

# **Gli accordi di scelta del foro nello spazio di giustizia europeo: quale impatto sulla internazionalizzazione delle imprese italiane**

**Alberto Malatesta, Gaetano Vitellino**

Collana: Università Cattaneo Working Papers

ISSN: 2532-554X

Università Carlo Cattaneo - LIUC

Corso Matteotti 22, 21053 Castellanza (VA), Tel. 0331-572.282, email: [biblio@liuc.it](mailto:biblio@liuc.it)

---

# Gli accordi di scelta del foro nello spazio di giustizia europeo

## Quale impatto sull'internazionalizzazione delle imprese italiane

Alberto Malatesta\*, Gaetano Vitellino\*\*

### Abstract

Un'indagine empirica condotta nell'ambito del progetto di ricerca di Ateneo «Il *Business Network Internationalization Process* nell'era digitale: una prospettiva integrata giuridico-economica» ha dimostrato la riluttanza delle piccole e medie imprese italiane, anche le più vocate all'internazionalizzazione, a instaurare legami forti e formali con i partner esteri. Le imprese considerano "rischiosa" la stipula di contratti scritti, da un lato, e mostrano scarso interesse alla predisposizione di strumenti di *dispute resolution*, dall'altro.

In realtà, nell'attuale scenario globale e ancor più in quello europeo la *litigation* è sempre più una questione di scelte strategiche su dove, quando e come promuovere una lite giudiziaria. Molto spesso le parti promuovono una causa davanti ai giudici di un Paese solo per impedire alla controparte di agire altrove, nella consapevolezza che l'esito del giudizio dipende fortemente dal foro adito e dalla legge applicabile. Per altro verso, rifuggendo dal contratto scritto l'impresa non si sottrae affatto al vincolo giuridico, in favore di un legame di altra natura, ma semplicemente rinuncia a dettare essa stessa la regolamentazione ritenuta più appropriata del rapporto giuridico comunque in essere con le controparti straniere; regolamentazione pattizia che può riguardare, per quanto qui interessa, anche la scelta del giudice davanti al quale proporre eventuali liti, attraverso le c.d. clausole di scelta del foro. Contrariamente a quello che pare essere il comune sentire, quindi, la mancata pattuizione di un accordo sul foro adeguatamente redatto non scongiura affatto il ricorso al giudice, ma semmai accentua i rischi di esito sfavorevole del contenzioso.

Il presente lavoro affronta questi delicati temi analizzando il quadro normativo, dettato dal regolamento (UE) n. 1215/2012 c.d. Bruxelles I-bis, nel quale essi devono necessariamente collocarsi, focalizzandosi in particolare sulla disciplina degli accordi di scelta del foro e testandone l'efficacia nelle situazioni di litispendenza. Si cercherà di illustrare come le norme vigenti diano alle parti ampio margine di manovra, consentendo così alle parti meglio attrezzate un approccio in termini di *litigation strategy* al problema del contenzioso *cross-border*.

Keywords: Choice of court agreements, Parallel proceedings, Brussels I Regulation, Torpedo actions

## 1. Introduzione

Il presente lavoro trae spunto dai risultati conseguiti dal progetto di ricerca «Il *Business Network Internationalization Process* nell'era digitale: una prospettiva integrata giuridico-economica» finanziato dalla LIUC – Università Cattaneo. Il progetto intendeva analizzare, con metodo interdisciplinare, il *business network internationalization process*. Attraverso un'indagine empirica diretta a rilevare le trasformazioni nelle modalità di presenza internazionale, si proponeva, da un lato, di verificare l'esistenza

---

\* Professore ordinario di Diritto internazionale, LIUC – Università Cattaneo, [amalatesta@liuc.it](mailto:amalatesta@liuc.it)

\*\* Professore aggregato di Diritto internazionale privato, LIUC – Università Cattaneo, [gvitellino@liuc.it](mailto:gvitellino@liuc.it)

di nuovi modelli *network-based* adottati dalle imprese italiane e, dall'altro, di verificare e valutare i diversi strumenti giuridici mediante i quali può essere creato un *business network* internazionale. Muovendo dai risultati emersi da detta indagine empirica, condotta su un campione di piccole e medie imprese a forte vocazione internazionale, il presente saggio approfondisce il tema degli accordi di scelta del foro, che si ritiene di grande importanza per una corretta gestione del rischio di contenzioso con controparti straniere. Vengono perciò esaminati gli strumenti giuridici che, soprattutto a seguito delle recenti modifiche apportate alla rilevante normativa dell'Unione europea, mirano a rafforzare l'efficacia di tali accordi nello spazio di giustizia europeo.

## **2. La creazione di un business network internazionale e il problema del contenzioso con i partner esteri**

### **2.1 Gli aspetti giuridici del *business network* internazionale: l'importanza della gestione e prevenzione del contenzioso**

Il progetto di ricerca ha inteso analizzare il *business network internationalization process* con metodo interdisciplinare, cioè osservando il fenomeno sia dal punto di vista economico-aziendale e di marketing internazionale, sia sotto il profilo giuridico, sulla base della certezza – spesso disattesa dalla letteratura accademica – che la forma contrattuale prescelta determini conseguenze sull'operato dei partner e sulle performance d'impresa. Attraverso un'indagine empirica diretta principalmente a rilevare le trasformazioni nelle modalità di presenza internazionale, si è inteso pertanto verificare l'esistenza di nuovi modelli *network-based* adottati dalle imprese italiane, da un lato, e verificare e valutare i diversi strumenti giuridici mediante i quali può essere creato un *business network* internazionale, dall'altro.

Gli aspetti giuridici connessi al fenomeno dell'internazionalizzazione delle imprese sono invero molteplici. In termini estremamente generali, essi riguardano, da un lato, il complesso eterogeneo di norme che concorrono a definire il contesto giuridico nel quale un'impresa che voglia internazionalizzare si trova necessariamente a operare e del quale deve quindi tenere conto, non solo per i limiti che ne possono derivare alla sua libertà di azione, ma anche per le opportunità che si possono prospettare; dall'altro lato, la disciplina delle relazioni che l'impresa instaura con partner e clienti. Questo secondo profilo attiene non soltanto agli aspetti sostanziali di tali relazioni, ossia alle norme che delineano la cornice normativa all'interno, e in conformità, della quale opera l'autonomia contrattuale delle parti, ma anche agli aspetti di *litigation*, ossia di gestione

ma allo stesso tempo di prevenzione delle controversie che potrebbero insorgere tra le parti.

In effetti, un'efficace gestione del contenzioso ha acquisito un'importanza decisiva, a volte vitale, per un'impresa che intenda operare proficuamente in un contesto transfrontaliero. Sia su scala globale sia, e ancor più, su scala europea, i sistemi giudiziari nazionali sono da tempo in competizione tra loro, dando vita a fenomeni di *forum running* che, a volte, possono sfociare in tattiche dilatorie o abusive. Non di rado, infatti, la scelta del giudice, ossia del sistema giurisdizionale, davanti al quale radicare una causa internazionale ha effetti determinanti sull'esito della causa stessa. In un siffatto scenario, la libertà delle parti di scegliere il foro competente, e quindi decidere a quale giurisdizione rimettere la soluzione delle controversie e a quali giurisdizioni, invece, sottrarsi, gioca un ruolo di primo piano. Si tratta allora di capire quali siano le opportunità e allo stesso tempo i rischi che si prospettano per le imprese italiane impegnate nella creazione di un *business network* internazionale, nonché di verificare se esse ne siano consapevoli, ma soprattutto se siano adeguatamente attrezzate. Di notevole interesse si rivelano, a questo riguardo, i risultati dell'indagine empirica condotta dal gruppo di ricerca.

## 2.2 I risultati emersi dall'indagine empirica

La sezione 5 del questionario di ricerca è specificatamente volta a indagare l'attenzione e la cura che le imprese italiane, in particolare le piccole e medie imprese, prestano alla disciplina dei loro rapporti contrattuali con i partner esteri<sup>1</sup>. Con la prima domanda (n. 11) si chiede infatti quali siano, in termini percentuali, i tipi di rapporti contrattuali più frequenti intrattenuti con i partner stranieri, a livello globale, mentre nella seguente (n. 12) si chiede quale tipo contrattuale, se esistente, l'impresa adoperi nei primi dieci dei mercati esteri in cui è presente. Si intende in tal modo indagare quali forme giuridiche le imprese italiane prediligano nel costruire il loro *business network* internazionale. La domanda n. 13 riguarda poi il modo in cui, nel formalizzare l'accordo, le parti si accordino per la disciplina pattizia del rapporto contrattuale. Lo scopo è di verificare se, e in che misura, le imprese italiane si interessino alla regolamentazione contrattuale delle loro relazioni commerciali, ma anche di sondare se abbiano l'*expertise* e il *bargaining power* necessari a imporre le loro condizioni al partner o se sia, invece, piuttosto il contrario. Le due successive domande toccano il

---

<sup>1</sup> Il campione esaminato è composto da piccole e medie imprese italiane fortemente orientate all'internazionalizzazione. Per una più completa descrizione v. GUERINI, *The Business Network Internationalization Process in the Digital Era: A Research on Italian SMEs*, di prossima pubblicazione.

problema della gestione del contenzioso, un aspetto che abbiamo visto essere centrale, anche se a volte un po' sottovalutato. Si chiede, infatti, se l'impresa prenda in considerazione il rischio che insorgano controversie con i partner stranieri (domanda n. 14) e, in tal caso, quali misure siano messe in atto per gestire il contenzioso (domanda n. 15). Nell'ultima domanda (n. 16) si chiede, infine, se e quanto pesi nelle scelte di internazionalizzazione delle imprese italiane lo standard di protezione dell'investimento e l'eventuale esistenza di un trattato con lo Stato ospite.

Quali sono stati i risultati dell'indagine svolta? Il primo, e forse più significativo, dato è che le risposte ricevute alle summenzionate domande di taglio giuridico rappresentano una percentuale relativamente bassa del totale, pari a circa il 30%. Ove esista un contratto, i tipi più diffusi sono quello di distribuzione, immediatamente seguito da quello di agenzia commerciale e, a distanza, da quelli di joint-venture e di franchising. Ma il risultato più impressionante è, in realtà, che nella maggioranza dei casi le imprese italiane evitano la stipula di un contratto scritto, considerandola rischiosa e preferendo invece fondare il rapporto con i partner sulla fiducia<sup>2</sup>. Per quanto concerne la scelta della regolamentazione contrattuale, non si prevede mai, per i rapporti contrattuali più complessi, un accordo quadro; si applicano invece le condizioni generali di contratto dell'impresa stessa o della controparte, eventualmente modificate di comune intesa. Il rischio dell'insorgere di controversie sembrerebbe essere considerato un problema, ma non sempre lo si affronta approntando le misure adeguate: solo pochissime delle imprese intervistate affermano, infatti, di inserire nel contratto una clausola arbitrale o di scelta del giudice competente. Ciò è forse dovuto, almeno in parte, a una diffusa sfiducia nei confronti della giustizia<sup>3</sup>; ma l'impressione generale è che si abbia poca dimestichezza con tali strumenti anche per una scarsa consapevolezza della loro utilità ed efficacia soprattutto ai fini di prevenzione del rischio di contenzioso. Insomma, pare che le piccole e medie imprese italiane non facciano tesoro dell'insegnamento latino *si vis pacem, para bellum*.

---

<sup>2</sup> Come osserva GUERINI, *op. cit.*: «What really impressed researchers involved in the interviews was the *near total absence of contracts, with the only exception of distribution contracts*. ... Analyzing in more depth the relation between different types of partners, it merged that ... contracts and, more in general, written agreements (included marketing plans) are considered by Italian firms *risky*, as – to their opinion – relations are and should be based on trust» (corsivo nell'originale).

<sup>3</sup> Così ancora GUERINI, *op. cit.*: «Italian SMEs don't recognize to justice the ability to solve conflicts. Though they acknowledge that there might be differences due to local practices, they prefer relying on *socialization*» (corsivo nell'originale).

### 2.3 La gestione del contenzioso transfrontaliero nel quadro del c.d. sistema Bruxelles I

L'indagine empirica condotta fornisce indicazioni abbastanza chiare sulla poca attenzione prestata dalle piccole e medie imprese italiane agli strumenti giuridici idonei a meglio gestire, nonché prevenire, il rischio di contenzioso. Tra tali strumenti merita in particolare attenzione la libertà delle parti di scegliere il giudice competente a conoscere di eventuali liti, così come ampiamente riconosciuta dal regolamento (UE) n. 1215/2012, c.d. Bruxelles I-bis<sup>4</sup>, che ha abrogato e sostituito il regolamento (CE) n. 44/2001<sup>5</sup>. Va infatti osservato che, con effetto dal 10 gennaio 2015, l'art. 25 del nuovo regolamento ha apportato importanti modifiche alla disciplina degli accordi di scelta del foro, in particolare per quanto concerne la validità sostanziale degli stessi<sup>6</sup>.

La modifica forse più importante, che riguarda gli effetti o l'efficacia degli accordi di scelta del foro, è in realtà contenuta nella sezione 9 del regolamento, dedicata alla litispendenza. Il nuovo art. 31 par. 2 ha infatti inteso superare, mediante una deroga al criterio della prevenzione temporale, i limiti dell'efficacia degli accordi di scelta che potevano scaturire in caso di *parallel proceedings*, specie dopo la sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea nel noto caso *Gasser*. A tal fine, come vedremo, la novella ha attribuito in via prioritaria la competenza ad accertare la validità e l'efficacia dell'accordo sul foro (purché esclusivo, si badi bene), e dunque a pronunciarsi sulla propria competenza, al giudice scelto dalle parti, anche se adito successivamente rispetto ad altri<sup>7</sup>.

Giova da subito precisare che questa modifica conferma un carattere importante del sistema Bruxelles I, vale a dire che nello stesso – a differenza di altri regimi, quali per esempio la citata convenzione dell'Aja del 2005 – la valutazione della validità degli accordi sul foro è concentrata ed affidata sempre ad un unico giudice. Questo vale per le situazioni di litispendenza, ove di regola, come appena detto, la priorità è attribuita al giudice designato, ma anche in situazioni diverse, quando giudici di uno Stato membro

---

<sup>4</sup> Regolamento (UE) n. 1215/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2012, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (rifusione), in *Gazz. Uff. Un. eur.*, n. L 351 del 20 dicembre 2012, p. 1 ss. (di seguito anche «regolamento Bruxelles I-bis» o «recast»). Detto regolamento, entrato in vigore il 9 gennaio 2013 (art. 81, primo comma), si applica «solo alle azioni proposte ... alla data o successivamente al 10 gennaio 2015» (art. 81, secondo comma in combinato disposto con l'art. 66 par. 1).

<sup>5</sup> Regolamento (CE) n. 44/2001 del 22 dicembre 2000, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, in *Gazz. Uff. Com. eur.*, n. L 12 del 16 gennaio 2001, p. 1 ss. (di seguito anche «regolamento Bruxelles I»).

<sup>6</sup> *Infra*, par. 3.

<sup>7</sup> *Infra*, par. 4.

diversi da quelli designati siano chiamati a pronunciarsi sulla validità della clausola attributiva di competenza<sup>8</sup>.

### **3. Gli accordi di scelta del foro alla luce dell'art. 25 del regolamento Bruxelles I-bis**

#### **3.1 La libertà delle parti di scegliere il giudice competente**

È noto che la scelta del foro assume un'importanza particolare nei contratti internazionali. La possibilità per le parti di scegliere le corti competenti per la soluzione delle loro eventuali dispute aumenta infatti la prevedibilità delle soluzioni, in un contesto sempre incerto come quello delle liti internazionali, oltre a consentire alle stesse di individuare la giurisdizione ritenuta più appropriata per le loro relazioni. Per queste ragioni, il sistema europeo valorizza, sin dalla convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968, antecedente dell'attuale regolamento, il principio della volontà delle parti a questo scopo e ne riconosce la validità (in senso lato) in modo liberale.

Il regolamento Bruxelles I-bis conferma le linee essenziali e l'assetto della consolidata disciplina precedente degli accordi di scelta del foro. In particolare, nel contesto delle norme uniformi, gli accordi delle parti spiegano sia un effetto di proroga a favore del giudice o dei giudici designati (c.d. foro prorogato) sia, allo stesso tempo, un effetto di deroga o di esclusione della giurisdizione delle corti che sarebbero altrimenti competenti in base al regolamento in assenza degli stessi accordi (c.d. foro derogato). Inoltre, essi spiegano di regola effetti esclusivi «salvo diverso accordo delle parti» (art. 25 par. 1), soffrono di alcuni limiti (rinvenibili nei fori esclusivi e nei fori di protezione: v. art. 25 par. 4), e soprattutto sono in principio ritenuti validi una volta che siano soddisfatti alcuni noti requisiti circa la loro validità formale posti direttamente dalla norma (art. 25 par. 1 seconda frase, di cui si è persa l'occasione per una sistemazione più adeguata, autonoma rispetto alla prima frase)<sup>9</sup>.

Pur in continuità con il passato, il nuovo art. 25 introduce alcune importanti modifiche con il dichiarato scopo di rafforzare ulteriormente l'efficacia della volontà delle parti e di

---

<sup>8</sup> Su questo punto v. *infra* par. 3.5.

<sup>9</sup> In relazione ai requisiti formali (su cui v. anche *infra* par. 3.4.1), il nuovo testo italiano è invero leggermente differente rispetto all'art. 23 del regolamento (CE) n. 44/2001 nella misura in cui la lett. a dell'art. 25 par. 1 dispone che l'accordo deve essere concluso per iscritto «o provato per iscritto» e non «oralmente con conferma scritta», formula risalente al testo originario della convenzione di Bruxelles, e mai toccata dalle successive revisioni. Tuttavia, più che un consapevole cambiamento, ciò sembra il frutto di una svista nel momento della traduzione, se si tiene conto che altre versioni linguistiche, quale quella francese, tedesca e spagnola, mantengono inalterata la precedente espressione. È presumibile pensare che la versione italiana derivi dai lavori preparatori del *recast* (compresa la proposta della Commissione) scritti in inglese, i quali utilizzavano il termine «*evidenced in writing*», in conformità alla versione inglese del precedente art. 23. Sotto questo profilo, appare pertanto ragionevole ritenere che il nuovo testo non introduca un parametro valutativo nuovo ma che sia piuttosto opportuno continuare ad interpretare lo stesso come in precedenza.



allineare il più possibile le soluzioni in materia a quelle previste dalla convenzione dell'Aja del 30 giugno 2005 sugli accordi di scelta del foro, così da favorire la ratifica di quest'ultima da parte dell'Unione europea. E infatti l'Unione ha approvato detta convenzione<sup>10</sup>, che è entrata in vigore sul piano internazionale il 1° ottobre 2015, anche se al momento solo nei rapporti tra l'Unione, il Messico, la Danimarca, il Montenegro e Singapore<sup>11</sup>.

Le modifiche qui esaminate riguardano l'ambito di applicazione spaziale della norma, la codificazione del principio di autonomia dell'accordo di scelta del foro e, soprattutto, l'introduzione di una norma di diritto internazionale privato sulla validità sostanziale dell'accordo. Un altro tema importante, relativo alla circolazione delle decisioni relative agli accordi di proroga, è stato oggetto di discussione nei lavori preparatori; pur non avendo trovato alla fine spazio nel nuovo testo, esso merita di essere trattato per il collegamento con alcuni aspetti della riforma se non per l'incidenza che la stessa spiega su di esso. Infine, la più importante novità introdotta dal *recast*, relativa alla priorità del giudice eletto circa l'accertamento della propria competenza in situazioni di litispendenza, sarà oggetto di disamina nel successivo paragrafo.

### **3.2 L'irrelevanza dell'ubicazione del domicilio delle parti ai fini dell'applicabilità dell'art. 25**

Diversamente dal passato, l'art. 25 del regolamento (UE) n. 1215/2012 regola gli accordi di scelta a favore del giudice di uno Stato aderente al regolamento indipendentemente dal domicilio delle parti. In precedenza, l'art. 23 del regolamento (CE) n. 44/2001 presupponeva che almeno una parte fosse domiciliata nel territorio di uno Stato membro per cui qualora nessuna delle parti lo fosse gli effetti della proroga erano valutati in base al diritto nazionale dello Stato del giudice eletto, con l'unico obbligo imposto ai giudici degli altri Stati di non conoscere della causa sino a che il giudice designato non avesse declinato la propria competenza (v. il vecchio art. 23 par. 3, ora soppresso).

Nel nuovo regime, anche gli accordi di questo tipo rientrano pienamente nell'ambito del nuovo art. 25, con la conseguenza che gli effetti e la validità degli stessi sono valutati esclusivamente dalla norma uniforme. La ragione di questa modifica sta nella parziale

---

<sup>10</sup> V. decisione del Consiglio dell'Unione n. 2014/887/UE del 4 dicembre 2014, in *Gazz. Uff. Un. eur.*, n. L 353 del 10 dicembre 2014, pp. 5-8.

<sup>11</sup> La convenzione potrebbe in realtà "decollare" qualora fosse ratificata dalla Repubblica popolare cinese che, al momento, l'ha solo firmata, il 12 settembre 2017: v. GAN, *Jurisdiction agreements in Chinese conflict of laws: searching for ways to implement the Hague Convention on Choice of Court Agreements in China*, in *J. Priv. Int. Law*, 2018, p. 295 ss. Sullo stato delle ratifiche, v. <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=98>.

armonizzazione delle norme di giurisdizione del nuovo regolamento anche nei casi in cui il convenuto sia domiciliato in uno Stato terzo, di cui si trova traccia nell'art. 6 par. 1, ma anche nell'opportunità di attribuire effetti identici a tutte le clausole che conferiscono giurisdizione ai giudici di uno Stato membro<sup>12</sup>.

La conseguenza di questa scelta è da un lato la possibilità per le parti (per esempio una domiciliata in Canada e l'altra in Brasile) di scegliere un foro europeo, anche in assenza di qualunque legame, personale o di altro tipo, con il territorio dell'Unione europea, dall'altro la circostanza (che a dire il vero suona un po' curiosa) che il relativo accordo sarà valutato in base alle norme europee, piuttosto che dai diritti nazionali. Secondo alcuni Autori, evidentemente un po' a disagio con questi risultati, in questi casi la norma porrebbe comunque solo alcuni requisiti minimi, nel senso che, qualora essi non fossero soddisfatti, alla corte designata sarebbe comunque consentito di esercitare la giurisdizione se l'accordo fosse valido sulla base del proprio diritto nazionale<sup>13</sup>.

Occorre tuttavia ricordare che, entrata in vigore la convenzione dell'Aja del 2005, l'art. 25 subisce un'importante restrizione (almeno nella misura in cui essa avrà successo), più forte che in passato. Ai sensi dell'art. 26 par. 6 lett. a della convenzione, infatti, questa non pregiudica le norme dell'Unione solo quando nessuna delle parti risiede in uno Stato contraente che non sia uno Stato membro dell'Unione, e dunque in principio si applica anche quando una sola delle parti abbia il domicilio fuori dal territorio dell'Unione, con l'effetto che la norma europea può disciplinare gli accordi di scelta di un foro europeo solo quando ambedue le parti siano domiciliate nell'Unione.

### 3.3 L'autonomia della clausola di elezione del foro

Per quanto riguarda la validità degli accordi, il par. 5 dell'art. 25 codifica il principio dell'autonomia della clausola di scelta del foro rispetto alle altre disposizioni contrattuali, riproducendo pressoché testualmente l'art. 3 lett. d della convenzione

---

<sup>12</sup> Così POCAR, *Brevi riflessioni in tema di revisione del regolamento Bruxelles I e clausole di scelta del foro*, in *Dir. comm. int.*, 2013, p. 329.

<sup>13</sup> V. HARTLEY, *Choice-of-Court Agreements and the new Brussels I Regulation*, in *Law Quart. Rev.*, 2013, p. 316 e, in adesione, RATKOVIC, ZGRABLIĆ ROTAR, *Choice of Court Agreements under the Brussels I Regulation (Recast)*, in *J. Priv. Int. Law*, 2013, p. 232, e GARCIMARTÍN, *Prorogation of Jurisdiction*, in DICKINSON, LEIN (eds.), *The Brussels I Regulation Recast*, Oxford, 2015, p. 283. Dal punto di vista dell'ordinamento italiano, la questione non sembra avere risvolti pratici rilevanti, data l'interpretazione dell'art. 4 comma 2 della legge 218/1995 in tema di deroga alla giurisdizione italiana della Corte di Cassazione, in base alla quale il requisito della «prova scritta» deve essere interpretato, al di là della formulazione letterale, in conformità ai principi dell'art. 23 del regolamento (CE) n. 44/2001 (v. Cass. s.u., 14 febbraio 2011 n. 3568, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2011, p. 766 ss. e, in precedenza Cass. s.u., 17 gennaio 2005 n. 731, *ivi*, 2005, p. 804 ss.). Per quanto non strettamente applicabile alla proroga del giudice italiano, il principio sembra attagliarsi anche a quest'ultima alla luce della motivazione di fondo secondo cui la legge 218/1995 è ispirata ai principi della fonte comunitaria.

dell'Aja del 2005. Esso non è del resto nuovo per l'ordinamento dell'Unione, poiché la Corte di giustizia si era già espressa in termini analoghi nella sentenza *Benincasa*<sup>14</sup>.

In concreto, esso significa che l'accordo di scelta va considerato distinto dal contratto che lo contiene. Ne consegue che la validità formale e materiale dell'accordo di scelta deve essere apprezzata esclusivamente secondo i criteri indicati dal regolamento, mentre la validità delle altre clausole contrattuali sarà disciplinata dalla legge applicabile al contratto, oggi di regola individuata attraverso il regolamento (CE) n. 593/2008, c.d. Roma I<sup>15</sup>.

Può dunque capitare che un motivo di invalidità tocchi il contratto senza comportare l'invalidità della clausola sul foro, e allo stesso modo, può accadere, anche se presumibilmente sarà più raro, che la clausola di scelta del foro sia nulla o inefficace ed invece il contratto nel suo complesso resti valido.

La seconda parte della norma precisa ulteriormente che «la validità della clausola attributiva di competenza non può essere contestata per il solo motivo che il contratto è invalido». Essa consente di superare le difficoltà che possono sorgere quando, come nella citata sentenza *Benincasa*<sup>16</sup>, la controversia avanti a un giudice scelto dalle parti riguarda la validità o la risoluzione del contratto che contiene la clausola di scelta del foro e dunque una questione «sostanziale» potrebbe determinare l'inesistenza della giurisdizione. In questi casi, l'invalidità del contratto non comporta necessariamente l'invalidità dell'accordo sul foro anche se non si può escludere che in certe circostanze (per esempio, in caso di manifesta inesistenza del contratto) la causa di invalidità del contratto possa produrre un simile effetto<sup>17</sup>.

### 3.4 La validità sostanziale dell'accordo di scelta del foro

#### 3.4.1 La conferma del ruolo dei diritti nazionali nella valutazione della validità sostanziale dell'accordo

Un'altra novità relativa alla validità delle clausole rispetto al regolamento (CE) n. 44/2001 consiste nel fatto che l'art. 25 par. 1 prevede che l'accordo attributivo di competenza a favore dei giudici di uno Stato membro spieghi i suoi effetti (di regola esclusivi) «salvo che l'accordo sia nullo dal punto di vista della validità sostanziale

---

<sup>14</sup> V. Corte di giustizia, 3 luglio 1997, in causa C-269/95, *Benincasa*, in *Raccolta*, p. I-3767, specie punto 24 ss. Il principio pareva d'altronde pacifico anche per la giurisprudenza italiana: v. per tutti Cass. s.u., ord. 20 febbraio 2007 n. 3841, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2008, p. 160 ss.

<sup>15</sup> Regolamento (CE) n. 593/2008 del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I), in *Gazz. Uff. Un. eur.* n. L 177 del 4 luglio 2008, p. 6 ss. In questo senso, v. già la sentenza *Benincasa* cit., punto 25.

<sup>16</sup> Cfr. punti 29 e 32.

<sup>17</sup> V. HARTLEY, *Choice-of-Court Agreements under the European and International Instruments*, Oxford, 2013, p. 135 s.

secondo la legge di tale Stato membro». Anche questa modifica si ispira alla convenzione dell'Aja, i cui artt. 5 par. 1 e 6 lett. a impongono rispettivamente al giudice eletto di dichiararsi competente salvo che l'accordo sia nullo in base al proprio diritto, e al giudice adito in violazione dello stesso di dichiararsi incompetente salvo che l'accordo non sia nullo in base al diritto dello Stato del tribunale eletto.

Sul piano sistematico, la norma riveste una certa importanza. Nell'ambito del regolamento (CE) n. 44/2001 (e prima della convenzione di Bruxelles) la valutazione della validità di un accordo di scelta del foro presentava infatti alcune incertezze. Si è già accennato che il testo dell'art. 23 indica solo alcuni requisiti formali, non modificati dal *recast*<sup>18</sup>, mentre nulla dice riguardo i requisiti di carattere sostanziale, salvo il riferimento all'esigenza che le controversie oggetto dell'accordo derivino «da un determinato rapporto giuridico»<sup>19</sup>.

Nell'interpretare la norma, la Corte di giustizia ha costantemente affermato che il consenso tra le parti sulla competenza di un giudice (o dei giudici) di uno Stato membro deve essere manifestato «in maniera chiara e precisa» e che esso si «presume» una volta che i detti requisiti formali siano soddisfatti<sup>20</sup>, senza che i diritti nazionali possano aggiungere ulteriori o diverse condizioni<sup>21</sup>.

Ad un esame più approfondito, tuttavia, il quadro appare più complesso. Da un lato, è stato osservato che la giurisprudenza citata, benché strettamente attinente ai requisiti formali, talvolta, in specie quanto alle clausole contenute in condizioni generali, detta in realtà vere e proprie norme sulla formazione dei contratti<sup>22</sup>. Dall'altro, la Corte ha frequentemente sostenuto, anche enfaticamente, che l'«accordo tra le parti» è un requisito fondamentale ai fini del valido spiegarsi dell'effetto di proroga (e contestuale deroga) da definire a sua volta in modo autonomo, alla luce degli scopi e degli obiettivi

---

<sup>18</sup> Per un esame dei requisiti formali, ormai consolidati alla luce dell'abbondante giurisprudenza formatasi, si rinvia per tutti a CARBONE, TUO, *Il nuovo spazio giudiziario europeo in materia civile e commerciale. Il regolamento UE n. 1215/2012*, 7<sup>a</sup> ed., Torino, 2016, p. 229 ss.

<sup>19</sup> Questo requisito è stato di recente interpretato da parte della Corte di giustizia con riguardo all'invocabilità di una clausola in un'azione di risarcimento dei danni per violazione di norme sulla concorrenza: v. sentenze 21 maggio 2015, in causa C-352/13, *Cartel Damage Claims (CDC)*, ECLI:EU:C:2015:335, punto 68 ss., e 24 ottobre 2018, in causa C-595/17, *Apple Sales International e a.*, ECLI:EU:C:2018:854.

<sup>20</sup> La giurisprudenza della Corte è consolidata in questo senso: v. soprattutto Corte di giustizia, 14 dicembre 1976, in causa 24/76, *Estasis Salotti*, in *Raccolta*, p. 1831, punto 7; 14 dicembre 1976, in causa 25/76, *Segoura*, *ivi*, p. 1851, punto 6, e successivamente tra le altre 20 febbraio 1997, in causa C-106/95, *Mainschiffahrts-Genossenschaft*, *ivi*, p. I-911, punto 15; 16 marzo 1999, in causa C-159/97, *Trasporti Castelletti*, *ivi*, p. I-1597, punto 21. Talvolta la Corte parla di «presunzione» (v. ad esempio la citata sentenza *Trasporti Castelletti*, punto 21) e tuttavia non pare si tratti di una presunzione in senso legale ma piuttosto di una semplice indicazione: v. sul punto VILLATA, *L'attuazione degli accordi di scelta del foro nel Regolamento Bruxelles*, Padova, 2013, p. 54 ss.

<sup>21</sup> V. in particolare Corte di giustizia, 24 giugno 1981, *Elefanten Schuh*, in causa 150/80, in *Raccolta*, p. 1671, punto 25 ss., che conclude che una legislazione nazionale non può «invalidare» una clausola per il solo fatto che questa sia redatta in una lingua diversa da quella prescritta dalla stessa.

<sup>22</sup> In questo senso, con riferimento in particolare alla giurisprudenza *Estasis e Segoura*, v. MAGNUS, *Choice of Court Agreements in the Review Proposal for the Brussels I*, in LEIN (ed.), *The Brussels I Review Proposal Uncovered*, London, 2012, p. 86; GARCIMARTÍN, *Prorogation cit.*, p. 294.

del regolamento, e che il giudice adito deve verificare se la clausola che gli attribuisce competenza abbia *effettivamente* costituito oggetto di tale consenso tra le parti<sup>23</sup>. Con ciò si lascia intendere che il testo del regolamento non pone solo condizioni di carattere formale.

L'ambiguità risiede nel fatto che non è chiaro se ed in che misura l'art. 23 esaurisca completamente la disciplina del «consenso delle parti», e dunque escluda qualunque altro requisito eventualmente posto dai diritti nazionali, o se invece in certi casi (in particolare, con riguardo a requisiti di carattere materiale) un rinvio ai diritti nazionali sia consentito o addirittura necessario, e se questi possano eventualmente rimettere in discussione la validità della clausola, anche qualora le condizioni previste dall'art. 23 fossero soddisfatte.

In estrema sintesi, anche se non mancano voci diverse, nel vigore del regolamento (CE) n. 44/2001 la maggioranza della dottrina ritiene che l'art. 23 ed in particolare il requisito dell'esistenza del consenso riguardi solo le condizioni essenziali dello stesso, ma che altri aspetti del medesimo, in particolare i classici vizi del consenso, restino soggetti ai diritti nazionali, anche perché per questi ultimi difficilmente si può immaginare un'elaborazione per via pretoria di un regime uniforme, viste le notevoli differenze tra sistemi giuridici<sup>24</sup>. L'introduzione di una norma di diritto internazionale privato in materia di validità sostanziale della clausola di scelta del foro sgombra ora ogni dubbio e conferma definitivamente che i requisiti posti dall'art. 25 non sono gli unici a disciplinare la validità della medesima.

### **3.4.2 La natura della nuova disposizione: una vera norma di diritto internazionale privato uniforme?**

Sotto un altro profilo, la nuova norma supera anche la controversa questione, che nasce una volta accordato uno spazio ai diritti nazionali, vale a dire quella di individuare quale sia la legge applicabile ai rapporti in esame. In assenza di una norma di conflitto uniforme dell'Unione<sup>25</sup>, le soluzioni adottate nei vari ordinamenti o comunque ipotizzabili sono infatti numerose e possono variare, anche a seconda della

---

<sup>23</sup> V. già la citata sentenza *Segoura* e tra le altre la citata sentenza *Mainschiffahrts-Genossenschaft*, par 17. Soprattutto v. l'interessante sentenza 7 febbraio 2013, in causa C-543/10, *Refcomp*, ECLI:EU:C:2013:62, punti 21, 27 e 28 (su cui v. anche *infra* par. 3.4.3).

<sup>24</sup> V. tra molti in particolare, MAGNUS Art. 25, in MAGNUS, MANKOWSKI (eds.), *European Commentaries on Private International Law. Volume 1, Brussels Ibis Regulation*, Köln, 2016, p. 626 ss.; QUEIROLO, *Choice of Court Agreements in the new Brussels I-bis Regulation: A Critical Appraisal*, in *Yb. Priv. Int. Law*, 2013/2014, pp. 118 ss. e 124; VILLATA, *op. cit.*, p. 94 ss. In senso diverso v. MERRETT, *Article 23 of the Brussels I Regulation: a Comprehensive Code for Jurisdiction Agreements*, in *Int. Comp. Law Quart.*, 2009, p. 555 ss., a favore di un regime autonomo della validità materiale basato sul principio di buona fede.

<sup>25</sup> Giova ricordare che le «convenzioni sul foro competente» (oltre che i compromessi e le clausole compromissorie) sono escluse dall'ambito di applicazione materiale del regolamento Roma I sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali ai sensi dell'art. 1 par. 2 lett e dello stesso.

qualificazione dell'accordo di scelta (negozi processuale, contratto etc.), dall'applicazione della *lex fori* a quella della legge applicabile al contratto, a quella del giudice eletto (senza trascurare il fatto che anche la legge del foro derogato potrebbe avere titolo ad intervenire, soprattutto quando norme di applicazione necessaria sono in gioco), con il rischio che un accordo sia valido in una giurisdizione ma non in un'altra.

La nuova norma indica la legge del giudice eletto<sup>26</sup> e ha il pregio di risolvere il problema, così che quale che sia il foro adito la validità sostanziale dell'accordo è valutata in modo identico. Malgrado questi meriti, l'esatta natura della disposizione è tuttavia incerta. Secondo il rapporto esplicativo della convenzione dell'Aja, cui come detto la norma è ispirata, il riferimento alla legge dello Stato del giudice designato dalle parti si deve intendere come comprensivo delle norme di conflitto di tale Stato (c.d. rinvio)<sup>27</sup>. In coerenza con l'obiettivo di allineamento del regolamento al testo dell'Aja, il considerando n. 20 del regolamento (UE) n. 1215/2012 suggerisce che anche l'art. 25 andrebbe interpretato nel senso che il richiamo del diritto dello Stato membro del giudice eletto non dovrebbe fermarsi al diritto materiale di tale Stato, ma dovrebbe includere anche le norme sui conflitti di leggi.

Alla luce di questa indicazione, una prima interpretazione della norma, ricorrente nei primi commenti, ritiene che essa esprima una norma di conflitto bilaterale classica «assortita» del meccanismo del rinvio<sup>28</sup>. Se così fosse, le norme di conflitto nazionali in materia sarebbero unificate, nel senso che la legge regolatrice della validità sostanziale di una clausola di scelta del foro sarebbe la legge dello Stato membro del giudice designato. Tuttavia, in tal caso il riferimento al rinvio – oltre che inopportuno in relazione a una clausola, come la convenzione di scelta del foro, avente natura contrattuale e per di più con effetti di carattere processuale – sarebbe soprattutto privo di senso in una materia che risulterebbe unificata negli Stati membri<sup>29</sup>.

Più convincente, anche se senz'altro più innovativo almeno per il giurista italiano e più complicato dal punto di vista dell'operatore pratico, è mettersi in una prospettiva metodologica diversa, in virtù della quale il nuovo art. 25 si limita sul punto a coordinare gli ordinamenti degli Stati membri. In questo senso esso indicherebbe che

---

<sup>26</sup> Questa soluzione era già stata indicata dall'avv. gen. Slynn nella causa *Elefanten Schuh* per motivi di certezza giuridica.

<sup>27</sup> V. HARTLEY, DOGAUCHI, *Explanatory Report on the 2005 Hague Choice of Court Agreements Convention*, 2005, par. 125, consultabile al seguente indirizzo: <https://assets.hcch.net/upload/expl37final.pdf>.

<sup>28</sup> Così del resto proposta Commissione, p. 9.

<sup>29</sup> Per questa ragione una parte della dottrina propone il richiamo solo alla legge «materiale» del giudice eletto. Per tutti in Italia, v. POCAR, *op. cit.*, p. 333 s. che, anche per altre ragioni, suggerisce di ignorare del tutto l'indicazione del considerando.

la clausola di scelta del foro è valutata in base al diritto dello Stato membro i cui giudici sono stati scelti, nel suo complesso, incluse le sue norme di conflitto, senza tuttavia incidere sulla loro formulazione<sup>30</sup>.

Naturalmente, questa soluzione sconta il limite di non armonizzare le norme di conflitto in materia: la soluzione varierà infatti per il giudice italiano adito a seconda che il giudice eletto sia inglese piuttosto che francese o spagnolo etc.

Con queste precisazioni e questi limiti, la norma va tuttavia salutata con favore nella misura in cui mette fine alla precedente incertezza. La scelta operata è chiara, e va nel senso di prediligere la certezza, perché tutte le clausole che designano un certo foro saranno valutate in modo identico, indipendentemente dal giudice adito. Certo, individuare le norme di conflitto straniere che regolano la validità sostanziale delle clausole sarà in certi casi un'operazione poco agevole ed è prevedibile che soluzioni più semplici, anche se non corrette rispetto al dettato della norma, faranno capolino in giurisprudenza.

### **3.4.3 La nozione di «nullità dal punto di vista della validità sostanziale»**

Come sempre accade, l'avvento di nuove norme risolve alcuni problemi ma ne porrà in futuro di nuovi.

Il nuovo art. 25 introduce la nuova categoria della «nullità dal punto di vista della validità sostanziale» degli accordi di scelta del foro e di essa occorre quindi determinare con precisione il modo e l'ambito di operatività.

Quanto al primo aspetto, è stato ad esempio già osservato che la norma non si attaglia bene agli accordi di scelta non esclusivi, e quindi alla possibilità di adire più fori in differenti Stati membri. La soluzione dipenderebbe da quale corte sia stata adita, se una di quelle elette o una derogata; nel primo caso la validità dovrebbe essere giudicata in base alla legge nazionale della corte adita, incluso le sue norme di conflitto, mentre nel secondo la corte del foro derogato dovrebbe cumulativamente applicare le leggi di tutti gli Stati le cui corti sono state designate dalle parti<sup>31</sup>.

---

<sup>30</sup> In questo senso, da diversi presupposti, v. FRANCO, *Les clauses d'élection de for dans le nouveau Règlement Bruxelles I bis*, in GUINCHARD (dir.), *Le nouveau règlement Bruxelles I-bis*, Bruxelles, 2013, p. 131 e HARTLEY, *Choice-of-Court Agreements under cit.*, p. 167, secondo il quale il rinvio del considerando va inteso come riferimento alla cd. *foreign court theory* o *double renvoi*. In dottrina italiana sembra di questo avviso SALERNO, *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel regolamento (UE) n. 1215/2012 (rifusione)*, 4<sup>a</sup> ed., Padova, 2015, p. 206. Cfr. anche USUNIER, *Le droit applicable à la validité des clauses attributives de juridiction en vertu de l'article 25 § 1 du Règlement Bruxelles Ibis*, in AFFAKI, GRIGERA NAON (Eds), *Jurisdictional Choices in Times of Trouble*, Paris, 2015, p. 158 ss., che parla di «une règle de conflit de systèmes, davantage qu'une règle de conflit de lois» (p. 161).

<sup>31</sup> In questo senso GARCIMARTÍN, *Prorogation cit.*, p. 296 s.

Ma è soprattutto la questione della demarcazione con gli aspetti determinati in via autonoma direttamente dal regolamento, ovvero i requisiti del consenso da un lato e i requisiti formali dall'altro, a suscitare l'interesse maggiore. La nozione in esame non è infatti definita dal regolamento, nemmeno nei considerando, ed è alquanto generica se non imprecisa sotto il profilo redazionale.

In primo luogo, la «(in)validità sostanziale» dovrebbe essere auspicabilmente interpretata in modo uniforme e non nel senso proprio di uno specifico ordinamento, e comunque in modo sufficientemente ampio da coprire ogni invalidità, e in particolare, per quanto riguarda il diritto italiano, sia i motivi di nullità sia quelli di annullabilità. L'uso del termine «nullità» non deve trarre in inganno perché esso assume un senso non tecnico, a prescindere dalle conseguenze dell'invalidità (necessità di un'azione di parte etc.)<sup>32</sup>. Alla luce di ciò, la disposizione dovrebbe coprire, oltre i classici vizi della volontà quali errore, violenza e dolo, anche il discusso profilo dell'incapacità delle parti<sup>33</sup>.

In ogni caso, è presumibile immaginare che nuovi problemi di qualificazione, prima ignoti, sorgeranno: con riguardo a certi requisiti posti dalle legislazioni nazionali potrà nascere infatti il dubbio se essi sono di natura formale, o piuttosto sostanziali, e dunque opponibili e invocabili.

In secondo luogo e per altro verso, invece, l'espressione dovrebbe essere intesa in modo ristretto. Sotto questo profilo, le situazioni coperte dalla norma non riguardano qualsiasi circostanza relativa alla formazione del consenso ma solo quelle che colpiscono un consenso già esistente o già formatosi (secondo i parametri uniformi)<sup>34</sup>. Solo in questo modo infatti si mantiene un senso al principio della nozione autonoma di consenso elaborata dalla Corte, tra l'altro di recente valorizzato dalla sentenza *Refcomp*<sup>35</sup>. In linea di massima, infatti, il nuovo art. 25 non dovrebbe mettere in discussione l'assetto dei rapporti tra i vari elementi costitutivi del consenso perché ciò rischierebbe di favorire un passo indietro verso interpretazioni nazionali della validità degli accordi di scelta del foro<sup>36</sup>, con il rischio di introdurre maggiori motivi di invalidità

---

<sup>32</sup> V. MAGNUS, *Choice of Court* cit., p. 93 e GARCIMARTIN, *Prorogation* cit., p. 297 s.

<sup>33</sup> In questo senso RATKOVIC, ZGRABLJIC ROTAR, *op. cit.*, p. 255. Più cauta QUEIROLO, *op. cit.*, p. 127.

<sup>34</sup> V. MAGNUS, *Choice of Court* cit., p. 93.

<sup>35</sup> La nozione autonoma di consenso è generalmente considerata piuttosto vaga e dai contorni in pratica assai limitati. Si ritiene che esso riguardi questioni quali l'esistenza *prima facie* del consenso medesimo se non questioni puramente di fatto, come la leggibilità della clausola (v. MAGNUS, *Art. 25* cit., p. 626 ss.). Recentemente tuttavia la sentenza *Refcomp* (citata *supra* in nota 23) ha ribadito la centralità di tale requisito nel sistema. Essa ha infatti affermato, con riguardo ad una c.d. catena di contratti, che esso impone di accertare l'effettivo consenso di un subacquirente per stabilire se una clausola contenuta nel contratto iniziale tra il produttore e il primo acquirente sia opponibile allo stesso (v. punti 40 e 41).

<sup>36</sup> Si pensi ad esempio alla consolidata giurisprudenza sull'incorporazione di clausole contenute in condizioni generali nell'accordo contrattuale tra le parti: v. *supra* par. 3.4.1.



rispetto al passato, in palese contrasto con l'obiettivo dichiarato del *recast* di rafforzare l'efficacia di questo tipo di clausole.

Tantomeno la norma intende disciplinare aspetti «esterni» al consenso delle parti, quali in particolare l'opponibilità di una clausola validamente conclusa dalle parti a soggetti terzi che non hanno prestato il loro consenso. È noto che un filone giurisprudenziale della Corte di giustizia ha stabilito che in alcuni casi (in particolare, per le polizze di carico nel trasporto marittimo) i diritti nazionali – e non certo la legge indicata dall'art. 25 per le questioni di validità della clausola – rilevano a questo fine<sup>37</sup>.

Né sembra, infine, che dall'art. 25 si possano trarre conseguenze o indicazioni sul complesso dibattito circa l'impatto di eventuali illiceità o inammissibilità dell'accordo previste dai diritti nazionali, soprattutto se assumono la veste di norme di applicazione necessaria e/o principi di ordine pubblico (specie se del foro derogato)<sup>38</sup>.

### **3.5 L'efficacia pan-europea dell'accertamento giurisdizionale della validità ed efficacia degli accordi di scelta del foro**

Si può verificare che, malgrado una clausola di scelta del foro, una delle parti adisca un giudice di uno Stato membro diverso da quello designato. In tal caso due situazioni si possono verificare: la prima quando il giudice adito riconosce la validità della clausola e si dichiara incompetente, la seconda quando al contrario il giudice adito in violazione dell'accordo ritenga quest'ultimo invalido (in senso lato) per qualche ragione e, ritenuta invece la propria competenza, adotti, contestualmente o autonomamente, a seconda delle caratteristiche del diritto processuale applicabile, una susseguente decisione nel merito.

Quel che preme sottolineare in questa sede è che in entrambi i casi la decisione di un giudice di uno Stato membro, resa da giudici non scelti dalle parti, può circolare negli altri Stati secondo le modalità del regolamento, con evidenti conseguenze sull'efficacia dell'accordo di scelta.

Nel senso indicato, la Corte di giustizia ha recentemente attribuito a tale accertamento l'idoneità ad imporsi anche ai giudici degli altri Stati membri, conferendo allo stesso un'efficacia di giudicato per così dire «europeo»<sup>39</sup>. La Corte, con l'evidente finalità di

---

<sup>37</sup> V. sentenze 19 giugno 1984, in causa 71/83, *Tilly Russ*, in *Raccolta*, p. 2417, punto 24; *Trasporti Castelletti* cit., punto 41. Vale la pena di ribadire che la citata sentenza *Refcomp* sembra ora essere più rigorosa rispetto all'accertamento del consenso, e relegare la portata dei rinvii ai diritti nazionali a casi eccezionali (punto 34 ss.).

<sup>38</sup> Si rinvia per il tema a KOHLER, *Agreements Conferring Jurisdiction on Courts of Third States*, in POCAR, VIARENGO, VILLATA (eds.), *Recasting Brussels I*, Padova, 2012, p. 208 ss.

<sup>39</sup> V. Corte di giustizia, 15 novembre 2012, in causa C-456/11, *Gothaer Allgemeine Versicherung AG*, ECLI:EU:C:2012:719, che, dopo avere chiarito che la nozione di decisione di cui all'art. 32 del regolamento (CE) n. 44/2001 (immutata nel *recast*, anche se spostata nell'art. 2 lett. a) comprende anche una decisione «che declina la

evitare i c.d. conflitti negativi, ha infatti precisato che una decisione con la quale un giudice (nella specie: belga) aveva declinato la propria giurisdizione ritenendo valida una clausola a favore dei giudici di uno Stato membro (nella specie, senza entrare nella peculiarità del caso dovuto al rilievo della convenzione di Lugano: islandesi) vincola i giudici degli altri Stati membri richiesti del riconoscimento della decisione e ciò non solo per quanto riguarda l'incompetenza del giudice d'origine (c.d. «effetto negativo»), ma anche per quanto riguarda l'accertamento della validità di tale clausola, e dunque per quanto riguarda l'incompetenza dei giudici dello Stato richiesto e di tutti gli altri, diversi da quello eletto («effetto positivo»)<sup>40</sup>.

Vale la pena di sottolineare *en passant* che la circolazione europea della sentenza processuale che si realizza in questo modo è una novità dirompente per l'ordinamento italiano ove di regola solo le pronunce della Corte di Cassazione sono dotate di efficacia extraprocessuale o di giudicato sostanziale, mentre, diversamente da ordinamenti come quello tedesco e francese, tali decisioni dei tribunali di merito, anche se passate in giudicato, non spiegano effetti fuori dal processo ove sono rese, nemmeno nei confronti di giudici nazionali<sup>41</sup>.

A parte ciò, se così è, non vi è nessun motivo per trattare diversamente, sotto il profilo della riconoscibilità, anche la situazione inversa a quella oggetto della sentenza *Gothaer*: anche una decisione che sancisca l'invalidità di un accordo di proroga e dichiarare la sussistenza della competenza può godere del riconoscimento automatico negli altri Stati membri in conformità al regolamento.

A maggior ragione, una decisione nel merito susseguente alla pronuncia sul rito, vuoi che «assorba» la stessa, vuoi che sia separata, circolerà ugualmente nello spazio giudiziario europeo<sup>42</sup>. È noto, infatti, che in sede di riconoscimento ed esecuzione delle sentenze è vietato controllare il fondamento della competenza del giudice dello Stato di

---

propria competenza sulla base di una clausola attributiva di competenza» (punto 27), ha ritenuto che l'art. 32 deve essere interpretato nel senso che il giudice dinanzi al quale è invocato il riconoscimento è vincolato a tale decisione che, per l'effetto, ha dichiarato l'irricevibilità dell'azione (punto 43).

<sup>40</sup> Anche questo tema era già stato trattato nella Relazione SCHLOSSER, par. 191, là dove suggeriva di ammettere la circolazione delle decisioni sul rito solo per la c.d. parte negativa. La sentenza *Gothaer* va oltre e come nota D'ALESSANDRO, *Pronunce declinatorie di giurisdizione: la Corte di giustizia impone limiti di efficacia europei*, in *Foro it.*, 2013, IV, 42 ss., di fatto supera il principio della sentenza *Hoffmann* (Corte di giustizia, 4 febbraio 1988, in causa 145/86, in *Raccolta*, p. 645, punto 10), secondo cui il regolamento conferisce alle sentenze l'autorità e l'efficacia che esse rivestono nello Stato in cui sono pronunciate.

<sup>41</sup> V., anche se con qualche dubbio, D'ALESSANDRO, *Pronunce declinatorie cit.*, 42 ss., la quale stenta a «digerire» per ovvi motivi di coerenza interna il fatto che una sentenza di un tribunale italiano che declina la giurisdizione per sussistenza di un accordo a favore di un giudice di Parigi possa vincolare un giudice tedesco o spagnolo, ma non un altro giudice italiano.

<sup>42</sup> Fermo restando in questo caso una diversa estensione dell'efficacia: v. successivamente alla sentenza *Gothaer*, l'interessante Cass., 16 maggio 2014 n. 10853, in *Int'l Lis*, 2015, p. 95 ss., con nota di D'ALESSANDRO, *La legge regolatrice dei limiti oggettivi di efficacia del giudicato riconosciuto in Italia secondo la Corte di Cassazione*, *ivi*, p. 98 ss., che non estende il *dictum* della *Gothaer* ai giudicati di merito, la cui efficacia resta soggetta alle regole dello Stato di origine.

origine, salvo alcuni casi espressamente previsti, tra cui non rientra la violazione di un accordo di proroga (v. art. 45 del regolamento n. 1215/2012). Ciò può forse compromettere l'efficacia della volontà delle parti e contraddire l'obiettivo dichiarato della riforma in materia, ma appare allo stato un dato inequivocabile<sup>43</sup>.

Il *recast* non incide pertanto su questi aspetti anche se accentua seppur indirettamente il quadro delineato, in particolare l'idea che nello spazio giudiziario europeo, diversamente da altri sistemi quale la convenzione dell'Aja del 2005, l'apprezzamento della validità degli accordi del foro è affidata, con effetto vincolante per gli altri, ad un unico giudice. Per altro verso, ciò segna un'importante differenza con le convenzioni arbitrali, le cui relative decisioni sulla validità sono oggi del tutto escluse dall'ambito del regolamento<sup>44</sup>.

## 4. L'efficacia degli accordi di scelta del foro in caso di litispendenza

### 4.1 *Parallel proceedings* e conflitti di giudicati nello spazio di giustizia europeo

L'esigenza di un unico giudicato con efficacia estesa a tutto il territorio dell'Unione, la quale può ritenersi insita nell'idea di uno spazio giudiziario integrato, imporrebbe una soluzione che, in caso di conflitto di decisioni rese in Stati membri differenti, sacrifici gli effetti di una delle due per assicurare sempre la vigenza di un unico giudicato<sup>45</sup>. Una siffatta soluzione non è però contemplata dal regolamento Bruxelles I, che anzi si preoccupa di preservare la coerenza interna dei singoli ordinamenti nazionali: ai sensi dell'art. 45 par. 1 lett. c (ex art. 34 n. 3), infatti, l'incompatibilità tra due decisioni emesse tra le medesime parti in Stati membri diversi ne impedisce il reciproco riconoscimento, l'efficacia di ciascuna restando dunque confinata nel proprio ordinamento d'origine.

---

<sup>43</sup> Cfr. MAGNUS, MANKOWSKI, *Brussels I on the Verge of Reform: A Response to the Green Paper on the Review of the Brussels I Regulation*, in *ZVglRWiss*, 2010, p. 15 s., i quali proponevano l'aggiunta di un esplicito motivo di rifiuto delle sentenze rese in violazione della clausola, con la sola eccezione del caso in cui la corte di origine avesse giudicato invalida (in senso lato) la stessa.

<sup>44</sup> Sul punto si rinvia a MALATESTA, *Le novità relative all'ambito di applicazione materiale: in particolare, i rapporti tra giurisdizione ed arbitrato*, in MALATESTA (a cura di), *La riforma del regolamento Bruxelles I*, Milano, 2016, p. 20 ss.

<sup>45</sup> Soluzioni del genere sono invero accolte non solo negli ordinamenti interni, ma anche in un sistema fortemente integrato come quello statunitense. Ad esempio, è principio acquisito per la giurisprudenza italiana che la sentenza emessa in violazione di un precedente giudicato prevalga sul medesimo, risolvendone gli effetti, allorché il contrasto non sia più sanabile tramite la revocazione ordinaria ex art. 395 n. 5 cod. proc. civ.: v. da ultimo Cass. s.u., 18 novembre 2015 n. 23538. Un criterio simile (c.d. *last-in-time rule*) regola i conflitti tra decisioni rese in diversi *sister States*, operando anche nel caso in cui il giudicato precedente sia stato emesso nello Stato richiesto: cfr. MOISSINAC MASSÉNAT, *Les conflits de procédures et de décisions en droit international privé*, Paris Cedex, 2007, p. 72 ss. V. anche MERLIN, *Il conflitto di decisioni nello spazio giudiziario europeo*, in *Studi di diritto processuale civile in onore di Giuseppe Tarzia*, Milano, 2005, tomo I, p. 487 ss.

Per assicurare la suddetta esigenza diventa allora cruciale evitare procedimenti paralleli così da prevenire a monte ogni rischio di contrasto di giudicati<sup>46</sup>. È questa, infatti, la funzione primaria dei meccanismi di coordinamento dell'esercizio della funzione giurisdizionale tra Stati membri predisposti dagli artt. 29-32 (ex artt. 27-30) per le situazioni di litispendenza e connessione, i quali mirano a far sì che solo uno dei processi concorrenti giunga a una decisione sul merito<sup>47</sup>.

È però innegabile che l'applicazione rigida di tale meccanismo in tema di litispendenza, fondato sulla prevenzione temporale secca, incentivi il *forum running* e possa perciò dare àgio a manovre dilatorie, utilizzate in particolare per aggirare accordi di elezione del foro. Si spiega così perché il *recast*, pur confermando il criterio generale della priorità temporale, vi introduce una deroga per il caso di accordi di scelta esclusiva del foro che, per porre fine alle manovre dilatorie causate dalla sua rigida applicazione da parte della giurisprudenza, dà priorità al giudice designato.

## 4.2 La norma generale sulla litispendenza intra-europea: il criterio della prevenzione temporale secca

Il precedente meccanismo della litispendenza europea è confermato dall'art. 29 del regolamento (UE) n. 1215/2012 che, salvo le eccezioni di cui si dirà in seguito, tiene fermo il criterio generale della prevenzione temporale: il giudice successivamente adito, infatti, verificata la triplice identità di oggetto, titolo e parti tra le cause concorrenti e l'attuale pendenza della prima causa, deve dichiararsi incompetente se il giudice adito per primo ha accertato la propria competenza (art. 29 par. 3). A tal fine, non occorre una decisione definitiva del primo giudice ma, tenuto conto dell'eventualità che operi in suo favore la c.d. proroga tacita di cui all'art. 26<sup>48</sup>, è sufficiente che esso «non abbia declinato d'ufficio la propria competenza e che nessuna delle parti l'abbia contestata anteriormente o fino al momento della presa di posizione considerata, dal rispettivo ordinamento processuale nazionale, come il primo atto difensivo»<sup>49</sup>. Finché la competenza del giudice adito per primo non sia stata accertata e possa ancora essere

---

<sup>46</sup> V. considerando n. 21 (ex n. 15) e la consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia (da ultimo, 22 ottobre 2015, in causa C-523/14, *Aannemingsbedrijf Aertssen NV*, ECLI:EU:C:2015:722, punto 39). In questa prospettiva, la prevenzione dei *parallel proceedings* è considerata uno degli obiettivi sottesi alla cooperazione giudiziaria in materia civile e commerciale: v. sentenza 19 dicembre 2013, in causa C-452/12, *Nipponkoa Insurance Co. (Europe) Ltd*, ECLI:EU:C:2013:858, punti 36 e 44.

<sup>47</sup> La non riconoscibilità, ex art. 45 par. 1 lett. c, della decisione straniera incompatibile con una decisione interna è, pertanto, una soluzione *last resort*, cioè un problema da evitare prevenendo i procedimenti paralleli: v. *ex multis* Corte di giustizia, 8 dicembre 1987, in causa 144/86, *Gubisch Maschinenfabrik KG*, in *Raccolta*, p. 4861, punto 8; FENTIMAN, *Section 9: Lis pendens – related actions*, in MAGNUS, MANKOWSKI (eds.), *European Commentaries* cit., p. 716.

<sup>48</sup> Sul punto si rinvia a VITELLINO, *Le novità in materia di proroga della giurisdizione. La c.d. proroga tacita*, in MALATESTA (a cura di), *La riforma* cit., p. 78 ss.

<sup>49</sup> Corte di giustizia, 27 febbraio 2014, in causa C-1/13, *Cartier parfums-lunettes*, ECLI:EU:C:2014:109, punti 41, 44 e dispositivo. V. anche sentenza in causa C-489/14, *A* cit., punto 34.

contestata, il giudice prevenuto deve sospendere d'ufficio il giudizio (art. 29 par. 1)<sup>50</sup>, allo scopo di evitare conflitti negativi di giurisdizione<sup>51</sup>.

Alla luce sia della lettera sia della struttura e della finalità della norma, imperniata sulla fondamentale esigenza di evitare la formazione di decisioni parallele e potenzialmente contrastanti, se ne impone un'applicazione rigida e automatica<sup>52</sup>. Il giudice successivamente adito non può, quindi, effettuare una prognosi di riconoscibilità della decisione attesa dal giudizio preveniente, né tenere conto di altri profili, quali l'eccessiva durata del processo estero<sup>53</sup>, l'effettività dell'accesso alla giustizia<sup>54</sup> o l'abuso del diritto di azione<sup>55</sup>. È infatti nella logica del sistema, basato sul principio (o postulato) della fiducia reciproca nell'equivalenza degli ordinamenti giuridici degli Stati membri, che nel giudizio prevenuto si accerti solo la sussistenza di una situazione di litispendenza, rimettendo al processo preveniente la disamina di ogni ulteriore questione, così da prevenire valutazioni divergenti che possano minare l'obiettivo prioritario di evitare i *concurrent proceedings*.

Il principio della reciproca fiducia, che si impone *a fortiori* con riguardo alle norme uniformi di giurisdizione poste dal regolamento, implica inoltre che, in linea di principio, i giudici degli Stati membri siano tutti egualmente qualificati a pronunciarsi sulla competenza, poiché essa si determina in base ai criteri uniformi, che possono essere

<sup>50</sup> Per quanto riguarda l'Italia, le Sezioni Unite della Cassazione, dopo aver a lungo ritenuto che il provvedimento che disponga o neghi la sospensione per litispendenza intra-europea sia impugnabile solo con regolamento necessario di competenza ai sensi degli artt. 42 e 295 cod. proc. civ. (v. *ex multis* 13 febbraio 1998 n. 1514, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1999, p. 953 ss.; ord. 17 ottobre 2002 n. 14769, *ivi*, 2004, p. 245 ss.), erano sembrate prendere una posizione favorevole alla proponibilità del regolamento di giurisdizione di cui all'art. 41 cod. proc. civ., affermando che la norma sulla litispendenza comporti «una sorta di difetto temporaneo» della giurisdizione, «in quanto sostanzialmente diretta a privare il giudice successivamente adito della sua *potestas iudicandi* per tutto il tempo necessario all'accertamento della competenza del giudice preventivamente adito» (ordinanze 8 giugno 2011 n. 12410 e 2 agosto 2001 n. 16862, *ivi*, 2012, rispettivamente p. 416 ss. e p. 681 ss.). più di recente, tuttavia, si è riabbracciata la tesi negazionista. Si afferma invero che il regolamento preventivo di giurisdizione non è esperibile in caso di litispendenza in quanto il suo utilizzo è inconciliabile con il carattere interinale e non definitivo della decisione sulla sospensione del processo: v. Cass., s.u., 22 dicembre 2017 n. 30877, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2018, p. 435 ss.; ord. 13 maggio 2019 n. 12638. Sul nuovo *revirement*, v. D'ALESSANDRO, *Le sezioni unite ribadiscono che è il regolamento necessario di competenza lo strumento utilizzabile avverso il provvedimento di sospensione del processo per litispendenza internazionale*, in *Foro it.*, 2018, I, 521 ss.; GIUSSANI, *Sospensione per litispendenza internazionale e giudizio di legittimità*, in *Riv. dir. proc.*, 2018, p. 829 ss.; M.A. LUPOI, *Il coordinamento tra giurisdizioni nello spazio di giustizia europeo: an update*, Ospedaletto, 2018, p. 99 ss.

<sup>51</sup> Sentenza *Cartier parfums-lunettes* cit., punto 42; la sospensione del giudizio prevenuto non deve, pertanto, protrarsi allorché la competenza del primo giudice non possa essere più contestata (punto 38).

<sup>52</sup> Sul carattere oggettivo e automatico del meccanismo istituito dall'art. 29, v. Corte di giustizia, sentenze in causa C-111/01, *Gantner Electronic*, in *Raccolta*, p. I-4207, punto 30, e *Aannemingsbedrijf Aertssen NV* cit., punto 48.

<sup>53</sup> Corte di giustizia, 9 dicembre 2003, in causa C-116/02, *Gasser*, in *Raccolta*, p. I-14693, punto 70 ss.

<sup>54</sup> V. le conclusioni dell'avv. gen. Jääskinen, in causa C-438/12, *Weber*, ECLI:EU:C:2014:43, punto 84 ss., il quale osserva in particolare che l'art. 29 par. 1 del regolamento è «una disposizione puramente tecnica, la cui applicazione... non dovrebbe porre alcun problema» rispetto al diritto a una protezione giurisdizionale effettiva garantito dall'art. 47 Carta dei diritti fondamentali e dagli artt. 6 e 13 convenzione europea dei diritti dell'uomo, «poiché le parti della controversia devoluta al giudice successivamente adito beneficiano per ipotesi, trattandosi di ordinamenti giuridici degli Stati membri, del diritto di accesso alla giustizia e della garanzia di ottenere un processo equo dinanzi al giudice precedentemente adito» (punto 88). Diversa soluzione s'impone in caso di connessione, in ragione del margine di discrezionalità di cui dispone il giudice secondo adito ex art. 30 par. 1 del (punto 114).

<sup>55</sup> V. conclusioni avv. gen. Jääskinen, *Weber* cit., punto 74 ss.; Cour de Cassation (FR), 28 gennaio 2015, in *Clunet*, 2015, p. 893 ss. Parte della dottrina esclude invece l'applicabilità della regola di litispendenza in caso di un suo uso manifestamente abusivo: v. NUYS, *L'exception de forum non conveniens*, Bruxelles, 2003, p. 762 ss. (anche per riferimenti bibliografici).

interpretati e applicati «con pari autorità» da ciascun giudice<sup>56</sup>. Da tale premessa deriva che il giudice adito per primo possa valutare autonomamente la propria competenza<sup>57</sup>, che non può invece essere controllata dal giudice prevenuto<sup>58</sup>. Per converso, come si è visto, è il potere di quest'ultimo di accertare la propria competenza a subire una restrizione, nella misura in cui è vincolato da ciò che è stato deciso dal primo giudice<sup>59</sup>. Se costui si dichiara competente, in base all'art. 29 par. 3 si produce un immediato effetto privativo della giurisdizione del giudice prevenuto. Ma, come si vedrà, anche la pronuncia con cui il giudice preveniente declini la giurisdizione è suscettibile di influire sulla competenza del giudice prevenuto<sup>60</sup>.

L'art. 29 sembra quindi configurare una regola ripartitrice della *kompetenz-kompetenz*, che conferisce al giudice adito in prevenzione il potere di pronunciarsi per primo sulla propria giurisdizione e obbliga l'altro giudice ad attenersi alle sue valutazioni<sup>61</sup>. Per quest'ultimo, la questione di litispendenza è dunque logicamente prioritaria rispetto a quella di giurisdizione, che non può essere verificata in sede di decisione sulla sospensione ex art. 29 par. 1, ma solo, eventualmente, dopo che il primo giudice abbia declinato la propria giurisdizione<sup>62</sup>.

### 4.3 L'irrelevanza degli accordi di scelta esclusiva del giudice nel previgente regime alla luce della giurisprudenza Gasser: *the rise of the Italian torpedo*

L'applicazione rigida della norma sulla litispendenza, pur se fedele agli obiettivi a essa sottesi, coniugati con il principio dell'equivalenza delle giurisdizioni e della fiducia reciproca tra gli Stati membri, favorisce tuttavia la parte più veloce ad agire in giudizio, incentivando il *forum running*. Ciò può dar luogo a manovre dilatorie, allo scopo in

<sup>56</sup> Corte di giustizia, 27 giugno 1991, in causa C-351/89, *Overseas Union Insurance*, in *Raccolta*, p. I-3317, punto 23; Gasser cit., punto 48; 27 aprile 2004, in causa C-159/02, *Turner*, *ivi*, p. I-3565, punto 25; 10 febbraio 2009, in causa C-185/07, *Allianz s.p.a.*, *ivi*, p. I-663, punto 29.

<sup>57</sup> Citate sentenze Gasser, punti 49 e 51; *Allianz*, punto 29.

<sup>58</sup> Citate sentenze *Overseas Union Insurance*, punto 24; *Turner*, punto 26; *Allianz*, punto 29.

<sup>59</sup> Così la citata sentenza *Gothaer*, punto 39, ma si vedano anche le conclusioni dell'avv. gen. Bot, punto 82. Cfr. *supra* par. 3.5. In argomento v. altresì HENKE, *Verso una nozione europea di res judicata: l'efficacia extraprocessuale della declinatoria di giurisdizione e il giudicato sui motivi*, in *Dir. comm. int.*, 2013, p. 1085 ss.; D'ALESSANDRO, *L'influenza esercitata dal diritto nazionale nell'elaborazione di concetti 'europei' ad opera della Corte di giustizia. Il caso Gothaer*, in DALFINO (a cura di), *Scritti dedicati a Maurizio Converso*, Roma, 2016, p. 137 ss.; NIOCHE, *Reconnaissance d'une décision étrangère d'incompétence prise sur le fondement d'une clause attributive de juridiction*, in *Revue critique*, 2013, p. 686 ss.

<sup>60</sup> Secondo la sentenza *Gothaer* cit., infatti, le decisioni di rito declinatorie di giurisdizione hanno valenza extraprocessuale poiché sono idonee a circolare nello spazio giudiziario europeo. I giudici degli altri Stati membri sono pertanto vincolati non solo per quanto concerne l'accertamento del difetto di giurisdizione del giudice a quo, contenuto nel dispositivo, ma anche per quanto concerne l'interpretazione e l'applicazione dei titoli uniformi di giurisdizione, contenuta nella parte motiva della decisione (punto 41).

<sup>61</sup> Come afferma FENTIMAN, *Section 9: Lis pendens* cit., p. 715, «Arts. 29 and 30 confer procedural jurisdiction upon the first court (jurisdiction to determine jurisdiction)», ossia «sole competence to determine in which Member State proceedings should be brought». Cfr. Cass., s.u., 22 dicembre 2017 n. 30877 cit., secondo cui «il giudice preventivamente adito, con la pronuncia definitiva in merito alla competenza internazionale sicuramente decide, in maniera esclusiva, una questione di giurisdizione» (punto 13).

<sup>62</sup> V. Cass. s.u., 28 aprile 1999 n. 274, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1999, p. 619 ss.; ord. n. 14769/2002 cit., punto 2.4.1. Cfr. VILLATA, *op. cit.*, p. 125; in senso contrario, DI BLASE, *Connessione e litispendenza nella convenzione di Bruxelles*, Padova, 1993, p. 130.

particolare di aggirare gli accordi di scelta del foro, tristemente note come «Italian torpedo»: se, infatti, si adisce in prevenzione il giudice di uno Stato membro, pur palesemente incompetente ma notoriamente lento, si paralizza il successivo processo davanti al foro prorogato, costretto ad attendere che il primo giudice declini la competenza, e quindi si costringe la controparte a una transazione per essa svantaggiosa.

Nel vigore del precedente regime, tale prassi ha trovato un importante avallo nella nota sentenza *Gasser*, in cui la Corte di giustizia ha statuito che l'allegazione di una clausola di scelta esclusiva del foro a suo favore non esime il giudice prevenuto dall'obbligo di sospendere il processo finché il giudice preventivamente adito si sia dichiarato incompetente<sup>63</sup>.

Ed invero, per le ragioni di ordine sistematico viste sopra, il potere di verificare per primo la propria competenza e, a tal fine, di valutare la clausola di scelta del foro non può che spettare al giudice adito in prevenzione<sup>64</sup>. Se questi si dichiara competente, rigettando l'eccezione fondata sull'accordo di proroga, il giudice secondo adito deve spogliarsi della causa; ma anche l'eventuale decisione declinatoria della giurisdizione vincola il secondo giudice, secondo la sentenza *Gothaer*, quanto all'accertamento della validità dell'accordo ivi contenuto<sup>65</sup>.

Il principio che può ricavarsi dalla *Gasser* è, quindi, che l'esigenza di efficace coordinamento tra giurisdizioni impone al giudice prevenuto, una volta rilevata la litispendenza, di sospendere subito il processo senza verificare la propria competenza in forza dell'accordo di scelta del foro. Altrimenti, non potendo il giudice preveniente tenere conto del processo parallelo<sup>66</sup>, si correrebbe il rischio che i due giudici emettano pronunce contraddittorie sulla validità e l'efficacia dell'accordo.

La soluzione opposta è stata invece accolta dalla successiva giurisprudenza *Weber* nell'ipotesi di competenza esclusiva per materia di cui all'art. 22 del regolamento (CE) n. 44/2001 (ora, art. 24)<sup>67</sup>. Infatti, in base all'art. 35 par. 1 dello stesso regolamento (ora, art. 45 par. 1 lett. e, *ii*), in sede di riconoscimento, la violazione di tali fori esclusivi

---

<sup>63</sup> Sentenza *Gasser* cit., secondo dispositivo. In senso conforme, Cass. s.u., 12 dicembre 1988 n. 6756, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1990, p. 134 ss.; ord. 15 febbraio 2007 n. 3364, *ivi*, 2008, p. 156 ss.

<sup>64</sup> *Ivi*, punti 49 e 51, ove la Corte osserva che la nozione autonoma di clausola attributiva di competenza «deve essere valutata solo in relazione ai requisiti» posti ora dall'art. 25 del regolamento n. 1215/2012; cfr. RADICATI DI BROZOLO, *Choice of Court and Arbitration Agreements and the Review of the Brussels I Regulation*, in *Iprax*, 2010, p. 122.

<sup>65</sup> Per ulteriori approfondimenti si rinvia al par. II.5.

<sup>66</sup> La *kompetenz-kompetenz* del foro eletto era prevista dall'art. 23 par. 3 del regolamento (CE) n. 44/2001, ora abrogato, solo nel caso in cui nessuna delle parti dell'accordo fosse domiciliata nell'Unione: v. capitolo quinto, par. 2; cfr. MARI, *Il diritto processuale civile della Convenzione di Bruxelles. I, Il sistema della competenza*, Padova, 1999, p. 578 s.

<sup>67</sup> Corte di giustizia, 3 aprile 2014, in causa C-438/12, *Weber*, ECLI:EU:C:2014:212, punti 48-60 e secondo dispositivo.

consente, in via d'eccezione, un riesame della competenza del giudice dello Stato d'origine, sicché viene meno il presupposto dell'equipollenza tra giurisdizioni. La stessa valutazione, necessariamente prognostica, si giustifica pertanto in caso di litispendenza: se il giudice prevenuto si ritiene competente in via esclusiva, non deve sospendere il processo ma procedere con la trattazione nel merito<sup>68</sup>. In questa specifica circostanza, quindi, non vi è esigenza di evitare cause parallele.

#### **4.4 La nuova regola speciale introdotta dall'art. 31 par. 2 del regolamento Bruxelles I-bis: *the fall of the Italian torpedo***

Pur riconoscendosene l'aderenza ai principi del sistema Bruxelles I, la giurisprudenza Gasser è stata aspramente criticata per i suoi esiti pratici che essa ha determinato, favorendo di fatto manovre elusive degli accordi di proroga e minando così la certezza giuridica che gli stessi garantiscono<sup>69</sup>. Il *reversing Gasser* è stato, pertanto, uno dei temi principali del *recast*. La soluzione infine accolta, tra le varie contemplate nel libro verde, come già nell'Heidelberg Report, consiste nell'introduzione di una disciplina speciale dei procedimenti paralleli che, allo scopo di «migliorare l'efficacia degli accordi di scelta esclusiva del foro e impedire tattiche processuali scorrette» (considerando n. 22), conferisce priorità non più al foro primo adito ma a quello asseritamente prorogato.

##### **4.4.1 La priorità accordata al giudice prorogato**

La norma ricavabile dal nuovo art. 31 parr. 2 e 3 introduce, come precisa il considerando n. 22, una deroga alla regola generale di litispendenza, ossia al criterio della prevenzione temporale, allo scopo di assicurare che «l'autorità giurisdizionale prescelta abbia priorità nel decidere sulla validità dell'accordo e sulla sua portata nella controversia dinanzi ad essa pendente». Si prevede, in effetti, che, qualora sia adito il giudice di uno Stato membro «al quale un accordo di cui all'art. 25 conferisce competenza esclusiva», qualunque giudice di un altro Stato membro sospenda il procedimento fino a quando il giudice adito sulla base dell'accordo dichiari di non essere competente ai sensi dell'accordo stesso (par. 2), per poi dichiararsi eventualmente incompetente a favore del giudice prescelto, se questi ha «accertato la propria competenza in base all'accordo».

---

<sup>68</sup> *Ivi*, punto 56. Se, invece, il giudice secondo adito accerta che anche l'altro giudice ha competenza esclusiva, opererà il criterio della prevenzione temporale, ai sensi dell'art. 31 par. 1 (ex art. 29).

<sup>69</sup> Di analoghe critiche è stata fatta segno la citata sentenza *Turner*, che ha sancito l'incompatibilità dell'*anti-suit injunction* con il sistema di riparto della giurisdizione creato dal regolamento Bruxelles I, privando così le corti inglesi di un efficace strumento per dissuadere le parti dal violare un accordo di proroga esclusiva della giurisdizione inglese.



Sebbene un'indicazione precisa al riguardo sia contenuta solo nel considerando n. 22, si ritiene dunque che l'ipotesi contemplata sia quella della simultanea pendenza di cause identiche davanti a giudici di Stati membri diversi: se il foro prorogato è adito per secondo, si applicherà la nuova regola speciale; nel caso opposto, si applicherà l'art. 29. Ne consegue che, qualora sia avviato un procedimento nel foro non prorogato, la parte che abbia interesse a evitare che esso si pronunci sull'accordo di proroga, con decisione suscettibile di produrre effetti negli altri Stati membri, non può limitarsi a eccepirne l'incompetenza in virtù dell'accordo, ma deve duplicare la causa nel foro designato<sup>70</sup>.

A parte la sostituzione del criterio della prevenzione rigida con quello della proroga esclusiva di giurisdizione, la nuova norma presenta la stessa struttura del meccanismo di cui all'art. 29, del quale condivide anche la finalità preclusiva dei *parallel proceedings*: è pertanto ragionevole supporre che per essa valgano, *mutatis mutandis*, i consolidati criteri interpretativi elaborati dalla giurisprudenza<sup>71</sup>.

Esaminando più nel dettaglio la nuova disciplina, ai sensi dell'art. 31 par. 2, il giudice primo adito deve sospendere il processo allorché rilevi (i) che le parti hanno in ipotesi conferito competenza esclusiva a un altro giudice e (ii) che quest'ultimo sia attualmente adito della medesima controversia. Pur cambiandone il presupposto, si tratta, insomma, degli stessi obblighi incombenti, in base all'art. 29 par. 1, sul giudice secondo adito, con la logica conseguenza che la litispendenza è, per il giudice non designato, questione pregiudiziale rispetto a quella della propria giurisdizione, la cui verifica gli è, pertanto, almeno temporaneamente preclusa.

Per contro, il giudice a favore del quale sia fatta valere la proroga esclusiva, ancorché secondo adito, non deve sospendere il procedimento, come gli imponeva la Gasser, ma verificare la propria competenza in base all'accordo di proroga<sup>72</sup>: se lo ritiene valido ed efficace, il giudice primo adito dovrà spogliarsi della causa ai sensi dell'art. 31 par. 3; se invece lo ritiene invalido o inefficace, non potrà verificare la sussistenza di un ulteriore titolo (ad esempio, il *forum contractus ex art. 7 n. 1*), ma dovrà invece sospendere a sua volta il processo, ai sensi dell'art. 29 par. 1, affinché il giudice primo

---

<sup>70</sup> GARCIMARTÍN, *Lis pendens and exclusive choice-of-court agreements (Art 31(2)-(4))*, in DICKINSON, LEIN (eds.), *The Brussels I cit.*, p. 339 s. ; FENTIMAN, *Section 9: Lis pendens cit.*, p. 752, il quale osserva che «Article 31(2) is not concerned, as might have been supposed, with enforcing jurisdiction agreements, but with regulating parallel proceedings where the jurisdiction of one court has been agreed».

<sup>71</sup> V. supra par. 4.2. Cfr. RADICATI DI BROZOLO, *op. cit.*, p. 123.

<sup>72</sup> Verifica alla quale può procedere, come pleonasticamente precisa il considerando n. 22, «a prescindere dal fatto che l'autorità giurisdizionale non prescelta abbia già deciso di sospendere il procedimento». Cfr. High Court of Justice (Queen's Bench Division, Commercial Court), *Commerzbank Aktiengesellschaft c. Liquimar Tankers Management Inc.*, 2 Febbraio 2017, [2017] EWHC 161 (Comm), par. 77 ss.

adito possa pronunciarsi sulla propria competenza<sup>73</sup>; quest'ultimo non potrà però rimettere in discussione l'accertamento già effettuato dal collega straniero in ordine all'invalidità dell'accordo di proroga<sup>74</sup>.

#### 4.4.2 I necessari limiti al potere di controllo dell'accordo sul foro da parte del giudice derogato

Come si è visto, la presenza di un accordo attributivo di competenza esclusiva a un giudice di uno Stato membro ai sensi dell'art. 25 costituisce il presupposto di operatività dalla nuova regola, e segnatamente dell'obbligo per il giudice derogato di sospendere il giudizio. Quale sia il margine di apprezzamento dell'accordo riservato a tale giudice nella verifica di detto presupposto è questione tra le più dibattute in dottrina.

Al riguardo occorre muovere da una necessaria premessa. Secondo la chiara *policy* espressa dalla norma, per gestire la specifica situazione di *parallel proceedings* presa in esame in modo da assicurare l'effettività degli accordi di scelta del foro è preferibile conferire unicamente al giudice designato nell'accordo stesso il potere di pronunciarsi sulla propria competenza e, a tal fine, accertare la validità ed efficacia dell'accordo di proroga<sup>75</sup>. Di tale potere è quindi privato il giudice non designato, tenuto appunto a sospendere il processo in attesa che si pronunci l'altro giudice. Il giudice derogato, pertanto, deve considerare la clausola non al fine di decidere sulla propria competenza, *i.e.* sul difetto della stessa in virtù della deroga pattizia, ma per risolvere la diversa, logicamente distinta e preliminare, se sospendere o meno il processo per litispendenza, ai sensi dell'art. 31 par. 2, ossia se rimettere al giudice designato ogni

<sup>73</sup> La soluzione di cui nel testo, per quanto macchinosa, sembra logicamente dedursi dalla lettera e soprattutto dallo scopo della norma, che conferisce al giudice designato il potere prioritario di pronunciarsi sulla propria competenza solo in base all'accordo di scelta del foro: cfr. GARCIMARTIN, *Lis pendens* cit., p. 339 ss.; VILLATA, *op. cit.*, p. 174; BERGSON, *The death of the torpedo action? The practical operation of the Recast's reforms to enhance the protection for exclusive jurisdiction agreements within the European Union*, in *J. Priv. Int. Law*, 2015, p. 27; CARBONE, TUO, *Il nuovo spazio giudiziario europeo* cit., p. 281; *contra*, PENASA, *La nuova disciplina degli accordi sulla giurisdizione alla luce del Reg. n. 1215/2012 (Bruxelles I-bis)*, in *Int'l Lis*, 3/4 2013, p. 122 s. (per il quale il giudice potrebbe affermare la propria competenza sulla base di titoli diversi dall'*electio fori*, ma dovrebbe in tal caso, ciò che ci sembra incongruente, sospendere il giudizio ex art. 29 par. 1). Essa non è, peraltro, esente da difficoltà pratiche. Ad esempio, il giudice dovrebbe dichiarare con sentenza il difetto di giurisdizione per invalidità dell'accordo, con riserva di valutazione di ulteriori titoli, e ordinare quindi la sospensione del processo.

<sup>74</sup> In questo senso sembra deporre la sentenza *Gothaer* cit. Cfr. VILLATA, *op. cit.*, p. 159 ss., per la quale il vincolo per i giudici degli altri Stati membri «si porrà verosimilmente in guisa di preclusione... con una qualche similitudine rispetto all'istituto inglese dell'*issue estoppel*» (p. 160, nel testo e in nota 152).

<sup>75</sup> Nello stesso senso, FENTIMAN, *Section 9: Lis pendens* cit., p. 751 s. Anche la Court of Appeal, 10 dicembre 2019, *Ablynx NV and another v VHSquared Ltd et al.*, [2019] EWCA Civ 2192, sembra evocare il concetto di *kompetenz-kompetenz* là dove definisce l'art. 31 par. 2 «a procedural rule about which court should take the lead in deciding the question of jurisdiction where there are parallel actions» (par. 72). Contrariamente a quanto ritenuto da PENASA, *op. cit.*, p. 120, nel conferimento di priorità al giudice designato non può ravvisarsi nessun riconoscimento di una sua maggiore qualificazione a pronunciarsi sull'accordo di proroga che la sentenza *Gasser* gli aveva invece negato.

accertamento definitivo sull'idoneità della clausola a produrre un effetto di proroga/deroga della giurisdizione<sup>76</sup>.

Logico corollario dell'esatta natura del compito attribuito al giudice adito per primo è che, se certo non può ritenersi sufficiente la mera formulazione di un'eccezione di parte, non può neppure ammettersi una cognizione piena della clausola, che finirebbe di fatto col tradursi nella determinazione della propria e altrui competenza giurisdizionale e, quindi, in un'indebita interferenza con il compito riservato al giudice designato<sup>77</sup>. Allo stesso modo non può ritenersi che il giudice derogato possa valutare la validità ed efficacia dell'accordo per tutti i profili direttamente disciplinati dall'art. 25, spettando al giudice prorogato il vaglio solo dei profili non considerati dal primo giudice, in quanto regolati dal diritto nazionale applicabile<sup>78</sup>. Sembra dunque più aderente alla lettera e allo spirito della norma la tesi secondo cui il giudice non designato debba limitarsi a una verifica *prima facie* dell'esistenza di un accordo di scelta di un altro foro, senza poter decidere sulla sua validità ed efficacia o sulla sua sfera di applicazione<sup>79</sup>.

#### 4.4.3 La natura esclusiva dell'attribuzione di competenza quale condizione per l'operatività della nuova norma speciale: in particolare, il caso dei c.d. accordi asimmetrici di scelta del foro

Si è soliti distinguere gli accordi sul foro, a seconda dei loro effetti processuali, in accordi facoltativi o non esclusivi e accordi esclusivi di scelta del foro. I primi spiegano solo l'effetto attributivo di competenza giurisdizionale al foro designato dalle parti (c.d. effetto positivo o di proroga della giurisdizione), così da allargare il ventaglio di fori competenti tra i quali le parti hanno facoltà di scelta. Gli accordi esclusivi, invece, oltre all'effetto di proroga in favore del foro nominato, producono l'effetto negativo di privare

<sup>76</sup> Per considerazioni analoghe, v. BERGSON, *op. cit.*, spec. p. 8 s.

<sup>77</sup> V. ancora BERGSON, *ibidem*.

<sup>78</sup> Così PENASA, *op. cit.*, p. 120 ss., sul quale v. le giuste osservazioni critiche di LUPOI, *La nuova disciplina cit.*, p. 1431 s.

<sup>79</sup> Il giudice primo adito deve insomma limitarsi a valutare se possa manifestamente escludersi l'esistenza stessa dell'accordo: v. VILLATA, *op. cit.*, pp. 146 e 170 ss.; BERGSON, *op. cit.*, spec. p. 12 s.; GARCIMARTÍN, *Lis pendens cit.*, p. 340; FENTIMAN, *Section 9: Lis pendens cit.*, p. 751 ss.; HARTLEY, *Choice of Court Agreements and cit.*, p. 312 s.; LUPOI, *Il coordinamento tra giurisdizioni cit.*, p. 85 (che ritiene preferibile una valutazione in termini "probabilistici" dell'esistenza di una clausola di scelta del foro). Di verifica *prima facie*, invece che di vero e proprio accertamento, parlano anche, seppur con esplicito riferimento ai soli requisiti formali della clausola, CARBONE, TUO, *Il nuovo spazio giudiziario europeo cit.*, p. 281. Cfr. anche VLEK, *Lis Pendens, Choice of Court Agreements and Abuse of Law Under Brussels Ibis*, in *Neth. Int. Law Rev.*, 2016, p. 308 s., per il quale la valutazione *prima facie* dovrebbe estendersi anche alla validità dell'accordo. In favore di un *reduced standard of review* in capo al giudice primo adito si esprime infine WELLER, *Choice of court agreements under Brussels Ia and under the Hague convention: coherences and clashes*, in *J. Priv. Int. Law*, 2017, p. 118 ss., sulla scorta di un'attenta comparazione con la disciplina della convenzione dell'Aja del 2005. L'A. si mostra peraltro critico verso la scelta del legislatore europeo di accordare priorità al foro prorogato, poiché i presupposti di applicazione di tale criterio sarebbero eccessivamente difficili da definire rispetto al criterio della priorità cronologica (p. 124).

di competenza i fori che ne sarebbero altrimenti muniti (c.d. effetto di deroga della giurisdizione), precludendo alle parti di adire un foro diverso da quello prorogato<sup>80</sup>.

Orbene, a differenza della convenzione dell'Aja del 2005, che si applica ai soli accordi esclusivi di scelta del foro (art. 1 par. 1)<sup>81</sup>, l'art. 25 del regolamento Bruxelles I-bis ammette e disciplina entrambe le tipologie di accordi. Per contro, il nuovo meccanismo di coordinamento dell'esercizio della giurisdizione introdotto dall'art. 31 par. 2 opera solo in presenza di accordi di scelta esclusiva del foro. La *ratio* di tale restrizione sembrerebbe evidente. Ed invero, se le parti non hanno conferito competenza esclusiva al foro eletto, significa che non hanno inteso derogare alla competenza degli altri fori; sicché l'azione che una parte abbia intentato dinanzi a un foro diverso da quello scelto, ma altrimenti munito di competenza, non può dirsi in violazione dell'accordo di scelta del foro.

Non sempre, tuttavia, tale netta distinzione è in grado di cogliere appieno l'estrema varietà di forme assunte dagli accordi sulla giurisdizione nella prassi del commercio internazionale. Non di rado, infatti, si assiste a una sorta di «ibridazione» dei due modelli, che vengono combinati in modi e misura diversi. Pare allora opportuno, al fine di stabilire quale regime di litispendenza applicare tra quello basato sulla prevenzione temporale e quello che accorda priorità al foro prorogato ancorché successivamente adito, rifuggire da un approccio rigido, aggrappato alla classificazione dell'accordo, e procedere invece a una verifica in concreto dell'idoneità dell'accordo a produrre un qualche effetto preclusivo della giurisdizione di uno dei fori simultaneamente aditi.

È possibile, ad esempio, che l'accordo preveda l'attribuzione di competenza concorrente ai giudici di due determinati Stati ad esclusione di tutti gli altri («Proceedings under this contract may be brought before court A in State X or court B in State Y, to the exclusion of all other courts»), oppure attribuisca reciprocamente competenza esclusiva al foro del domicilio delle parti in funzione della posizione assunta nel processo («Proceedings against A may be brought exclusively at A's residence in State A; proceedings against B may be brought exclusively at B's residence in State B»)<sup>82</sup>. In fattispecie come queste manca certamente la proroga di

---

<sup>80</sup> Sulla distinzione tra le due categorie di accordi v. MILLS, *Party Autonomy in Private International Law*, Cambridge-New York, 2018, p. 93 ss. Sugli accordi di scelta non esclusiva del foro, tradizionalmente oggetto di minore attenzione da parte della dottrina, si veda ora l'interessante studio comparato KEYES (Ed), *Optional Choice of Court Agreements in Private International Law*, Springer, 2019.

<sup>81</sup> Secondo HARTLEY, DOGAUCHI, *Explanatory Report* cit., par. 47 s., una ragione importante per confinare l'applicazione della convenzione ai soli accordi esclusivi è stata quella di evitare i problemi che sarebbero potuti insorgere in caso di litispendenza.

<sup>82</sup> Entrambi gli esempi di cui nel testo sono tratti dal citato HARTLEY, DOGAUCHI, *Explanatory Report*, par. 109, che li considera accordi non esclusivi perché difetta l'attribuzione di competenza ai giudici di un unico Stato ad esclusione di tutti gli altri (cfr. art. 3 lett. a).

competenza in favore di un unico foro. È però altresì evidente che, per effetto dell'accordo, alle parti è precluso di rivolgersi a un giudice diverso da quelli nominati<sup>83</sup>. Di conseguenza, la regola di cui all'art. 31 par. 2 del regolamento dovrebbe applicarsi quando una causa sia incardinata in uno dei fori derogati e l'altra sia successivamente instaurata nel foro (o in uno dei fori) designato nell'accordo.

Più problematico si prospetta il caso degli accordi c.d. «asimmetrici» o «unilaterali» (*asymmetric, unilateral or one-sided jurisdiction agreements*), sempre più ricorrenti nei contratti internazionali, specialmente in ambito bancario e finanziario<sup>84</sup>. Caratteristica di questo genere di accordi è che solo uno dei contraenti si vincola ad agire nel foro convenzionalmente pattuito, mentre l'altro rimane libero di adire o il giudice designato o uno degli altri giudici ad altro titolo competenti. L'accordo sul foro ha quindi natura ibrida: esclusiva per le azioni proposte dalla parte oberata (*i.e.* il cliente della banca), alla quale è fatto divieto di adire un foro diverso da quello eletto; non esclusiva per le azioni intentate dalla parte favorita (*i.e.* la banca), che si riserva la facoltà di agire di fronte ad altro giudice. Per altro verso, questo tipo di accordi comporta una disparità di trattamento tra le parti, nella quale appunto risiede l'unilateralità o asimmetria che li definisce<sup>85</sup>.

Clausole del tipo appena descritto pongono in realtà due ordini di problemi, che è opportuno tenere distinti: quello della loro validità/efficacia/liceità ai sensi dell'art. 25 del regolamento Bruxelles I-*bis*, da un lato, e quello del regime applicabile in caso di litispendenza, dall'altro. La prima questione è complessa e, non a caso, oggetto di contrastanti posizioni nella giurisprudenza nazionale. In linea di principio, la libertà delle parti di accordarsi sulla competenza giurisdizionale a favore di una parte sola

<sup>83</sup> Cfr., con specifico riguardo agli accordi del secondo tipo, anche definiti come «non-uniquely exclusive agreements» (KEYES, MARSHALL, *Jurisdiction agreements: exclusive, optional and asymmetrical*, in *J. Priv. Int. Law*, 2015, p. 346), Corte di giustizia, 9 novembre 1978, in causa 23/78, *Meeth*, in *Raccolta*, p. 2133, per la quale, sebbene tali accordi non devolvano la competenza a un unico foro, ad esclusione di tutti gli altri altrimenti competenti, essi producono nondimeno l'effetto di deroga alle attribuzioni di competenza facoltativa. KEYES, MARSHALL, *Jurisdiction agreements* cit., p. 357, dubitano invece che *non-unique agreements* del primo tipo possano considerarsi accordi esclusivi in base al *recast*.

<sup>84</sup> Cfr. FENTIMAN, *Unilateral jurisdiction agreements in Europe*, in *Cambridge L. Journ.*, 2013, p. 24; AHMED, *The Legal Regulation and Enforcement of Asymmetric Jurisdiction Agreements in the European Union*, in *Eur. Bus. L. Rev.*, 2017, p. 403 ss., a p. 407; i quali sottolineano l'utilità economica di clausole di questo genere che, minimizzando il rischio della banca di non recuperare il proprio credito, dovrebbero renderla più sollecita a concedere finanziamenti e, al contempo, ridurre i costi di transazione per i clienti.

<sup>85</sup> Detta asimmetria può realizzarsi in modi diversi. Ad es., la clausola può essere così redatta: «...le parti concordevolmente eleggono quale foro competente quello della Repubblica di San Marino. La Banca può adire, a suo insindacabile giudizio, l'autorità giudiziaria di altro Stato» (v. Cass. s.u., 30 agosto 2019 n. 21873; Trib. Rimini, 11 novembre 2019, reperibili in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>); oppure può essere formulata come segue: «For the exclusive benefit of the Lender, the Guarantor irrevocably agrees that the courts of England are to have jurisdiction to settle any disputes which ... Nothing contained in this Clause shall limit the right of the Lender to commence any proceedings against the Guarantor in any other court of competent jurisdiction...» (v. sentenza *Commerzbank Aktiengesellschaft* cit., par. 9).

sembrerebbe ormai generalmente ammessa nel panorama europeo<sup>86</sup>. È rimasta invero isolata la tanto criticata sentenza *Rothschild* in cui la Cassazione d'oltralpe aveva affermato la nullità delle clausole asimmetriche a motivo del loro carattere potestativo o, per meglio dire, non paritario<sup>87</sup>. Permane, tuttavia, una mal celata diffidenza della giurisprudenza francese nei confronti di siffatte clausole. Si richiede, infatti, che siano precisamente identificati gli altri fori che la parte favorita ha facoltà di adire, pena la non conformità della clausola agli obiettivi di certezza e di prevedibilità del foro competente perseguiti dal regolamento Bruxelles I<sup>88</sup>. Al contrario, e a nostro avviso più correttamente, la giurisprudenza italiana ritiene valida anche una clausola che conceda a una parte la facoltà di adire «ogni altro foro competente», dovendo tale espressione necessariamente intendersi come riferita agli altri fori muniti di giurisdizione in base alle norme vigenti nell'ordinamento del giudice adito<sup>89</sup>.

Non è d'altronde chiaro se il problema delle pattuizioni asimmetriche sul foro competente vada impostato solo in termini di compatibilità delle stesse con i parametri di liceità direttamente e uniformemente posti dallo stesso art. 25, oppure anche come questione relativa alla validità sostanziale dell'accordo, rimessa alla legge nazionale applicabile<sup>90</sup>. È infine incerto se a essere inficiata sia l'intera clausola, come sembra

<sup>86</sup> V. per la giurisprudenza italiana: Cass. s.u., ord. 8 marzo 2012 n. 3624, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2013, p. 142 s.; Cass. s.u., 31 luglio 2018 n. 20349, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it); Trib. Rimini, 11 novembre 2019 cit. Nello stesso senso, con riguardo alla deroga della competenza per territorio: Cass., ord. 25 marzo 2016 n. 6033; Cass., ord. 21 luglio 2016 n. 15103; Cass., ord. 21 febbraio 2017 n. 4377. Per la giurisprudenza inglese, v. per tutte la sentenza *Commerzbank Aktiengesellschaft* cit., par. 41.

<sup>87</sup> Cour de Cassation, 26 settembre 2012, n° de pourvoi 11-26002, in *Revue critique*, 2013, p. 256 ss., con nota di BUREAU; cfr. la sentenza c.d. *Crédit Suisse I* resa sempre dalla *première chambre civile* (25 marzo 2015, n° de pourvoi 13-27264, ECLI:FR:CCASS:2015:C100415). In senso contrario si è invece pronunciata la *chambre commerciale* della stessa Corte nella sentenza *Diemme*: 11 maggio 2017, n° de pourvoi 15-18758, in *Revue critique*, 2017, p. 483 ss., con nota di BUREAU, *Confirmation du retour en grâce de la clause attributive de juridiction dissymétrique*.

<sup>88</sup> In questo senso la giurisprudenza più recente della *première chambre civile* della Cassazione francese: v. le sentenze *eBizzcuss* (7 ottobre 2015, n° de pourvoi 14-16898, in *Clunet*, 2016, p. 929 ss., con nota di KLEINER); *Crédit Suisse II* (7 febbraio 2018, n° de pourvoi 16-24497, in *Clunet*, 2018, p. 1166 ss.); *Dexia II* (3 ottobre 2018, n° de pourvoi 17-21309, in *Clunet*, 2018, p. 1166 ss., con nota di M-E. ANCEL e MARION, e in *Revue critique*, 2018, p. 867 ss., con nota *De l'imprévisibilité des clauses attributives de juridiction dissymétriques*) e 11 luglio 2019, n° de pourvoi 18-11456, ECLI:FR:CCASS:2019:C100683. Sull'evoluzione della giurisprudenza francese, v. RACINE, *Les clauses d'élection de for asymétriques*, in *Le droit à l'épreuve des siècles et des frontières. Mélanges en l'honneur du Professeur Bertrand Ancel*, Paris/Madrid, 2018, p. 1323 ss.

<sup>89</sup> V., seppur con riguardo alla competenza per territorio, Cass., ord. n. 6033 del 2016 cit.: «...non può certo ritenersi che la clausola, nel prevedere la facoltà della banca di adire ogni altro foro competente, attribuisca a tale soggetto la facoltà di scegliersi il giudice *ad libitum*: è chiaro infatti che con l'espressione "ogni altro foro competente" si è inteso attribuire alla banca la sola facoltà di scegliere tra uno dei fori alternativamente competenti in base ai criteri ordinari di legge (artt. 18, 19 e 20 cod. proc. civ.)». Cfr. Trib. Rimini, 11 novembre 2019 cit. che, benché non priva di ambiguità, considera non nulla per indeterminatezza dell'oggetto la clausola, ma inefficace in quanto la giurisdizione italiana non sussiste in base ai criteri oggettivi. Anche la giurisprudenza inglese adotta un simile approccio ermeneutico: v. MERRETT, *The Future Enforcement of Asymmetric Jurisdiction Agreements*, in *Int. Comp. Law Quart.*, 2018, p. 42 s.

<sup>90</sup> Una certa ambiguità al riguardo è palese nella citata sentenza *Rotschild* ove la clausola di scelta del foro è ritenuta contraria all'oggetto e allo scopo dell'art. 23 del regolamento (CE) n. 44/2001, ma si fa perno a tal fine sul concetto di *potestativité* proprio del diritto francese. Nel senso che la validità degli accordi asimmetrici dipende solo da un'interpretazione autonoma dell'art. 25 del regolamento Bruxelles I-bis, v. High Court of Justice (Business and Property Courts, Commercial Court), 5 luglio 2019, *LIC Telecommunications c. VTB Capital*, [2019] EWHC 1747 (Comm), par. 254; AHMED, *The Legal Regulation* cit., p. 412. Cfr. MERRETT, *The Future Enforcement* cit., p. 47 ss., che esprime qualche dubbio alla luce del *recast*. Ritiene invece inevitabile il riferimento alla legge nazionale LUPOLI, *Il coordinamento* cit., p. 89 s.; v. anche MILLS, *Party Autonomy* cit., p. 160 s.

ritenere la Cassazione francese, oppure la sola previsione di un'opzione a favore di un solo contraente<sup>91</sup>.

Il secondo problema, che qui maggiormente interessa, attiene al criterio in base al quale attuare il coordinamento dell'esercizio della giurisdizione in caso di litispendenza: quale giudice dovrà pronunciarsi prioritariamente sulla propria giurisdizione, e quindi sulla validità ed efficacia dell'accordo asimmetrico di proroga? Il giudice asseritamente prorogato, in conformità all'art. 31 par. 2, oppure quello preventivamente adito, in base all'art. 29? La risposta non può che dipendere dalla natura esclusiva o meno della competenza convenzionalmente attribuita, questione questa che non riguarda l'interpretazione della clausola, in ossequio ai canoni stabiliti dalla legge regolatrice della stessa, ma all'interpretazione autonoma dell'art. 31 par. 2<sup>92</sup>.

A tal fine, viene necessariamente in rilievo l'effetto negativo, di deroga, che caratterizza gli accordi esclusivi di scelta del foro: l'efficacia di tali accordi, che secondo il considerando n. 22 il *recast* intende migliorare, passa in fondo per il rispetto dell'obbligo contrattualmente assunto di non adire un giudice diverso da quello convenzionalmente designato. Ora, che tale obbligo sia bilaterale, in quanto previsto a carico di entrambe le parti, o unilaterale perché imposto, come appunto avviene negli accordi asimmetrici, a una sola parte, poco importa. Nell'uno come nell'altro caso, infatti, rileva solo se colui che ha agito in un foro diverso da quello prorogato abbia violato un divieto di fonte contrattuale e, quindi, se tale divieto possa essere posto a fondamento del difetto di giurisdizione del foro adito. Se così è, più che una classificazione in astratto degli accordi asimmetrici<sup>93</sup>, serve identificare quali, tra le obbligazioni nascenti da tali accordi, siano in concreto rilevanti<sup>94</sup>.

Fatte queste necessarie premesse, occorre distinguere i quattro possibili scenari: (i) nel primo, forse il più frequente, la parte favorita dalla clausola asimmetrica adisce il

<sup>91</sup> In quest'ultimo senso sembra essersi pronunciata Cass. s.u., 30 agosto 2019 n. 21873.

<sup>92</sup> Così la sentenza *Commerzbank Aktiengesellschaft* cit., par. 9, par. 52 s.; KEYES, MARSHALL, *Jurisdiction agreements* cit., p. 351; LUPOI, *Il coordinamento tra giurisdizioni* cit., p. 94. In senso contrario AHMED, *The Legal Regulation* cit., p. 422, e FENTIMAN, *Section 9: Lis pendens* cit., p. 753, per i quali la natura della clausola è un problema d'interpretazione della stessa regolato dalla *lex fori*.

<sup>93</sup> Secondo HARTLEY, DOGAUCHI, *Explanatory Report* cit., par. 106, gli accordi asimmetrici sono da considerarsi non esclusivi ai fini della convenzione dell'Aja del 2005, poiché nella conferenza diplomatica è stato convenuto che, per rientrare nel campo di applicazione della convenzione, «the agreement must be exclusive irrespective of the party bringing the proceedings». Per una diversa lettura della convenzione, v. però la sentenza *Commerzbank Aktiengesellschaft* cit., par. 74; High Court of Justice (Queen's Bench Division, Commercial Court), 18 novembre 2019, *Etihad Airways PJSC c. Flöther*, [2019] EWHC 3107 (Comm), par. 217; MERRETT, *The Future Enforcement* cit., p. 57 s.

<sup>94</sup> Come osserva MERRETT, *The Future Enforcement* cit., p. 55 s.: «... the point is not so much that 'considered as a whole' they are agreements conferring exclusive jurisdiction ... Rather, each obligation can be considered on its own: the clause includes a promise by the borrower not to sue in any other jurisdiction and that promise is capable of being protected by Article 31(2). Each different obligation necessarily falls to be considered separately ...». In senso adesivo la citata sentenza *Etihad Airways*, parr. 183-185. Cfr. AHMED, *The Legal Regulation* cit., p. 417.

foro pattizio solo dopo che la controparte ha agito in un foro diverso; (ii) nel secondo è la parte favorita ad agire per prima, esercitando la facoltà riconosciuta dall'accordo asimmetrico, dinanzi a un giudice diverso da quello designato; (iii) anche nel terzo, la parte favorita si avvale dell'opzione pattizionalmente concessale per agire altrove, ma solo dopo che la controparte ha adito il foro prorogato; (iv) il quarto e ultimo scenario, infine, vede la controparte agire in un altro foro dopo che quello eletto è stato adito dalla parte favorita. Orbene, non vi è dubbio che nelle ultime tre delle ipotesi appena descritte debba trovare applicazione la regola della priorità temporale prevista dall'art. 29. Ciò in quanto, almeno nei casi (iii) e (iv), il foro adito per primo è proprio quello scelto dalle parti<sup>95</sup>. Nel caso (ii), invece, si spiega apparentemente meno perché il giudice adito per secondo dovrebbe sospendere il procedimento ai sensi dell'art. 29 ancorché la sua competenza derivi dall'accordo di scelta del foro. Tuttavia, come si è detto, non è all'effetto di proroga che occorre guardare, ma a quello negativo di deroga, con riguardo precisamente all'azione promossa nel foro precedentemente adito. Effetto che nel caso in esame non si produce, poiché è proprio l'accordo di scelta del foro a concedere alla parte favorita.

Per contro, la regola di cui all'art. 31 par. 2 dovrebbe trovare applicazione nel caso (i). Ed invero, il foro adito per primo appare privo di competenza per effetto dell'accordo sulla giurisdizione che, appunto, vieta alla parte onerata di incardinare la causa in un foro diverso da quello prorogato. Di tal che non consentire al giudice scelto dalle parti, ancorché successivamente adito, di decidere con priorità rispetto a qualsiasi altro giudice sugli obblighi processuali nascenti dall'accordo di selezione del foro priverebbe di efficacia l'accordo stesso, offrendo peraltro il fianco a quelle tattiche processuali scorrette alle quali il *recast* intende porre termine<sup>96</sup>.

#### **4.4.4 I limiti all'operatività della regola speciale: in particolare, il problema degli accordi confliggenti**

Con ogni probabilità, per evitare che il giudice primo adito si pronunci sull'accordo di proroga, il convenuto comparirà davanti a costui per chiedere la sospensione del giudizio. In tal caso dovrà tempestivamente sollevare eccezione d'incompetenza, tenuto conto dell'art. 26, che l'art. 31 par. 2 fa espressamente salvo; in mancanza, infatti, la competenza del giudice adito si riterrà tacitamente accettata e non sarà più

---

<sup>95</sup> Cfr., con riguardo a un caso del tipo *sub (iii)*, High Court of Justice (Queen's Bench Division, Commercial Court), 18 ottobre 2011, *Lornamead Acquisitions Ltd c. Kaupthing Bank HF*, [2011] EWHC 2611 (Comm), par. 112.

<sup>96</sup> Così le citate sentenze *Commerzbank Aktiengesellschaft*, par. 64 ss., ed *Etihad Airways*, spec. par. 183 ss. In dottrina v., in senso conforme, AHMED, *The Legal Regulation* cit., p. 421 ss.; BERGSON, *op. cit.*, p. 21 ss.; FENTIMAN, *Section 9: Lis pendens* cit., p. 752 s.; LUPOI, *Il coordinamento tra giurisdizioni* cit., p. 95 ss.; VLEK, *Lis Pendens* cit., p. 310, il quale considera "strano" il fatto che, in questo modo, solo una delle parti possa avvalersi del meccanismo di cui all'art. 31 par. 2. In senso contrario, invece, pare GARCIMARTÍN, *Lis pendens* cit., p. 341.



suscettibile di contestazione<sup>97</sup>, sicché non potrà essere neppure accolta l'istanza di sospensione. Per converso, alla luce della giurisprudenza *Cartier*<sup>98</sup>, sarà il giudice prorogato a doversi dichiarare incompetente in base all'art. 29 par. 3. Nell'eventualità non remota che il convenuto non abbia ancora adito il foro prorogato, si ritiene inoltre che, in ossequio al principio dell'*effet utile*, il giudice primo adito debba, su istanza di parte, concedergli un congruo termine per provvedere in tal senso<sup>99</sup>.

Meno chiara è l'indicazione contenuta solo nel preambolo, come noto privo di forza precettiva propria, secondo la quale la norma speciale di litispendenza non dovrebbe poi applicarsi «ai casi in cui le parti hanno stipulato *accordi confliggenti di scelta del foro*»<sup>100</sup>. Essa potrebbe invero riferirsi, da un lato, al caso in cui le parti abbiano stipulato più accordi attributivi di competenza esclusiva a giudici di Stati membri diversi<sup>101</sup>; dall'altro lato alla c.d. *battle of forms*, ossia al caso in cui ciascuna parte allegghi le proprie condizioni generali di contratto, contenenti clausole di scelta del foro in contrasto<sup>102</sup>. Nella prima ipotesi si può porre un problema di validità/opponibilità di uno o tutti i patti successivi oppure di definizione della rispettiva portata, mentre nel secondo caso si pone essenzialmente un problema di formazione del consenso<sup>103</sup>. In siffatte circostanze, il ritorno al criterio cronologico pare essere l'unica soluzione possibile qualora il foro adito per primo sia uno di quelli putativamente designati<sup>104</sup>, ma si giustifica meno qualora non lo sia.

Ai sensi dell'art. 31 par. 4, inoltre, la regola speciale è inapplicabile, a determinate condizioni, ai contratti di assicurazione, consumo e lavoro. In effetti, come si è altrove osservato, in tali materie solo un accordo posteriore al sorgere di una lite può conferire competenza esclusiva al foro prorogato<sup>105</sup>. Pertanto, se la parte più debole agisce per prima dinanzi al giudice munito di competenza imperativa ai sensi del regolamento, la

<sup>97</sup> Corte di giustizia, 24 giugno 1981, in causa 150/80, *Elefanten Schuh*, in *Raccolta*, p. 1671, punto 10 s.

<sup>98</sup> Citata *supra*, in nota 49.

<sup>99</sup> Cfr. GARCIMARTÍN, *Lis pendens cit.*, p. 342.

<sup>100</sup> Considerando n. 22 (corsivo aggiunto). Cfr. QUEIROLO, *op. cit.*, p. 131; GARCIMARTÍN, *Lis pendens cit.*, p. 342; LUPOI, *La nuova disciplina cit.*, p. 1432; CUNIBERTI, *Choice of Court Agreements and Lis Pendens in the Brussels I Bis Regulation. A Critical Appraisal*, in AFFAKI, GRIGERA NAÓN (Eds), *Jurisdictional Choices cit.*, p. 206 ss.

<sup>101</sup> Sulle difficoltà che pone l'applicazione del nuovo regime a tale fattispecie v. VITELLINO, *Litispendenza e accordi confliggenti di scelta del foro nel caso BNP Paribas c. Trattamento Rifiuti Metropolitan*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2019, p. 999 ss.

<sup>102</sup> Un'ulteriore ipotesi può essere quella in cui il contratto contenga una clausola di scelta del foro in contrasto con quella contenuta nelle condizioni generali di una parte alle quali il contratto stesso rinvia.

<sup>103</sup> Per MAGNUS, *Art. 25 cit.*, p. 640, nel caso di *battle of forms* non può dirsi formato il necessario consenso tra le parti sul foro, «unless later on one party has clearly accepted the general conditions of the other party».

<sup>104</sup> Così QUEIROLO, *op. cit.*, p. 131.

<sup>105</sup> V. VITELLINO, *Le novità in materia di fori protettivi della parte debole*, in MALATESTA (a cura di), *La riforma cit.*, p. 48 ss.

decisione di sospendere il processo a favore del foro prorogato è subordinata al pieno accertamento della validità dell'accordo di deroga da parte del giudice primo adito<sup>106</sup>.

Si devono infine ritenere escluse, pur nel silenzio della norma, le competenze esclusive di cui all'art. 24, sia perché un accordo di scelta del foro non può validamente derogarvi (art. 25 par. 4), sia alla luce della giurisprudenza *Weber*<sup>107</sup>.

#### **4.4.5 Le conseguenze della violazione da parte del giudice derogato dell'obbligo di sospendere il procedimento**

Un'ultima questione attiene alle conseguenze dell'eventuale violazione dell'obbligo di sospensione posto a carico del giudice non designato. Questi, infatti, potrebbe aver già deciso della propria giurisdizione al momento in cui rilevi la successiva pendenza del processo davanti al foro putativamente prorogato, tardivamente adito; oppure potrebbe rigettare l'istanza di sospensione, ritenendo la controversia palesemente esclusa dalla portata della clausola di scelta del foro. In tal caso, la pronuncia emessa da detto giudice – sia essa sul merito o anche relativa alla sola giurisdizione – pare possa spiegare effetti negli ordinamenti degli altri Stati membri, anche con riguardo all'accertamento dell'inefficacia dell'accordo di proroga<sup>108</sup> non ostandovi né la violazione dell'art. 25<sup>109</sup>, né quella dell'art. 31 par. 2. Come afferma la recente sentenza *Liberato*, infatti, la violazione delle norme sulla litispendenza non può, di per sé, giustificare il mancato riconoscimento di una decisione, neppure per contrarietà all'ordine pubblico dello Stato richiesto<sup>110</sup>.

Per altro verso, poiché la mancata sospensione del processo preveniente non preclude al giudice designato di accertare la propria competenza, è possibile che sia costui, se tempestivamente adito, a pronunciarsi per primo.

In altre parole, potrebbe esserci la possibilità che i due procedimenti vadano avanti ciascuno per la propria strada, almeno fino a che uno dei due, il più celere, giunga a una decisione sulla giurisdizione con conseguente effetto preclusivo sull'altro processo.

---

<sup>106</sup> In buona sostanza, a differenza di quanto impone in linea generale l'art. 31 par. 2 (v. *supra* par. 4.4.2), la valutazione della validità dell'accordo di deroga non spetta al giudice asseritamente prorogato ma a quello che si assume munito di competenza imperativa, che non potrà quindi limitarsi a una verifica *prima facie*. Nello stesso senso, WELLER, *op. cit.*, p. 119.

<sup>107</sup> V. *supra* par. 4.3. Cfr. ancora WELLER, *op. cit.*, p. 119.

<sup>108</sup> BERGSON, *op. cit.*, p. 16 ss.; GARCIMARTÍN, *Lis pendens cit.*, p. 341; BRIGGS, *Agreements on Jurisdiction and Choice of law*, Oxford, 2008, p. 361 ss. Cfr. LUPOI, *Il coordinamento tra giurisdizioni cit.*, p. 87, per il quale l'art. 31 sarebbe pertanto inidoneo a garantire l'effettivo rispetto degli accordi di scelta del foro, e WELLER, *op. cit.*, p. 125 ss. Sulla circolazione delle sentenze sugli accordi di scelta del foro v. capitolo quinto, par. 7.

<sup>109</sup> Ciò consegue dal divieto per il giudice dello Stato del riconoscimento di procedere alla verifica della competenza giurisdizionale del giudice *a quo*: v., già in riferimento alla convenzione di Bruxelles del 1968, Cass., 5 maggio 2011 n. 9970, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2012, p. 381.

<sup>110</sup> Corte di giustizia, 16 gennaio 2019 nella causa C-386/17, *Liberato c. Grigorescu*, ECLI:EU:C:2019:24.

A guisa di conclusione, si può quindi osservare che, nel vigore del nuovo regolamento, c'è ancora margine per le vituperate azioni «torpedo», anche perché non possono escludersi *a priori* errori nell'applicazione del nuovo meccanismo. È poco probabile, tuttavia, che l'aggettivo «Italian» continui a essere associato a tali tattiche processuali.



---

## Biographical note

### **Alberto Malatesta**

È professore ordinario di Diritto internazionale all'Università Cattaneo LIUC, dove è anche Direttore della Scuola di Giurisprudenza. È autore di due monografie, una sulla cessione del credito nel diritto internazionale privato, l'altra sulla Banca centrale europea, di numerose pubblicazioni in materia di diritto internazionale privato e arbitrato internazionale, nonché curatore di vari volumi. Dal 2013 è segretario e tesoriere della sezione italiana dell'International Law Association. È avvocato in Milano.

### **Gaetano Vitellino**

È ricercatore confermato a tempo indeterminato di Diritto internazionale presso l'Università Cattaneo LIUC, dove attualmente insegna European Union Law, Global Litigation e Diritto internazionale privato. È autore di diverse pubblicazioni in materia di diritto dell'Unione europea e diritto internazionale privato. Laureato con lode all'Università degli Studi di Milano, ha conseguito un LLM (DESUP) in Diritto ed economia dell'Unione europea presso l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne e un dottorato di ricerca in Diritto internazionale dell'economia presso l'Università L. Bocconi di Milano. È avvocato a Monza.

---

