Law & Contemporary Problems*, 1994, vol. 57, n. 3, p. 289.
- LOWENFELD, *International Litigation and Arbitration*, Thomson West, 2006.
- LUPOI, *Conflitti transnazionali di giurisdizioni, I*, Giuffrè, 2002.
- LUPOI, *Conflitti transnazionali di giurisdizioni, II*, Giuffrè, 2002.

- LUPOI, *Del caso Owusu: l'ultima spiaggia del forum non conveniens in Europa?* (nota a CGE, C-281/02, Owusu), in *Int'l Lis*, 2006, p. 15.
- LUZZATTO, *Sulla riforma del sistema italiano di diritto processuale civile internazionale*, in *La riforma del diritto internazionale privato e processuale (raccolta in ricordo di Edoardo Vitta)*, a cura di Giorgio Gaja, Giuffrè, 1994.
- MAGNUS, *Art. 23*, in *Brussels I Regulation*, a cura di Ulrich Magnus e Peter Mankowski, Sellier, 2007.
- MANDRIOLI, voce "Giurisdizione (in generale)", in *Digesto delle discipline privatistiche - sezione civile*, UTET.
- MARCHETTI, *De Iure Finium. Diritto e confini tra tardo medioevo ed età moderna*, Giuffrè, 2001.
- MARI, *Il luogo d'esecuzione dell'obbligazione tra Convenzione di Bruxelles e Convenzione di Roma: eguaglianza o uniformità?*, in *Jus*, 1990, p. 79.
- MARI, *Il diritto processuale civile della Convenzione di Bruxelles: il sistema della competenza*, CEDAM, 1999.
- MARI, *Le fonti*, in *Manuale di diritto privato europeo*, a cura di Carlo Castronovo e Salvatore Mazzamuto, Giuffrè, 2007.
- MARINELLI, *Litispendenza comunitaria, clausola di proroga esclusiva e durata irragionevole del processo preveniente* (nota a CGE, C-116/02, Gasser), in *Int'l Lis*, 2004, p. 69.
- MARTINO, *Limiti della giurisdizione nelle controversie transnazionali*, in *La giurisdizione nell'esperienza giurisprudenziale contemporanea*, a cura di Roberto Martino, Giuffrè, 2008.
- MCCONNAUGHAY, *Reviving the "Public Law Taboo" in International Conflict of Laws*, in *Stanford Journal of International Law*, 1999, vol. 35, p. 255.
- MCLACHLAN, *Lis Pendens in International Litigation*, Les livres de poche de l'Académie de droit international de La Haye, 2009.
- MERCIER e DUTOIT, *L'Europe judiciaire: les Conventions de Bruxelles et de Lugano*, Helbing & Lichtenhahn, 1991.
- MERLIN, *Le anti-suit injunctions e la loro incompatibilità con il sistema processuale comunitario* (nota a CGE, C-159/02, Turner), in *Int'l Lis*, 2005, p. 14.
- MERRETT, *Article 23 of the Brussels I Regulation: A Comprehensive Code for Jurisdiction Agreements?*, in *International & Comparative Law Quarterly*, 2009, vol. 58, p. 545.
- MORELLI, *Diritto processuale civile internazionale*, CEDAM, 1954.

- MOSCONI e CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, Utet giuridica, 2007.
- MUIR-WATT, *Private International Law Beyond the Schism*, in *Transnational Legal Theory*, 2011, vol. 2, n. 3, p. 347.
- MUSI, *Il feudalesimo nell'Europa moderna*, Il Mulino, 2008.
- NADELMANN, *Choice-of-Court Clauses in the United States: The Road to Zapata*, in *The American Journal of Comparative Law*, 1973, vol. 21, n. 1, p. 124.
- NEWTON, *The Uniform Interpretation of the Brussels and Lugano Conventions*, Hart Publishing, 2002.
- ORTINO, *Le clausole di deroga alla giurisdizione nell'esperienza giuridica statunitense, parte I*, in *Rivista di diritto civile*, 2001, p. 493.
- ORTINO, *Le clausole di deroga alla giurisdizione nell'esperienza giuridica statunitense, parte II*, in *Rivista di diritto civile*, 2001, p. 645.
- PARK, *Bridging the Gap in Forum Selection: Harmonizing Arbitration and Court Selection*, in *Transnational Law & Contemporary Problems*, 1988, vol. 8, p. 19.
- PARRISH, *Duplicative Foreign Litigation*, in *The George Washington Law Review*, 2010, vol. 78, p. 237.
- PEEL, *Exclusive Jurisdiction Agreements: Purity and Pragmatism in the Conflict of Laws*, in *Lloyd's Maritime & Commercial Law Quarterly*, 1998, p. 182.
- PENASA, *Cessione del credito e accordo di proroga della giurisdizione: la giurisprudenza Tilly Russ al vaglio delle Sezioni Unite (nota a Cass., ord. n. 10312/06, Bank of Tokio)*, in *Int'l Lis*, 2007, p. 74.
- PENASA, *Gli accordi sulla giurisdizione tra parti e terzi, I*, CEDAM, 2012.
- PEREZ, *The International Recognition of Judgments: The Debate Between Private and Public Law Solutions*, in *Berkeley Journal of International Law*, 2011, vol. 44, p. 57.
- PERILLO, *Selected Forum Agreements in Western Europe*, in *American Journal of Comparative Law*, 1964, vol. 13, p. 162.
- PICARDI, *La crisi del monopolio statale della giurisdizione e la proliferazione delle corti*, in *Corti europee e giudici nazionali*, Bononia University Press, 2011.
- PIERI, *La disciplina della proroga della competenza nella Convenzione di Bruxelles e nella giurisprudenza della Corte di Giustizia della C.E.E.*, in *L'unificazione del diritto internazionale privato e processuale (studi in memoria di Mario Giuliano)*, CEDAM, 1989.

- PIETROBON, *Clausola statutaria attributiva della giurisdizione e art. 17 della convenzione di Bruxelles* (nota a CGE, C-214/89, Powell Duffryn), in *Diritto del commercio internazionale*, 1993, p. 708.
- POCAR, *Linee di tendenza della Convenzione di Bruxelles sulla giurisdizione e l'esecuzione delle sentenze dopo l'adesione di nuovi stati*, in *L'unificazione del diritto internazionale privato e processuale (studi in memoria di Mario Giuliano)*, a cura di Fausto Pocar, CEDAM, 1989.
- POCAR, *La Convenzione di Bruxelles sulla giurisdizione e l'esecuzione delle sentenze*, Giuffrè, 1995.
- POCAR, *La comunitarizzazione del diritto internazionale privato: una "European Conflict of Laws Revolution?"*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2000, p. 873.
- POCAR, *The External Competence of the European Union and Private International Law*, a cura di Fausto Pocar, Padova, 2007.
- POCAR e HONORATI, *The Hague Preliminary Draft Convention on Jurisdiction and Judgments*, a cura di Fausto Pocar e Costanza Honorati, Padova, 2005.
- POGGIO, *Clausole di proroga di giurisdizione, usi del commercio internazionale, onere ed oggetto della prova* (nota a Cass. 1150/02, Redoute e Cass. 718/02, Lohmann), in *Giurisprudenza italiana*, 2002, p. 2279.
- PONCIBÒ, *Le polizze di carico e l'art. 17, 1 comma, lett. b), della Convenzione di Lugano del 16 Settembre 1988* (nota a Cass. 7854/2001, Rewico), in *Giurisprudenza italiana*, 2002, p. 1621.
- PORRECA, *Forme della proroga di competenza e opponibilità della clausola al cessionario del credito* (nota a Cass., ord. 10312/06, Bank of Tokio), in *Foro italiano*, 2006, vol. 1, n. 12, p. 3389.
- PUSHAW, *The Inherent Powers of Federal Courts and the Structural Constitution*, in *Iowa Law Review*, 2001, vol. 86, p. 735.
- QUEIROLO, *Art. 17 della convenzione di Bruxelles e clausola attributiva di competenza contenuta in uno statuto societario*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1993, p. 69.
- QUEIROLO, *La forma degli accordi sul foro nella convenzione di Bruxelles del 1968: una recente pronuncia della Corte di Giustizia*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1997, p. 601.
- QUEIROLO, *Gli accordi sulla competenza giurisdizionale*, CEDAM, 2000.
- RADICATI DI BROZOLO, *Antitrust Claims: Why Exclude Them from the Hague Jurisdiction and Judgments Convention?*, in *Global Jurist Advances*, 2004, vol. 4, n. 2, p. 1.

- RADICATI DI BROZOLO, *Deroga alla giurisdizione e deroga alle norme imperative. Un conflitto tra Conflitti di Leggi e Conflitti di Giurisdizioni?*, in *Il diritto processuale civile nell'avvicinamento giuridico internazionale - Omaggio ad Aldo Attardi*, a cura di Vittorio Colesanti et al., Padova, 2009.
- RAUSTIALA, *Does the Constitution Follow the Flag?*, OUP, 2009.
- REDFERN et al., *Redfern and Hunter on International Arbitration*, OUP, 2009.
- REDISH, *Due Process, Federalism, and Personal Jurisdiction: A Theoretical Evaluation*, in *Northwestern University Law Review*, 1980-81, vol. 75, p. 1112.
- REESE, *The Contractual Forum: Situation in the United States*, in *The American Journal of Comparative Law*, 1964, vol. 13, p. 187.
- REESE, *A Proposed Uniform Choice of Forum Act*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, 1966, vol. 5, p. 193.
- REESE, *The Model Choice of Forum Act*, in *The American Journal of Comparative Law*, 1969, vol. 17, n. 2, p. 292.
- REESE, *Legislative Jurisdiction*, in *Columbia Law Review*, 1978, vol. 78, n. 8, p. 1587.
- RIGHETTI, *La deroga alla giurisdizione*, Giuffrè, 2002.
- RIGHETTI, *Polizze di carico e requisiti di forma per le clausole di deroga alla giurisdizione: circolazione dei modelli tra disciplina comunitaria e disciplina interna?* (nota a Cass., 731/06, Carbon), in *Int'l Lis*, 2007, p. 29.
- RINOLDI, *Autonomia della volontà e foro elettivo nella convenzione comunitaria sulla giurisdizione e il riconoscimento delle sentenze*, in *Diritto del commercio internazionale*, 1989, vol. 2, p. 407.
- ROSSINI, *Brevi note in tema di requisiti della clausola di deroga alla giurisdizione italiana contenuta in polizza di carico ex art. 4 legge 218/1995* (nota a App. Napoli, 20 Luglio 2004, Celentano), in *Il diritto marittimo*, 2006, p. 196.
- SALERNO, *La Convenzione di Bruxelles del 1968 e la sua revisione*, CEDAM, 2000.
- SALERNO, *La cooperazione giudiziaria comunitaria in materia civile*, in *Diritto dell'Unione europea. Parte speciale*, a cura di Girolamo Strozzi, Giappichelli, 2004.
- SALERNO, *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel Regolamento (CE) N. 44/2001*, CEDAM, 2006.
- SCHLOSSER, *Report on the 1978 Convention*, GUCE C-59/71, 1979.

- SCHULZ, *The 2005 Hague Convention on Choice of Court Clauses*, in *Journal of Private International Law*, 2006, vol. 2, n. 2, p. 243.
- SILBERMAN, *Goodyear and Nicastro: Observations from a Transnational and Comparative Perspective*, in *South Carolina Law Review*, 2012, vol. 63, p. 591.
- SILVESTRI, *Clausola di attribuzione giurisdizionale contenuta in uno statuto societario e art. 17 della convenzione di Bruxelles* (nota a CGE, C-214/89, Powell Duffryn), in *Foro italiano*, 1995, vol. 4, p. 119.
- SILVESTRI, *Questioni vecchie e nuove scaturenti dalla convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968: in particolare, ancora sulla validità della clausola di elezione foro e del rispetto dei requisiti formali previsti dall' art. 17* (nota a Cass. 6499/95, Dunhill), in *Foro italiano*, 1997, vol. 1, n. 12, p. 562.
- SILVESTRI, *Brevi note in tema di proroga di competenza e forum contractus nel passaggio dalla convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968 al Regolamento 44/2001* (nota a Cass., ord. 2983/05, Dagard), in *Foro italiano*, 2006, vol. 1, n. 7/8, p. 2188.
- SILVESTRI, *La tutela del credito contrattuale nell'Unione Europea*, Maggioli, 2011.
- STARACE, *La disciplina dell'ambito della giurisdizione italiana nel progetto di riforma*, in *La riforma del diritto internazionale privato e processuale (raccolta in ricordo di Edoardo Vitta)*, a cura di Giorgio Gaja, Giuffrè, 1994.
- STEINHARDT, *International Civil Litigation*, LexisNexis, 2002.
- SYKE, *Agreements in Advance Conferring Exclusive Jurisdiction on Foreign Courts*, in *Louisiana Law Review*, 1949-50, vol. 10, p. 293.
- TALPIS e KRNJEVIC, *The Hague Convention on Choice of Court Agreements of June 30, 2005: The Elephant That Gave Birth to a Mouse*, in *Southwestern Journal of Law & Trade in the Americas*, 2006, vol. 13, n. 1, p. 1.
- TARZIA, *L'ordine europeo del processo civile*, CEDAM, 2001.
- TEITZ, *The Hague Choice of Court Convention: Validating Party Autonomy and Providing an Alternative to Arbitration*, in *American Journal of Comparative Law*, 2005, vol. 53, n. 3, p. 543.
- THIELE, *The Hague Convention on Choice-of-Court Agreements - was it worth the effort?*, in *Conflict of Laws in a Globalized World*, a cura di Gottschalk et al., Cambridge University Press, 2007.
- TREVES, *Diritto internazionale. Problemi fondamentali*, Giuffrè, 2005.
- TROCKER, *La formazione del diritto processuale europeo*, Giappichelli, 2011.

- VIGORITI, *Garanzie costituzionali del processo civile - Due process of law e art. 24 cost.* Giuffr , 1970.
- VILLATA, *L'attuazione degli accordi di scelta del foro nel regolamento Bruxelles I*, CEDAM, 2012.
- VON MEHREN, *Recognition and Enforcement of Foreign Judgments: A New Approach for the Hague Conference?*, in *Law & Contemporary Problems*, 1994, vol. 57, n. 3, p. 271.
- VON MEHREN, *Drafting a Convention on International Jurisdiction and the Effects of Foreign Judgments Acceptable World-Wide: Can the Hague Conference Project Succeed?*, in *American Journal of Comparative Law*, 2001, vol. 49, n. 2, p. 191.
- VON MEHREN e TRAUTMAN, *Jurisdiction to Adjudicate: A Suggested Analysis*, in *Harvard Law Review*, 1966, vol. 79, n. 6, p. 1121.
- WALTER, *From Confrontation via Co-ordination to Collaboration*, in *European Journal of Law Reform*, 2002, vol. 4, p. 69.
- WAUTELET, *What has international private law achieved in meeting the challenges posed by globalisation?*, in *Globalisation and Jurisdiction*, a cura di Piet Jan Slot e Mielle Bulterman, Kluwer Law International, 2004.
- WEINTRAUB, *International Litigation and Forum Non Conveniens*, in *Texas International Law Journal*, 1994, vol. 29, p. 321.
- WOODWARD, *Finding the Contract in Contracts for Law, Forum and Arbitration*, in *Hastings Business Law Journal*, 2006, vol. 2, p. 1.
- WOODWARD, *Saving the Hague Choice of Court Convention*, in *University of Pennsylvania Journal of International Law*, 2007-08, vol. 29, p. 658.