

Int'l Lis

www.edicolaprofessionale.com/intlis

Corriere trimestrale della litigation internazionale

Direttore: **CLAUDIO CONSOLO**

Caporedattore: **MARCO DE CRISTOFARO**

Redazione veneta: **MARCELLA NEGRI, LAURA BACCAGLINI, BEATRICE ZUFFI, LUCA PENASA**

Redazione lombarda: **ELENA D'ALESSANDRO, ALBERT HENKE, MARCELLO STELLA**

ANNO XIII - DIREZIONE PRESSO LA CATTEDRA DI DIRITTO PROCESSUALE CIVILE DELL'UNIVERSITA' DI ROMA 1 LA SAPIENZA
REDAZIONE PRESSO IL DIPARTIMENTO DI DIR. PUBBLICO, INTERNAZIONALE E COMUNITARIO DELL'UNIVERSITA' DI PADOVA
REDAZIONE EDITORIALE STRADA 1 PALAZZO F6 - 20090 MILANO FIORI ASSAGO

2 Estate 2015



Drei weiße Glockenblumen, 1920, Paul Klee - Inv. 182

**Innovation in civil justice
in english law**

**Competenza giurisdizionale nel
private antitrust enforcement
transfrontaliero**

**Immunità statale dalla
giurisdizione e rapporti
di lavoro**

**Ordine pubblico e tetto
massimo per le garanzie
personali omnibus**

**Mediazione obbligatoria
ed accettazione tacita
della giurisdizione?**

**Ingiunzione di pagamento
europea: riesame e difetto
di giurisdizione**

**Forum commissi delicti
e danni indiretti**

Comi di società di fatto

**Nuove leggi arbitrali
olandese e belga**

TARIFA R.D.C. POSTE ITALIANE SPA - SPEDIZIONE IN ABBONNAMENTO POSTALE - D.L. 353/2003 (CONV. IN L. 27/02/2004 N. 46) ART. 1, COMMA 1, DECIMANO

ELENCO ABBREVIAZIONI PERIODICI

AILJ	American International Law Journal	KTS	Konkurs, Treuhand, Sanierung: Zeitschrift für Insolvenzrecht
All E.R.	All England Law Reports	Leg. St.	Legal Studies
AJCL	American Journal of Comparative Law	Lloyd's LR	Lloyd's Law Reports
Am. Bankruptcy LJ	American Bankruptcy Law Journal	LMCLQ	Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly
Arb. Int.	Arbitration International	LQR	Law Quarterly Review
Arb. J.	Arbitration Journal (dal 1994 DRJ)	LR	Law Reports
Arb. Mat.	Arbitration Materials (dal 1994 WTAM)	Mod. LR	Modern Law Review
ASA Bull.	Bulletin de l'Association Suisse Arbitrage	Maastricht	Maastricht Journal of European and Comparative Law
BBTC	Banca, borsa e titoli di credito	NedIPR	Nederlands Internationaals Privatrecht
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen	NGCC	La nuova giurisprudenza civile commentata
Bull. Cass.	Bulletin des arrêts de la Cour de Cassation	NILR	Netherlands International Law Review
Cambridge JL	Cambridge Law Journal	NJW	Neue Juristische Wochenschrift
CDE	Cahiers de droit européen	NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift-RechtssprechungsReport
CG	Corriere giuridico	NLCC	Le nuove leggi civili commentate
CJQ	Civil Justice Quarterly	PIBD	Propriété industrielle - Bulletin documentaire
Clunet	Clunet - Journal du droit international	RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
CMLR	Common Market Law Review	Racc.	Raccolta della giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee
Comp. JR	Comparative Juridical Review	Rarb	Rivista dell'arbitrato
Contratti	I Contratti	R. arbitrage	Revue de l'arbitrage
Contratto impr.	Contratto e impresa	RCDIP	Revue critique de droit international privé
Contratto impr. - E	Contratto e impresa - Europa	RDC	Rivista di diritto civile
Cop. Bull.	Copyright Bulletin	RDE	Rivista di diritto europeo
Dalloz	Recueil Dalloz-Sirey	RDI	Rivista di diritto internazionale
D. aut.	Diritto di autore	RDIDC	Revue de droit international et de droit comparé
DCI	Diritto del commercio internazionale	RD Ind.	Rivista di diritto industriale
DCSI	Il diritto comunitario e degli scambi internazionali	RD Int.	Revue de droit intellectuel
D. ind.	Diritto industriale	RDIPP	Rivista di diritto internazionale privato e processuale
D. inf.	Diritto dell'informazione e dell'informatica	RDP	Rivista di diritto processuale
Doc. Giust.	Documenti giustizia	RD priv.	Rivista di diritto privato
DPA	Diritto processuale amministrativo	Rec. Ac.	Recueil des Cours de l'Académie de droit international
DPCE	Diritto pubblico comparato ed europeo	REF	Rivista esecuzione forzata
DR	Danno e responsabilità	Resp.	Responsabilità civile e previdenza
DRJ	Dispute Resolution Journal	RIDA	Revue internationale de droit d'auteur
DUE	Il Diritto dell'Unione Europea	RIDC	Revue internationale de droit comparé
ECLR	European Competition Law Review	RIDPC	Rivista italiana di diritto pubblico comunitario
EIPR	European Intellectual Property Review	RIDU	Rivista internazionale dei diritti dell'uomo
EJIL	European Journal of International Law	RIPI	Revue internationale de la propriété industrielle et artistique
E.L.Dig.	European Law Digest	RIW	Recht der internationalen Wirtschaft
ELF	European Legal Forum	RMU	Revue du Marché unique européen
ELR	European Law Review	R. suisse dr. int.	Revue suisse de droit international et de droit européen
EuA	Europa Archiv	RTDC	Revue trimestrielle de droit civil
EuDP	Europa e diritto privato	RTDE	Revue trimestrielle de droit européen
EuR	Europarecht	RTDPC	Rivista trimestrale di diritto e procedura civile
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht	SJ	La semaine juridique
Fall.	Il Fallimento e le altre procedure concorsuali	Soc.	Le società
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht	Studium	Studium Juris
FD	Famiglia e Diritto	Trav. comité fr.	Travaux du Comité français de droit international privé
FI	Il Foro italiano	UnLR	Uniform Law Review
For. Aff.	Foreign Affairs	USPQ	United States Patent Quarterly
GADI	Giurisprudenza annotata di diritto industriale	Wash. LR	Washington Law Review
Gaz. Palais	Gazette du Palais	WIPR	World Intellectual Property Reports
GC	Giustizia civile	WLR	Weekly Law Reports
G. Cass.	Giurisprudenza completa della Corte Suprema di Cassazione - sezioni civili	WTAM	World Trade and Arbitration Materials
G. comm.	Giurisprudenza commerciale	Yb. Comm. Arb.	Yearbook of Commercial Arbitration
G. cost.	Giurisprudenza costituzionale	Yb. Eur.L.	Yearbook of European Law
GD	Guida al diritto	Yale LR	Yale Law Review
GI	Giurisprudenza italiana	YECHR	Yearbook of the European Convention on Human Rights
G. mer.	Giurisprudenza di merito	ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
GU	Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana	ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
GUCE	Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee	ZR	Zeitschrift für Rechtsvergleichung
Harv. LR	Harvard Law Review	ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß
HR	Human Rights		
ICLQ	International and Comparative Law Quarterly		
IJE	International Journal of Evidence and Proof		
ILM	International Legal Materials		
ILP	International Litigation Procedure		
IPLR	Intellectual Property Law Review		
IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts		
IRIP	International Review of Industrial Property and Copyright Law		
JB	Juristische Blätter		
J Business Law	Journal of Business Law		
JCR	Journal of Conflict Resolution		
JIA	Journal of International Arbitration		
JLS	Journal of Legal Studies		
J. trib.	Journal des tribunaux		
Jus	Jus		
JZ	Juristenzeitung		

I. CRONACHE

- *Le nuove leggi arbitrali olandese e belga*, di Albert Henke (Milano) 61
- Corte di cassazione: decisioni di interesse processual-internazionalistico**
- Cass., sez. un., 14 novembre 2014, n. 24279 - Vendita di beni mobili con trasporto a mezzo vettore e nozione di “luogo di consegna” ex art. 5, n. 1, lett. b, Reg. 44/2001, di Silvia Turatto (Padova) 70
- Cass., sez. III, 30 dicembre 2014, n. 27547 - L’eccezione relativa alla applicabilità del diritto straniero è rilevabile d’ufficio, ma presuppone la allegazione tempestiva dell’esistenza della clausola di scelta della legge applicabile, di Marcello Stella (Milano) 71
- Cass., sez. un., 6 febbraio 2015, n. 2243 - Fallimento di società estere collegate a società di fatto avente sede operativa e decisionale in Italia e competenza giurisdizionale italiana, di Monica Pilloni (Padova) 71
- Cass., sez. un., 9 marzo 2015, n. 4686 - La giurisdizione su una domanda di risarcimento del danno cagionato da uno scontro tra natanti in base alla Conv. Bruxelles del 10 maggio 1952, di Luca Penasa (Padova) 73
- Cass., sez. un., 28 aprile 2015, n. 8571 - Il danno-conseguenza non determina la competenza internazionale del giudice italiano, di Gina Gioia (Tuscia) 74
- Cass., sez. un., 26 maggio 2015, n. 10799 - Riesame dell’ingiunzione di pagamento europea (i.p.e.) dopo la scadenza del termine di opposizione ed efficacia dell’i.p.e. non tempestivamente contestata, di Elena D’Alessandro (Torino) 75
- Cass., sez. un., 26 maggio 2015, n. 10800 - Tempestività e fondatezza dell’eccezione di difetto di giurisdizione italiana, sollevata nel giudizio ordinario di opposizione successivo all’ingiunzione di pagamento europea promossa da una società fallita con sede in Italia in presenza di una clausola compromissoria per arbitrato estero, di Beatrice Zuffi (Padova) 76

II. GIURISDIZIONE E RICONOSCIMENTO NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE UE

- Corte di giustizia UE, sez. IV, 21 maggio 2015, causa C-352/13 - Una pronuncia a tutto campo sui criteri di allocazione della competenza giurisdizionale nel *private antitrust enforcement* transfrontaliero: il caso esemplare delle azioni risarcitorie c.d. *follow-on* rispetto a decisioni sanzionatorie di cartelli pan-europei, di Marcella Negri (Padova) 78

III. GIURISPRUDENZE NAZIONALI

PROBLEMI DI DIRITTO PROCESSUALE INTERNAZIONALE ANGLOSASSONE

- Court Of Appeal of England and Wales, 5 febbraio 2015 - La Court of Appeal of England and Wales sancisce la parziale disapplicazione della propria disciplina interna in tema di immunità degli Stati nelle controversie di lavoro perché contrastante con l’Art. 47 della Carta di Nizza, di Valentina Morgante (Pisa) 85

PROBLEMI DI DIRITTO PROCESSUALE INTERNAZIONALE ITALIANO

- Corte d’Appello di Bari, ord. 6 ottobre 2014 - Riconoscimento di provvedimento straniero e requisito ostativo dell’ordine pubblico: l’ipotesi della lettera di *patronage* non recante l’indicazione dell’importo massimo garantito, di Olga Desiato (Bari) 89

IV. ANTOLOGIA

- *Innovation in modern civil justice and contract law (part I: introduction and civil justice)*, di Neil Andrews (Cambridge) 99

V. CASO DEL TRIMESTRE

- *Adesione del convenuto straniero al tentativo di mediazione obbligatoria ex art. 5, co. 1-bis, d. lgs. 28/2010 promosso in Italia e (salvezza dell’eccezione di difetto della) giurisdizione italiana*, di Claudio Consolo (Roma-Sapienza) 104

Referees: Presidenti Riccardo Luzzatto, Bruno Nascimbene e Nicolò Trocker che si avvalgono della collaborazione di Prof. Filip De Ly, Erasmus Universiteit Rotterdam; Prof. Frédérique Ferrand, Université Jean Moulin Lyon 3; Prof. Antonio Gidi, University of Houston; Prof. Burkhard Heß, Ruprecht Karls Universität Heidelberg; Avv. Sébastien Besson, Université Lausanne; Dr. Emmanuel Guinchard, Lecturer in University of Northumbria in Newcastle.

Int'l Lis

Corriere trimestrale
della litigation internazionale

COORDINATORE

Prof. Avv. Claudio Consolo, Lungadige Re Teodorico, 6
37129 Verona e L.go Richini 2, 20122 Milano, nonché c/o la
Facoltà di Giurisprudenza Università di Roma1 La Sapienza
e-mail: redazione.intllis@libero.it

– Redazione principale patavina c/o Prof. **Marco De Cristofaro** (Capo-redattore), Dipartimento di Diritto Pubblico, Internazionale e Comunitario, Seminario di Diritto Processuale Civile, Palazzo del Bò, Via VIII Febbraio, 2, 35121 Padova, tel.-fax. 049-8273323, e-mail: marco.decrisofaro@libero.it

– Redazione milanese c/o Prof.ssa **Elena Merlin**, Dipartimento di Diritto Pubblico, Processuale Civile, Internazionale ed Europeo, Università Statale, Via Festa del Perdono, 7, 20122 Milano, tel. 02-50312558/50312559, fax 02-50312505, e-mail: merlin@mailserver.unimi.it

– Redazione trentina c/o Prof. **Marino Marinelli**, Dipartimento di Scienze Giuridiche, Università di Trento, Via Verdi, 53, 38100 Trento, tel. 0461-883835, fax 0461-881899, e-mail: marinelli@jus.unitn.it

– Redazione fiorentina c/o Prof. **Remo Caponi**, Dipartimento di diritto privato e processuale, Università di Firenze, Via delle Pandette, 35, 50127 Firenze, tel. 055-4374232, fax 055-4374903, e-mail: remo.caponi@unifi.it

– Redazione romana c/o Prof. **Antonio Carratta**, Dipartimento di Diritto dell'Economia e Analisi Economica delle Istituzioni, Università di Roma III, Via Ostiense, 139, 00154 Roma, tel. 06-57334081, fax 06-7802106, e-mail: antonio.carratta@libero.it

– Redazione pisana c/o Prof.ssa **Elena D'Alessandro**, Dipartimento di Diritto Pubblico, Università di Pisa, Piazza dei Cavalieri, 2, 56126 Pisa, tel. 050-24815, fax 050-502428, e-mail: elena.dalessandro@gmail.com

– Segreteria di redazione: Dr.ssa **Beatrice Zuffi**, Dott. **Luca Penasa**, Dott. **Marcello Stella**
Dipartimento di Diritto Pubblico, Internazionale e Comunitario, Seminario di Diritto Processuale Civile, Palazzo del Bò, Via VIII Febbraio, 2, 35121 Padova, tel.-fax. 049-8273427, e-mail: redazione.intllis@libero.it

EDITRICE

Wolters Kluwer Italia S.r.l.
Strada 1, Palazzo F6 - 20090 Milanofiori Assago (MI)

DIRETTORE RESPONSABILE

Giulietta Lemmi

Per informazioni in merito a contributi, articoli ed argomenti trattati

scrivere o telefonare a:

Casella postale 12055 - 20120 Milano
telefono (02) 82476.828
e.mail: redazione.intllis.ipsoa@wolterskluwer.com

Per informazioni su gestione abbonamenti, numeri arretrati, cambi d'indirizzo, ecc.

scrivere o telefonare a:

IPSOA Servizio Clienti
Casella postale 12055 - 20120 Milano
telefono (02) 824761 - telefax (02) 82476.799
Servizio risposta automatica - tel. (02) 82.476.999

REALIZZAZIONE GRAFICA - Ipsoa

FOTOCOMPOSIZIONE

Sinergie Grafiche Srl - Viale Italia, 12 - 20094 Corsico (MI)
Tel. 02 57789422

STAMPA

GECA s.p.a. - Via Magellano, 11 - 20090 Cesano Boscone (MI)

PUBBLICITÀ:

db Consulting srl
EVENTS & ADVERTISING

db Consulting srl Events & Advertising
via Leopoldo Gasparotto 168 - 21100 Varese
tel. 0332/282160 - fax 0332/282483
e-mail: info@db-consult.it - www.db-consult.it

Autorizzazione del Tribunale di Milano n. 635
del 12 novembre 2001

Tariffa R.O.C.: Poste Italiane Spa - Spedizione in
abbonamento Postale - D.L. 353/2003
(conv. in L. 27/02/2004 n. 46) art. 1, comma 1, DCB Milano
Iscritta nel Registro Nazionale della Stampa con il n. 3353
vol. 34 Foglio 417 in data 31 luglio 1991
Iscrizione al R.O.C. n. 1702

ABBONAMENTI

Gli abbonamenti hanno durata annuale, solare:
gennaio-dicembre; rolling: 12 mesi dalla data
di sottoscrizione, e si intendono rinnovati, in assenza
di disdetta da comunicarsi entro 60 gg. prima della data
di scadenza a mezzo raccomandata A.R. da inviare
a Wolters Kluwer Italia S.r.l. Strada 1 Pal. F6 Milanofiori
20090 Assago (MI).
Servizio Clienti: tel. 02-824761 - e mail :-
servizioclienti.ipsoa@wolterskluwer.com
Il prezzo dell'abbonamento comprende la consultazione
digitale della rivista nelle versioni on line su
edicolaprofessionale.com/intllis, tablet (iOS e Android) e
smartphone (Android) scaricando l'App Edicola professionale

ITALIA

Abbonamento annuale 2015: € 59,00

ESTERO

Abbonamento annuale 2015: € 118,00

MAGISTRATI e EDITORI GIUDIZIARI - sconto del 30%
sull'acquisto dell'abbonamento annuale alla rivista,
applicabile rivolgendosi alle Agenzie Ipsoa di zona
(www.ipsoa.it/agenzie) o inviando l'ordine via posta a

Wolters Kluwer Italia S.r.l., Strada 1 Pal. F6, 20090
Milanofiori Assago (MI)

o via fax al n. 02-82476403 o rivolgendosi al Servizio
Informazioni Commerciali al n. 02-82476794.

Nell'ordine di acquisto i magistrati dovranno allegare
fotocopia del proprio tesserino identificativo attestante
l'appartenenza alla magistratura e dichiarare di essere iscritti
all'**Associazione Nazionale Magistrati**.

MODALITÀ DI PAGAMENTO

Versare l'importo sul C/C/P n. 583203 intestato a
WKI Srl Gestione incassi - Strada 1, Palazzo F6, Milanofiori
oppure

Inviare assegno bancario/circolare non trasferibile intestato a
Wolters Kluwer Italia S.r.l. Indicare nella causale del
versamento il titolo della rivista e l'anno di abbonamento

Prezzo copia: € 25,00

Arretrati: prezzo dell'anno in corso
all'atto della richiesta

DISTRIBUZIONE

Vendita esclusiva per abbonamento

Il corrispettivo per l'abbonamento a questo periodico
è comprensivo dell'IVA assolta dall'editore ai sensi
e per gli effetti del combinato disposto dell'art. 74
del D.P.R. 26/10/1972, n. 633 e del D.M. 29/12/1989
e successive modificazioni e integrazioni.

Egregio abbonato,
ai sensi dell'art. 13 del D.Lgs. 30 giugno 2003 n. 196, La informiamo che i Suoi dati personali sono registrati su database elettronici di proprietà di Wolters Kluwer Italia S.r.l., con sede legale in Assago Milanofiori Strada 1-Palazzo F6, 20090 Assago (MI), titolare del trattamento e sono trattati da quest'ultima tramite propri incaricati. Wolters Kluwer Italia S.r.l. utilizzerà i dati che La riguardano per finalità amministrative e contabili. I Suoi recapiti postali e il Suo indirizzo di posta elettronica saranno utilizzabili, ai sensi dell'art. 130, comma 4, del D.Lgs. n. 196/2003, anche a fini di vendita diretta di prodotti o servizi analoghi a quelli oggetto della presente vendita. Lei potrà in ogni momento esercitare i diritti di cui all'art. 7 del D.Lgs. n. 196/2003, fra cui il diritto di accedere ai Suoi dati e ottenere l'aggiornamento o la cancellazione per violazione di legge, di opporsi al trattamento dei Suoi dati ai fini di invio di materiale pubblicitario, vendita diretta e comunicazioni commerciali e di richiedere l'elenco aggiornato dei responsabili del trattamento, mediante comunicazione scritta da inviarsi a: Wolters Kluwer Italia S.r.l. - PRIVACY - Centro Direzionale Milanofiori Strada 1-Palazzo F6, 20090 Assago (MI), o inviando un Fax al numero: 02.82476.403.

Le nuove leggi arbitrali olandese e belga

Nel panorama sempre molto dinamico e cangiante delle riforme legislative in materia arbitrale, si segnalano i due recenti interventi del legislatore, rispettivamente, olandese e (meno recentemente) belga.

Per quanto riguarda l'Olanda (su cui v. D. Strik, M. Krestin, *New Dutch Arbitration Law Adopted*, 28 maggio 2014, in *Kluwer Arbitration Blog* (<http://kluwerarbitrationblog.com/>); H.J. Snijders, *Nederlands Arbitragerecht. Een artikelsgewijs commentaar op de art. 1020-1076 Rv.*, Deventer, 2011; A *Guide to the NAI Arbitration Rules. Including a Commentary on Dutch Arbitration Law*, The Hague, 2009), la riforma ha avuto una gestazione piuttosto lunga. Nel 2005 una Commissione presieduta dal Prof. van den Berg rendeva pubblico un testo che è stato per qualche anno al centro di accesi dibattiti all'interno della comunità arbitrale olandese e a cui veniva dedicato un numero speciale del *Dutch Arbitration Journal* (*Tijdschrift voor Arbitrage*). Anche se allo stato di bozza, al testo venivano fatti frequenti riferimenti nel corso di vari procedimenti giudiziali dinanzi a giudici olandesi, per quanto la Corte Suprema (nella decisione del 5 dicembre 2008 nel caso *Bursa Büyükşehir Belediyesi v. Güris Insaat VE Mühendislik AS*, in *Neth. Court Reports* [NJ 2009,6]) si sia - comprensibilmente - rifiutata di attribuire efficacia, in via anticipatoria, ad alcuna delle sue disposizioni. Dopo un periodo di silenzio piuttosto lungo, nel marzo del 2012, il Ministero olandese per la Sicurezza e la Giustizia pubblicava una proposta di legge con contestuale apertura di una consultazione pubblica *online* al fine di raccogliere commenti e suggerimenti. Sulla base dei *feedbacks* ricevuti dai vari organismi coinvolti (tra cui la *Dutch Association for the Judiciary*, l'*Advisory Commission on Civil Procedure* e il *Council for the Judiciary*), si è giunti infine, in data 27 maggio 2014, alla pubblicazione del testo definitivo (*Wet van 2 juni 2014 tot wijziging van Boek 3, Boek 6 en Boek 10 van het Burgerlijk Wetboek en het Vierde Boek van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in verband met de modernisering van het Arbitragerecht*: vedilo al link <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/stb-2014-200.html>), che contiene modifiche, oltre che al Libro quarto del codice di procedura civile olandese, anche ai Libri terzo (in materia di prescrizione e decadenza), sesto (in materia di consumatori) e decimo (in materia di legge applicabile alle clausole arbitrali e all'arbitrato con parte pubblica) del codice civile olandese.

La legge è entrata in vigore l'1 gennaio 2015.

Stando ai lavori preparatori, tre sono essenzialmente le finalità da questa perseguite. Da un lato, l'adeguamento della normativa alle nuove esigenze emerse nel corso di quasi trent'anni dall'emanazione del precedente testo legislativo, ad esempio sotto il profilo dell'utilizzo di mezzi prima non disponibili, che consentono ora una gestione più efficiente, e interamente informatizzata, dell'intera procedura; dall'altro, la semplificazione e l'accelerazione della procedura (ottenuta essenzialmente mediante la riduzione dei gradi del giudizio per l'impugnazione del lodo), in linea con la *cd Innovation Agenda for the Legal Sector* del governo olandese (per quanto da più parti si sia rilevato che il nuovo testo, con l'utilizzo frequente

della subparagrafazione, appesantisce non poco il testo precedente); infine, il rafforzamento della reputazione dell'ordinamento olandese come paese *arbitration-friendly*, al fine di attrarre un numero sempre maggiore di arbitrati internazionali.

Reputazione che, a dire il vero, è già piuttosto consolidata, per una serie di concorrenti fattori. Le legislazioni arbitrali, a far data da quella del 1838 e poi anche quella del 1986, si sono sempre caratterizzate per essere particolarmente all'avanguardia per il periodo storico in cui sono state emanate. Il ricorso all'arbitrato è molto diffuso in una serie molto ampia di settori (dispute in materia commerciale e societaria, di appalti, energia, telecomunicazioni). I professionisti olandesi sono per la maggior parte poliglotti. La durata dei procedimenti è molto contenuta (la media di controversie commerciali *standards* amministrate dal NAI è di circa un anno), anche grazie al frequente utilizzo di procedure arbitrali accelerate (le *cd expedited procedures*). Le procedure per ottenere l'esecuzione di un lodo, sia domestico che internazionale (in quest'ultimo caso, anche se annullato dal giudice della sede, secondo l'approccio particolarmente liberale che prevale nella giurisprudenza), si concludono, in assenza di contestazioni, nel giro di qualche settimana o addirittura di qualche giorno. I giudici statali hanno sempre mostrato grande deferenza per l'arbitrato, svolgendo con grande tempismo le funzioni di supporto e limitando al minimo quelle di controllo. L'Olanda è la sede di alcune delle principali istituzioni arbitrali internazionali, quali la Corte Permanente di Arbitrato, l'*Iran-US Claims Tribunal*, il *P.R.I.M.E. Finance Institute* (per la risoluzione di complesse controversie finanziarie), il *Netherlands Arbitration Institute*, l'*Institute of Transport and Maritime Arbitration Rotterdam-Amsterdam* (TAMARA).

La nuova legge (che tiene conto della modifica della Legge Modello dell'UNCITRAL operata nel 2006, che aveva costituito il punto di riferimento anche della legge precedente) non distingue tra arbitrato domestico e arbitrato internazionale, predisponendo un'unica disciplina applicabile indipendentemente dal luogo di residenza delle parti. La scelta è stata dettata dalla convinzione del superamento dell'opportunità di una simile distinzione, anche alla luce dell'attuale stato della tecnologia che annulla le distanze e le barriere geografiche. Invero le ragioni per la coesistenza di due regimi differenziati per l'arbitrato domestico e internazionale sono tradizionalmente altre, quali il minor collegamento dell'arbitrato internazionale con lo Stato della sede, a parte il fatto che si svolga appunto in quello Stato, sicché l'aspettativa delle parti è nel senso di vedere il minor coinvolgimento possibile delle corti di quello Stato; il fatto che le parti della controversia siano di solito società multinazionali, rispetto alle quali è meno sentita l'esigenza di applicare norme protettive della parte debole (il consumatore, il lavoratore). A ciò aggiungasi la considerazione che l'arbitrato internazionale contempla peculiarità culturali, sociali e geografiche che di solito impongono un approccio normativo più flessibile e liberale rispetto a quello

predisposto da un regime applicabile a controversie puramente domestiche.

Ad ogni modo, le principali modifiche apportate dalla legge riguardano la limitazione della durata del procedimento di annullamento dei lodi emessi in Olanda; la limitazione della reviviscenza della giurisdizione delle corti statali a seguito dell'annullamento di un lodo; la limitazione della durata del procedimento di esecuzione dei lodi stranieri; la possibilità concessa alle parti di rivolgersi ad un'Istituzione arbitrale, anziché al giudice statale, per la riconsiderazione di alcune domande o l'adozione di altre misure. Si tratta di un'innovazione non da poco, in quanto, da un lato, elimina di fatto un motivo di annullamento del lodo (nel caso cioè di decisione arbitrale resa *infra petita*) e, dall'altro, non subordina la decisione di rimessione al consenso delle parti, dipendendo la stessa da una valutazione *ex officio* del giudice. In precedenza, una volta emanato il lodo, la decisione di integrazione del lodo spettava unicamente al tribunale (sia *ex officio* che su istanza di parte), che aveva altresì il potere (che mantiene tutt'ora), di correggere errori manifesti e di calcolo.

L'ordinamento olandese si allinea poi a quei pochi altri che consentono ai propri giudici di adottare provvedimenti cautelari (ad esempio sequestri di beni localizzati nel proprio territorio) o istruttori (– ad esempio l'esibizione di documenti o l'acquisizione della testimonianza di un soggetto residente nel proprio territorio) a supporto di una procedura arbitrale svolgente all'estero. La maggioranza degli ordinamenti limita tutt'ora questa forma di assistenza ai casi in cui l'arbitrato si svolga all'interno dei propri confini. Una possibile spiegazione di questo approccio restrittivo è data dal fatto che la Legge Modello dell'UNCITRAL, sia nella versione del 1985 che in quella del 2006, non contempla l'assistenza dei giudici nazionali in relazione a procedimenti arbitrali svolgentesi all'estero. L'art. 27, infatti, recita: '(...) the arbitral tribunal or a party with the approval of the arbitral tribunal may request from a competent court of this State assistance in taking evidence.' Vi è stato bensì un tentativo, nell'ambito del gruppo di lavoro incaricato della revisione della Legge, di fondare la giurisdizione extra-territoriale dei giudici nazionali sul principio di cooperazione tra gli Stati in virtù della clausola di reciprocità. Tuttavia quel tentativo è poi abortito. Allo stato, tra gli ordinamenti che consentono l'assistenza dei propri giudici in favore di procedimenti stranieri vi sono quello tedesco (v. l'art. 1050 ZPO; per un commento v. K. H. Bockstiegel-S. Kroll-P. Nacimiento (eds.), *Arbitration in Germany: The Model Law in Practice*, The Hague, 2008, 342; R. Wolff, *Judicial Assistance by German Courts in Aid of International Arbitration*, in *Am. Rev. Int'l Arb.*, 2008, vol. 19, 145; peraltro, secondo V. Fischer-Zemin & A. Junker, *Between Scylla and Charybdis: Fact Gathering in German Arbitration*, in *J. Int'l Arb.*, 1987, 4, 2, 9, 28, i giudici sono sempre stati inclini, anche nel contesto della legge previgente, ad accordare assistenza a procedimenti arbitrali stranieri); quello austriaco (v. l'art. 602 della ZPO austriaca, applicabile anche al caso in cui la sede dell'arbitrato non si già stata fissata); quello svedese (v. le *Sections* 26, 44 e 50 dello *Swedish Arbitration Act* del 1999).

Nello specifico, si prevede la giurisdizione delle Corti d'Appello, in luogo di quella della Corti distrettuali, per la decisione delle impugnazioni avverso i lodi arbitrali, al fine di contenere la tempistica (e i relativi costi) per pervenire ad una stabilizzazione del lodo, una volta concluso il procedimento arbitrale. Si passa così da tre a due istanze di giudizio, consentendosi tra l'altro alle parti di escludere, mediante accordo, il ricorso alla Corte di Cassazione avverso la decisione della Corte d'Appello (possibilità esclusa però nel caso in cui una delle parti sia un consumatore). Rimane invece fermo il divieto per le parti di rinunciare in via preventiva all'impugnazione del lodo arbitrale.

La procedura è altresì resa più spedita dal fatto che il termine di tre mesi per la proposizione dell'impugnazione incomincia a decorrere dalla mera spedizione del lodo alle parti (o, ove prevista, dalla registrazione dello stesso presso la cancelleria della Corte Distrettuale). Rimane tuttavia in vita la precedente regola del decorso del termine a far data dalla notifica del lodo ad una parte unitamente al *leave for enforcement on a party*, che rimane attuabile indipendentemente dal decorso della scadenza di cui alle nuove modalità suindicate.

La nuova legge prevede poi, nel caso di annullamento del lodo, la reviviscenza della giurisdizione del giudice statale *unicamente* nel caso in cui l'annullamento sia stato pronunciato per invalidità del patto arbitrale, salvo diverso accordo delle parti. Negli altri casi, dunque, le parti rimarranno vincolate alla scelta originaria di deferire la controversia in arbitrato.

Saranno poi di nuovo le Corti d'Appello, in luogo delle Corti Distrettuali, ad avere la giurisdizione esclusiva in materia di esecuzione dei lodi stranieri, con possibile ricorso in cassazione (da proporsi nel termine di tre mesi dalla data della pronuncia della decisione della Corte di Appello, e salvo rinuncia delle parti) *solo avverso la decisione che nega l'esecuzione*. Per le istanze di esecuzione dei lodi domestici, invece, rimane in vigore la disciplina precedente, che prevede la giurisdizione esclusiva del Presidente della Corte distrettuale. Nel caso di ri-

getto dell'istanza, la parte potrà proporre appello dinanzi alla Corte d'Appello, nonché ricorso per Cassazione avverso l'eventuale rigetto della Corte d'Appello.

La nuova legge prevede altresì la possibilità, per il giudice olandese, di sospendere il procedimento di impugnazione per nullità del lodo al fine di rimettere la causa al tribunale arbitrale per la riconsiderazione di alcune questioni, la decisione di alcune domande o l'adozione di altre misure. Si tratta di un'innovazione non da poco, in quanto, da un lato, elimina di fatto un motivo di annullamento del lodo (nel caso cioè di decisione arbitrale resa *infra petita*) e, dall'altro, non subordina la decisione di rimessione al consenso delle parti, dipendendo la stessa da una valutazione *ex officio* del giudice. In precedenza, una volta emanato il lodo, la decisione di integrazione del lodo spettava unicamente al tribunale (sia *ex officio* che su istanza di parte), che aveva altresì il potere (che mantiene tutt'ora), di correggere errori manifesti e di calcolo.

L'ordinamento olandese si allinea poi a quei pochi altri che consentono ai propri giudici di adottare provvedimenti cautelari (ad esempio sequestri di beni localizzati nel proprio territorio) o istruttori (– ad esempio l'esibizione di documenti o l'acquisizione della testimonianza di un soggetto residente nel proprio territorio) a supporto di una procedura arbitrale svolgente all'estero. La maggioranza degli ordinamenti limita tutt'ora questa forma di assistenza ai casi in cui l'arbitrato si svolga all'interno dei propri confini. Una possibile spiegazione di questo approccio restrittivo è data dal fatto che la Legge Modello dell'UNCITRAL, sia nella versione del 1985 che in quella del 2006, non contempla l'assistenza dei giudici nazionali in relazione a procedimenti arbitrali svolgentesi all'estero. L'art. 27, infatti, recita: '(...) the arbitral tribunal or a party with the approval of the arbitral tribunal may request from a competent court of this State assistance in taking evidence.' Vi è stato bensì un tentativo, nell'ambito del gruppo di lavoro incaricato della revisione della Legge, di fondare la giurisdizione extra-territoriale dei giudici nazionali sul principio di cooperazione tra gli Stati in virtù della clausola di reciprocità. Tuttavia quel tentativo è poi abortito. Allo stato, tra gli ordinamenti che consentono l'assistenza dei propri giudici in favore di procedimenti stranieri vi sono quello tedesco (v. l'art. 1050 ZPO; per un commento v. K. H. Bockstiegel-S. Kroll-P. Nacimiento (eds.), *Arbitration in Germany: The Model Law in Practice*, The Hague, 2008, 342; R. Wolff, *Judicial Assistance by German Courts in Aid of International Arbitration*, in *Am. Rev. Int'l Arb.*, 2008, vol. 19, 145; peraltro, secondo V. Fischer-Zemin & A. Junker, *Between Scylla and Charybdis: Fact Gathering in German Arbitration*, in *J. Int'l Arb.*, 1987, 4, 2, 9, 28, i giudici sono sempre stati inclini, anche nel contesto della legge previgente, ad accordare assistenza a procedimenti arbitrali stranieri); quello austriaco (v. l'art. 602 della ZPO austriaca, applicabile anche al caso in cui la sede dell'arbitrato non si già stata fissata); quello svedese (v. le *Sections* 26, 44 e 50 dello *Swedish Arbitration Act* del 1999).

Quanto all'ordinamento tedesco, in particolare, la norma di cui all'art. 1050 ZPO (invero non frequentemente invocata e soggetta a ridefinizione pattizia del suo ambito di applicazione: v. *MuenchKommZPO/*

Muench, 2 Aufl., Monaco 2001, art. 1050, para. 7), amplia l'ambito di applicazione dell'art. 27 della Legge Modello dell'UNCITRAL, consentendo non solo l'assistenza oltre confine dei giudici tedeschi, ma anche l'emana-zione di altre peculiari misure di supporto che gli arbitri non sono legittimati ad adottare (ad esempio *service of process*, ai sensi degli artt. 199 ss. ZPO; istanze alle auto-rità governative per consentire ad un pubblico ufficiale di prestare testimonianza; richiesta di un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea: v. Muench KommZPO-Muench, 2 Aufl., Monaco 2001, art. 1050, para. 6; T. Eilmansberger, *Die Bedeutung der Art. 81 und 82 EG fuer Schiedsverfahren*, in *German Arb. J.* 2006, 5, 11; H. Raeschke - Kessler - K. P. Berger, *Recht und Praxis des Schiedsverfahrens*, 3d ed., Koeln 1999, 768; R. A. Schuetze, *Die Vorlageberechtigung von Schiedsgerichten an den EuGh* 2007, in *German Arb. J.* 121, 124).

Dal momento che l'art. 27 della Legge Modello è stato adottato da un grande numero di paesi, tra cui Bulgaria, Grecia, Ungheria, Malta, Cipro, Lituania, in tutti questi paesi l'assistenza dei giudici nazionali è limitata a procedure arbitrali interne (v. per riferimenti R. Wolff, *Judicial Assistance by German Courts*, cit., 148). Più incerta la situazione nel Regno Unito (su cui v. R. Merkin, *Arbitration Act 1996*, 3rd ed., London 2005, p. 117, nonché i casi *Assimina Maritime v. Pakistan Shipping*, [2004] EWHC 3005 (Comm.) - [2005] 1 Lloyd's Rep. 525 on *Arbitration Act 1996*, s. 44; *Commerce and Industry Insurance Co. of Canada v. Lloyd's Underwriters* [2002] 1 Lloyd's Rep. 219; *Viking Insurance Co. v. Rosedale* [2002] 1 Lloyd's Rep. 219; *Channel Tunnel Group Ltd. v. Balfour Beatty Construct. Ltd* [1993] AC 334, 358-59 (HL)) e negli USA, ove dopo anni di dibattito sull'applicabilità della Section 1782 - 28 U.S.C. in supporto di arbitrati svolgentisi all'estero (su cui v. T. H. Webster, *Obtaining Evidence from Third Parties in International Arbitration*, in 17 *Arb. Int'l* 143, 154 - 7 (2001); H. Smit, *American Assistance to Litigation in Foreign and International Tribunals*, in 25 *Syracuse J. Int'l Law & Co.*, 1, 5 (1998); W. H. Stahr, *Discovery under 28 U.S.C. Section 1782 for Foreign and International Proceedings*, in 30 *VA J. Int'l L.* 597, 619 (1990)), la Corte Suprema, con la decisione *Intel Corp. v. Advanced Micro Devices Inc.* (542 U.S. 241 (2004) - su cui v. J. Wessal, *A Tribunal by Any Other Name: U.S. Discovery in Aid of Non-US Arbitration*, in 2005, *Int'l Arb. L. R.* 139) - confermata poi da *In re Rox Trading Ltd.* (469 F. Supp. 2d (N. D. Ga 2006)) e *In Re: Patrizio Clerici* (481 F 3d, 1324 (11th Cir. 2007)), ha sposato la tesi positiva.

Tornando alla legge olandese, essa precisa che il giudice potrà concedere il rimedio richiesto solo ove lo stesso non possa essere ottenuto con tempestività, od ottenuto *tout court*, nell'ambito del procedimento arbitrale. Il giudice richiesto del provvedimento, poi, non è tenuto a vagliare preliminarmente la validità del patto arbitrale. Si tratta di una soluzione decisamente *arbitration friendly*, e senz'altro da preferire, da un lato perché, evita i rallentamenti che ogni indagine, anche solo superficiale, della competenza arbitrale, comporta, specialmente nel caso di controversie oggettivamente complesse o multiparti, in cui non è sempre agevole la valutazione circa l'ambito

di applicazione della convenzione arbitrale, sia sotto il profilo oggettivo che sotto quello soggettivo; dall'altro perché non priva di garanzie la parte che intende eccepire l'incompetenza arbitrale, che potrà far valere le sue doglianze in una delle numerose occasioni concesse dall'ordinamento della sede (eccezione dinanzi al tribunale, dinanzi al giudice statale, impugnazione immediata avverso la decisione arbitrale o giudiziale sulla competenza, impugnazione con il lodo di merito). Imporre al giudice richiesto dell'assistenza all'estero di valutare preliminarmente la validità ed efficacia del patto compromissorio implicherebbe una moltiplicazione di procedure, con il rischio di decisioni confliggenti e di problemi di reciproco coordinamento. La questione è stata oggetto di non poco dibattito in vari ordinamenti (nell'ordinamento tedesco, ad esempio, una tesi è in favore di una valutazione integrale della validità del patto arbitrale da parte del giudice richiesto dell'assistenza all'estero: così Schwab/Walter, *Schiedsgerichtsbarkeit*, 7. Aufl., 2005, Chap. 17, para. 10; W. J. Habscheid, *Aus der Hoechstrichterlichen Rechtsprechung zur Schiedsgerichtsbarkeit*, in *Konkurs, Treuhand und Schiedsgerichtswesen* 1958, 177, 179; A. Schoenke - R. Pohle, in *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 18 Aufl., Tuebingen 1953, para. 1036, Remark II n. 4; per un'altra tesi, il giudice dovrebbe rifiutare l'assistenza solo se appare evidente e manifesto che il patto arbitrale è invalido: così Musielak-Voit, 5 ed., 2007, Art. 1050, para. 5 ZPO; Stein/Jonas *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 22 Aufl. 2002, Band 9, Art. 1050 para. 7; U. Has, *Die Gerichtliche Kontrolle der Schiedsgerichtlichen Entscheidungszustaendigkeit*, in *Festschrift fuer W. H. Rechberger zum 60 Geburtstag*, herausg. L. Bittner, T. Klicka, G. E. Kodek, P. Oberhammer, Wien, New York 2005, 187, 192; per una terza tesi, infine, al giudice straniero sarebbe preclusa ogni forma di valutazione della competenza arbitrale: così *Oberlandesgericht Berlin (Kammergericht)* 1919, in *Leipz. Zeit. fuer Deutsches Recht* 215; *Oberlandesgericht Hamburg* 1912, in *Zeit. fuer Zivilprozess*, 1912, 200; MuenchKommZPO-Muench 2001, Art. 1050, para. 11 ZPO).

Sempre nell'ottica dell'accelerazione e semplificazione della procedura, la nuova legge olandese prevede che la decisione circa la riunione di procedimenti arbitrali con sede in Olanda possa essere disposta da un terzo nominato dalle parti, senza l'obbligo, precedentemente previsto, di rivolgersi in via esclusiva al Presidente della Corte Distrettuale di Amsterdam. Se le parti lo prevedono, tale riunione può essere disposta anche tra un procedimento con sede in Olanda e uno o più svolgentesi all'estero.

Per quanto riguarda le misure cautelari, alle parti è preclusa la possibilità di escludere del tutto l'autorità degli arbitri di disporre misure cautelari. La durata dell'efficacia di queste non sarà necessariamente commisurata alla durata del procedimento arbitrale, dipendendo da una valutazione discrezionale del tribunale arbitrale. Quanto all'*emergency arbitrator*, istituto ormai molto diffuso, soprattutto per via della sua regolamentazione da parte delle ultime versioni dei regolamenti di alcune tra le principali istituzioni arbitrali internazionali (ICC, SCC, Swiss eICDR Rules), si prevede che una parte possa fare istanza di provvedimento all'*emergency arbitrator* senza la necessità di instaurare (o che sia già pendente)

un procedimento arbitrale nel merito. All'*emergency arbitrator* viene però sottratto il potere di emanare misure conservative quali the *levying of prejudgment attachments*, che rimangono di competenza esclusiva dei giudici statali.

Di particolare interesse la previsione espressa circa la natura da attribuire al provvedimento arbitrale di concessione di misure cautelari, che, salvo diversa decisione del tribunale arbitrale, andrà qualificato come lodo arbitrale, come tale (non solo eseguibile dal, ma anche) impugnabile dinanzi al giudice statale. La scelta del legislatore dovrebbe agevolare la circolabilità della misura cautelare a livello internazionale, anche solo ai sensi della Convenzione di New York (ove l'ordinamento del riconoscimento non abbia adottato le più specifiche previsioni in materia di provvedimenti cautelari della Legge Modello dell'UNCITRAL).

Per quanto attiene *stricto sensu* al procedimento arbitrale, la nuova legge contiene disposizioni ispirate alla *ratio* di dare sia alle parti che agli arbitri la più ampia libertà nella determinazione delle forme e dei tempi degli atti da compiersi all'interno del procedimento, all'insegna della massima flessibilità. Il tribunale arbitrale può organizzare udienze in luoghi diversi da quello della sede dell'arbitrato, all'interno o all'esterno del territorio olandese, a meno che le parti non abbiano convenuto diversamente e può designare uno dei suoi membri come incaricato di tenere l'udienza, a meno che, ancora una volta, le parti non abbiano deciso diversamente. Le parti possono decidere il numero di memorie da scambiare durante la procedura, le regole concernenti i mezzi di prova (ad esempio, quelle sulla loro ammissibilità ed efficacia) e la conduzione dell'istruttoria (prevedendo, ad esempio, il ricorso alla *cross examination* o all'istituto della *discovery*, con più o meno limitazioni); la celebrazione o meno di un'udienza orale; il conferimento o meno al tribunale del potere di ordinare la comparizione di un testimone o di un esperto, di emanare una misura cautelare o di disporre ordini di esibizione documentali alle parti. Si consente, infine, lo scambio elettronico delle comunicazioni e dei documenti, a patto che il tribunale abbia approvato l'utilizzo di tali mezzi di comunicazione e a meno che una delle parti non abbia escluso la possibilità di utilizzare tali mezzi, sempre che la possibilità di optare per tale esclusione sia stata preventivamente convenuta dalle parti.

Alcune modifiche sono state apportate non direttamente dalla legge di riforma dell'arbitrato, ma da provvedimenti legislativi relativi ad altre materie, che hanno però una ricaduta sull'istituto arbitrale. Da un lato, si prevede ad esempio che la prescrizione venga interrotta anche dall'instaurazione di un procedimento arbitrale che si sia chiuso poi in rito per declinatoria di giurisdizione da parte tribunale arbitrale; il decorso del nuovo termine di prescrizione riprenderà a partire dal giorno successivo a quello della pronuncia del lodo. Dall'altro, si precisa che un patto arbitrale sarà considerato valido se lo è, alternativamente, ai sensi della legge cui le parti lo hanno espressamente assoggettato, ai sensi della legge della sede dell'arbitrato o, nel caso in cui non sia stata fatta alcuna scelta circa la legge applicabile, ai sensi della legge applicabile alla relazione giuridica sottostante cui si riferisce il patto arbitrale. Infine, nel contesto di un ordi-

namento che pure riconosce e rispetta il principio dell'immunità dello Stato (ad esempio, per i cd *acts of State*, o, in materia di esecuzione, in relazione agli *assets* aggredibili, da cui sono escluse le proprietà statali finalizzate alla realizzazione di scopi pubblici), si è codificata la regola (conosciuta nell'ordinamento olandese come *Lizardi rule*, ma da tempo considerata alla stregua di un principio generale), secondo cui uno Stato o un'entità statale parti di un patto arbitrale non possono invocare la propria legge nazionale per sottrarsi al vincolo derivante dalla stipulazione del detto patto o per contestare l'arbitrabilità della controversia, nel caso in cui la controparte del patto non conosceva, né aveva il dovere di conoscere, tale legge.

Manca, nella nuova legge, un'espressa previsione circa l'obbligo, delle parti e degli arbitri, di mantenere la riservatezza sul procedimento arbitrale: viene infatti lasciata alle parti la possibilità di prevedere espressamente questo obbligo, nel patto arbitrale o mediante l'incorporazione di un regolamento arbitrale che lo preveda. Manca altresì un'espressa regolamentazione dell'istituto dell'intervento di terzi nel procedimento arbitrale, mentre è stata stralciata la previsione, originariamente prevista nella proposta di legge, che imponeva che il tribunale arbitrale fosse composto da almeno una persona in possesso di un LL.M. o di un titolo equivalente.

All'emanazione della nuova legge dovrebbe far seguito la modifica dei regolamenti delle principali istituzioni arbitrali olandesi (*in primis*, il *Netherlands Arbitration Institute*, qui di seguito NAI), al fine di allinearli alle disposizioni della nuova legge. Il quinto anniversario del NAI, svoltosi il 9 ottobre del 2014, è stato appunto dedicato alla discussione sulle possibili modifiche dell'attuale regolamento.

Per quanto riguarda il Belgio, la nuova legge arbitrale, emanata dal Parlamento Federale il 24 giugno 2013 e pubblicata sul *Belgische Staatsblad* il 28 giugno 2013, è entrata ufficialmente in vigore il 1 settembre 2013 (v. M. Piers, D. De Meulemeester, *A new Arbitration Law for Belgium: UNCITRAL enters the Scene*, in *Am. Rev. Int'l Arb.*, 2014, Vol. 25, N. 1, 63 ss.; S. Champagne, S. e V. Fonke, *Belgium adopts new arbitration based on UNCITRAL Model Law*, 11 Oct 2013, in <http://www.lexology.com>). È il risultato di un lavoro durato circa due anni di una Commissione di esperti composta, tra l'altro, da H. Van Houtte, G. Keugten, O. Caprasse, F. Lefevre (v. *Explanatory Memorandum - Memorie van Toelichting* - Parl. St. Kamer, 2012 - 2013, N. 2743/005). Essa sostituisce la parte sesta del codice belga di procedura civile (*Code judiciaire/Gerechtigd Wetboek*) e mira a dare un forte impulso al processo di internazionalizzazione dell'ordinamento belga in questo settore, considerato il suo tradizionale isolamento normativo conseguente all'adozione, a suo tempo (v. la legge del 4 luglio 1972, in *Moniteur Belge*, 8 agosto 1972, 8717), di una legislazione basata sulla Convenzione Europea del 1966 (mirante a creare una Legge Uniforme in materia di arbitrato), che praticamente il solo Belgio (salvo l'Austria, che si era però limitata alla sola stipula) aveva ratificato. Isolamento cui avevano cercato di porre rimedio le successive riforme (V. la legge 27 marzo 1985, in M.B. 13 aprile

1985, 516 e la legge 18 maggio 1998, in M.B. 7 agosto 1998 25353).

A questo fine la Commissione non ha avuto dubbi nel porre a base della nuova legge la Legge Modello dell'UNCITRAL, considerato lo *standing* internazionale di quest'ultima e la sua particolare adattabilità a controversie con profili internazionali. In ciò ha seguito l'esempio di altri ordinamenti (v., oltre alla summenzionata legge olandese, la revisione del libro X della ZPO tedesca del 22 dicembre 1997; l'*Arbitration Act* irlandese del 20 maggio 1998; la legge arbitrale spagnola del 23 dicembre 2003; la legge arbitrale austriaca del 1 luglio 2006), divenendo il 67mo paese ad emanare una legislazione basata sulla Legge Modello dell'UNCITRAL. Pur ispirandosi fortemente a quest'ultima, la nuova legge mantiene alcune peculiarità del sistema precedente. Tra queste, la mancata differenziazione tra il regime applicabile agli arbitrati domestici e a quelli internazionali, da un lato per la difficoltà, in molti casi, di ricondurre determinate procedure all'una o all'altra categoria (come emerge dallo studio contenuto nell'articolo di P. Mayer, *Faut-il distinguer arbitrage interne et arbitrage international?* in *Rev. arb.* 2005, 136, espressamente richiamato dalla Commissione; sul tema v. anche J. Pellerin, *Monisme ou dualisme de l'arbitrage : le point de vue français*, in *Gazette du Palais*, 15-17 ottobre 2006, *Cahiers de l'arbitrage* 2006 n. 2, 5); dall'altro, per 'contaminare' l'arbitrato domestico con le previsioni, la prassi e lo spirito, tradizionalmente più liberali, riservati agli arbitrati internazionali (all'insegna del motto: *if it is good enough for international arbitration, it is good enough for national arbitration*).

L'allineamento alla Legge Modello dell'UNCITRAL si riscontra in particolare nelle previsioni che disciplinano, da un lato, la validità della pattuizione arbitrale, dall'altro, le misure cautelari, dall'altro ancora, il termine per la proposizione dell'istanza di annullamento di un lodo. Quanto al primo profilo, il legislatore belga rinuncia alla forma scritta *ad substantiam* per accontentarsi della forma scritta *ad probationem* (avallando una prassi già adottata dalla giurisprudenza: v. *Tribunal de Commerce*, Hasselt, 14 giugno 2000, in *R.W.*, 2000, 1283), legittimando d'ora innanzi il giudice belga ad applicare la *more favorable provision* di cui all'art. VII della Convenzione di New York, al fine di eseguire lodi che non rispettino il requisito di forma più stringente di cui all'art. II della medesima Convenzione. Quanto al secondo, la ribadita legittimazione degli arbitri ad emettere misure cautelari viene corredata di un apparato che garantisce la loro efficacia ed effettività (e dunque il loro riconoscimento ed esecuzione) al pari di quelle concesse dai giudici statali. Quanto al terzo profilo, la nuova legge adotta il termine di tre mesi, decorrente dalla data di notificazione del lodo (o della sua rettifica o interpretazione), per la proposizione del giudizio di impugnazione, *indipendentemente dal motivo di annullamento invocato* (art. 1717, §4): scelta, forse, non felicissima in relazione a motivi, quali la pronuncia ottenuta con dolo, i cui elementi fattuali che ne delineano la fisionomia potrebbero emergere solo in un momento successivo.

Molto importanti anche le novità in materia di competenza dei giudici statali per quanto attiene alle funzioni di supporto e controllo della procedura arbitrale. Da un

lato, in materia di annullamento o esecuzione dei lodi, si prevede la concentrazione della competenza esclusiva in alcuni giudici di prima istanza specificamente individuati (situati nelle sedi delle Corti d'Appello nella cui circoscrizione ha sede l'arbitrato, e dunque nelle città di Anversa, Mons, Bruxelles, Ghent e Liegi), abolendo contestualmente la possibilità di proporre appello avverso la decisione di questi ultimi (al contrario di quanto previsto nella precedente disciplina) e consentendosi unicamente il successivo ricorso dinanzi alla Corte Suprema belga (art. 1680, §5), sulla base di un numero limitato di motivi e con esclusione di qualsivoglia revisione nel merito. Si passa così da tre a due gradi di giudizio. Tale scelta influirà certamente sulla speditezza dei relativi procedimenti e quindi sulla rapidità con cui una pronuncia arbitrale potrà acquisire l'efficacia di *res judicata*, non solo per via dell'eliminazione di un grado di giudizio, e per la concentrazione della competenza nelle mani di giudici ben individuati (che dovrebbe consentire una progressiva specializzazione di questi ultimi), ma anche perché le Corti d'Appello belghe, cui viene sottratta la competenza in queste materie, sono da tempo afflitte da un carico di arretrati esorbitante, che regge bene il confronto con quello delle corti italiane.

Dall'altro lato, nel contesto di procedimenti sommari, si attribuisce al Presidente del Tribunale di Primo Grado il potere di intervenire nel corso di un procedimento arbitrale al fine di decidere questioni relative alla nomina, sostituzione e ricusazione degli arbitri (quando non vi è alcuna istituzione coinvolta o la detta istituzione è incapace di provvedervi), oppure di adottare le misure necessarie per l'istruzione probatoria o di disporre misure cautelari quali i sequestri (v., in particolare, il nuovo art. 1680, §§ 1 - 4). Le decisioni del Presidente non sono soggette ad alcun appello.

Le nuove disposizioni sono in linea con il regime precedente, che agli artt. 1679 (2) e 1696 (1) aveva previsto per la prima volta espressamente il potere concorrente di arbitri e giudici statali per la concessione di misure cautelari (su cui v. L. Demeyere, *De Wet van 19 mei 1998 tot wijziging van de bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek betreffende de arbitrage*, in *RW* 1998.1999, 867; G. de Leval, *L'arbitre et le juge étatique: quelle collaboration?*, in *Rev. Dr. Int'l Comp.*, 2005, 12). La nuova legge, in linea con la dottrina e giurisprudenza prevalenti, consente altresì alle parti di escludere la competenza dei giudici statali di concedere misure cautelari (v. *Court of First Instance*, Liège, 6 luglio 1989, Pas. 1997, III, 8; G. de Leval, *Le Juge et l'arbitre*, in *Les Mesures Provisoires en Droit Belge, Français et Italien: Etude de Droit Comparé*, (a cura di J. van Compernelle, G. Tarzia), Bruxelles 1998, 139; G. Keutgen, *Chronique de jurisprudence: l'arbitrage* (1987 - 1992), in *JT*, 1993, 682). Va poi osservato che la nuova legge non adotta alcune previsioni in materia di misure cautelari contenute nella Legge Modello dell'UNCITRAL, nella versione del 2006, tra cui il potere del tribunale di emettere misure cautelari *ex parte*: questo perché, come spiegato nell'*Explanatory Memorandum*, si è ritenuto che tale potere non fosse in conformità alla natura del fenomeno arbitrale e al principio del *due process*, e che potesse condurre ad errori e problemi applicativi nella fase dell'esecuzione della misura concessa *ex*

parte. Da segnalare il potere del tribunale arbitrale di modificare, sospendere o terminare l'efficacia di misure cautelari non solo emesse da lui, ma anche dall'autorità statale.

Le norme sull'annullamento dei lodi arbitrali presentano alcune particolarità rispetto alla disciplina della Legge Modello dell'UNCITRAL. In aggiunta ai motivi contemplati dall'art. 34 di quest'ultima, un lodo può essere annullato anche quando è privo di motivazione (anche se si fa un'eccezione per i lodi emessi in paesi che non prevedono l'obbligo di motivazione, nel qual caso il lodo può comunque essere riconosciuto in Belgio). L'assenza di motivazione era già contemplata dalla normativa precedente, che sanzionava altresì i lodi affetti da motivazione *contraddittoria*: motivo che aveva dato luogo a confliggenti interpretazioni, non essendo chiaro se la contraddittorietà dovesse sussistere tra quanto statuito in motivazione e quanto disposto nel dispositivo, oppure anche solo tra alcune affermazioni all'interno della sola motivazione, ponendosi anche il dubbio se una motivazione affetta da contraddizioni potesse considerarsi come motivazione apposta o assenza di motivazione *tout court*. Il legislatore della riforma ha deciso di omettere questo motivo, eliminando di conseguenza la rilevanza del problema. Un secondo motivo di annullamento del lodo, non previsto dalla Legge Modello dell'UNCITRAL e già contenuto nella precedente normativa, è quello del tribunale che abbia ecceduto i suoi poteri (tipico il caso in cui il tribunale abbia deciso *ex aequo et bono* in mancanza di accordo espresso delle parti in questo senso). Un terzo motivo, infine, è quello del lodo annullabile perché ottenuto con dolo (motivo, questo, che può essere rilevato anche *ex officio* dal giudice nel contesto di un'impugnazione fondata su altri motivi).

La possibilità di far valere i motivi di impugnazione di un lodo è condizionata alla tempestiva proposizione della relativa eccezione nel corso della procedura arbitrale, se i vizi erano conosciuti (in precedenza tale requisito era applicabile unicamente ai casi di vizi attinenti alla costituzione del tribunale e alla validità del patto arbitrale), salvo che si tratti di vizi relativi al contenuto del lodo arbitrale (quali il difetto di motivazione), o rilevabili *ex officio* dal giudice dell'impugnazione (quali la non arbitrabilità della controversia, la violazione dell'ordine pubblico, il dolo) (così l'art. 1717 §5). Peraltro, la violazione del *due process*, al fine di condurre all'annullamento del lodo, deve aver avuto significative ripercussioni su quest'ultimo, pena, in caso contrario, il rigetto della relativa istanza (art. 1717 §2): l'onere della prova che la violazione non ha avuto ripercussioni sul lodo ricade dunque sul convenuto nel procedimento di impugnazione per nullità del lodo (il legislatore ha dunque innovato rispetto al regime precedente, nel cui contesto la dottrina e giurisprudenza maggioritarie ritenevano necessario l'ulteriore requisito dell'effettiva incidenza sul lodo della violazione del *due process* solo nel caso in cui si allegasse la violazione di una norma di applicazione necessaria: così Court of Appeal Antwerp, 19 dicembre 2005, 2003/A.R./1909; Court of Appeal Antwerp, 26 giugno 2000, P&B 2001, 183; Court of First Instance Ghent, 6 marzo 1997, 1995/A.R./129; B. Hanotiau, *L'annullation des sentences arbitrales*, in JT, 2004, 424). Certo, come sempre

accade il dettato della legge si limita ad enucleare una regola la cui applicazione in un senso o nell'altro dipenderà dalle variabili del caso di specie. Ad esempio, non è chiaro se il requisito della previa eccezione del vizio possa dirsi integrato nel caso in cui una parte sollevi durante il corso della procedura un'eccezione di violazione del *due process*, eppure non si opponga alla continuazione del procedimento e non pretenda un'immediata pronuncia del tribunale sul punto: in un caso simile la Corte d'Appello di Parigi del 2 aprile 1998 ha optato per la soluzione negativa. D'altra parte, interpretare la norma nel senso di richiedere sempre un'immediata ed espressa presa di posizione del tribunale arbitrale potrebbe avere un impatto negativo sulla speditezza del procedimento, incoraggiando tattiche dilatorie e comportamenti ostruzionistici.

Una delle peculiarità del sistema precedente, che il legislatore ha deciso di riproporre anche nella nuova architettura normativa (v. nuovo art. 1719), è la facoltà riconosciuta alle parti *non belghe* (quindi, per quanto riguarda le società, a quelle che non siano state incorporate in Belgio, o che non abbiano ivi la loro sede principale o una sede secondaria e, per quanto riguarda le persone fisiche, a quelle che non abbiano la nazionalità belga o non siano quivi residenti) di rinunciare *preventivamente* all'impugnazione dei lodi arbitrali emessi in Belgio.

In tema di rinuncia preventiva all'impugnazione del lodo, il Belgio si era in passato distinto per aver adottato la soluzione più radicale tra quelle pur liberali di altri ordinamenti coevi, ispirate anch'esse alla *ratio* di favorire il più possibile l'autonomia delle parti. L'art. 1717 del codice giudiziario belga del 1985 (su cui v. M. Buehler, *Staatsgerichtliche Aufhebungskontrolle am Schiedsort? Zum Reform Belgiens*, in *Iprax* 1987, 253) escludeva infatti *ex lege* (e dunque senza lasciare alle parti alcuna possibilità di accordarsi diversamente, mediante meccanismi di *opt-in* o *opt-put*) l'impugnazione di un lodo pronunciato in Belgio tra parti prive di alcun collegamento con l'ordinamento belga (i.e. soggetti privi di nazionalità belga, non residenti in Belgio o non aventi il loro *place of business* in Belgio). Una scelta siffatta, evidentemente finalizzata a veicolare l'immagine del Belgio come giurisdizione particolarmente *arbitration-friendly*, trovava giustificazione nella convinzione che la scelta del Belgio come sede di arbitrati tra parti straniere si fondasse unicamente sulla sua neutralità rispetto alla nazionalità e agli interessi coinvolti delle parti della controversia, in linea con quel filone giurisprudenziale (particolarmente in voga in Francia) secondo cui lo Stato non avrebbe alcun titolo, né utilità, a rivedere lodi arbitrali emessi sul proprio territorio, allorché *nessuna delle parti abbia interesse ad ottenere l'esecuzione del lodo in quello Stato*. La scelta *de qua* - molto criticata dalla dottrina, anche straniera - si era rivelata un deterrente, anziché un incentivo, a scegliere il Belgio come sede di procedimenti arbitrali internazionali. Al di là della considerazione, già comunque piuttosto diffusa all'epoca, secondo cui un lodo che non abbia nemmeno la potenzialità di essere supervisionato da un'autorità giudiziale statale - quantomeno in relazione ai vizi procedurali più macroscopici e alle più gravi violazioni di diritti processuali fondamentali - perde autorevolezza agli occhi di qualunque giudice chiamato

a riconoscerlo in un'altra giurisdizione, finendo dunque per incontrare notevoli resistenze quanto alla sua circolazione a livello internazionale, l'elemento di maggiore perplessità consisteva in realtà in ciò, che una norma pensata per favorire l'arbitrato, potenziandone una delle caratteristiche più tipiche, la *finality*, finiva in realtà per comprimere grandemente uno dei suoi caratteri distintivi, l'*autonomia delle parti*, cui veniva sottratta *ex lege* la facoltà di scegliere e disporre, del tutto e fino in fondo, del destino della procedura arbitrale opzionata. Prospettiva difficilmente allettante per le potenziali e future parti di procedure arbitrali in Belgio. La scarsa incidenza, anche per le ragioni suddette, della norma di cui all'art. 1717 sul numero di arbitrati internazionali incardinati in Belgio, induceva il legislatore del 1998 a mutare avviso e ad introdurre, a solo pochi anni di distanza, una norma con cui si ripristinava il diritto delle parti straniere a contestare il lodo dinanzi al giudice belga, lasciandole peraltro libere di accordarsi, mediante dichiarazione espressa da farsi nel patto arbitrale, o in separato accordo, circa l'opportunità di limitare o escludere del tutto la possibilità di impugnare il lodo arbitrale (v. B. Hanotiau, G. Block, *The Law of 19 May 1998 Amending Belgian Arbitration Legislation*, in *Arb. Int'l*, 1999, 15, 99; H.W. Verbist, *Die Aufhebungsklage gegen Schiedssprüche in internationalen Schiedsverfahren in Belgien nach der Reform des Schiedsverfahrensrechts durch das Gesetz vom 19. Mai 1998*, in *Aa.Vv., Festschrift fuer Otto Sandrock zum 70. Geburtstag*, Heidelberg 2000, 993 ss.).

Il legislatore della riforma del 2013 ha dunque riproposto la soluzione da ultimo illustrata, in ciò allineandosi ad altri ordinamenti europei che più o meno recentemente hanno seguito la stessa strada, quali quello svizzero (su cui v. D. Baizeau, *Commentary on Article 192 PIL Act*, in *Arbitration in Switzerland - The Practitioners' Guide* (M. Arroyo, ed.), The Hague 2013; ID., *Waiving the right to challenge an arbitral award rendered in Switzerland: caveats and drafting considerations for foreign parties*, in *Int'l Arb. Law Rep.* 2005, 69; C. Jermini, M. Arroyo, *Pitfalls of Waiver Agreements under Article 192 PILS*, in *Multi-Contract Settings: Some Remarks on Swiss Federal Court Decision 134 III 260*, in *ASA Bull.* 2009, 103); quello svedese (sui cui v. J. Sekolec, N. Eliasson, *The UNCITRAL Model Law on Arbitration and the Swedish Arbitration Act: a Comparison*, *The Swedish Arbitration Act of 1999*, 2006, 177 ss.; L. Heuman, S. Jarvin, *The Swedish Arbitration Act of 1999, Five Years On: A Critical Review of Strengths and Weaknesses*, Huntington, New York, 2006; K. Hobér, *International Commercial Arbitration in Sweden*, Oxford, New York 2011); quello francese (su cui v. E. Gaillard, *France Adopts New Law on Arbitration*, in *N.Y.L.J.*, 2011, n. 3, 175; M. De Santis, M. M. Winkler, *La riforma francese del diritto dell'arbitrato: un commento sistematico. Parte seconda. Il lodo, le impugnazioni e la disciplina dell'arbitrato internazionale*, in *Dir. Comm. Int'l* 2012, 1, 59 ss.).

Tra gli ordinamenti che tutt'ora impediscono alle parti di accordarsi per la rinuncia preventiva all'impugnazione figurano invece quello italiano (v. il chiaro dettato dell'art. 829 c.p.c.), quello tedesco (ma v., di recente, le aperture conseguenti alla decisione del *Bundesgerichtshof* dell'1 marzo 2007, in *25 ASA Bull.*, 2007, 810) e

quelli che in maniera più o meno sostanziale si sono ispirati alla Legge Modello dell'UNCITRAL (il cui silenzio sul punto è stato letto nel senso che per l'esclusione di tutti o alcuni dei motivi di annullamento del lodo sarebbe in ogni caso necessaria una *esplicita previsione di legge*, la cui mancanza precluderebbe dunque alle parti la facoltà di escludere, anche solo parzialmente, il controllo giudiziario sul lodo: per riferimenti v. P. Sanders, *Unity and Diversity in the Adoption of the Model Law*, in *11 Arb. Int'l*, 1995, 23 ss.).

Oscillante, invece, in assenza di un'espressa previsione di legge, la giurisprudenza americana (v., per riferimenti, L. Montgomery, *Expanded Judicial Review of Commercial Arbitration Awards: Bargaining for the Best of Both Worlds*, in *U. Cin L. Rev.* 2000, 68, 529 ss.; C.R. Drahozal, *Contracting around RUUA: Default Rules, Mandatory Rules and Judicial Review of Arbitral Awards*, in *3 Pepp. Disp. Resol. L. J.* 2003, 419; L. C. Holstein, *Co-opting the Judicial Review of Arbitral Awards Through Contract*, in *World Arb. & Med. Rep.* 2001, 12, 276), anche se la Corte Suprema, con la decisione *Hall Street Associates L.L.C. v. Mattell Inc.* (25 marzo 2008), 128 S. Ct. 1396 (U.S. Ct. Ct. 2008) (su cui v. A. Samuel, *The US Supreme Court on Federal Pre-Emption and Appeals on Questions of Law by Consent - A Case Note*, in *Arb. Int'l* 2009, Vol. 25, 3, 455 ss.; T. Tyler, A. A. Parasharami, *Finality over Choice: Hall Street Associates, L.L.C. v. Mattel, Inc.* (U.S. Supreme Court), in *J. Int'l Arb.*, 2008, Vol. 25, 5, 613 ss.; P.J. Martinez-Fraga, *Defining judicial limitation on intervention in international commercial arbitration and apportionment of jurisdiction: the demise, or is it, of party-autonomy in favor of the Federal Arbitration Act in Hall Street associates, L.L.C. v. Mattel, INC.* in M.A. Fernández-Ballesteros, D. Arias (eds), *Spain Arbitration Review, Revista del Club Español del Arbitraje*, 2008, 2, 35 ss.), pare aver chiuso definitivamente le porte all'ammissibilità di simili accordi.

Del resto, l'istituto della rinuncia preventiva all'impugnazione del lodo, per quanto espressione dell'autonomia delle parti, presenta alcune significative problematiche teorico-applicative. Per cominciare, tali accordi assumono sempre i contorni di un *roulette game*, dal momento che nessuna delle parti può sapere con certezza, prima dell'inizio di una disputa, se sarà attore o convenuto, né se l'esito della stessa la vedrà vittoriosa o soccombente. D'altra parte, il vantaggio insito nell'evitare qualsivoglia revisione del lodo da parte del giudice statale non dispenserà la parte vittoriosa dal controllo successivo del lodo, in base sostanzialmente agli stessi, o comunque ad analoghi, motivi contemplati dal rimedio impugnatorio escluso per accordo, da parte dei giudici di tutte quelle giurisdizioni in cui sarà richiesto il riconoscimento e l'esecuzione della decisione arbitrale (108). L'attore vittorioso, per di più, potrebbe essere seriamente penalizzato dal fatto che la decisione del giudice del riconoscimento di non riconoscere un lodo sia priva di effetti *erga omnes* (inidonea, cioè, a produrre l'eliminazione dello stesso dal mondo del diritto). Infatti, il suddetto attore, a fronte delle possibili difficoltà incontrate in sede di riconoscimento (magari con più d'un tentativo effettuato in diverse giurisdizioni), non potrà comunque procedere ad azionare *per altre vie* (mediante, cioè, instaurazione di

un altro arbitrato o di un'azione dinanzi all'autorità giudiziaria ordinaria) quello stesso diritto oggetto della decisione arbitrale, potendogli sempre essere opposta, per bloccare sul nascere la nuova azione, la preesistente decisione arbitrale divenuta ormai definitiva (per quanto affetta da vizi tali da pregiudicarne, come visto, il riconoscimento in talune giurisdizioni). A sua volta, alla parte che risulti soccombente, è del tutto preclusa la possibilità, in virtù dell'avvenuta stipulazione dell'*exclusion agreement*, di ottenere uno scrutinio giudiziale, sia nel paese dove il lodo è stato emesso, sia altrove, stante la non configurabilità di un'istanza esecutiva in relazione ad un lodo di rigetto, nonché l'infrequenza dei casi in cui il convenuto vittorioso si attivi per ottenere il mero riconoscimento di un tale lodo (nel qual caso verrebbe riesumata la possibilità dell'attore soccombente di eccepire i motivi ostativi al riconoscimento). E tale esclusione si avrebbe anche a fronte di vizi particolarmente gravi del lodo, financo di quelli che lo porrebbero in contrasto con l'ordine pubblico della sede.

Ma l'argomento che forse più di tutti osta all'ammissibilità dei cd. *exclusion agreements* risiede nell'interesse di natura innegabilmente pubblicistica a che esista una forma di controllo dell'operato degli arbitri, al fine quantomeno di censurare le violazioni alle garanzie fondamentali del giusto processo, che non potranno mai essere lasciate integralmente alla mercé degli accordi tra le parti. Ne soffrirebbe, altrimenti, lo stesso interesse dello Stato in cui l'arbitrato si è svolto, nonché, a ben vedere, anche quello degli operatori, che dall'esistenza di un minimo di supervisione giudiziale da parte dell'autorità giudiziaria derivano un maggiore grado di fiducia nel funzionamento del meccanismo arbitrale nel suo complesso. Come icasticamente statuito da L.J. Kerr (*Alexander Lecture before the Chartered Institute of Arbitrators*, in *Int. Comp. Law. Quart.*, 1985, 15): «No one having the power to make legally binding decisions in this country should be altogether outside and immune from this system. No one below the highest tribunals should have unreviewable legal powers over others» (ma v. *contra* G. Born, *International Commercial Arbitration*, The Hague 2009, 2663, per il quale: «(...) where sophisticated companies freely decide that they wish to forego any review in annulment proceedings, it is difficult to see why that agreement should not be given effect, save in the most extraordinary circumstances (...)»). L'esistenza di uno scrutinio giudiziale, infine, riduce il rischio di un ulteriore inconveniente pratico, consistente nella possibilità che la parte soccombente, vittima di un lodo difettoso, si trovi a dover subire una serie infinita di procedure esecutive in giurisdizioni differenti, in conseguenza del mancato riconoscimento del lodo in alcune di esse.

La nuova legge arbitrale belga dovrebbe poi porre fine ad alcuni contrasti interpretativi in materia di ricasazione degli arbitri, emersi nel vigore della precedente normativa, specialmente a seguito della decisione con cui la Corte d'Appello di Bruxelles, nel 2005, aveva statuito non solo che tutte le istanze di ricasazione degli arbitri dovessero proporsi ai giudici statali, ma addirittura che le disposizioni che prevedevano il deferimento di tali questioni e controversie ad istituzioni arbitrali fossero contrarie all'ordine pubblico belga. La decisione, come

prevedibile, aveva suscitato un vespaio di critiche, che hanno infine condotto all'adozione di una norma che, al pari di quella già vista adottata dal legislatore olandese, espressamente riconosce alle parti la facoltà di scelta se adire il giudice statale o un'istituzione arbitrale ai sensi della procedura prevista dal relativo regolamento. Non viene però incorporata la previsione contenuta nella Legge Modello, secondo cui in pendenza della decisione sulla ricasazione, il tribunale arbitrale, incluso l'arbitro ricasato, può (anche se non ne è obbligato), continuare il procedimento arbitrale e rendere un lodo.

Rimangono invece insoluti alcuni nodi già emersi nel vigore della precedente normativa e che le disposizioni della nuova legge non chiariscono del tutto. Non è tutt'ora chiaro, ad esempio, se in Belgio siano consentiti il riconoscimento e l'esecuzione di un lodo annullato nel paese della sede dell'arbitrato. Nell'ambito di una giurisprudenza che su questo profilo non è per nulla copiosa, non pochi commentatori sostengono che tali lodi siano perfettamente riconoscibili in Belgio, in virtù dei medesimi principi e *rationes* formulati qualche tempo fa in celebri casi quali *Hilmarton* e *Chromalloy*. Tale conclusione è altresì fondata su una decisione - che continua a mandare incerti messaggi - con cui il giudice di primo grado di Bruxelles del 6 dicembre 1988, nel caso *Sonatrach v. Ford Bacon Davies*, a fronte di un lodo reso in Algeria e annullato nel paese di origine, aveva concluso per l'inapplicabilità della Convenzione di New York, e in particolare del suo art. V, 1, e), in virtù della riserva del requisito della reciprocità, in quanto al momento della pronuncia del lodo l'Algeria non era parte della Convenzione. Il giudice aveva osservato che *Sonatrach* non aveva invocato alcun altro motivo di rifiuto del riconoscimento del lodo tra quelli contemplati dal codice di procedura civile belga, né alcun altro motivo che avrebbe potuto condurre al rifiuto del riconoscimento di un lodo in Belgio. Anche in virtù di asseriti vizi procedurali, il giudice aveva quindi rifiutato di riconoscere la decisione con cui il giudice algerino aveva annullato il lodo, dando il via libera al riconoscimento di quest'ultimo in Belgio.

Sul punto la Legge Modello dell'UNCITRAL, all'art. 36, 1, a, v, statuisce che il riconoscimento e l'esecuzione di un lodo: «(...) may be refused (...) if the award has not yet become binding on the parties or has been set aside or suspended by a court of the country in which, or under the law of which, that award was made». Non c'è omogeneità di interpretazione e applicazione di questa norma nell'ambito delle diverse giurisdizioni che hanno adottato la Legge Modello. In alcune, i giudici mantengono un potere discrezionale quanto alla decisione se eseguire o meno un lodo annullato nel paese di origine, mentre in altre l'esecuzione è rifiutata in base al mero riscontro della sussistenza di un motivo di rifiuto del riconoscimento. Il legislatore belga si è limitato ad incorporare nella nuova legge il testo suddetto, omettendo però l'utilizzo del verbo *may* (che suggerisce l'esistenza, in capo al giudice, di un potere discrezionale quanto alla decisione se rifiutare o meno il riconoscimento, pur in presenza dei motivi di rifiuto contemplati dalla Convenzione) e disponendo direttamente che il giudice: «(...) refuses the recognition and the enforcement of an arbitral award, irrespective of the

country in which it was made, in the following circumstances only [...]". Per quanto il wording differente della norma parrebbe sottrarre al giudice belga ogni discrezionalità quanto alla decisione se rifiutare o meno il riconoscimento, quel precedente invita a non trarre conclusioni affrettate e definitive. Lo stesso problema si pone del resto allorché si confrontino le versioni inglese e francese del testo dell'art. V, 1 della Convenzione. Sarà in definitiva la prassi a dire in che modo i giudici applicheranno la nuova disposizione.

In tema di arbitrabilità, va osservato che la categoria è stata ampliata, sotto il profilo oggettivo, rispetto al passato, quando era possibile arbitrare solo le controversie che potevano formare oggetto di transazione, mentre oggi bisogna distinguere tra controversie di *carattere pecuniario* - termine da interpretarsi in maniera estensiva - e controversie di *carattere non pecuniario*: il criterio previgente (idoneità ad essere oggetto di transazione) continua ad applicarsi a queste ultime, mentre le prime sono arbitrabili *senza alcuna limitazione*. La precisazione legislativa consente di dare soluzione positiva, in linea con l'opinione maggioritaria di dottrina e giurisprudenza (v. D. Fevery, *Openbare orde in het kader van de procedure tot nietigverklaring van arbitrale sententies*, in *Algemeen Juridisch Tijdschrift (AJT)*, 1996, 182; J.v.den Heuvel, *Arbitrage: capita selecta*, in *Liber Amicorum Lucien Simont*, Bruxelles 2002, 335; *Commercial Court of Ghent*, 8 novembre 1995, TGR, 1996, 17), alla questione, particolarmente dibattuta nel vigore della precedente normativa, se controversie concernenti profili di ordine pubblico possano essere risolte tramite arbitrato.

Tra le altre previsioni si segnalano quelle sulla data di inizio del procedimento arbitrale (che viene identificata, dal nuovo articolo 1702, nel momento in cui: '(...) an arbitration application is received by the respondent, in accordance with article 1678 par. 1 (a)', risolvendo così i dubbi emersi sotto la disciplina previgente: su cui v. M. Piers, H. Verbist, *Recente vernietigingen von arbitrale uitspraken van de geschillencommissie reizen: een analyse*, in *Droit de la Consommation – Consumentenrecht*, 9, 2005, 3); sulla possibilità di iniziare o proseguire un procedimento arbitrale anche in pendenza di un giudizio statale sul merito della controversia che forma oggetto del patto arbitrale (in ossequio al principio *Kompetenz Kompetenz*, ribadito dai nuovi artt. 1682 (1) e 1690 del codice giudiziario belga, su cui v. *Commercial Court Brussels*, 16 gennaio 1991, in TBH, 1992, 137; *Commercial Court Antwerp*, 13 giugno 1983, in RHA, 1985, 71), potendo in ogni caso la decisione dell'arbitro sulla propria competenza essere immediatamente appellata dinanzi al giudice di prima istanza; che codificano espressamente una serie di principi generali, quali il principio di pari trattamento tra le parti e il giusto processo; sulla possibilità per gli al-

tri arbitri, allorché uno di loro si rifiuti di prendere parte alla deliberazione, di pronunciare comunque la decisione, salvo diverso accordo tra le parti; sulla possibilità, per il giudice dell'impugnazione, di rinviare la causa all'arbitro affinché provveda alle necessarie integrazioni, onde evitare l'annullamento del lodo; sul potere degli arbitri di concedere qualunque tipo di misura cautelare ritengano necessaria, salvo i sequestri (al contrario di quanto dispone la Legge Modello, non vengono però esplicitate le condizioni in base alle quali tali misure possono essere concesse, né viene fornita una lista indicativa di quali possano essere tali misure, lasciando la decisione alla discrezione degli arbitri).

La nuova legge arbitrale belga fa seguito alla modernizzazione (a far data dall'1 gennaio 2013) del regolamento di CEPANI - la principale istituzione arbitrale belga -, che prevede, tra l'altro, la facoltà per le parti coinvolte in controversie *multi-party* o *multi-contract* di accordarsi per la decisione di tutte le cause in unico procedimento; la facoltà di un terzo di intervenire o essere chiamato in un procedimento pendente tra altre parti; l'introduzione dell'istituto dell'*emergency arbitrator*, che può essere nominato (entro 48 ore dalla richiesta presentata da una parte) prima della costituzione del tribunale arbitrale, al fine di emettere provvedimenti cautelari e che ha l'obbligo di rendere una pronuncia (peraltro non vincolante il tribunale arbitrale successivamente costituito, che può decidere di confermarla, modificarla o revocarla) entro 15 giorni lavorativi dalla sua nomina, con il vincolo di non poter essere nominato arbitro nel procedimento di merito; l'opzione della gestione informatizzata dell'intera procedura, dalla domanda di arbitrato alla pronuncia del lodo; l'obbligo per le parti e gli arbitri di mantenere la riservatezza su tutti gli snodi del procedimento, salvo diverso accordo delle parti o diversa previsione di legge; l'esclusione, per gli arbitri, di ogni responsabilità connessa all'esercizio delle loro funzioni, salvo in caso di dolo o negligenza grave.

Nella speranza del legislatore, la nuova legge arbitrale belga, in uno con la revisione del regolamento CEPANI, la pubblicazione di una nuova rivista dedicata esclusivamente all'arbitrato, B-Arbitra (con contributi in inglese, francese e olandese) e una serie di altri fattori (ricordati pubblicamente dal Ministro Belga degli Affari Esteri, Didier Reynders, in occasione della presentazione della nuova legge), quali l'efficienza e convenienza delle strutture e dei trasporti belgi, la localizzazione e il ruolo della capitale all'interno dell'Europa, il numero di avvocati poliglotti, dovrebbero concorrere a fare del Belgio una mèta sempre più ambita per gli arbitrati internazionali.

Albert Henke

Corte di cassazione: decisioni di interesse processual-internazionalistico

Vendita di beni mobili con trasporto a mezzo vettore e nozione di "luogo di consegna" ex art. 5, n. 1, lett. b), Reg. n. 44/2001

Cass., sez. un., 14 novembre 2014, n. 24279 (ord.) - Pres. Rovelli - Rel. D'Ascola - P.M. Patrone (conf.) - Rheinland Elektro Maschinen Group D.O.O. c. ABAC Aria Compressa S.p.a.

La società italiana ABAC Aria Compressa S.p.a., a fronte del mancato pagamento di una partita di compressori a uso industriale e pezzi di ricambio da parte della società slovena Rheinland Elektro Maschinen Group D.O.O., dopo il fallimento della procedura di mediazione instaurata in Slovenia, chiedeva ed otteneva dal Tribunale di Torino la pronuncia di un decreto ingiuntivo per circa 331 mila euro nei confronti della controparte. Con atto di opposizione del 25 gennaio 2013, quest'ultima eccepiva preliminarmente il difetto di giurisdizione del giudice italiano e di lì a poco notificava ricorso per regolamento di giurisdizione, al quale la ABAC resisteva con controricorso.

Secondo la ABAC, le parti avrebbero concordato verbalmente che i beni oggetto di compravendita fossero consegnati presso la propria sede in Italia: ciò sarebbe risultato, in particolare, dalla dicitura "EX Works" riportata nelle proprie fatture, azionate in via monitoria, nonché dalle deposizioni di alcuni testimoni che si riservava di indicare. La ABAC rilevava poi che, in ogni caso, presso la propria sede in Italia era avvenuta la presa in carico della merce da parte di un vettore sloveno appositamente incaricato dalla Rheinland, come comprovato dai documenti CMR prodotti dalla stessa Rheinland. Di qui la sussistenza della giurisdizione in capo al giudice italiano ai sensi dell'art. 5, n. 1, lett. b), primo trattino, Reg. n. 44/2001. Ad avviso della Rheinland, invece, il giudice italiano era privo di giurisdizione: da un lato infatti non vi sarebbe stata contrattuale identificazione del luogo di consegna e, dall'altro lato, dai documenti CMR, nei quali la propria sede slovena era indicata quale "lieu prévu pour la livraison de la marchandise", emergeva inoppugnabilmente che i beni oggetto di compravendita erano stati materialmente consegnati proprio presso tale, sede agli effetti dell'art. 5, n. 1, lett. b), primo trattino, Reg. n. 44/2001.

Con l'odierna ordinanza le Sezioni Unite accolgono in toto la ricostruzione operata dalla società slovena, ponendosi nel solco delle più recenti pronunce della Corte di Giustizia relative all'interpretazione dell'art. 5, n. 1, lett. b), Reg. n. 44/2001. La S.C. riconosce infatti preliminarmente che, al fine di verificare se il luogo di consegna sia determinato «in base al contratto», si debba tenere conto di tutti i termini e di tutte le clausole rilevanti di tale contratto che siano idonei ad identificare con chiarezza tale luogo, ivi compresi i termini e le clausole generalmente riconosciuti e sanciti dagli usi del commercio internazionale, quali gli Incoterms, elaborati dalla Camera di Commercio Internazionale, secondo quanto affermato dalla Corte di giustizia nella sentenza 9 giugno 2011, C-87/10, Electrosteel Europe SA (Int'l Lis 2011, 3-4, 127 ss., con nota adesiva di Silvestri; in senso critico

sulla pronuncia v. invece Piroddi, RDIPP 2011, 939 ss.). La Suprema Corte conclude tuttavia che, nel caso di specie, non risultava una inequivocabile pattuizione volta a individuare sul territorio italiano il luogo di consegna della merce, non potendo assumere valore in tal senso né la dicitura EX Works unilateralmente inserita nelle fatture emesse dalla stessa Abac, in assenza di una espresa chiara accettazione della clausola ad opera della controparte, né la mera riserva istruttoria di prova costituita dalla formulata dalla Abac.

Ad avviso della pronuncia in commento non costituiscono riscontro favorevole alla tesi dell'intimante neppure le indicazioni relative al luogo di presa in carico della merce, contenute nei documenti di viaggio CMR, assumendo invece rilievo decisivo il fatto che da tali documenti il luogo previsto per "la livraison de la marchandise" risultasse fissato in località slovena: viene data così puntuale attuazione al principio, sancito dalla Corte di giustizia nella sentenza 25 febbraio 2010, C-381/08, Car Trim (Int'l Lis 2010, 2, 81 ss., con nota adesiva di De Franceschi), secondo cui, in caso di vendita a distanza, il luogo di esecuzione della prestazione di consegna di cui all'art. 5, n. 1, lett. b), Reg. n. 44/2001 va inteso, qualora dall'esame del complesso delle clausole contrattuali non risulti una sua chiara identificazione, come luogo di recapito finale della merce, ove i beni entrano nella disponibilità materiale dell'acquirente, senza che rilevi il luogo in cui il venditore abbia rimesso le merci al vettore, pur incaricato dal compratore (tale decisione era stata precorsa da Cass., sez. un., 5 ottobre 2009, n. 21191, Int'l Lis 2010, 2, 81 ss., con nota di De Franceschi; sulle ragioni che hanno indotto la Corte di giustizia ad adottare tale criterio fattuale, v. Piroddi, op. cit., 958 ss.; sui limiti di tale criterio v., fra gli altri, Silvestri, Int'l Lis 2005, 3-4, 132 ss.).

Risulta così riconfermato che il criterio del luogo di esecuzione della prestazione di consegna, di cui all'art. 5, n. 1, lett. b), primo trattino, Reg. n. 44/2001 deve essere interpretato nel senso che, in caso di vendita internazionale di beni mobili, il luogo in cui i beni sono stati o avrebbero dovuto essere consegnati in base al contratto deve essere determinato sulla base delle disposizioni di tale contratto (tra cui, in particolare, quelle che rinviano a quegli Incoterms che prevedono che il luogo di accettazione della merce da parte del compratore coincida con il luogo di consegna presso la sede del venditore, quale quello EX Works). Se però - come nel caso di specie - non è possibile determinare il luogo di consegna su tale base, a prescindere dal diritto sostanziale applicabile al contratto tale luogo è quello della consegna materiale (e non solo giuridica) dei beni, mediante la quale l'acquirente ha conseguito o avrebbe dovuto conseguire il potere di disporre effettivamente di tali beni alla destinazione finale dell'operazione di vendita, indipendentemente dalle concrete modalità di trasporto degli stessi, e a prescindere da altri criteri eventualmente previsti dalla legislazione nazionale (in questo senso v. Cass., sez. un., 2 maggio 2012, n. 6640; Cass., sez. un., 21 gen-

naio 2014, n. 1134; Cass., sez. un., 19 giugno 2014, n. 13941).

Silvia Turatto

L'eccezione relativa alla applicabilità del diritto straniero è rilevabile d'ufficio, ma presuppone la allegazione tempestiva dell'esistenza della clausola di scelta della legge applicabile.

Cass., sez. III, 30 dicembre 2014, n. 27547- Pres. Russo- rel. Lanzillo - Compagnia Tirrena di Assicurazioni S.p.a. in l.c.a. c. Intesa San Paolo S.p.A.

Una banca impugna lo stato passivo di una società di assicurazioni a seguito dell'esclusione dal passivo del suo credito derivante da una lettera di *patronage* rilasciata dalla fallita a garanzia di finanziamenti erogati alle sue controllate e non rimborsati dalle debentrici. Il tribunale, trattenuta una prima volta la causa in decisione, rimette la causa in istruttoria per far tradurre da un ctu il testo della lettera di *patronage*, redatta in inglese. In sede di (seconde) comparse conclusionali, l'assicuratrice eccepisce, per la prima volta, che la lettera è regolata dal diritto inglese in virtù di una clausola di scelta della legge applicabile, e che, in base al diritto inglese, il *patronnant* non risponde come garante del debitore principale. Il tribunale rigetta l'eccezione in quanto tardiva e la decisione sul punto viene confermata in appello. La debitrice impugna la sentenza d'appello lamentando una violazione dell'art. 345 c.p.c. e dell'art. 14 l. 218/1995, conseguente alla mancata rilevazione della legge sostanziale straniera applicabile al rapporto, che avrebbe paralizzato la pretesa della creditrice. La Cassazione respinge però tale motivo, affermando che quella relativa alla applicabilità della legge straniera rientra sì tra le eccezioni in senso lato, i cui effetti sono rilevabili anche d'ufficio. Tuttavia, hanno soggiunto i giudici di legittimità, occorre che il fatto da cui discende l'applicazione della legge straniera, in specie l'esistenza di una espressa clausola pattizia, sia allegato in tempo utile dalle parti, "non potendo il giudice far valere d'ufficio e di sua iniziativa i dettagli di accordi stipulati dalle parti nel loro privato interesse, qualora le parti medesime non dimostrino il loro concreto e attuale interesse ad avvalersene". L'allegazione di tale fatto è pertanto soggetta al regime delle preclusioni del giudizio di primo grado, e l'assicuratrice convenuta non aveva addotto giustificazioni attendibili per il ritardo con cui aveva dedotto l'esistenza della clausola di *electio legis*, ben al di là della chiusura della fase di trattazione, onde essere rimessa in termini ai sensi dell'art. 153 c.p.c. (non potendo la tardività dell'allegazione basarsi, ad es., sulla sottoposizione della convenuta autrice della lettera di *patronage* a liquidazione coatta amministrativa, né tanto meno sul fatto che la lettera fosse redatta in lingua inglese). La Corte ha dunque respinto la teoria della allegazione implicita, in base alla quale il giudice potrebbe tener conto di fatti non allegati che comunque emergano dai documenti ritualmente acquisiti agli atti del processo, conformandosi all'indirizzo giurisprudenziale in base a cui il giudice non può procedere al rilievo d'ufficio di (effetti *ipso iure* derivanti da) fatti estintivi, modificativi o impeditivi del diritto dedotto in giudizio, se quei fatti

storici non siano stati tempestivamente resi oggetto di deduzione nelle scadenze previste dalla legge (Sez. Un., 3 febbraio 1998, n. 1099; Sez. III, 22 giugno 2007, n. 14581; diverso tuttavia l'approccio, conforme alle più mature teoriche dottrinali, cui è da ult. acceduta Cass., Sez. Un., 7 maggio 2013, n. 10531). Forzando un po' l'evoluzione della giurisprudenza delle Sez. Un., si è tuttavia ritenuto di sanzionare una condotta processuale lassista o abusiva, che solo nella seconda comparsa conclusionale di primo grado aveva portato alla luce una "nuova impostazione difensiva [che] avrebbe richiesto ulteriori indagini (ancorché d'ufficio) al fine di accertare quali fossero le effettive soluzioni della legge inglese e se effettivamente giustificassero l'adozione di soluzioni diverse da quelle proprie del diritto italiano": esito cui ben si sarebbe potuti pervenire qualificando l'eccezione fondata su una clausola di *electio legis* come una sorta di eccezione in senso stretto ovvero come un'eccezione sostanziale che non può essere invocata *in cauda litis*, dopo che la parte ha accettato per l'intero corso del giudizio che il contenzioso venisse risolto in applicazione della legge nazionale.

Né ricorrerebbero quelle ragioni di interesse pubblico preminente che, ad avviso di Sez. Un. 25.5.2001 n. 226, giustificano la deroga al regime delle preclusioni e consentono il rilievo officioso del giudicato esterno anche in difetto di una tempestiva allegazione di parte e a dispetto delle maturate decadenze istruttorie. L'art. 14 l. 218/1995, infatti, non prevede un potere di rilevazione officiosa dei fatti da cui derivi il collegamento della controversia con un diverso ordinamento, tale da consentire al giudicante di sopperire alla carente attività allegatoria delle parti in una causa vertente su diritti disponibili. La norma internazionalprivatistica si limita infatti a disciplinare – sulla premessa che la *quaestio facti* relativa alla previsione pattizia della applicabilità di una legge straniera sia stata introdotta in giudizio e positivamente risolta, *iuxta alligata (ac probata) partium* – il potere del giudice di individuare d'ufficio, se del caso sollecitando l'ausilio delle parti, quali siano le disposizioni rilevanti della legge straniera ed i loro effetti sulla *res iudicanda*.

Marcello Stella

Fallimento di società estere collegate a società di fatto avente sede operativa e decisionale in Italia e competenza giurisdizionale italiana

Cass., sez. un., 6 febbraio 2015, n. 2243- Pres. Rovelli - Rel. Rordorf - T.R. c. L.G., E.I.M. European Investments Management (Ireland) Limited, E.I.M. European Investments Management Limited, E.I.M. European Investments Management Inc., Fallimento D.V.P., R.C., C.G.P., P.P., R.R.

La vicenda da cui prende le mosse la sentenza delle Sezioni Unite in epigrafe riguarda la dichiarazione di fallimento di una società di fatto per la raccolta e la gestione del risparmio, il cui centro operativo e decisionale era situato in Italia. Il fallimento fu esteso anche personalmente ai soci di fatto della società medesima, nonché ad altre tre società per il tramite delle quali si era svolta l'attività della holding di fatto: due denominate E.I.M.

European Investments Management Limited e aventi sede legale in Gran Bretagna e in Irlanda, la terza denominata E.I.M. European Investments Management Inc. con sede legale in Gran Bretagna.

Alcuni dei soggetti dichiarati falliti proposero reclamo avverso la sentenza dichiarativa del fallimento. La Corte d'appello di Roma rigettò il gravame, condividendo la valutazione effettuata dal Tribunale di prime cure secondo cui la sede effettiva delle tre società, intesa come centro principale degli interessi dell'impresa collettiva nell'accezione di cui all'art. 3 Reg. n. 1346/2000, doveva ritenersi ubicata in Italia: onde la giurisdizione del giudice italiano in ordine alla dichiarazione di fallimento. Avverso la sentenza della Corte d'appello veniva proposto ricorso per Cassazione, denunciandosi tra l'altro, il difetto di giurisdizione del giudice italiano con riferimento alla dichiarazione di fallimento delle tre società E.I.M. con sede legale all'estero.

Con la pronuncia in epigrafe le Sezioni Unite affrontano e risolvono sia la questione relativa ai criteri per configurare la sussistenza di una società di fatto, sia le problematiche che si delineano sul piano della competenza giurisdizionale in caso di insolvenza di gruppo societario: segnatamente con riguardo alla questione inerente l'individuazione del giudice competente per la dichiarazione di fallimento di società estere controllate da società di fatto avente sede operativa e decisionale in Italia.

Quanto alla prima questione, la S.C. ha modo di chiarire che, per poter considerare esistente una società di fatto agli effetti della responsabilità delle persone o dell'ente anche in sede fallimentare, non occorre necessariamente la prova del patto sociale, ma è sufficiente la dimostrazione di un comportamento, da parte dei soci, tale da ingenerare nei terzi il convincimento giustificato ed incolpevole che quelli agissero come soci: atteso che, nonostante l'inesistenza dell'ente, per il principio dell'apparenza del diritto che tutela la buona fede dei terzi, coloro che si comportano esteriormente come soci vengono ad assumere in solido obbligazioni come se la società esistesse (v. per tutte Cass. 21 giugno 2004, n. 11491).

Per quanto concerne invece la competenza giurisdizionale, in linea con l'orientamento giurisprudenziale (comunitario e nazionale) maturato con riguardo all'esegesi dell'art. 3 Reg. n. 1346/2000, le Sezioni Unite hanno modo di ribadire che competenti a dichiarare un fallimento sono i giudici dello stato membro nel cui territorio è situato il centro degli interessi principali del debitore (COMI), presumendosi, per le società e le persone giuridiche, che detto centro coincida, fino a prova contraria, con il luogo in cui si trova la sede statutaria (cfr., ex multis, Cass., sez. un., 11 marzo 2013, n. 5945, Fall. 2014, 88, nt. Montella, Normativa sostanziale europea e processuale italiana nella determinazione del Comi (centre of main interests); Cass., sez. un., 18 maggio 2009, n. 11398, Fall. 2010, 664 ss., nt. De Cesari, Il trasferimento all'estero della sede legale dell'impresa insolvente). Tuttavia, trattandosi di una presunzione iuris tantum, ogni qual volta risulti accertato che v'è discrepanza tra sede legale dichiarata e sede effettiva, è l'ubicazione di quest'ultima a dover prevalere ed a costituire il criterio determinante per individuare la competenza giu-

risdizionale (cfr. Cass., sez. un., 30 ottobre 2013, n. 24469, e Cass., sez. un., 9 gennaio 2014, n. 265).

Nel caso di specie la Cassazione osserva come i giudici di merito abbiano accertato che in Italia si trovava il COMI anche delle tre società E.I.M., le quali avevano formalmente la sede legale all'estero, ma facevano tutte capo a una società di fatto con sede operativa in Italia a fronte di una «acclarata commistione gestionale». Il centro operativo e decisionale delle predette società era dunque in Italia come era emerso da elementi oggettivi e riconoscibili da terzi, con la conseguenza che la presenza di uffici all'estero non bastava a inficiare le conclusioni in ordine alla sussistenza della giurisdizione italiana, posto che l'attività delle predette società era «unitariamente programmata in Italia e da qui diretta».

La sentenza delle Sezioni Unite si pone in rapporto dialettico con le più recenti pronunce della Corte di giustizia sulla nozione di COMI, le quali segnano un'evoluzione del concetto in esame rispetto all'esegesi offerta nel noto caso *Eurofood* (cfr. 2 maggio 2006, C-341/04, *Eurofood IFSC Ltd.*, *Int'l Lis* 2006, 123 ss., nt. Baccaglioni, *Il caso "Eurofood": giurisdizione e litispendenza nell'insolvenza transfrontaliera*, ed *Int'l Lis* 2007, 15, nt. Winkler, *Le procedure concorsuali relative ad imprese multinazionali: la Corte di giustizia si pronuncia sul caso "Eurofood"*; RDP 2007, 203 ss., nt. Bariatti, *Il Reg. n. 1346/2000 davanti alla Corte di giustizia: il caso Eurofood*). Nella pronuncia 2 maggio 2006, C-341-04, la Corte ha statuito che per determinare il centro degli interessi principali di una società debitrice la presunzione semplice prevista dal legislatore comunitario a favore della sede statutaria può essere superata soltanto sulla scorta di elementi, obiettivi e verificabili da parte di terzi, tali da consentire di determinare l'esistenza di una situazione reale diversa da quella che si ritiene corrispondere alla collocazione in detta sede statutaria. Tuttavia la Corte aveva altresì chiarito che, quando una società svolge la propria attività sul territorio dello Stato membro in cui ha sede, il semplice fatto che le sue scelte gestionali siano o possano essere controllate da una società capostipite stabilita in un altro Stato membro non è sufficiente per superare la presunzione stabilita dal Reg.: alfine indicando sostanzialmente quale unica ipotesi di superabilità della presunzione basata sulla sede statutaria quella della società "fantasma", che assolutamente non svolge attività alcuna nello Stato in cui tale sede statutaria è fissata.

Peraltro, nella giurisprudenza più recente la Corte di giustizia (20 ottobre 2011, C-173/09, *Interdil Srl*, nonché 15 dicembre 2011, C-191/10, *Rastelli*, *Int'l Lis* 2012, 31 ss., nt. critica Panzani, *La nozione di Comi nella disciplina comunitaria dell'insolvenza transfrontaliera: i casi "Interdil" e "Rastelli"*; in dottrina per un'ampia rassegna anche della pronunce nazionali successive al caso *Eurofood* v. De Cesari-Montella, *Insolvenza transfrontaliera e giurisdizione italiana*, Milano 2009, spec. 73 ss., ove si osserva come l'approccio restrittivo accolto dalla Corte nel caso *Eurofood* è stato sostanzialmente disatteso dai giudici nazionali) mostra di prediligere un approccio meno rigoroso nell'individuazione del COMI rispetto a quanto statuito nella pronuncia del 2 maggio 2006, C-341/04: con ciò privilegiandosi nell'individuazione della competenza giurisdizionale in caso di insolvenza transfrontaliera

il criterio dell'apparenza esteriore, ossia della concreta riconoscibilità ad opera dei terzi che la realtà gestionale è situata in uno Stato diverso da quello della sede statutaria dichiarata.

Rispetto a questa tendenza, invero conforme a quanto stabilito nel considerando 13 del Reg. (il quale chiarisce che il COMI deve identificarsi nel luogo in cui il debitore esercita in modo abituale e pertanto riconoscibile ai terzi la gestione dei suoi interessi), va detto però che le Sezioni Unite, nella pronuncia in epigrafe, parrebbero dare primario rilievo al criterio che fa leva sul collegamento delle società controllate con la sede direttiva del gruppo («le tre società aventi formalmente la propria sede all'estero ... facevano capo tutte all'organizzazione messa in piedi a Roma dal sig. L. e dai suoi soci di fatto ... la loro attività fosse unitariamente programmata in Italia e da qui diretta»).

La questione relativa all'identificazione del COMI all'interno dei gruppi societari - in un contesto in cui le pronunce della Corte di giustizia "attribuiscono" di fatto ampi margini di discrezionalità ai giudici nazionali - rinviene dunque in questa pronuncia un ulteriore tassello al fine di risolvere l'annosa problematica su cosa debba intendersi per centro operativo e decisionale (in termini di sede effettiva di gestione degli interessi del debitore) e su come questo possa ritenersi riconoscibile ai terzi, in ossequio a quanto disposto nel considerando 13. Tale problematica è da tempo oggetto di vivo dibattito dottrinario e giurisprudenziale, anche con riguardo a quella casistica che fa da sfondo alle pronunce delle Corti (nazionali ed europea) in tema di trasferimento della sede di una società da uno Stato ad un altro: fenomeno dietro al quale si celano evidenti pratiche di *forum shopping*.

Monica Pilloni

La giurisdizione su una domanda di risarcimento del danno cagionato da uno scontro tra natanti in base alla Conv. Bruxelles del 10 maggio 1952

Cass., sez. un., 9 marzo 2015, n. 4686 - Pres. Rovelli - Rel. Rordorf - P.M. Giacalone (diff.) - Allianz Zagreb d.d., Santa Marina d.o.o., T.H. c. S.G., S.F.

Con la decisione qui segnalata le Sez. Un. della S.C., adite con ricorso per regolamento ex art. 41 c.p.c., hanno negato la giurisdizione italiana in ordine a un'azione risarcitoria, instaurata innanzi al Tribunale di Padova dai figli di due coniugi, che avevano perso la vita in uno scontro tra una barca a vela e un motoscafo avvenuto in acque croate, nei pressi dell'isola di Maslinovik. Le domande di risarcimento - svolte sia *iure proprio* che *iure hereditario* - erano state proposte nei confronti di chi era alla guida del motoscafo scontratosi con la barca a vela, a bordo della quale si trovavano i coniugi poi deceduti, nei confronti della società proprietaria del motoscafo e, infine, dell'assicuratore dello stesso. I convenuti si costituivano nel processo ed eccepevano il difetto di giurisdizione del giudice italiano per poi rivolgersi, con ricorso per regolamento ex art. 41 c.p.c., alle sez. un. della Cass. perché dichiarassero l'insussistenza *in casu* della competenza giurisdizionale.

Le composizione più autorevole del S.C. affronta la questione circa l'operatività delle norme del Reg. n. 44/2001, o piuttosto di quelle della Conv. internazionale per l'unificazione di alcune regole concernenti la competenza civile in materia di urto fra navi, stipulata a Bruxelles il 10 maggio 1952, che vige nei rapporti tra Italia e Croazia (quale successore della Repubblica Federale di Jugoslavia).

Tale Conv., in base al suo art. 1, si applica alle azioni per urto fra navi di mare o fra navi di mare e battelli della navigazione interna, purché non si tratti di azioni fondate su contratti di trasporto o su altri contratti. Le sez. un. osservano che la Conv. è applicabile al caso di specie, dovendosi intendere per «navi di mare» tutte le imbarcazioni idonee alla navigazione marittima, anche quelle - che qui venivano in rilievo - da mero diporto. La Conv. opera anche rispetto alla domanda proposta nei confronti della società assicuratrice, perché l'azione diretta nei confronti dell'assicuratore del responsabile del danno - a differenza di quanto affermato dagli attori del giudizio *a quo* - non ha fondamento contrattuale, ma legale (viene all'uopo citata Cass., 13 aprile 2012, n. 5928, relativa all'azione diretta del danneggiato nei confronti della propria assicurazione ex art. 149 cod. ass., che le sez. un. ritengono *in casu* esercitata, anche se, a ben vedere, la domanda era qui stata proposta nei confronti dell'assicuratore del motoscafo e si trattava perciò dell'azione diretta non già nei confronti del *proprio* assicuratore, ma nei confronti dell'assicuratore del responsabile del danno). Il contratto di assicurazione rappresenta - accanto all'illecito e a ulteriori condizioni - soltanto un elemento della fattispecie costitutiva prevista dalla legge per il sorgere dell'azione diretta.

Una volta verificata la sussistenza dei presupposti di applicazione della Conv. in materia di urto fra navi, la S.C. si chiede se l'art. 71, c. 1, Reg. n. 44/2001, che regola i rapporti tra tale strumento normativo e le Conv. internazionali in materie particolari, «ceda il passo» a tale Conv., permettendone in concreto l'applicazione nel caso di specie. La disposizione stabilisce che il Reg. «lascia impregiudicate le convenzioni, di cui gli Stati membri sono parte, che disciplinano la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materie particolari». In sede di interpretazione dell'art. 71, c. 1, Reg., la Corte di giustizia ha affermato che questo ammette l'operatività delle Conv. internazionali in materie particolari, purché ciò non pregiudichi i principi che stanno alla base del sistema di Bruxelles, ossia la libera circolazione delle decisioni in materia civile e commerciale, la prevedibilità del foro competente e, dunque, la certezza del diritto per i suoi destinatari, la buona amministrazione della giustizia, la riduzione del rischio di procedimenti paralleli, nonché la reciproca fiducia nella giustizia nell'ambito dell'Unione (v. Corte di giustizia, 4 maggio 2010, C-533/08, *TNT Express Nederland BV c. AXA Versicherung AG*; Id., 4 settembre 2014, C-157/13, *Nickel & Goeldner Spedition GmbH c. «Kintra» UAB*; il S.C. ricorda anche Corte di giustizia, 19 dicembre 2013, C-452/12, *Nipponkoa Insurance Co. (Europe) Ltd c. Inter-Zuid Transport BV*, che tuttavia riguardava non già l'applicazione, ma l'interpretazione delle convenzioni in materie particolari: v. *Int'l lis*, 2014, 2, 66).

Le sez. un. rilevano che non vi è alcun problema di compatibilità sistematica tra le norme sulla competenza giurisdizionale della Conv. Bruxelles del 1952 e gli obiettivi e i principi del Reg. Tali norme infatti, pur prevedendo dei criteri di giurisdizione non (del tutto) coincidenti con quelli stabiliti dal Reg., fanno pur sempre riferimento al foro del convenuto in combinazione con altri eventuali fori alternativi (il luogo del sinistro o del (possibile) sequestro della nave), che presentano uno stretto collegamento con la vicenda controversa e sono perciò pienamente coerenti sia con la prevedibilità delle norme sulla competenza giurisdizionale, sia con la centralità del *forum rei*, temperata dalla previsione di fori facoltativi, determinati in base allo stretto collegamento tra il giudice e la lite, o per ragioni di buona amministrazione della giustizia.

La Cass. conclude allora nel senso della sicura applicabilità *in casu* della Conv. e, più in particolare, del suo art. 1, ove si stabilisce che l'azione per urto fra navi di mare può essere proposta soltanto davanti al giudice del luogo di residenza abituale del convenuto, o di una delle sedi della sua impresa, o del luogo in cui è stato eseguito il sequestro della nave oggetto della lite o di un'altra nave appartenente allo stesso convenuto, nel caso in cui tale sequestro sia autorizzato, oppure davanti al giudice del luogo in cui il sequestro avrebbe potuto essere eseguito e dove il convenuto ha prestato cauzione o altra garanzia o, infine, innanzi al giudice del luogo in cui l'urto è accaduto, se questo ha avuto luogo in porti, rade o acque interne.

Le sez. un. osservano che nessuno dei criteri di giurisdizione appena elencati valgono a conferire giurisdizione al giudice italiano, poiché tutti i convenuti hanno la loro residenza o sede in Croazia e lo scontro tra le imbarcazioni è avvenuto nelle acque territoriali di questo Stato, ove soltanto avrebbe potuto eventualmente essere eseguito il sequestro della nave del responsabile del danno. Ne consegue la declaratoria del difetto di giurisdizione italiana per i poveri figli della coppia deceduta nello scontro in mare. Questi potranno quindi ottenere il ristoro dei danni subiti solo instaurando un giudizio in Croazia, ove peraltro già pende un processo penale nei confronti del "pirata" croato, alla guida del motoscafo.

Luca Penasa

Il danno-conseguenza non determina la competenza internazionale del giudice italiano

Cass., sez. un., 28 aprile 2015, n. 8571 – Pres. Rovelli, Rel. Bernabai -P.M. Giacalone (conf.) - Enka Insaat Ve Sanayi a.s. c. Frener & Reifert s.r.l.

La S.C. è stata chiamata a decidere con regolamento di giurisdizione diretto a far dichiarare l'incompetenza del giudice italiano in un caso di responsabilità extracontrattuale. Il giudizio *a quo* era stato proposto davanti al Tribunale di Bolzano da una s.r.l. italiana contro una società turca. La prima aveva subito il regresso da parte di due banche che avevano prestato una garanzia a prima richiesta, soggetta alla disciplina e alla giurisdizione inglese, per l'adempimento di un subappalto commissionato dalla società turca a una società russa controllata dalla

s.r.l. italiana. Quest'ultima si era vista costretta a sua volta a concedere una controgaranzia alle banche. Quando la società turca aveva invocato l'inadempimento della subappaltatrice, le banche avevano fatto valere l'*exceptio doli* davanti al giudice inglese, ma senza successo. Quindi le banche avevano agito in rivalsa verso la s.r.l. italiana.

L'attrice invocava la competenza interna perché assumeva che l'evento dannoso dell'attività illecita si fosse prodotto in Italia, dove essa aveva la propria sede e il proprio patrimonio. La convenuta, ricorrente per regolamento, ha messo in evidenza, invece, come l'unico elemento di collegamento con il giudice italiano fosse dato dal domicilio dell'attrice, di per sé non sufficiente ad incardinare la causa dinanzi agli organi giurisdizionali dello Stato di costei.

I giudici di legittimità hanno preso le mosse dalla natura extracontrattuale del danno preteso con la domanda, per espressa qualificazione della stessa parte attrice, oltre che dall'assenza di un rapporto contrattuale diretto con la convenuta. Tanto premesso, si è rilevato che la condotta che si assume pregiudizievole è maturata all'estero. Ivi sono state escuse, preliminarmente, la garanzia a prima richiesta prestata dalle banche italiane nell'interesse della subappaltatrice russa e poi la controgaranzia della società italiana. Dal fatto risulta che, in particolare, quest'ultima sia stata pagata, in parte, a seguito di pignoramento presso terze banche britanniche, e, per il saldo, mediante rimessa diretta in favore della società turca su conto corrente presso una banca tedesca. Infine, l'esercizio della rivalsa in Italia nei confronti della s.r.l. da parte delle banche pignorate poteva configurare solo un danno-conseguenza.

In virtù del richiamo operato dall'art. 3, c 2, l. 218/1995, la Corte suprema ha ritenuto corretta l'applicazione della Conv. Bruxelles, il cui art. 5.3 attribuisce la competenza internazionale (anche) al giudice del luogo ove l'evento dannoso è avvenuto. Tuttavia si sono riferiti alla giurisprudenza precedente che, al fine di scongiurare il *forum shopping*, interpreta la norma in questione nel senso che il luogo dell'evento dannoso coincide sia con il luogo ove l'azione o omissione è stata compiuta, sia con il luogo del c.d. danno iniziale. Ai fini della competenza, pertanto, nessun rilievo possono acquistare i danni-conseguenza (Cass., sez. un., 22 novembre 2010, n. 23593, CG 2011, 17; Cass., sez. un., 5 maggio 2006, n. 10312, FI 2006, I, 3388; Cass., sez. un., 13 dicembre 2005, n. 27403, RDIPP 2006, 1059). In altre parole, il *locus commissi delicti* non si identifica con il luogo in cui il patrimonio del danneggiato risenta delle conseguenze pregiudizievoli dell'evento di danno lamentato come ingiusto (Cass., sez. un., 5 luglio 2011 n. 14654, RDIPP 2012, 43).

A supporto della propria motivazione, la Corte richiama anche i casi decisi dalla Corte di giustizia, 7 marzo 1995, 68/93, *Shevill c. Press Alliance*, GI 1997, I, 1, 5, con nota di De Cristofaro, *La Corte di Giustizia tra forum shopping e forum non conveniens nelle azioni risarcitorie da illecito*; Id., 7 marzo 1995, C-364/93, *Marinari c. Lloyd's Bank plc*, FI 1996, IV, 341, con nota di A. Saravalle; seguite dalle pronunce Id., 10 giugno 2004, C-168/02, *Kronhofer c. Maier*, Int'Lis 2004, 121, con nota di

Franzina, e Id., 16 luglio 2009, C-189/08, *Zuid-Chemie c. Philippo's*, RDIPP 2010, 187.

La restrizione dei possibili fori a quelli in cui si sono verificati direttamente i danni riguarda anche il lato soggettivo. Chi agisce per il risarcimento di un danno, che asserisce essere la conseguenza del pregiudizio subito da altre persone vittime dirette del fatto dannoso, non è pertanto autorizzato a citare l'autore di questo fatto dinanzi ai giudici del luogo in cui egli stesso ha constatato il danno nel proprio patrimonio. Di questa interpretazione è *leading case* comunitario la sentenza della Corte di giustizia 11 gennaio 1990, C-220/88, *Dumex France e Tracoba*, in *Racc.*, I-49.

Gina Gioia

Riesame dell'ingiunzione di pagamento europea (i.p.e.) dopo la scadenza del termine di opposizione ed efficacia dell'i.p.e. non tempestivamente contestata

Cass., sez. un., 26 maggio 2015, n. 10799 - Pres. Rordorf - Rel. Ambrosio - P.M. Apice (conf.) - Forteq Italy s.p.a. c. Jtekt Automotive Dijon Saint-Etienne s.a.s., Jtekt Europe

Le Sez. Un. hanno affrontato due questioni di particolare interesse, riguardo alle quali non constano precedenti, in riferimento all'i.p.e. disciplinata dal Reg. n. 1896/2006.

La prima concerne l'ambito di operatività dell'istituto del riesame in circostanze eccezionali di cui all'art. 20, par. 2, Reg. n. 1896/2006, con particolare riferimento al caso dell'i.p.e. manifestamente emessa per errore.

Nel caso di specie, la società destinataria di un'i.p.e. emessa dal tribunale di Bergamo non aveva proposto tempestiva opposizione nel termine di trenta giorni dal ricevimento della notifica ai sensi dell'art. 16 Reg. n. 1896/2006. Soltanto dopo aver ricevuto la notifica del precetto, la società debitrice aveva notificato atto di citazione in riesame ex art. 20 Reg. n. 1896/2006, conformemente alle indicazioni procedurali contenute nella comunicazione italiana ai sensi dell'art. 29 Reg. n. 1896/2006 (consultabile all'indirizzo http://ec.europa.eu/justice_home/judicialatlascivil/html/pdf/vers_consolid_it_1896.pdf).

Secondo la società destinataria dell'i.p.e., quest'ultima sarebbe stata emessa per errore a causa della carenza di giurisdizione del giudice italiano. La corte territoriale, in adesione all'idea per cui in sede di riesame ex art. 20 Reg. n. 1896/2006 è possibile far valere qualsiasi errore sui requisiti dell'i.p.e., ne aveva dichiarato la nullità, e la decisione era stata confermata dalla Corte d'appello di Brescia.

Le Sez. Un. - valorizzando il tenore del considerando n. 25 premesso al Reg. n. 1896/2006, ove si legge che «il riesame in casi eccezionali non significa che il convenuto debba avere una seconda possibilità di contestare», e, parimenti, facendo leva sull'argomento di carattere sistematico secondo cui la ragion d'essere dell'i.p.e. sarebbe frustrata se l'effetto dell'ingiunzione fosse sempre rimovibile in un giudizio ordinario diverso da quello incardinato con una tempestiva opposizione - hanno viceversa ritenuto che non sia possibile utilizzare il riesame previ-

sto dall'art. 20 Reg. n. 1896/2006 per far valere una siffatta censura. E la soluzione merita di essere condivisa. La carenza di giurisdizione, infatti, era rilevabile dal debitore sulla base della semplice lettura del modulo A. Non si trattava, pertanto, di una circostanza eccezionale ma, piuttosto, di una eccezione che poteva essere ordinariamente fatta valere dalla parte debitrice con l'opposizione ex art. 16 Reg. n. 1896/2006.

Ne consegue che il debitore, il quale sia destinatario della notifica di un'i.p.e. e non concordi con le indicazioni fornite dal creditore nel modulo A, punto 3 (motivi della competenza giurisdizionale), circa le ragioni che fondano la *potestas decidendi* del giudice che ha emesso l'i.p.e., ha l'onere di proporre tempestiva opposizione ai sensi dell'art. 16 Reg. n. 1896/2006, essendo la manifesta erroneità dell'i.p.e., quale motivo di riesame ai sensi dell'art. 20 Reg. n. 1896/2006, riferibile alle sole ipotesi di errore manifesto circa la sussistenza dei requisiti formali per l'emissione del provvedimento e, quindi, ai vizi formali idonei ad inficiare la possibilità, per il debitore, di contestare l'i.p.e. Tale situazione, con riferimento alla giurisdizione, si verifica soltanto quando non sia stato compilato il punto 3 del modulo A (le Sez. Un. parlano, in proposito, di «insussistenza di informazioni da riportare nel modulo A»).

Sempre ad avviso della Cass., altre ipotesi di manifesta erroneità sono l'uso di una lingua non ammessa o l'assoluta incertezza circa l'autorità che ha emesso l'i.p.e. Si tratta, in generale, di vizi patologici idonei a dare luogo ad una sorta di impugnazione straordinaria: vizi, per utilizzare le parole della Sez. Un., «simili a quelli che possono giustificare la revocazione straordinaria ex art. 656 c.p.c.».

Le affermazioni delle Sez. Un. sono in armonia con quanto sostenuto dall'avv. gen. Villalón nelle conclusioni presentate il 2 luglio 2015, n. C-245/14, originata da un rinvio pregiudiziale effettuato dal giudice austriaco, il quale ha sottoposto alla Corte di giustizia il seguente quesito pregiudiziale: «[S]e il Reg. n. 1896/2006 debba essere interpretato nel senso che il "convenuto" (questa l'impropria traduzione, in quanto evocativa di un giudizio a contraddittorio integro, dell'espressione tedesca *Antragsgegner*) può chiedere il riesame giudiziale dell'i.p.e. ai sensi dell'art. 20, par. 2, del suddetto Reg. anche quando l'ingiunzione gli sia stata validamente notificata ma a motivo delle indicazioni riguardo alla competenza del giudice nel modulo di domanda sia stata emessa da un giudice non competente».

Secondo l'Avv. gen., a fronte di una fattispecie di tal fatta «non sussistono circostanze eccezionali atte a consentire al debitore cui sia stata validamente notificata l'i.p.e. di chiedere il riesame giurisdizionale della stessa, per il solo fatto che detta ingiunzione sia stata emessa sulla base di informazioni false o inesatte fornite nel modulo di domanda». Se così non fosse, invero, l'i.p.e. non tempestivamente opposta avrebbe una assai scarsa stabilità.

La seconda questione affrontata dalle Sez. Un. attiene proprio all'efficacia dell'i.p.e. non tempestivamente opposta. I giudici di legittimità hanno ritenuto che l'i.p.e. esecutiva ai sensi dell'art. 18 Reg. n. 1896/2006 non sia idonea al giudicato sostanziale ai sensi dell'art. 2909

c.c., i.e. non faccia stato ad ogni effetto tra le parti, i loro successori, eredi o aventi causa con un accertamento incontrovertibile che, sotto il profilo dei limiti oggettivi, si estende anche «agli accertamenti che costituiscono i necessari e inscindibili antecedenti o presupposti logico-giuridici della pronuncia d'ingiunzione» (Cass., 28 agosto 2009, n. 18791).

In effetti, l'art. 18 Reg. n. 1896/2006 non chiarisce se l'i.p.e. non opposta, oltre a divenire titolo esecutivo europeo, produca anche una qualche efficacia preclusiva, né tantomeno precisa se siffatta efficacia preclusiva sia regolata in maniera uniforme a livello europeo ovvero se, al contrario, debba essere applicata la *lex fori*. La lacuna è verosimilmente da imputare alla circostanza per cui – nel Libro Verde sul procedimento europeo d'ingiunzione di pagamento e sulle misure atte a semplificare ed accelerare il contenzioso in materia di controversie di modesta entità (COM/2002/0746 def.) – in proposito era stata auspicata l'adozione di una soluzione uniforme che tenesse però conto delle esperienze dei vari ordinamenti nazionali.

Per la prima volta, pertanto, la S.C. ha dovuto determinare quale sia la valenza preclusiva dell'i.p.e. Le Sez. Un. hanno ritenuto che non sia estensibile all'i.p.e. la lettura attualmente prevalente in riferimento all'art. 647 c.p.c. (sul presupposto, dunque, che l'individuazione della valenza preclusiva dell'i.p.e. spetti alla *lex fori*). In forza di tale lettura, come noto, si ritiene che al decreto ingiuntivo non opposto consegua un'efficacia di giudicato sostanziale qual è quella contemplata dall'art. 2909 c.c. Un'efficacia, cioè, che, come tale, dal punto di vista dei limiti oggettivi è inclusiva dell'accertamento incontrovertibile dell'esistenza e validità del rapporto negoziale da cui deriva il credito a cui si riferisce il decreto ingiuntivo (in quanto «accertamenti che costituiscono i necessari e inscindibili antecedenti o presupposti logico-giuridici della pronuncia d'ingiunzione»: così Cass., 28 agosto 2009, n. 18791, esprimendo la posizione di un consolidato orientamento giurisprudenziale) e che, quanto ai limiti soggettivi, vale non soltanto nei confronti delle parti, ma anche nei riguardi dei loro successori, eredi o aventi causa.

L'ormai consolidato orientamento giurisprudenziale concernente l'art. 647 c.p.c. è stato reputato inapplicabile all'i.p.e. in considerazione della disomogeneità formale e sostanziale del procedimento monitorio europeo rispetto allo schema di procedimento monitorio documentale adottato dagli artt. 633 ss. c.p.c.; della differente valenza attribuita, nell'uno e nell'altro procedimento, al comportamento acquiescente dell'ingiunto; infine, della circostanza per cui la richiesta di ingiunzione europea, da effettuarsi mediante il modulo standard A, non richiede una compiuta esposizione delle ragioni di fatto e di diritto su cui si fonda la domanda, diversamente da quanto previsto dall'art. 633 c.p.c.

Ad avviso delle Sez. Un., l'i.p.e. non tempestivamente opposta produce, piuttosto, una mera preclusione *pro judicato*, la quale consente all'ingiunto di agire verso il creditore e di rimettere in discussione il rapporto oggetto dell'ingiunzione per ogni effetto diverso da quello della mera condanna, che, sola, resta intangibile ed insensibile ad ogni azione di accertamento negativo o di ripetizione

dell'indebito. Così ad es., se il credito nasce da un contratto, successivamente alla pronuncia di un'i.p.e. rimarrà aperta la possibilità di contestare in un futuro giudizio a cognizione piena ed esauriente la validità ed efficacia del negozio che costituisce la fonte dell'obbligazione pecuniaria.

La Suprema Corte si è così richiamata alla tesi della preclusione *pro judicato* elaborata, con riferimento al decreto ingiuntivo interno, in *primis* da Redenti (*Diritto processuale civile*, Milano 1957, III, 27), secondo cui dal provvedimento di ingiunzione «non si potranno dedurre conseguenze che vadano oltre i limiti della pura e semplice protezione di quanto conseguito o conseguibile in via di esecuzione», e quindi sviluppata, tra gli altri, da Proto Pisani (*Appunti sul giudicato civile e sui suoi limiti oggettivi*, RDP 1990, 386 ss., spec. 411-412), il quale precisa che l'immutabilità degli effetti dell'ingiunzione, «ben lungi dall'estendersi agli antecedenti logici necessari», è «limitata unicamente al diritto fatto valere in via sommaria».

Nel medesimo senso delle Sez. Un. si erano già espressi, in dottrina, Carratta, Chizzini, Consolo, De Cristofaro, *Risposte al libro verde sul procedimento ingiuntivo europeo*, in Consolo, De Cristofaro, *Il diritto processuale civile internazionale visto da Int'l Lis dal 2002 ad oggi*, Milano 2006, 731 ss., spec. 748-749; A. Romano, *Il procedimento europeo di ingiunzione di pagamento*, Milano 2009, 164, nota 88; Marinelli, *Note sul Reg. Ce n. 1896/2006 in tema di procedimento ingiuntivo europeo*, in *Il giusto proc. civ.* 2009, 82, nota 54, il quale giustifica la propria posizione sulla base della constatazione per cui, «in un procedimento che mette capo ad un titolo senza contraddittorio, non si può sostenere che vi sia stato dibattito su punti preliminari o pregiudiziali cui riannodare un'efficacia espansiva del provvedimento monitorio consolidatosi per mancanza di opposizione».

Elena D'Alessandro

Tempestività e fondatezza dell'eccezione di difetto di giurisdizione italiana, sollevata nel giudizio ordinario di opposizione successivo all'ingiunzione di pagamento europea promossa da una società fallita con sede in Italia in presenza di una clausola compromissoria per arbitrato estero

Cass., sez. un., 26 maggio 2015, n. 10800 - Pres. Santacroce - Rel. Ambrosio - P.M. Giacalone (conf.) - Ryanair Ltd. c. Fallimento Aeradria S.p.A.

Con la decisione in epigrafe le Sezioni Unite ribadiscono (in linea con quanto già espresso in Cass. 25 ottobre 2013, n. 24153, CG 2014, 84 ss., nt. Verde, a superamento dell'orientamento "negozialista" avallato da Cass. 3 agosto 2000, n. 527, *Rarb* 2000, 699, nt. Fazzalari, CG 2001, 51 ss., nt. Consolo e Marinelli, e RDP 2001, 254 ss. nt. Ricci) che l'eccezione volta a far valere una clausola per arbitrato estero, attesa la funzione giurisdizionale assolta dagli arbitri rituali (non rilevando, comunque, nel panorama internazionale la distinzione rispetto a quelli irrituali), è a pieno titolo un'eccezione di rito e dà luogo ad una questione di giurisdizione, deducibile con il regolamento preventivo ex art. 41 c.p.c.

Ai sensi del combinato disposto degli artt. 4 e 11 L. n. 218/1995, il difetto di giurisdizione nascente dalla presenza di una clausola compromissoria siffatta può essere rilevato in qualsiasi stato e grado del processo a condizione che il convenuto non abbia espressamente o tacitamente accettato la giurisdizione italiana, e dunque solo qualora questi, nel suo primo atto difensivo, ne abbia eccepito la carenza: in particolare è fondata, in quanto tempestivamente sollevata, l'eccezione fatta valere per la prima volta nella comparsa di costituzione del giudizio ordinario di opposizione all'ingiunzione di pagamento europea (d'ora innanzi IPE), nonostante la previa opposizione inoltrata ai sensi dell'art. 16 Reg. 1896/2006, n. 1896, non ne facesse menzione. Tale ultimo rimedio, così come è strutturato nel cit. Reg. e come emerge anche dall'allegato mod. F, consiste infatti in una mera dichiarazione rivolta al giudice che ha pronunciato l'IPE: non contiene la *vocatio in ius*, ma la mera contestazione del credito, di cui l'opponente non è neppure tenuto a indicare i motivi (v. art. 16 n. 3 Reg.). Ove, poi, si consideri che anche il ricorso per l'IPE non richiede una compiuta esposizione delle ragioni di fatto e di diritto su cui si fonda la domanda, appare evidente come nessuno degli atti all'interno del procedimento monitorio europeo possa considerarsi equipollente alla citazione e alla comparsa di risposta del processo ordinario di cognizione; né, in particolare, l'atto di opposizione può ritenersi equivalente a quello disciplinato dall'art. 645 c.p.c., con la conseguenza che neppure è postulabile l'assimilazione, predicata per quest'ultimo da consolidata giurisprudenza, alla comparsa di costituzione ex art. 167 c.p.c. La conclusione attinta dall'ordinanza qui segnalata è professata quale che sia la soluzione da preferire in ordine al controverso problema - data l'assenza nel nostro ordinamento di regole *ad hoc* - della c.d. prosecuzione del giudizio di opposizione, per la quale l'art. 17, c. 2, Reg. rinvia alla legge locale (v. Marinelli, *Note sul Reg. n. 1896/2006 in tema di procedimento ingiuntivo europeo*, *Giusto proc.* 2009, spec. 82; A. Romano, *Il procedimento europeo di ingiunzione di pagamento*, Milano 2009, 147 ss.; D'Alessandro, *Il procedimento monitorio europeo con particolare riferimento alla fase di opposizione ex art. 17 Reg. n. 1896/2006*, *www.judicium.it*, § 3).

Altra questione interessante affrontata dalle S.U. nel caso di specie concerne la supposta inopponibilità della clausola compromissoria *de qua* o l'improseguibilità del procedimento arbitrale derivanti dal fatto che la società controricorrente, in concordato preventivo all'epoca della proposizione della domanda per l'IPE e della successiva opposizione, è stata poi dichiarata fallita. Nel respingere tali deduzioni la pronuncia in epigrafe, innanzitutto, rimarca che il giudizio di opposizione, già incardinato dalla società italiana in concordato preventivo e

riassunto poi dal Fallimento, aveva per oggetto il pagamento di un residuo credito vantato per servizi erogati dalla stessa impresa *in bonis*: in casi di tal fatta, il curatore fallimentare agisce in rappresentanza del fallito, non della massa dei creditori (cfr. Cass., 22 marzo 2013, n. 7263; Cass., 27 gennaio 2011 n. 1879; Cass., 8 settembre 2004 n. 18059), facendo valere un'utilità derivante dall'esecuzione di un contratto contenente una clausola arbitrale, donde la continuità di funzionamento del meccanismo negoziale presidiato dalla clausola compromissoria stipulata dal soggetto già fallito, che risulta opponibile al curatore. Non può pertanto essere invocata la competenza inderogabile del tribunale fallimentare italiano, atteso che questa non si estende alle azioni che già si trovino nel patrimonio del fallito all'atto del fallimento (ossia che avrebbero potuto essere già esercitate dall'imprenditore, a tutela del proprio interesse, ove non fosse fallito). Neppure rileva la circostanza che, all'atto dell'instaurazione della lite, la società fosse già in concordato preventivo, non comportando l'ammissione alla procedura alcuna caducazione della scelta della via arbitrale precedentemente operata dal soggetto *in bonis*. La giurisprudenza della S.C. è infatti da tempo consolidata nel senso di escludere che, nel caso di convenzione contenente clausola compromissoria stipulata prima della dichiarazione di fallimento di una delle parti, il mandato conferito agli arbitri sia soggetto alla sanzione dello scioglimento prevista dall'art. 78 l.fall., in quanto il compromesso per arbitrato configura un atto negoziale riconducibile all'istituto del mandato collettivo e di quello conferito nell'interesse anche di terzi, vale a dire delle altre parti richiedenti l'arbitrato (cfr. Cass., 14 ottobre 2009, n. 21836; Cass., 8 settembre 2006, n. 19298; Cass., 17 aprile 2003, n. 6165). Né può essere sostenuta - *arg. ex art. 83 bis l.fall.* - l'improseguibilità del procedimento arbitrale: sebbene la norma cit. affermi la natura accessoria della clausola compromissoria con riferimento alla sola ipotesi di un giudizio arbitrale pendente e di scioglimento del contratto su iniziativa del curatore ai sensi dell'art. 72 l.fall., sulla scorta della medesima previsione si deve invece ritenere che, nell'ipotesi di subentro da parte del curatore nelle situazioni giuridiche attive derivanti dal contratto contenente la clausola compromissoria, questa conservi piena efficacia anche nei confronti del curatore: diversamente opinando, infatti, si consentirebbe al curatore di sciogliersi da singole clausole del contratto di cui egli pure chiede l'adempimento (*amplius* Bonsignori, *Arbitrati e fallimenti*, Padova 2000; Vincre, *Arbitrato rituale e fallimento*, Padova 1996; Farina, *Commento all'art. 83 bis l.fall.*, *www.academia.edu*).

Beatrice Zuffi

Corte di giustizia UE, IV sezione, 21 maggio 2015, causa C-352/13 - Presidente Larsen - Rel. Safjan - Avv. Gen. N. Jääskinen - CDC Cartel Damage Claim Hydrogen Peroxide SA vs. Akzo Nobel NV, Solvay SA, Evonik Degussa GmbH et al.

Giurisdizione civile - Risarcimento del danno per violazione dell'art. 101 TrFrUE - Reg. n. 44/2001 art. 6.1 - Litisconsorzio passivo - Responsabilità solidale - Connessione oggettiva - Sussistenza - Rinuncia all'azione - Abuso - Esclusione art. 5.3 - Condotta geograficamente "disseminata" - Applicabilità - Esclusione - Luogo dell'evento dannoso - Danno meramente patrimoniale - Localizzazione presso la sede della vittima art. 23 - Accordo per la scelta del foro - Efficacia ultra partes - Clausola contrattuale - Estensione a fattispecie di responsabilità extracontrattuale - Esclusione

L'art. 6, punto 1, Reg. 44/2001 deve essere interpretato nel senso che la norma di concentrazione delle competenze in caso di pluralità di convenuti stabilita da tale disposizione può applicarsi riguardo a un'azione volta alla condanna in solido al risarcimento del danno e, nell'ambito di tale azione, alla produzione di informazioni, nei confronti di imprese che hanno partecipato in maniera diversa, sul piano geografico e temporale, a un'infrazione unica e continuata al divieto di intese previsto dal diritto dell'Unione accertata da una decisione della Commissione europea, e ciò anche nel caso in cui l'attore abbia rinunciato all'esercizio dell'azione nei confronti dell'unico dei convenuti che sia domiciliato nello Stato membro ove ha sede il giudice adito, a meno che non sia dimostrata l'esistenza di una collusione tra l'attore e detto convenuto allo scopo di creare o di mantenere

artificialmente le condizioni di applicazione di tale disposizione alla data di proposizione di detta azione.

L'art. 5, punto 3, Reg. n. 44/2001 deve essere interpretato nel senso che, quando nei confronti di convenuti domiciliati in Stati membri diversi viene proposta un'azione volta al risarcimento del danno a motivo di un'infrazione unica e continuata all'art. 101 TrFUE e all'art. 53 dell'Accordo sullo Spazio economico europeo, del 2 maggio 1992, accertata dalla Commissione europea, alla quale essi hanno partecipato in vari Stati membri in date e luoghi diversi, l'evento dannoso è avvenuto nei confronti di ciascuna asserita vittima considerata individualmente, e ognuna di esse può, in forza di detto art. 5, punto 3, scegliere di proporre la sua azione vuoi dinanzi al giudice del luogo in cui è stata definitivamente conclusa l'intesa di cui trattasi o, eventualmente, del luogo in cui è stato adottato un accordo specifico e identificabile di per sé solo come l'evento causale del danno asserito, vuoi dinanzi al giudice del luogo della propria sede sociale.

L'articolo 23, par. 1, Reg. n. 44/2001 deve essere interpretato nel senso che esso consente, nel caso di azioni di risarcimento a motivo di un'infrazione all'art. 101 TrFUE e all'art. 53 dell'Accordo sullo Spazio economico europeo, del 2 maggio 1992, di tener conto delle clausole attributive di competenza contenute in contratti di fornitura, anche qualora ciò abbia per effetto di derogare alle norme sulla competenza internazionale previste agli artt. 5, punto 3, e/o 6, punto 1, di detto Reg., a condizione che tali clausole si riferiscano alle controversie relative alla responsabilità derivante da un'infrazione al diritto della concorrenza.

Una pronuncia a tutto campo sui criteri di allocazione della competenza giurisdizionale nel private antitrust enforcement transfrontaliero: il caso esemplare delle azioni risarcitorie c.d. follow-on rispetto a decisioni sanzionatorie di cartelli pan-europei

The comment analyses a recent decision of the European Court of Justice, which delves into the multi-faceted jurisdictional issues related to cross-border EU competition law actions for damages.

The ECJ writes down a sort of primer for prospective plaintiffs, ruling on the application of art. 6.1, 5.3 and 23 Bruxelles I to an action for antitrust damages against multiple defendants. It is worth stressing that, in the present case, all of the defendants had already been condemned by the European Commission for participating in an unlawful agreement restricting competition.

In the first place, the ECJ easily recognizes the existence of the sufficient connecting factor, required by art. 6.1, among actions for damages against multiple infringers jointly and severally liable for breaches of art. 101 TrFUE. More interestingly, the ECJ faces the highly debated issue of abusive exploitation of art. 6.1. Basically the ECJ endorses the narrow approach already

adopted in the Freeport judgment, though distinguishing the case where there is evidence of collusive agreement between the plaintiff and the anchor defendant, in order to deprive the other defendants of their natural forum. In the absence of such evidence, the mere fact that the plaintiff renounces to the action against the anchor defendant is not sufficient to exclude the application of the aforementioned head of jurisdiction. The Author argues that the ECJ has lost a good opportunity to overrule the Freeport judgment and to recognize a more general need of limiting the excessive forum shopping allowed by art. 6.1.

In the second place, the ECJ rules on the construction of the "place where the harmful event occurs", in cases where the unlawful action has taken place in different Member States and damages have been suffered by victims scattered all over the European Union. The ECJ allows each plaintiff to sue all the supposed infringers in the place where he/she has sustained the individual

loss and paid the excessive overprice. It follows that, according to the ECJ, the “place where the harmful event occurs” overlaps with the place of domicile of the asserted victim of the overprice. The Author addresses critically this solution, which unduly conflicts with the principle “actor sequitur forum rei”. The Author nevertheless admits that the rule laid down by the ECJ significantly enhances the protection of the victims of European cartels and therefore the effectiveness of antitrust private enforcement. To this respect, the judgment happily complements the recent approval of the long expected European parliament Directive on antitrust damages actions.

Il caso

La Corte di giustizia adotta una importante sentenza in ordine ai rapporti tra i fori speciali previsti dal Reg. n. 44/2001 ed il contenzioso transnazionale antitrust, con riguardo all'ipotesi paradigmatica delle pretese risarcitorie nei confronti dei membri di un cartello “pan-europeo”. Si tratta della prima volta in cui la Corte affronta esplicitamente il rapporto tra i criteri di competenza previsti dai Reg. UE e le pretese risarcitorie antitrust (1).

Con straordinario tempismo, intervenendo a pochi mesi di distanza dal varo definitivo della Direttiva sul risarcimento del danno antitrust (2), la Corte di giustizia coglie dunque l'occasione propizia per vagliare ad ampio raggio la funzionalità delle regole di competenza dettate dal Reg. 44/2001 rispetto all'obiettivo di garantire una efficace tutela risarcitoria dei privati, quale componente essenziale per l'effettiva attuazione del divieto di intese restrittive. La sentenza risponde così alla diffusa percezione di una sostanziale inadeguatezza delle regole comuni, in quanto foriere di inefficienze e complicazioni inestricabili se applicate a condotte e danni che si manifestano assai spesso come localmente disseminati, ed al frequente auspicio di un intervento normativo *ad hoc* sulla falsariga della scelta operata dal Reg. Roma II in materia di legge applicabile (3), o quantomeno della necessità, *de lege lata*, di una interpretazione evolutiva che tenga in debito conto l'esigenza di concentrazione del contenzioso e di tutela delle vittime dei cartelli.

La sollecitazione per la pronuncia preliminare della Corte è venuta nel caso di specie dal *Landgericht Dortmund*, adito con una domanda di risarcimento del danno asseritamente derivante da una complessa infrazione all'art. 101 TrFUE, già sanzionata dalla Commissione (decisione 2006/903/CE), compiuta in una pluralità di Stati membri e con diversa partecipazione temporale e locale

dalle singole società colludenti. La domanda era stata proposta da un attore belga (4) nei confronti di una società con sede in Germania (*Evonik Degussa*) nonché, facendo leva sull'art. 6.1, nei confronti di tutti gli altri corresponsabili, domiciliati in cinque diversi Stati membri, salvo poi rinunciare alla domanda proposta nei confronti del convenuto domiciliato nel foro.

Il LG Dortmund chiedeva dunque se in simile ipotesi potesse trovare applicazione l'art. 6.1, e precisamente se potesse ravvisarsi la sufficiente connessione tra le pretese cumulate e se rilevasse la rinuncia successiva alla domanda dotata di *vis attrativa*; inoltre, chiedeva di chiarire se la nozione di “luogo in cui l'evento dannoso è avvenuto” ai sensi dell'art. 5.3 possa essere letta in modo da collegare una competenza generale, cioè per l'insieme dei danni patiti a causa del cartello e nei confronti di ogni convenuto, a ciascuno dei plurimi luoghi in cui l'intesa pan-europea fosse stata conclusa ovvero attuata (§ 3).

Infine, la presenza di clausole arbitrali o accordi per la scelta del foro nei contratti di fornitura, per il tramite dei quali l'intesa illecita era stata portata ad effetto nei confronti dei soggetti danneggiati, forniva materia per la terza questione pregiudiziale, volta a chiarire se anche nel settore del contenzioso antitrust il giudice nazionale sia tenuto a rispettare tali deroghe pattizie alla competenza giurisdizionale allocata in base al Reg. (§ 4).

La pronuncia della Corte si riferisce al Reg. Bruxelles I, tuttavia essa conserva pienamente valore anche in relazione al nuovo Reg. n. 1215/2012, dato che le disposizioni interessate non hanno subito modifiche significative nel passaggio al testo riformato (così per il foro del litisconsorzio passivo e per quello delittuale, cfr. artt. 7.2, 8.1), o comunque non ne hanno subite di rilevanti ai fini delle questioni decise dalla sentenza in commento (cfr. artt. 25 ss. sugli accordi di scelta del foro).

Il *forum connexitatis*

Il primo quesito, al suo interno articolato in due sottoquestioni, consente alla Corte di Lussemburgo di pronunciarsi *per la prima volta* in ordine ai rapporti, già oggetto di vasto dibattito in dottrina e di talora spericolata sperimentazione presso le corti nazionali, tra la disposizione che agevola la formazione del litisconsorzio passivo e le pretese risarcitorie rivolte contro le imprese coinvolte in un cartello anticompetitivo.

La struttura processuale del giudizio di rinvio, quale sopra brevemente tratteggiata, replica un copione ormai consolidato. L'attore seleziona nella vasta compagine dei convenuti, tutti in linea di principio corresponsabili in

(1) Non si coglieva invece alcun riferimento al sostrato sostanziale della vicenda, pur incentrata su presunte condotte anticoncorrenziali, in Corte di giustizia, 25 ottobre 2012, C-133/11, *Folien Fisher, Int'l Lis* 2013, 2, 70 ss.

(2) Direttiva relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea, 2014/104/UE del 26 novembre 2014. Il testo finale non differisce significativamente da quello già commentato in *Int'l Lis* 2014, 72 ss.

(3) V. il pt. 10 delle Conclusioni dell'A.G. Jaaskinen, depositate il 14 dicembre 2014. Per la necessità di regole speciali, da ultimo: Da-

nov-Becker, in *Cross-border EU Competition Law Actions*, a cura di Danov-Becker-Beaumont, Oxford, 2013, 286 s.

(4) Si trattava di una società cessionaria dei crediti risarcitori vantati dagli acquirenti del perossido di idrogeno oggetto del cartello; su questa peculiare tecnica di aggregazione del contenzioso, avallata dalle corti tedesche in assenza di rimedi collettivi applicabili alle pretese antitrust, si rinvia per rif. a: Negri, *Giurisdizione e amministrazione nella tutela della concorrenza II La tutela della concorrenza innanzi al giudice civile*, Padova 2012, 388; Reher, *Specific issues in Cross-border EU Competition Law Actions Brought by Multiple Claimants in a German Context*, in *Cross-border EU Competition Law Actions*, a cura di Danov-Becker-Beaumont, Oxford, 2013, 159 ss., 161.

solido nei suoi confronti (5), quello che abbia sede nel foro preferito ed ivi attrae ogni altro partecipante al cartello.

Nel caso specifico, a dire il vero, non si ponevano le complicazioni ulteriori sollevate dall'applicazione che dell'art. 6.1 hanno fatto soprattutto le corti inglesi (6), dato che l'*anchor defendant* era uno dei membri del cartello, come tale riconosciuto e *direttamente* sanzionato dalla Commissione, e non invece una società formalmente distinta anche se appartenente al medesimo "gruppo" (7).

Il sospetto di un uso strumentale dell'art. 6.1 discendeva piuttosto da ciò che l'attore, dopo avere radicato la controversia nel modo sopra descritto, aveva rinunciato proprio e solo alla domanda proposta nei confronti del convenuto residente nel foro, con il quale aveva concluso una transazione.

La Corte (8) risolve agevolmente il primo corno del bicefalo quesito e sancisce l'applicabilità dell'art. 6.1 alla domanda risarcitoria rivolta nei confronti dei più autori di una infrazione unica e continuata, tutti solidalmente responsabili del danno, *senza che rilevi in senso ostativo la diversità temporale o geografica delle modalità di partecipazione dei singoli*. In simile ipotesi, in effetti, l'esistenza del "nesso sufficiente" richiesto dall'art. 6.1 non potrebbe essere negata nemmeno alla luce delle più severe concezioni, che esigono una autentica connessione per il titolo e non già la mera comunanza di questioni di fatto (9). Da un lato, le pretese cumulate risultano tutte fondate sulla "stessa situazione di fatto e di diritto" (10), nel caso di specie asseverata dall'accertamento ad opera della Commissione di una *unitaria* infrazione al diritto della Unione Europea; dall'altro lato, pur in presenza della vincolante decisione della Commissione, sussiste pur sempre il rischio di valutazioni divergenti sulla responsabilità risarcitoria, non pregiudicata dalla decisione della Commissione, ove le domande fossero portate dinanzi a giudici di diversi Stati membri (11). Né l'esistenza della neces-

saria connessione, precisa opportunamente la Corte, sarebbe scalfita nel caso in cui le condizioni della responsabilità civile risultassero soggette a leggi nazionali diverse, per effetto delle norme di d.i.p. del foro prescelto (12). La Corte tuttavia, ancora una volta richiamando la decisione nel caso *Painer*, sottolinea l'importanza della prevedibilità del foro da parte dei corresponsabili, che devono trovarsi in condizione di poter ragionevolmente prevedere la possibilità di essere chiamati a rispondere dinanzi al giudice del foro generale di ciascuno di essi (13). Nel caso di specie, tale prevedibilità discende pianamente dalla circostanza che tutti i convenuti siano stati *direttamente menzionati nella decisione della Commissione*, come partecipanti al cartello (pt. 24). C'è da chiedersi allora se, in assenza di una decisione vincolante che attesti la partecipazione di tutti i convenuti alla concertazione vietata, la soluzione potrebbe essere diversa: si pensi, oltre alle azioni *stand-alone*, all'ipotesi di pretese risarcitorie rivolte contro soggetti non espressamente menzionati dalla decisione amministrativa, ma - ad es. - riconducibili al medesimo gruppo societario.

Con riguardo al secondo sottoquesito, sul quale non constano precedenti in termini, la Corte ripete che non c'è di regola alcuna necessità di un vaglio aggiuntivo rispetto al riscontro della esigenza di evitare decisioni incompatibili e quindi della sufficiente connessione tra le domande cumulate, da verificarsi al momento della proposizione della domanda (pt. 29). Parrebbe così a prima vista riconfermata la chiusura già manifestata nel caso *Freeport* (cit., pt. 52) rispetto alla possibilità di escludere l'applicazione dell'art. 6.1 quando si provi che il cumulo sia stato creato "esclusivamente allo scopo di sottrarre uno di tali convenuti ai giudici dello Stato membro in cui egli ha il suo domicilio", possibilità che era invece stata sin lì sempre ammessa (14).

Tuttavia, a fronte di un elevato *fumus* di intenzionale sviamento della regola di competenza dalle finalità sue proprie, la Corte (15) precisa che la connessione richie-

(5) Come peraltro nei confronti di qualunque vittima del cartello; si veda tuttavia la nuova Direttiva, che al c. 4 dell'art. 11 deroga alla responsabilità solidale a vantaggio dell'impresa cui sia stata concessa l'immunità dalle sanzioni amministrative nell'ambito dei cd. programmi di clemenza: questa infatti risponde nei confronti dei propri clienti e solo in via sussidiaria nei confronti dei clienti degli altri partecipanti al cartello.

(6) Vedi: *High Court, Queen's Bench Division*, 2 maggio 2003, *Provim v. Roche Products Ltd.* & Ors, 2003 EWHC 961 (Comm), *Int'l Lis* 2007, 143; *High Court*, 27 ottobre 2009, *Cooper Tire & Rubber Company Europe Ltd and ors v Dow Deutschland Inc and ors*, 2009 EWHC 2609 (Comm) e *Court of appeal, Civil Division*, 23 luglio 2010, 2011 EWCA Civ 864, *Int'l Lis* 2011, 17; *Court of appeal*, 13 settembre 2011, *KME Yorkshire Ltd. and ors v. Toshiba Carrier UK Ltd. and ors*, 2012 EWCA Civ 1190 e *High Court*, 23 marzo 2012, *Nokia Corporation v. AU Optronics Corporation & ors*, 2012 EWHC 731 (Ch), commentate da: Danov, *Jurisdiction in Cross-Border EU Competition Law Cases*, cit., 176 s.

(7) Per ult. rif.,: Negri, *op. cit.*, 117 ss.; Danov, *Jurisdiction in Cross-Border EU Competition Law Cases: Some Specific Issues Requiring Specific Solutions*, in *Cross-border EU Competition Law Actions*, cit., 167 ss., 175 s.

(8) Qui in piena adesione alla Conclusione dell'Avv. Gen., pt. 65 s., che ampiamente argomenta la sicura riconducibilità all'art. 6.1 del litisconsorzio passivo fra più coobbligati in solido, traendone ulteriore conferma, proprio con riguardo al settore antitrust, anche dall'art. 6.3 Roma II.

(9) Vedi, rispettivamente: D'Alessandro, *La connessione tra controversie transnazionali*, Torino 2009; Pisaneschi, *La connessione internazionale. Struttura e funzione*, Milano 2006.

(10) Formula questa derivante dalla decisione *Roche Nederland*, 13 luglio 2006 C-539/03, relativa ad un insieme di violazioni plurime e coordinate delle diverse frazioni nazionali di un brevetto europeo, e la cui portata eccessivamente restrittiva è stata tuttavia progressivamente attenuata nelle successive decisioni *Freeport* e *Painer*, come si preciserà meglio oltre; in arg., Ferrari, *La Corte di giustizia e il foro dei provvedimenti cautelari inibitori in materia di proprietà industriale*, *Int'l Lis* 2012/3, 117 ss., 119 s.

(11) P.ti 21 ss.; v., Negri, *op. cit.*, 116, 134.

(12) Nel senso che la connessione non sia necessariamente esclusa dalla diversità del fondamento normativo né dalla diversità della legge applicabile: Corte di giustizia, 11 ottobre 2007 C-98/06, *Freeport*; Id., 1 dicembre 2011 C-145/10, *Painer*, relativa a plurime violazioni del diritto d'autore, soggette a leggi nazionali diverse.

(13) Pt. 22; *Painer*, cit., pt. 81.

(14) Corte di giustizia, 27 ottobre 1998, C-51/97 *Réunion européenne*; Id., 27 settembre 1988, C-189/87, *Kalfelis*; ed altresì, almeno in motivazione, 13 luglio 2005, C-103/05 *Reisch Montage*, pt. 32.

(15) Qui in conformità alle conclusioni dell'Avv. Gen., ma evitando di richiamarsi direttamente alla sopra citata sentenza *Reisch Montage*, che significativamente viene dalla presente decisione rammentata solo con riguardo al pt. 32, relativo all'ammissibilità di un vaglio in concreto dell'abuso del criterio di collegamento, e del tutto

sta dall'art. 6.1 potrebbe non essere sufficiente a fondare la giurisdizione almeno quando esistano seri indizi, che spetta al giudice nazionale apprezzare caso per caso, che la parte abbia creato o mantenuto artificiosamente i presupposti per l'applicazione dell'art. 6.1, ad esempio occultando e dissimulando l'esistenza di una transazione in realtà già conclusa con il soggetto poi scelto come convenuto "di riferimento". Quindi, l'art. 6.1 sarebbe inapplicabile se (e solo se) si potesse dimostrare – a tal fine però non essendo sufficiente la preesistenza di trattative finalizzate alla conciliazione – la collusione tra l'attore ed il convenuto di riferimento, orchestrata al preciso scopo di far apparire come ancora "vitale" la pretesa rivolta nei confronti di quest'ultimo onde sfruttarla strumentalmente per attrarre nel foro le domande sorrette da reale interesse. L'art. 6.1 resterebbe invece applicabile in ogni altro caso in cui la domanda contro il convenuto di riferimento venisse successivamente meno (16).

L'aspetto più rilevante della decisione si coglie proprio in questa cauta introduzione di un correttivo estrinseco alle virtù aggreganti della connessione oggettiva (come sopra visto, innegabile nel caso di specie).

Rispetto alla troppo drastica affermazione contenuta in *Freeport*, che - enfatizzando la diversa formulazione letterale dell'art. 6.1 e 6.2 - ripudiava nettamente la linea interpretativa favorevole all'apprezzamento del carattere fittizio del litisconsorzio, la Corte qui opportunamente recupera l'equilibrata prospettiva indicata dall'Avv. gen. Mengozzi, nelle Conclusioni relative alla stessa causa *Freeport*, il quale ammetteva l'esistenza di un limite generale ai criteri di giurisdizione posti dal Regolamento, ravvisabile appunto nella "frode alla competenza giurisdizionale". Un limite così concepito sarebbe operante tipicamente quando emerga che la causa di riferimento, pur oggettivamente connessa con quella coinvolgente il convenuto distolto dal suo foro generale, sia "manifestamente priva di ogni fondamento ovvero sprovvista di ogni reale interesse per l'attore (17).

Nel caso qui in esame, pare evidente che la controversia di riferimento fosse radicalmente e manifestamente

priva di qualsiasi reale interesse per l'attore, in quanto la controversia era stata in realtà già stata definita in via transattiva, con l'intesa che l'accordo già concluso sarebbe stato formalizzato solo dopo l'abbandono dell'azione giudiziaria.

Pur con i segnalati limiti, la soluzione prescelta, devolvendo al giudice nazionale il compito di accertare la macchinazione collusiva ed il conseguente carattere fittizio del litisconsorzio, realizza di fatto un opportuno passo indietro rispetto all'esclusivo affidamento al requisito della connessione oggettiva. Si tratta di uno spiraglio limitato, ma significativo, che, insieme alla sopra evidenziata enfasi sulla prevedibilità del foro, indica l'intenzione della Corte di vigilare sul concreto utilizzo, in questo nuovo ma nondimeno sensibile settore del contenzioso civile e commerciale, delle regole di competenza comuni, in modo da non tradirne finalità e ratio.

La soluzione va accolta con favore, anche se siamo all'evidenza tuttora assai lontani da quelle considerazioni, incentrate sul vaglio in concreto della adeguatezza del foro e sulla ricerca di una ragionevole prossimità ai fatti controversi (anche argomentando alla luce dell'art. 6.3 lett. b Reg. UE sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali n. 864/2007, cd. Roma II), che parte della dottrina va da tempo meditando al fine di contenere entro limiti accettabili le spinte centripete del *forum connexitatis*, secondo un ordine di considerazioni tanto più necessario quanto più la Corte ampli le maglie della necessaria (ma all'evidenza non sempre da sola sufficiente) connessione oggettiva (18).

3) Il *forum damni*

Quanto all'art. 5.3, certo astrattamente applicabile in quanto il danno da cartello rientra nell'area dell'illecito extracontrattuale (19), la Corte rifiuta la possibilità, caldeggiata dall'Avv. Gen., di escluderne *tout court* l'applicabilità almeno in ipotesi di condotte e danni "disseminati" ed insuscettibili di precisa localizzazione geografica, come tipicamente quelli in esame (20). La Corte preferisce non allontanarsi eccessivamente dalla tradizionale

ignorata invece nella parte in cui, criticabilmente, riconosceva la praticabilità del cumulo litisconsortile addirittura nel caso in cui la domanda proposta contro il convenuto domiciliato nel foro fosse *ab origine* inammissibile sulla base della legge processuale del foro; nel senso che il *forum connexitatis* perda la sua ragion d'essere se la domanda che esercita la *vis attrattiva* sia fin dall'inizio inammissibile e quindi destinata a non essere decisa nel merito: D'Alessandro, *op. cit.*, 78 ss., correttamente distinguendo questa ipotesi da quella in cui la domanda risulti infondata nel merito.

(16) Pt. 31-33; e quindi nel caso di rinuncia alla pretesa derivante da un accordo *sopravvenuto*, secondo la logica che da noi promana dagli artt. 5 c.p.c. e 8 L. n. 218/95, secondo la prevalente – anche se non incontrovertita – lettura che include anche simili eventi nell'area del mutamento fattuale irrilevante ai fini della determinazione di competenza o giurisdizione: per rif., D'Alessandro, *op. cit.*, 282 ss., 289, la quale inclina invece per la soluzione più severa, secondo cui lo scioglimento del cumulo a causa della rinuncia alla domanda o della transazione sulla lite "di riferimento" farebbe venir meno la giurisdizione sulle cause attratte.

(17) Conclusioni in causa *Freeport*, p.to 60; in senso consonante, v. Thole, ZEP (112), 2009, 422 ss., 439 ss.; D'Alessandro, *op. cit.*, 74 ss.; Ferrari, *op. cit.*, 118.

(18) Wilderspin, *International Antitrust Litigation. Conflict of Laws and Coordination*, a cura di J. Basedow, S. Francq, L. Idot, Hart Publis-

hing, Oxford and Portland-Oregon, 2012, 41 ss.; nonché, *si vis*, di Negri, *op. cit.*, 127 ss.; con rif. al contenzioso industriale classico, cfr. Ferrari, *op. cit.*, 120. Per un diverso temperamento tra esigenza di concentrazione e di efficiente allocazione del contenzioso, ispirato alle flessibili regole di distribuzione dei casi tra le Autorità nazionali antitrust, v.: Danov-Becker, *Conclusion: Proposing Specific Solutions To Promote Regulatory Competition And Address The Enforcement Gap*, in *Cross-border EU Competition Law Actions*, cit., 287, ove si propone di consentire all'attore di sfruttare la sede di una società controllata per ivi concentrare tutte le pretese non solo contro l'intero gruppo societario al quale appartiene la controllata (globalmente considerato come una "single infringing undertaking"), ma anche contro gli altri gruppi societari coinvolti nel cartello, e nel contempo però - sia pur con piena consapevolezza delle difficoltà che un simile approccio flessibile comporta - si propone altresì di attribuire alla corte adita per prima il potere di sospendere il processo quando la violazione avesse effetti minimi sul mercato nazionale del foro ed esistesse un foro più idoneo.

(19) Avv. Gen., conclusioni, pt. 37 e pt. 47; per ult. rif.: Negri, *op. cit.*, 77 ss.

(20) Riducendo allora le alternative a quelle dischiuse dall'art. 6.1, in combinazione con il foro del domicilio di uno qualsiasi dei partecipanti al cartello: così le conclusioni dell'Avv. Gen. pt. 53.

regola della cd. ubiquità, ribadendo dunque l'offerta all'attore - almeno *in linea di principio* — della scelta tra il foro della condotta e quello del danno (21).

Secondo la Corte la condotta rilevante dovrebbe identificarsi nella conclusione dell'accordo illecito *a monte* dei singoli contratti di fornitura, i cd. *Folgeverträge* (22).

I giudici di Lussemburgo si mostrano consapevoli della estrema difficoltà di individuare il luogo di definitiva conclusione dell'intesa e riconoscono che non sarebbe possibile attribuire rilievo quale criterio di collegamento al luogo della condotta dannosa, quando questa si scompone in una lunga serie di accordi collusivi distanti nel tempo e nello spazio, come appunto accadeva nel caso di specie e come del resto avviene nella maggioranza delle fattispecie riconducibili all'art. 101 TrFUE (23). Si scongiura tuttavia il rischio di una incontrollabile proliferazione delle competenze speciali, in ragione dei plurimi momenti e luoghi in cui di regola le condotte collusive si scompungono.

Infatti la Corte precisa che in relazione al danno da cartello il foro della condotta dannosa potrebbe essere utilmente considerato solo nei (rari) casi in cui esso fosse *rigorosamente unitario* (24) ovvero quando nel foro sia stato concluso *un accordo specifico*, parte della complessiva strategia collusiva ma identificabile *di per sé solo* come la causa del danno asserito *dall'acquirente attore* [pt. 46]. Il foro della condotta, come sopra individuato, individuerrebbe una competenza generale non solo in quanto idoneo a fondare la competenza su tutti i danni subiti dall'attore, ovunque risentiti, ma anche in un senso più pregnante. Infatti, quando sia identificabile una condotta rigorosamente unitaria cui abbiano preso parte tutti i convenuti e *unitariamente localizzata nel foro*, ciò consente pacificamente di ivi realizzare il litisconsorzio passivo nei confronti di tutti i co-autori dell'intesa (25).

I criteri di collegamento così individuati, in via di specificazione della regola posta dall'art. 5.3, dovrebbero garantire la "prossimità" del giudice ai fatti di causa e quel collegamento particolarmente stretto che, soli, giustificano la deroga al foro generale (26).

Purtroppo però la Corte non offre esempi che possano guidare il giudice nazionale nella disagiata opera ricostruttiva necessaria ad individuare in concreto il ricorrere delle sopra viste condizioni. Considerando l'affinità almeno parziale delle soluzioni, potrebbe farsi riferimento

alla impostazione sceveratrice di chi valorizza in linea di principio il luogo della condotta, salvo poi distinguere caso per caso a seconda delle diverse possibili forme di manifestazione delle intese anticompetitive e finendo comunque per escluderne la rilevanza almeno nell'ipotesi più difficile, in cui l'accordo continuato si polverizzi in una miriade di incontri e riunioni tenute nei luoghi più disparati (27).

A dire il vero, però, la Corte si allontana anche da tale proposta interpretativa là dove apre alla possibilità di valorizzare *un elemento* della complessa strategia collusiva, isolando un accordo specifico che sia esclusiva causa del danno lamentato dall'attore e che, ovviamente, risulti essere stato concluso nel foro. Alla luce di questo criterio, l'art. 5.3 parrebbe consentire in astratto la segmentazione del complessivo accordo collusivo con efficacia pan-europea, eventualmente (si ipotizza, ma la Corte non lo dice) valorizzando "accordi" relativi a ciascun mercato nazionale e quindi individuando altrettante "unitarie" azioni dannose rilevanti ai sensi dell'art. 5.3, in relazione alla pretese risarcitorie dei soggetti attivi su tale mercato.

In ogni caso, e quindi anche fuori dall'ipotesi di condotte unitariamente localizzabili, la Corte consente comunque all'attore di fare leva sull'art. 5.3, proponendo la domanda risarcitoria innanzi al giudice del luogo in cui si è prodotto il danno.

Si registra qui la più marcata dissociazione rispetto alle conclusioni dell'Avv. Gen. (pt. 50 ss. delle Conclusioni), il quale categoricamente escludeva, in analogia alla soluzione offerta dalla sentenza *Besix* per le obbligazioni contrattuali a "proiezione geografica illimitata", la possibilità di attribuire rilevanza giurisdizionale a ciascun luogo in cui sia stato patito il danno (localizzabile, secondo l'Avv. Gen., alternativamente presso la sede della vittima ovvero nel luogo di acquisto del bene interessato dall'*overpricing*), proprio sottolineando i rischi di moltiplicazione dei fori disponibili, di frammentazione del contenzioso (dato che il giudice del luogo del danno avrebbe potuto conoscere solo dei danni ivi localizzati, secondo il noto principio *Shevill*) ovvero, volendo privilegiare la sede della vittima, di *svuotamento dell'art. 2 Reg. n. 44/01*.

Identificando il danno nel pagamento di "costi supplementari" per effetto del prezzo artificialmente gonfiato, e quindi in un danno meramente patrimoniale, la Corte reputa invece di poterlo localizzare in linea di

(21) Analogamente: Danov, *Jurisdiction and judgments in relation to EU competition law claims*, Oxford 2011, 117, pur constatando la frequente coincidenza tra luogo dell'azione e dell'evento; *contra*, nel senso che, con riguardo agli illeciti concorrenziali, e tipicamente ai cartelli, il luogo della condotta dannosa appaia insuscettibile di localizzazione univoca, salvo risolverlo nel luogo dove ha sede l'impresa responsabile della violazione, così però svuotandone l'utilità quale foro alternativo: Negri, *op. cit.*, 102 ss., 107 s.

(22) Pt. 43, 44; per un diverso criterio di localizzazione della condotta, individuato nel luogo in cui l'intesa viene messa in pratica sul mercato: Danov, *op. cit.*, 93 ss.

(23) Donde le difficoltà ben avvertite dalla dottrina nel maneggiare questo criterio di collegamento, affini a quelle già sperimentate nel campo dei danni da diffamazione e nel settore della concorrenza sleale; per rif., Negri, *op. cit.*, 101 ss.

(24) Ipotesi in cui anche l'Avv. Gen. ammetteva la piena applicabilità dell'art. 5.3, sia pure percependole come evidentemente margi-

nali: v. Conclusioni, nota 53, ove si fa l'esempio di un cartello gestito da una associazione professionale ovvero di una intesa la cui attività sia geograficamente concentrata in quanto le riunioni si svolgano tutte in un unico luogo.

(25) Pt. 50, sottolineando le differenze specifiche rispetto al caso considerato nella sentenza *Melzer*, del 16 maggio 2013, C-228/11, e che consistono proprio nel carattere unitario della condotta rilevante, tale da coinvolgere direttamente *tutti* i convenuti che quindi risultano tutti aver agito nel medesimo luogo.

(26) Anche se resta il dubbio che il luogo di conclusione dell'accordo possa essere del tutto casuale, collocandosi ad esempio in uno Stato membro il cui mercato non sia coinvolto nemmeno marginalmente dagli effetti restrittivi ed in cui nessuna delle parti abbia la propria sede o sia comunque economicamente attiva.

(27) Vedi: Basedow, *International Antitrust Litigation. Conflict of laws and coordination*, a cura di J. Basedow et al., cit., 37 ss.]

principio presso la sede di ciascuna vittima (pt. 52 e pt. 54), sulla base della considerazione che il foro così individuato sarebbe quello meglio situato per giudicare sulle conseguenze risarcitorie di una infrazione già accertata dalla Commissione, posto che in simile contesto rilevano essenzialmente i dati relativi alla situazione dell'impresa attrice.

La lapidaria affermazione, che di fatto consente un generalizzato accesso al *forum actoris* a vantaggio della pretesa vittima, ricorda - ma senza richiamarla esplicitamente - la soluzione raggiunta per l'ipotesi del danno derivante da diffamazione a mezzo internet (28). Nel caso *eDate*, peraltro, non solo veniva valorizzato in prima battuta il centro di interessi della presunta vittima, di regola ma non necessariamente ed indefettibilmente coincidente con la residenza della persona fisica, ma soprattutto veniva sottolineata la peculiarità del fenomeno in esame, alla luce della "speciale gravità della lesione che può subire il titolare del diritto della personalità, il quale consta che un'informazione lesiva di suddetto diritto è disponibile in qualunque parte del mondo" (29). Non si trattava quindi di danni *meramente* patrimoniali, quali quelli consistenti in pure perdite finanziarie.

Lascia perplessi e sorprende, quindi, la sbrigativa concisione della motivazione su questo, invero centrale, passaggio, e cioè sulla meccanica trasposizione al contenzioso antitrust della medesima logica avallata nella sentenza *eDate*: sia perché il rischio di un sostanziale svuotamento del principio *actor sequitur forum rei* avrebbe dovuto consigliare maggior cautela, suggerendo *quantomeno* di circoscrivere più chiaramente (di quanto non emerga dalla elittica argomentazione svolta nella parte motiva) la rilevanza della sede dell'attore ai soli casi in cui il giudice nazionale sia effettivamente esonerato dalla necessità di valutare l'illiceità della condotta dannosa, e cioè al contenzioso cd. *follow-on*; sia, e soprattutto, perché da tempo in dottrina si indica l'opportunità di spostare l'attenzione dalla dimensione puramente individuale a quella collettiva del mercato colpito dalla restrizione della concorrenza (30).

Nella prospettiva della Corte, invece, ai fini del radicamento della competenza giurisdizionale non rileva immediatamente e direttamente la restrizione della concorrenza sul mercato, perché il danno (meramente patrimoniale) patito dalle vittime può essere localizzato solo *individualmente*. La Corte svaluta così il peso preponderante della dimensione collettiva del mercato, rispetto al danno individuale, ed implicitamente respinge ogni co-

struzione alternativa, ad es. quella incentrata sul test del cd. *affected market* (31).

Pur se a spese della centralità del foro generale del domicilio del convenuto, va peraltro riconosciuto che la lettura patrocinata dalla Corte, in piena sintonia con l'obiettivo di incentivare lo *antitrust private enforcement* perseguito anche dalla recentissima Direttiva sul risarcimento del danno, rafforza significativamente la tutela della vittima del cartello sia agevolando il radicamento della causa presso un foro a lei vicino e familiare, sia favorendo la concentrazione del contenzioso. Essa infatti offre in definitiva a ciascuna vittima un ulteriore foro "generale", oltre a quello della sede del convenuto (ovvero a quello della condotta, se in concreto utilizzabile alla stregua dei criteri sopra visti), e cioè quello della *propria* sede. Resta così superata la prospettiva di una necessaria parcellizzazione e frammentazione del contenzioso, dischiusa dalla giurisprudenza *Shevill* in ipotesi di danni dispersi, almeno con riguardo alle pretese vantate da ciascuna singola vittima per i danni *da essa* subiti (32).

Come la stessa Corte rileva, tuttavia, il criterio fondato sul *locus damni* non sarebbe di alcun aiuto al fine di agevolare un litisconsorzio facoltativo attivo, dato che tale criterio va apprezzato in relazione a ciascun singolo danneggiato (anche in ipotesi di cessione del credito: v. p.to 34: «la localizzazione dell'evento dannoso deve essere esaminata per ciascun credito risarcitorio indipendentemente che esso sia stato oggetto di cessione»). Quindi ciascuna singola vittima può attrarre tutti i cartellisti in un unico foro, per l'insieme dei danni da lei subiti, vuoi ex art. 6.1 vuoi ex art. 5.3; in mancanza di un unitario luogo della condotta, una pluralità di vittime che abbiano sede in Stati membri diversi potrebbe però agire insieme solamente avvalendosi dell'art. 2, eventualmente in combinazione con l'art. 6.1 e quindi, in linea di principio e *salve le limitazioni sopra viste*, in ciascuno Stato membro in cui abbia sede *uno dei partecipanti* al cartello.

4) Gli accordi di scelta del foro

Declinata ogni competenza in ordine alla validità ed efficacia di eventuali clausole arbitrali, la Corte riconosce poi a pieno titolo quella degli accordi di scelta del foro ai sensi dell'art. 23.1, anche in deroga alle competenze speciali stabilite dal Reg., e senza che la conclusione possa essere scossa né dalle venature pubblicistiche sottese alle regole di concorrenza, e quindi dal carattere imperativo delle norme applicabili al merito della controversia, né tantomeno da eventuali timori circa l'efficienza del sistema giurisdizionale prescelto (33).

(28) Corte di giustizia, 25 ottobre 2011, C-509/09, *eDate Advertising*, in Resp. 2012, 806 ss., oss. di Winkler, e RDP 2012, 1317 ss., nota di Gioia.

(29) Prima della decisione *eDate*, le aperture verso la rilevanza del cd. "centro di interessi" della vittima erano state sporadiche ed ancora più cauta la sua diretta identificazione con la sede della vittima: cfr. Corte di giustizia, 5 febbraio 2004, C-18/02, *DFDS Torline*, e Id., 10 giugno 2004, C-168/02, *Kronhofer*.

(30) Per tutti: Kessedjian, *Competition*, in *Transnational Tort Litigation: Jurisdictional Principles*, Oxford 1996 186.

(31) Sulla localizzazione dell'evento dannoso mediante un criterio analogo a quello disegnato dall'art. 6.3 Roma II sussiste un'ampia convergenza dottrinale; per rif.: Negri, *op. cit.*, 106 ss., 109.

(32) Cfr. *si vis* Negri, *op. cit.*, 110, ove si riconosce che il criterio del mercato colpito lascia spazio al frazionamento del contenzioso nei frequenti casi in cui la vittima sia stata attiva su di una pluralità di mercati nazionali. Sul rischio di parcellizzazione del contenzioso discendente dagli ordinari criteri di applicazione dell'art. 5.3, v. anche: Danov, *Jurisdiction in Cross-Border EU Competition Law Cases*, cit., 173.

(33) Pt. 63; nel senso che non sussistano ostacoli di principio alla validità di accordi per la scelta del foro con riguardo al contenzioso civile antitrust, non potendosi certamente estendere i limiti frapposti alla libera *electio iuris* dall'art. 6, c. 4, Reg. Roma II: Negri, *op. cit.*, 75 nt. 9, 137.

Occorre tuttavia assicurarsi che si tratti di clausole effettivamente opponibili all'attore, dato che nel caso di specie ad agire era un soggetto, il cessionario dei crediti risarcitori, evidentemente estraneo al contratto contenente la clausola di deroga (34).

La Corte si limita in questo nuovo contesto a riaffermare la propria precedente giurisprudenza sull'efficacia *ultra partes* degli accordi di scelta del foro, imponendo al giudice di verificare se - in base al diritto sostanziale applicabile - il terzo in questione sia subentrato nella totalità dei diritti ed obblighi facenti capo alla parte originaria ovvero se abbia comunque successivamente accettato la proroga di competenza (35).

Conclusivamente tuttavia la Corte, affinando i noti

precedenti *Powell Duffryn* e *Benincasa* [C-214/89 e C-269/95], esplicitamente esclude - valorizzando ancora una volta l'esigenza di prevedibilità del foro già posta a base del requisito di determinatezza dell'oggetto dell'accordo - che una clausola di scelta del foro genericamente riferita a tutte le controversie che sorgano da un certo contratto possa estendersi anche a controversie relative a responsabilità extracontrattuale, quale appunto deve intendersi quella derivante da illecite restrizioni della concorrenza, salvo solamente il caso - più unico che raro - in cui queste ultime risultino espressamente contemplate (36).

Marcella Negri

(34) Su limiti e fondamento della estensione degli effetti della *electio fori* al terzo successore nel diritto controverso si rinvia a: Penasa, *Gli accordi sulla giurisdizione tra parti e terzi*, II, Padova 2013, 211 ss. e in part. 262 ss.

(35) Pt. 64-65; nel senso che gli accordi di deroga vincolano solo le parti che li hanno conclusi e si estendono ai terzi solamente se questi a norma della *lex causae* siano subentrati nei diritti ed obblighi dei

paciscenti ovvero, in caso contrario, se abbiano prestato il loro consenso alla deroga: Corte di giustizia, 9 novembre 2000 C-387/98, *Coreck*, e Id., 7 febbraio 2013 n. 543/10, *Refcomp*, *Int'l Lis* 2013, 17, nt. Penasa; per ogni ult. rif.: Penasa, *Gli accordi sulla giurisdizione tra parti e terzi*, II, cit., 203 s.

(36) Pt. 69 ss.; Negri, *op. cit.*, 138 ss.

COURT OF APPEAL OF ENGLAND AND WALES, 5 febbraio 2015 – Mr. Justice Langstaff - Ms. Fatima Ahmed Benkharbouche and Ms. Minah Janah v Embassy of the Republic of Sudan and Embassy of the Republic of Libya - [2015] EWCA Civ 33

Giurisdizione civile - Immunità dello Stato - Controversie relative a rapporti di lavoro alle dipendenze di enti sovrani - Diritto di accesso al giudice

Confligge con il diritto di accesso al giudice sancito dall'art. 6 della CEDU e dall'art. 47 della Carta di Nizza il riconoscimento a favore dello Stato di un'immunità as-

soluta per tutte le controversie aventi ad oggetto rapporti di lavoro alle dipendenze di ambasciate e missioni diplomatiche con sede nello Stato del foro.

Giurisdizione civile - Diritto di accesso al giudice - Carta di Nizza - Efficacia orizzontale

All'art. 47 della Carta di Nizza, nel sancire il diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale, deve riconoscersi efficacia orizzontale, suscettibile di fondare la disapplicazione della disciplina interna ai singoli Stati membri in quanto con esso confliggente.

La Court of Appeal of England and Wales sancisce la parziale disapplicazione della propria disciplina interna in tema di immunità degli Stati nelle controversie di lavoro perché contrastante con l'Art. 47 della Carta di Nizza

This case note is concerned with a recent decision of the Court of Appeal of England and Wales dealing with the issue of the compatibility between the rules of the 1978 State Immunity and the right to access to the court under Article 6 of the ECHR and Article 47 of the Charter of Nice. In its reasoning the Court in the first place excludes that the rules of Articles 4 (2) and 16 (1) (a) of the State Immunity Act - guaranteeing the foreign State with a blanket immunity for all disputes concerning employment contracts concluded with embassies and diplomatic missions based in the British territory - find correspondence in the customary rule of international law concerning State's immunity before foreign jurisdictions. Starting from this premise, at the outcome of an articulated analysis of the international practice, the Court comes to affirm the existence of a conflict between the provisions of the SIA and the right to access the court under Article 6 of the ECHR and Article 47 of the Charter of Nice, recognized by the Court as provided with horizontal direct effects. Hence the final decision to set aside its domestic legislation.

Con sentenza del 5 febbraio 2015 (1), la *Court of Appeal of England and Wales* ha affermato la contrarietà all'art. 6 della CEDU e all'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE degli articoli 4(2) e 16(1)(a) dello *State Immunity Act* (SIA) del 1978, nella parte in cui garantiscono allo Stato straniero l'immunità per controversie di lavoro instaurate da soggetti che al momento dell'assunzione non erano cittadini né residenti in modo permanente nel territorio britannico, nonché una *blanket immunity* per qualsivoglia controversia avente ad oggetto

contratti di lavoro alle dipendenze di ambasciate e missioni diplomatiche con sede nel territorio britannico.

Per conseguenza, in forza dell'art. 2(1) dell'*European Communities Act* del 1972, la Corte ha disposto la disapplicazione delle menzionate previsioni dello SIA da parte dei giudici di primo grado.

I fatti di causa sottesi alla decisione della *Court of Appeal*

La sentenza in commento prende le mosse da due distinte vicende giudiziali sottoposte alla cognizione Tribunale del lavoro di primo grado e successivamente riunite in grado d'appello.

Nella prima lo Stato del Sudan era stato convenuto da una ex dipendente di nazionalità marocchina – impiegata presso l'ambasciata di a Londra con mansioni di cuoca - per illegittimo licenziamento, mancato rispetto del salario minimo garantito e violazione delle norme che regolano l'orario di lavoro in Gran Bretagna.

Nella seconda lo Stato della Libia era stato sua volta convenuto di fronte ai giudici inglesi da una ex dipendente - anch'essa di nazionalità marocchina, impiegata presso l'ambasciata di Londra con mansioni di cuoca e di addetta alle pulizie - per licenziamento illegittimo, ritardo nella corrisponsione del salario periodico, discriminazione razziale e violazione delle norme che regolano l'orario di lavoro.

In entrambi i casi i giudici di primo grado, a fronte dell'eccezione di immunità sollevata dagli Stati convenuti sulla base dell'art. 16(1)(a) SIA (2) - nonché, nel giudizio instaurato nei confronti della Libia, sulla base dell'art. 4(2) SIA (3) - pur riconoscendo un potenziale conflitto tra la normativa interna in tema di immunità ed il diritto d'accesso al giudice di cui all'art. 6 della CE-

(1) *Benkharbouche v. Embassy of the Republic of Sudan; Janah v. Libya* ([2015] EWCA Civ 33), il cui testo integrale è pubblicato all'indirizzo web:

<https://www.judiciary.gov.uk/wpcontent/uploads/2015/02/benkharbouche-and-janah-v-embassy-republic-sudan-others.pdf>

(2) A norma del quale le eccezioni dalla regola dell'immunità dello Stato dalla giurisdizione dettate dall'art 4 SIA non trovano in nes-

sun caso applicazione alle controversie di lavoro relative a lavoratori impiegati presso le missioni diplomatiche o consolari.

(3) Che esclude l'operatività dell'eccezione alla regola dell'Immunità dello Stato nelle controversie di lavoro con riferimento ai procedimenti in cui, al momento dell'instaurazione del giudizio, l'attore non avesse cittadinanza né residenza abituale in Gran Bretagna.

DU, pronunciavano la richiesta declinatoria di giurisdizione, non ritenendosi competenti ad una eventuale pronuncia di disapplicazione della normativa interna pur ove eventualmente contrastante con la disciplina comunitaria.

Il Presidente dell'*Employment Appeal Tribunal* - ritenuto che il riconoscimento dell'immunità a favore dello Stato, ove destinato ad operare (come nei casi sottoposti alla cognizione del Tribunale) in relazione a controversie del tutto inidonee ad interferire con l'esercizio di funzioni pubbliche e di governo, confligga con il diritto di accesso al giudice di cui all'art. 6 della CEDU e 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE (4) - disponeva la riunione dei giudizi di appello promossi avverso le due sentenze di primo grado (5), ordinando, a norma dell'art. 2 (1) dell'*European Communities Act* del 1972 (6), la disapplicazione dell'art. 16(1)(a) SIA.

Le questioni sottoposte all'esame della Corte

La questione veniva quindi rimessa alla *Court of Appeal*, chiamata a decidere sulle seguenti questioni: (a) se sussista effettivamente un contrasto tra le norme di cui agli artt. 4(2) e 16(1)(a) SIA e gli articoli 6 CEDU e 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE; (b) se, in questo caso, la menzionata normativa interna possa essere resa oggetto di una interpretazione adeguatrice che valga ad elidere il contrasto ovvero se, ove non sia possibile risolvere il contrasto in via interpretativa, possa essere ordinata la disapplicazione della disciplina interna configgente con quella comunitaria.

(a) Il vaglio di compatibilità tra le norme dello SIA e i principi comunitari in tema di diritto di accesso al giudice

Nell'affrontare la questione sub (a) la Corte aderisce all'impostazione fatta propria dalla *House of Lords* (7) secondo cui una valutazione di proporzionalità tra la limitazione del diritto di accesso al giudice e gli interessi perseguiti riconoscendo l'immunità allo Stato è ammissibile da parte del giudice nazionale soltanto ove siffatto riconoscimento sia il frutto di una scelta politica del legislatore nazionale, non invece se l'immunità discende dal diritto internazionale vigente (8).

Posta questa premessa di metodo, la Corte rileva che nel caso di specie non può ritenersi che il riconoscimento dell'immunità dello Stato per qualsivoglia controversia avente ad oggetto rapporti di lavoro alle dipendenze

delle ambasciate e delle missioni diplomatiche sia imposto dal diritto internazionale pattizio o consuetudinario.

Né la Convenzione di Vienna sulle Relazioni Diplomatiche del 1961, né la Convenzione Europea sull'Immunità degli Stati del 1962, né ancora la Convenzione di New York del 2004 - ritenuta dalla Corte in ampia parte ricognitiva del diritto consuetudinario vigente - prevedono invero una *blanket immunity* per le menzionate controversie giuslavoristiche.

Analogamente, afferma la Corte, non sussiste alcun un obbligo di diritto internazionale sotteso all'immunità garantita allo Stato dall'art. 4 (2) SIA per controversie di lavoro instaurate da soggetti che al momento dell'assunzione non erano cittadini né residenti in modo permanente nel territorio britannico.

Secondo la *Court of Appeal*, invero, la norma in oggetto - lungi dal porsi quale presidio delle prerogative sovrane dello Stato - risponde esclusivamente ad una logica di riparto di giurisdizione tra i diversi ordinamenti. La cittadinanza o la residenza permanente nel territorio britannico si attergerebbero in altre parole alla stregua di "ordinari" criteri di collegamento al fine di fondare (o escludere) la giurisdizione dei giudici inglesi.

Sulla scorta di tali considerazioni, la Corte giunge dunque ad affermare la propria legittimazione al sindacato di proporzionalità tra la limitazione del diritto di accesso al giudice e gli interessi perseguiti riconoscendo l'immunità allo Stato.

Nell'ambito del menzionato giudizio di proporzionalità, la *Court of Appeal* sceglie quale parametro principe la prassi giurisprudenziale internazionale che, come rilevato dai giudici inglesi, è uniforme nel riconoscere che nelle controversie in tema di contratti di lavoro l'immunità dello Stato dall'altrui giurisdizione civile può essere legittimamente riconosciuta, in ossequio alla teoria della c.d. immunità ristretta, esclusivamente nel caso in cui il giudizio sia caratterizzato da un oggetto tale da poter interferire con l'esercizio delle prerogative sovrane o con le esigenze di sicurezza dello Stato.

Entro questi soli stessi limiti, secondo la Corte, l'esclusione del diritto del lavoratore ad ottenere tutela giurisdizionale può inoltre dirsi proporzionata ed in quanto tale compatibile con l'art. 6 CEDU.

Il medesimo giudizio di ragionevolezza non potrebbe invece dirsi positivamente soddisfatto nelle controversie instaurate avverso lo Stato da soggetto addetti allo svolgimento di mere mansioni materiali ed esecutive, quali

(4) *Benkharbouche v. Embassy of the Republic of Sudan*; *Janah v. Libya* [2014] ICR 169, in BYIL, v. 84 (1) 2014.

(5) Rimaneva invece assorbita la questione della compatibilità dell'art. 4(2) SIA con le norme di cui agli artt. 6 e 14 CEDU.

(6) A norma del quale "all such rights, powers, liabilities, obligations and restrictions from time to time created or arising by or under the Treaties, and all such remedies and procedures from time to time provided for by or under the Treaties, as in accordance with the Treaties are without further enactment to be given legal effect or used in the United Kingdom shall be recognised and available in law, and be enforced, allowed and followed accordingly; and the expression "enforceable EU right" and similar expressions shall be read as referring to one to which this subsection applies". Il testo integrale dello State Immunity Act è pubblicato all'indirizzo web:

<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1972/68/>

(7) E per essa da Lord Millet, in *Holland v. Lampen Wolfe* (2000, 1

WLR 1573) e da Lord Bingham e Lord Hoffman in *Jones v. Saudi Arabia* (2007, 1 AC 270)

(8) Cui, come ricorda la *Court of Appeal*, si contrappone l'impostazione adottata sul punto dalla CEDU sin dalla sentenza *Al-Adsani v. United Kingdom* (2002, 34 EHRR 273) - e mantenuta ferma negli anni in *Fogarty v. United Kingdom* (2002, 34 EHRR 12); *McElhinney v. Ireland and United Kingdom* (2002, EHRR 13), *Cudak v. Lithuania* (2010, 51 EHRR 15), *Sabeh El Leil v. France* (2012, 54 EHRR); *Oleynikov v. Russia* (2013, 57 EHRR 15) nonché, da ultimo, in *Jones v. United Kingdom* (2014, 59 EHRR) - secondo cui anche ove il riconoscimento dell'immunità dello Stato discenda direttamente diritto internazionale consuetudinario ciò non preclude di per sé al giudice la possibilità di svolgere una valutazione di proporzionalità tra la limitazione del diritto di accesso alla tutela giurisdizionale garantito dall'art. 6 della CEDU e gli interessi di volta in volta perseguiti mediante tale riconoscimento.

appunto quelle rese oggetto della cognizione della Corte nel caso di specie (9).

Con riferimento invece alla diversa questione dell'immunità garantita allo Stato dall'art. 4 (2) SIA per controversie di lavoro instaurate da soggetti che al momento dell'assunzione non erano cittadini né residenti in modo permanente nel territorio britannico, la Corte afferma che anche la limitazione al diritto di accesso al giudice determinata dall'applicazione tali criteri di collegamento si pone in contrasto con l'art. 6 CEDU (finendo per determinare un'ingiustificata discriminazione, in contrasto con l'art. 14 CEDU).

Al fine di escludere la giurisdizione dei giudici inglesi rispetto a controversie del tutto prive di adeguati criteri di collegamento con l'ordinamento britannico sarebbe infatti sufficiente la previsione di cui all'art. 4(1) SIA, a norma del quale le eccezioni alla regola dell'immunità per le controversie in materia di lavoro si applicano esclusivamente ai procedimenti aventi ad oggetto contratti di lavoro conclusi nel territorio inglese o nei quali l'attività lavorativa venga svolta in tutto o in parte nel territorio inglese.

(b) La possibilità di elidere in via interpretativa il contrasto tra normativa interna e disciplina comunitaria ovvero di disapplicare le norme dello SIA in quanto confliggenti con principi di diritto dell'Unione Europea muniti di efficacia orizzontale

Poste nel merito le menzionate premesse, la Corte passa quindi ad affrontare, in prospettiva rimediabile, la questione *sub* (b) tesa a valutare se, nel caso di specie, la normativa interna contrastante con l'art. 6 CEDU possa in concreto essere resa oggetto di una interpretazione adeguatrice, che valga ad elidere il contrasto senza dover ricorrere alla più radicale rimedio della disapplicazione.

Sul punto i giudici inglesi rilevano tuttavia che tanto l'art. 4(2), quanto l'art. 16 (1) (a) SIA - nel definire specifiche e dettagliate ipotesi di riconoscimento dell'immunità a favore dello Stato - rappresentano espressione di una specifica volontà politica del Parlamento, insuscettibile di interpretazione adeguatrice se non a costo di mettere in pericolo la coerenza complessiva e sistematica dello SIA (10).

Ne discende, nell'*iter* argomentativo della Corte, la necessità di affrontare il problema della possibilità di or-

dinare la disapplicazione della disciplina interna in quanto contrastante con quella comunitaria.

Come peraltro rilevato dalla Corte, la domanda di disapplicazione della disciplina interna in tema di immunità è nel caso di specie fondata dai ricorrenti sulla violazione non dell'art. 6 CEDU ma dell'art. 47 della Carta di Nizza (recepita nell'ordinamento inglese a seguito del Trattato di Lisbona).

Sul punto, peraltro, la Corte rileva che la violazione dell'art. 6 CEDU da parte degli artt. 4(2) e 16(1)(a) SIA implica che gli stessi si pongano parimenti in contrasto con l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE (la c.d. Carta di Nizza) (11), posta la perfetta sovrapposibilità - per lo meno per quanto di interesse con riferimento ai fatti oggetto della cognizione della Corte - del contenuto precettivo delle due norme comunitarie.

Tuttavia, continua la Corte, solo ove alle disposizioni della Carta dei diritti fondamentali dell'UE possano riconoscersi effetti orizzontali diretti - tali da poter essere legittimamente invocati dal cittadino anche nei confronti di uno Stato che non sia membro dell'UE quale appunto la Libia - è possibile che tale principio sia validamente invocato al fine della disapplicazione della disciplina con esso confligente.

A loro volta, siffatti effetti orizzontali diretti possono riconoscersi alle disposizioni della Carta di Nizza - così come già alle previsioni della CEDU - solo ove una determinata previsione debba ritenersi espressione di un principio generale di diritto europeo, destinato a trovare applicazione anche in assenza di un atto di adeguamento del diritto interno dei singoli Stati membri (12): efficacia questa cui - alla luce della giurisprudenza della CGUE (13) - deve escludersi che il Trattato di Lisbona abbia elevato *tout court* tutti i diritti, le libertà ed i principi espressi nella Carta di Nizza (14).

In questo contesto, secondo i Giudici inglesi (15), il diritto al giusto processo dovrebbe peraltro in ogni caso ricomprendersi tra quei principi sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'UE che non richiedono un'implementazione da parte dei singoli legislatori nazionali ed è quindi idoneo a produrre effetti orizzontali diretti (16), legittimando la disapplicazione della normativa interna eventualmente con esso confligente.

(9) Anch'esse tradizionalmente ritenute rientrare, secondo la pregressa giurisprudenza delle Corti britanniche, nell'ambito di operatività dell'art. 16(1)(a) SIA. In questo senso, si vedano *Ahmed v. Saudi Arabia* [1996] ICR 25; [1996] 2 All ER 248, CA e *Sengupta v. Republic of India* [1983] ICR 221; 64 ILR 352.

(10) Sulla necessità di una novella normativa delle norme di cui alla Sezione 4 dello SIA al fine di elidere gli elementi di ingiustificata discriminazione quanto ai limiti all'accesso al giudice ad esse sottesi si veda, anteriormente alla pronuncia, H. Fox, *The law of State Immunity*, Oxford, 2013, 198-199.

(11) A norma del quale "Ogni individuo i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice, nel rispetto delle condizioni previste nel presente articolo. Ogni individuo ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale, precostituito per legge. Ogni individuo ha la facoltà di farsi consigliare, difendere e rappresentare. A coloro che non dispongono di mezzi sufficienti è concesso il patrocinio a spese dello Stato qualora ciò sia necessario per assicurare un accesso effettivo alla giustizia".

(12) Come affermato dalla CGUE con riferimento al principio di

non discriminazione, dapprima anteriormente all'entrata in vigore della Carta di Nizza, nel caso *Mangold v. Helm* (2005, ECR I-9981), e quindi, nel 2010, nel caso *Kücükdeveci v. Sweden* (2010, IRLR 346).

(13) Ed in particolare della sentenza *Association de Médiation Sociale (AMS)* (C-176/12 [2014] ECR I-000), con la quale la CGUE ha escluso l'efficacia orizzontale dell'art. 27 della Carta di Nizza, relativo al diritto di informazione e consultazione del lavoratore privato.

(14) Sul tipo di efficacia delle disposizioni della Carta di Nizza a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, P. Gianniti (a cura di), *I diritti fondamentali nell'Unione Europea. La Carta di Nizza dopo il Trattato di Lisbona*, Bologna, 2013.

(15) Anche sulla scorta dei preparatori alla Carta dei diritti fondamentali dell'UE nei quali il diritto ad ottenere un'effettiva tutela dei diritti viene indicato - coerentemente con quanto affermato dall'allora CGCE nelle sentenze *Johnston* (1986, ECR 1651), *Heylens* (1987, ECR 4097) e *Borelli* (1992, ECR I-6313) - come "principio generale del diritto dell'Unione".

(16) Ferme le eccezioni alla sua portata precettiva elaborate dalla Corte di Strasburgo e disciplinate dalla normativa comunitaria.

La *Court of Appeal* giunge dunque sul punto a conclusioni molto diverse da quelle fatte proprie, ad esempio, dalla nostra Corte Costituzionale nella sentenza 80 dell'11 marzo 2011 (17) - resa nella pur assai diversa materia delle misure di sicurezza penali - nella quale la Consulta aveva ritenuto che “*presupposto di applicabilità della Carta di Nizza è [...] che la fattispecie sottoposta all'esame del giudice sia disciplinata dal diritto europeo – in quanto inerente ad atti dell'Unione, ad atti e comportamenti nazionali che danno attuazione al diritto dell'Unione, ovvero alle giustificazioni addotte da uno Stato membro per una misura nazionale altrimenti incompatibile con il diritto dell'Unione – e non già da sole norme nazionali prive di ogni legame con tale diritto*”.

Il riferimento ad una generale efficacia orizzontale dell'art. 47 della Carta di Nizza pare peraltro essere il (solo) reale spunto innovativo della pronuncia, che pur evidentemente si pone sulla scia della (pur timida) apertura operata sul punto dalla CGUE nella sentenza *Fuß* (18).

Per il resto - tanto sotto il profilo dei limiti oggettivi rispetto all'operare della regola dell'immunità dello Stato con riferimento alla controversie concernenti i rapporti di lavoro (19), quanto con riferimento al rapporto tra immunità e diritto di accesso al giudice *ex art. 6 CEDU* (20) - la sentenza appare sostanzialmente ricognitiva della pregressa elaborazione dottrinale e giurisprudenziale.

Con la peculiarità che, in questo caso - diversamente da quanto accaduto nell'ormai nota pronuncia della Corte costituzionale italiana n. 238 del 22 ottobre 2014 - è la normativa interna in tema di immunità ad essere disapplicata sulla base della disciplina di maggior favore (quanto al diritto all'accesso al giudice) dettata dalle norme di matrice sovranazionale.

Valentina Morgante, *Allieva perfezionanda*
Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa

(17) In www.cortecostituzionale.it

(18) C-429/09 [2010] ECR I-12167, sulla quale si vedano R. Cosío, *Il diritto europeo nel dialogo delle Corti*, Milano, 2013, 138; M. Cerase, *Happy birthday: il primo anno di applicazione della Carta di Nizza nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in B. Caruso, M. Militello (a cura di) *Working Papers n. 1 Collectives volumes C.S.D.L.E.* “M. D'Antonia”, Catania, 2010.

(19) In merito al quale cfr. H. Fox, *The law*, cit., 435-462; nonché,

tra gli autori italiani, R. Romano, *In tema di rapporto di lavoro alle dipendenze di ambasciata di Stato Estero*, in *Il Foro Italiano*, 2012, 1887-1889 e R. Pavoni, *L'immunità degli Stati nelle controversie di lavoro*, in R. Ronzitti (a cura di), *Le immunità giurisdizionali degli Stati e degli altri enti internazionali*, Milano, 2009, 29-44.

(20) Sul quale si veda R. Nigro, *Immunità degli Stati esteri e diritto di accesso al giudice: un nuovo approccio nel diritto internazionale?*, in *RDI*, 2013, 812-846.

CORTE DI APPELLO DI BARI, ord. 6 ottobre 2014 - Pres. Scalerà - Rel. Mitola - C. s.p.a. (Avv.ti G. e A. Tucci) c. G. A. B. V. (Avv.ti La Via, Diana e Liberti).

Fideiussione - Indicazione dell'importo massimo garantito - Applicazione del principio di cui all'art. 1938 c.c. alla lettera di patronage - Revoca di provvedimento di esecutività del provvedimento reso da giudice olandese.

Alla lettera di patronage è applicabile il principio generale di garanzia di ordine pubblico economico dettato dall'art. 1938 c.c., come modificato dalla l. n. 154 del 1992, che prevede la necessaria indicazione nel documento del limite massimo garantito per le obbligazioni future. Ne consegue che il riconoscimento in Italia dell'esecutività del provvedimento sommario di condanna al pagamento di una somma di denaro in virtù di una garanzia per debiti futuri non recante l'ammontare massimo garantito pronunciato dal giudice straniero è inammissibile, in ragione della contrarietà delle statuizioni in esso contenute all'ordine pubblico, ai sensi degli artt. 34, co. 1, n. 1, e 45 Reg. n. 44/01.

(Omissis) Rilevato che, con provvedimento del 29 ottobre 2013 e notificato il 3 dicembre 2013, questa Corte dichiarava esecutiva nello stato italiano la sentenza (*rectius* il provvedimento sommario) col quale il 26 aprile 2013 il Tribunale di Midden-Neederland aveva condannato la Ciccolella S.p.a. a pagare alla società Goes Aalsmeer B.V. la somma di € 3.724.894,15, con interessi ed al pagamento delle spese dell'importo di € 20.093,00;

che con ricorso ex artt. 43 Reg. n. 44/2001, 702 bis c.p.c. e 30 D.lgs. 150/11 la Ciccolella S.p.a. chiedeva a questa Corte

a) la revoca dell'esecutività del provvedimento di questa Corte del 29 ottobre 2013 per violazione dell'art. 47, c. 3, Reg. n. 44/2001;

b) la revoca ex art. 45 Reg. n. 44/2001 della concessa dichiarazione di esecutività del provvedimento reso il 26.4.2013 dal Tribunale di Midden-Neederland per contrarietà all'ordine pubblico per violazione dell'art. 1938 c.c.;

c) la condanna della Goes Aalsmeer B.V. operante sotto il nome di Top Transport Logistick TTL al pagamento di tutte le spese, diritti e onorari di causa.

In via istruttoria la ricorrente produceva la documentazione meglio descritta nel ricorso e in atti.

Con decreto in data 15 febbraio 2014 il Presidente della Sezione ordinava la comparizione delle parti all'udienza del 18 marzo 2014, nominava il relatore e rettificava il decreto del 29 ottobre 2013 nella parte in cui era stata erroneamente apposta la formula esecutiva al medesimo, pur in presenza del ricorso.

Si costituiva la Goes Aalsmeer B.V. all'udienza del 18 marzo 2014 chiedendo il rigetto del ricorso.

Con ordinanza del 6 maggio 2014 questa Corte «rilevato che la causa non può essere decisa per l'assenza in atti della copia tradotta in lingua italiana del "Guarantee Agreement" del 4 gennaio 2010, espressamente trascritto nel corpo del provvedimento del Tribunale di Midden-Neederland, sede di Utrecht, del 26 aprile 2013, ma stralciato dalla copia tradotta del provvedimento medesimo e depositato solo in lingua inglese dall'odierno ricorrente;

rilevato che per la decisione è necessaria quindi la produzione da parte del ricorrente o della parte più diligente della copia tradotta in italiano del documento suddetto nella forma della traduzione giurata ovvero, comunque non contestata da alcuna

delle parti», rinviava la trattazione della causa all'udienza del 1° luglio 2014;

A seguito di istanza di sospensione avanzata dalla Goes Aalsmeer B.V. il 28 maggio 2014, questa Corte, con ordinanza del 24 giugno 2014, «rilevato che la causa non può essere decisa in quanto occorre che le parti rendano chiarimenti in ordine alle circostanze dedotte nell'istanza di sospensione prodotta dalla difesa della Goes Aalsmeer B.V., dalla quale si apprende che la suddetta società è stata dichiarata fallita in Olanda dinanzi al Tribunale di Medden il 13 maggio 2014;

visto il Reg. n. 1346/2000 del 29 maggio 2000, relativo alle procedure di insolvenza», rinviava all'udienza del 23 settembre 2014.

All'udienza indicata si costituiva la Goes Aalsmeer B.V. (operante anche come Top Transport Logistick TTL) in persona del Curatore Fallimentare (*Trustee*) e legale rappresentante Sig. Willem Jan Mauritis van Andel - nominato con sentenza dichiarativa di fallimento il 13 maggio 2014 dal Tribunale di Midden - riportandosi alla precedenti richieste, eccezione e conclusioni e ribadendo, in particolare, l'eccezione di inammissibilità e/o inutilizzabilità del contratto "Accordo di Garanzia" (esibito dalla ricorrente in lingua inglese ed in lingua italiana su richiesta di questa Corte) per asserita contrarietà alla previsione di cui agli artt. 45, c. 2, e 36 Reg. n. 44/2001.

All'esito dell'udienza la causa veniva riservata per la decisione.

Rileva questa Corte che il ricorso è fondato e va accolto.

Preliminarmente va rigettata l'eccezione di inammissibilità/inutilizzabilità del più volte menzionato Accordo di Garanzia ("guarantee agreement") del 4 gennaio 2010, in quanto va ricordato che, come già rappresentato nella propria ordinanza del 6 maggio 2014 (sopra trascritta), tale accordo risultava integralmente trascritto, quale parte integrante, nel corpo del provvedimento del Tribunale di Midden-Neederland, sede di Utrecht, del 26 aprile 2013, ed arbitrariamente stralciato dalla copia tradotta del provvedimento medesimo, depositato dalla Goes B.V. con l'istanza di esecutività del provvedimento. Pertanto la produzione del contratto risultava necessaria ai fini della decisione della causa, essendo necessario l'esame del provvedimento del Tribunale di Midden nella sua integralità e non già in estratto.

Tanto premesso, la contrarietà all'ordine pubblico dell'accordo trasfuso nel menzionato provvedimento del Tribunale olandese è evidente *ictu oculi*.

L'art. 43, n. 1, Reg. n. 44/2001 dispone quanto segue: «Ciascuna delle parti può proporre ricorso contro la decisione relativa all'istanza intesa ad ottenere una dichiarazione di esecutività».

Il capo III del Reg. n. 44/2001, contenente gli artt. 32-56, stabilisce le regole relative al riconoscimento e all'esecuzione negli altri Stati membri di decisioni pronunciate in uno Stato membro.

L'art. 34 di detto Reg. prevede quanto segue: «Le decisioni non sono riconosciute:

1) se il riconoscimento è manifestamente contrario all'ordine pubblico dello Stato membro richiesto; 2) se la domanda giudiziale od un atto equivalente non è stato notificato o comunicato al convenuto contumace in tempo utile ed in modo tale da poter presentare le proprie difese eccetto qualora, pur avendone avuto la possibilità, egli non abbia impugnato la decisione; 3) se sono in contrasto con una decisione emessa tra le medesime parti nello Stato membro richiesto; 4) se sono in contrasto con una decisione emessa precedentemente tra le medesime parti in un altro Stato membro o in un paese terzo, in una controversia avente il medesimo oggetto ed il medesimo titolo, allorché tale decisione presenta le condizioni necessarie per essere riconosciuta nello Stato membro richiesto».

Orbene il testo novellato dall'art. 1938 c.c. recita testual-

mente: «La fideiussione può essere prestata anche per un'obbligazione condizionale o futura con la previsione, in questo ultimo caso, dell'importo massimo garantito».

La figura della fideiussione *omnibus* ha nel tempo sollevato molte discussioni in dottrina e giurisprudenza circa la sua validità a causa della indeterminatezza dell'impegno assunto dal garante; la L. 154/92, però, modificando l'art. 1938 c.c. e l'art. 1956 c.c., ha indirettamente sancito la validità di questo tipo di obbligazione, a condizione che per le obbligazioni future sia previsto l'importo massimo garantito.

Di conseguenza, essendo ora ammissibili fideiussioni per debiti non ancora sorti, è venuto meno quel requisito della indeterminatezza che poteva rendere nulle le fideiussioni *omnibus*; è anche vero che tali garanzie sono valide solo se è previsto l'importo massimo garantito, e ciò a tutela del garante-fideiussore.

La L. 17 febbraio 1992, n. 154, ha introdotto norme per la trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari. Il testo approvato è la risultante dell'unificazione di una serie di d.d.l. presentati nel corso della X legislatura e tiene conto dei principi informativi della Direttiva CEE n. 87/102 del 22 novembre 1986, relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di credito al consumo.

L'intervento legislativo, espressione di un principio inderogabile di ordine pubblico, ha sancito la nullità delle fideiussioni rilasciate per un importo illimitato e degli atti di rinuncia preventiva alla speciale autorizzazione prescritta dall'art. 1956 c.c., traendo le logiche conseguenze della soggezione del creditore ai limiti di correttezza e buona fede nell'esecuzione del rapporto obbligatorio.

Ed invero, in virtù del successivo art. 11 della stessa legge, le disposizioni di cui ai c. 1 e 2 dell'art. 10 devono ritenersi inderogabili (tranne che in senso più favorevole al cliente), con la conseguenza che la loro violazione comporta la nullità del contratto o della clausola di rinuncia alla liberazione, ai sensi rispettivamente degli artt. 1418 e 1419 c.c.

Per completezza va aggiunto che il dettato legislativo si intende, tuttavia, rispettato solo attraverso la fissazione di un limite di importo proporzionato alla normale e prevedibile attività del debitore ed alle sue potenzialità economiche e non anche di un importo qualsiasi che si tramuterebbe in uno strumento di garanzia sostanzialmente illimitato.

La Corte di cassazione, con una recente sentenza (Cass., 26

gennaio 2010, n. 1520) è intervenuta in materia sancendo l'applicazione del principio generale di garanzia e di ordine pubblico economico dell'art. 1938 c.c. per qualsiasi garanzia personale, non solo tipica, ma anche atipica, fra le altre, per le c.d. lettere di *patronage* (1).

La Suprema Corte ha infatti qualificato espressamente il disposto dell'art. 1938 c.c., quale principio generale di garanzia e di ordine pubblico economico operante all'interno del nostro ordinamento giuridico, come valido anche al di fuori della forma di garanzia personale tipizzata dal legislatore agli artt. 1936 c.c. ss., in quanto il legislatore italiano, con la modifica del testo di cui all'art. 1938 c.c., si è adeguato alle regole comunitarie derivanti dal trattato, così delimitando l'obbligazione futura assunta dal garante fissando, con lo stabilire la regola dell'indicazione di un importo massimo garantito per il contratto tipico di fideiussione, un dogma inviolabile per qualsiasi garanzia personale. Ciò significa che ogniquale volta un soggetto assuma a proprio carico un obbligo di garanzia personale per obbligazioni future, a prescindere dal *nomen* quanto dalla tipicità del negozio giuridico concluso, tale soggetto riceverà tutela dal nostro ordinamento giuridico, attraverso la prescrizione a pena di nullità dell'indicazione dell'importo massimo garantito, così da evitare l'accollo di un rischio economico indeterminato.

Con la decisione n. 1520/2010 la S.C. ha riconosciuto l'applicabilità del principio di cui all'art. 1938 c.c. anche alle lettere di *patronage* con la previsione della necessaria indicazione, nel documento, dell'importo massimo garantito.

Nonostante la lettera di *patronage* sia una forma di garanzia priva di una disciplina giuridica di riferimento (per questo si parla di garanzia atipica), la lettera viene generalmente ricondotta ad uno schema comune costituito da una premessa contenente la comunicazione del controllo azionario del *patronnant* sulla società controllata, e da una successiva serie di dichiarazioni, più o meno vincolanti, per mezzo delle quali la controllante manifesta il proprio impegno a non cedere il controllo azionario della patrocinata ed a controllare l'adempimento delle obbligazioni di quest'ultima.

In merito alla qualificazione giuridica, la lettera di *patronage* è stata oggetto di numerosi dibattiti giurisprudenziali, mossi dal tentativo di applicare in via analogica all'istituto in questione la disciplina dettata per figure di garanzia affini, ed in primo luogo per la fideiussione. Al riguardo la giurisprudenza ha escluso per molti anni l'applicabilità alla lettera di *patronage*

(1) La lettera di *patronage* è una garanzia personale atipica diffusa prevalentemente nel settore bancario ove costituisce uno strumento a supporto del credito finanziario. Questa forma di garanzia ha trovato origine nel sistema americano e si è poi diffusa in Europa intorno agli anni '70, quando numerose società d'oltre oceano hanno iniziato a concludere operazioni finanziarie con i nostri istituti di credito, avvalendosi della lettera di *patronage* come strumento di garanzia delle proprie obbligazioni.

Si tratta di un documento che un soggetto, il *patronnant*, invia in forma di lettera ad una banca per rafforzare il convincimento di quest'ultima a concedere credito ad un terzo soggetto. Il *patronnant* è generalmente una holding ed il soggetto terzo beneficiario della lettera una società controllata dalla prima, fra le quali si instaura, in forza della lettera di *patronage*, un rapporto di c.d. patrocinato.

In particolare, la funzione della lettera di *patronage* non è quella di garantire l'adempimento di un'obbligazione di un soggetto terzo, ma bensì quella di rafforzare il convincimento del creditore di essere garantito, ciò che avviene attraverso la comunicazione di argomenti ed informazioni che manifestano l'interesse del *patronnant* al buon esito dell'operazione.

Nella prassi accade di sovente che una lettera di *patronage* venga emessa da una società capogruppo a favore di una propria controllata, la quale, inevitabilmente, alla luce del ruolo ricoperto, risulta, in misura più o meno intensa, coinvolta nei rapporti bancari intrattenuti dalla sua controllata. Appare, quindi, evidente come le lettere di *pa-*

tronage possano trovare il proprio terreno di elezione nell'ambito dei gruppi societari, così come disciplinati nel nostro ordinamento dal codice civile (artt. 2497-2497 *sexies* c.c.). In questo ambito, sono nate e si sono diffuse le lettere di *patronage* la cui emissione rappresenta e dimostra, da una parte, il coinvolgimento, più o meno diretto, della *patronnant* nell'ambito del processo decisionale di un istituto di credito volto a deliberare la concessione e/o il mantenimento di linee di credito a favore della controllata; dall'altra parte, la banca persegue il suo scopo, ottenendo una forma di "garanzia" a tutela della decisione presa, con una ragionevole sicurezza in merito all'esito finale positivo dell'operazione di credito accordata.

A seconda della vincolatività delle predette dichiarazioni, si distingue fra lettere di *patronage* a carattere innovativo (c.d. lettere deboli) e lettere di *patronage* a carattere impegnativo (c.d. lettere forti). Le lettere deboli sono quelle che contengono una mera comunicazione circa l'esistenza del rapporto di controllo fra società patrocinante e patrocinata, accompagnata da una dichiarazione di consapevolezza ed approvazione circa l'operazione di finanziamento che la banca ha concesso o sta per concedere alla controllata. Le lettere forti, invece, oltre alle dichiarazioni di cui sopra, contengono anche una comunicazione per mezzo della quale il *patronnant* dichiara di impegnarsi a procurare le disponibilità finanziarie per l'adempimento delle obbligazioni della società patrocinata, a non cedere il controllo di quest'ultima sino all'estinzione del debito ed a mantenere il controllo della solvibilità della stessa.

dei principi e dei limiti dettati in materia di fideiussione a causa della mancanza nel primo istituto della necessaria manifestazione espressa della volontà di prestare la garanzia, richiesta invece per la fideiussione dall'art. 1937 c.c.

Proprio su tale punto è intervenuta la citata sentenza con la quale la Corte di cassazione ha stabilito l'applicabilità alla lettera di *patronage* del principio dettato dall'art. 1938 c.c., così come modificato dalla L. n. 154/1992, che prevede la necessaria indicazione nel documento del limite massimo garantito per le obbligazioni future. La Suprema Corte ha precisato che «quella dell'art. 1938 c.c. nel testo novellato (dalla L. n. 154/1992, art. 10), pur essendo inserita nella disciplina tipica dell'istituto della fideiussione, introduce un principio generale di garanzia e di ordine pubblico economico, suscettibile di valenza generale anche per le garanzie personali atipiche e tra queste quelle di *patronage*...».

La decisione della Corte di cassazione introduce un elemento decisamente rilevante in tema di lettera di *patronage*, affermando la regola che l'espressa indicazione del limite massimo dell'importo per il quale il *patronnant* rende la propria dichiarazione dovrà essere sempre inserita all'interno del documento, pena la nullità della lettera di *patronage* e del suo contenuto.

Nel solco della decisione del 2010 si pone la recentissima sentenza della S.C., Sez. III, 4 marzo 2014, n. 5951, che, ampliando l'ambito di applicazione della norma di cui all'art. 1938 c.c., ha affermato che, «in tema di fideiussione, l'art. 1938 c.c., come modificato dalla L. 17 febbraio 1992, n. 154, il quale prevede la necessità della determinazione dell'importo massimo garantito per le obbligazioni future, non si applica solo alle fideiussioni rilasciate a favore di banche o di società finanziarie, posto che né la lettera della norma, né la sua *ratio*, consentono tale limitazione».

In sostanza ha stabilito la S.C. che la lettera della norma non pone alcun limite all'ambito di applicabilità di essa. La suddetta previsione si applica dunque a qualsiasi fideiussione, *a quocumque et cuicumque* rilasciata.

La circostanza che la previsione della nullità delle fideiussioni *omnibus* sia stata introdotta nel c.c. da una legge intitolata "Norme per la trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari" non è di per sé sufficiente a ritenere che l'art. 1938 c.c. si applichi solo alle fideiussioni rilasciate a favore di banche o società finanziarie, per tre ragioni:

a) lo scopo della legge in tanto può venire in rilievo ai fini dell'interpretazione della norma, in quanto la lettera di quest'ultima sia ambigua (*ex multis*, Sez. Lav., 18 aprile 1983, n. 2663; Sez. Lav., 28 marzo 1983, n. 2183; Sez. Lav., 26 agosto 1983, n. 5493);

2) "l'intenzione del legislatore" di cui è menzione nell'art. 12 disp. prel. c.c. va intesa - per risalente tradizione - come volontà oggettiva della norma (c.d. *voluntas legis*) (*ex multis*, Sez. III, 21 maggio 1988, n. 3550; Sez. Lav., 8 giugno 1979, n. 3276; Sez. II, 19 maggio 1975, n. 1955; Sez. I, 13 marzo 1975, n. 937);

c) dai lavori preparatori della L. n. 154/92 (oggi abrogata dall'art. 161 D.Lgs. 10 settembre 1993, n. 385, fatta eccezione per l'art. 10) non vi è alcuno spunto che corrobori la tesi contraria. La L. n. 154/92 fu infatti approvata nella X legislatura dalla VI Commissione (Tesoro e Finanze) in sede deliberante, dopo tre sole sedute (25 settembre 1991, 2 ottobre 1991 e 23

gennaio 1992). Nei resoconti stenografici di tali sedute (Senato della Repubblica, X Legislatura, resoconti stenografici nn. 129, 132 e 145) non solo nulla si dice in merito all'ambito di applicazione della prevista modifica dell'art. 1938 c.c.; ma nell'esposizione del progetto di legge il relatore, Sen. Sacconi, nella seduta del 23 gennaio 1992 (resoconto stenografico n. 145, p. 4) espressamente dichiarò, con riferimento all'ambito di applicazione delle nuove norme: «in primo luogo debbo ricordare che si tratta di un provvedimento valido *erga omnes*».

Ragionevolmente deve allora concludersi che né la lettera della legge, né la sua *ratio*, consentano di ritenere applicabile l'art. 1938 c.c. alle sole fideiussioni rilasciate a favore di banche.

Nella fattispecie che ci occupa si rileva come l'Accordo di Garanzia ("*guarantee agreement*") del 4 gennaio 2010, espressamente ed integralmente trascritto nel corpo del provvedimento del Tribunale di Midden-Neederland, sede di Utrecht, del 26 aprile 2013, di cui costituisce parte integrante - come da traduzione allegata dalla Ciccolella S.p.a. e non contestata quanto ai contenuti da Goes B.V. -, all'art. 1 espressamente prevede: «art. 1 Dichiarazione di garanzia

1.1 Ciccolella S.p.a. con la presente accetta di divenire garante nei confronti di TTL, ai sensi dei termini e condizioni del presente accordo, pertanto garantendo per il completo e corretto pagamento di tutti i crediti dovuti a TTL da Lelived Group c.s. derivanti da tutte le fatture per servizi resi che sono più vecchie di 45 giorni rispetto alla data rilevante per la fatturazione;

1.2 TTL avrà diritto ad attivare la garanzia rilasciata da Ciccolella S.p.a., all'art. 1.1, non appena una delle società di Lelived Group c.s., che è debitore di TTL, sia oggetto di provvedimento di sospensione dei pagamenti, o sia dichiarata fallita, e in quel momento solo per quanto riguarda le fatture di Lelived Group c.s. che alla data della predetta sospensione o dichiarazione di fallimento siano più vecchie di 45 giorni rispetto alla data rilevante per la fatturazione;

1.3 si include nel significato dell'art. 1.1. tutti i costi ragionevolmente incorsi per il recupero dei crediti e le spese di lite che potranno essere addebitate da TTL a Lelived Group c.s.».

Dal par. 3.1 del provvedimento olandese si evince che TTL aveva adito il Tribunale di Midden-Neederland chiedendo il rispetto da parte di Ciccolella S.p.a., *holding* controllante, del suddetto Accordo di garanzia per i crediti dovuti dalla controllata, e dai par. 4.6 e 4.7 emerge che la condanna della Ciccolella S.p.a. derivava proprio dal suo presunto mancato adempimento dei suddetti accordi che, come emerge *per tabulas*, non contengono alcuna indicazione dell'importo massimo garantito, in palese violazione del precetto di cui all'art. 1938 c.c. e, prima ancora, della normativa comunitaria - Dir. CEE n. 87/102 del 22 novembre 1986 - di cui il suddetto precetto è diretta derivazione.

Gli argomenti sopra diffusamente esposti impongono di concludere nel senso che la decisione del Tribunale di Midden-Neederland del 26 aprile 2013 non può essere resa esecutiva in Italia perché ha condannato la S.p.a. ricorrente i base agli accordi di cui al "*guarantee agreement*" del 4 gennaio 2010, che devono invece ritenersi nulli per contrarietà all'ordine pubblico ai sensi dell'art. 1938 c.c. (*omissis*).

Riconoscimento di provvedimento straniero e requisito ostativo dell'ordine pubblico: l'ipotesi della lettera di *patronage* non recante l'indicazione dell'importo massimo garantito

The Bari Court of Appeal has denied enforcement in Italy to a Dutch provisional order for payment because of its clash with public policy. In the instant case the foreign judgment was based upon a guarantee agreement, i.e.: a letter of patronage, which did not contain any indication of the maximum amount guaranteed. The Bari Appeal Court has clearly stated that the general principle of security and public policy, laid down by Article 1938 of the Italian civil code, must be applied to any personal guarantee, including to the atypical ones and among them to the letter of patronage. The requirement of the indication of the maximum amount guaranteed, and the sanction of contract void in the case this indication lacks, is in fact a principle which assists any form of personal guarantee.

1. Premessa

Dichiarato esecutivo nello Stato italiano il provvedimento sommario - reso da un giudice olandese - implicante la condanna al pagamento di una somma di denaro in virtù di una garanzia per debiti futuri sprovvista dell'indicazione dell'ammontare massimo garantito, la parte ingiunta aveva chiesto la revoca dell'esecutività dello stesso in ragione della manifesta contrarietà all'ordine pubblico delle statuizioni in esso contenute.

Nella pronuncia in epigrafe la Corte d'appello, adita in applicazione delle disposizioni di cui agli artt. 43 e 45 del Reg. n. 44/2001 (le quali continuano a trovare applicazione in relazione alle azioni proposte, agli atti pubblici

formalmente redatti o registrati e alle transazioni giudiziarie approvate o concluse prima del 10 gennaio 2015, secondo quanto disposto dall'art. 66 del Reg. n. 1215/2012 (1)), ha accolto il ricorso proposto dall'istante e ha revocato la dichiarazione di esecutività nello Stato italiano del provvedimento straniero, riconoscendo la sussistenza di un requisito ostativo al dispiegarsi degli effetti della decisione estera nel territorio italiano. In particolare, si legge nella parte motiva dell'ordinanza, il riconoscimento della pronuncia deve ritenersi escluso in forza dell'art. 34 del Reg. n. 44/2001, stante l'evidente incompatibilità della stessa con l'ordine pubblico.

Il *dictum* della Corte costituisce applicazione del principio in virtù del quale la libera circolazione delle decisioni nell'ambito dell'UE, evidentemente incoraggiata dal legislatore sovranazionale, incontra il limite, espressamente contemplato dall'art. 34 cit., della non contrarietà all'ordine pubblico (2): il dispiegarsi degli effetti della pronuncia estera è perciò inevitabilmente escluso allorché essa contrasti in modo inaccettabile con l'ordinamento giuridico dello Stato richiesto, in quanto lesiva di un principio fondamentale (3).

Anche in considerazione della progressiva opera di armonizzazione in atto in special modo tra le normative degli Stati membri dell'UE, la riconoscibilità della pronuncia giudiziale estera rappresenta tuttavia la regola, sebbene il requisito dell'ordine pubblico, operando alla stregua di una eccezione, condizioni in senso restrittivo la libera circolazione intracomunitaria delle decisioni (4). Da qui l'esigenza, unanimemente avvertita, di in-

(1) Come è noto, infatti, il Reg. del 12 dicembre 2012, n. 1215, entrato in vigore il 10 gennaio 2013, ha abrogato il Reg. n. 44/2001, ma, in virtù della disposizione contenuta nell'art. 81, è destinato a trovare applicazione a decorrere dal 10 gennaio 2015, fatta eccezione per gli artt. 75 e 76 che si applicano a decorrere dal 10 gennaio 2014. Sulla portata delle disposizioni contenute nel nuovo Reg. v. E. Gualco - G. Risso, *Il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni giudiziarie nel Reg. Bruxelles bis*, DCI 2014, 637 ss.; C. Silvestri, *Recasting Bruxelles, I, il nuovo Reg. n. 1215 del 2012*, RTDPC 2013, 686 ss.; F. Carpi, *L'esecutorietà delle sentenze e l'opposizione nel Reg. n. 44 del 2001 e le recenti modifiche*, RTDPC 2013, 59, spec. 72 ss.; L. Penasa, *La nuova disciplina degli accordi sulla giurisdizione alla luce del reg. 1215/2002 (Bruxelles I bis)*, Int'l Lis 2013, 117 ss.; C. Tuo, *Armonia delle decisioni e ordine pubblico*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2013, 507 ss.; A. Leandro, *Prime osservazioni sul Reg. n. 1215/2012 (Bruxelles I bis)*, GPC 2013, 583 ss.; M. De Santis, *Il nuovo Reg. Bruxelles I bis e l'arbitrato: alcune riflessioni*, DCI 2013, 383 ss.; M.A. Lupoi, *La nuova disciplina della litispendenza e della connessione tra cause nel Reg. n. 1215 del 2012*, RTDPC 2013, 1425 ss.; O. Lopes Pegna, *Il regime di circolazione delle decisioni nel Reg. UE n. 1215/2012 (Bruxelles I bis)*, RDI 2013, 1206 ss.; E. D'Alessandro, *Il titolo esecutivo europeo nel sistema del Reg. n. 1215/2012*, RDP 2013, 1044 ss.

(2) La condizione impeditiva rappresentata dalla contrarietà all'ordine pubblico si rinviene pressoché costantemente nelle convenzioni internazionali. Sulla questione v. C. Fontana, *La circolazione delle decisioni in materia civile e commerciale: dalla convenzione di Bruxelles al Reg. comunitario*, RTDPC 2003, 291 s., spec. nt. 71 e 72. Sul ruolo che svolge la salvaguardia dell'ordine pubblico in materia di riconoscimento delle decisioni straniere ampiamente M. De Cristofaro, *Ordine*

pubblico «processuale» ed enucleazione dei principi fondamentali del diritto processuale «europeo», Contratto e impr.-E 2008, 563 ss. Cfr. anche F. Angelini, *Ordine pubblico e integrazione costituzionale europea. I principi fondamentali nelle relazioni interordinamentali*, Padova 2007, 190 ss.; Id., *Ordine pubblico nel diritto comunitario*, in *Digesto pubbl.*, Torino, Agg. 2005, 503; O. Feraci, *L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione europea*, Milano 2012; F. Mosconi, *Ordine pubblico (diritto internazionale)*, in *Il diritto-Encicl. giur.*, Milano 2007, 535 ss.; G. Bianco, *Ordine pubblico economico*, in *Digesto pubbl.*, Torino, Agg. 2005, 493 ss.

(3) V. Cass. 3 settembre 2014, n. 18602, ove peraltro si precisa che, affinché l'ordine pubblico rilevi nel senso di impedire il riconoscimento o l'esecuzione di una sentenza, non è sufficiente una divergenza tra la norma giuridica applicata dal giudice dello Stato di origine e quella che avrebbe applicato il giudice dello Stato richiesto.

Nel senso che «il conflitto con i valori fondamentali del foro porta al diniego del riconoscimento in considerazione non del contenuto della norma applicata, bensì della concreta statuizione contenuta nella sentenza e degli effetti che da tale *dictum* discenderebbero nell'ordinamento *ad quem*» v. M. De Cristofaro, cit. nt. 2, 566.

(4) Scrive S. La China, *Il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze nel Reg. n. 44/2001*, RDP 2002, 389 ss., che con la forma adottata dall'art. 34 il Reg. sembra fare riferimento ad una impostazione di regola-eccezione, facendo della non riconoscibilità l'eccezione e della riconoscibilità la regola, coerentemente con lo spirito della fonte in esame, tesa a promuovere, piuttosto che a limitare ed estesamente condizionare, la circolazione intra-comunitaria delle decisioni giudiziarie ex art. 32. Sulla questione v. anche E. Merlin, *Riconoscimento ed esecutività della decisione straniera nel Reg. «Bruxelles I»*, RDP 2001, 438 ss.; S.M. Carbone, *Lo spazio giudiziario europeo*, III ed., Torino 2000,

dividuare con esattezza la portata della clausola di salvaguardia contenuta nell'art. 34 cit. e di circoscriverne l'applicazione mediante una valutazione della contrarietà all'ordine pubblico effettuata in modo rigoroso e restrittivo.

Come è stato rilevato, il controllo sulla compatibilità della sentenza straniera con l'ordine pubblico deve essere svolto tenendo conto degli effetti che essa può produrre nel territorio nazionale (5), al fine di evitare che essi possano, anche indirettamente, minare i valori giuridici fondamentali e irrinunciabili e compromettere l'armonia dell'ordinamento interno (6).

2. La fattispecie al vaglio della Corte di appello

La valutazione compiuta dalla corte adita in sede di opposizione ex art. 45 Reg. n. 44/2001, con la quale l'istante chiedeva la revoca dell'*exequatur* concesso al provvedimento straniero, aveva ad oggetto la compatibilità dell'accordo di garanzia recepito dalla pronuncia olandese con l'ordine pubblico internazionale. In particolare, con il *guarantee agreement*, espressamente ed integralmente trascritto nel corpo del provvedimento emesso dal giudice fiammingo, una *holding* controllante garantiva il completo e corretto pagamento di tutti i crediti futuri dovuti dalla società controllata ad altro ente, poi dichiarato fallito.

A fronte del mancato adempimento dell'accordo da parte della società controllante, il giudice aveva disposto la condanna di quest'ultima al pagamento della somma di euro 3.724.894,15, sebbene l'accordo sottoscritto non contenesse alcuna indicazione dell'importo massimo garantito. Muovendo dall'invalidità dell'accordo a causa dell'indeterminatezza dell'impegno assunto dal garante, la Corte d'appello ha revocato l'esecutività in Italia del provvedimento straniero perché in palese violazione dell'art. 1938 c.c. e della Dir. n. 87/102 del 22 novembre

1986 (cui il precetto normativo italiano evidentemente si ispira) (7). In particolare, si legge in motivazione, anche sulla scorta delle più recenti indicazioni giurisprudenziali, il principio generale di garanzia e di ordine pubblico economico operante all'interno dell'ordinamento giuridico italiano consacrato nell'art. 1938 c.c. con specifico riferimento alla fideiussione deve trovare applicazione, oltre che per la fattispecie tipizzata dagli artt. 1936 c.c. e ss., per qualsiasi garanzia personale, anche atipica, compresa la lettera di *patronage*, rappresentando la regola dell'indicazione dell'importo massimo garantito un dogma inviolabile per tutte le forme di garanzia personale.

Ne consegue che, a prescindere dal *nomen* o dalla tipicità del negozio giuridico concluso, la piena tutela offerta dall'ordinamento nazionale al soggetto che assume un obbligo di garanzia personale per obbligazioni future, al fine di scongiurare un rischio economico indeterminato a suo carico, si traduce nella nullità degli accordi di garanzia sprovvisti dell'indicazione dell'importo massimo garantito.

La lettera di *patronage*

Non è questa la sede per ripercorrere l'annoso dibattito giurisprudenziale e dottrinale relativo all'ammissibilità e all'efficacia della fideiussione genericamente prestata per tutte le obbligazioni del debitore principale, ivi comprese quelle future ed eventuali non ancora venute ad esistenza al momento del rilascio della garanzia (c.d. fideiussione *omnibus*), definitivamente risolto all'indomani dell'entrata in vigore dall'art. 10 della l. 17 febbraio 1992, n. 154 (8) il quale, modificando gli artt. 1938 e 1956 c.c., impone ora la fissazione dell'importo massimo garantito ed esclude la possibilità della preventiva rinuncia del fideiussore ad avvalersi della liberazione (9).

Siano però qui consentite alcune puntualizzazioni in merito alla qualificazione giuridica della lettera di *patro-*

215 ss. V. ancora, ma in riferimento alla l. 218/1995, M.G. Civinini, *Il riconoscimento delle sentenze straniere* (Artt. 64-67 l. n. 218/1995), Milano 2001, 44 ss.

(5) Non anche sulla base della correttezza della soluzione adottata dal giudice straniero (non essendo consentita un'indagine sul merito del rapporto giuridico dedotto). Così Cass. 18 aprile 2013, n. 9483. Nella pronuncia, relativa alla definizione delle questioni economiche patrimoniali del divorzio, si legge infatti che la valutazione della non contrarietà all'ordine pubblico riguarda solo la compatibilità dei suoi effetti con i principi di uguaglianza, parità e non discriminazione tra coniugi o con riferimento ai principi che costituiscono il nucleo essenziale ed inviolabile del diritto di proprietà, alla luce del contenuto costituzionale e di derivazione Cedu del diritto stesso.

(6) Nel senso che il ricorso alla clausola relativa all'ordine pubblico di cui all'art. 34, n. 1, Reg. n. 44/2001 è ammissibile solo ove il riconoscimento o l'esecuzione della decisione emessa in un altro Stato membro contrasti in modo inaccettabile con l'ordinamento giuridico dello Stato membro richiesto, in quanto lesiva di un principio fondamentale (e sempre che la lesione costituisca una manifesta violazione di una norma considerata essenziale nell'ordinamento giuridico dello Stato membro richiesto o di un diritto riconosciuto come fondamentale nello stesso ordinamento giuridico), v. Corte di giustizia, 6 settembre 2012, C-619/10, *Trade Agency*, RDIPP 2013, 185. Cfr. anche Cass., 5 aprile 2012, n. 548, *id.*, 152 ss., ove si legge che l'invocabilità del limite dell'ordine pubblico è limitata all'ipotesi di violazione dei soli principi fondamentali dell'ordinamento dello Stato richiesto, la quale derivi dall'applicazione di una norma o di una giurisprudenza consolidata dello Stato straniero e non dalla valutazione nel merito

della fattispecie decisa.

Ampliamente sul requisito ostativo dell'ordine pubblico, v., oltre ai riferimenti di cui alla nt. 2, E. D'Alessandro, *Il riconoscimento delle sentenze straniere*, Torino 2007, 134 ss. e ivi per ampi richiami. V. anche C. Consolo, voce *Sentenze straniere (riconoscimento)*, in *Il diritto-Enc. giur.*, 14, Milano 2007, 336; G. Carella-R. Di Chio, *Riconoscimento di sentenze straniere, Diritto internazionale privato, I, Tratt. dir. not.*, diretto da F. Preite, Torino 2011, 1280 s.; B. Nascimbene, *Il riconoscimento di sentenza straniera e "ordine pubblico comunitario"*, RDIPP 2002, 657 ss.

(7) Dir. 87/102/CEE del 22 dicembre 1986, relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati Membri in materia di credito al consumo, ove sono dettate regole comuni in materia di accesso al finanziamento.

(8) La l. 17 febbraio 1992, n. 154, recante Norme per la trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari è stata in buona parte trasfusa nel Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia di cui al d. lgs. 1° settembre 1993, n. 385.

(9) Sulla portata della modifica legislativa e sulla non retroattività della disposizione cfr., fra le tante, Cass. 27 aprile 2011, n. 9394, *FI* 2011, I, 2070; *Id.*, 22 aprile 2009, n. 9627; *Id.*, 22 agosto 2007, n. 17860; *Id.*, 9 febbraio 2007, n. 2871; *Id.*, 29 ottobre 2005, n. 21101; *Id.*; Corte cost., 27 giugno 1997, 204, in *BBTC* 1997, II, 631, con nota di F. Briolini, *Fideiussione omnibus e jus superveniens al vaglio della Corte Costituzionale*, e in *GI* 1998, 866, con nota di G. Valcavi, *Spunti critici su una recente pronuncia della Corte Costituzionale, in materia di disparità di trattamento tra fideiussori*.

nage e alla disciplina ad essa applicabile nell'ordinamento italiano: l'analisi dell'istituto, seppur non esaustiva, è qui volta a cogliere le sue peculiarità strutturali e funzionali e a raffrontarle con quelle proprie della fideiussione, sì da verificare in ultima battuta la compatibilità delle due fattispecie e, quindi, la possibilità di ritenerle assoggettate alla medesima disciplina e ai medesimi principi.

Come è ormai noto, la lettera di *patronage* configura una garanzia personale atipica particolarmente diffusa nel settore bancario, adoperata generalmente da gruppi di società ove la capogruppo se ne serve al fine di ottenere assistenza finanziaria per la propria controllata, senza dover ricorrere alle usuali forme di garanzia regolamentate dal codice civile.

La lettera di *patronage* si sostanzia in una dichiarazione rilasciata generalmente ad un istituto di credito dal *patronnant* (solitamente la società capogruppo o quella controllante) volta a favorire la concessione, il mantenimento o la proroga di un finanziamento in favore di un terzo beneficiario. In considerazione del particolare rapporto insistente tra il soggetto patrocinato e il *patronnant*, le informazioni fornite da quest'ultimo consentono al creditore di valutare l'affidabilità dell'ente patrocinato e di rafforzare il proprio convincimento in ordine all'adempimento degli impegni da questo assunti.

Stante la mancanza di disposizioni normative che la regolamentino, il ricorso alla lettera di *patronage*, sovente collegato ad operazioni di notevole rilievo economico, è particolarmente frequente dal momento che consente alle parti di modularne il contenuto a seconda delle necessità e degli interessi, oltre che delle specificità del caso. Data la duttilità di siffatto strumento, la giurisprudenza e la dottrina hanno riconosciuto la possibilità di individuare più forme di *patronage*, diversificate a seconda del carattere delle dichiarazioni in esso contenute e della specifica volontà delle parti. E così, oltre alle lettere a carattere meramente informativo (c.d. deboli), le quali si limitano ad informare il destinatario dei particolari rapporti esistenti tra l'ente patrocinante e quello patrocinato, o a fornire indicazioni relative alle attività e allo stato finanziario di quest'ultimo, si rinvencono nella prassi anche lettere che forniscono rassicurazioni sulla solvibilità del patrocinato, nonché lettere di *patronage* a carattere impegnativo (c.d. forti), in cui il *patronnant*, al fine di incoraggiare la concessione del credito, assume obblighi specifici, ad esempio impegnandosi ad esercitare la propria influenza sulla società controllata sicché essa possa

adempiere regolarmente le proprie obbligazioni, o assicurando di non compromettere la situazione finanziaria della controllata, o, ancora, impegnandosi a mantenere in futuro inalterata la propria partecipazione societaria nella società patrocinata (10).

Non mancano, infine, lettere nelle quali il *patronnant* garantisce finanche l'adempimento dell'ente patrocinato, talvolta conformando la dichiarazione ai modelli tipici della fideiussione o del mandato di credito.

È di tutta evidenza che i variegati e multiformi contenuti propri delle lettere di *patronage* condizionano in maniera evidente la rilevanza giuridica delle stesse: sebbene equiparabili ai *gentlemen's agreement*, ovvero ai patti tra gentiluomini da cui derivano obbligazioni naturali il cui spontaneo adempimento impedisce di agire per la ripetizione dell'indebito, si riconosce generalmente che le lettere c.d. deboli, lungi dal cadere nel limbo dell'irrelevanza, configurano una fonte di responsabilità precontrattuale, ex art. 1337 c.c., allorché il *patronnant* – che interviene nella fase precedente la stipula del contratto fornendo informazioni al soggetto finanziatore – comunica circostanze non veritiere ritenute, poi, determinanti ai fini della erogazione del credito (11). Non può dubitarsi del fatto che la situazione rappresentata sia infatti sufficiente a giustificare l'applicazione di quelle regole di diligenza, di correttezza e di buona fede dettate proprio al fine di evitare che gli interessi di quanti partecipano alle trattative possano essere pregiudicati da comportamenti scorretti, posti in violazione dell'art. 1337 c.c., che impone alle parti l'osservanza della buona fede nelle trattative e nella formazione del contratto (12).

Diversamente, deve ritenersi senz'altro configurabile la responsabilità negoziale a carico del *patronnant* nelle lettere c.d. forti, là dove questi assume un'obbligazione avente per oggetto un *facere*, impegnandosi, cioè, a tenere una certa condotta in modo che l'ente patrocinato abbia sempre la possibilità di adempiere agli impegni assunti con il soggetto finanziatore.

In questa prospettiva, la lettera di *patronage* con la quale il patrocinante non si limita ad esternare la propria posizione di influenza, ma assume dei veri e propri impegni, lungi dal rappresentare una mera promessa unilaterale, assume la natura di un vero e proprio negozio giuridico unilaterale (13), rientrando a pieno titolo nello schema delineato dall'art. 1333 c.c. La configurabilità di un contratto con obbligazioni a carico del solo proponente (14) legittima l'invocabilità di una responsabilità

(10) V. A.M. Musy, *L'art. 1333 c.c. e le lettere di patronage c.d. «forti»*, GI 2001, 2254. In giurisprudenza elabora la distinzione BBTC 1997, II, 396 con nota di S. Vanoni, *Interpretazione e qualificazione delle lettere di patronage: conferme e sviluppi in alcune recenti sentenze*. Sulla questione cfr. anche N. Corea, *Le lettere di «patronage»: natura giuridica, effetti e responsabilità*, *Obbligazioni e contratti* 2007, 645. In senso fortemente critico F. Galgano, *Lettera di patronage e promesse unilaterali atipiche*, *Contr. impresa* 1996, 9 ss.

(11) Il *patronnant* si intromette scientemente nella trattativa tra due soggetti, tentando di volgerla, con il peso della sua autorità, verso un determinato esito. Ne discende che è obbligato a raccogliere e trasmettere le sue informazioni con diligenza e correttezza ed a risarcire il danno eventualmente sofferto dal destinatario per aver fatto credito al patrocinato sulla base delle notizie fornitegli dalla lettera di *patronage*. Così G. Sacchi Lodispoto, *Dichiarazioni di «patronage»: le mille e una forma di un istituto*, FI 1998, IV, 277 ss. Sul regime di responsabilità

nella lettera di *patronage* debole v. anche M.M. Gaeta, *Lettere di patronage «deboli»: tra vincolatività giuridica ed impegno d'onore*, in nota a Cass. 26 luglio 2001, n. 10197, *Dir. fall.* 2001, 1160 ss.; F. Di Giovanni, *Le lettere di «patronage»*, Padova 1984, 195 ss., e A. Mazzoni, *Le lettere di «patronage»*, *Digesto-IV ed., Disc. Priv.-Sez. comm.*, Torino 1992, VIII, 208 ss.

(12) Cass. 27 settembre 1995, n. 10235.

(13) Non anche di promessa unilaterale: così Trib. Milano 12 novembre 1992, FI Rep., 1993, voce *Contratto in genere*, n. 231, e GI 1994, I, 154 ss.

(14) Cass. 17 gennaio 2003, n. 611, CG 2003, 1159, con nota di F. Agnino, *Fideiussione omnibus, lettere di patronage e buona fede*; Id., 25 settembre 2001, n. 11987, *Danno e resp.* 2002, 6, 640; App. Roma 15 giugno 1998, FI 1999, I, 3050; Cass. 27 settembre 1995, n. 10235. In dottrina v. G. Chiné, *I confini del «patronage»: un istituto ancora in cerca d'autore*, GI 1996, I, 261 ss.; Id., *La Cassazione sul «patronage»*:

di tipo contrattuale che giustifica l'esposizione del patrocinante inadempiente all'azione risarcitoria del creditore (anziché alla pretesa di adempimento della stessa prestazione cui è tenuto il patrocinato) (15).

Dalle classificazioni di cui si è dato sinteticamente conto emerge chiaramente che la varietà dei contenuti che possono contrassegnare la lettera di *patronage* impedisce di assegnare all'istituto una funzione unica. Difatti, se è vero che sovente la causa dell'istituto è rinvenibile nella promozione del credito, in quanto con esso il *patronnant* si prefigge l'obiettivo di rafforzare nel (futuro) creditore, cui la dichiarazione è indirizzata, il convincimento che il patrocinato farà fronte ai propri impegni, è altrettanto vero che non mancano ipotesi in cui l'ente patrocinante mira proprio a garantire l'adempimento altrui, assumendo l'obbligo di eseguire la stessa prestazione dovuta dal debitore, analogamente a quanto avviene in caso di fideiussione e di altre garanzie personali specificamente previste dal legislatore (16).

Muovendo dalla causa propria dell'istituto in esame, la quale, come si è detto, muta a seconda delle dichiarazioni ivi contenute e degli impegni assunti dal patrocinante (e dalle quali scaturisce evidentemente un diverso regime della responsabilità giuridica in caso di inadempimento), la dottrina e la giurisprudenza hanno da sempre tentato di cogliere i tratti distintivi della lettera di *patronage* al fine di porre in rilievo i connotati strutturali che la differenziano dalla fideiussione.

Rappresentando una forma di garanzia personale tipica, normativamente contemplata dagli artt. 1936 c.c. e ss., il negozio fideiussorio è un contratto consensuale, tipicamente *intuitu personae*, normalmente unilaterale, cioè con obbligazioni (in via principale a carattere pecuniario) a carico del solo fideiussore, il quale si perfeziona nel momento e nel luogo in cui l'impegno di garantire l'obbligazione altrui viene portato a conoscenza del creditore. Esso è sempre causalmente diretto a rafforzare la tutela dell'interesse del creditore all'attuazione di un suo credito verso un terzo attraverso l'estensione della garanzia patrimoniale anche ai beni del fideiussore, la cui obbligazione nei confronti del creditore è accessoria a quella del debitore principale (17): dal rapporto di accessorialità che connota la fattispecie consegue che il contenuto dell'obbligazione fideiussoria è determinabile *per relationem* sulla base del contenuto dell'obbligazione

principale. L'accessorialità rispetto all'obbligazione del terzo, la quale si evince chiaramente dalla prescrizione contenuta nell'art. 1939 c.c., ove è disposto che l'obbligazione fideiussoria non è valida se non è valida l'obbligazione principale, costituisce una caratteristica propria dell'istituto che la distingue dalle altre forme di garanzia personale ed implica che il fideiussore, lungi dal promettere un fatto altrui o dall'assicurare al creditore l'equivalente di ciò che il debitore inadempiente avrebbe dovuto eseguire, deve adempiere l'obbligazione come se costui fosse il debitore principale. In virtù del collegamento dell'obbligazione fideiussoria a quella garantita, infine, la prima segue necessariamente le vicende giuridiche della seconda (18).

Per espressa previsione legislativa, l'esistenza del vincolo fideiussorio presuppone la volontà del contraente di prestare fideiussione, la quale deve essere manifestata in modo chiaro ed inequivocabile, sì che possa emergere immediatamente e direttamente l'intenzione del garante di adempiere l'obbligazione altrui (19): non è quindi sufficiente la volontà di obbligarsi, bensì occorre che tale volontà sia diretta verso un particolare contenuto del negozio, corrispondente a quello legislativamente tipico della fideiussione.

4. Sull'applicabilità dell'art. 1938 c.c. alla lettera di *patronage*

Le differenze rinvenibili tra l'istituto di cui all'art. 1936 c.c. e la lettera di *patronage* sono di palmare evidenza: nessun rapporto di accessorialità proprio della fideiussione è infatti ivi rinvenibile (data l'autonomia dell'obbligo del garante, il quale non potrebbe avvalersi di tutte quelle eccezioni che il debitore principale avrebbe potuto opporre al creditore) e ben più variegata sono le motivazioni che giustificano il ricorso ad essa, volte più a rafforzare il convincimento del creditore di essere garantito, che ad assumere l'obbligo di eseguire la prestazione dovuta dal debitore principale.

Non deve essere sottaciuto, poi, il differente regime di responsabilità cui sottostà il *patronnant* in caso di mancato rispetto da parte del patrocinato degli obblighi assunti: come si è avuto modo di constatare, generalmente infatti la lettera di patrocinio, non garantendo l'obbligazione principale, determina una responsabilità meramente risarcitoria (20).

una voce fuori dal coro, *ibid.* 1996, I, 740 ss.

Esclude la riconduzione della lettera di *patronage* forte all'art. 1333 c.c. G. Sacchi Lodispoto, cit. nt. prec., 279, ed ivi per riferimenti.

(15) Nel senso che deve ravvisarsi una responsabilità da inadempimento ex art. 1218 c.c. a carico del patrocinante che non si sia adoperato per fare in modo che la società controllata adempia alle proprie obbligazioni, v. Cass. 25 settembre 2001, n. 11987, cit. nt. prec.

(16) Sui vantaggi offerti dal ricorso alla lettera di *patronage* v. F. Funari, *Funzione della lettera di patronage e norme ad essa applicabili*, S 2003, 1008 s., il quale rileva che la stipulazione di garanzie è normalmente riservata dall'atto costitutivo della società al consiglio di amministrazione della società, mentre nel caso di *patronage* la sottoscrizione può avvenire anche ad opera di un amministratore delegato. Si consideri, inoltre, che ai sensi dell'art. 2424, c. 2, c.c. è obbligatorio iscrivere in bilancio le obbligazioni di garanzia prestate; nelle ipotesi in cui la lettera di *patronage* assuma una determinata connotazione non propriamente obbligatoria la citata disposizione non trova applicazione e ciò evita un appesantimento del passivo o, comunque, i disagi colle-

gati ad una scomoda pubblicità di un rapporto di fiducia che non influisce sul bilancio sociale.

(17) Sulla questione ampiamente G. Bozzi, *La fideiussione*, Torino 2013, 14 ss.; F. Macario, *Garanzie personali*, in *Trattato di diritto civile*, Milano 2009, 51 ss.; M. Fragali, *Fideiussione*, Enc. Dir., XVII, Milano 1968, 355. V. anche P. Maselli, *Fideiussione* (negozio di), in *Il diritto-Encicl. giur.*, Milano 2007, 390 ss.

(18) Trib. Milano, 17 ottobre 1994, *FI*, Rep. 1994, voce cit., n. 20

(19) V. Cass. 24 giugno 2004, n. 11727.

(20) E a riprova di ciò, infatti, scrive B. Di Vito, *Notazioni in tema di lettera di patronage, negozio autonomo di garanzia e fideiussione*, *GI* 2004, 898, nella pratica bancaria gli istituti di credito richiedono ulteriori garanzie per ogni nuova operazione effettuata col patrocinato. Cfr. anche R. Mangano, *Lettera di patronage forte ed inapplicabilità dell'art. 1938 c.c.*, *BBTC* 2004, II, 332 ss.; A. Messuti, *Le lettere di patronage*, *G comm.* 2003, II, 761 e segg.; V. Cariello, *Capogruppo e patronage alla generalità*, Milano 2002, 111, spec. nt. 152; S. Vanoni, cit. nt. 10, 396.

A ciò si aggiunga la profonda diversità dei rapporti che legano le parti dal momento che, mentre nella fideiussione il fideiussore è totalmente estraneo alle attività del garantito, nelle lettera di *patronage* sussiste una particolare relazione, spesso di controllo, tra il *patronnant* ed il *patronné*, relazione che espone il primo a rischi assai più contenuti rispetto a quelli cui potrebbe incorrere il fideiussore.

Siffatti sintetici rilievi paiono sufficienti per escludere la possibilità di accomunare la fideiussione alla lettera di *patronage* e di procedere ad applicazioni analogiche della disciplina codicistica, non autorizzate né giustificabili.

Ciò nonostante alcune considerazioni si reputano qui doverose. È bensì vero che gli accordi di garanzia atipici consentono alle parti di modulare il contenuto degli obblighi in relazione alle specifiche esigenze proprie e del mercato, e che l'autonomia ad esse riservate non può essere compromessa o limitata in assenza di disposizioni espresse; è altrettanto vero però che essi non possono tramutarsi in strumenti di abuso atti ad eludere norme di carattere inviolabile. Vi sono, infatti, interessi meritevoli di tutela la cui portata e la cui effettività non possono e non devono essere sacrificati sull'altare dell'autonomia negoziale.

Sebbene l'applicazione in via analogica o estensiva agli accordi atipici di garanzia delle norme proprie di altri istituti codicisticamente previsti debba essere rifiutata, in ragione della profonda diversità strutturale e funzionale che li connota, non può escludersi *a priori* l'invocabilità di disposizioni specifiche apprestate dal legislatore al fine di garantire una tutela piena ed incondizionata ad interessi considerati meritevoli.

Con specifico riferimento alle disposizioni di cui all'art. 1938 c.c. e, quindi, alla prescrizione che impone

l'indicazione dell'importo massimo garantito in relazione alle fideiussioni per obbligazioni future o condizionali, è riconosciuto che la determinazione preventiva dell'oggetto della fideiussione mira ad apprestare adeguata tutela al fideiussore altrimenti impossibilitato a prevedere la soglia massima della propria esposizione debitoria. La norma, introdotta in virtù della l. 17 febbraio 1992, n. 154 anche in adesione delle prescrizioni contenute negli artt. 85 e 86 TrCE, assicura in definitiva un maggior equilibrio delle posizioni contrattuali nel rapporto fideiussorio, arginando i rischi in cui il garante sarebbe potuto incorrere a causa di condotte, da parte degli operatori, spesso ai limiti della correttezza e della buona fede nell'esecuzione del rapporto obbligatorio (21).

Trattasi, come ormai espressamente chiarito (22), di una disposizione esplicante un principio di garanzia e di ordine pubblico economico operante all'interno dell'ordinamento - da ricondurre all'art. 41 Cost., nonché alle superiori regole comunitarie derivanti dal Trattato - che deve essere invocato tutte le volte in cui il garante risulti esposto al rischio di una obbligazione quantitativamente non determinata o di non facile e preventiva determinazione. Alla stregua di un recente insegnamento della giurisprudenza di legittimità, il principio in questione, sebbene inserito nella disciplina tipica dello istituto della *fideiussione*, è suscettibile di valenza generale e risulta invocabile anche per le garanzie personali atipiche ivi comprese quelle di *patronage* (23).

Le critiche mosse da taluna dottrina, volte a negare l'invocabilità di un principio di tal fatta in relazione a fattispecie diverse da quella prevista dagli artt. 1936 ss. c.c., fanno essenzialmente leva sulla diversità della *ratio* e dell'assetto di interessi tutelato dal *patronage* rispetto a quello della fideiussione (24); nonché sul timore che

(21) Sebbene la riscrittura dell'art. 1938 c.c. sia intervenuta ad opera delle norme sulla trasparenza delle operazioni bancarie e dei servizi bancari e finanziari contenute nella l. 17 febbraio 1992, n. 154, nel dichiarato intento di arginare pratiche vessatorie sovente poste in essere dagli istituti di credito (abituati a concedere finanziamenti, pur consapevoli dello stato di difficoltà o dell'impossibilità del debitore principale di onorare le obbligazioni restitutorie, facendo affidamento sull'illimitata responsabilità patrimoniale del terzo garante), non può mettersi in dubbio che, in assenza di limitazioni normative espresse, la disposizione civilistica debba trovare applicazione generalizzata e non soltanto in relazione alle fideiussioni rilasciate a favore di banche o società finanziarie.

(22) V. Cass. 14 marzo 2014, n. 5951; Id., 26 gennaio 2010, n. 1520, *FI* 2010, I, 2137, con osservazioni di E. Staunovo Polacco; *G. Comm.* 2011, 528, con nota di C. Ghigi, *Il limite dell'importo massimo garantito: principio di garanzia e di ordine pubblico economico*; *BBTC* 2010, II, 665, con nota di P. Corrias, *Garanzie personali atipiche e previsione dell'importo massimo garantito*; *GI* 2010, I, 1619, con nota di B. Petrazzini, *Patronage e fideiussione: una massima da precisare*; *Rass. dir. civ.* 2011, 1246, con nota di M. Angelone, *Divieto di garanzie personali atipiche omnibus: l'applicabilità diretta al patronage del limite di importo massimo garantito ex art. 1938 c.c.* Forti dubbi in ordine alla possibilità di ravvedere nell'art. 1938 c.c. un "principio" di ordine pubblico economico nutre C. A. Nigro, *La regola dell'importo massimo garantito e la svalutazione delle peculiarità del patronage*, *NGCC* 2010, 765 s.

(23) Così espressamente si legge nella parte motiva della sentenza del 26 gennaio 2010, n. 1520, cit. nt. prec. Aderiscono apertamente all'orientamento sposato dalla sentenza cit. C. Ghigi, cit. nt. prec., 534 ss., e M. Angelone, cit. nt. prec., 1251 s., il quale però rileva che Ca corte avrebbe dovuto esplicitare in maniera più adeguata e con maggior rigore argomentativo il *quid* che giustifica l'estensione al-

le garanzie atipiche di una norma espressamente dettata per la fideiussione.

In senso fortemente critico, ritenendo che la soluzione prospettata dalla Corte si basi su una forzatura ermeneutica, dal momento che l'estensione della disposizione in discorso al *patronage* non appare né scontata né automatica, in assenza di presupposti applicativi, C.A. Nigro, cit. nt. prec., 766 s., il quale, peraltro, non manca di sottolineare che il principio di diritto elaborato, rappresentando una sorta di "contropinto" rispetto a quel fenomeno di "fuga dal tipo" che da tempo investe le garanzie personali ... è destinato a comprimere sensibilmente il potere riconosciuto alle parti di strutturare gli accordi in base alle proprie specifiche esigenze.

Spigolando tra i repertori ci si avvede presto che poche risultano le pronunce edite sulla questione. Anticipano l'orientamento inaugurato dalla Corte solo Trib. Pistoia, 31 luglio 2008, *Fall.* 2008, 1308, con nota di M. Costanza, *Il patronage come la fideiussione di fronte all'art. 1938 c.c.?*, e Trib. Roma, 18 dicembre 2002, *BBTC* 2004, II, 326 ss., con nota di R. Mangano, cit. nt. 20; *CG* 2003, 1152 ss., con nota di F. Agnino, cit. nt. 14; *G. comm.* 2003, II, 1152 ss., con nota di A. Messuti, *Le lettere di patronage*; *GI* 2004, 898 ss., con osservazioni di B. Di Vito, cit.; *G. mer.*, 2003, 1664, con nota di A. Luzon, *In tema di lettera di patronage*, nonché *S* 2003, 1005 ss., con nota di F. Funari, cit. nt. 16.

(24) Nel senso che nella lettera di *patronage* il soggetto da proteggere non è tanto l'obbligato, quanto colui che ha creduto nella dichiarazione del *patronnant*, R. Mangano, cit. nt. 20, 331. In termini analoghi M. Costanza, cit. nt. prec., 1309, nonché F. Severini, *Lettere di «patronage»: applicabilità della normativa relativa alla fideiussione*, *GC* 2004, II, 169. Sull'argomento v. anche G. Sansone, *Funzione della lettera di patronage e tutela del destinatario*, *Fall.* 1999, 1057 ss.

l'estensione della regola di cui all'art. 1938 c.c. agli accordi atipici determini una significativa compressione degli spazi in cui l'autonomia privata possa in futuro manifestarsi (25).

Stante la validità delle motivazioni addotte non può non rilevarsi che, indipendentemente dal *nomen iuris* dell'istituto negoziale adoperato, non sembra opportuno limitare l'ambito applicativo del principio sancito dall'art. 1938 c.c.: quest'ultimo rappresenta infatti, uno strumento volto a contenere i possibili effetti pregiudizievoli scaturenti da un distorto utilizzo della fideiussione e di altri contratti di garanzia personale che, seppur atipici, possono essere modulati dall'autonomia contrattuale degli operatori sulla falsariga di quella. Non si vuole con ciò asserire che la limitazione imposta dalla norma codicistica in esame debba trovare indistintamente applicazione tutte le volte in cui sia stipulata una garanzia personale, bensì riconoscere la necessaria fissazione di un tetto massimo alla futura esposizione del garante allorché le parti intendano, mediante il ricorso a strumenti diversi, perseguire i medesimi effetti cui la fideiussione è preordinata.

Tutte le volte in cui lo strumento negoziale adoperato non si limiti a rassicurare in ordine alla solvibilità o alla probabile adempienza o a garantire i presupposti dell'esecuzione dell'obbligazione del *patronné*, ma contempli l'obbligo del garante di sostituirsi al garantito nell'adempimento dell'obbligazione, la fissazione preventiva dell'esposizione debitoria non può che considerarsi necessaria ai fini della validità dell'accordo (26). A fronte di una norma di carattere inderogabile e per questo capace di imporsi sulla diversa volontà di una o di entrambe le parti, deve necessariamente ammettersi un arretramento dell'autonomia negoziale, anche a costo di «incidere sensibilmente sul modo in cui il potere privato di plasmare nuove fattispecie conformemente ai propri bisogni potrà esplicarsi» (27).

E allora, stante i multiformi contenuti che possono contraddistinguere tali negozi, deve essere attribuito all'interprete il compito di valutare nella fattispecie concreta la portata della lettera di *patronage* e gli effetti giuridici che da essa discendono, dovendo egli valutare, caso per caso, se e in che misura assume i connotati propri di una fideiussione e, in definitiva, se è individuabile un bisogno di protezione che giustifichi l'applicazione dell'art. 1938 c.c.

Diversamente opinando, si finirebbe per legittimare il ricorso a fattispecie negoziali differenti al fine di aggirare il divieto posto dal legislatore e di raggiungere in tal modo risultati inibiti dall'ordinamento: un contratto di garanzia che abbia natura ed esiti perfettamente coincidenti con gli impegni fideiussori, ma che non rechi la predeterminazione del limite di concessione del-

la garanzia, sarebbe così pienamente valido ed efficace in spregio a quel principio generale di ordine pubblico economico (inderogabile e che si impone persino sulla diversa volontà delle parti) che appresta la piena tutela degli interessi del garante.

5. La pronuncia in commento

Chiarito che la valutazione in ordine alla violazione del precetto inderogabile posto dall'art. 1938 c.c. in relazione alle lettere di *patronage* debba essere compiuta caso per caso dall'interprete, sulla base del contenuto del contratto così come modulato dalle parti, siano qui consentite alcune brevissime osservazioni.

Il giudice adito ha negato l'esecutorietà nel territorio italiano del provvedimento olandese (*rectius* ha disposto la revoca della dichiarazione di esecutività già resa *inaudita altera parte*) allineandosi all'orientamento giurisprudenziale che estende la limitazione contenuta nell'art. 1938 c.c. anche alle garanzie personali atipiche e, seppur solo implicitamente, ha fondato il proprio convincimento muovendo dall'analisi della dichiarazione di garanzia trasfusa nel provvedimento oggetto di esame e dagli effetti che da essa discendono.

Ora, sulla base delle motivazioni sopra esposte, sarebbe stato forse più opportuno che la Corte avesse circoscritto l'invocabilità delle limitazioni contenute nell'art. 1938 c.c. alle sole fattispecie nelle quali la garanzia atipica adoperata dissimuli un'obbligazione fideiussoria. L'omessa determinazione preventiva dell'esposizione debitoria non sembra infatti idonea ad inficiare la validità di qualsivoglia garanzia personale atipica, ma unicamente di quella che assuma i connotati propri della fideiussione perseguendo i medesimi obiettivi. In effetti, l'accordo di garanzia sottoscritto dalle parti del giudizio, pur sprovvisto dei requisiti imposti dal legislatore negli artt. 1963 c.c. e ss., contenendo l'obbligo di garantire il completo e corretto pagamento di tutti i crediti dovuti dal debitore principale, deve essere parificato ad una vera e propria fideiussione.

Ciò non toglie che l'applicabilità, nella fattispecie concreta, del principio di carattere generale sancito dal codice civile ha correttamente indotto il giudice nazionale adito in forza degli artt. 43 e 45 Reg. n. 44/2001 a negare l'esecutività del provvedimento olandese: ad egli spetta infatti delineare i confini di operatività del requisito ostativo dell'ordine pubblico e valutare, a seconda delle specifiche circostanze del caso, l'impatto, nonché gli effetti che la pronuncia straniera è idonea a determinare nell'ordinamento nazionale.

Avvalendosi dello strumento di garanzia dello *standard* comunitario di protezione dei diritti fonamen-

(25) C.A. Nigro, cit. nt. 22, 765.

(26) Nel senso che il principio generale di ordine pubblico economico sembrerebbe applicabile non a qualsiasi garanzia personale atipica, ma solo a quelle assimilabili alle fideiussioni che condividano con esse la caratteristica di esporre il garante ad un'obbligazione di contenuto identico a quello dell'obbligazione principale, v. C. Robustella, *Lettere di patronage ed importo massimo garantito*, Riv. dir. privato 2011, 616 s., e B. Petrazzini, cit. nt. 22, 1620. Più o meno analogamente si è espressa App. Cagliari 14 luglio 2004, FI, Rep. 2004, voce

cit., n. 26, e Riv. giur. sarda 2005, 87, con nota di P. Corrias, *Assunzione di mero vincolo fideiussorio e dichiarazione di patronage: compatibilità o alternativa?*, ove si legge che non è configurabile un'ipotesi di lettera di *patronage*, bensì una comune fideiussione, quando nella dichiarazione manca qualsiasi informazione in ordine alla situazione patrimoniale del debitore e non sia, inoltre, riscontrabile l'assunzione da parte del presunto *patronnant* di un obbligo di fare diverso da quello avente ad oggetto la medesima prestazione alla quale è tenuta la patrocinata.

(27) Così testualmente C.A. Nigro, cit. nt. 22, 766 s.

tali, rappresentato dall'ordine pubblico, il giudice nazionale, ispirandosi alle indicazioni fornite dal TrCE e all'insieme dei valori cardine della comunità statale nel contesto storico attuale, ha riconosciuto l'inidoneità del provvedimento straniero ad esplicare effetti nel territorio italiano in quanto atto a comprimere la

tutela dell'interesse del garante la cui meritevolezza è *ictu oculi* desumibile dall'insieme dei principi e dei diritti fondamentali alla base dell'ordinamento giuridico.

Olga Desiato, *Dottore di ricerca Univ. Bari*

Innovation in modern civil justice and contract law (part I: introduction and civil justice) di Neil Andrews (*)

The Author addresses the innovations of the last decades in English law within the spheres of contract law and civil justice. The comment reminds that innovation is often viewed with austere suspicion by some lawyers. Nonetheless English law has experienced various procedural and institutional changes which have been more significant than developments in contract law. Also Equity had more success in procedural field (Mareva injunctions, Anton Piller orders) than in the field of contract law. As far as the institutional issues are concerned, while mediation and arbitration seem destined to expand, the courts remain under pressure; civil litigation remains too expensive and needs the judicial adventure with case management, including costs budgeting, still be reviewed; attraction of the best legal talent to the Bench remains a priority, but one now neglected by the English legal system.

Introduction (1)

My theme is innovation within the fundamental spheres of contract law and civil justice (arbitration, mediation, and civil procedure).

But one should begin by noting that innovation (even its suggestion) is often viewed with austere suspicion by some lawyers. When a young scholar, having asked an old Cambridge Professor whether he would read a draft article, added with temerity that it contains

‘some highly original ideas’, the Professor is said to have chastised the scholar: ‘young man, if you imagine you have found a new idea in Law this is because you have not spent enough time in the Law Library.’

There have been barren periods when innovation has dried up. For example, Lord Mustill has observed (2) that the English legal system in the early 1950s seemed ‘moribund’, with the exception of Mr Justice and then Lord Justice Denning (a one-man Law Commission). (3) And certainly not much seems to be cited from that period in either of the chosen subject areas.

We will start with civil justice and then turn to contract law.

I- The Woolf reforms of 1998

As for court proceedings, civil procedure has been perhaps the most dynamic private law field during the last forty years. (4) There have been two waves of change, the Woolf reforms of 1998 and the Jackson changes of 2013. As for civil justice in the broader sense, that is, dispute resolution, the modern law has been transformed by the rise of arbitration and mediation. (5)

In 1994 Lord Mackay LC entrusted Lord Woolf with the task of making recommendations for the fashioning of a new civil procedural system, embracing both the county courts and the High Court, and appeals to the Court of Appeal. Lord Woolf’s *Access to Justice* reports of 1995 and 1996 contained many innovations, (6) no-

(*) University of Cambridge; Fellow of Clare College; this is the full text of the Daniel Jacobson lecture given in April 2015, Jerusalem.

(1) Abbreviations used in this article:

Andrews, *Contract Law* (2015): Neil Andrews, *Contract Law* (2nd edn, Cambridge University Press, 2015); Andrews, *Court Proceedings* (2013): Andrews on Civil Processes (vol 1, *Court Proceedings*) (Intersentia, Cambridge, 2013); Andrews, *Arbitration and Mediation* (2013): Andrews on Civil Processes (vol 2, *Arbitration and Mediation*) (Intersentia, Cambridge, 2013).

(2) Comment, Cambridge seminar, 2006.

(3) Lord Denning’s innovative efforts yielded one victory (as noted at section XI of this paper, the *High Trees* equitable doctrine of promissory estoppel: *Central London Property Trust Ltd v. High Trees House Ltd* [1947] 1 KB 130, 133–5) and several defeats ((as noted at section XII of this paper the *Solle v. Butcher* [1950] 1 KB 671, CA, the doctrine of equitable shared fundamental mistake; on Lord Denning’s failure in a series of 1950s and 1960s to disturb the Common Law doctrine of privity, Neil Andrews, ‘Privity of Contract: Review Article’ (1995) *Tulane L Rev* 1393–1409 and section VIII of this paper; and on Lord Denning’s unsuccessful idea to fashion a general ‘inequality of bargaining power’ doctrine, see section XII of this paper, examining *Lloyd’s Bank v. Bundy* [1975] QB 326, 337–40, CA; Andrews, *Contract Law* (2015), 11.30, 11.42.

(4) For the author’s pre-Woolf assessment of procedural innovation in England, Neil Andrews, ‘Development in English Civil Procedure: How Far Can the English Courts Reform their Own Procedure?’ (1997) 2 *ZZP Int* 3–29.

(5) Andrews, *Arbitration and Mediation* (2013), notably ch’s 1 and 3; Andrews, ‘Global Perspectives on Commercial Arbitration’ in P Gottwald and B Hess (eds), *Procedural Justice* (Giese King, Bielefeld,

2014), 537–613 (earlier published as ‘Global Perspectives on Commercial Arbitration, Part 1’ (2011) 201 *Revista de Processo*, 249–98, and ‘Global Perspectives on Commercial Arbitration, Part 2’ (2012) 202 *Revista de Processo*, 293–338); Andrews, ‘Mediation: England and Wales’ in C Esplugues and S Barona (eds), *Global Perspectives on ADR* (Intersentia, Cambridge, 2013), 103–130; Andrews, ‘Mediation in England: Organic Growth and Stately Progress’ (June 2012) *Revista Eletronica Direito Processual* (Brazil).

(6) *Access to Justice, Interim Report* (1995) and *Access to Justice, Final Report* (1996); among the responses were: Neil Andrews, ‘English Civil Justice in the Age of Convergence’, in J Walker and Oscar G Chase (eds), *Common Law, Civil Law, and the Future of Categories* (Lexis Nexis, Ontario, 2010), 97–110; Neil Andrews, *English Civil Procedure* (Oxford University Press, 2003), notably ch 2; Neil Andrews, ‘Relations between the Court and the Parties in the Managerial Age’, in S Shetreet (ed), *The Culture of Judicial Independence: Rule of Law and World Peace* (Martinus Nijhoff Publishers, Leiden and Boston, 2014), ch 17, 253–271; Neil Andrews, ‘Case Management and Procedural Discipline: Fundamentals of an Essential New Technique’, in CH van Rhee and F Yulin (eds), *Civil Litigation in China and Europe (Ius Gentium, Comparative Perspectives on Law and Justice)* (Springer, Dordrecht, 2014), ch 16, at 335 to 347 (also published in Chinese in 2013); on broader influences, Neil Andrews, ‘The Influence of European Law on English Civil Procedure: England is no Longer an Island’ (in Portuguese) (2011) 195 *Revista de Processo*, 161–81 (Brazil); and in Spanish: (2011) 17 *Revista Ius et Praxis* 371–90 (Chile); and in Russia in (2013) 28 *Civil Procedure Jo* 110–123.

S Flanders ‘Case Management: Failure in America? Success in England and Wales?’ (1998) 17 *CJQ* 308; M Zander, ‘The Government’s Plans on Civil Justice’ (1998) 61 *MLR* 383–9 and ‘The Woolf Report: Forwards or Backwards for the New Lord Chancellor?’ (1997) 16 *CJQ*

tably, (i) a single code of procedure for both first instance courts; (ii) case management powers for the courts in cases of significant size or complexity; (iii) the single, joint expert system applicable to cases where it would be disproportionate to use party-appointed experts; (iv) a tougher system of procedural sanctions to ensure that parties take seriously the requirements of procedural orders and rules.

However, it became clear that the weak link within the Woolf system was the expensive nature of litigation under the Civil Procedure Rules (1998) (this system took effect in April 1999). This problem had been inherited by Lord Woolf and it was then exacerbated by changes to the conditional fee agreement arrangements introduced post-Woolf by the Access to Justice Act 1999. (7)

II-The Jackson changes of 2013

Sir Rupert Jackson's review of costs (2010), (8) extending to many other matters, produced a second tranche of radical procedural reforms. His recommendations were implemented in April 2013. The main changes are: (9) (i) a system of judicially supervised costs budgeting; (ii) removal of costs liability for claimants in personal injury litigation (so-called 'QUOCS-qualified one-way costs shifting'); (iii) defendants are no longer liable to pay the claimant's success fee or ATE insurance premium in claims brought under conditional fee agreement arrangements; (iv) damages-based no-win no-fee arrangements ('DBAs') were extended to all types of litigation (previously they had been confined to employment disputes); (v) recoverable costs are restricted to costs which are proportionate; (10) and (vi) the Overriding

Objective (the 'mission statement' within CPR (1998), Part 1) has been recast to emphasize the need for litigation to be conducted in a cost effective manner.

Despite this welter of procedural innovation, court proceedings remain expensive and often very complicated. Legal aid has been severely curbed.

There has also been a crisis engendered by an over-severe quest for procedural discipline. This crisis was caused by the Court of Appeal's attempt in the *Mitchell* case (2013) (11) to adopt a very narrow approach to the discretion to grant relief from procedural sanctions. The Court of Appeal in the *Denton* case (2014) (12) has backtracked from this.

III-Other procedural changes

The Woolf (1998) and Jackson (2013) changes are fundamental and extensive; but change has not just involved cataclysmic procedural 'big bangs'. The following four examples are notable:

(i) in 1975 the courts introduced both the *Mareva* injunction (introduced on 22 May, 1975, (13) now called freezing relief) (14) and the *Anton Piller* order (introduced on 8 December, 1975, now called civil search orders); (15)

(ii) the equitable power to order non-parties to supply documents or other information was rediscovered by the House of Lords in the *Norwich Pharmacal* case (1974); (16)

(iii) in the 1980s and early 1990s, and thus before the Woolf reports (1995-6), the Commercial Court, of its own initiative, experimented with case management techniques; (17)

(IV) also before the Woolf reports (1995-6), there

208; AAS Zuckerman and R Cranston (eds) *Reform of Civil Procedure: Essays on 'Access to Justice'* (Oxford University Press, 1995) (essays by various authors); AAS Zuckerman, 'The Woolf Report on Access to Justice', (1997) 2 ZJPInt 31. For a 10 year retrospective assessment of the CPR system (1998), D Dwyer (ed), *Civil Procedure Rules: Ten Years On* (Oxford University Press, 2009); reviewed by Neil Andrews, (2010) 29 CJQ 396-8.

(7) Andrews, *English Civil Procedure* (Oxford University Press, 2003), 2-05.

(8) Sir Rupert Jackson, *Review of Civil Litigation Costs: Final Report* (London, 2010).

(9) For a summary, Andrews, *Court Proceedings* (2013), 1.45 to 1.74.

(10) Neil Andrews, 'On Proportionate Costs' (2013) ZJP Int 3-18 and (2014) 232 *Revista de Processo*, 393-409.

(11) *Mitchell v. News Group Newspapers Ltd* [2013] EWCA Civ 1537; [2014] 1 WLR 795; Neil Andrews, 'Sanctions and Procedural Non-compliance in England in the Post-Jackson Era' (2014) 237 *Revista de Processo*, 423-431; Lord Dyson, 'The Application of the Amendments to the Civil Procedure Rules' (2014) 33 CJQ 124-132; S Sime, 'Sanctions after *Mitchell*' (2014) 33 CJQ 133-156.

(12) *Denton v. TH White Ltd* [2014] EWCA Civ 906; [2014] 1 WLR 3926; A Higgins, 'CPR 3.9: the *Mitchell* guidance, the *Denton* revision, and why Coded Messages Don't Make for Good Case Management' (2014) CJQ 379; JR Williams, 'Well, That's a Relief (From Sanctions)...' (2014) CJQ 394; AAS Zuckerman, 'The Continuing Management Deficit in the Administration of Civil Justice' (2015) 34 CJQ 1-10; Andrews had expressed the hope that the new atmosphere of procedural 'hawkishness' would not induce English courts to fly to the extreme of adopting 'a Stalinist procedural approach of zero tolerance': Andrews, *Court Proceedings* (2013), at 9.30 to 9.37, citing also the attractive Principle 17.2 of the *American Law Institu-*

te/UNIDROIT'S Principles of Transnational Civil Procedure (Cambridge University Press, 2006): 'Sanctions should be reasonable and proportionate to the seriousness of the matter involved and the harm caused and reflect the extent of participation and the degree to which the conduct was deliberate.'

(13) Described as 'the greatest piece of judicial law reform in my time', Lord Denning, *The Due Process of Law* (London, 1980), 134.

(14) CPR 25.1(1)(f); standard order in Annex to PD (25A); Andrews, *Court Proceedings* (2013), 21.05 ff (the eponymous case is *Mareva Compania Naviera SA v. International Bulk Carriers SA* ('*The Mareva*') [1975] 2 Lloyd's Rep 509, CA).

(15) CPR 25.1(1)(h); standard order available in Search Orders, Annex to PD (25A); Andrews, *Court Proceedings* (2013), 21.51 ff (the eponymous case is *Anton Piller v. Manufacturing Processes* [1976] Ch 55, CA).

(16) *Norwich Pharmacal Co v. Commissioners for Customs and Excise* [1974] AC 133, HL (the House which rediscovered this power, had spent 14 days hearing this appeal (agreeing with Graham J who had spent 5 days absorbed in argument on this point); a strong Court of Appeal (Lord Denning MR, Buckley and Roskill LJ) had spent 7 days and (surprisingly) concluded that there was no such power; in *Ashworth Hospital Authority v. MGN Ltd* [2002] UKHL 29; [2002] 1 WLR 2033, HL, Lord Woolf CJ re-stated the principles governing this jurisdiction; see also *Rugby Football Union v. Consolidated Information Services Ltd* [2012] UKSC 55; [2012] 1 WLR 3333, at [14] ff; *Various Claimants v. News Group Newspapers Ltd* (No 2) [2013] EWHC 2119 (Ch); [2014] Ch 400; Andrews, *Court Proceedings* (2013), 11.14 to 11.18.

(17) Neil Andrews, 'Development in English Civil Procedure: How Far Can the English Courts Reform their Own Procedure?' (1997) 2 ZJP Int 3, at 14 to 16; Andrews, *Court Proceedings* (2013), 24.08; Neil Andrews, 'Case Management in the English

were secondary or primary statutory changes requiring exchange of expert reports, (18) witness statements, (19) and conditional fee arrangements; (20)

IV- Institutional and structural changes within the administration of civil justice

Since 1899 there have been five such major institutional and structural changes.

First, the courts system is supplemented by a vast range of tribunal jurisdictions. (21)

Secondly, courts are viewed as the mechanism of last resort. (22) As noted in section V of this paper, mediation has taken off and arbitration continues to flourish.

Thirdly, the House of Lords no longer hears judicial appeals. This appellate function has been transferred to

the Supreme Court on the other side of Parliament Square. (23)

Fourthly, Lord Chancellors no longer hold sway in Cabinet; in fact have no judicial competence; and (yes, it can get even worse) he or she need not have any legal qualification. (24)

Fifthly, the twentieth century began with a British Empire, a vast navy, and extensive civil jury trial. (25) The Empire has gone, the Navy has shrunk, and the civil jury (26) is now an endangered species, (27) being in practice (28) confined in tiny number (29) to the specific torts of malicious prosecution, false imprisonment, and fraud. (30) Jury trial is presumed to be unavailable even within its former heartland, defamation claims. (31) A 2014 High Court decision indicates that

Commercial Court', in R Stürmer and M Kawano (eds), *International Contract Litigation, Arbitration and Judicial Responsibility in Transnational Disputes* (Tübingen, Germany, 2011), 285-298.

(18) On the pre-CPR system in this respect, RSC Ord 38, r 37; Andrews, *Principles of Civil Procedure* (London, 1994), 11-009; and general comments at 2-005; similarly, Andrews, *English Civil Procedure* (Oxford University Press, 2003), 6.52; for disclosure of expert reports under the current system, CPR 35.13.

(19) RSC Ord 38, r 2A; Andrews (1993), *ibid*; Neil Andrews, 'Development in English Civil Procedure: How Far Can the English Courts Reform their Own Procedure?' (1997) 2 ZJP Int 3, 21 (noting that the genesis was the practice of the former Official Referee's court, now known as the Technology and Construction Court); and at 17 noting that this innovation, having spread to other parts of the High Court, was ratified by s 5, Courts and Legal Services Act 1990; for disclosure of expert reports under the current system, CPR 32.10.

(20) Andrews, *Court Proceedings* (2013), 20.25 (for more detail on the modern history of these orders, Andrews, *English Civil Procedure* (Oxford University Press, 2003), 35.03); but the victorious claimant's success fees (payable to his lawyer) are no longer payable by the defeated defendant, nor ATE legal expenses insurance premia: Andrews, *Court Proceedings* (2013), 20.29, noting the impact of ss 44(4), 46(1), Legal Aid, Sentencing and Punishments of Offenders Act 2012.

(21) *Wade and Forsyth's Administrative Law* (11th edn, Oxford University Press, 2014), ch 23; *English Public Law* (D Feldman, ed) (2nd edn, Oxford University Press, 2009), ch 23.

(22) Practice Direction-Pre-action Conduct, para 8.1: 'Starting proceedings should usually be a step of last resort, and proceedings should not normally be started when a settlement is still actively being explored...' On the statistically overwhelming significance of settlement, as distinct from court proceedings or formal judgment, Neil Andrews, *The Modern Civil Process: Judicial and Alternative Forms of Dispute Resolution in England* (Tübingen, Germany, 2008), ch 10.

(23) On this development, Neil Andrews, 'The United Kingdom Supreme Court: A Final Appellate Court Created in Haste and Without Manifest Need' in C Besso and S Chiarloni (eds), *Problemi e Prospettive delle Corti Supreme* (Napoli, 2012), 107; Neil Andrews, 'The United Kingdom's Supreme Court: Reflections on the Role of the British Nation's Highest Tribunal' (2009) 14 ZJP Int 33-42 (also translated into Portuguese and published in Brazil, 'Supreme Corte do Reino Unido' (2010) 186 *Revista de Processo*, 299-312; also translated into Italian and published as 'La Corte Supreme del Regno Unito: Riflessioni sul Ruolo della più Elevata Corte Britannica' in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* (2010) 877-902; also translated into Greek and published in (2010) *Administrative Journal*, issue 1/2010, 86-101 (Athens); also translated into Japanese and published in (2010) *Rule of Law* (Japan Bar Association) (ISSN 0439-2892) No 159, 65-87.

(24) Andrews, *Court Proceedings* (2013), 26.07 ff, noting the effect of s 2, Constitutional Reform Act 2005.

(25) Some leading cases have involved arose following (or even, as in the *Bolam* case) concerned the direction to the jury trial, eg *Smith v. Hughes* (1871) LR 6 QB 597 (*caveat emptor* and mistake as to quality of goods); *Heilbut, Symons & Co v. Buckleton* [1913] AC

30, 47, HL (test for determining whether an oral statement made before the contract is a warranty); *Bell v. Lever Bros* [1932] AC 161, HL (test for shared mistake at Common Law); *Bolam v. Friern Hospital Management Committee* [1957] 1 WLR 582, McNair J (test for assessing defendant's professional competence in claims for negligence). In 1854 all Common Law civil trial took place before a jury (J Getzler, 'Patterns of Fusion', in PBH Birks (ed) *Classification of Obligations* (Oxford University Press, 1997) 157, 187, notably n 136, also cites a rich historical literature), but by 1964 only roughly two per cent, and nowadays a miniscule amount (Jeremy Lever, 'Why Procedure is More Important than Substantive Law' (1999) 48 ICLQ 285, at 295).

For American discussion of the historical importance of trial and contemporary practice, 'Report on the Importance of the Twelve-member Civil Jury in the Federal Courts' (American College of Trial Lawyers) (2001); see also S Goldstein, 'The Anglo-American Jury System as Seen by an Outsider (who is a Former Insider)', ch 9, in BS Markesinis (ed), *The Clifford Chance Lectures* vol 1, (Oxford University Press, 1996) citing other literature, notably at n 12.

(26) A High Court jury consists of twelve people, a county court jury of eight (s 67, County Courts Act 1984).

(27) Generally, on the virtual disappearance of civil jury trial, Neil Andrews, *English Civil Procedure* (Oxford University Press, 2003), 34-08 to 34-10; Neil Andrews, 'Development in English Civil Procedure: How Far Can the English Courts Reform their Own Procedure?' (1997) 2 ZJP Int 3, 4, nn 3 and 4.

(28) *Yeo v. Times Newspapers* [2014] EWHC 2853 (QB); [2015] 1 WLR 971, at [40], per Warby J: 'to the best of my knowledge an order for jury trial of a claim in any cause of action other than those listed in section 69(1) has been unheard of for many decades. Two cases where the issue arose are referred to in *Lewis v. Comr of Police of the Metropolis* [2012] EWHC 1391 (QB). In *H v. Ministry of Defence* [1991] QB 103, the Court of Appeal held that it was not appropriate to order jury trial of a personal injury claim by a serviceman in which the defendant was accused of negligence. In *Racz v. Home Office* [1994] 2 AC 45 the House of Lords upheld decisions of the judge and Court of Appeal not to order trial by jury of claims, including claims for aggravated and exemplary damages, for assault, battery and misfeasance in respect of injuries allegedly suffered by the claimant at the hands of prison officers.'

(29) A 1999 estimate was that nowadays the incidence was then about 25 civil jury trials a year, but that number has probably now diminished: IH Dennis, *The Law of Evidence* (London, 1999), 570, n 79, citing M Zander, *Cases and Materials on the English Legal System* (London, 7th edn, 1996), 376.

(30) Nowadays (see also next note) juries are confined to actions concerning malicious prosecution, false imprisonment, and 'fraud' (narrowly construed here): s 69, Supreme Court Act 1981; s 66, County Courts Act 1984.

(31) There is now a presumption that there will be no jury in a defamation action, s 11, Defamation Act 2013; CPR 26.11(2): 'A claim for libel or slander must be tried by Judge alone, unless at the first case management conference a party applies for trial with a jury and the court

the discretion to award jury trial seems unlikely to be exercised except in a very remarkable case. (32) Neither the judiciary (33) nor Parliament (34) is inclined to turn back the clock and re-introduce juries in civil cases.

There are various reasons for resisting juries in civil proceedings: they are perceived as inimical to speedy and relatively cheap trials, and the lay element was regarded as a source of inconsistency, arbitrariness and populist emotion. (35) By contrast, consistency and predictability are characteristics of decisions made by professional judges, and these virtues in turn facilitate informed out-of-court settlement in disputes generally. And so in personal injury litigation, notably, the judges have established a tariff system of damages in personal injury claims. Furthermore, the level of such awards has been kept within reasonable control. Suffice it to say that a defendant's insurer will be delighted to have a major personal injury action brought in England before a professional judge rather than before an American jury.

V-The rise of arbitration and mediation

London remains a busy arbitration centre. The Arbitra-

tion Act 1996 codified nearly all aspects of that branch of law (the exceptions being confidentiality (36) and 'arbitrability', both of which are founded on case law). (37) Commercial mediation, in particular, has been a growth area, feeding a large transnational legal industry. (38) The courts in England are conspicuously 'arbitration (39) and mediation (40) friendly'. Arbitration awards can be taken on appeal to the Commercial Court on points of substantive English law (section 69, Arbitration Act 1996), (41) but, by very clear (42) wording, the parties can contract out of that. In fact the 2014 rules (rule 26.8) (43) of the London Court of International Arbitration contain a provision excluding such appeals.

The main points of contact between the courts and arbitration are protective relief (such as freezing injunctions); (44) decisions to stay court proceedings in order to give effect to arbitration clauses; (45) grant of anti-suit injunctions (now available only with respect to non-EU court proceedings); (46) assistance in the appointment, replacement, or removal of members of arbitral tribunals; (47) determinations concerning disputed matters of arbitral jurisdiction; (48) hearings concerning

makes an order to that effect.' On this, *Yeo v. Times Newspapers* [2014] EWHC 2853 (QB); [2015] 1 WLR 971, at [41] ff, per Warby J; and see *A Mullis and A Scott* (2014) 77 MLR 87, 106; earlier on defamation actions and summary judgment, *Safeway Stores plc v. Tate* [2001] QB 1120, CA, considered in *Alexander v. Arts Council of Wales* [2001] 1 WLR 1840, CA, notably [39], [58] to [61].

(32) *Yeo v. Times Newspapers* [2014] EWHC 2853 (QB); [2015] 1 WLR 971, at [80] ff, per Warby J, applying s 11, Defamation Act 2013; CPR 26.11(2), indicates a new era where jury trial is highly unlikely to be permitted in defamation matters: '[Counsel] points out that Parliament envisaged that the discretion to order jury trial might be exercised in some [defamation] cases and suggests that if it is not exercised in this case [involving a prominent Member of Parliament] it is difficult to see when it might be exercised. One answer is that there may be cases in which it would be desirable to introduce a jury to avoid any perception of "involuntary bias". This is not the time to attempt any definition of when that might be. An instance could however be a libel claim brought by a judge, of which there have been examples in recent history though none that have reached trial. There could be other cases not involving "rank or dignity" but subject matter.'

(33) *Ward v. James* [1966] 1 QB 273, CA (a very significant 'stone-wall' against any recrudescence of jury trial outside the four specified actions); applied *H v. Ministry of Defence* [1991] 2 QB 103, CA; *Heil v. Rankin* [2001] QB 272, 294, at [25], per Lord Woolf MR; it is now 'virtually inconceivable' that a personal injury action will be heard before a jury, *Hulse v. Chambers* [2001] 1 WLR 2386, at [9], per Holland J; more generally, in *Yeo v. Times Newspapers* [2014] EWHC 2853 (QB); [2015] 1 WLR 971, at [40], per Warby J (quoted in preceding note).

The court has discretion to dispense with a jury if the trial in that case will involve prolonged examination of documents, *Aitken v. Preston* [1997] EMLR 415, *The Times* 21 May 1997, CA (Lord Bingham CJ, who manifested his preference for reasoned decisions by professional judges); applied in *Fiddes v. Chanel Four Television Corp* [2010] EWCA Civ 730; [2010] 1 WLR 2245; and see *Bento v. Chief Constable of Bedfordshire* [2012] EWCA Civ 956. Nor is it an abuse of process for a claimant to rely on a cause of action (eg the tort of malicious falsehood) which does not confer any right to jury trial, even though the facts might normally be expected to give rise to a defamation action for libel: *Joyce v. Sengupta* [1993] 1 WLR 337, CA. A civil jury has a limited power, which must be exercised cautiously, to correct its verdict if it has misunderstood the question posed; this requires the judge's approval and control: *Igwemma v. Chief Constable of Greater*

Manchester [2001] EWCA Civ 953; [2002] QB 1012, notably [34], [51], per Kennedy and Rix LJ].

(34) eg, s 11, Defamation Act 2013, noted above.

(35) See the range of arguments considered (following counsel's arguments) in *Yeo v. Times Newspapers* [2014] EWHC 2853 (QB); [2015] 1 WLR 971, at [41] ff, per Warby J, concluding at [79]: 'An order for trial without a jury is more proportionate, there are major potential case management advantages, and the significance of the issues raised means in any event that a reasoned judgment is important.'

(36) Andrews, *Arbitration and Mediation* (2013), ch 8.

(37) *ibid*, ch 7.

(38) For a summary, Andrews, *Arbitration and Mediation* (2013), ch 1; Tony Allen, *Mediation Law and Civil Practice* (Bloomsbury, London, 2013), notably ch's 1, 2, 13; S Blake, J Browne, S Sime, *The Jackson ADR Handbook* (Oxford University Press, 2013); B Rix, 'The Interface of Mediation and Litigation' (2014) *Arbitration* 21-27.

(39) Andrews, *Arbitration and Mediation* (2013), 3.24 to 3.26.

(40) *ibid*, 1.20 to 1.33.

(41) Neil Andrews, 'Arbitral Awards and Errors of English Law: Refining the Law-Making Function of the Judicial Appeal System' in S Shestret (ed), *The Culture of Judicial Independence: Rule of Law and World Peace* (Martinus Nijhoff Publishers, Leiden and Boston, 2014), ch 23, 340-362.

(42) Gloster J in *Shell Egypt West Manzala GmbH v. Dana Gas Egypt Ltd* [2009] EWHC 2097 (Comm) held that the formula 'final, conclusive and binding', contained in the arbitration agreement, and clearly intended to bestow some form of finality on an award, did not render an arbitration award secure from appeal to the High Court on a point of law.

(43) S Wade, P Clifford, J Clanchy, A Commentary on the LCIA Arbitration Rules 2014 (London, 2015), 26-022, noting *Royal Y Sun Insurance v. BA Systems (Operations) Ltd* [2008] EWHC 743 (Comm).

(44) Andrews, *Arbitration and Mediation* (2013), 13.16 to 13.44.

(45) *ibid*, at 10.03 to 10.22, principally s 9, Arbitration Act 1996.

(46) Andrews, *Arbitration and Mediation* (2013), at 10.23; the leading case is *AES Ust-Kamenogorsk Hydropower Plant LLP v. Ust-Kamenogorsk Hydropower Plant* [2013] UKSC 35; [2013] 1 WLR 1889; Neil Andrews, 'Courts Ensuring Compliance with Arbitration Clauses' (2014) 26 (41) *EBLR* 587-604.

(47) Andrews, *Arbitration and Mediation* (2013), at 12.09 to 12.30.

(48) *ibid*, at 18.14 to 18.40 (concerning, principally, s 67, Arbitration Act 1996).

alleged procedural impropriety in the conduct of arbitration proceedings ('serious irregularity'); (49) and enforcement of domestic and foreign arbitration awards. (50)

Two notable English pieces of litigation have concerned foreign arbitration proceedings.

First, in the *Dallah* case (2010) (51) the UK Supreme Court, refusing enforcement of a Paris award under the New York Convention (1958), held that the arbitral tribunal had wrongly treated the Government of Pakistan, although neither a signatory nor a named party, as a party to the arbitration agreement. (52) But when the Paris award was later considered under domestic French arbitration law, a French court held that the Paris arbitral tribunal had correctly applied the fluid principles of French law applicable to transnational arbitration agreements.

Secondly, in the *Yukos* litigation (2011-2014), (53)

which has been before the Russian, Dutch, and English courts on various points, the English courts have kept open the possibility of enforcing Russian arbitral awards even though the Russian courts had impugned those awards. (54) If it turns out that the Russian courts' decision to annul the awards is the product of governmental influence on the judicial system, the awards will stand for the purpose of enforcement in England under the New York Convention (1958).

In the field of mediation, there have been important decisions concerning the validity of mediation clauses, (55) including those which form part of multi-tier dispute resolution clauses; (56) costs sanctions when a party has unreasonably failed to consider mediation recommendation made by the courts or by the opponent; (57) and, as between the parties, the privileged status of mediation negotiations. (58)

(49) *ibid*, at 18.41 to 18.66 (concerning, principally, s 68, Arbitration Act 1996).

(50) *ibid*, ch's 19 and 20 (concerning, principally, ss 66, 103, Arbitration Act 1996).

(51) *Dallah Real Estate & Tourism Holding Co v. Pakistan* [2010] UKSC 46; [2011] 1 AC 763; Jan Kleinheisterkamp, 'Lord Mustill and the courts of tennis - *Dallah v. Pakistan* in England, France and Utopia' (2012) 75 MLR 639, 640 at n 2 listing various comments on this decision.

(52) Neil Andrews, 'Judging the Independence and Integrity of Foreign Courts', in S Shetreet (ed), *The Culture of Judicial Independence: Rule of Law and World Peace* (Martinus Nijhoff Publishers, Leiden and Boston, 2014), ch 5, 73-88; Neil Andrews, 'Problematic Arbitration Awards under the New York Convention (1958)' (2011) *Civil Procedure Review* (Jan/April 2011) 1-13 (ISSN 2191-1339; www.civilprocedure-review.com; also translated into Japanese: Neil Andrews (Masayuki Tamaruya, trans), 'Problematic arbitration awards under the New York Convention (1958): Probing the arbitration tribunal's jurisdictional decision that a resisting party is a party to an arbitration agreement' (2011) 58(5) *JCA Journal* 2-8 (Japanese Commercial Arbitration Journal); 'Probing the Arbitration Tribunal's Jurisdictional Decision that a Resisting Party is a Party to an Arbitration Agreement' (2011) *International Commercial Arbitration Review* (Russia) 127-134 (ISSN 2075-1031).

(53) *Yukos Capital Sarl v. OJSC Rosneft Oil Co* [2012] EWCA Civ 855; [2013] 1 All ER 223; [2012] 2 Lloyd's Rep 208, noted A Mills [2012] CLJ 465 (reversing on this point Hamblen J in [2011] EWHC 1461 (Comm); [2012] 1 All ER (Comm) 479); (2) *Yukos Capital Sarl* etc, at a later stage, [2014] EWHC 2188 (Comm); [2014] 2 Lloyd's

Rep 435, where Simon J held that the English courts can award interest on a foreign arbitral award and that a foreign award could be recognised in this manner even though it had been annulled by the courts of the seat provided the foreign judicial annulment is itself invalid under English conflict of laws principles.

(54) Neil Andrews, 'Judging the Independence and Integrity of Foreign Courts', in S Shetreet (ed), *The Culture of Judicial Independence: Rule of Law and World Peace* (Martinus Nijhoff Publishers, Leiden and Boston, 2014), ch 5, 73-88.

(55) Andrews, *Arbitration and Mediation* (2013), 1.34 to 1.57, noting especially *Sulamerica Cia Nacional de Seguros SA v. Enesa Engenharia SA* [2012] EWCA Civ 638; [2013] 1 WLR 102; Neil Andrews, 'Mediation Agreements: Time for a More Creative Approach by the English Courts' (2013) 18 *Revue de droit uniforme* 6-16 (also known as *Uniform Law Review*: (Oxford University Press, and Rome).

(56) Andrews, *Arbitration and Mediation* (2013), at 1.58.

(57) *ibid*, at 1.105 to 1.127, notably *Halsey v. Milton Keynes General NHS Trust* [2004] EWCA Civ 576; [2004] 1 WLR 3002, at [25] to [28]; *PGF II SA v. OMFS Co 1 Ltd* [2013] EWCA Civ 1288; [2014] 1 All ER 970.

(58) Andrews, *Arbitration and Mediation* (2013), at 1.128 to 1.135; on the compellability of mediators to give evidence, *AB v. CD* [2013] EWHC 1376 (TCC), at [4], per Edwards-Stuart J; *Universal Satspace v. Government of Kenya* unreported, Dec 2013, Teare J; *Farm Assist Ltd (In Liquidation) v. Secretary of State for the Environment, Food and Rural Affairs (No 2)* [2009] EWHC 1102; [2009] BLR 399; 125 Con LR 154, at [53], Ramsey J.

**Adesione del convenuto straniero al tentativo di mediazione obbligatoria
ex art. 5, co. 1-bis, d. lgs. 28/2010 promosso in Italia e (salvezza dell'eccezione
di difetto della) giurisdizione italiana**

Witness Statement di Claudio Consolo Professore ord. Università di Roma¹ la Sapienza ()*

1. I have been asked to respond to the description of Italian law set out in the witness statement of Mr S. which I have reviewed.

2. I have divided this statement into two sections, namely:

(1) The background to mediation in civil and commercial matters in Italy;

(2) My response to certain specific statements made by Mr S.

Background to mediation in civil and commercial matters in Italy

3. The ever-increasing number and average length of civil proceedings before Italian Courts has had the effect of urging the lawmaker to encourage mediation as a means whereby parties to disputes in civil and commercial matters may attempt to resolve those disputes prior to (being allowed to) litigate their claims before Italian courts.

4. In effect, mediation was seen as a tool to reduce the workload of the over-encumbered Italian judiciary. It was also hoped that, by providing a viable alternative to the bringing of civil proceedings and inducing the creation of a "mediation culture", mediation would put an end to the condemnations of the Italian State for violations of the right of individuals to be tried within a reasonable time under Article 6 ECHR.

5. The lawmakers therefore sought to compel parties to engage in mediation in a wide array of disputes. Those disputes are designated by Article 5, paragraph 1-bis of Legislative Decree 28/2010 (the *Mediation Decree*).

6. The mediator, unlike a court or an arbitrator, has no authority to adjudicate the matter to make a decision binding upon the parties. If the parties do not reach an agreement to settle their dispute, the mediator may make a "conciliation proposal", which may entail an evaluation of the merits of the dispute, but the conciliation proposal does not deal with procedural issues such as jurisdiction or the conditions for the admissibility of the claim (e.g. legal standing and legal interest to make a claim), and the parties are free to accept or refuse the mediator's conciliation proposal (which is not permitted to refer to the statements made or the information given by the parties in mediation, unless with the agreement of the parties).

7. The result is that, if the parties do not reach an agreement and the mediator's conciliation proposal is refused, and civil proceedings on the same matter are then brought before a court, the parties' rights and powers in the litigation are unfettered by the mediation. It is only once litigation is on foot, and within a civil proceedings, that a defendant is able to raise any procedural objections, which he must do so in the "statement of appearance": that is the proper procedural act (and the first opportunity at which) an objection to the jurisdiction of the court may be raised.

Response to Mr S.'s statement

8. Mr S. states that that mediation pursuant to Article 5, paragraph 1-bis, of the Mediation Decree, would be a "mandatory (*albeit preliminary*) phase of civil proceedings before Italian courts".

9. For the reasons I explain below, I do not agree with this statement, which I do not consider is supported by any provision of Italian law or any authority. I note that no authority has been quoted by Mr S.

10. The correct position is that mediation does not form a part of "civil proceedings". The following provisions of Italian law and the Mediation Decree support this:

(1) Italian civil proceedings are commenced by a writ of summons or a petition. By contrast the request for mediation does not have this effect.

(2) Italian civil proceedings are governed by rules of Italian Civil procedure (which are set out in a Civil Procedure Code). By contrast there is no harmonised set of rules for mediation in Italy. In fact, under Article 3, paragraph 1 of the Mediation Decree, mediation takes place in accordance with the rules autonomously set up by the mediation body chosen by the party who promotes mediation, with the only mandatory requirement of those rules being that one of confidentiality (see Article 3, paragraph 2). In contrast to the Civil Procedure Code (which has provisions dealing with formalities and time limits), by virtue of Article 3, paragraph 3 mediation is not subject to any formality.

(3) Article 5 of the Mediation Decree (entitled "Condition of procedibility (1) and relationship with process") requires that a Court seised with a judicial claim in relation to one of the designated disputes must be satisfied

(*) Per strano che possa sembrare, ma la eterogenesi dei fini non lascia immune affatto la florida plaga delle ADR, la disciplina sulla mediazione obbligatoria nelle controversie in materia civile e commerciale ha generato nel contesto processual-internazionale financo questo genere di problema, inedito e fantasioso: allorché due parti siano vincolate da una clausola di proroga della giurisdizione (a favore del giudice inglese) ed una di queste decida di dare avvio ad una procedura di mediazione *ante causam* in Italia, l'adesione della parte destinataria dell'istanza di mediazione alla procedura di mediazione, e la partecipazione al primo incontro tra le parti davanti al mediatore,

comporta accettazione tacita della giurisdizione italiana ai sensi dell'art. 26 Reg. 1215/2012? A monte, la mediazione obbligatoria disciplinata dal d. lgs. 28/2010 può definirsi una fase, in senso stretto, del processo civile italiano, ditalché l'onere di eccepire l'eventuale difetto di giurisdizione del giudice italiano in ragione dell'esistenza di una clausola di proroga del foro - onere gravante sul convenuto e da assolversi nella "prima difesa" - debba essere adempiuto anticipatamente, a pena di decadenza, ossia già davanti al mediatore? La risposta appare decisamente negativa su entrambi i punti.

(1) i.e. the condition under which proceedings may proceed.

that a mediation attempt has been undertaken by the claimant, before it may decide the claim. However, this rule imposes a requirement that mediation should occur *before* civil proceedings proceed; it does not make mediation itself an act or step within the civil proceedings: i.e. it does not belong to the series of procedural acts which begin with the judicial claim and end up with the final decision of the court. This is evident from the fact that the judicial claim is *not* a nullity if the claimant does not attempt mediation prior to making his claim and the claim form remains fully valid and effective even if mediation is not initiated by the claimant.

(4) Similarly, if the failure to mediate was not addressed by a Court which nevertheless went on to decide the claim (and if the defendant does not raise any objection), it would not be possible to appeal that decision on this ground. If - as Mr S. suggests - mediation was in fact a “*mandatory (albeit preliminary) phase*” of the civil proceedings, a judgment in circumstances where mediation was not attempted would be a nullity and could be appealed on the basis that a mandatory step in the proceedings had not taken place.

(5) Article 7 of the Mediation Decree provides that the time taken up by the parties to mediate may not be taken into account in the calculation of the overall duration of the civil proceedings under Article 2 of Law 89/2001 (which entitles the parties in a civil proceedings before Italian Courts to receive compensation from the Italian State if their right to be tried within a reasonable time has been violated). Once again, this reflects the fact that mediation is not a “phase” of the civil proceedings and the Italian State may not be held accountable for its duration.

11. In the light of the above, I do not agree with Mr S. when he states that “[a] defendant who rejects the jurisdiction of the Italian Courts in such disputes [in relation to which mediation is mandatory] *must do so explicitly from the very outset of the mediation procedure*” and that a party who does not object to the jurisdiction of Italian courts from the very outset of the mediation procedure “*acknowledges and accepts the jurisdiction of the Italian Courts in connection with any formal claim that is pursued once the mediation procedure has ended*” so that “[a]ny subsequent attempt by the defendant to challenge the jurisdiction of the Italian Courts over the claim is therefore untimely”.

12. On the contrary, it is my firm opinion that since mediation is not a phase of the civil proceedings, there is no requirement to challenge the jurisdiction of Italian Courts before the mediator and a failure to do so by a party does not amount to submission to the jurisdiction of the court. In this respect I make the following additional points:

(1) Such a requirement would make no sense since even if the issue of jurisdiction was raised, the mediator could *not* decide or adjudicate upon it, because the mediator is not a Judge and cannot make decisions binding upon the parties.

(2) There is no provision in Mediation Decree even

remotely similar to Article 26, paragraph 1, of Regulation (EU) no. 1215/2012 (the Judgment Regulation), according to which a court of a Member State shall have jurisdiction if the defendant enters an appearance without contesting the jurisdiction of that court.

(3) Italian law already provides explicitly for a time limit for objecting to the jurisdiction of the Italian Court. Article 166 of the Civil Procedure Code sets the relevant limit as no later than twenty days before the day of the first hearing (and not by reference to mediation). A defendant is therefore fully entitled to object to the jurisdiction of the Italian Court (and such objection shall be deemed timely and admissible) at any point within that time limit, irrespective of whether a mediation has taken place.

13. In light of the above, I consider it highly unlikely that the Milan Court, or indeed any other Italian court, could declare that it has jurisdiction over a defendant on the basis that the defendant has failed to object to the jurisdiction of the Italian Courts in mediation. I am certainly not aware of any case which has reached such a conclusion, and I note that Mr S. does not refer to any.

14. I also wish to address a number of specific further points, which Mr S. relies upon in his statement, but which I believe do not in fact support his position.

15. First, Mr S. states that X's request for mediation contained a declaration “*pursuant to Art. 4 Legislative Decree 69/2013, that the court with territorial jurisdiction for the legal action is Milan*” and suggests that this statement shows that the mediation was therefore being requested “*on the premise that the Milan Court has jurisdiction over the claim*”. I have reviewed the minutes of the mediation meeting that Mr S. refers to in his statement (2) and, for the reasons set out below, I believe that Mr S. has misunderstood the significance of the reference to Article 4 of the decree:

(1) When the Mediation Decree was enacted in 2010, it contained no indication regarding the place where mediation should be started. This ‘gap’ in the law allowed unscrupulous litigants wishing to gain tactical advantage by filing requests with mediation bodies seated in the claimant's forum or with mediation bodies studiously selected in places far away from the defendant's place of business.

(2) To prevent abuses of this kind, Article 4 of the Mediation Decree was amended by Law Decree 69/2013 and a clear cut criterion was added to it so as to allocate a given matter to a mediation body in a particular geographic area, by reference to the place where the court which would be territorially competent over the matter is located – i.e. in accordance with the rules which allocate the *internal* competence between Italian Courts.

(3) As such, the reference to the “jurisdiction” over the Milan Court relied upon by Mr S. is to questions of *internal* Italian jurisdiction and is driven by the requirement that mediations take place in a suitable place in Italy and has absolutely no bearing on the *international*

(2) As an aside, I note that, on the basis of the minutes, technically a mediation procedure never actually took place. The minutes show that when the mediator requested the parties to express their

opinion on the possibility to start the mediation procedure, pursuant to Article 8 of the Mediation Decree, despite its request to mediate X declared that it did not agree to mediation to begin.

jurisdiction of Italian Courts over a defendant domiciled in another Member State.

16. Second, Mr S. refers to Article 5, paragraph 6 of the Mediation Decree, which provides that a request of mediation, once communicated to the other parties, has the same effects on the statute of limitations as those of a judicial claim.

17. Once again, I do not believe that this provision supports the suggestion that mediation is a phase of the civil proceedings. This appears undeniable because whilst it is correct that under Italian law, the commencement of civil proceedings interrupts and suspends the limitation period, not only civil proceedings have this suspensory effect; according to Article 2943 of the Italian Civil Code any act (other than a judicial claim) by which the right holder exercises his right (e.g. by requesting the debtor to pay his debt) has the same effect of interrupting the limitation period.

18. Third, Mr S. relies upon Article 8, paragraph 4-bis of the Mediation Decree, which provides that the Italian Court may draw adverse inferences from a party's failure to participate in mediation without a good reason in ac-

cordance with Article 116, paragraph 2, of the Civil Procedure Code.

19. As I have referred to above, the rationale of this provision was to incentivize genuine mediation attempts. However, far from *supporting* Mr S.'s view that this rule suggests that mediation is a phase of civil proceedings, it in fact does the opposite, and confirms that mediation is *not* a "phase" of the civil proceedings. This appears clear because Article 116, paragraph 2, of the Civil Procedure Code of 1940 already would have allowed the Court to draw inferences from the conduct of the parties *within* the civil proceedings; if mediation was a "phase" of civil proceedings before Italian Courts as Mr S. claims, the provision of Article 8, paragraph 4-bis of the Mediation Decree would be unnecessary.

Conclusion

20. In conclusion I do not consider that mediation is or can be regarded as a phase in Italian civil proceedings and I do not consider that taking part in mediation without objections or reservations would constitute an act of submission to the jurisdiction of the Italian Court.

ELENCO ABBREVIAZIONI OPERE

BEAUMONT	BEAUMONT, Anton & <i>Beaumont's Civil Jurisdiction in Scotland, Brussels and Lugano Conventions</i> , 2 nd ed., Edinburgh, 1995.	DONZALLAZ	<i>La Convention de Lugano concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale</i> , Bern, 1997
BATIFFOL L.	BATIFFOL, LAGARDE, <i>Droit international privé</i> , 7 ^e éd., Paris, 1983.	DROZ	DROZ, <i>Compétence judiciaire et effets des jugements dans le Marché Commun (Etude de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968)</i> , Paris, 1972.
BRIGGS-REES	BRIGGS-REES, <i>Civil Jurisdiction and Judgments</i> , 3 rd ed., London - Hong Kong, 2002.	GAUDEMET-T.	GAUDEMET-TALLON, <i>Compétence et exécution des jugements en Europe</i> , 3 ^{ème} éd., Paris, 2002.
BÜLOW B.	BÜLOW, BÖCKSTIEGEL, <i>Erläuterungen zu dem Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen</i> , München, 1977.	GEIMER	GEIMER, <i>Internationales Zivilprozessrecht</i> , Köln, 4 ^a ed., 2001.
CALVO C.	CALVO CARAVACA (a cura di), <i>Commentario al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecucion de resoluciones judiciales en materia civil y mercantile</i> , Madrid, 1995.	GEIMER SCH.	GEIMER - SCHÜTZE, <i>Europäisches Zivilverfahrensrecht. Kommentar zum EuGVÜ und Lugano Übereinkommen</i> , München, 1997.
Capo Rizzuto	SALERNO (a cura di), <i>Convenzioni internazionali e legge di riforma del diritto internazionale privato. Atti del Convegno di Studi organizzato dall'Università di Reggio Calabria. Crotone-Isola di Capo Rizzuto 30-31 maggio 1996</i> , Padova, 1997.	GOTTWALD	GOTTWALD, in <i>Münchener Kommentar zur ZPO</i> , 2 [^] ed., III, a cura di LÜKE e WALCHHÖFER, München, 2001.
CARBONE	CARBONE, <i>Il nuovo spazio giudiziario europeo. Le Convenzioni di Bruxelles e di Lugano</i> , 4 ^a ed., Torino, 2002.	ED	<i>Enciclopedia del diritto</i>
COLLINS	COLLINS, <i>The Civil Jurisdiction and Judgments Act 1982</i> , London, 1983.	EGI	<i>Enciclopedia Giuridica Italiana</i>
Comm. Allorio	ALLORIO (a cura di), <i>Commentario al codice di procedura civile</i> ; libro I, tomo 1, Artt. 1-68, Torino, 1973; libro I, tomo 2, Artt. 69-162, Torino, 1973; libro II, Artt. 163-190, Torino, 1980.	EGT	<i>Enciclopedia Giuridica Treccani</i>
Comm. Consolo-Luiso	CONSOLO-LUIO (a cura di), <i>Codice di procedura civile commentato</i> , Milano, 2000.	HARTLEY	HARTLEY, <i>Civil Jurisdiction and Judgments</i> , London, 1984
Comm. Pocar	POCAR-TREVES-CARBONE-GIARDINA-LUZZATTO-MOSCONI-CLERICI (a cura di), <i>Commentario del nuovo diritto internazionale privato</i> , Padova, 1996.	KAYE	KAYE, <i>Civil Jurisdiction and Enforcement of Foreign Judgments</i> , Abingdon, 1987.
Comm. Bariatti	BARIATTI (a cura di), <i>Commentario alla L. 31 maggio 1995 n. 218</i> , in NLCC, 1996, 877-1505.	KAYE Law	KAYE, <i>Law of the European Judgments Convention</i> , 5 vol., Chichester, 1999.
Comm. S. B. CONSOLO	SCIALOJA-BRANCA, <i>Commentario al codice civile</i> . CONSOLO, <i>Nuovi problemi di diritto processuale civile internazionale</i> , Milano, 2002.	KENNETT	KENNETT, <i>Enforcement of Judgments in Europe</i> , Oxford, 2000.
DE CRISTOFARO	DE CRISTOFARO, <i>Il foro delle obbligazioni</i> , Torino, 1999.	KROPHOLLER	KROPHOLLER, <i>Europäisches Zivilprozessrecht. Kommentar zum EuGVÜ und Lugano-Übereinkommen</i> , 7 Aufl., Heidelberg, 2002.
DICEY M.	COLLINS (under the general editorship of), <i>Dicey and Morris on the Conflict of Laws</i> , 13 th ed., London, 2000.	LINKE	LINKE, <i>Internationales Zivilprozessrecht</i> , Köln, 1995.
Dig pubbl	<i>Digesto delle discipline pubblicistiche</i>	LOWENFELD	LOWENFELD, <i>International Litigation and the Quest for Reasonableness</i> , Oxford, 1996.
Dig IV civ	<i>Digesto delle discipline privatistiche - sez. civile</i>	MARI	MARI, <i>Il diritto processuale civile della Convenzione di Bruxelles, I, Il sistema della competenza</i> , Padova, 1999.
Dig IV comm	<i>Digesto delle discipline privatistiche - sez. commerciale</i>	MORELLI	MORELLI, <i>Diritto processuale civile internazionale</i> , 2 ^a ed., Padova, 1954.
		NDI	<i>Nuovo Digesto Italiano</i>
		NSDI	<i>Novissimo Digesto Italiano</i>
		O'MALLEY L.	O'MALLEY, LAYTON, <i>European Civil Practice</i> , London, 1990.
		POCAR	POCAR (a cura di), <i>La Convenzione di Bruxelles sulla giurisdizione e l'esecuzione delle sentenze</i> , 3 ^a ed., Milano, 1995.
		SALERNO	SALERNO, <i>Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel Regolamento (CE) n. 44/2001</i> , 2 ^a ed., Padova, 2003.
		SCHACK	SCHACK, <i>Internationales Zivilverfahrensrecht</i> , 3 Aufl., München, 2002.
		SCHLOSSER	SCHLOSSER, <i>EU-Zivilprozessrecht. Kommentar</i> , 2 Aufl., München, 2003.

