

I. CRONACHE

– La UK Supreme Court ed il riconoscimento dei lodi esteri: il caso *Dallah*, di *Silvia Turatto* (Padova)

116

II. GIURISDIZIONE E RICONOSCIMENTO NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE UE

– *Corte di giustizia dell'Unione europea*, sez. III, 23 dicembre 2009, C-403/09 PPU; *Corte di giustizia dell'Unione europea*, sez. III, 1° luglio 2010, C-211/10 PPU; *Corte di giustizia dell'Unione europea*, sez. II, 15 luglio 2010, C-256/09 - Recent ECJ Judgments in Cases of Children Abduction and Parental Responsibility The ECJ Judgments "Deticek", "Povse" and "Purrucker", di *Spyros Tsantinis* (University of Thrace)

118

III. GIURISPRUDENZE NAZIONALI

PROBLEMI DELL'INSOLVENZA TRANSNAZIONALE

– *High Court of Justice, Queen's Bench Division*, 2 ottobre 2008; *Court of Appeal*, 9 luglio 2009; *Tribunale Federale Svizzero*, Sez. I, 31 marzo 2009, 4P.170/2005 134 - Il caso *vivendi*: la disciplina degli effetti della dichiarazione di fallimento sul procedimento arbitrale pendente all'estero tra *lex concursus* e *lex loci arbitri*, di *Paola Widmann* (Trento)

129

PROBLEMI DI DIRITTO PROCESSUALE INTERNAZIONALE AUSTRO-TEDESCO

– BGH, *Beschluss* 21 gennaio 2010 - IX ZB 193/07 - Irregolare notifica del decreto ingiuntivo e possibilità di invocare, nello Stato richiesto dell'esecuzione, il motivo di diniego di riconoscimento di cui all'art. 34 n. 2 Reg. n. 44/2001: il punto di vista del *Bundesgerichtshof* tedesco, di *Elena D'Alessandro* (Tor Vergata)

141

PROBLEMI DI DIRITTO PROCESSUALE INTERNAZIONALE ANGLOSASSONE

– *Corte d'Appello per il Nono Circuito*; 3 marzo 2009 (Docket 06-35563, 06-35587; *Corte Suprema degli Stati Uniti*, decreto 25 giugno 2010 (Docket 09-1) - Il *collateral order* sull'immunità degli Stati stranieri nel sistema federale statunitense (In margine alla citazione in giudizio della Santa Sede per gli abusi sessuali commessi dai propri "dipendenti"), di *Silvia Izzo* (Napoli)

147

PROBLEMI DI DIRITTO PROCESSUALE INTERNAZIONALE ITALIANO

– *Cassazione civile*, sez. un., 17 luglio 2008, n. 19595; - Hoge Raad der Nederlanden, 5 maggio 2010 - Sez. I - R.G. 09/01115 - *Forum necessitatis* ed *access to justice*, sullo sfondo della *yacht-litigation* della Signora Trump, di *Alberto Spinelli* (Genova)

154

Int'l Lis

Corriere trimestrale
della litigation internazionale

EDITRICE

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

DIRETTORE RESPONSABILE

Giulietta Lemmi

REALIZZAZIONE GRAFICA - Ipsoa

FOTOCOPOSIZIONE

ABCompos Srl - via Pavese, 1/3 - 20089 Rozzano (Mi)
Tel. 02 57789422

STAMPA

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

PUBBLICITÀ:

db Consulting srl
EVENTS & ADVERTISING

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

Autorizzazione del Tribunale di Milano n. 635

del 12 novembre 2001

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

Per informazioni in merito a contributi, articoli ed argomenti trattati

scrivere o telefonare a:

Casella postale 12055 - 20120 Milano
telefono (02) 82476.828 - telefax (02) 82476.079
e.mail: redazione.intlilis.ipsoa@wki.it

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

scrivere o telefonare a:

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

ABBONAMENTI

Gli abbonamenti hanno durata annuale, solare: gennaio-dicembre; rolling: 12 mesi dalla data di sottoscrizione, e si intendono rinnovati, in assenza di disdetta da comunicarsi entro 60 gg. prima della data di scadenza a mezzo raccomandata A.R. da inviare a Wolters Kluwer Italia S.r.l. Strada 1 Pal. F6 Milanofiori 20090 Assago (MI).

Compresa nel prezzo dell'abbonamento l'estensione on line della Rivista, consultabile all'indirizzo www.ipsoa.it/intlilis.it

ITALIA

Abbonamento annuale 2011: € 55,00

ESTERO

Abbonamento annuale 2011: € 110,00

MAGISTRATI e UDITORI GIUDIZIARI - sconto del 30% sull'acquisto dell'abbonamento annuale alla rivista, applicabile rivolgendosi alle Agenzie Ipsoa di zona (www.ipsoa.it/agenzie) o inviando l'ordine via posta a Wolters Kluwer Italia S.r.l., Strada 1 Pal. F6, 20090 Milanofiori Assago (MI)

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

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

MODALITA' DI PAGAMENTO

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

Inviare assegno bancario/circolare non trasferibile intestato

a Wolters Kluwer Italia S.r.l. Indicare nella causale del versamento il titolo della rivista e l'anno di abbonamento

Prezzo copia: € 22,00

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

Annate arretrate rilegate: € 55,00

DISTRIBUZIONE

Vendita esclusiva per abbonamento

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

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

La UK Supreme Court ed il riconoscimento dei lodi esteri: il caso Dallah

Con sentenza del 3 novembre 2010 la *UK Supreme Court* ha respinto all'unanimità l'appello proposto, nel procedimento *Dallah Real Estate and Tourism Holding Company v The Ministry of Religious Affairs, Government of Pakistan*, dalla società saudita Dallah avverso il diniego di esecuzione in Inghilterra di un lodo definitivo reso a Parigi il 23 giugno 2006, che condannava il Governo del Pakistan al pagamento in favore della Dallah della somma di 20.588.040 dollari.

In breve, il Ministro degli Affari Religiosi del Pakistan aveva condotto delle trattative con la Dallah per la conclusione di un contratto per la costruzione di strutture destinate ad ospitare i pellegrini pakistani in visita a La Mecca durante il periodo dell'*Hajj*. Alla fine, tuttavia, il contratto non era stato sottoscritto dal Ministro, bensì dall'*Awami Hajj Trust*, un ente controllato dal Governo che, dopo qualche tempo, aveva cessato di esistere legalmente in base al diritto pakistano. L'art. 23 del contratto conteneva una clausola compromissoria che deferiva le liti nascenti dal contratto tra il Trust e la Dallah ad un arbitrato da svolgersi secondo le regole della ICC.

All'insorgere della controversia, la Dallah instaurò il procedimento arbitrale nei confronti del Governo del Pakistan, conclusosi con la soccombenza di quest'ultimo.

La questione centrale che si poneva avanti ai giudici inglesi era se il collegio arbitrale fosse competente a decidere della domanda proposta dalla Dallah nei confronti del Governo pakistano, non avendo questi sottoscritto il contratto contenente la clausola compromissoria. Il collegio arbitrale (*Lord Mustill, Dr Shah e Dr Mahmassani*), con un primo lodo non definitivo del 26 giugno 2001, aveva ritenuto la propria competenza. Sia la *High Court*, sia la *Court of Appeal*, chiamate a decidere sulla richiesta di esecuzione del lodo definitivo in Inghilterra, non avevano però condiviso la valutazione compiuta dagli arbitri e avevano così negato l'esecuzione.

Ecco, in estrema sintesi, il percorso argomentativo che ha portato i giudici della *Supreme Court* a confermare tale esito.

La s. 103(2)(b) dell'*Arbitration Act 1996* - che implementa nell'ordinamento inglese la seconda parte dell'art. V, c. 1, lett. a), della Conv. di New York - prevede che il riconoscimento e l'esecuzione di un lodo estero possano essere rifiutati se la parte controinteressata prova che «*the arbitration agreement was not valid under the law to which the parties subjected it or, failing any indication thereon, under the law of the country where the award was made*».

Il caso di specie poneva in effetti non tanto la questione della validità della clausola compromissoria invocata dalla parte istante, quanto quella della sua stessa esistenza, non risultando alcun accordo compromissorio tra la Dallah e il Governo del Pakistan. Lord Collins, autore di una delle due *leading opinions* (l'altra è di Lord Mance), richiamandosi ad alcuni precedenti (*v. Dardana Ltd v Yukos Oil Co; Sarhank Group v Oracle Corp; China Minmetals Materials Import and Export Co Ltd v Chei Mei Corpn*) non ha comunque esitazione nel ritenere che la s. 103(2)(b) dell'AA (così come l'art. V, c. 1, lett. a), della Conv.), anche se riferita esplicitamente soltanto al caso in cui sia

controversa la validità della convenzione di arbitrato, si applichi anche nell'ipotesi in cui la parte che si oppone al riconoscimento o all'esecuzione sostenga di non essere parte della convenzione di arbitrato (v. punto 77). Lord Mance precisa inoltre che, in base alla s. 103(2)(b) dell'AA (e all'art. V, c. 1, lett. a), della Conv.), l'onere di provare l'invalidità della convenzione di arbitrato incombe sulla parte che si oppone al riconoscimento o all'esecuzione - nel caso di specie, dunque, sul Governo pakistano -, anche nell'eventualità in cui la clausola compromissoria invocata dalla parte istante riguardi apparentemente solo altri soggetti (v. punto 12).

In assenza di indicazioni ad opera delle parti, la norma del foro prevedeva dunque che la questione, relativa al se il Governo del Pakistan fosse vincolato dalla clausola compromissoria, fosse regolata dal diritto della sede dell'arbitrato, ossia dal diritto francese.

Questa conclusione appariva tuttavia problematica per la seguente ragione. Il collegio arbitrale, sulla base del costante orientamento della giurisprudenza francese, aveva ritenuto di dover decidere la questione prescindendo dalla applicazione di un diritto nazionale (francese, come straniero), facendo riferimento invece a quei «*transnational general principles and usages reflecting the fundamental requirements of justice in international trade and the concept of good faith in business*»: e così in virtù del principio della «*commune volonté des parties*», enucleato dalla *Cour de Cassation* francese sin dal caso *Dalico* del 1993.

I consulenti di parte nominati nel giudizio avanti alla *High Court* (*M Derains e Mle Bâtonier Vatier*) avevano del pari concordemente affermato che «*under French law, the existence, validity and effectiveness of an arbitration agreement in an international arbitration ... need not be assessed on the basis of a national law, be it the law applicable to the main contract or any other law, and can be determined according to rules of transnational law*».

Si trattava allora di stabilire se il rinvio operato dall'art. V, c. 1, lett. a), della Conv. (e così dalla s. 103(2)(b) dell'AA) dovesse intendersi quale rinvio alle norme di diritto materiale dello Stato della sede (e così alle norme materiali francesi), ovvero alle sue regole di conflitto (regole - di elaborazione giurisprudenziale - che avrebbero condotto all'applicazione di "principi di diritto transnazionale").

Secondo Lord Collins è probabile che la Conv. di New York escluda il rinvio, come riportato da van den Berg (*The New York Convention of 1958*, Deventer, 1981, p. 291) (v. punto 124). A questo punto, però, il medesimo Lord Collins ritiene di dover fare un passo indietro e, richiamandosi alla dottrina più autorevole (per riferimenti v., Poudret-Besson, *Comparative Law of International Commercial Arbitration*, London, 2007), sottopone a vaglio critico l'interpretazione fornita dalla giurisprudenza francese, arrivando così a risolvere in radice il problema.

Ad avviso della Corte Suprema inglese, quando i giudici francesi affermano che la validità dell'accordo compromissorio debba essere accertata «*en vertu d'une règle matérielle du droit international de l'arbitrage*», in realtà, lungi dal "rinviare" ad un principio del "diritto transnazionale", creano essi stessi una norma di diritto materiale

francese - quella che impone, appunto, di accertare «*la commune volonté des parties*» -, al precipuo scopo di evitare che tale questione sia sottoposta alle restrittive regole eventualmente previste dai vari diritti statuali e, in particolare, dal diritto francese.

Ciò posto, la SC rileva che il collegio arbitrale, pur dichiarando di accertare l'esistenza dell'accordo compromissorio sulla base dei principi e delle regole del diritto transnazionale, era giunto infine alla conclusione che il Governo pakistano fosse «*a true party*» dell'accordo sulla base del fatto che questi era l'*alter ego* del Trust, e non in quanto vi fosse la comune intenzione della Dallah e del Governo che quest'ultimo fosse parte della clausola compromissoria: comune intenzione che invece, nel caso di specie, doveva recisamente escludersi, con conseguente impossibilità di eseguire il lodo (punti 39 e 40).

Il fatto inoltre che l'art. 27 del contratto principale consistesse in una «*assignment clause*», che permetteva al Trust di trasferire i suoi diritti e le sue obbligazioni al Governo senza il previo consenso scritto della Dallah, non impediva di ritenere che la clausola compromissoria si riferisse esclusivamente alle controversie tra il Trust e la Dallah (punto 145).

La conclusione ha richiesto dunque alla SC di pronunciarsi anche su altre interessanti questioni di diritto dell'arbitrato, quale ad esempio quella relativa al potere discrezionale del giudice richiesto del riconoscimento di concedere il riconoscimento nonostante il positivo riscontro di uno o più dei requisiti ostativi previsti dall'art. V della Conv., ovvero quella relativa alla natura del compito demandato al giudice chiamato a pronunciarsi sulla validità dell'accordo compromissorio ex art. V, c. 1, lett. a), della Conv. al fine di accertare la competenza degli arbitri.

Con riferimento a quest'ultima questione, la Dallah sosteneva che l'unico giudice legittimato a compiere «*a full examination*» della competenza degli arbitri è il giudice competente a decidere sulla impugnazione del lodo, mentre ogni altro giudice richiesto del riconoscimento o dell'esecuzione del lodo dovrebbe svolgere «*a limited review*», almeno laddove le conclusioni raggiunte dagli arbitri appaiano plausibili o ragionevolmente supportate (cfr. punto 20).

Lord Mance però respinge recisamente l'argomento. Egli non nega che l'art. V, c. 1, lett. e), della Conv. (e la s. 103(2)(f) dell'AA) individui nel giudice del paese nel quale, o secondo la legge del quale, il lodo è stato reso il giudice competente a pronunciarsi sulla domanda di annullamento del lodo o di sospensione della sua efficacia, e che l'art. VI della Conv. (e la s. 103(5) dell'AA) attribuisca ai giudici richiesti del riconoscimento o dell'esecuzione del lodo la facoltà di sospendere il procedimento in pendenza di tali domande. Tuttavia, secondo Lord Mance, l'art. V, c. 1, lett. a), della Conv. (e la s. 103(2)(b) dell'AA) non prevede alcuna restrizione in merito alla natura del controllo demandato ai giudici richiesti dell'esecuzione del lodo, né l'art. VI della Conv. (e la s. 103(5) dell'AA) consente di ricavare che il soggetto, che intende opporsi al riconoscimento o all'esecuzione del lodo in un paese, abbia l'onere di ottenerne l'annullamento nel diverso paese nel quale, o secondo la legge del quale, esso è stato reso (punto 28).

Dello stesso avviso è Lord Collins, il quale, richiamandosi ad alcuni precedenti (v. *Svenska Petroleum Exploration*

AB v Government of the Republic of Lithuania (No 2); *Paklito Investment Ltd v Klockner East Asia Ltd*), si spinge ancora più in là, giungendo ad affermare che il fatto che la competenza del collegio arbitrale non possa più costituire oggetto di riesame avanti ai giudici della sede dell'arbitrato non preclude che tale questione possa essere riesaminata dai giudici richiesti del riconoscimento (punto 98).

A quest'ultimo riguardo, è interessante notare che la Dallah, nei precedenti gradi di giudizio, aveva addotto l'argomento secondo cui la mancata impugnazione da parte del Governo del primo lodo non definitivo con cui gli arbitri avevano affermato la propria competenza avrebbe dato luogo, in base al diritto inglese, ad una *issue estoppel* su tale questione (argomento questo poi abbandonato in conseguenza del fatto che il Governo si era infine risolto a proporre l'impugnazione).

Ebbene, secondo la SC, l'argomento fondato sulla *issue estoppel* sarebbe stato comunque destinato a fallire, sulla base dell'assunto secondo cui un soggetto che ritiene di non essere parte di un valido accordo compromissorio non ha alcun onere di far valere l'invalidità dell'accordo compromissorio nel corso del procedimento arbitrale o di impugnare il successivo lodo nel paese della sede; l'onere di far valere l'invalidità dell'accordo compromissorio sorgerebbe invece solo nel momento in cui la supposta controparte instauri il procedimento per ottenere il riconoscimento o l'esecuzione del lodo (punto 23).

Se dunque, secondo la SC la mancata impugnazione del lodo nel quale gli arbitri affermano la propria competenza non dà luogo ad una *issue estoppel*, la Corte non sembra invece incontrare alcuna difficoltà nell'affermare che, se la questione relativa alla competenza degli arbitri sia stata discussa avanti al giudice dell'impugnazione (punto 98), ovvero avanti ai giudici della esecuzione (punto 29, ove Lord Mance cita il caso *The Sennar (No. 2)*), possa formarsi una *issue estoppel* o comunque un simile effetto preclusivo, sempre che ovviamente questi giudici riconoscano istituti affini a quello inglese dell'*issue estoppel* (cfr. Joseph, *Jurisdiction and Arbitration Agreements and their enforcement*, London, 2010, 560 ss.).

Volendo offrire un primo commento alla pronuncia, che il preteso rinvio dei giudici francesi al «diritto transnazionale» ai fini dell'accertamento della validità dell'accordo compromissorio costituisca un mero espediente per la applicazione di regole di diritto materiale francese è l'opinione della dottrina prevalente. È evidente infatti che l'accordo compromissorio non può esistere in un *legal vacuum*, ma può essere valido solo in base ad una legge statale. Anche se ci si potrebbe aspettare che il diritto straniero, come interpretato dai giudici di tale Stato, sia un fatto di cui prendere atto, piuttosto che una mera indicazione di massima da cui ci si possa liberamente discostare, non vi è dunque alcun dubbio che gli autori che non aderiscono all'impostazione della giurisprudenza francese apprezzeranno la decisione dei giudici inglesi. È meno certo invece che i giudici francesi apprezzeranno di essere stati interpretati da Lord Collins e da Lord Mance a proposito delle proprie regole di conflitto. Attendiamo con curiosità l'ormai prossimo pronunciamento della Corte d'appello di Parigi, chiamata a decidere della validità dell'accordo compromissorio.

Silvia Turatto

I

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA, Sez. III, 23 dicembre 2009, C-403/09 PPU - Pres. Lenaerts - Rel. Malenovský - Avv. gen. Bot (conf.) - Deti ek (avv. Žibret) c. Sgueglia (avv. Varanelli)

Giurisdizione - Responsabilità genitoriale - Reg. n. 2201/2003 (cd. Bruxelles II-bis) - Competenza a concedere l'affidamento - Provvedimenti provvisori - Stato membro nel cui territorio si trova il minore - Provvedimento di altro Stato membro che ha già affidato provvisoriamente il minore al genitore che si trova nel relativo territorio, nel contesto di una controversia sul merito dell'affidamento - Riconoscimento del provvedimento nello Stato di attuale presenza del minore - Competenza sul merito - Prevalenza

L'art. 20 Reg. n. 2201/2003, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, deve essere interpretato nel senso che, in una situazione quale quella oggetto della causa principale, esso non consente ad un giudice di uno Stato membro di adottare un provvedimento provvisorio in materia di responsabilità genitoriale inteso a concedere l'affidamento di un minore che si trova nel territorio di tale Stato ad uno dei suoi genitori, nel caso in cui un giudice di un altro Stato membro, competente in forza del detto Reg. a conoscere del merito della controversia relativa all'affidamento, abbia già emesso una decisione che affida provvisoriamente il minore all'altro genitore, e tale decisione sia stata dichiarata esecutiva nel territorio del primo Stato membro.

II

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA, Sez. III, 1° luglio 2010, C-211/10 PPU - Pres. Lenaerts - Rel. Juhász - Avv. gen. Sharpston (conf.) - Povse c. Alpagó

Giurisdizione - Responsabilità genitoriale - Reg. n. 2201/2003 (cd. Bruxelles II-bis) - Trasferimento illecito di minore - Competenza dello Stato membro ove il minore aveva la residenza abituale - Condizioni di suo esercizio - Prevalenza della competenza del giudice dello Stato ove il minore aveva residenza

L'art. 10, lett. b), iv), Reg. 2201/2003 dev'essere interpretato nel senso che un provvedimento provvisorio non configura una «decisione di affidamento che non prevede il ritorno del minore» ai sensi di tale disposizione e non può costituire il fondamento di un trasferimento di competenza ai giudici dello Stato membro verso il quale il minore è stato illecitamente trasferito.

L'art. 11, n. 8, Reg. 2201/2003 dev'essere interpretato nel senso che la decisione del giudice competente che disponga il ritorno del minore rientra nell'ambito di applicazione di tale disposizione anche qualora non sia preceduta da una decisione definitiva adottata dal medesimo giudice sul diritto di affidamento del minore.

Delibazione (giudizio di) - Titolo esecutivo europeo dei provvedimenti che dispongono il ritorno del minore illecitamente trasferito - Rilevanza ostativa all'exequatur di mutamenti nelle circostanze - Esclusione - Necessità di deduzione

dei mutamenti delle circostanze dinanzi al giudice che ha ordinato il trasferimento - Principio dell'Home State Remedy

L'art. 47, n. 2, co. 2, Reg. n. 2201/2003 dev'essere interpretato nel senso che una decisione emessa successivamente da un giudice dello Stato membro di esecuzione, che attribuisca un diritto di affidamento provvisorio e sia considerata esecutiva ai sensi della legge di tale Stato, non è opponibile all'esecuzione di una decisione certificata, emessa anteriormente dal giudice competente dello Stato membro di origine e con la quale era stato disposto il ritorno del minore.

L'esecuzione di una decisione certificata non può essere negata nello Stato membro di esecuzione adducendo un mutamento delle circostanze, sopravvenuto dopo la sua emanazione, tale per cui l'esecuzione potrebbe ledere gravemente il superiore interesse del minore. Un mutamento del genere dev'essere dedotto dinanzi al giudice competente dello Stato membro di origine, al quale dovrebbe essere presentata anche l'eventuale domanda di sospensione dell'esecuzione della sua decisione.

III

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA, Sez. II, 15 luglio 2010, C-256/09 - Pres. Cunha Rodrigues - Rel. Rosas - Avv. gen. Sharpston - Purucker (avv. Steinacker) c. Vallés Pérez

Delibazione (giudizio di) - Responsabilità genitoriale - Reg. n. 2201/2003 (cd. Bruxelles II-bis) - Provvedimenti provvisori in materia di diritto di affidamento - Norme del Reg. in materia di riconoscimento ed exequatur - Applicabilità - Esclusione

Le disposizioni stabilite dagli artt. 21 ss. Reg. n. 2201/2003 non si applicano a provvedimenti provvisori, in materia di diritto di affidamento, rientranti nell'art. 20 di detto Reg.*.

* Il testo delle sentenze è rintracciabile gratuitamente, in formato html, sul sito ufficiale della Corte (http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/pagina-di-presentazione, ricerca per numero di causa) per cui è superfluo, anche per comprensibili esigenze di spazio, trascriverne qui per esteso le motivazioni; idem per le articolate e sostanzialmente convergenti conclusioni degli Avv. gen., fatte salve le più ampie conclusioni dell'Avv. gen. Sharpston nell'ultimo caso, Purucker, che qui di seguito si trascrivono: «1-. I provvedimenti provvisori adottati da un'autorità giurisdizionale di uno Stato membro sulla base della competenza che tale autorità ha derivato dalle norme sulla competenza cognitiva di merito contenute nel Reg. n. 2201/2003, vanno riconosciuti ed eseguiti negli altri Stati membri allo stesso modo di qualunque altra decisione adottata sullo stesso fondamento, conformemente agli artt. 21 ss. di tale Reg. 2-. I provvedimenti provvisori adottati dall'autorità giurisdizionale di uno Stato membro sulla base del diritto nazionale nelle circostanze previste dall'art. 20 Reg. n. 2201/2003 non debbono essere riconosciuti o eseguiti in altri Stati membri, conformemente agli artt. 21 ss. Reg. Tale Reg., tuttavia, non osta al loro riconoscimento e alla loro esecuzione conformemente alle procedure previste nel diritto nazionale, in particolare quelle imposte da convenzioni bilaterali o multilaterali di cui gli Stati membri interessati siano parti. 3. Un'autorità giurisdizionale investita di una domanda di riconoscimento o di non riconoscimento di un provvedimento provvisorio, ovvero di una dichiarazione di esecutività, ha diritto di accertare il fondamento della competenza su cui si è basata l'autorità giurisdizionale (segue)

Recent ECJ Judgments in Cases of Children Abduction and Parental Responsibility The ECJ Judgments “Deticek”, “Povse” and “Purrucker” (**)

The comment addresses the most recent judgments of the European Court of Justice relating to jurisdiction and enforcement of judgments in matters of parental responsibility, stressing the ante omnia restituendus-approach of the European Court as far as cases of unlawful removal of a child are concerned.

I. The problem - Statutory frame

There is an old locution declaring: “*beati possidentes*” (1).

When it comes to international child abduction, this saying could not be truer. Judged by the number of the decisions of national and supranational courts published (2) in the recent years (3), the international abduction (4) of children seems to have “advanced” to an epidemic (5). As a rule, the abducting parent targets to retain the child long enough in his factual (i.e. *physical*) custody (6), before the procedure of the return remedy comes to an end (7), in order to establish the allegation (to “demonstrate” (8)) that “the child is now settled in its new environment” (9); therefore the authority concerned cannot order its return, *quod erat demonstrandum!*

On the other hand, child psychologists firmly believe that “the trauma children suffer from these abductions is one of the worst forms of child abuse” (10). According to the

(*segue nota*)

zionale di origine facendo leva sulla lettera o sul contenuto della sua decisione o, se necessario, comunicando con tale autorità giurisdizionale direttamente ovvero tramite le autorità centrali appropriate. Se, ma soltanto se, nessuno di questi mezzi dà luogo ad un risultato chiaro e soddisfacente, si deve presumere che tale competenza sia stata assunta nelle circostanze previste dall’art. 20, n. 1. Nel caso di decisioni provvisorie in tema di responsabilità genitoriale, si possono utilizzare gli stessi mezzi di comunicazione per verificare se la decisione sia (ancora) esecutiva nello Stato membro di origine, qualora venga contestata l’esattezza di un certificato rilasciato ai sensi dell’art. 39 Reg. n. 2201/2003; e, nell’ipotesi in cui tale comunicazione non abbia successo, si possono utilizzare altri mezzi di prova, purché dedotti in modo tempestivo».

** For Antony T. and Konstantinos-Jarosław D.

(1) “Blessed are the possessors”. The Latin form of the locution is the most known; see Liebs, *Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter*, 6. Aufl. (München 1998), 39, referring to a similar (though with a slight different meaning) locution by Euripides, *Danaë* 326, 8: “*οἱ δ’έχοντες ὄλβιοι*” (“*oi d’echontes olvioi*”; Nauck, *Tragicorum Graecorum Fragmenta*, ed. secunda, Leipzig 1889, 457-458)

(2) In various law reviews or online. For an overview of the issues concerning international child abduction, including case law and an online analysis of the case law, visit online the International Child Abduction Database under: www.incadat.com (unless otherwise stated, all internet addresses given in this paper are last visited on October 16th 2010).

(3) The best known (double) abduction case of the recent years (1998-1999) is the case *Tiemann*, which almost set fire in the relations of France and Germany and was a decisive factor for the issuance of the Regulation 1347/2000; see Hess, *Europäisches Zivilprozessrecht* (2010), § 7 No 8, 387.

(4) Or: “parental kidnapping” or, “wrongful international removal”

(5) Apart from the ECJ decisions discussed in the present paper, see also ECJ decision of 2nd April 2009 C-523/07 (A) and comment hereto by Rauscher, *LMK* 2009, 282910 (www.beck-online.de); BGH Beschluss v. 28.4.2010, *JZ* 2010, 412; ECJ Decision of 11th July 2008 C 195/08 *Rinau*. Another pending case in relation to wrongful removal of a child in case of father not married to the mother of the child is C-400/10 PPU, *J. McB. v L. E.* referred to the ECJ by the Supreme Court of Ireland on 6th August 2010 and then decided on 5th October 2010 (“*Council Regulation (EC) No 2201/2003 must be interpreted as not precluding a Member State from providing by its law that the acquisition of rights of custody by a child’s father, where he is not married to the child’s mother, is dependent on the father’s obtaining a judgment from a national court with jurisdiction awarding such rights to him, on the basis of which the removal of the child by its mother or the retention of that child may be considered wrongful, within the meaning of Article 2(11) of that Regulation*”). From the United States jurisdiction: Supreme Court *Abbott v. Abbott* (17th May 2010), 560 U.S._(2010), also retrievable online at <http://www.supremecourt.gov/opinions/09pdf/08-645.pdf> (last visited 15.10.2010). From the Greek Case Law: Areios Pagos Decision 873/2010 *Nomos* Online Law Database (hereinafter: *Nomos*); further: Areios Pagos 809/2000 *Isocrates* Online Law Database of the Athens Bar (hereinafter: *Isocrates*); Areios Pagos 1382/1995 *Efimeris Ellinon Nomikon* 1997, 254; Court of Appeal of Thrace 223/1999 *Armenopoulos* 1999, 1568 = *Dike* 31, 105; Court of Appeal of Thessaloniki 3662/1996 *Elliniki Dikaiosyni* 1997, 854; One Member District Court of Athens 981/2007 (unpublished in the law reviews); One Member District Court of Kos 1201/2001 *Armenopoulos* 2003, 1117.

(6) Or “possession”, as it is put by the United States’ Supreme Court, *Abbott v. Abbott* (17th May 2010), 560 U.S._(2010), Opinion of the Court, 2 in fine.

(7) Of course the abductor will by all means try to delay the procedure.

(8) In the wording of Art. 12 para 2 of the 1980 Hague Convention (see *infra* footnote 9).

(9) Art. 12 para 2 of the Hague Convention of 25th October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction: “The judicial or administrative authority, even where the proceedings have been commenced after the expiration of the period of one year referred to in the preceding paragraph, shall also order the return of the child, unless it is demonstrated that the child is now settled in its new environment.” It should, of course, not be forgotten that the allegation on the grounds of Art. 12 para 2 is an exception to the bounded jurisdiction of the Court to order the return of the child. This exception is only allowed under one condition, that being the case where the proceedings for the return remedy have been commenced after the expiration of the period of one year after the wrongful removal or retention. That means that the person who launches the return remedy in more than a year after the removal takes the risk for his/her inertia, should the child is then settled in its new environment. On the contrary, should the “offended” parent act swiftly (that is: launch the remedy within the year after the removal), the fact that the child may have settled in its new environment sets no obstacle to the return. It goes without saying, however, that every parent having wrongfully either removed or retained the child will evoke the implementation of both Art. 12 para 2 and Art. 13 para 1 section a. and section b (the latter stipulating the power of the Court to not order the return of the child if the party opposing it establishes that “there is a grave risk that his or her return would expose the child to physical or psychological harm or otherwise place the child in an intolerable situation”).

(10) Cited after US Supreme Court *Abbott v. Abbott* (17th May 2010), 560 U.S._(2010), Opinion of the Court, 18 (original citation: House Report No. 103-390, 2-1993); emphasis added.

Faulkner Report (11), the untoward effects of child abduction include: Reactive attachment disorder, learned helplessness, fear and phobias, stress and generalized anxiety disorder, guilt, acute stress disorder and posttraumatic stress disorder, parental alienation and the overburdened child, separation anxiety and fear of abandonment, grief (12).

Given those facts, the need for expeditious action and for a prompt court decision ordering the return of the child in cases of parental abduction is self-evident. The two international statutes granting the success of the return remedy are the Hague Convention of 25th October 1980 (13) and, for the EU Member States, Council Regulation 2201/2003 (14).

I.1. The Hague Convention of 25th October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction

The whole system of the 1980 Hague Convention is based on the speed of the procedure. According to Art. 11 para 1 of the Convention, "The judicial or administrative authorities of Contracting States shall act expeditiously in proceedings of the return of the child". The object of the Convention is to ensure the return of the child to the country of its habitual residence (15), where exactly the decision concerning its custody has to be made (16) (see Articles 1 and 16).

I.2. Council Regulation (EC) No 2201/2003

Council Regulation (EC) No 2201/2003 (17) complements the 1980 Hague Convention (18) and facilitates the issuance and the prompt enforcement of a return decision (19). Reg. 2201/2003 provides:

(a) Grounds establishing the international jurisdiction of the Courts of the Member States (20) and

(b) Clauses stipulating the immediate enforceability of the decision, abolishing the need for an *exequatur* proceeding (21).

(c) Furthermore, Reg. 2201/2003 gives a more specific notion to the "expeditiousness" of the Court action to be taken. Art. 11 para 3, 2nd subpara stipulates that "the court shall (22)... issue its judgment no later than six weeks after the application is lodged". To this end Art. 11 para 3, 1st subpara stipulates that, in cases of return remedies, "the court shall act expeditiously, using the most expeditious procedures available in national law" (23).

According to Reg. 2201/2003 the seized court of the Member State where the child was habitually resident immediately before the wrongful removal has the *last word* in matters of return. Under the given conditions (Art. 11 para 8 Reg. 2201/2003) its decision can counteract any contrary decision of a seized court in the Member State to which the child has been wrongfully

(12) As Clawar/Rivlin (*Children Held Hostage: Dealing with Programmed and Brainwashed Children*, American Bar Association 2003, 105) put it in the conclusion of Faulkner's study: "As adults, many victims of bitter custody battles who had been permanently removed from a target parent, whisked away to a new town and given a new identity, still long to be reunited with the lost parent. The loss cannot be undone. Childhood cannot be recaptured. Gone forever is that sense of history, intimacy, lost input of values and morals, self-awareness through knowing one's beginnings, love, contact with extended family, and much more. Virtually no child possesses the ability to protect him - or herself against such an undignified and total loss".

(13) Hereinafter "the 1980 Hague Convention"

(14) Also referred to as *Brussels II bis* Regulation (*Brussels I* being Council Regulation No 44/2001 and *Brussels II* being Council Regulation No 1347/2000).

(15) I.e. habitual prior to the abduction

(16) This is best stressed by the US Supreme Court *Abbott v. Abbott* (17 May 2010), 560 U.S. (2010), Opinion of the Court (D); see further Henrich, *Comment to ECJ 23.12.2009 C-403/09 (PPU), Deticek*, *FamRZ* 2010, 526, 527.

(17) Council Regulation (EC) No 2201/2003 of 27th November 2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, repealing Regulation (EC) No 1347/2000 (hereinafter: Reg. 2201/2003).

(18) The 1980 Hague Convention is open to other international instruments serving the same purpose of obtaining the return of an abducted child (see Art. 34 and 36); Hess, *Europäisches Zivilprozessrecht* (2010), § 7 No 90, 422; see also the view of Advocate General Bot on ECJ C-403/09 (PPU), *Deticek*, para 24.

(19) Recitals of the Reg. 2204/2003, Nr. 17: "In cases of wrongful removal or retention of a child, the return of the child should be obtained without delay, and to this end the Hague Convention of 25 October 1980 would continue to apply as complemented by the provisions of this Regulation, in particular Article 11. The courts of the Member State to or in which the child has been wrongfully removed or retained should be able to oppose his or her return in specific, duly justified cases. However, such a decision could be replaced by a subsequent decision by the court of the Member State of habitual residence of the child prior to the wrongful removal or retention. Should that judgment entail the return of the child, the return should take place without any special procedure being required for recognition and enforcement of that judgment in the Member State to or in which the child has been removed or retained".

(20) Especially the jurisdiction of the country of the habitual residence of the abducted child at the moment of the abduction (Art. 10).

(21) Article 42 Reg. 2201/2003 "Return of the child": 1. The return of a child referred to in Article 40(1) (b) entailed by an enforceable judgment given in a Member State shall be recognised and enforceable in another Member State without the need for a declaration of enforceability and without any possibility of opposing its recognition if the judgment has been certified in the Member State of origin in accordance with paragraph 2".

(22) "Except where exceptional circumstances make this impossible".

(23) The impact of the redundancy (*expeditious* and *expeditious[ly]*) in the English version of the Reg 2201/2003 accentuates best the meaning of Art. 11 para 3. This emphasis is unfortunately filed away in other translations of the text. Translators opting for textual variety often forget that there is only one effective way of stressing an idea: repetition! (see Gustave Le Bon, *Psychologie des foules*, Édition Félix Alcan, 1905, 9e édition, 78: "C'est Napoléon, je crois, qui a dit qu'il n'y a qu'une seule figure sérieuse de rhétorique, la répétition").

(11) Report by Nancy Faulkner presented to the United Nations Convention on Child Rights (Special Session June 9, 1999, held in Geneva); available online: www.prevent-abuse-now.com/unreport.htm. N. Faulkner's highly acclaimed study (reviews can be found online at: http://www.canadiancsrc.com/Nancy_Faulkner_Parental_Abduction_Peer_Reviews.aspx) is cited by the US Supreme Court (supra footnote 10) as well.

removed (24), thus frustrating the application of Art. 13 of the Hague Convention and of the clause of exception thereby provided for.

In the above sketched frame, it is no surprise that:

(a) almost every dispute arising in the context of a child abduction includes a connected issue of interim measures, whereas the return remedy *itself* is not a provisional one (25), and

(b) the potential antagonism of the courts of different Member States is system-immanent when it comes to the implementation of the 1980 Hague Convention as it is complemented by Reg 2201/2003 (26).

In the last months the ECJ has issued three decisions concerning the implementation of interim procedures in the matter of child abduction and solving complications that arose hereof. The present article firstly deals with the legal frame of the provisional measures under the Reg. 2201/2003 (under II.). The discussion of the three decisions follows (under III., IV. and V.). Some concluding remarks close the article (under VI.).

II. Provisional measures according to Council Regulation 2201/2003 - Some general remarks

According to Art. 20 of the Regulation 2201/2003 (under the title: Provisional, including protective, measures): “1. In urgent cases, the provisions of this Regulation shall not prevent the courts of a Member State from taking such provisional, including protective, measures in respect of persons or assets in that State as may be available under the law of that Member State, even if, under this Regulation, the court of another Member State has jurisdiction as to the substance of the matter. (27) 2. The measures referred to in paragraph 1 shall cease to apply when the court of the Member State having jurisdiction under this Regulation as to the substance of the matter has taken the measures it considers appropriate” (28).

Art. 20 corresponds to Art. 31 Regulation 44/2001 (29). Art. 20 Reg. 2201/2003 has however a narrower wording in two points, as it assumes: (a) urgent cases (30) and (b) persons or assets in the State where the provisional measure is going to be taken (31).

The Reg. 2201/2003 does not include a definition of *provisional* or *protective* measures. The specification of the measures that could fit into this notion has been left to the autonomous law of every Member State, in which the application for the provisional measure is being initiated (32).

In the frame of the Brussels Convention (and already in the frame of Regulation 44/2001), the notion “provisional measures” has been interpreted in an autonomous way. The ECJ defines the provisional measures as such being ordered in the scope of the Convention (and now: of the Regulation), aiming to preserve a factual or legal situation, in order to secure a right, the adjudication of which as to the substance lies within the jurisdiction of a court in another Member State (33). Besides, the ECJ in its *De Cavel* decision has rejected the possibility that the provisional measures are to be necessarily attracted to the court which has jurisdiction as to the substance of the matter because of coherence or adjunction (34).

It is doubtful though, whether the above interpretation is still valid in proceedings concerning parents-children relations. The wording of the paragraph 1 of Art. 20 Reg 2201/2003 (“*shall not prevent*”) does not mean, by definition, that the courts of a Member State, other than the Member State in which the main action has been initiated, would be deprived of their jurisdiction to order provisional measures according to their internal law.

Indeed, there is always the possibility that the laws of the Member States provide jurisdiction for their courts independently of the question whether the courts of the specific Member State are already seized, or whether they would have jurisdiction as to the merits of the case (35). Besides, the proceedings for provisional measures do not lie within the scope of the Regulation 2201/2003 (36).

(24) ECJ 11.7.2008 C-195/08 (PPU), *Rinau* Nos 56, 62-89 (by the way, the first PPU-Judgment); Wittwer, *ZEuP* 2009, 564, 575; for a concise analysis of the matter see Hess, *Europäisches Zivilprozessrecht* (2010), § 7 Nos 90, 95.

(25) Hess, *Europäisches Zivilprozessrecht* (2010), § 7 No 52, 406-407.

(26) ECJ 11.7.2008 C-195/08 (PPU), *Rinau*, para 80.

(27) Paragraph 1 of the Art. 20 corresponds absolutely to the provision of Art. 12 of Regulation 1347/2000. Paragraph 2 is new.

(28) Spellenberg, *Einstweilige Maßnahmen nach Art. 12 EheGVO*, in *Festschrift für Kostas E. Beys dem Rechtsdenker in attischer Dialektik* zum 70. Geburtstag am 25. November 2003 (Nakamura/Fasching/Gaul/Georgiades eds.), 2. Band, Athen 2003, 1583.

(29) Reg. 44/2001, Section 10: Provisional, including protective, measures, Article 31: “Application may be made to the courts of a Member State for such provisional, including protective, measures as may be available under the law of that State, even if, under this Regulation, the courts of another Member State have jurisdiction as to the substance of the matter”.

(30) See Borrás, *Report on Brussels II*, 16th July 1998 - Official Journal 1998 C221, 27-64 (hereinafter: Borrás Report), No. 58; it has been though correctly commented (Rauscher/Rauscher², *Europäisches Zivilprozessrecht, Kommentar*, 2006, Art. 20 Brüssel IIa-VO, No 2), that an urgent case is required even under the provision of Reg. 44/2001, and that the explicit reference made in Reg. 2201/2003 does not bring the two provisions apart; see the same author, op. cit., No 12.

(31) *MünchKommZPO*³-Gottwald, EheGVO Art. 20, No 3; see also Rauscher/Rauscher², op. cit. (footnote 30), Art. 20 Brüssel IIa-VO, No 1, 3, with critical remarks on the real notion of the provision.

(32) Borrás Report, No 59; Rauscher/Rauscher², op. cit. (footnote 30), Art. 20 Brüssel IIa-VO, Nos 4; *MünchKommZPO*³-Gottwald, EheGVO Art. 20, No 5. In German Law the respective provision could be found in § 620 ZPO; see Rauscher/Rauscher², op. cit. (footnote 30), Art. 20 Brüssel IIa-VO, No 7. In Greek Law such a measure could be the *provisional settlement of a situation* according to Art. 731 GrC.C.Proc.; see Tsantinis in Maniotis/Tsantinis, *Civil Justice in Greece* (2010), 119.

(33) ECJ 26.3.1992 C-261/90, Reichert und Kockler ./ *Dresdner Bank*, para 34; see Dilger, *Die Regelungen zur internationalen Zuständigkeit in Ehesachen in der Verordnung (EG) Nr. 2201/2003*, (2004), 212.

(34) ECJ 6.3.1980 C-120/79, De Cavel ./ *De Cavel II*; ECJ 17.11.1998 C-391/95, van Uden Maritime BV ./ *Deco-Line KG*.

(35) So for instance the Greek Law.

(36) Borrás Report, No 59.

The need for provisional measures arising from the whole context of the proceedings for the regulation of parents-children relations would have been regulated by the respective provisions of the autonomous civil procedure law. The regulations of the autonomous civil procedure law would have provided all other conditions concerning the ordering and the validity of the provisional measures. For instance, the Greek law provides (37), that the action as to the merits of the case has to be initiated within 30 days after the order of the provisional measures. This stipulation is valid, even if the action as to the substance of the case should be brought before the courts of another Member State. According to the above citation of the Borrás' Report (38), the provision of Art. 20 Reg. 2201/2003 seems to be important for Member States in which provisional measures can only be ordered by the court which has jurisdiction as to the merits of the case.

The provision of Art. 20, which expressly interferes with the "national law", seems to have a clarifying character (39). It clarifies, that even if according to the law of a Member State provisional measures could only be ordered if the courts of this State would have jurisdiction as to the substance of the matter, this provision falls back to the provision of Art. 20 (40).

In the cases presented in this article several issues concerning the provision of Art. 20 are discussed.

III. ECJ "Deticek v Sgueglia"

The first judgment discussed in this article is the Judgment of the ECJ (Third Chamber) of 23rd December 2009 C-403/09 (PPU (41)) in the proceedings *Jasna Deticek v Maurizio Sgueglia*.

III.1. Facts of the case - Procedural Course - Referred questions

The reference for a preliminary ruling came from the Court of Appeal of Maribor (42) (Slovenia). According to the judgment, the facts of the case are as follows:

i) Facts of the case - Procedural Course

The spouses Ms Deticek (Slovene) and Mr Sgueglia (Italian) lived in Rome (Italy) for 25 years and have a daughter born in 1997. On 25th July 2007 the competent court in Tivoli (Italy) provisionally granted sole custody of the daughter to Mr Sgueglia and ordered her to be placed temporarily in the children's home of the Calasantian Sisters in Rome. On the same date Ms Deticek left Italy with her daughter and went to live in Slovenia. The order of the Tribunale di Tivoli was declared enforceable in Slovenia (by judgment confirmed by the Slovene Supreme Court) and was about to be enforced indeed. Meanwhile, on 28th November 2008, Ms Deticek made an application to Slovene Court for a "provisional and protective measure" giving her custody of the child. The application was granted by order of the court dating 9th December 2008. The Slovene court based its decision on Article 20 of Regulation No 2201/2003 in conjunction with Article 13 of the 1980 Hague Convention, on the grounds of change of circumstances and the interests of the child. Subsequently, by order of 2nd February 2009, the Slovene District Court Slovenska Bistrica suspended enforcement of the order of the Tribunale di Tivoli until the final

disposal of the main proceedings. The court held "that Antonella was settled in her social environment in Slovenia (43). Return to Italy with enforced placement in a children's home would be contrary to her welfare, as that would cause irreversible physical and psychological trauma" (44). Mr Sgueglia challenged unsuccessfully that order before the same court and then appealed to the Court of Appeal, Maribor. The Court of Appeal stayed the proceedings and referred the following two questions to the Court for a preliminary ruling:

ii) Referred questions

"1. Does a court of the Republic of Slovenia (a Member State of the European [Union]) have jurisdiction under Article 20 of [Regulation No 2201/2003] to take protective measures in a situation in which a court of another Member State, having by virtue of that Regulation jurisdiction as to the substance, has already taken a protective measure declared enforceable in the Republic of Slovenia? If the answer to the first question is in the affirmative:

2. May a Slovene court, pursuant to national law (as permitted by Article 20 of [Regulation No 2201/2003]), take a protective measure under Article 20 of [Regulation No 2201/2003] amending or rendering inoperative a final and enforceable protective measure taken by a court of another Member State which under [Regulation 2201/2003] has jurisdiction as to the substance?"

III.2. Opinion of the Court - Remarks

The Court stated in its conclusion (45) answering the two questions together: "Article 20 of Council Regulation (EC) No 2201/2003 [...], must be interpreted as not allowing, in circumstances such as those of the main proceedings, a court of a Member State to take a provisional measure in matters of parental responsibility granting custody of a child who is in the territory of that Member State to one parent, where a court of another Member State, which has jurisdiction under that Regulation as to the substance of the dispute relating to custody of the child, has already delivered a judgment provisionally giving custody of the child to the other

(37) Art. 693 paragraph 1 gr.C.C.Proc.

(38) Which in this point has been characterized as "sybillic": Rauscher/Rauscher², op. cit. (footnote 30), Art. 20 Brüssel IIa-VO, No 1.

(39) See Rauscher/Rauscher², op. cit. (footnote 30), Art. 20 Brüssel IIa-VO, No 14; Hess, *Europäisches Zivilprozessrecht* (2010), § 7 No 50, 406.

(40) See Rauscher/Rauscher², op. cit. (footnote 30), Art. 20 Brüssel IIa-VO, No 8 and 10.

(41) Procédure préjudicielle d'urgence (new Article 104b of the Rules of Procedure of the Court of Justice of the European Communities).

(42) Višje sodišče v Mariboru.

(43) See supra, footnote 9.

(44) ECJ 23.12.2009 C - 403/09 (PPU), *Deticek*, para 25.

(45) The *Deticek* Judgment is commented by Rieck, *Anm. zu EuGH: Zuständigkeit von Gerichten unterschiedlicher EU-Mitgliedstaaten bei kollidierenden Sorgerechtsentscheidungen*, *FamFR* 2010, 166; Henrich, *FamRZ* 2010, 525, 526.

parent, and that judgment has been declared enforceable in the territory of the former Member State”.

i) Art. 20 Reg. 2201/2003: *An exception?*

This conclusion contains a new clarification concerning the provision of Art. 20. I think, however, that the reasoning to the court needs further clarification: The court States (46): “Article 20 (1) of Regulation No 2201/2003 [...] is an exception to the system of jurisdiction laid down by the Regulation [and therefore] that provision must be interpreted strictly”. This is right, when seen from the point of view of the party who left the Member State of the main jurisdiction and now seeks provisional measures in another Member State (47). The purpose of Art. 20 Reg. 2201/2003 is to make it easier for one party to have provisional measures ordered in the Member State to which the defendant has moved. Certainly, the whole philosophy of the Regulation is to preserve the jurisdiction of the courts of the Member State from which the one party has left either lawfully or wrongfully. On this base, the Regulation establishes however also the jurisdiction of the courts of the State to which this party has moved as an additional privilege of the remaining party. From his/her point of view, i.e. if and when he/she is applying for provisional measures, nothing seems to be bound to a strict interpretation. Given those objectives of the Regulation, what the ECJ rules is that the provision of Art. 20 is a “one-way road”. The jurisdiction for provisional measures of the Member State which has no jurisdiction as to the substance cannot be exploited by the “leaving” party. The ECJ indeed states (48): “Article 20 of Regulation No 2201/2003 cannot therefore be interpreted in such a way that it can be used by the parent who has wrongfully removed the child as an instrument for prolonging the factual situation caused by his or her wrongful conduct or for legitimating the consequences of that conduct”. The applicant meant in Art. 20 is not the abductor; it is the applicant protected by the whole Regulation: the remaining party or the party against whom a wrongful retention was committed. In any other case, the objective of the Regulation could be easily undermined.

ii) *Affirmation of the three cumulative conditions for the provisional measures*

In this interpretation frame of Art. 20 the court reaffirmed the settled case law on the three cumulative conditions on which the courts are entitled to take provisional or protective measures, namely that the measures concerned: (a) must be urgent, (b) must be taken in respect of persons or assets in the Member State where those courts are situated, and (c) must be provisional (49). The court has denied the urgency of the matter, since (50) “the recognition of a situation of urgency in a case such as the present one would run counter to the aim of Regulation No 2201/2003 to deter the wrongful removal or retention of children between Member States... To accept that a measure involving a change of parental responsibility could be taken under Article 20 (1) of Regulation No 2201/2003 would amount, by consolidating a factual situation deriving from wrongful conduct, to strengthening the position of

the parent responsible for the wrongful removal”. Besides, “any delay in the enforcement procedure in the requested Member State would contribute to creating the conditions that would allow the former court to block the enforcement of the judgment that had been declared enforceable. Such an interpretation would undermine the very principles on which that Regulation is based” (51).

iii) *Provisional measures in matters of parental responsibility*

The court rules explicitly also on matters concerning the proceeding aiming for provisional measures in matters of parental responsibility. It states that in such cases provisional measures are taken “not only in respect of the child but also in respect of the parent to whom custody of the child is now granted and of the other parent (52) who, following the adoption of the measure, is deprived of that custody” (53). The Court states that such decisions should take into consideration “the fundamental rights of the child as set out in the European Charter of Children’s Rights, to maintain on a regular basis a personal relationship and direct contact with both parents”. According to the Court (54) a “measure which prevents the maintenance on a regular basis of a personal relationship and direct contact with both parents can be justified only by another interest of the child of such importance that it takes priority over the interest underlying that fundamental right”. The need for “balanced and reasonable assessment of all the interests involved” can “in principle” only be satisfied, within proceedings before the court with jurisdiction as to the substance. Decisions about custody matters - even provisional ones - should therefore be made by the courts of the Member State of the habitual residence of the child (55); moreover, such court decisions already delivered cannot be counteracted or overruled through decisions made by courts of the Member State to which the child has been wrongfully removed.

IV. ECJ *Povse*

The second judgment discussed in this article is the judgment of the ECJ (Third Chamber) of 1st July 2010

(46) ECJ 23.12.2009 C - 403/09 (PPU), *Deticek*, para 38.

(47) ECJ 23.12.2009 C - 403/09 (PPU), *Deticek*, para 50: “Next, as is apparent from the very wording of Article 20(1) of Regulation No 2201/2003, provisional measures must be taken in respect of persons in the Member State in which the courts with jurisdiction to take such measures are located”.

(48) ECJ 23.12.2009 C - 403/09 (PPU), *Deticek*, para 57.

(49) ECJ 2.4.2009 C-523/07, A, para 47; Henrich, *Comment to ECJ 23.12.2009 C-403/09 (PPU), Deticek, FamRZ 2010, 526.*

(50) ECJ 23.12.2009 C-403/09 (PPU), *Deticek*, para 49.

(51) ECJ 23.12.2009 C-403/09 (PPU), *Deticek*, para 47.

(52) Emphasis added.

(53) ECJ 23.12.2009 C-403/09 (PPU), *Deticek*, para 51; Henrich, *Comment to ECJ 23.12.2009 C-403/09 (PPU), Deticek, FamRZ 2010, 526, 527.*

(54) ECJ 23.12.2009 C-403/09 (PPU), *Deticek*, para 59.

(55) ECJ 23.12.2009 C-403/09 (PPU), *Deticek*, para 60, 61; see also the view of Advocate General Bot, para 6.

C-211/10 (PPU) in the proceedings *Doris Povse v Mauro Alpago*.

IV.1. Facts of the case - Procedural Course - Referred questions

The reference for a preliminary ruling came from the Oberster Gerichtshof of Austria. According to the judgment, the facts of the case are as follows:

i) Facts of the case - Procedural Course

Ms Povse and Mr Alpago lived together as an unmarried couple in Vittorio Veneto, Italy, until the end of January 2008 with their daughter Sofia, born 2006, of which both parents had joint custody. At the end of January 2008, the couple separated and Ms Povse left the family home taking her daughter Sofia with her.

— Mr. Alpago's first motion in Italy

Upon application of Mr. Alpago an Italian court ordered as a provisional measure that Ms Povse was not allowed to leave Italy with the child. Despite the order mother and daughter moved to Austria and have lived there since. On May 2008 the prohibition on the mother leaving Italy with the child was revoked in Italy (she was by then gone anyway). In the same Italian provisory order custody was awarded, provisionally, to both parents. The incident set up a number of actions and applications brought up by both sides against one another. Set forth below is an outline of the different motions (actions and applications).

— Mr. Alpago's first motion in Austria

"On 16th April 2008 Mr Alpago brought an action before the Bezirksgericht Leoben (Austria) to obtain the return of his child to Italy on the basis of Article 12 of the 1980 Hague Convention". Mr. Alpago's action was dismissed by the Bezirksgericht Leoben, whose decision was set aside by the Landesgericht Leoben (Austria). Subsequently (November 2008), the Bezirksgericht Leoben again dismissed Mr Alpago's action, on the basis of the Italian judgment revoking the prohibition on the mother leaving Italy with the child. The Landesgericht Leoben upheld the decision to dismiss Mr Alpago's action on the ground that there was a grave risk of psychological harm to the child, within the meaning of Article 13(b) of the 1980 Hague Convention.

— Mr. Alpago's second motion in Italy

On April 2009 Mr. Alpago applied to the Tribunale per i Minorenni di Venezia, as part of the pending custody proceedings, for an order requiring the return of his child to Italy under Article 11(8) of the Reg. 2201/2003. The case was heard on 19th May 2009. On 10th July 2009 the Tribunale per i Minorenni di Venezia ordered the immediate return of the child to Italy and issued a certificate under Article 42 of the Regulation.

— Ms. Povse's motion in Austria

As for Ms Povse, she has as well brought up an action before the Bezirksgericht Judenburg (Austria), requesting that custody of the child be granted to her. "On 26th May 2009 that court (56) declared that it had jurisdiction on the basis of Article 15(5) of the Regulation, and asked the Tribunale per i Minorenni di Venezia to decline its jurisdiction" (57). Moreover, "on 25th August 2009 the Bezirksgericht Judenburg issued an interim order,

awarding provisional custody of the child to Ms Povse and sent a copy of that order by mail to the father in Italy... On 23rd September 2009 that order became final and enforceable under Austrian law" (58).

— Mr. Alpago's come-back in Austria

On 22nd September 2009 Mr Alpago sought enforcement of the return judgment of the Tribunale per i Minorenni di Venezia of 10th July 2009 by submitting an application to the Bezirksgericht Leoben. "The Bezirksgericht Leoben dismissed that application on the ground that enforcement of the judgment of the Italian court represented a grave risk of psychological danger to the child. On an appeal brought by Mr Alpago against that decision, the Landesgericht Leoben quashed the decision, on the basis of Case C-195/08 PPU Rinau [2008] ECR I-5271, and ordered return of the child" (59). Ms Povse appealed against the decision of the Landesgericht Leoben before the Oberster Gerichtshof. This court has stayed the procedures and referred the following five questions to the ECJ.

ii) Referred Questions

"1. Is a "judgment on custody that does not entail the return of the child" within the meaning of Article 10(b)(iv) of [the Regulation] also to be understood as meaning a provisional measure by which "parental decision-making power", and in particular the right to determine the place of residence, is awarded to the abducting parent pending the final judgment on custody?"

The question is crucial because the issuance of a "judgment on custody that does not entail the return of the child" is according to Art. 10 b (iv) Reg. 2201/2003 a condition under which (inter alia (60)) the courts of the Member State where the child was habitually resident immediately before the abduction lose jurisdiction to the courts of the Member State in which the child has acquired habitual residence after the wrongful removal. The question in plain form would be: Do Italian courts retain jurisdiction after the Italian provisory judgment of May 2008, or is jurisdiction henceforth transferred to the Austrian courts? (61)

"2. Does a return order fall within the scope of Article 11(8) of [the Regulation] only where the court orders return on the basis of a judgment on custody delivered by that court?"

The question is crucial because, as already pointed out (62), Art. 11 (8) is one of the milestones concerning the complementation of the 1980 Hague Convention by the Reg. 2201/2003. It reserves the *last word* to the courts of the Member State where the child has had its habitual

(56) Without allowing Mr Alpago the opportunity to state his case in accordance with the principle that both parties must be heard.

(57) ECJ 20.4.2010 C-211/10 (PPU), *Povse*, para 28.

(58) ECJ 20.4.2010 C-211/10 (PPU), *Povse*, para 32: without any information on his right to refuse acceptance of service and without any translation.

(59) ECJ 20.4.2010 C-211/10 (PPU), *Povse*, para 33.

(60) Art. 10 Reg. 2201/2003 is indeed a puzzle for every reader. Nonetheless, very careful reading reveals its meaning.

(61) See ECJ 20.4.2010 C-211/10 (PPU), *Povse*, para 42.

(62) See *supra* 0.

residence before the abduction. Should one try to “read” through interpretation any other condition for the immediate enforceability of the return judgment of those courts, the whole effect of the enforceability vanishes. Such a condition would be that the return order could only counteract a non-return judgment (pursuant to Art. 13 of the 1980 Hague Convention), if all custody matters were *a priori* solved (and specifically, solved by the same return-judgment). Or as put by the Court: “By this question, the referring court seeks to ascertain whether Article 11(8) of the Regulation must be interpreted as meaning that a judgment of the court with jurisdiction ordering the return of the child falls within the scope of that provision only when the basis of that order is a final judgment of the same court relating to rights of custody of the child” (63).

3. If Question 1 or 2 is answered in the affirmative:

(a) Can the lack of jurisdiction of the court of origin (Question 1) or the inapplicability of Article 11(8) of [the Regulation] (Question 2) be relied on in the second State as against the enforcement of a judgment in respect of which the court of origin has issued a certificate in accordance with Article 42(2) of [the Regulation]?

(b) Or, in such circumstances, must the opposing party apply for that certificate to be revoked in the State of origin, thereby allowing enforcement in the second State to be stayed pending the decision in the State of origin?

4. If Questions 1 and 2 or Question 3(a) are/is answered in the negative:

Does a judgment delivered by a court in the second State and regarded as enforceable under the law of that State, by which provisional custody was awarded to the abducting parent, preclude the enforcement of an earlier return order made in the State of origin under Article 11(8) of [the Regulation], in accordance with Article 47(2) of [the Regulation], even if it would not prevent the enforcement of a return order made in the second State under the Hague Convention?

The question addresses the issue of contradicting decisions in matters of return or non-return of the abducted child.

5. If Question 4 is also answered in the negative:

(a) Can the second State refuse to enforce a judgment in respect of which the court of origin has issued a certificate under Article 42(2) of [the Regulation] if, since its delivery, the circumstances have changed in such a way that enforcement would now constitute a serious risk to the best interests of the child?

(b) Or must the opposing party invoke that change of circumstances in the State of origin, thereby allowing enforcement in the second State to be stayed pending the judgment in the State of origin?

IV.2. Opinion of the Court

i) Interpretation of Art. 10 (b) (iv)

The ECJ answers that Article 10(b) (iv) of Reg. 2201/2003 must be interpreted strictly (64). The transfer of jurisdiction cannot be the effect of an unlawful removal (65). Moreover the Court stated, that given the principle that *the jurisdiction* of the courts of the Member State where the child had his habitual residence

immediately before to the abduction *should be retained*, “judgment on custody that does not entail the return of the child” has to be a *final judgment*, a judgment “*adopted on the basis of full consideration of all the relevant factors, in which the court with jurisdiction rules on arrangements for the custody of a child who is no longer subject to other administrative or judicial decisions*” (66). The provisory judgment of the Italian court of May 2008 is no final judgment on rights of custody and therefore does not transfer jurisdiction to Austrian courts (67).

ii) Interpretation of Art. 11 (8)

The ECJ answers that “such an interpretation, which makes the enforcement of a judgment of the court with jurisdiction ordering the return of the child dependent on whether a final judgment on rights of custody has been delivered by that court, has no basis in the wording of Article 11 of the Regulation and, specifically, of Article 11(8)” (68). It may be, that the object of both the 1980 Hague Convention and the Reg. 2201/2003 is to ensure the return of the child to the country of its habitual residence, where exactly the decision concerning its custody has to be made (69) (see Articles 1 and 16 of the 1980 Hague Convention and 11 para 7 of Reg. 2201/2003). The Court states, that this provision “merely indicates the final objective of the administrative and judicial procedures, namely regularisation of the child’s situation. It cannot be inferred from that provision that a decision on the custody of the child is a prerequisite for the adoption of a decision ordering the return of the child (70). Indeed, the purpose of that interim decision is also to contribute to achievement of the final objective, in particular, resolving the issue of custody of the child” (71). The standpoint of the Court is endorsed by the text of the Regulation (Articles 40 and 42 to 47 (72)) and by the Court’s case-law (73). The Court finally states: “Consequently, the answer to the second question is that Article 11(8) of the Regulation must be interpreted as

(63) ECJ 20.4.2010 C-211/10 (PPU), *Povse*, para 51.

(64) ECJ 20.4.2010 C-211/10 (PPU), *Povse*, para 45.

(65) ECJ 20.4.2010 C-211/10 (PPU), *Povse*, para 44.

(66) ECJ 20.4.2010 C-211/10 (PPU), *Povse*, para 46.

(67) ECJ 20.4.2010 C-211/10 (PPU), *Povse*, para 49-50.

(68) ECJ 20.4.2010 C-211/10 (PPU), *Povse*, para 52.

(69) See *supra* footnote 16.

(70) In this frame the Court points out (ECJ 20.4.2010 C-211/10 (PPU), *Povse*, para 62) that “the objective of the provisions of Articles 11(8), 40 and 42 of the Regulation, namely, that proceedings be expeditious, and the priority given to the jurisdiction of the court of origin are scarcely compatible with an interpretation according to which a judgment ordering return must be preceded by a final judgment on rights of custody”.

(71) ECJ 20.4.2010 C-211/10 (PPU), *Povse*, para 53.

(72) Those stipulations “in no way tie the enforcement of a judgment made under Article 11(8) and accompanied by the certificate referred to in Article 42(1) of the Regulation to the prior adoption of a judgment on custody” (ECJ 20.4.2010 C-211/10 (PPU), *Povse*, para 54).

(73) ECJ 11.7.2008 C 195/08, *Rinau*.

meaning that a judgment of the court with jurisdiction ordering the return of the child falls within the scope of that provision, even if it is not preceded by a final judgment of that court relating to rights of custody of the child” (74). This answer makes the third referred question obsolete.

iii) *Contrary judgments of the Member State of enforcement shall not prohibit the enforcement of the return judgment of the Member State of origin*

In an absolute and rigorous manner (75), the ECJ answers that - almost - nothing can stop the enforcement of a return judgment of the Member State of origin (76); certainly not a contrary judgment subsequently delivered by a court in the Member State of enforcement. Any other interpretation “would amount to circumvent the system set up by Section 4 of Chapter III of the Regulation” (77).

iv) *Encore: Again, nothing in the Member State of enforcement can stop the enforcement of a return judgment of the Member State of origin*

The ECJ answers that even in case a significant change of circumstances in relation to the best interests of the child arises, this “constitutes an issue of substance, which may, in appropriate cases, cause the decision of the court which has jurisdiction over the return of the child to change” (78). Such issues have to be resolved by the courts having jurisdiction in the Member State of the origin, “in accordance with the division of jurisdiction referred to more than once in this judgment”. Any application for any suspension of enforcement of its judgment should be addressed to this court (79).

As it was put by a comment on the Povse judgment, the concise answer of the ECJ to the referred questions was: “no, no, no and no - the child returns to Italy” (80).

V. ECJ *Purrucker*

The third judgment presented in this article is the judgment of the ECJ (Second Chamber) of 15th July 2010 C-256/09 in the proceedings *Bianca Purrucker v Guillermo Vallés-Pérez*. The judgment addresses a different issue (whether the provisions of Art. 21 etc. Reg. 2201/2003 apply to provisional measures) and therefore it is only roughly presented here. It surely would deserve an exclusive discussion.

V.1. *Facts of the case - Procedural Course*

The reference for a preliminary ruling came from the Bundesgerichtshof (Germany). According to the judgment, the facts of the case are as follows:

i) *Facts of the case - Procedural course*

Ms Purrucker (German) lived in Spain with Mr Vallés Pérez (Spanish) and gave birth to twins in May 2006. Because their relationship had deteriorated and Ms Purrucker wanted to return to Germany with her children, on 30th January 2007 they signed an agreement before a notary which had to be approved by a court in order to be enforceable. In this agreement they have stipulated that the infant children are subject to the parental responsibility of the father and the mother both of whom will have custody; it was none the less agreed

that Ms Purrucker is to move with the children to Germany. Because of complications and the need for surgery, the one child, Samira, could not leave hospital. On 2nd February 2007 Ms Purrucker therefore left for Germany with her son Merlín only.

— Mr. Vallés Pérez’s Motion in Spain

Subsequently, on the grounds that he no longer felt bound by the agreement Mr. Vallés Pérez initiated an application before the Juzgado de Primera Instancia No 4 of San Lorenzo de El Escorial seeking the granting of provisional measures and, in particular, rights of custody of the children Samira and Merlín. By judgment of 8th November 2007, the court indeed adopted urgent and provisional measures: Joint rights of custody of the two children were awarded to the father; both parents are to retain parental responsibility. The mother had to return the infant son Merlín to his father, domiciled in Spain. A *ne exeat* rule was also adopted. On 11th January 2008 the Juzgado de Primera Instancia No 4 of San Lorenzo de El Escorial issued a certificate pursuant to Article 39(1) of Regulation No 2201/2003, certifying that its judgment was enforceable and that notice of it had been served.

— Ms. Purrucker’s Motion

Ms Purrucker had herself initiated substantive proceedings before the Amtsgericht Albstadt seeking custody of the children Merlín and Samira. The custody proceedings were postponed assigned to the Amtsgericht Stuttgart (Germany), in accordance with Article 13 of the German Law on the enforcement and application of various legal instruments on international family law (*Gesetz zur Aus - und Durchführung bestimmter Rechtsinstrumente auf dem Gebiet des internationalen Familienrechts*). Given Mr. Vallés Pérez’s pending motion, the Amtsgericht Stuttgart stayed its proceedings in accordance with Article 19(2) of the Regulation until the judgment of the Juzgado de Primera Instancia No 4 of San Lorenzo de El Escorial acquired the force of *res judicata*. Ms Purrucker brought an appeal against the judgment of the Amtsgericht Stuttgart. On 14th May 2009 the Oberlandesgericht Stuttgart set aside that judgment and referred the case back to the Amtsgericht Stuttgart for reconsideration because, as it observed, the application for rights of custody brought in Spain in June 2007 by Mr Vallés Pérez was part of proceedings brought for the granting of provisional measures, whereas the application for rights of custody brought in Germany on 20th September 2007 by Ms Purrucker was an action relating to the substance of the matter. The legal issues and claims concerned by such an action are different from those concerned by interlocutory proceedings.

(74) ECJ 20.4.2010 C-211/10 (PPU), *Povse*, para 67.

(75) ECJ 20.4.2010 C-211/10 (PPU), *Povse*, para 69-79.

(76) Only subsequent judgments in the Member State of origin can set aside the enforceable judgment (ECJ 20.4.2010 C-211/10 (PPU), *Povse*, para 76, 77).

(77) ECJ 20.4.2010 C-211/10 (PPU), *Povse*, para 78.

(78) ECJ 20.4.2010 C-211/10 (PPU), *Povse*, para 81.

(79) ECJ 20.4.2010 C-211/10 (PPU), *Povse*, para 81.

(80) <http://internationalfamilysolutions.com/2010/09/european-court-of-justice-decides-povse-c-21110-ppu.html>

— Mr. Vallés Pérez's Motion in Germany

Meanwhile, the father sought the enforcement of the Spanish judgment. Consequently, the Amtsgericht Stuttgart, by a decision of 3rd July 2008, and the Oberlandesgericht Stuttgart, by a decision on appeal of 22nd September 2008, ordered enforcement of the judgment of the Spanish court and warned the mother that she could be fined if she did not comply with the order. This last judgment was appealed by Ms Purrucker before the Bundesgerichtshof, on the ground that, under Article 2(4) of Regulation No 2201/2003, the recognition and enforcement of judgments delivered by the courts of other Member States is not applicable to provisional measures within the meaning of Article 20 of that Regulation, because they cannot be classed as judgments relating to parental responsibility. This leads to the referred question.

ii) *Referred Question*

The Bundesgerichtshof stayed the proceeding and referred to the ECJ the following question: “Do the provisions of Article 21 et seq. of [Regulation No 2201/2003] concerning the recognition and enforcement of decisions of other Member States, in accordance with Article 2(4) of that Regulation, also apply to enforceable provisional measures, within the meaning of Article 20 of that Regulation, concerning the right to child custody?”

V.2. *Opinion of the Court*

The ECJ denied the question. It ruled that “The provisions laid down in Article 21 et seq. of Council Regulation (EC) No 2201/2003 of 27 November 2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, repealing Regulation (EC) No 1347/2000, do

not apply to provisional measures, relating to rights of custody, falling within the scope of Article 20 of that Regulation”.

According to the court, Art 20 Reg. No 2201/2003 can cover only measures adopted by courts which do not base their jurisdiction, in relation to parental responsibility, on one of the articles in Section 2 of Chapter II of the Regulation (81).

VI. Concluding remarks

The provisional measures in cases of children abduction and parental responsibility seem to be an issue of greater importance in the recent ECJ case-law. The following concluding remarks pertain to the first two cases discussed here:

— Every involved parent is challenged to take the proceedings in the Member State of the habitual residence of the child prior to the abduction very seriously (82). They cannot be undermined by the proceedings in the Member State where the child has been moved to.

— Every involved parent should know that the jurisdiction of the courts of the Member State where the child had his habitual residence immediately before the abduction cannot be either undermined or circumvented. Neither can the return judgment issued by these courts. There may be an old locution declaring: “*beati possidentes*”. And there are yet judges in Luxemburg showing no respect to old locutions.

Spyros Tsantinis

Assistant Professor at the Democritus University of Thrace

(81) ECJ 15.07.2010 C-256/09, *Purrucker*, para 63.

(82) Halfmeier, *Comment to ECJ 1.7.2010 C-211/10 (PPU), Pouse*, LMK 2010, 308104 (www.beck-online.de).

I

High Court of Justice, Queen's Bench Division, 2 ottobre 2008, [2008] EWHC 2155 (Comm), Mr Justice Clarke - Syska, acting as the administrator of Elektrim S.A. (in bankruptcy) et al. (avv.ti Moss, Millet, Kenny) v. Vivendi Universal S.A. et al. (avv.ti Landau, Zacharoli, Diwan)

Insolvenza transazionale - Reg. n. 1346/2000 sulle procedure d'insolvenza - Effetti prodotti dall'apertura del concorso - Procedure pendenti - Art. 15 Reg. n. 1346/2000 - Giudizi arbitrari - Inclusione

La previsione di cui all'art. 15 Reg. n. 1346/2000, la quale, in deroga alla regola generale dell'applicazione della lex concursus "alla procedura di insolvenza e ai suoi effetti", rimette alla legge dello Stato Membro ove il procedimento pende la disciplina degli effetti prodotti dalla apertura del concorso sul procedimento stesso, va intesa come riferita ai procedimenti di cognizione, in contrapposizione a quelli di esecuzione forzata. Non v'è ragione di escludere l'arbitrato dall'ambito di applicazione della suddetta norma, in quanto le legittime aspettative di coloro che hanno devoluto la loro controversia ad un collegio arbitrale alla prosecuzione del procedimento sino al suo esito naturale sono meritevoli di una tutela altrettanto incisiva di quella accordata alle analoghe aspettative di coloro che hanno instaurato un giudizio avanti all'autorità giudiziaria.

Insolvenza transazionale - Reg. n. 1346/2000 sulle procedure d'insolvenza - Effetti prodotti dall'apertura del concorso - Giudizi arbitrari non pendenti - Decisiva la legge dello Stato di apertura - Giudizi arbitrari pendenti - Art. 15 Reg. n. 1346/2000 - Decisiva la legge dello Stato ove il procedimento pende

Le disposizioni di cui agli articoli 4/2 e) e 15 Reg. n. 1346/2000, se lette con specifico riferimento all'arbitrato, risultano essere potenzialmente confliggenti. Tale conflitto va risolto nei seguenti termini: qualora, al momento dell'apertura della procedura di insolvenza, non vi siano procedimenti arbitrari pendenti, gli effetti della dichiarazione di fallimento sulla convenzione di arbitrato, quale "contratto in corso", sono disciplinati dalla legge dello "Stato di apertura" in virtù della previsione di cui all'art. 4/2 e); qualora invece, come nel caso di specie, vi siano a quel tempo arbitrati in corso, trova applicazione la disposizione di cui all'art. 15. Più precisamente, spetta in quest'ultimo caso alla legge dello Stato ove il procedimento pende la disciplina degli effetti della dichiarazione di concorso sul procedimento pendente, nonché sulla stessa convenzione di arbitrato per quanto attiene al procedimento in corso. Infatti, se si ritenesse che le sorti del patto arbitrale siano rimesse alla lex concursus anche qualora vi siano procedimenti arbitrari pendenti, la previsione di cui all'art. 15 rimarrebbe di fatto disapplicata, con riferimento a questi ultimi, ogniqualvolta la legge dello Stato di apertura preveda il venir meno della convenzione di arbitrato quale conseguenza della dichiarazione di concorso; ciò in quanto all'annullamento del patto ar-

bitrale consegue necessariamente l'arresto dei procedimenti di arbitrato pendenti*.

II

Court of Appeal, 9 luglio 2009, [2009] EWCA Civ 677, Justice Longmore, Justice Patten (plurality opinion) - Syska, acting as the administrator of Elektrim S.A. (in bankruptcy) et al. (avv.ti Moss, Millet, Kenny) v. Vivendi Universal S.A. et al. (avv.ti Landau, Diwan)

Insolvenza transazionale - Reg. n. 1346/2000 sulle procedure d'insolvenza - Effetti prodotti dall'apertura del concorso - Giudizi arbitrari non pendenti - Decisiva la legge dello Stato di apertura - Giudizi arbitrari pendenti - Art. 15 Reg. n. 1346/2000 - Decisiva la legge dello Stato ove il procedimento pende - Applicabilità dell'art. 15 Reg. n. 1346/2000 in funzione del fondamento legislativo ovvero negoziale del procedimento - Esclusione

Non v'è alcun conflitto tra le disposizioni di cui agli artt. 4 e 15 Reg. n. 1346/2000; piuttosto, ciascuna di tali norme ha il proprio specifico e diverso campo di applicazione. In particolare, se si riconosce che il procedimento di arbitrato in corso è un "procedimento pendente" ai sensi dell'art. 15 Reg., è alla legge dello Stato ove il procedimento pende che occorre guardare quanto alla disciplina di tutte quelle questioni, ancorché riguardanti la validità della convenzione di arbitrato, che siano tali da incidere sulla possibilità di prosecuzione del procedimento arbitrale stesso. La sola distinzione tracciata - peraltro espressamente - dall'art. 15 è tra i procedimenti pendenti e quelli futuri; sarebbe invece irrealistico ritenere che il Reg. abbia inteso prevedere un trattamento diversificato dei vari procedimenti sulla base del fondamento legislativo ovvero negoziale dei procedimenti stessi.**

III

Tribunale Federale Svizzero, Sez. I, 31 marzo 2009, 4P.170/2005 - Pres. Klett - Giudici Corboz, Rottenberg Liatowitsch, Kolly, Kiss, 4A_428/2008 - Vivendi S.A. et al. (avv.ti Naegeli, Orelli) v. Deutsche Telecom et al. (avv.ti Patocchi, Aebi), Elektrim S.A. et al. (avv.ti Gräniicher, Courvoisier), Polska Telefonia (avv.ti Scherer, Tattini, Radjai)

Insolvenza transazionale - Apertura del concorso - Procedure pendenti - Giudizi arbitrari - Effetti sulla capacità del fallito di essere parte del procedimento - Norme di conflitto in tema di capacità giuridica - Lex incorporationis

La questione degli effetti dell'apertura della procedura di insolvenza sugli arbitrati in corso riguarda la capa-

* Il testo della sentenza è rintracciabile gratuitamente, in formato html, sul sito Internet: <http://www.bailii.org>, ricerca per nome delle parti. Superflua ne è dunque la pubblicazione per esteso.

** Il testo della sentenza è rintracciabile gratuitamente, in formato html, sul sito Internet: <http://www.bailii.org>, ricerca per nome delle parti. Superflua ne è dunque la pubblicazione per esteso.

ciò del soggetto fallito di essere parte del procedimento. Ai fini dell'individuazione della legge applicabile, in assenza di una norma ad hoc nel sistema svizzero di diritto internazionale privato (che prevede una disposizione a tal proposito con esclusivo riferimento agli enti pubblici), occorre guardare alle norme di conflitto in tema di capacità giuridica e pertanto, nel caso di enti collettivi, agli artt. 154 e 155 lett. c) IPRG;

*ciò, in virtù del principio generale del diritto processuale che ricollega la capacità di essere parte alla titolarità di capacità giuridica. È dunque da ritenere, in ultima analisi, che la disciplina degli effetti della dichiarazione di concorso sui procedimenti di arbitrato pendenti sia rimessa alla lex incorporationis, in quanto legge che disciplina la capacità di essere parte dell'arbitrato***.*

Il caso vivendi: la disciplina degli effetti della dichiarazione di fallimento sul procedimento arbitrale pendente all'estero tra *lex concursus* e *lex loci arbitri*

Quale legge disciplina gli effetti dell'apertura di una procedura di insolvenza sugli arbitrati in corso all'estero? In particolare: bisogna guardare alle lex loci arbitri o alla lex concursus? Questa la questione affrontata, nelle pronunce in epigrafe, dai giudici inglesi della High Court e della Court of Appeal, da un lato, e dal Tribunale federale svizzero, dall'altro, i quali, facendo riferimento a diversi sistemi di norme di conflitto - rispettivamente, il Regolamento CE n. 1346/2000 relativo alle procedure di insolvenza e le norme svizzere di diritto internazionale privato -, pervengono a soluzioni difformi, e financo opposte quanto ai loro riflessi sulle singole fattispecie decise.

1. Premessa: il rilievo della questione

La disciplina del rapporto tra arbitrato e fallimento (1), o meglio, più precisamente, quella degli effetti del secondo sul primo, si regge immancabilmente su di un delicato equilibrio tra interessi e principi tra loro confliggenti (2).

Nella logica del diritto fallimentare, il quale persegue la massimizzazione del valore del patrimonio facente capo al fallito e la garanzia di una (seppur relativa) *par condicio creditorum* al fine di assicurare nella massima misura possibile il soddisfacimento dei creditori stessi, il soggetto insolvente dev'essere privato del potere di disporre liberamente del suo patrimonio, e, così, parzialmente limitato nella capacità di agire e resistere in giudizio; le stesse esigenze impongono poi una tendenziale centralizzazione dei procedimenti giurisdizionali dinanzi ad un unico giudice, così da assicurare la dimensione collettiva della procedura concorsuale.

Dal canto suo, l'arbitrato è invece una delle più marcate espressioni dell'autonomia negoziale delle parti, alle quali l'ordinamento riconosce la facoltà di scegliere un soggetto privato quale giudice delle loro controversie, nonché, entro certi limiti, di individuare le norme processuali e sostanziali che il medesimo sarà chiamato ad applicare. È dunque la salvaguardia della volontà negoziale espressa nel *compromissum* l'anima e l'obiettivo principe della disciplina dell'arbitrato; al tempo stesso, il ricorso a quest'ultimo comporta un accentuato decentramento della tutela giurisdizionale, che risulta addirittura demandata ad un giudice "privato".

Pertanto, l'apertura di una procedura di insolvenza determina l'insorgere di un conflitto, almeno potenziale, tra gli interessi della generalità dei creditori concorsuali - alla cui tutela è funzionale il diritto fallimentare - e quelli

del debitore fallito e/o di un singolo creditore alla sopravvivenza della convenzione di arbitrato e alla prosecuzione dei procedimenti arbitrali pendenti (3).

Se tale conflitto si presenta pressoché negli stessi termini in ogni ordinamento, non del tutto omogenee sono le modalità di volta in volta individuate per comporlo; più precisamente, a fronte della generalizzata primazia del diritto fallimentare - tanto che, ovunque, ci si occupa degli effetti del fallimento sull'arbitrato e non dei riflessi di quest'ultimo sul primo (4) -, la disciplina prevista nei vari Paesi quanto alla *perpetuatio* della competenza giurisdizionale degli arbitri, nonché alle modalità di conduzione del procedimento dinanzi ad essi, presenta profili di divergenza (5). Di qui il rilievo dell'individuazione della legge appli-

*** Il testo della sentenza è rintracciabile gratuitamente, in formato html, sul sito Internet del Bundesgericht di Losanna, <http://www.bger.ch/index/jurisdiction/jurisdiction-inherit-template/jurisdiction-recht/jurisdiction-recht-urteile2000.htm>, inserendo nella maschera di ricerca il numero di registro 4A_428/2008. Superflua ne è quindi la pubblicazione per esteso.

(1) Va precisato che il termine fallimento è impiegato, qui come altrove nel corso della presente trattazione, in una accezione impropria, ossia con riferimento alla generalità delle procedure concorsuali.

(2) Cfr., a tal riguardo, Baizeau, *Compétence de l'arbitre et faillite à la lumière des arrêts anglais et suisse dans l'affaire Vivendi c/ Elektrim*, *Gazette du Palais* 2009, 5; Id., *Arbitration and Insolvency: Issues of Applicable law*, in Müller-Rigozzi (eds.), *New Developments in International Commercial Arbitration*, Geneva 2009, 98; Kröll, *Arbitration and Insolvency Proceedings-Selected Problems*, in Mistelis-Lew (edited by), *Pervasive problems in international arbitration*, Alphen aan den Rijn 2006, 357 ss.; Markert, *Arbitrating in the financial crisis: insolvency and public policy versus arbitration and party autonomy - which law governs?*, *Contemp. Asia Arb. Journal* 2009, 222-223; Poelzig, *Parteien insolvenz in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit*, *ZZPint* 14, 2009, 395 ss. Poudret-Besson, *Comparative Law of International Arbitration*, London-Zürich 2007, 305 ss.

(3) V. *In re United States Lines Inc*, 197 F3d 631, 640 (2d Cir 1999), cert. denied, 120 SCt 1532 (2000) [citing *In re Distrigas Corp*, 80 BR 606, 610 (D Mass 1987)]: la relazione tra arbitrato e diritto dell'insolvenza "presents a conflict of near polar extremes: bankruptcy policy exerts an inexorable pull towards centralization while arbitration policy advocates a decentralized approach towards dispute resolution".

(4) Cfr. Fouchard, *Arbitrage et faillite*, *R. arbitrage*, 1998, 473.

(5) Cfr., sul punto: Kröll, cit. nt. 2, 361 ss.; Lazić, *Insolvency proceedings and commercial arbitration*, The Hague 1998; Markert, cit. nt. 2, 223. Poelzig, cit. nt. 2, 404 ss.; v. anche le considerazioni in chiave comparatistica di Jestaedt, *Schiedsverfahren und konkurs*, Berlin, 1985.

cabile allorché, in pendenza di un procedimento arbitrale in un certo Stato, venga aperta all'estero una procedura di insolvenza a carico di una delle parti; in particolare, le molteplici soluzioni in astratto prospettabili a tal riguardo sono essenzialmente riconducibili ad una duplice alternativa, consistente nell'identificazione della legge applicabile con quella dello Stato di apertura della procedura di insolvenza (cd. *lex concursus*) ovvero con la *lex arbitratus* (6).

Di recente, nelle pronunce in epigrafe, il dilemma in questione è stato risolto in termini opposti dai giudici inglesi della High Court e della Court of Appeal, da un lato, e dal Tribunale federale svizzero, dall'altro lato, in sede di riesame delle decisioni di due collegi arbitrali aventi sede, rispettivamente, nell'uno e nell'altro Paese. È opportuno sottolineare sin d'ora che il diverso esito cui sono giunti gli uni e gli altri si spiega anzitutto in ragione del fatto che, a fronte dell'esatta coincidenza - per quanto qui interessa - delle fattispecie decise (aventi peraltro quali protagoniste le medesime parti), ben diverso è il contesto normativo di riferimento: l'ordinamento comunitario - ed in particolare il Reg. n. 1346/2000 relativo alle procedure di insolvenza -, nel caso delle pronunce inglesi; il sistema delle norme di conflitto di origine meramente interna, quanto a quella svizzera.

2. La decisione inglese: l'opzione per la *lex loci arbitri*

2.1. La fattispecie e il problema dell'individuazione, nell'ambito del Reg. n. 1346/2000, della norma di conflitto applicabile

La controversia decisa in Inghilterra, al pari di quella sottoposta all'attenzione del Tribunale federale svizzero, si inquadra in un contenzioso di più ampie dimensioni, che ha visto due società francesi (Vivendi Universal SA e Vivendi Telecom International SA, "Vivendi") e una polacca (Elektrim SA, "Elektrim") quali parti contrapposte in una serie di procedimenti giudiziari ed arbitrali svoltisi in vari Paesi Europei.

In particolare, nel caso di specie, Vivendi lamenta la violazione, da parte di Elektrim, di uno degli accordi commerciali che avrebbero dovuto garantirle l'acquisto di partecipazioni azionarie della PTC - società di telefonia mobile con sede in Polonia -; instaura dunque un procedimento arbitrale davanti alla London Court of International Arbitration (LCIA), in conformità a quanto previsto dalla clausola compromissoria contenuta nel contratto in questione, al fine di veder accertato l'inadempimento della società polacca, con conseguente condanna della medesima al risarcimento dei danni subiti. Successivamente, mentre l'arbitrato è in corso in Inghilterra, Elektrim viene dichiarata fallita, su propria istanza, dalla Corte di Varsavia.

La società convenuta sostiene che, a seguito del proprio fallimento, il procedimento arbitrale non possa continuare; infatti, troverebbe applicazione l'art. 142 della legge polacca di materia di fallimento e risanamento, norma che prevede la perdita di efficacia della convenzione di arbitrato e il definitivo arresto dei procedimenti su di essa fondati quali effetti della dichiarazione di concorso. L'eccezione in parola non trova tuttavia accoglimento presso il Collegio arbitrale, il quale, ritenuto che nel caso di specie dovesse trovare applicazione la legge inglese an-

ziché quella polacca, nega che la propria competenza sia venuta meno e decide il merito della controversia accertando, con lodo non definitivo, l'inadempimento contrattuale di Elektrim (7).

Quest'ultima adisce allora la High Court (8) sostenendo che il lodo così pronunciato dovrebbe ritenersi invalido, in quanto la *potestas iudicandi* del Tribunale arbitrale sarebbe venuta meno nel corso del procedimento. La prospettazione di Elektrim non trova però credito nemmeno presso il giudice londinese, il quale (in persona di Mr Justice Clarke) rigetta la domanda di annullamento del lodo. Nei medesimi termini si pronuncia altresì la Court of Appeal, successivamente adita dalla società soccombente.

Queste, in estrema sintesi, le coordinate della vicenda giudiziaria in commento, la quale si incentra sulla tematica degli effetti dell'apertura di una procedura concorsuale sugli arbitrati in corso all'estero e dei quali il debitore insolvente sia parte. Più precisamente, l'alternativa, che gli arbitri prima e i giudici londinesi poi sono stati chiamati a sciogliere, consiste nello stabilire se tali effetti siano disciplinati dalla legge polacca (cd. *lex concursus*), ovvero dalla legge inglese (cd. *lex loci arbitri*). Ben diverse sono infatti le conseguenze dell'una e dell'altra soluzione: nel primo caso, la competenza degli arbitri sarebbe venuta meno al momento della dichiarazione di fallimento di Elektrim, di talché il lodo sarebbe stato invalidamente pronunciato (9); nel secondo, al contrario, la prosecuzione del procedimento arbi-

(6) Occorre sottolineare che, come s'è accennato, il panorama delle soluzioni prospettabili è in realtà assai più ampio; e ciò soprattutto in ragione della complessità del fenomeno dell'arbitrato commerciale internazionale, per definizione svincolato, in quanto tale, dai singoli ordinamenti nazionali. Più precisamente, pare si potrebbe ragionevolmente fare riferimento alle seguenti discipline: a) legge dello Stato di apertura della procedura di insolvenza (cd. *lex concursus*); b) legge dello "Stato di riferimento" del soggetto fallito (che in linea di massima è individuato in base al domicilio/residenza, nel caso di persona fisica, o alla collocazione della sede, qualora si tratti di enti collettivi) (cd. *lex incorporationis*), ove diversa da quella *sub a*); c) legge dello Stato ove l'arbitrato è localizzato (ossia del Paese ove l'arbitrato ha sede - cd. *lex loci arbitri* - o quello la cui legge processuale regola il procedimento, a seconda del criterio scelto ai fini della definizione della nazionalità dell'arbitrato); d) legge che disciplina la convenzione di arbitrato, ove diversa da quella *sub c*). V., a tal proposito, Kasolowsky-Steup, *Insolvenz in internationalen Schiedsverfahren - lex arbitri oder lex fori concursus*, IPRax 2010, 181, i quali prospettano una triplice alternativa: "nach dem Recht des Staates, in dem das Insolvenzverfahren eröffnet wurde (lex fori concursus), nach dem Gesellschaftsstatut der insolventen Gesellschaft oder aber nach der lex arbitri", nonché Markert, cit. nt. 2, 224.

(7) La decisione in questione, presa dalla LCIA a maggioranza di due membri su tre (con opinione dissidente dell'arbitro polacco prof. Rajski), ha, come s'è detto, natura di lodo parziale; la pronuncia definitiva, resa in data 12 febbraio 2009 (ossia in epoca successiva alla pronuncia della High Court in merito alla validità di quella parziale), ha condannato Elektrim al risarcimento del danno conseguente all'inadempimento precedentemente accertato (v. *infra* par. 4).

(8) Ciò in virtù di quanto previsto alla sec. 67 *Arbitration Act 1996*.

(9) L'art. 147 della legge polacca in materia di fallimento e risanamento dispone infatti (trad. ingl.): "Any arbitration clause concluded by the bankrupt shall lose its legal effect as at the date bankruptcy is declared and any pending arbitration proceedings shall be discontinued".

trale sarebbe da ritenersi del tutto legittima, in quanto gli arbitri avrebbero conservato il proprio potere giurisdizionale nonostante il fallimento della società polacca (10).

Quanto alla normativa di riferimento per la soluzione della questione, essa è individuata senza incertezze nel Reg. n. 1346/2000, quale parte integrante della legislazione inglese (11); più precisamente, si ritiene di dover guardare alle disposizioni sui conflitti di leggi in esso contenute, le quali si sostituiscono integralmente alle corrispondenti norme di diritto internazionale privato previste dai singoli ordinamenti dei Paesi Membri (12).

L'individuazione della regola di conflitto applicabile al caso di specie si rivela essere però tutt'altro che agevole, in quanto, in assenza di espressa previsione in proposito (13) occorre procedere ad una interpretazione congiunta di varie disposizioni dal contenuto apparentemente confliggente.

A venire in gioco è, anzitutto, la norma di cui all'art. 4, la quale enuncia il principio generale dell'applicabilità della *lex concursus* "alla procedura di insolvenza e ai suoi effetti" (c. 1), precisando poi che tale legge determina in particolare "gli effetti della procedura di insolvenza sui contratti in corso di cui il debitore è parte" (c. 2 lett. e) nonché i riflessi della medesima "sulle azioni giudiziarie individuali, salvo che per il procedimenti pendenti" (c. 2 lett. f). Occorre poi tener conto della previsione speciale di cui all'art. 15, che dispone, in deroga alla regola generale sancita all'art. 4, che "gli effetti della procedura di insolvenza su un procedimento pendente relativo ad un bene o a un diritto del quale il debitore è spossessato sono disciplinati esclusivamente dalla legge dello Stato membro nel quale il procedimento è pendente" (14).

Alla luce di tali disposizioni, la High Court - così come, precedentemente, il Collegio arbitrale e gli stessi difensori delle parti in lite - enuclea in particolare due questioni, sulle quali verteranno gli snodi argomentativi fondamentali della sua decisione. Il giudice londinese ritiene che occorra anzitutto stabilire se l'arbitrato possa essere considerato un "procedimento pendente" ai sensi dell'art. 15 Reg.; in caso di risposta affermativa, ci si dovrebbe poi soffermare sul rapporto tra la previsione di cui al combinato disposto degli articoli 4/2 f) e 15 e quella di cui all'art. 4/2 e), verificando, *in primis*, se la convenzione di arbitrato possa annoverarsi tra i "contratti in corso" cui quest'ultima fa riferimento.

2.2. I "procedimenti pendenti" di cui all'art. 15 Reg. e l'arbitrato

La High Court si sofferma così, anzitutto, sulla disposizione di cui all'art. 4/2 f), osservando che l'espressione "*proceedings brought by individual creditors*" ivi contenuta debba intendersi come riferita alla generalità dei procedimenti instaurati nei confronti del debitore insolvente, indipendentemente dalla natura esecutiva o cognitiva degli stessi; pertanto, è nell'ambito di questa assai ampia categoria di procedimenti che andrebbero individuati quelle "*lawsuit pending*" che, in virtù della previsione derogatoria di cui al combinato disposto degli articoli 4/2 f) e 15, sono disciplinate - quanto agli effetti della dichiarazione di fallimento - dalla legge dello Stato ove esse pendono, anziché dalla *lex concursus*. In particolare, tali "procedimenti

pendenti" si identificherebbero con i processi di cognizione, in contrapposizione a quelli esecutivi, i quali sarebbero invece disciplinati comunque dalla legge dello "Stato di apertura" in conformità a quanto previsto all'art. 4 (15).

Una tale differenziazione tra il regime dei procedimenti di cognizione e di quelli di esecuzione forzata, prospettata anche dalla più gran parte degli interpreti (16), tro-

(10) V. Schedule B1, para 43, *Insolvency Act 1986*.

(11) A tal riguardo, v. *infra* nt. 43. Va sottolineato che le pronunce inglesi in commento sono le prime a doversi misurare con la questione dell'impatto del Reg. sugli arbitrati in corso; stupisce, peraltro, che i giudici londinesi non abbiano ritenuto opportuno adire la Corte di giustizia con un ricorso pregiudiziale interpretativo ex art. 234 TCE.

(12) Cfr. *Considerando 23*. Le ragioni che hanno indotto il legislatore comunitario a prevedere, accanto ad una disciplina in tema di giurisdizione e riconoscimento delle pronunce straniere (nella quale si esaurisce invece il contenuto del Reg. n. 44/2001), un sistema uniforme di norme di conflitto, sono evidenziate nel celebre *Report on the Convention on insolvency proceedings*, curato da Virgos e Schmidt (*Erläuternder Bericht zu dem EU-Übereinkommen über Insolvenzverfahren*, in Stoll, *Vorschläge und Gutachten zur Umsetzung des EU-Übereinkommens über Insolvenzverfahren in deutsches Recht*, Tübingen 1997). Essi sottolineano, in particolare, che le procedure concorsuali, in ragione della dimensione collettiva che le connota, possono funzionare effettivamente solo allorché sia garantito un elevato grado di certezza del diritto; più precisamente, affinché le procedure di insolvenza di rilievo transnazionale possano essere condotte in maniera efficiente, è necessario che gli Stati interessati riconoscano, oltre alla competenza giurisdizionale dello Stato di apertura, anche i poteri dei liquidatori e gli effetti di tutti i provvedimenti pronunciati nel corso della procedura stessa. Ciò può accadere, osservano ancora gli Autori del *Report*, solo qualora siano previste regole uniformi di conflitto, le quali assicurino che i diritti garantiti ai creditori concorsuali vengano riconosciuti in tutti gli Stati membri. V. Moss-Smith, *Commentary on Council Regulation 1346/2000 on Insolvency Proceedings*, in Moss-Fletcher-Isaacs (edited by), *The EC Regulation on insolvency proceedings. A commentary and Annotated Guide*, Oxford-New York 2009, 279.

(13) Più precisamente, nessuna norma del Reg. fa espressa menzione dell'arbitrato.

(14) È opportuno tener presente altresì la versione inglese delle disposizioni in questione, cui nel caso di specie si è fatto riferimento: art. 4: "1. *Save as otherwise provided in this Regulation, the law applicable to insolvency proceedings and their effects shall be that of the Member State within the territory of which such proceedings are opened, hereafter referred to as the 'State of the opening of proceedings'*; 2. *The law of the State of the opening of proceedings shall determine the conditions for the opening of those proceedings, their conduct and their closure. It shall determine in particular: ... (e) the effects of insolvency proceedings on current contracts to which the debtor is party; (f) the effects of the insolvency proceedings on proceedings brought by individual creditors, with the exception of lawsuits pending*"; art. 15: "*The effects of insolvency proceedings on a lawsuit pending concerning an asset or a right of which the debtor has been divested shall be governed solely by the law of the Member State in which that lawsuit is pending*".

(15) Non trova invece credito presso il giudice inglese la tesi della società ricorrente, secondo la quale la nozione di "*proceedings brought by individual creditors*" andrebbe circoscritta ai soli procedimenti esecutivi, nel cui novero sarebbero pertanto da individuare le "*lawsuit pending*"; questi ultimi si identificherebbero, in particolare, con quei procedimenti di esecuzione forzata per i quali si preveda il necessario intervento dell'autorità giudiziaria.

(16) Cfr., oltre a Virgos-Schmidt, *Report*, cit. nt. 12, 83, e Virgos-Garcimartin, *The European Insolvency Regulation: Law and Practice*, (segue)

va conforto nelle linee direttrici di fondo cui il Reg. si ispira. Si consideri, a tal riguardo, che il sistema di norme uniformi di conflitto ivi delineato si impernia sull'applicazione della *lex concursus*, quale regola generale volta a garantire la massima efficienza nella conduzione della procedura concorsuale (art. 4) (17); e, al tempo stesso, sull'applicazione di una diversa - e ben precisa - disciplina nazionale, in via derogatoria, con riferimento a quelle ipotesi, espressamente enumerate (artt. 5-15), in cui la necessità di tutelare le "aspettative legittime e la certezza delle transazioni negli Stati membri diversi da quello in cui la procedura è stata aperta" (18) si imponga con particolare forza. In tale ottica, la previsione speciale di cui all'art. 15 assicura la prosecuzione del giudizio pendente, a tutela delle aspettative dei litiganti, ogniquale volta la *lex fori* non preveda l'arresto del medesimo quale conseguenza della dichiarazione di concorso ed a prescindere da quanto disposto sul punto dalla legge dello "Stato di apertura"; ciò, tuttavia, con esclusivo riferimento a quelle tipologie di giudizi il cui proseguimento non sia suscettibile di pregiudicare - per lo meno direttamente - gli interessi della massa dei creditori. Così intesa la norma in questione, l'ambito di applicazione della medesima non può che ritenersi circoscritto ai soli procedimenti di cognizione in corso, con contestuale esclusione di quelli esecutivi; ed invero, poiché l'esito di questi ultimi è suscettibile di incidere direttamente sul patrimonio del fallito, diminuendone il valore, la tutela del legittimo affidamento deve in tal caso necessariamente arretrare di fronte a quella - prevalente nell'ottica del legislatore comunitario - degli interessi della massa (19).

Il giudice procede dunque nella propria argomentazione osservando che, una volta identificati le "*lawsuit pending*" con i giudizi di cognizione (20), non v'è ragione di escludere l'arbitrato dall'ambito di operatività dell'art. 15 e, con esso, dalla sfera di incidenza della legge inglese.

Una tale esclusione non si giustificerebbe né alla luce della lettera della disposizione in parola, la cui terminologia si attaglia altrettanto bene ai procedimenti giudiziali e a quelli arbitrali, né tanto meno in base alle esigenze di tutela cui essa è funzionale (21). Invero - osserva MJ Clarke - non sarebbe ragionevole ritenere che il legislatore comunitario, in spregio alle convenzioni internazionali che tutelano l'arbitrato internazionale (22), abbia negato pari dignità alle aspettative di coloro che hanno instaurato un procedimento avanti all'autorità giudiziaria, da un lato, ed a quelle di coloro che hanno adito un Collegio arbitrale, dall'altro lato. In particolare, solo nell'ottica di una concezione arcaica e ormai superata dei reciproci rapporti tra giudici privati e giurisdizione statale potrebbe attribuirsi rilievo alla circostanza che il potere decisionale dei primi scaturisce da una fonte negoziale, laddove la seconda è invece espressione della sovranità dello Stato, al fine di giustificare un trattamento deteriorato dei procedimenti arbitrali pendenti (23).

(segue nota 16)

Kluwer 2004, richiamati nella pronuncia in commento, Catalozzi, *Disciplina comunitaria*, in Lo Cascio (diretto da), *Codice commentato del fallimento*, Milano 2008, 1920-1921; Dammann, *Art. 15*, in Pannen (edited by), *European insolvency regulation*, Berlin 2007, 300; Daniele, *Legge applicabile e diritto uniforme nel Reg. comunitario*

relativo alle procedure di insolvenza, RDIPP 2002, 37 nt. 11; Id., *Il Reg. n. 1346/2000 relativo alle procedure di insolvenza: spunti critici*, *Dir. fall.* 2004, 616 nt. 66; De Cristofaro, *Il Reg. n. 1346/2000, relativo alle procedure di insolvenza*, in Ferrari (a cura di), *Le convenzioni di diritto del commercio internazionale*, Milano 2002, 387-388; Fletcher, *Insolvency in Private International Law*, Oxford 1999, 282; Fumagalli, *Il Reg. comunitario sulle procedure di insolvenza*, RDP 2001, 700 nt. 59; Huber, *Internationales Insolvenzrecht in Europa*, ZZP 2001, 166; Leandro, *Il ruolo della lex concursus nel Reg. comunitario sulle procedure di insolvenza*, Bari 2008, 304 ss.; Willemer, *Vis attractiva concursus und die Europäische Insolvenzverordnung*, Tübingen 2006, 68 ss.; in giurisprudenza: Corte di giustizia, 17 marzo 2005, C-294/02, *Commission v AMI Semiconductor Belgium and others*. V. anche, per una lettura parzialmente diversa, De Cesari-Montella, *Le procedure di insolvenza nella nuova disciplina comunitaria*, Milano 2004, 136 ss. Cfr. infine Moss-Smith, cit. nt. 12, 299.

(17) Più precisamente, l'efficace amministrazione del patrimonio del fallito e la *par condicio creditorum*. V., in particolare, *Considerando 2 e 4*.

(18) Così, *Considerando 24*.

(19) Cfr., sul punto, Willemer, cit. nt. 16, 70-71. Va sottolineato che dalla distinzione da ultimo prospettata tra processi di cognizione e procedimenti esecutivi sarebbe tuttavia erroneo inferire l'assoluta neutralità dei primi rispetto alle ragioni dei creditori concorsuali; in realtà, anche i processi di cognizione pendenti - e, al pari di essi, gli arbitrati in corso - sono potenzialmente idonei a collidere con gli interessi di tali soggetti: cfr., con specifico riguardo all'arbitrato, Kröll, cit. nt. 2, 360 ss.. D'altra parte, la stessa previsione, da parte degli ordinamenti nazionali, di specifiche norme in tema di effetti dell'apertura della procedura di insolvenza sui giudizi in corso non si spiega se non alla luce della potenziale incidenza dei secondi sulla prima. Tuttavia, a differenza di quanto accade per i procedimenti esecutivi, gli effetti dei processi di cognizione e degli arbitrati sull'andamento della procedura concorsuale sono sempre e comunque indiretti, in quanto l'esito di questi ultimi non è in ogni caso idoneo ad incidere, in quanto tale, sulla consistenza del patrimonio del debitore insolvente. È inoltre opportuno precisare, sotto diverso profilo, che il divieto di azioni esecutive individuali a seguito dell'apertura di una procedura concorsuale è previsto da tutti gli ordinamenti europei, nonché dallo stesso Reg. n. 1346/2000. Cfr., a quest'ultimo riguardo, De Cristofaro, cit. nt. 16, 388, che scorge nel disposto di cui all'art. 20 c. 1 una previsione, seppur implicita, in tal senso.

(20) O meglio, più precisamente, con i procedimenti di cognizione aventi ad oggetto beni o diritti dei quali il debitore è sprossato. Cfr., in merito alla controversa interpretazione di tale locuzione, nonché alla lettura accolta dai giudici inglesi nel caso di specie, Moss-Smith, cit. nt. 12, 301-302.

(21) Nell'affermare ciò, i giudici londinesi non si limitano a far riferimento al solo testo inglese del Reg., bensì prendono in considerazione le ventuno differenti versioni linguistiche del medesimo, rilevando che "*only two of the translations make specific reference to court or judicial proceedings. The others refer either to a lawsuit or proceedings/legal proceedings/legal dispute - terms which extend, or are, at the lowest, capable of extending, beyond a court action, and which do not suggest a limitation to proceedings in court* (par. 57)". MJ Clarke sottolinea inoltre che altri atti normativi comunitari, allorché hanno inteso escludere l'arbitrato dal proprio ambito di applicazione, hanno disposto espressamente in tal senso; è il caso, ad es., del Reg. n. 44/2001 (art. 1 c. 2 lett. d) o della Conv. Roma in materia di legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (art. 1 c. 2 lett. d).

(22) Si fa qui riferimento, in particolare, alla Conv. New York del 1958 in materia di riconoscimento ed esecuzione delle sentenze arbitrali straniere.

(23) Non ha dunque trovato accoglimento, presso la High Court, la tesi della società ricorrente. Elektrim aveva sostenuto che, qualora il Reg. comportasse l'arresto dei giudizi pendenti avanti all'autorità

(segue)

Infine, MJ Clarke sottolinea che la lettura proposta trova conforto nell'opinione di una autorevole dottrina (24), nonché nell'analoga interpretazione accolta con riferimento al termine "proceedings" nel contesto della "UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency" (art. 20) (25).

L'opinione del giudice londinese appare pienamente condivisibile. Infatti, l'esclusione dell'arbitrato dal novero dei "procedimenti pendenti" sarebbe ragionevole solo se si negasse la natura procedimentale dello stesso - nella specifica accezione in cui la medesima va intesa con riferimento all'attività giurisdizionale - (26), ovvero qualora si ritenesse che una tale esclusione, ancorché non espressamente prevista, dovrebbe inferirsi muovendo dalla *ratio* dell'art. 15. Entrambi questi assunti sono tuttavia privi di pregio. In particolare, quanto al primo profilo, va osservato che anche l'arbitrato è strutturalmente informato al principio della terzietà dell'organo decidente e alla garanzia del diritto delle parti al contraddittorio, i quali costituiscono i connotati essenziali della giurisdizione civile e, così, di quel "procedimento-processo" che della medesima è l'espressione (27).

D'altro canto, come il giudice inglese ha sottolineato, il legittimo affidamento delle parti di un arbitrato in ordine alla prosecuzione del medesimo sino al suo esito naturale deve senz'altro ritenersi meritevole di una tutela altrettanto incisiva di quella assicurata all'analoga aspettativa dei soggetti coinvolti in un giudizio avanti agli organi giurisdizionali dello Stato.

Pertanto, accertata la riconducibilità dei procedimenti arbitrali al novero delle "lawsuit pending", e dunque all'ambito di applicazione dell'art. 15 Reg., è giocoforza ritenere che, alla luce del combinato disposto di quest'ultima disposizione e di quella di cui all'art. 4/2 f), di per sé sole considerate, gli effetti della dichiarazione di fallimento di Elektrim sull'arbitrato in corso in Inghilterra sarebbero da determinare alla luce della normativa inglese.

2.3. Il duplice regime del patto arbitrale: il rapporto tra gli artt. 4 e 15 Reg. con specifico riguardo all'arbitrato.

La High Court non si arresta tuttavia a tale - primo e parziale - esito interpretativo, bensì ritiene, e a ragione, che occorra soffermarsi pure sul regime della convenzione di arbitrato; il giudice londinese si misura così, a questo punto, col problema - assai spinoso - dell'esatta ricostruzione del rapporto tra gli artt. 4 e 15 Reg. (28).

Per comprendere i termini della questione occorre muovere dall'argomentazione di Elektrim. La difesa della società ricorrente osserva che gli arbitri avrebbero dovuto optare per l'interruzione del procedimento arbitrale in corso, in conformità a quanto previsto dall'art. 142 l.fall.

(segue nota 23)

giudiziaria di un determinato Stato, in una situazione in cui un tale arresto non sia previsto dalla legislazione interna, la sovranità dello Stato in questione risulterebbe lesa; lo stesso non potrebbe dirsi per l'arresto dei procedimenti arbitrali in corso, in quanto il potere sovrano non verrebbe in tal caso inciso in misura alcuna.

(24) Cfr. Burgstaller, *Extract from Internationales Zivilverfahrensrecht*, Lexis-Nexis, 2003; Giorgini, *Arbitrage et droit européen des faillites*, R.A.E.-L.E.A. 2005, 259 ss., par. 12-14, 16; Konecny-Schubert, *Kommentar zu den Insolvenzgesetzen*, Wien 2007; Virgos-Garcimartin, cit. nt. 16, par. 34, di cui fa menzione la sentenza in commen-

to; v. anche, nello stesso senso Leandro, cit. nt. 16, 305 nt. 88 (seppur con riferimento ai soli arbitrati "rituali e interni"), nonché Grossi, *La riforma della legge fallimentare*, Milano, 2008, 706 e Veliani, *L'art. 83-bis l. fall. e l'art. 15 Regolamento CE n. 1346 del 2000*, in Auletta - Califano - Rascio, *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010, 86. *Contra* Dammann, cit. nt. 16, 300. V. anche, a tal riguardo, Moss-Smith, cit. nt. 12, 302.

(25) Cfr. *The Guide to the Enactment of the Model Law*, a cura della stessa UNCITRAL, par. 145.

(26) Occorre precisare che, da questo punto di vista, i termini impiegati nelle varie versioni linguistiche del Reg. per designare l'oggetto dell'art. 15 (v. *supra* nt. 21) sembrano potersi ritenere equivalenti alla corrispondente espressione italiana "procedimenti pendenti".

(27) Va peraltro osservato, con particolare riferimento all'arbitrato commerciale internazionale, che il rispetto delle garanzie procedurali minime di cui all'art. 6 CEDU (più precisamente, il diritto ad un "equo" processo davanti ad un "tribunale indipendente e imparziale" che tale norma sancisce) ben può ritenersi condizione necessaria affinché lo Stato eserciti il proprio potere coercitivo a garanzia dell'effettività del lodo; in particolare, occorre tener conto della norma di cui all'art. V Conv. New York, ove si prevede che il giudice possa rifiutare il riconoscimento o l'esecuzione di una sentenza arbitrale resa all'estero (o comunque ritenuta non nazionale, v. art. I.1), tra l'altro, allorché "la parte contro la quale la sentenza è invocata non è stata debitamente informata della designazione dell'arbitro, o della procedura d'arbitrato, o ... si è trovata nell'impossibilità, per altra ragione, di far valere le proprie ragioni" (art. V.1 b, che fa dunque riferimento alla violazione del principio del contraddittorio) o qualora "il riconoscimento o l'esecuzione della sentenza sarebbe contrario all'ordine pubblico del Paese [ove il riconoscimento o l'esecuzione sono richiesti]" (art. V.2 b, disposizione cui ragionevolmente è riconducibile sia il caso della lesione del diritto di difesa, sia quello del mancato rispetto del principio della terzietà ed imparzialità del collegio arbitrale).

Cfr. inoltre, con specifico riguardo alla riflessione dottrinale e giurisprudenziale nell'ordinamento italiano, C. Cost., 28 novembre 2001, n. 376. V. anche E.F. Ricci, *La convenzione di arbitrato e le materie arbitrabili nella riforma*, RTDPC 2007, 774 ss., il quale osserva che "... [i] giudici privati [...] realizzano il processo, ma non la giurisdizione. Ed attuare il processo, significa appunto decidere una lite in posizione di terzietà (e non si può dire che l'operare degli arbitri non sia tale), nel rispetto delle garanzie delle parti, determinate dal diritto di difesa e dal principio del contraddittorio." L'A. precisa altresì che, da questo punto di vista, anche l'arbitrato irrituale, al pari di quello rituale, avrebbe carattere "procedimentale"; in particolare, la duplice natura dell'arbitrato libero, processuale quanto alla struttura - ossia allo svolgimento -, e negoziale quanto al risultato - in ogni caso privo delle prerogative di quello dell'attività giurisdizionale -, già da tempo sottolineata dalla dottrina italiana (cfr., per tutti, Fazzalari, *Fondamenti dell'arbitrato*, *Rarb.* 1995, 7), avrebbe trovato conferma nell'impostazione scelta dal legislatore della riforma del 2006. Infatti, l'art. 808-ter c.p.c., introdotto con quest'ultima novella, dopo aver previsto, al c. 1, che il lodo irrituale ha valore di "determinazione contrattuale", dispone al comma successivo che tale pronuncia può essere impugnata, tra l'altro, facendo valere il mancato rispetto "nel procedimento arbitrale" del "principio del contraddittorio" (cfr. altresì, quanto alla bivalenza di tale disposizione, Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile. III. Il processo di primo grado e l'impugnazione delle sentenze*, Padova 2009, 643 ss., il quale osserva che si tratta di una previsione di difficile interpretazione, in quanto in essa sarebbero confluiti "due orientamenti ricostruttivi della natura dell'arbitrato ... per molti versi ... irriducibilmente opposti"). Si osservi che, in base a queste premesse, anche l'arbitrato libero dovrebbe annoverarsi tra i "procedimenti pendenti" cui fa riferimento l'art. 15 Reg. (cfr., per la tesi affermativa, Veliani, cit. nt. 24, 876; *contra* Leandro, cit. nt. 16, 305 nt. 88, che menziona i soli arbitrati "rituali e interni").

(28) Va precisato che solo in ordine a questo secondo profilo sarà chiamata a pronunciarsi la Corte d'appello.

polacca, anche qualora il medesimo dovesse effettivamente qualificarsi come “procedimento pendente”. Ed invero, l'art. 15 riguarderebbe comunque il solo arbitrato inteso appunto come “procedimento”, mentre la determinazione delle sorti del *compromissum* spetterebbe in ogni caso alla *lex concursus* in virtù di quanto previsto all'art. 4/2 e); tale norma disciplina infatti i riflessi dell'apertura della procedura di insolvenza sui “contratti in corso”, quale era da ritenersi, al momento della dichiarazione di fallimento, la convenzione di arbitrato. Pertanto, nonostante la legge inglese - cui rinvia la norma di conflitto di cui all'art. 15 - avrebbe imposto, in astratto, la prosecuzione del procedimento arbitrale in corso, si sarebbe dovuto disporre, comunque, l'arresto del medesimo; e ciò in ragione della sopravvenuta carenza, ai sensi della legge polacca richiamata dall'art. 4/2 e), della clausola compromissoria che ne costituiva il fondamento.

Tale ricostruzione non ha però trovato accoglimento né presso il Collegio arbitrale, che, come s'è detto, ha ritenuto che il procedimento dovesse proseguire, né presso i giudici inglesi - di prima e di seconda istanza - successivamente chiamati a pronunciarsi sulla correttezza dell'operato degli arbitri. In particolare, la High Court ritiene che le sorti del patto arbitrale siano effettivamente disciplinate dalla *lex concursus* - in ragione di quanto previsto all'art. 4/2 e), nonché, in via generale, all'art. 4/1 - nella sola ipotesi in cui, al momento dell'apertura della procedura di insolvenza, non vi siano arbitrati pendenti. Qualora invece, a quel tempo, vi siano procedimenti arbitrali in corso, gli effetti della dichiarazione di fallimento sui medesimi sarebbero da determinare in base alla legge dello Stato ove l'arbitrato pende, in virtù della previsione di cui all'art. 15; più in generale, è alla luce di questa disciplina nazionale che andrebbe risolta ogni questione, ancorché attinente alla validità della convenzione di arbitrato, tale da incidere su *an* e *quomodo* della prosecuzione del procedimento.

Se, in prima battuta, la ricostruzione prospettata dal giudice inglese potrebbe apparire artificiosa (29), ad una più attenta riflessione essa risulta essere in larga misura condivisibile (30).

Invero, una volta qualificato l'arbitrato in corso come “procedimento pendente” ai sensi dell'art. 15, è alla *lex loci arbitri* che occorre guardare quanto alla disciplina degli effetti prodotti sul medesimo dall'apertura della procedura di insolvenza; e ciò quand'anche si ritenga che le ripercussioni della dichiarazione di fallimento sulla convenzione di arbitrato siano disciplinate invece dalla *lex concursus* in virtù della previsione di cui all'art. 4/2 e) - o, comunque, in base alla regola generale sancita al c. 1 della medesima disposizione - (31).

Per ben comprendere quanto si sostiene, occorre anzitutto considerare che il necessario arresto del procedimento arbitrale quale conseguenza della sopravvenuta inefficacia del relativo *compromissum* non è affatto un dato costante nella disciplina prevista, in tema di arbitrato, dai vari ordinamenti nazionali. In particolare, con specifico riguardo agli effetti della apertura del concorso, vi sono ordinamenti che prevedono un regime differenziato per la convenzione di arbitrato e per il procedimento arbitrale pendente, sancendo la perdita di efficacia della prima e, al tempo stesso, la possibilità di prosecuzione del secondo (32).

(29) V., per una serrata critica della pronuncia in commento, Millett, *Cross-border insolvency: the effect of insolvency proceedings on pending arbitrations*, *Journal of International Banking and Financial Law*, 2009/8: l'A., muovendo dalla premessa dell'inevitabile arresto del procedimento arbitrale pendente a seguito del venir meno della relativa convenzione di arbitrato, giunge ad un esito interpretativo sostanzialmente coincidente con quello prospettato dalla difesa di Elektrim. Cfr. anche Poelzig, cit. nt. 2, 430.

(30) La pronuncia in commento ha infatti riscosso il consenso della più gran parte della dottrina; cfr., tra gli altri, Foster-Walsh, *The effect of Insolvency on Arbitration Proceedings*, *The European & Middle Eastern Arbitration Review* 2010, 14 ss.; P.K. Wagner, *When International Insolvency Law Meets International Arbitration*, *Disp. Res. Int.* 2009, 63. V. altresì, quanto alla necessità di far riferimento all'art. 15 Reg. - e dunque alla *lex loci arbitri* - ai fini della determinazione delle sorti dell'arbitrato in corso in Italia allorché venga aperta una procedura di insolvenza, a carico di una delle parti, in un diverso Stato Membro UE, Vanzetti, Art. 83 *bis* l.fall., in Benedetti-Consolo-Radicati di Brozolo, *Commentario breve al diritto dell'arbitrato nazionale ed internazionale*, Padova 2010, 437; cfr. anche Vellani, cit. nt. 2, 869.

(31) A quest'ultimo riguardo, v. *infra*.

(32) È il caso, in particolare, dell'ordinamento spagnolo; v. art. 52 ley concursal: “1. I patti arbitrali di cui sia parte il debitore resteranno senza valore né effetti durante lo svolgimento del concorso, fermo restando quanto disposto dai trattati internazionali. 2. I procedimenti arbitrali in corso al momento della dichiarazione del concorso continueranno fino a che passi in giudicato il lodo, dovendosi applicare le norme contenute nei commi 2 e 3 dell'articolo precedente”. Cfr., a tal riguardo, Sánchez De Movellán, *Procedura di insolvenza ed arbitrato nelle ultime riforme legislative in Spagna*, RDP 2010, 151 ss. Opposta è stata, sul punto, la scelta del legislatore fallimentare italiano: l'art. 83 *bis* l.fall., introdotto col d.lgs. n. 5/2006, prevede espressamente che la sopravvenuta inefficacia della clausola compromissoria - a seguito dello scioglimento, da parte del curatore, del contratto che la conteneva - determina l'improseguibilità del giudizio arbitrale pendente; quanto alla ratio di tale disposizione, essa è illustrata nella Relazione di accompagnamento del provvedimento normativo che l'ha introdotta, ove si legge: “... È previsto in particolare che il procedimento arbitrale già pendente non possa essere proseguito allorché il contratto contenente la clausola arbitrale viene sciolto ... Ciò al fine di evitare che il giudizio arbitrale sopravviva al regolamento di interessi convenzionali travolto dal fallimento e che era destinato a risolvere”. Va peraltro sottolineato che la norma di cui all'art. 83 *bis* non costituisce affatto la cristallizzazione in sede legislativa dell'orientamento prevalente in dottrina e in giurisprudenza, bensì si pone in netta antitesi con quest'ultimo; invero, la prassi prevalente tendeva ad optare per la salvezza dell'arbitrato in corso - in virtù del principio della *perpetuatio iurisdictionis ac competentiae* ex art. 5 c.p.c. - nell'ipotesi di scioglimento o inefficacia della convenzione di arbitrato a seguito della dichiarazione di fallimento (tesi cd. dicotomica): cfr. Vessia, *Gli effetti del fallimento sulle clausole arbitrali e sui giudizi arbitrali pendenti*, D. fall. 2008, 773 ss., spec. 784 ss., nonché, da ultimo, Frascaroli Santi, *L'art. 83-bis e i problemi irrisolti nei rapporti tra fallimento e giudizio arbitrale*, in Auletta - Califano - Rascio, cit. nt. 24, 377, la quale osserva che con la riforma ha perso rilievo la questione relativa alla dichiarazione di fallimento, tra procedimento arbitrale iniziato oppure no. Altri ordinamenti europei si limitano a disciplinare le sorti dei giudizi pendenti, senza fare espressa menzione dei procedimenti arbitrali (cosicché sorge la questione della possibilità o meno di applicare ai secondi, in via analogica, quanto previsto per i primi), prevedendo al contempo l'opponibilità - salve ipotesi eccezionali - al fallimento della convenzione di arbitrato conclusa dal debitore *in bonis*: così, ad es., la Francia e la Germania. Quanto alla *Konkursordnung* austriaca, va segnalato che nemmeno tale normativa contempla una previsione esplicita in merito al destino dei giudizi arbitrali in corso; si ritiene tuttavia che la disciplina di cui al par. 7, norma che sancisce l'interruzione (nonché la successiva, eventuale, riassunzione) dei giu-
(segue)

Ebbene, tale circostanza è di per sé sola sufficiente ad escludere che nell'assunto dell'improseguibilità dell'arbitrato a seguito della sopravvenuta inefficacia della relativa convenzione possa considerarsi un'ineludibile premessa dogmatica da cui muovere nell'interpretazione del Reg. D'altra parte, una volta negata la condivisibilità della premessa argomentativa in questione, non residua motivo alcuno per scorgere una sorta di priorità logica nel regime della convenzione di arbitrato, di cui all'art. 4, rispetto a quello dei "procedimenti pendenti", delineato all'art. 15 (33). Piuttosto, pare che la valutazione in merito ai riflessi delle sorti del patto arbitrale sui procedimenti pendenti possa - e debba - compiersi esclusivamente a valle, allorché, individuato l'ordinamento di riferimento in base alla previsione di cui all'art. 15, ci si accinga a decidere il destino dell'arbitrato in corso alla luce della disciplina nazionale ivi prevista.

Se il descritto fenomeno di *perpetuatio* della competenza degli arbitri è dunque da ritenersi ammissibile *a priori* nel sistema del Reg. n. 1346/2000, quale riflesso delle scelte legislative di taluni Stati Membri, va altresì precisato che il fenomeno in parola non è affatto inconciliabile con la natura negoziale dell'arbitrato (34).

Ed invero, fermo il nucleo essenziale e irriducibile del patto arbitrale, consistente nella designazione degli arbitri e nella devoluzione ai medesimi di una determinata controversia, l'identificazione del fondamento della funzione decisoria dei giudici privati con la legge ovvero con la volontà delle parti discende essenzialmente dal modo di intendere la valenza negoziale dell'arbitrato (35). In particolare, qualora si ritenga che con l'accordo compromissorio le parti costituiscano il collegio arbitrale, legittimandolo all'esercizio di una funzione al quale il medesimo è preposto *ex lege* (36), pare coerente ritenere che gli effetti del *compromissum* si esauriscano di fatto al momento dell'investitura dell'organo arbitrale e, conseguentemente, che la perdita di efficacia dell'accordo compromissorio non espliciti effetto alcuno sul procedimento già instaurato. D'altra parte, anche qualora si ravvisi nel *compromissum* la fonte prima del potere decisorio degli arbitri, è ben possibile ritenere che, laddove il legislatore abbia espressamente previsto la possibilità di prosecuzione dei procedimenti arbitrali pendenti nonostante la perdita di efficacia della convenzione di arbitrato, il fondamento della *potestas iudicandi* del giudice privato vada - eccezionalmente - identificato con la legge, la quale perpetuerebbe così la volontà "storica" espressa - *olim*, validamente ed efficacemente - dalle parti nel patto arbitrale (37).

(segue nota 32)

dizi pendenti quale effetto dell'apertura della procedura di insolvenza, si applichi indifferentemente a tutti i procedimenti civili, a prescindere dalla sede, giudiziaria ovvero arbitrale, ove i medesimi si svolgono: v. Buchegger, in Bartsch-Pollak-Buchegger, *Österreichisches Insolvenzrecht: Kommentar*, Band I, sub par. 7, pag. 160 e 162, Wien-New York 2000. Cfr., per un panorama delle discipline nazionali in materia, Gary B. Born, *International commercial arbitration*, Kluwer Law International 2009, 809 ss., e Lazic, cit. nt. 5, nonché, con specifico riferimento all'ordinamento germanico, da ult., Poelzig, cit. nt. 2, 46 ss. e Leipold, *Anmerkung zu BGH*, 29.1.2009 - III ZB 88/07 -, ZP 2010, 91 ss., ed ivi riferimenti alla dottrina tedesca sul punto; v. anche, per una attenta ricostruzione

del rapporto tra arbitrato e fallimento in Germania, con uno sguardo alla disciplina prevista dagli ordinamenti inglese, italiano, francese e statunitense, Jaestaed, cit. nt. 5.

(33) Occorre precisare che si fa qui riferimento al fenomeno dell'inefficacia sopravvenuta della convenzione di arbitrato, anziché a quello dell'invalidità della medesima, in quanto gli ordinamenti giuridici che prevedono l'inopponibilità del patto arbitrale al fallimento configurano tale circostanza in termini di perdita di efficacia del *compromissum*, o, comunque, non sembrano riconoscere alla dichiarazione di concorso l'idoneità a rendere *ab origine* invalida la manifestazione di volontà espressa dalle parti nella convenzione di arbitrato. Così, tra gli altri, l'ordinamento italiano (ove il fenomeno in questione viene per lo più qualificato come sopravvenuta inefficacia del *compromissum*, ovvero come scioglimento *ex lege* dello stesso), quello spagnolo ("i patti arbitrali resteranno senza valore né effetti"), nonché lo stesso ordinamento polacco ("*any arbitration clause [...] shall lose its legal effect*"). Per contro, la terminologia impiegata dai giudici inglesi - nonché dalla difesa di Elektrim -, i quali fanno riferimento alla categoria giuridica dell'invalidità - e, più precisamente, a quella dell'*annulment* -, risulta essere imprecisa e fonte di equivoci interpretativi nel rapporto di priorità logica tra art. 15 ed art. 4 Reg. n. 1346/2000.

(34) E ciò anche senza necessità di richiamare la dottrina inglese, tanto affascinante quanto artificiosa, della cd. *doctrine of "double separability"*, in virtù della quale la convenzione di arbitrato in sé, da un lato, e l'accordo negoziale che ne costituisce il riflesso nel contesto di un singolo procedimento, dall'altro lato, sarebbero contratti diversi, e potrebbero essere disciplinati da leggi diverse, sicché ben potrebbe accadere che la prima venga meno laddove il secondo conservi invece validità ed efficacia. Cfr., a questo proposito, i riferimenti giurisprudenziali e dottrinali cui rinvia la stessa difesa di Vivendi: *Black-Clawson International Ltd v Papierwerke Wladhof-Aschaffenburg AG* [1981] 2 *Lloyd's Rep* 446, 445 (Mustill J); *Unisys International Services Ltd v Eastern Counties Newspaper Ltd* [1991] 1 *Lloyds Rep* 538 (CA), 562; Mustill-Boyd, *Commercial Arbitration*, 2nd edition, 60-62.

(35) Cfr., a tal proposito, Muroi, *La pendenza del giudizio arbitrale*, Torino 2008, 122 ss.

(36) Così, quasi letteralmente, Muroi, cit. nt. prec., 138; *contra*, nel senso che la funzione della convenzione arbitrale non si esaurisce nella designazione dei giudici privati, ma si identifica piuttosto con la composizione della lite in via negoziale, v. per tutti, Punzi, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Padova, 2000, I, 176 ss. e Satta, *Comm. c.p.c.*, Milano 1959, IV, 2, 162 ss.

(37) Pare opportuno sottolineare che il legislatore italiano (il quale, in sede di disciplina degli effetti della dichiarazione di fallimento sul *compromissum* e sui procedimenti arbitrali in corso, ha optato per il rigetto della tesi cd. dicotomica accolta invece nella prassi previgente - v. *supra* nt. 32 -) ha delineato il regime del rilievo dell'incompetenza arbitrale prendendo a modello l'art. V Conv. Ginevra del 1961 (v., quanto alla soluzione qui prevista, Consolo, *Racconti o antifonie fra arbitrato e giudizio ordinario? profili comparatistici e transnazionali*, *Contratto impr.* 2004, 629). Più precisamente, l'art. 817 c.p.c. dispone che la mancata tempestiva eccezione dell'incompetenza degli arbitri per "inesistenza, invalidità o inefficacia della convenzione di arbitrato" precluda la possibilità di far valere tale doglianza in sede di impugnazione del lodo: con la sola eccezione dell'ipotesi di controversia non compromettibile. Ebbene, delle due l'una: o si ritiene che l'omessa proposizione dell'eccezione in parola dia luogo alla stipulazione di un compromesso tacito (opinione che è tuttavia nettamente minoritaria tra gli interpreti) o si deve riconoscere che l'art. 817 codifichi una vera e propria *fiction* di esistenza, validità ed efficacia di una convenzione di arbitrato che di tali caratteri era priva *ab origine*; in virtù della previsione in esame - intesa in quest'ultima prospettiva -, la legge si sostituisce dunque alla volontà delle parti integralmente, ossia sin dal momento costitutivo del collegio arbitrale, consentendo così la prosecuzione di un procedimento del tutto sganciato da un valido accordo compromissorio (cfr., a tal riguardo, Muroi, cit. nt. 35, 139 nt. 223).

Tutto ciò considerato, sembra doversi ritenere che ben diverso sia l'ambito di operatività dell'art. 15, da un lato, e dell'art. 4, dall'altro lato, con specifico riferimento all'arbitrato: se alla prima disposizione - e dunque alla *lex loci arbitri* - occorre guardare al fine di determinare gli effetti dell'apertura della procedura di insolvenza sull'arbitrato in corso, la seconda - e, con essa, la *lex concursus* - disciplina le sorti della convenzione di arbitrato allorquando nessun procedimento penda (e, così, delinea il regime dei procedimenti futuri) (38).

Va a questo punto segnalato che tale esito interpretativo, seppur assai vicino a quello cui è pervenuto il giudice inglese della High Court - e ad esso sostanzialmente assimilabile quanto a riflessi sul piano operativo - nondimeno da quest'ultimo si discosta sotto almeno due profili.

Anzitutto, diversamente da quanto sostenuto dal giudice londinese che ha individuato nell'art. 4/2 e) la disposizione di riferimento quanto al regime del *compromissum*, pare che il dato normativo rilevante sia in tal caso la sola previsione generale di cui all'art. 4/1. Ed invero, è ragionevole ritenere che le esigenze di tutela che vengono in gioco con riferimento alla convenzione di arbitrato siano (almeno in parte) diverse da quelle che hanno indotto il legislatore comunitario a rimettere alla legge dello "Stato di apertura" le sorti dei "contratti in corso" (39); occorre infatti tener conto della peculiarità del compromesso in arbitri, il quale è un accordo di diritto sostanziale i cui effetti si producono essenzialmente sul piano processuale, in relazione a procedimenti pendenti e futuri - tanto che esso è qualificato, per lo più, come "contratto ad effetti processuali" e, talvolta, come "convenzione processuale" - (40). Va peraltro osservato che la negazione della possibilità di ricondurre la convenzione di arbitrato al novero dei "contratti in corso" di cui all'art. 4/2 e) è, in ogni caso, priva di concreto rilievo; infatti, in virtù della previsione generale di cui all'art. 4/1, la validità ed efficacia del *compromissum* sono pur sempre disciplinate dalla legge dello "Stato di apertura" (41).

Quanto all'altro profilo di divergenza tra la nostra ricostruzione e quella accolta dal primo giudice, ancora una volta di rilievo essenzialmente teorico, esso concerne la precisa configurazione del rapporto tra le previsioni di cui agli artt. 15 e 4, con specifico riferimento alla disciplina dell'arbitrato.

L'intreccio tra le due disposizioni è ricostruito dalla High Court in termini di rapporto tra eccezione e regola; di qui la convinzione che, in caso di conflitto, sarebbe l'art. 15 a prevalere in virtù del principio *lex specialis derogat legi generali*. Da parte nostra, pare che il conflitto in parola sia più apparente che reale, una volta che si riconosca - come pare preferibile - che le due norme hanno un ben diverso campo di applicazione. Quest'ultima è, del resto, l'impostazione accolta dalla Court of Appeal: sia LJ Longmore che LJ Patten, nell'accertare la sostanziale correttezza della decisione di primo grado, hanno tuttavia cura di precisare che la medesima è censurabile laddove ha ravvisato la sussistenza di un conflitto tra le disposizioni di cui agli artt. 4 e 15 Reg. (42).

3. La decisione svizzera: l'applicazione della *lex concursus*

Il problema dell'individuazione della legge applicabile si è dunque risolto, nell'ambito della controversia decisa

in Inghilterra, in una questione di interpretazione del Reg. n. 1346/2000; ciò in quanto, in quel caso, si è ritenuto di dover guardare all'ordinamento inglese, ivi compresa la normativa comunitaria in materia di insolvenza transfrontaliera, al fine di individuare le norme di conflitto di riferimento (43).

(38) La correttezza di tale approccio risulta immediatamente evidente qualora si consideri che, come si è detto, molti ordinamenti si limitano a disciplinare gli effetti dell'apertura della procedura di insolvenza sui procedimenti in corso, senza prevedere espressamente alcunché quanto alle sorti della convenzione di arbitrato, e che, in altri, si prevede un regime diverso quanto ai procedimenti arbitrali pendenti, da un lato, e quanto al relativo *compromissum*, dall'altro lato. Ritenere, in conformità a quanto sostenuto da Elektrim, che gli effetti della dichiarazione di concorso sui procedimenti di arbitrato pendenti siano disciplinati (anzitutto) dalla legge dello "Stato di apertura" condurrebbe in questi casi ad un esito paradossale: una volta affermata l'applicabilità della *lex concursus* in quanto legge che disciplina gli effetti dell'apertura della procedura di insolvenza sulla convenzione di arbitrato, quale "contratto in corso" (ovvero in virtù del principio generale di cui all'art. 4/1), in contrapposizione alla *lex loci arbitri* quale legge che detta invece il regime dei "procedimenti pendenti", si dovrebbe guardare, proprio all'interno dell'ordinamento così individuato, alla norma che disciplina le sorti dei procedimenti arbitrali pendenti, anziché a quella - inesistente o di segno diverso da quest'ultima - relativa alla convenzione di arbitrato.

(39) Cfr., sul punto, Sánchez De Movellán, cit. nt. 32, 152. Nel commentare la scelta del legislatore spagnolo, che ha adottato criteri diversi per disciplinare gli effetti dell'apertura della procedura di insolvenza sui contratti in genere - art. 61 c. 2 l.c.: la "dichiarazione di concorso, di per se stessa, non determinerà la risoluzione dei contratti a prestazioni corrispettive in attesa di esecuzione tanto a carico del soggetto dichiarato in concorso quanto dell'altra parte" -, e le ripercussioni della medesima sulle convenzioni arbitrali (art. 52 c. 1 l.c., cit.), l'A. osserva che "nell'ambito del concorso si riesce a cogliere in modo più evidente l'aspetto giurisdizionale dell'arbitrato, ed è per questo motivo che la convenzione arbitrale viene centrata in pieno ... Infatti, la competenza "esclusiva ed escludente" del *Juzgado de lo Mercantil* non potrebbe accettare un'altra soluzione."

(40) Cfr. a tal riguardo, per tutti, G. Wagner, *Prozeßverträge*, Tübingen 1998, 578 ss.

(41) Parzialmente diversa è, sul punto, la tesi di Vivendi, che, dalla sottrazione della convenzione di arbitrato - in quanto contratto di natura processuale - all'ambito di applicazione dell'art. 4/2 e), pretenderebbe di inferire l'assoggettamento dei procedimenti arbitrali pendenti alla disciplina prevista dalla *lex loci arbitri* in virtù del combinato disposto degli artt. 4/2 f) e 15; salvo poi precisare, dando rilievo alla previsione generale di cui all'art. 4/1 - e, così, in una certa qual misura contraddicendosi - che quest'ultimo è il dato normativo di riferimento ai fini della determinazione degli effetti della dichiarazione di concorso sulla convenzione di arbitrato, nel caso in cui non vi siano procedimenti pendenti.

(42) Va sottolineato che la ricostruzione del rapporto tra le due norme prospettata dal primo giudice si spiega tenendo conto della qualificazione degli effetti della dichiarazione di concorso sul patto arbitrale - in termini di invalidità, anziché di sopravvenuta inefficacia - per la quale il medesimo ha optato (v. *supra* nt. 33). Tale qualificazione sembra peraltro essere condivisa anche dalla Court of Appeal; in particolare, LJ Patten scrive che l'art. 142 l.fall, polacca "has the effect of invalidating the arbitration agreement itself" (par. 31).

(43) Si osservi che gli arbitri non si soffermano a spiegare per quale ragione essi abbiano scelto di guardare proprio al sistema di diritto internazionale privato britannico, quasi che la soluzione in parola fosse scontata; in ogni caso, sembra ragionevole ritenere che il Collegio arbitrale, preso atto dell'omessa previsione di una disciplina (segue)

La medesima questione sarebbe stata senz'altro affrontata in modo diverso qualora arbitri e giudici inglesi avessero guardato alla sola disciplina nazionale in tema di conflitti di legge.

Orbene, ciò è quanto accaduto in Svizzera, ove nella sentenza in epigrafe il Tribunale federale - nonché, in prime cure, un Collegio arbitrale avente sede a Ginevra -, nel decidere le sorti di un altro arbitrato instaurato da Vivendi nei confronti di Elektrim, hanno fatto riferimento al sistema svizzero di diritto internazionale privato - al quale, com'è noto, le norme uniformi del Reg. sono estranee -, giungendo a ritenere, al contrario di quanto deciso in Inghilterra, che il procedimento dovesse arrestarsi in conformità a quanto previsto dall'art. 142 l.fall. polacca.

L'iter argomentativo percorso, nel caso di specie, ai fini dell'individuazione della legge applicabile si snoda essenzialmente attraverso i seguenti passaggi: la questione degli effetti della dichiarazione di concorso sui procedimenti arbitrali pendenti attiene alla capacità della società fallita di essere parte e, più precisamente, alla capacità di quest'ultima di essere parte di un arbitrato; in mancanza di una disposizione *ad hoc* nella disciplina svizzera in materia di arbitrato internazionale (che regola espressamente la sola capacità degli enti pubblici), occorre guardare, in base ai principi generali del diritto processuale, alle disposizioni in tema di capacità giuridica; le norme di conflitto di riferimento sono dunque gli artt. 154 e 155 lett. c) della legge federale svizzera di diritto internazionale privato, le quali rinviano al "Gesellschaftsstatut" della società in questione, ossia alla cd. *lex incorporationis* - che, nel caso di Elektrim, si identifica con la legge polacca - (44); viene così in rilievo, in ultima analisi, l'art. 142 l.fall. vigente in Polonia, ove si prevede che la dichiarazione di concorso comporti il venir meno della capacità della società fallita di essere parte dell'arbitrato; il procedimento arbitrato in corso non può pertanto proseguire.

Questa argomentazione, riproposta essenzialmente negli stessi termini nella decisione del Collegio arbitrale e in quella del Tribunale federale, ha originato un vivace dibattito dottrinale, che ne ha sottolineato la scarsa condivisibilità sia con riguardo alla scelta della norma di conflitto di riferimento, sia quanto all'individuazione della norma materiale applicabile (45).

A prescindere dalla persuasività o meno di tali critiche (46), ciò che in questa sede importa osservare è che la di-

successivo, nell'identificare il sistema di diritto internazionale privato di riferimento con la legge eventualmente scelta dalle parti nel patto arbitrale ovvero, in via sussidiaria, con la legge dello Stato ove l'arbitrato ha sede. A noi pare che tale ricostruzione, seppur suggestiva, muova da una premessa poco condivisibile, consistente nel ritenere che la questione in esame inerisca alla validità della convenzione di arbitrato. Si potrebbe ipotizzare, infine, che gli arbitri inglesi abbiano fatto riferimento al Reg. n. 1346/2000 in quanto i principi ivi sanciti sarebbero parte integrante dell'ordine pubblico comunitario, di talché una decisione che non tenesse conto dei medesimi rischierebbe di non poter circolare negli Stati Membri UE; v. P.K. Wagner, cit. nt. 30, 62-63.

(44) Art. 154 IPRG: "1. *Gesellschaften unterstehen dem Recht des Staates, nach dessen Vorschriften sie organisiert sind, wenn sie die darin vorgeschriebenen Publizitäts- oder Registrierungsvorschriften dieses Rechts erfüllen oder, falls solche Vorschriften nicht bestehen, wenn sie sich nach dem Recht dieses Staates organisiert haben.* 2. *Erfüllt eine Gesellschaft diese Voraussetzungen nicht, so untersteht sie dem Recht des Staates, in dem sie tatsächlich verwaltet wird*"; Art. 155: "... *das auf die Gesellschaft anwendbare Recht bestimmt insbesondere: ... c) die Rechts- und Handlungsfähigkeit ...*".

(45) Cfr., per una sintesi delle diverse posizioni dottrinali, Aeby-Frey, *Impact of Bankruptcy on International Arbitration Proceedings - A Special Case Does Not Make a General Rule*, *ASA Bulletin* 2010, 116 ss. In particolare, alcuni Autori sostengono che l'errore degli arbitri consisterebbe nell'aver cercato la norma di conflitto di riferimento guardando all'intero sistema svizzero di diritto internazionale privato, anziché alle sole specifiche disposizioni in materia di arbitrato internazionale - e, più precisamente, all'art. 187 (1) IPRG -: cfr. Tschanz-Fellrath, *Chronique de jurisprudence étrangère, Arbitrage* 2009, 856-857; Aeby-Frey, *ivi*, 118, i quali sottolineano però che la soluzione da essi proposta, seppur più precisa da un punto di vista tecnico-dogmatico rispetto a quella adottata dagli arbitri, condurrebbe in ogni caso al medesimo risultato, ossia all'applicazione della *lex incorporationis*. Secondo altri, la questione in esame riguarderebbe la validità della convenzione di arbitrato - anziché la capacità di essere parte del relativo procedimento -, di talché la norma di conflitto di riferimento sarebbe da identificare con l'art. 178(2) IPRG, che, allo scopo di favorire la sopravvivenza del patto arbitrale, rinvia al contempo a tre diversi ordinamenti, tra i quali quello svizzero: così Markert, cit. nt. 2, 234. Ancora, l'applicabilità dell'art. 178(2) IPRG è stata suggerita anche in base alla qualificazione del fallimento come ipotesi di successione legale nel contesto dello spossamento del debitore insolvente: v. Kauffmann Kohler-Lévy, *Insolvency and International Arbitration*, in Peter-Jeandin-Killborn (eds.), *The Challenges of Insolvency Law Reform in the 21st Century*, Zürich-Basel-Genf 2006, 267 ss. Non manca poi chi sostiene che gli effetti della apertura del concorso sul procedimento pendente in Svizzera sarebbero disciplinati dalla *lex arbitri*, e dunque dalla legge svizzera, in ragione della natura processuale della questione: così Karer, *Views on the decision by the Swiss Supreme Court of March 31, 2009, in re Vivendi et al. v. Deutsche Telekom et al.*, *ASA Bulletin* 2010, 111-112, il quale sottolinea, in particolare, che l'arresto del procedimento arbitrale comporta una violazione del principio della *perpetuatio fori*. Oggetto di critica è stata altresì la scelta, nel contesto della l.fall. polacca, della norma materiale applicabile: v. Baizeau, *Compétence de l'arbitre et faillite*, cit. nt. 2, 9-10; Id., *Arbitration and Insolvency*, cit. nt. 2, 113-115, secondo la quale l'art. 142 non potrebbe essere qualificato come disposizione riguardante la capacità giuridica di Elektrim e del suo amministratore di essere parte dell'arbitrato.

È d'altra parte significativo il fatto che il lodo in questione sia stata pronunciato dal Collegio arbitrale a maggioranza di tre membri contro due e che la Suprema Corte abbia scelto di non dare pubblicazione ufficiale alla sua decisione: cfr., quanto a quest'ultimo profilo, Markert, cit. nt. 2, 235; v. però, per un'altra plausibile spiegazione della medesima circostanza, *infra* nt. 52.

(46) A nostro avviso, esse colgono nel segno laddove rilevano la fragilità della premessa dalla quale l'iter argomentativo in questio-

(segue nota 43)

na a tal riguardo nell'ambito delle *LCIA Rules* (le quali, al pari delle regole procedurali predisposte dalle altre grandi istituzioni arbitrali - ICC, CIETAC, AAA, *Swiss Rules*, etc. - sono silenti sul punto), abbia fatto riferimento all'ordinamento inglese - e, più precisamente, alle norme di conflitto ivi previste - in quanto *lex loci arbitri*, scegliendo così di seguire l'approccio tipico delle corti statuali. Cfr., a tal proposito, Markert, cit. nt. 2, 231, il quale osserva che l'approccio scelto dagli arbitri si spiega anche - ed anzitutto - alla luce di una peculiarità del caso di specie, ossia in ragione del fatto che le parti avevano espressamente previsto che la convenzione di arbitrato fosse disciplinata dalla legge inglese; l'A. ritiene infatti, più in generale, che il corretto approccio da seguire ai fini dell'individuazione della legge applicabile quanto agli effetti della apertura del concorso sui procedimenti arbitrali pendenti consista, *in primis*, nel qualificare tale questione come problema di validità della convenzione di arbitrato e dunque, quale passaggio logicamente

vergenza tra il percorso argomentativo seguito nel caso inglese, da un lato, e in quello svizzero, dall'altro lato, è essenzialmente il riflesso del diverso sistema di norme di conflitto al quale si è fatto rispettivamente riferimento (47). In particolare, mentre i giudici inglesi, constatato che il Reg. disciplina espressamente le sorti dei "procedimenti pendenti" nell'ipotesi di fallimento di una delle parti, hanno ritenuto - a ragione - di poter far "immediatamente" riferimento a tale disposizione, quelli elvetici, preso atto dell'assenza di una norma di conflitto ad *hoc* nel sistema svizzero di diritto internazionale privato, hanno dovuto procedere anzitutto alla qualificazione della questione in esame, per poi individuare la norma di conflitto cui la medesima potesse ricondursi più da vicino (48). È dunque seguendo tali diverse vie che gli uni e gli altri pervengono a soluzioni divergenti e financo opposte quanto ai loro riflessi nelle singole fattispecie decise: nell'un caso, la prosecuzione dell'arbitrato in virtù della disciplina prevista dalla *lex loci arbitri*; nell'altro, l'arresto del procedimento arbitrale pendente conformemente a quanto disposto dalla *lex incorporationis* - la quale, come di solito accadrà, si identifica nel caso di specie con *lex concursus* - (49).

4. *Lex concursus e lex loci arbitri*: soluzioni a confronto

Così individuata la *ratio decidendi* della soluzione inglese, da un lato, e di quella svizzera, dall'altro lato, occorre procedere ad un raffronto tra le medesime, al fine di comprendere quale sia la più opportuna.

Ebbene, pare che l'opzione per la *lex loci arbitri* sia preferibile, anzitutto in un'ottica di salvaguardia della certezza del diritto. Infatti, mentre tale soluzione comporta la possibilità di individuare senza incertezze, sin dal momento dell'instaurazione del procedimento arbitrale, in base alla legge di quale Stato verranno decise le sorti del procedimento medesimo in caso di fallimento di una delle parti, lo stesso non può dirsi per il caso in cui il destino dell'arbitrato pendente sia rimesso alla *lex incorporationis*; ciò in quanto è ben possibile - e, in ogni caso, sottratto al controllo della controparte - il cambiamento, nel corso del procedimento, dello "stato d'incorporazione" di una determinata società, eventualmente quale effetto di strategie abusive della società stessa (50).

Va peraltro osservato che proprio alla luce dell'eventualità di condotte fraudolente si coglie pienamente il rilievo dell'alternativa tra applicazione della *lex loci arbitri* ovvero della *lex incorporationis*. Ed invero, poiché la disciplina polacca è - pressoché - un *unicum* nel panorama europeo (51), in una dimensione fisiologica dei rapporti commerciali transnazionali l'approccio seguito dai giudici svizzeri (e, dunque, l'applicazione della *lex concursus* quale legge che regola la capacità di essere parte dell'arbitrato) condurrebbe di solito ad una disciplina nazionale tale da consentire la prosecuzione del procedimento arbitrale pendente (52); Pertanto, si perverrebbe quasi sempre al medesimo esito che si raggiunge - alla sola condizione che sia stata scelta "bene" la sede dell'arbitrato - guardando al-

prosecuzione - e, più precisamente, con riferimento alla necessità di subentro della curatela al debitore fallito -.

(47) Ed invero, la scelta di una determinata normativa in tema di conflitto di leggi non incide sulla sola individuazione dell'ordinamento richiamato; al contrario, la diversa configurazione dei vari sistemi di diritto internazionale privato può comportare delle divergenze già a monte, ossia al momento della qualificazione della fattispecie, le quali si riverberano poi necessariamente a valle allorché, individuata la norma di conflitto di riferimento e dunque l'ordinamento richiamato, si procede ad identificare, nell'ambito di quest'ultimo, la specifica norma materiale applicabile.

(48) Cfr. Baizeau, *Compétence de l'arbitre et faillite*, cit. nt. 2, 10; Id., *Arbitration and Insolvency*, cit. nt. 2, 115-116, la quale osserva che, nel corso del procedimento arbitrale pendente in Inghilterra, Elektrim non ha eccepito la propria (sopravvenuta) incapacità di essere parte, cosicché tale questione non è stata trattata né dagli arbitri né dai giudici della High Court e della Court of Appeal. L'A. osserva altresì che, qualora la suddetta eccezione fosse stata invece proposta, e qualora gli arbitri londinesi avessero ritenuto che la questione della sussistenza o meno della capacità di essere parte di Elektrim venisse nel caso di specie effettivamente in gioco, il Tribunale arbitrale - con sede in Inghilterra -, applicando l'*Arbitration Act* inglese, avrebbe anch'esso dovuto guardare alla legge del luogo di incorporazione di Elektrim - ossia alla legge polacca, ivi compresa la disciplina fallimentare - per decidere la questione; il risultato sarebbe stato così, con ogni probabilità, precisamente il medesimo cui sono pervenuti i giudici svizzeri.

(49) V., a quest'ultimo riguardo, Aeby-Frey, cit. nt. 45, 118; Kasolowsky-Steup, cit. nt. 6, 184; Markert, cit. nt. 2, 236.

(50) Così Kasolowsky-Steup, cit. nt. 6, 184: "Mentre la *lex arbitri* non può cambiare nel corso del procedimento senza un accordo delle parti in tal senso, vi sono una pluralità di fattori che possono incidere sull'individuazione del *Gesellschaftsstatut* delle parti stesse e (dunque) della *lex fori concursus*. Si pensi soltanto alle riforme del diritto societario o al trasferimento del COMI della parte che sia in procinto di fallire ...". V. anche Markert, cit. nt. 2, 230-231, il quale osserva che l'applicazione della *lex concursus* comporta la frustrazione delle aspettative delle parti, le quali, nello scegliere la sede dell'arbitrato, nonché - eventualmente - la legge applicabile al patto arbitrale, hanno manifestato chiaramente la volontà di sottoporre il procedimento alla legislazione di un determinato ordinamento giuridico; ciò tanto più se si considera che la collocazione della sede dell'arbitrato in un paese terzo e "neutrale" è assai spesso espressione del desiderio delle parti di escludere l'applicabilità delle rispettive leggi nazionali. L'A. sottolinea altresì che l'opzione per la *lex concursus*, nella misura in cui impone agli arbitri di misurarsi con una normativa diversa da quella della *lex fori*, comporta inevitabilmente la dilatazione dei tempi del giudizio.

(51) Infatti, la quasi totalità delle leggi fallimentari prevede che, a seguito della dichiarazione di concorso, il debitore conservi la capacità di essere parte di un arbitrato, seppur in persona del curatore; cfr. Baizeau, *Compétence de l'arbitre et faillite*, cit. nt. 2, 9; Id., *Arbitration and Insolvency*, cit. nt. 2, 113 e 116; è peraltro la stessa Elektrim a sottolineare, nel corso del procedimento avanti alla High Court, la singolarità - se non unicità - della disciplina polacca (cfr. par. 96 sentenza). V. poi Karrer, cit. nt. 45, 111: soluzione analoga a quella di cui all'art. 142 l.fall. vigente in Polonia sarebbe prevista nell'UE, perlomeno, anche in Bulgaria e Lituania. Cfr. infine, quanto alla *ratio* di quest'ultima previsione, Aeby-Frey, cit. nt. 45, 117, nonché, per ulteriori considerazioni, Markert, cit. nt. 2, 237.

(52) Anzitutto alla luce singolarità della disciplina polacca si spiegherebbe l'omessa menzione della sentenza in esame nelle raccolte ufficiali delle pronunce della Suprema Corte svizzera: cfr. Aeby-Frey, cit. nt. 45, 113 ss., che sottolineano la discrasia tra le proporzioni del dibattito dottrinale originato dalla sentenza e lo scarso rilievo che la Corte sembra aver riconosciuto alla stessa; Baizeau, *Compétence de l'arbitre et faillite*, cit. nt. 2, 10; Id., *Arbitration and Insolvency*, cit. nt. 2, 116; Tschanz-Fellrath, cit. nt. 45, 857.

(segue nota 46)

ne ha preso le mosse; infatti, pare che la capacità del soggetto fallito di essere parte del procedimento arbitrale in corso non abbia attinenza alcuna con la possibilità di prosecuzione del procedimento stesso, venendo piuttosto in rilievo con riguardo al *quomodo* di tale

la *lex loci arbitri* (53). Tuttavia, se tale risultato è determinabile *a priori*, e con certezza, allorché si applichi la *lex loci arbitri*, nel caso si guardi alla *lex incorporationis* esso è al contrario suscettibile di subire significative alterazioni a seguito della condotta abusiva di una delle parti; più precisamente, la parte che abbia interesse all'arresto dell'arbitrato in corso, al preciso scopo di ostacolarne il prosieguo, potrebbe cercare di far sì che venga dichiarato il proprio fallimento in un Paese il cui ordinamento contenga una norma del tenore dell'142 l.fall. polacca, previa "incorporazione" in quel Paese (54).

Ciò considerato, sono d'immediata evidenza i riflessi, a livello di prassi del commercio internazionale, della diversa soluzione cui si è pervenuti, rispettivamente, nel caso inglese e in quello svizzero. In particolare, è ragionevole ritenere che i divergenti orientamenti giurisprudenziali in questione verranno in rilievo al momento della collocazione della sede dell'arbitrato sul territorio europeo, con l'effetto di favorire la scelta di un Paese Membro UE e, più precisamente, di uno Stato la cui legislazione consenta al procedimento arbitrale di proseguire in caso di fallimento di una delle parti (55); ed invero, ci si determinerà in tal senso in base alla convinzione che, nell'eventualità di apertura di una procedura di insolvenza, il Tribunale arbitrale (nonché i giudici eventualmente aditi in seconda istanza), alla luce di una interpretazione del Reg. analoga a quella accolta nel caso Vivendi, deciderà le sorti del procedimento in corso guardando alla *lex loci arbitri* (56). Non solo: così collocata la sede dell'arbitrato, si terrà conto della giurisprudenza in esame - e, più precisamente, della distinzione tracciata dai giudici inglesi quanto al regime del *compromissum* - allorché sussistano ragionevoli indizi dell'imminente dichiarazione di concorso di uno dei contraenti; in una tale situazione, la parte interessata ad instaurare un procedimento arbitrale si affretterà a farlo prima dell'apertura della procedura di insolvenza, nella consapevolezza che un'iniziativa tardiva avrebbe l'effetto di affidare alla *lex concursus* il destino della convenzione di arbitrato (57).

Orbene, se i vantaggi offerti dall'applicazione della *lex loci arbitri* sono tali da far preferire questo approccio all'opzione per la legge dello "Stato di apertura", pure la soluzione in parola presenta qualche inconveniente (58).

Si consideri, in particolare, che la scelta di rimettere la disciplina degli effetti della dichiarazione di concorso alla legge dello Stato ove l'arbitrato pende può avere pesanti ripercussioni quanto alle *chances* di circolazione del lodo così pronunciato (59); ciò in quanto la Conv. New York prevede che il riconoscimento e l'esecuzione di una sentenza arbitrale straniera possa essere negato, tra l'altro, allorché "le parti della convenzione di arbitrato erano incapaci secondo la legge applicabile loro" (art. V.1 lett.a) o allorché ciò comporti una violazione dell'ordine pubblico (art. V.2 lett.b) (60).

(53) Da questo punto di vista, il rilievo della garanzia di certezza del diritto offerta dall'opzione per la *lex loci arbitri* risulterebbe circoscritto, di fatto, alla disciplina delle specifiche modalità di prosecuzione del procedimento arbitrale.

(54) Cfr. Aeby-Frey, cit. nt. 45, 122; Baizeau, *Compétence de l'arbitre et faillite*, cit. nt. 2, 10; Markert, cit. nt. 2, 237. Va peraltro sottolineato che le considerazioni qui svolte si riferiscono precisamen-

te all'alternativa tra l'approccio svizzero e quello inglese, ossia tra applicazione della *lex concursus* intesa quale *lex incorporationis* richiamata dalle norme di conflitto in tema di capacità giuridica - che hanno contenuto pressoché analogo in tutti gli ordinamenti giuridici europei (quanto all'ordinamento inglese, v. *supra* nt. 48) - e *lex loci arbitri* quale legge che disciplina le sorti dei "procedimenti (arbitrali) pendenti" in virtù dell'art. 15 Reg. Ebbene, è intuitivo che analoghe considerazioni di certezza del diritto porterebbero a preferire la *lex loci arbitri* alla *lex concursus* anche immaginando, più in generale, che l'alternativa tra le medesime si ponesse muovendo da un'analoga qualificazione della questione in esame (si rammenti, a tal proposito, che proprio l'esigenza di "tutela delle aspettative legittime e della certezza delle transazioni negli Stati membri diversi da quello in cui la procedura è stata aperta" ha indotto il legislatore comunitario a rimettere la disciplina dei "procedimenti pendenti" alla *lex fori* anziché alla *lex concursus*, cui avrebbe invece condotto l'applicazione del criterio generale di cui all'art. 4).

(55) Dovrà trattarsi inoltre di uno Stato ove il Reg. n. 1346/2000 trova applicazione - con esclusione, dunque, della Danimarca - (cfr. *Considerando* 33).

(56) V. Kasolowsky-Steup, cit. nt. 6, 184, i quali osservano che l'interesse delle parti ad optare per questa collocazione della sede dell'arbitrato è particolarmente accentuato nell'ipotesi in cui la *lex incorporationis* - dell'uno o dell'altro contraente - preveda l'arresto degli arbitrati pendenti quale conseguenza della dichiarazione di concorso.

(57) Cfr. Kasolowsky-Steup, cit. nt. 6, 184. Va peraltro precisato che il momento in cui il procedimento arbitrale può dirsi pendente è individuato alla stregua di criteri diversi nei vari ordinamenti nazionali; cfr., a tal riguardo, Muroli, cit. nt. 35, 156 ss.

(58) V. *infra*. Cfr. altresì, quanto ad un ulteriore profilo problematico, Baizeau, *Compétence de l'arbitre et faillite*, cit. nt. 2, 9; Id., *Arbitration and insolvency*, cit. nt. 2, 111-112: il rinvio alla *lex fori*, nella misura in cui comporta l'applicazione in via analogica della disciplina fallimentare ivi prevista ad una procedura concorsuale aperta all'estero, sarebbe difficilmente giustificabile con riferimento all'arbitrato internazionale, in quanto, in tal caso, l'unico criterio di collegamento con la *lex fori* consiste nella collocazione della sede dell'arbitrato entro i confini del relativo Stato; d'altra parte, nemmeno le letture alternative dell'art. 15 Reg. prospettate da una certa dottrina (peraltro minoritaria) - richiamo dell'ordinamento della *lex fori*, ivi comprese le norme interne di diritto internazionale privato, ovvero rinvio alla *lex arbitri* - sarebbero del tutto soddisfacenti (v., quanto all'interpretazione dell'art. 15 Reg., Moss-Smith, cit. nt. 12, 300-301).

(59) Cfr., a tal riguardo, Aeby-Frey, cit. nt. 45, 121-122; Baizeau, *Compétence de l'arbitre et faillite*, cit. nt. 2, 10; Id., *Arbitration and Insolvency*, cit. nt. 2, 117 ss.; Markert, cit. nt. 2, 237 ss.; Perret, *Faillite et arbitrage international*, ASA Bulletin 2007, 43 ss.

(60) Cfr., quanto all'attinenza o meno delle norme del diritto fallimentare nazionale all'ordine pubblico del rispettivo Stato: Frignani, *L'arbitrato commerciale internazionale: una prospettiva comparatistica*, Padova 2004, 271. In particolare, in alcuni ordinamenti giuridici è riconosciuta dignità di principio di ordine pubblico alla regola della necessaria sospensione del giudizio arbitrale - funzionale alla salvaguardia del diritto al contraddittorio del curatore fallimentare - e al principio della *par condicio creditorum*, con i relativi corollari sul piano processuale: v., sul punto, Markert, cit. nt. 2, 239-240 e Poelzig, cit. nt. 2, 404 ss. Si consideri altresì, a quest'ultimo riguardo, una recente pronuncia del BGH, 29.1.2009, cit. nt. 32, 85 ss., con nota di Leipold. La Corte suprema federale di Karlsruhe, ravvisando nelle modalità prescritte dalla legge tedesca per far valere in giudizio un credito fallimentare - più precisamente, nei cd. *Anmeldungs- und Prüfungsverfahren* - uno dei presidi del principio dell'equa soddisfazione dei creditori concorsuali, ha dichiarato la contrarietà all'ordine pubblico interno - e dunque la non riconoscibilità nell'ordinamento tedesco - della decisione di un Collegio arbitrale - con sede in Germania - che tali modalità non aveva

(segue)

Emblematico, a tal riguardo, è proprio il caso Vivendi: la Corte di Varsavia, investita della richiesta di riconoscimento del lodo definitivo pronunciato dagli arbitri inglesi - che condannava Elektrim a pagare a Vivendi, a titolo di risarcimento del danno, una somma pari a 1,9 miliardi di euro (61) - ha opposto il proprio rifiuto invocando la previsione di cui all'art. V.1 a); tuttavia, questa decisione è stata successivamente riformata dal giudice di seconde cure, il quale ha ritenuto che la suddetta norma non possa trovare applicazione allorché, come nel caso di specie, la capacità della parte, *ab origine* esistente, sia venuta meno nel corso del procedimento (62).

Ebbene, pare che il rischio in questione sia in larga misura inevitabile; ciò, a meno di ritenere che proprio al criterio della futura eseguibilità del lodo si debba fare riferimento in sede di individuazione della legge applicabile ai rapporti tra arbitrato e fallimento (63).

Sono tuttavia molteplici le ragioni che sconsigliano di percorrere quest'ultima via, non ultima la difficoltà di individuare con sicurezza, sin dall'inizio del procedimento, il luogo ove il *dictum* degli arbitri dovrà essere eseguito (64). Si consideri poi che l'applicazione della legge dello Stato di - ipotetica - esecuzione del lodo, in quanto suscettibile di dar luogo all'annullamento del lodo medesimo da parte dei giudici dello Stato ove l'arbitrato ha sede in ragione della violazione della disciplina fallimentare ivi prevista, potrebbe condurre all'esito paradossale dell'impossibilità di circolazione del *dictum* arbitrale in virtù di quanto disposto dall'art. V.1 lett.e) della Conv. New York (65). Va infine osservato che la soluzione in questione, nella misura in cui rimette agli arbitri la scelta della legge applicabile, non può senz'altro dirsi rispettosa del principio della certezza del diritto, la cui salvaguardia non dovrebbe mai essere trascurata in sede di disciplina dei rapporti commerciali transnazionali (66).

Pertanto, se è indubbio che l'azione degli arbitri debba perseguire, per quanto possibile, l'obiettivo della riconoscibilità ed eseguibilità del lodo, pare tuttavia che alla prospettiva della circolazione del medesimo non possa attribuirsi rilievo dirimente in sede di individuazione della legge applicabile (67).

Risulta così confermata, in ultima analisi, l'opportunità dell'opzione per la *lex loci arbitri*, la quale, pur non essendo la soluzione ideale, è tuttavia l'approccio idoneo a minimizzare quegli inconvenienti che solo la piena uniformazione delle discipline fallimentari nazionali sarebbe idonea ad azzere.

Paola Widmann, *Dottoranda di ricerca Univ. Trento*

(segue nota 60)

rispettato. In altri termini, il BGH ha affermato, sulla scia di un'autorevole dottrina (cfr., a tal proposito, Jaestaedt, cit. nt. 5, III) che l'introduzione o la prosecuzione di un giudizio di cognizione - nella specie: nelle forme del procedimento arbitrale - avente ad oggetto un credito fallimentare presupponga necessariamente la proposizione di domanda di ammissione al passivo, con conseguente giudizio di verifica del credito in sede concorsuale (cd. *Anmeldungs- und Prüfungsverfahren*) e si giustifichi in ragione dell'avvenuta contestazione della pretesa creditoria in questione da parte del curatore fallimentare o di altri creditori concorsuali; conseguentemente, la Corte suprema federale ha ritenuto di poter riconoscere la pro-

nuncia arbitrale con esclusivo riferimento ai diritti di credito per i quali era stata previamente richiesta e ottenuta l'ammissione al passivo fallimentare.

(61) V. *Vivendi wins billions-on paper*, *Global Arbitration Review Briefing*, 27 February 2009.

(62) V. *Polish Court finds arbitration agreement valid despite bankruptcy*, *Global Arbitration Review Briefing*, 21 December 2009. Va precisato che il lodo condannatorio in questione, così riconosciuto, non potrà tuttavia essere eseguito; piuttosto, in forza di esso, la società creditrice Vivendi avrà titolo per insinuarsi al passivo della procedura fallimentare aperta nello Stato polacco. Ciò in virtù del divieto di azioni esecutive individuali in costanza della procedura di insolvenza, principio accolto dalla generalità delle discipline fallimentari degli ordinamenti europei e dallo stesso Reg. n. 1346/2000 (v. *supra* nt. 19). Cfr. peraltro, a tal riguardo, BGH, cit. nt. 32, 85 ss.: il Giudice tedesco ha ritenuto di dover rimediare - in via interpretativa - all'errore del Tribunale arbitrale, consistente nel qualificare la propria statuizione come pronuncia di condanna, anziché di mero accertamento delle pretese creditorie già insinuate al passivo fallimentare; v. altresì Markert, cit. nt. 2, 239.

(63) Cfr., sul punto, Markert, cit. nt. 2, 238-239, nonché Baizeau, *Arbitration and Insolvency*, cit. nt. 2, 118-119; Frignani, cit. nt. 60, 63; P.K. Wagner, cit. nt. 30, 65 ss.

(64) V. Baizeau, *Arbitration and Insolvency*, cit. nt. 2, 119, e Markert, cit. nt. 2, 238.

(65) Occorre tuttavia precisare che in taluni casi è stata data esecuzione ad un lodo straniero, nonostante il medesimo fosse stato annullato nel Paese di emissione; v. *Hilmarton*, Cour de cassation, 10 June 1997, *Rarbitrage* 1997, 376 ss., e *Chromalloy*, US District Court for the District of Columbia, 31st July 1996, 939 *FSupp* 907; cfr. P.K. Wagner, cit. nt. 30, 65-66. V. anche, quanto al dovere - primario - degli arbitri di pronunciare un lodo valido, ossia idoneo a resistere ad un'eventuale giudizio di impugnazione instaurato nello Stato della sede dell'arbitrato, Baizeau, *Arbitration and Insolvency*, cit. nt. 2, 118; Markert, cit. nt. 2, 238.

(66) V. Markert, cit. nt. 2, 239. Cfr. poi, per ulteriori considerazioni, Baizeau, *Arbitration and Insolvency*, cit. nt. 2, 119: poiché la Conv. New York attribuisce un certo margine di discrezionalità alle Corti nazionali adite ai fini del riconoscimento e dell'esecuzione del lodo, prevedendo che esse possano - non debbano - opporre il loro rifiuto nelle ipotesi di cui all'art. V, è ben possibile - e di fatto accade - che, pur in presenza dei presupposti previsti da quest'ultima disposizione, le Corti optino per l'accoglimento dell'istanza, in un'ottica di promozione e sostegno dell'arbitrato internazionale.

(67) Cfr., in tal senso, Baizeau, *Arbitration and Insolvency*, cit. nt. 2, 119, Markert, cit. nt. 2, 239; *contra* P.K. Wagner, cit. nt. 30, 65 ss.

BGH, Beschluss 21 gennaio 2010 - IX ZB 193/07

Giurisdizione civile - Reg. n. 44/2001 - Reg. n. 1393/2007 - Irregolare notifica del decreto ingiuntivo - Mancata opposizione tardiva ex art. 650 c.p.c. - Possibilità di invocare l'art. 34 n. 2 Reg. 44/2001 nello Stato membro richiesto dell'esecuzione - Esclusione

Giurisdizione civile - Reg. n. 44/2001 - Sanatoria del vizio di notifica del provvedimento straniero mediante proposizione della richiesta di concessione dell'*exequatur* - Sospensione del giudizio di opposizione all'*exequatur* - Necessità

In sede di opposizione all'*exequatur*, il debitore non

può invocare il motivo di diniego del riconoscimento di cui all'art. 34 n. 2 Reg. n. 44/2001 asserendo che il decreto ingiuntivo italiano non gli era stato regolarmente notificato, se aveva avuto la possibilità di far valere tale doglianza nello Stato di origine.

Qualora il vizio di notifica del provvedimento giurisdizionale straniero si sani con la proposizione, nello Stato membro di destinazione, della richiesta di esecutività, il giudice dell'opposizione all'*exequatur* deve necessariamente sospendere il giudizio dinanzi a lui pendente ai sensi dell'art. 46, c. 1, Reg. n. 44/2001 e concedere un termine al debitore per la proposizione dell'opportuno strumento processuale nello Stato di origine.

Irregolare notifica del decreto ingiuntivo e possibilità di invocare, nello Stato richiesto dell'esecuzione, il motivo di diniego di riconoscimento di cui all'art. 34 n. 2 Reg. n. 44/2001: il punto di vista del *Bundesgerichtshof* tedesco

*L'autrice commenta una sentenza della Corte Suprema tedesca ove il principio dell'esaurimento degli Home State Remedies, quale presupposto per "conservare" l'eccezione di irregolare notifica dell'atto introduttivo quale ragione ostativa all'*exequatur*, viene declinato in relazione all'onere di utilizzare l'opposizione tardiva a decreto ingiuntivo, prevista dall'art. 650 del nostro codice di rito, con la specificazione per cui, allorché la decisione conclusiva del procedimento frutto di un vizio originario nell'instaurazione del contraddittorio sia ancora impugnabile, si impone la sospensione del procedimento di *exequatur* con assegnazione del termine per dar corso all'onere della sua impugnazione nello Stato di provenienza.*

1. Esame della vicenda: la posizione dell'*Oberlandesgericht* di Amburgo

La fattispecie concreta che ha condotto alla pronuncia della decisione in epigrafe trae origine da un decreto ingiuntivo emesso nei confronti di un'azienda tedesca. Con tale decreto il Tribunale di Milano ingiungeva di pagare nelle mani dell'avvocato istante la somma di € 30815,96 a titolo di onorari non ancora corrisposti.

Il provvedimento veniva notificato alla destinataria in data 27 dicembre 2005, presso i locali della medesima ad Amburgo, in Germania, dove - nonostante le ferie natalizie - si trovava un dipendente addetto ad altra sede dell'azienda (segnatamente, alla sede di *Ulzburg*), eccezionalmente nella filiale anseatica per installare alcuni *computers*.

Non essendo stata proposta opposizione al decreto ingiuntivo entro il termine di cinquanta giorni, quest'ultimo veniva dichiarato esecutivo in Italia (1) e successivamente munito di *exequatur* dal *Landgericht* di Amburgo, previo deposito della relativa relata di notifica.

L'azienda tedesca proponeva opposizione ex art. 43 Reg. n. 44/2001 avverso il provvedimento di *exequatur* dinanzi all'*Oberlandesgericht* di Amburgo (2). In tale sede veniva contestata l'idoneità al riconoscimento del decreto ingiuntivo italiano, stante il requisito ostativo di cui all'art. 34 n. 2 Reg. n. 44/2001. Tale requisito veniva appli-

cato oltre il suo significato letterale, *i.e.* non già ad una fattispecie in cui il convenuto era rimasto involontariamente contumace nell'ambito di un processo di cognizione. La condizione ostativa veniva piuttosto riferita all'ipotesi in cui il destinatario di un procedimento sommario emesso *inaudita altera parte* non ne aveva avuto notizia a causa di un vizio di notifica (3). Segnatamente, nella fattispecie *de qua*, l'ingiunta asseriva che il decreto ingiuntivo non gli era stato notificato in tempo utile ed in modo tale da poter presentare le proprie difese.

Come sottolineato dall'*Oberlandesgericht* di Amburgo - e come successivamente ribadito dal *Bundesgerichtshof* (di seguito: BGH) - nel caso di specie la legge processuale regolatrice della notifica del decreto ingiuntivo non era quella italiana ma, piuttosto, quella tedesca, essendo la Germania lo Stato richiesto della notifica. Così disponeva, infatti, l'allora vigente art. 7 Reg. n. 1348/2000, oggi sostituito dall'art. 7 Reg. n. 1393/2007, di analogo tenore. Il citato art. 7 prevedeva e prevede che, salve particolari richieste, «l'organo ricevente procede o fa procedere alla notificazione...secondo la legge dello Stato membro richiesto».

La norma ai sensi della quale valutare la regolarità della notifica era dunque da identificare nel § 178, Abs. 1, n. 2, ZPO, il quale stabilisce che la notifica possa essere effettuata anche nel luogo in cui il destinatario esercita l'industria o il commercio tramite consegna dell'atto ad un addetto a quell'ufficio o a quell'azienda («*einer dort beschäftigten Person*»).

Nel caso di specie la notifica sarebbe stata effettuata presso la sede dell'azienda ma nelle mani di un addetto ad altra filiale; circostanza, quest'ultima, pacifica tra le parti.

(1) In applicazione dell'allora vigente art. 19 Reg. n. 1348/2000 (oggi: art. 19 Reg. n. 1393/2007), onde dichiarare esecutivo il decreto ingiuntivo il Tribunale di Milano ha evidentemente reputato integrati gli estremi della lettera *b*) di tale disposizione.

(2) La decisione finale è *Oberlandesgericht Hamburg*, 6. Zivilsenat, 14 settembre 2007 - 6W 46/07 (per esteso nella banca dati *Juris*).

(3) Circa la possibilità di ricomprendere tale fattispecie *sub* art. 34 n. 2 Reg. n. 44/2001 v. quanto si dirà al paragrafo seguente.

Secondo l'ingiunta, tale soggetto avrebbe lasciato il decreto ingiuntivo del Tribunale di Milano sopra una delle scrivanie dell'ufficio, senza darne apposita segnalazione al titolare (4).

L'*Oberlandesgericht* di Amburgo, in forza di un'interpretazione letterale del § 178, Abs. 1, n. 2, ZPO (5), riteneva pertanto invalida la notifica del decreto ingiuntivo (6). Per l'effetto, considerava integrati gli estremi del requisito ostativo di cui all'art. 34 n. 2 Reg. n. 44/2001 in quanto, a causa della nullità della notifica, l'azienda tedesca non avrebbe avuto la possibilità di proporre opposizione a decreto ingiuntivo. Il provvedimento italiano veniva pertanto dichiarato irrinunciabile in Germania.

Il giudice non andava oltre. In particolare, non tentava di verificare se nello Stato di origine del provvedimento sussisteva un mezzo di reazione avverso l'invocato vizio di notifica; circostanza, quest'ultima, invece, rilevante. Infatti, ai sensi dell'art. 34 n. 2 Reg. n. 44/2001 l'irregolare notifica della domanda giudiziale o, nel caso di specie, del decreto ingiuntivo, è motivo ostativo del riconoscimento soltanto ove il contumace (*rectius*, l'interessato) non abbia avuto la possibilità di far valere tale doglianza nello Stato di origine del provvedimento, onde rimediarsi.

2. Segue: ...e quella, europeista, del *Bundesgerichtshof*

La pronuncia dell'*Oberlandesgericht* di Amburgo è stata assoggettata a *Rechtsbeschwerde* dinanzi al BGH.

Il giudice di legittimità tedesco ha innanzitutto specificato che, nel caso di specie, si verteva in presenza di una fattispecie concreta astrattamente riconducibile all'ambito di applicazione del requisito ostativo di riconoscibilità di cui all'art. 34 n. 2 Reg. n. 44/2001, sebbene quest'ultimo non si riferisca letteralmente all'ipotesi di un procedimento sommario emesso *inaudita altera parte* ma, piuttosto, a quella del convenuto rimasto involontariamente contumace in quanto la domanda giudiziale ovvero un atto equivalente non gli sono stati notificati in tempo utile per poter presentare le difese.

Così facendo il BGH si è conformato all'esegesi suggerita dalla Corte di giustizia nella pronuncia *Hengst-Import BV v. Campese* (7). In tale *dictum* interpretativo, i giudici del *Kirchberg*, riferendosi all'allora art. 27 n. 2 Conv. Bruxelles avevano stabilito che la nozione di «domanda giudiziale o di atto equivalente» si riferisce all'atto, o agli atti, la cui comunicazione o notificazione al convenuto, effettuata regolarmente e in tempo utile, pone quest'ultimo in grado di far valere i suoi diritti prima che venga emesso un provvedimento esecutivo nello Stato d'origine. Avevano pertanto concluso che «rientra in tale nozione il decreto ingiuntivo unitamente al ricorso, poiché, ai sensi degli artt. 641 e 643 c.p.c., la loro comunicazione congiunta fa decorrere un termine durante il quale l'intimato può proporre opposizione e il ricorrente non può ottenere una decisione di esecuzione prima della scadenza di tale termine».

Il giudice di legittimità tedesco ha dunque ritenuto che la soluzione ermeneutica prospettata dalla Corte di giustizia nella pronuncia *Hengst-Import BV v. Campese* fosse applicabile anche al sopraggiunto art. 34 n. 2 Reg. n. 44/2001.

La conclusione persuade, considerato che la prima parte dell'indicato requisito ostativo, quella in cui si contempla la mancata o intempestiva notifica dell'atto introduttivo del

giudizio al destinatario, non ha subito modifiche testuali nel passaggio dalla Conv. Bruxelles al Reg. n. 44/2001.

Nella vicenda sottoposta all'attenzione del giudice tedesco, all'ingiunto erano stati effettivamente notificati sia il decreto ingiuntivo che il relativo ricorso introduttivo.

Tuttavia - ha proseguito il BGH - la regolarità della notifica avrebbe dovuto essere valutata ai sensi della legge processuale tedesca, ossia ai sensi del § 178 ZPO, in forza di quanto disposto dall'allora vigente art. 7 Reg. n. 1348/2000. Siffatta verifica, in effetti, era stata compiuta dall'*Oberlandesgericht* di Amburgo che aveva poi concluso nel senso della nullità della notificazione.

Il giudice tedesco di legittimità ha però evidenziato un dato ulteriore, a cui il giudice di Amburgo non aveva erroneamente attribuito importanza: quello per cui la condizione ostativa del riconoscimento di cui all'art. 34 n. 2 Reg. n. 44/2001, ove pure la notifica sia stata irregolare o intempestiva, non è integrata se il destinatario della medesima aveva avuto la possibilità di far valere tale vizio nello Stato di origine del provvedimento, onde porvi colà rimedio e sia invece rimasto inerte.

Secondo il BGH, l'*Oberlandesgericht* di Amburgo avrebbe dovuto valutare se l'azienda tedesca aveva avuto la possibilità di invocare l'irregolarità della notifica nella sede processuale italiana. Solo in caso di risposta negativa, l'irregolare notifica del decreto ingiuntivo sarebbe stata causa di disconoscimento in Germania del provvedimento emesso dal Tribunale di Milano. Viceversa, ove fosse stata ravvisata l'esistenza di uno strumento processuale italiano mediante cui far valere tale nullità al fine di porvi rimedio - verifica che avrebbe dovuto essere compiuta applicando d'ufficio il diritto processuale italiano (8) - il suddetto requisito ostativo non sarebbe stato integrato.

Infatti, sebbene il testo dell'art. 34 n. 2 Reg. n. 44/2001 faccia riferimento alla possibilità, per l'interessato, di utilizzare un «mezzo di impugnazione» avverso il provvedi-

(4) Si noti che l'ingiunta non si era viceversa lamentata del fatto che il decreto le era stato notificato in una lingua diversa da quella ufficiale dello Stato di notifica ed a lei sconosciuta. Se ne può dedurre che, verosimilmente, nella vicenda *de qua* non sussistevano problemi di comprensione linguistica del contenuto del provvedimento giurisdizionale. Il requisito della conoscibilità della lingua dell'atto notificato non è del resto preso in considerazione dall'art. 34 n. 2 Reg. n. 44/2001. In proposito, per ulteriori delucidazioni sia consentito rinviare a D'Alessandro, *Il riconoscimento delle sentenze straniere*, Torino, 2007, 155-156.

(5) Condivisa, in dottrina, da Roth, in Stein/Jonas, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 21 Auflage, München, 2005, sub § 178, Rn. 24, 568 e Wenzel, in *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Aktualisierungsband*, 2 Auflage, München, 2002, sub § 178, Rn. 20, 98.

(6) *A fortiori* poiché l'impiegato che aveva ricevuto la notifica aveva poi lasciato il decreto ingiuntivo su di una scrivania, ossia in un luogo accessibile a tutti. Secondo la giurisprudenza del BGH un simile comportamento non determina il perfezionamento della notifica: BGH, 21 marzo 2001 VIII ZR 244/00, NJW 2001, 1946.

(7) Corte di giustizia, 13 luglio 1995, C-474/93, FI 1996, parte IV, 395, nt. Salvatore; GI 1996, I, 1, 1168, nt. Tonolli; CG 1995, 1451; RDI 1995, 1082. In dottrina, in proposito, cfr. Kropholler, *Europäisches Zivilprozessrecht*, 8. Auflage, Frankfurt am Main, 2005, sub art. 34, 394 ss., spec. Rn. 29.

(8) Sull'applicabilità d'ufficio del diritto (processuale e sostanziale) straniero da parte del giudice tedesco v. BGH, Beschluss 12 dicembre 2007-XII ZB 240/05, NJW-RR, 2008, 586.

mento formatosi nello Stato di origine in violazione del suo diritto di difesa, è sufficiente che lo Stato di origine del provvedimento metta a disposizione di quest'ultimo uno strumento processuale che consenta di far valere tale doglianza e di porvi rimedio, anche se non si tratta tecnicamente di un mezzo di impugnazione; circostanza, questa, suscettibile di verificarsi quando l'art. 34 n. 2 Reg. n. 44/2001 viene applicato oltre il suo tenore letterale e, segnatamente, nel caso in cui il provvedimento irregolarmente notificato sia un provvedimento sommario, laddove lo Stato di origine preveda la possibilità del passaggio dalla fase sommaria a quella a cognizione piena ed esauriente a seguito della mera manifestazione di volontà del destinatario del *dictum*.

Nella fattispecie che ha originato la pronuncia in epigrafe, il BGH ha ravvisato tale strumento processuale nell'opposizione tardiva di cui all'art. 650 c.p.c. Il giudice di legittimità tedesco ha difatti correttamente affermato che in sede di merito si sarebbe dovuto verificare se vi fossero stati gli estremi per applicare tale disposizione, ossia per proporre opposizione tardiva a decreto ingiuntivo. Per questa ragione il BGH ha cassato la pronuncia impugnata e rinviato gli atti all'*Oberlandesgericht* di Amburgo affinché ponesse in essere la suddetta valutazione.

Tuttavia, poiché in Italia l'opposizione tardiva a decreto ingiuntivo non è più ammessa ove siano decorsi dieci giorni dal primo atto di esecuzione (così dispone, infatti, il c. 3 dell'art. 650 c.p.c.) il BGH ha aggiunto che, qualora la Corte di Amburgo dovesse ritenere utilizzabile tale mezzo, dovrebbe necessariamente sospendere il procedimento di opposizione all'*exequatur* - ai sensi dell'art. 46 Reg. n. 44/2001 - ed assegnare un termine all'ingiunto per la proposizione dell'istanza ex art. 650 c.p.c.

Ad avviso del BGH, nel caso di specie, a differenza di quanto previsto dalla lettera dell'art. 46 Reg. n. 44/2001 - ove è contemplata un'ipotesi di sospensione facoltativa del giudizio di opposizione all'*exequatur* attuabile su istanza di parte - la quiescenza del procedimento dovrebbe essere necessaria (9), poiché evidentemente finalizzata ad evitare che siano integrati gli estremi dell'ultimo comma dell'art. 650 c.p.c. e che l'ingiunto, a causa dell'inizio del processo esecutivo, perda la possibilità di utilizzare lo strumento processuale messo a disposizione dallo Stato di origine del provvedimento (10).

La posizione assunta dal BGH a proposito della portata del requisito ostativo di cui all'art. 34 n. 2 Reg. n. 44/2001 persuade.

Difatti, come già la dottrina italiana ha avuto modo di sottolineare, il requisito ostativo indicato all'art. 34 n. 2 Reg. n. 44/2001 tutela il diritto di difesa del destinatario del provvedimento mediante la sua irriconecibilità nello Stato richiesto soltanto quante volte costui non abbia avuto effettivamente la possibilità di sanare tale vizio nello Stato di origine del provvedimento, tramite la sua caducazione o rinnovazione. In altri termini: il requisito *de quo* si attiva, impedendo la circolazione del *dictum* all'interno dello spazio giudiziario comune, unicamente quando vi sia la necessità di restituire ad una delle parti la possibilità di usufruire di quel «giusto processo» che non ebbe luogo nello Stato di origine. Una simile situazione, tuttavia, non si verifica se il soggetto rimasto estraneo al giudizio svoltosi nell'ordinamento di origine del provvedi-

mento non ha scientemente utilizzato gli strumenti processuali là messi a disposizione per rimediare alla lesione del diritto di difesa da lui subita (11), attendendo di far valere tali doglianze nello Stato richiesto dell'esecuzione. Nel contesto del Reg. n. 44/2001, dunque, è ravvisabile un onere per l'interessato di avvalersi degli strumenti processuali messi a disposizione dallo Stato di origine onde provocare la caducazione della pronuncia viziata. Se costui non si attiva in tale sede processuale perde, per ciò solo, la possibilità di invocare vittoriosamente in sede di opposizione all'*exequatur* la condizione ostativa al riconoscimento di cui all'art. 34 n. 2 Reg. n. 44/2001.

L'interpretazione accolta dal BGH, peraltro, è in grado di condurre alla caducazione, nello Stato di origine, del *dictum* viziato da lesione del diritto di difesa di una delle parti; risultato, questo, che non si otterrebbe facendo attivare sempre e soltanto il requisito ostativo di cui all'art. 34 n. 2 Reg. n. 44/2001. In tal modo, difatti, la decisione *de qua* non sarebbe riconoscibile nell'ordinamento richiesto dell'esecuzione, però continuerebbe a vincolare le parti nello Stato di origine.

Si tratta inoltre di un'esegesi che è stata propugnata dalla stessa Corte di giustizia, dapprima nella sentenza *ASML Netherlands BV c. Semiconductor Industry Services GmbH* (12) e successivamente nella pronuncia *Apostolides* (13), ambedue infatti richiamate dal BGH. In questa seconda pronuncia, in particolare, i giudici del *Kirchberg* hanno stabilito che una decisione pronunciata in contumacia in base a una domanda giudiziale addirittura non notificata (e non già irregolarmente notificata) al convenuto in tempo utile e in modo tale che questi potesse presentare le proprie difese, dev'essere riconosciuta qualora il contumace, pur avendone la possibilità, non abbia assunto l'iniziativa di presentare un ricorso avverso tale decisione.

(9) «*Hat das Beschwerdegericht erforderlichenfalls das Verfahren aussetzen*»: così recita la massima tedesca della pronuncia in epigrafe.

(10) Per ragioni di carattere sistematico, rinviamo la trattazione di questo specifico aspetto al § 3.

(11) Conf. De Cristofaro, *La crisi del monopolio statale dell'imperium all'esordio del titolo esecutivo europeo*, *Int'l Lis* 2004, 141 ss., spec. 143 ed in Consolo-De Cristofaro, *Il diritto processuale civile internazionale visto da Int'l Lis*, 1109 ss., spec. 1115; Id., *L'onere di impugnazione della sentenza quale limite al rilievo dei vizi nella fase introduttiva del giudizio chiuso da sentenza contumaciale: tra diritto di difesa e full faith and credit*, *Int'l Lis* 2007, 7 ss.; Merlin, *Riconoscimento ed esecutività della decisione straniera nel Reg. Bruxelles I*, *RDP* 2001, 433 ss., spec. 439 nonché, si vis, D'Alessandro, cit. nt. 4, 180 ss., oltre a Kropholler, cit. nt. 7, 412 e Gottwald, *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, III, München, 2008, sub art. 34 EuGVO, Rn. 15-17 (consultato tramite la banca dati Beck on line). In giurisprudenza, nella medesima direzione BGH, *Beschluss* 12 dicembre 2007-XII ZB 240/05, NJW-RR, 2008, 586; BGH, 6 ottobre 2005 - IX ZB 27/02, IHR, 2006, 259.

(12) Corte di giustizia, 14 dicembre 2006, C-283/05, *ASML Netherlands BV c. Semiconductor Industry Services GmbH (SEMIS)*, in *Int'l Lis* 2007, 7 nt. De Cristofaro; *RDP* 2007, nt. D'Adamo; *CG* 2007, 2, 260; *FI* 2007, parte IV, 454 nonché Corte di giustizia, 28 aprile 2009, C-420/07, *Apostolides*, punto 75 della motivazione.

(13) Corte di giustizia, 28 aprile 2009, C-420/07, *Apostolides c. Orams*, dispositivo e punto 77 della motivazione, in *Obblig. e contr.* 2009, 758, nt. Rossolillo; *RDIPP* 2009, 984.

3. Nel caso di specie vi era la concreta possibilità di agire in Italia ex art. 650 c.p.c.

Secondo il BGH, intanto il decreto ingiuntivo potrà (se non sarà caducato) essere eseguito in Germania, in quanto vi siano stati gli estremi per utilizzare l'art. 650 c.p.c. in Italia.

Nella vicenda in esame, la notifica del decreto ingiuntivo e del relativo ricorso era stata irregolare, almeno secondo il giudizio dell'*Oberlandesgericht* di Amburgo. Pertanto, ove si ritenga che il requisito della regolarità della notifica sia la *condicio sine qua non* per la spendita degli strumenti processuali messi a disposizione dallo Stato di origine, si dovrebbe concludere nel senso della concreta mancanza, nel caso di specie, della possibilità di utilizzare i medesimi e, conseguentemente, nel senso della irricorsibilità del decreto ingiuntivo in Germania.

Tuttavia, come correttamente osservato dal BGH ed, ancor prima, dalla Corte di giustizia (14) e da parte della dottrina italiana (15), l'art. 34 n. 2 Reg. n. 44/2001 - con soluzione di continuità rispetto all'art. 27 n. 2 Conv. Bruxelles - ha rinunciato al requisito (cumulativo) della regolare notifica dell'atto introduttivo del giudizio, essendo attualmente sufficiente che l'interessato abbia in qualche modo acquisito effettiva conoscenza della pendenza del giudizio in tempo utile per utilizzare lo strumento processuale messo a disposizione dallo Stato di origine (16).

Come precisato dalla pronuncia *ASML Netherlands BV c. Semiconductor Industry Services GmbH* (17), benché abbia rinunciato al menzionato requisito, l'art. 34 n. 2 Reg. n. 44/2001 non grava il convenuto (nel caso di specie: l'ingiunta) di un onere di attivazione oltre la misura della normale diligenza, imponendogli di ricercare *motu proprio* le informazioni circa il contenuto di una decisione di cui abbia avuto meramente notizia.

Nella medesima sentenza *ASML Netherlands BV* la Corte di giustizia ha altresì chiarito che la notifica "in tempo utile" deve avere ad oggetto non tanto l'atto introduttivo del giudizio quanto, piuttosto, la pronuncia finale viziata da lesione del diritto di difesa della parte rimasta «contumace»: nella vicenda qui presa ad esame si tratta del decreto ingiuntivo.

Tale linea interpretativa è stata confermata nella successiva pronuncia *Apostolides*, con la quale, come abbiamo già detto, i giudici dell'Unione hanno stabilito che l'art. 34 n. 2 Reg. n. 44/2001 non trova applicazione a fronte di una decisione contumaciale emessa all'esito di un procedimento il cui atto introduttivo non sia stato portato a conoscenza del contumace, allorquando quest'ultimo abbia ciononostante impugnato il *dictum* nello Stato di origine del provvedimento, invocando l'irregolare notifica della domanda giudiziale (18).

Alla luce della richiamata giurisprudenza sembra possibile affermare che, nella vicenda sottoposta all'attenzione dei giudici tedeschi, vi era la concreta possibilità, per l'ingiunta, di proporre opposizione tardiva ex art. 650 c.p.c., poiché quest'ultima, nonostante l'irregolarità della notifica, aveva avuto conoscenza del decreto emesso dal tribunale di Milano in tempo utile. Conseguentemente, pare che si esorbiti dall'ambito di applicazione del requisito ostativo di cui all'art. 34 n. 2 Reg. n. 44/2001.

Infatti, quanto al primo aspetto - *utilizzabilità dell'opposizione tardiva a decreto ingiuntivo* - va rilevato che l'art.

650 c.p.c. era in origine utilizzabile a fronte della sola irregolare notifica del decreto ingiuntivo ai sensi della legge processuale italiana, considerato che tale *dictum* non poteva essere notificato all'estero. Ciò fino a quando non è stato abrogato il terzo comma dell'art. 633 c.p.c. ad opera dell'art. 9 D. lgs. 9 ottobre 2002, n. 231.

Essendo ormai venuto meno tale limite territoriale, la doglianza *de qua* si presta ad essere riferita anche alle ipotesi di irregolare notifica del decreto ingiuntivo all'estero ai sensi della legge processuale indicata dal Reg. n. 1393/2007. Dunque, lo strumento processuale a disposizione dell'azienda tedesca per far valere *in primis* l'irregolarità della notificazione e successivamente per contestare nel merito il tenore dell'ingiunzione (*rectius*, per affermare l'inesistenza del diritto di credito a cui tutela era stato emesso il decreto) era proprio da ravvisare nell'opposizione tardiva a decreto ingiuntivo.

In riferimento al secondo aspetto - *effettiva conoscenza del decreto ingiuntivo in tempo utile per proporre opposizione tardiva* - occorre notare che l'art. 650 c.p.c. non contempla un termine iniziale di proponibilità. Vi si prevede soltanto un termine finale consistente nel decorso di dieci giorni dal compimento del primo atto di esecuzione.

Tuttavia, dalla lettura della pronuncia del BGH e dell'*Oberlandesgericht* di Amburgo si evince che l'ingiunta aveva avuto conoscenza dell'avvenuta emanazione del decreto ingiuntivo almeno dal momento in cui le era stato notificato il provvedimento del *Landgericht* di Amburgo (in data 30 marzo 2007), con il quale il decreto ingiuntivo italiano era stato munito di *exequatur*. Tale provvedimento era stato tempestivamente impugnato, con ciò impedendo alla creditrice di intraprendere il processo esecutivo in Germania. Dalla motivazione della pronuncia dell'*Oberlandesgericht* di Amburgo si desume che, subito dopo aver ricevuto la notifica del provvedimento del *Landgericht*, l'interessata aveva in qualche modo «recuperato» il decreto ingiuntivo che le era stato *illo tempore* notificato, sia pure irregolarmente. Da quel momento, a parere di chi scrive, l'azienda tedesca aveva conseguito quella «effettiva conoscenza» del provvedimento sufficiente per proporre opposizione tardiva ex art. 650 c.p.c.; opposizione tardiva che era ancora presentabile, non essendo stato ancora compiuto alcun atto di esecuzione.

A tal proposito, vi è, però, un ulteriore profilo da considerare, poiché non è affatto certo che l'ingiunta, benché avesse acquisito effettiva conoscenza del decreto ingiuntivo, fosse stata a quel momento edotta della sussistenza dello strumento processuale dell'opposizione tardiva. Invero, nel testo del decreto si recava menzione della possibilità di proporre opposizione tempestiva al medesimo, mentre nulla si diceva a proposito dell'art. 650 c.p.c.

(14) Corte di giustizia, 14 dicembre 2006, C-283/05, *ASML Netherlands BV c. Semiconductor Industry Services GmbH (SEMIS)*, *Int'l Lis* 2007, 1, 7, con nota di De Cristofaro, punto 20 della motivazione nonché Corte di giustizia, 28 aprile 2009, C-420/07, *Apostolides*, punto 75 della motivazione.

(15) De Cristofaro, cit. nt. 11, 1115.

(16) Corte di giustizia, 14 dicembre 2006, C-283/05, *ASML Netherlands*, punti 44 ss. della motivazione.

(17) Punto 39 della motivazione.

(18) Punto 78 della motivazione.

La sussistenza del problema della conoscibilità, da parte dell'interessato, degli strumenti processuali da utilizzare nello Stato di origine, era già stata segnalata dall'Avv. gen. Léger nelle conclusioni presentate il 28 settembre 2006 nell'ambito della causa *ASML Netherlands*. L'Avvocato notava che «la notificazione o la comunicazione della decisione dovrebbe anche informare il convenuto dei mezzi di ricorso esperibili contro di essa. La condizione consistente nell'essere in grado di proporre un ricorso implica inoltre... la conoscenza dei mezzi di ricorso esperibili contro la decisione di cui si chiede l'esecuzione» (19). Il legislatore comunitario sembra aver condiviso questa opinione quando ha redatto il testo dell'art. 17 Reg. n. 805/2004 sul Titolo esecutivo europeo (20).

Invero, solo ove l'interessato abbia effettiva conoscenza degli strumenti processuali spendibili nello Stato di origine, sarà concretamente in condizione di utilizzarli e sarà conseguentemente esclusa l'applicabilità dell'art. 34 n. 2 Reg. n. 44/2001.

Vi è dunque da chiedersi se un siffatto onere di informativa, nel caso di decreto ingiuntivo, oltre a riguardare l'opposizione ordinaria, debba altresì includere le indicazioni circa la possibilità di proporre opposizione tardiva.

A favore della soluzione di segno positivo potrebbe militare la considerazione per cui, se l'ingiunto deve essere informato delle modalità ordinarie per il passaggio alla cognizione piena ed esauriente, perché si presume che non ne abbia conoscenza, tanto maggiore è l'esigenza di informativa nell'ipotesi di eventi tali da dare luogo ad opposizione tardiva.

A sostegno della soluzione di segno negativo, tuttavia, potrebbe essere invocato un altro argomento, ossia quello per cui l'opposizione tardiva, a differenza di quella tempestiva, è priva di un termine perentorio di proposizione ed è quindi, in linea di principio, proponibile in ogni tempo (salva la previsione di cui al comma 3 dell'art. 650 c.p.c.).

Proprio quest'ultima considerazione induce a reputare la problematica *de qua* priva di conseguenze concrete nella vicenda in esame. Infatti, anche a voler ritenere che l'ingiunto non fosse stato a conoscenza della possibilità di proporre opposizione tardiva nel momento in cui gli fu comunicato il provvedimento di *exequatur* emesso dal *Landgericht* di Amburgo, ne era stato indubbiamente informato dopo l'emanazione della pronuncia del BGH, nella cui motivazione si faceva espresso riferimento all'art. 650 c.p.c.

Dunque, a partire da quel momento, l'azienda tedesca era in condizioni di proporre opposizione tardiva, aveva individuato lo strumento processuale da utilizzare, aveva conoscenza del decreto ingiuntivo e non era stato ancora compiuto alcun atto di esecuzione. Anzi, l'inizio del processo esecutivo era scongiurato anche per il futuro dall'applicazione dell'art. 46 Reg. n. 44/2001 ad opera del *Oberlandesgericht* di Amburgo.

A tal proposito, sia tuttavia consentito rilevare che, a differenza di quanto sostenuto dal BGH, siamo convinti che la quiescenza del procedimento di opposizione all'*exequatur* non sia ascrivibile al *genus* della sospensione "necessaria" ed officiosa. Sembra, difatti, che nel caso di specie non sussista alcuna delle ragioni che, almeno secondo la nostra dottrina, impongono la quiescenza del processo: invero gli oggetti dei due giudizi non possono considerarsi in relazione di pregiudizialità tecnica-dipen-

denza (21). Inoltre, ben potendo la Corte di Amburgo valutare autonomamente se il rimedio di cui all'art. 650 c.p.c. sia ancora proponibile, non si verte neppure in presenza della necessità di un accertamento *ex lege* con efficacia di giudicato che costituisce ostacolo insormontabile alla conclusione del giudizio (22) di opposizione all'*exequatur*. Ancora, la sospensione necessaria non è neppure giustificabile invocando ragioni di economia processuale (23) e, segnatamente, la volontà di evitare una doppia istruttoria sulla questione pregiudiziale. Ciò poiché l'*Oberlandesgericht* di Amburgo, a differenza del Tribunale di Milano (giudice dell'opposizione tardiva a decreto ingiuntivo), deve limitarsi a verificare l'astratta proponibilità dell'istanza *ex art. 650 c.p.c.*, senza interessarsi della sua concreta accoglibilità.

Infine, sembra mancare anche un interesse pubblicistico a far sì che l'interessato abbia a disposizione un congruo lasso di tempo per utilizzare gli strumenti processuali messi a disposizione dallo Stato di origine. In altri termini, non pare possibile ravvisare un interesse pubblicistico alla tutela necessaria e quindi anche *ex officio* dell'ingiunto, consistente nella disposizione, a suo favore, della quiescenza del giudizio di opposizione all'*exequatur* (24).

Piuttosto, sembra preferibile ritenere che sia quest'ultimo ad avere l'onere di presentare istanza di sospensione *ex art. 46 Reg. n. 44/2001*, in conformità al tenore letterale della disposizione. Verosimilmente, l'istanza sarà presentata quando si ritenga esservi il rischio che il creditore intraprenda l'esecuzione non appena ottenuto l'*exequatur* e che, pertanto, dieci giorni siano un termine troppo esiguo per proporre opposizione tardiva. Una volta che l'istanza sia stata proposta, di regola, il giudice dovrebbe accogliere-

(19) Punto 67 delle conclusioni.

(20) Ove si dispone che: «Nella domanda giudiziale, nell'atto equivalente, nelle eventuali citazioni a comparire all'udienza o in un atto contestuale deve essere indicato con chiarezza quanto segue: a) i requisiti procedurali per contestare il credito, compresi il termine per contestare il credito per iscritto o, se del caso, il termine fissato per l'udienza, il nome e l'indirizzo dell'istituzione alla quale, a seconda dei casi, deve essere data una risposta o dinanzi alla quale si richiede di comparire e se vi sia l'obbligo di essere rappresentati da un avvocato; b) le conseguenze della mancanza di un'eccezione o della mancata comparizione, in particolare, se del caso, la possibilità che sia pronunciata o resa esecutiva una decisione giudiziaria contro il debitore e la responsabilità delle spese connesse al procedimento giudiziario».

(21) Secondo alcuni Autori, tra cui qui basti segnalare Liebman, *Sulla sospensione propria ed "impropria" del processo civile*, RDP 1958, 153 ss. e Montesano, *La sospensione per dipendenza di cause civili e l'efficacia dell'accertamento contenuto nella sentenza*, RDP 1983, 385 ss., la sospensione necessaria avrebbe la finalità di coordinare i giudizi emanati all'esito dei processi legati da un siffatto nesso di connessione.

(22) Questa è la ragion d'essere della sospensione necessaria ad avviso di Menchini, voce *Sospensione del processo civile*, A) *Processo civile di cognizione*, Enc. dir., XLIII, Milano, 1990, 1 ss., spec. 13 ss. e Trisorio Liuzzi, *La sospensione del processo civile di cognizione*, Bari, 1987, 483 ss., 538 ss., 558 ss.

(23) In questi termini Luiso, *Diritto processuale civile*, II, 5^a ed., Milano, 2009, 229 ss.

(24) Contra Lopes Pegna, *I procedimenti relativi all'efficacia delle decisioni straniere in materia civile*, Padova, 2009, 208 nt. 26.

la, così tutelando il diritto di difesa del richiedente (in questo senso, i margini di discrezionalità saranno minimi). Con il provvedimento con cui dispone la sospensione del procedimento di opposizione all'*exequatour*, il giudice dovrà anche fissare un termine perentorio - rimesso alla discrezionalità del giudicante - per l'instaurazione del giudizio nello Stato di origine. Se tale termine decorrerà invano, il processo nello Stato richiesto dell'esecuzione potrà essere ripreso su impulso della parte più diligente, senza che possa essere più validamente invocato il requisito ostativo di cui all'art. 34 n. 2 Reg. n. 44/2001.

L'interpretazione qui suggerita appare coerente con la situazione che potrebbe verificarsi nel caso in cui l'ingiunto non attenda che il giudizio di opposizione all'*exequatour* riprenda dinanzi all'*Oberlandesgericht* di Amburgo per agire *ex art.* 650 c.p.c. In quel caso, essendo stata l'opposizione tardiva ormai proposta (25), il giudice tedesco - anche secondo la ricostruzione del BGH - non dovrebbe necessariamente disporre la sospensione del procedimento di opposizione all'*exequatour*. La quiescenza di siffatto giudizio sarà, difatti, solamente facoltativa, ancora una volta ai sensi dell'art. 46 Reg. n. 44/2001.

4. Rilievi conclusivi

Una volta giunti alla conclusione per cui, nella vicenda in esame, sussiste ancora la possibilità, per l'ingiunto, di proporre opposizione tardiva a decreto ingiuntivo restano da individuare i suoi possibili sviluppi e le conseguenze ripercussioni sul piano transnazionale.

1) In primo luogo, potrebbe accadere che il termine perentorio assegnato dal giudice dell'opposizione all'*exequatour* (*Oberlandesgericht* di Amburgo) per la proposizione dell'opposizione tardiva dinanzi al tribunale di Milano non sia osservato per inerzia dell'azienda tedesca. In tal caso non vi sarebbe alcun spazio applicativo per il requisito ostativo di cui all'art. 34 n. 2 Reg. n. 44/2001, in quanto l'ingiunto non avrebbe volontariamente usufruito degli strumenti processuali messi a disposizione dall'ordinamento di origine onde caducare il *dictum*, ossia onde rimediare alla perpetrata violazione dei diritti della difesa derivante dalla sua irregolare notificazione. Il decreto ingiuntivo emesso dal giudice milanese potrebbe quindi essere munito dell'*exequatour* in territorio tedesco.

2) In alternativa, potrebbe accadere che l'opposizione tardiva sia proposta entro il termine assegnato dall'*Oberlandesgericht* di Amburgo, ma che essa sia rigettata in rito per insussistenza dei requisiti speciali della medesima, quali, ad esempio, la mancata prova dell'irregolarità della notifica ovvero la mancata dimostrazione del fatto che, a causa di tale irregolarità, l'ingiunto non fu messo in condizioni di proporre opposizione tempestiva. Come si ricorderà, difatti, secondo le S. U. della Corte di cassazione, l'opponente *ex art.* 650 c.p.c., oltre a dare prova dell'irregolarità della notifica del decreto ingiuntivo, deve dimostrare che a causa di tale irregolarità non ha avuto tempestiva conoscenza del suddetto decreto e non è stato perciò in grado di proporre tempestiva opposizione (26). In tal caso, in applicazione del disposto di cui all'art. 653 c.p.c., il decreto ingiuntivo sarebbe confermato e, quindi, in linea di principio automaticamente riconoscibile in Germania.

Vi è peraltro da stabilire cosa potrebbe accadere nella specifica ipotesi in cui il giudice dell'opposizione tardiva a

decreto ingiuntivo, facendo applicazione del § 178 ZPO ed andando di diverso avviso rispetto alla decisione dell'*Oberlandesgericht* di Amburgo del 2007, dovesse ritenere valida ed efficace l'originaria notifica del decreto. In particolare, ci si domanda se una simile valutazione sarebbe vincolante anche per il giudice tedesco del procedimento di *exequatour*. Se così fosse, in tale sede non vi sarebbe possibilità di invocare il requisito ostativo di cui all'art. 34 n. 2 Reg. n. 44/2001.

Chi scrive accorda la propria preferenza alla soluzione di segno positivo, invocando a sostegno di siffatta lettura il tenore della pronuncia *Apostolides*. In tale sede, difatti, i giudici del *Kirchberg* hanno stabilito che, quando l'interessato abbia utilizzato i mezzi di censura messi a disposizione dall'ordinamento di origine, l'art. 34 n. 2 Reg. n. 44/2001 non è più applicabile. Pare dunque che nessun significato assuma l'esito (positivo o negativo) dell'impiego dei locali strumenti processuali ai fini dell'individuazione dell'ambito di applicazione del menzionato requisito ostativo.

Ove l'ingiunto dovesse ritenere che il giudice dell'opposizione tardiva abbia errato nel considerare regolare l'originaria notifica del decreto ingiuntivo, avrebbe l'onere di utilizzare i mezzi di impugnazione che l'ordinamento italiano considera proponibili avverso la sentenza conclusiva di tale fase per rimediare a tale *error* e, segnatamente, l'appello e, se ve ne fosse ulteriore necessità, il ricorso per cassazione (27).

3) Ancora, l'opposizione tardiva potrebbe essere rigettata nel merito e dunque la fase a cognizione piena ed esauriente potrebbe concludersi con l'emanazione di una sentenza che conferma l'esistenza del credito a cui tutela fu emanata l'ingiunzione di pagamento. Se così fosse, in considerazione del disposto di cui all'art. 653, primo comma, c.p.c., l'atto da utilizzare come titolo esecutivo sarebbe il decreto ingiuntivo (28), il quale diverrebbe così suscettibile di essere dichiarato esecutivo in Germania senza che possa essere in alcun modo invocato il requisito ostativo di cui all'art. 34, n. 2, Reg. n. 44/2001.

4) Infine, potrebbe darsi che l'opposizione tardiva sia proposta entro il termine assegnato dall'*Oberlandesgericht* di Amburgo e che il tribunale di Milano la accolga nel merito, dichiarando l'inesistenza della pretesa creditoria per cui il decreto ingiuntivo era stato emanato. Di conseguenza, il decreto ingiuntivo verrebbe caducato e sostituito dalla sentenza di accertamento conclusiva del giudizio di opposizione tardiva. Solo quest'ultima pronuncia sarebbe suscettibile di circolare all'interno dello spazio giudiziario comune.

Elena D'Alessandro, *Ricercatore Univ. Tor Vergata*

(25) Essendo conseguentemente venuta meno la possibilità che siano integrati gli estremi dell'art. 650, c. 3, c.p.c.

(26) Cfr. Cass., sez. un., 22 giugno 2007, n. 14572; Cass., sez. un., 12 maggio 2005, n. 9938, CG 2005, 1208; FI 2006, I, 3122; Cass., sez. un., 30 dicembre 1991, n. 14017.

(27) Spunti, in tal senso, anche al punto 121 delle Conclusioni presentate dall'Avv. gen. Kokott il 18 dicembre 2008 nella causa C-420/07, *Apostolides*.

(28) Conf. Luiso, cit. nt. 23, 151; Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, 5ª ed., Ristampa, Napoli, 2010, 560.

I

CORTE D'APPELLO PER IL NONO CIRCUITO; 3 marzo 2009 (Docket 06-35563, 06-35587); Mosman; Santa Sede c. John Doe, John Doe c. Santa Sede

Giurisdizione - Stato straniero - Domanda di risarcimento del danno per responsabilità indiretta della Santa Sede per le attività dei propri enti - Immunità - Sussistenza - Foreign Sovereign Immunities Act ("FSIA"), 28 U.S.C. §§ 1330, 1602-1611.

Giurisdizione - Stato straniero - Domanda di risarcimento del danno per responsabilità della Santa Sede per i fatti illeciti commessi da un proprio dipendente - Immunità - Esclusione (Foreign Sovereign Immunities Act ("FSIA"), 28 U.S.C. §§ 1330, 1602-1611).

Giurisdizione - Stato straniero - Domanda di risarcimento del danno per responsabilità per negligenza della Santa Sede - Immunità - Sussistenza (Foreign Sovereign Immunities Act ("FSIA"), 28 U.S.C. §§ 1330, 1602-1611).

Non sussiste la giurisdizione federale nei confronti della Santa Sede in riferimento all'azione di risarcimento dei danni fondata sulla responsabilità diretta (vicarious liability) di quest'ultima non essendo stato allegato, né provato un potere di controllo nei confronti degli enti ecclesiastici (1).

Sussiste la giurisdizione federale nei confronti della Santa Sede per i fatti illeciti commessi da un dipendente (respondeat superior liability) (2).

Non sussiste la giurisdizione federale nei confronti della Santa Sede in riferimento all'azione di risarcimento dei danni fondata sulla responsabilità per la negligenza derivante dalla omessa informazione circa la pericolosità di un proprio dipendente (direct liability), essendo tale attività discrezionale e, quindi, sottratta al controllo giurisdizionale (3).

II

CORTE SUPREMA DEGLI STATI UNITI; decreto 25 giugno 2010 (Docket 09-1); Pres. Roberts; Santa Sede c. John Doe

Petition for a writ of certiorari - Giurisdizione - Stato straniero - Domanda di risarcimento del danno per responsabilità della Santa Sede - Immunità - Negazione - Supreme Court Rules, Rule 10, 18 -

È negato il writ of certiorari innanzi alla Corte Suprema degli Stati Uniti per la revisione della decisione della Corte di appello del Nono Circuito nelle cause instaurate contro la Santa Sede per il risarcimento dei danni conseguenti ad abusi sessuali.

Il collateral order sull'immunità degli Stati stranieri nel sistema federale statunitense (In margine alla citazione in giudizio della Santa Sede per gli abusi sessuali commessi dai propri "dipendenti")

L'Autrice prende spunto dalle vicende processuali statunitensi che coinvolgono la Santa Sede in connessione con abusi sessuali compiuti da sacerdoti per approfondire da un lato la tematica della immunità giurisdizionale degli enti sovrani nel diritto statunitense ed in quello italiano, e dall'altro lato la impugnabilità delle pronunce not final e "su questioni" nel sistema di giustizia federale nordamericano.

1. La vicenda processuale che origina la riflessione.

John Doe - pseudonimo utilizzato per tutelare l'anonimato dell'attore - nel 2004 conveniva di fronte alla Corte distrettuale dell'Oregon la Santa Sede, l'Arcidiocesi di Portland, il vescovo di Chicago e l'Ordine dei frati servi per sentirli condannare al risarcimento dei danni sofferti per gli abusi sessuali subiti da adolescente. Doe assumeva di essere stato vittima nel 1965 delle molestie di padre Andrew Ronan, parroco di Portland all'epoca dei fatti e sua guida spirituale.

La citazione in giudizio della Santa Sede viene argomentata sulla scorta di tre concorrenti titoli di responsabilità: indiretta per gli atti compiuti dai propri enti strumentali (vicarious), ossia l'arcidiocesi, il vescovado e l'ordine di appartenenza del sacerdote (a), nonché per fatto

del dipendente (respondeat superior), individuando Ronan come tale (b); diretta, determinata dalla mancata adozione di misure idonee ad arginare la pericolosità del religioso malgrado lo stesso avesse ammesso di aver tenuto in precedenza analoghe condotte in Irlanda e fosse stato per tale motivo trasferito ad altra sede (c).

La Santa Sede (1) si difende soltanto in rito, eccepen-

(1) La soggettività internazionale della Santa Sede prescinde, per ragioni storiche e dommatiche (per tutti, Petroncelli Hubler, *Chiesa cattolica e Comunità internazionale*, Napoli 1989, *passim*) da quella dello Stato Città del Vaticano, il quale nasce, anzi, per «[...] per assicurare alla Santa Sede l'assoluta e visibile indipendenza, garantirle una sovranità indiscutibile pur nel campo internazionale [...]», così il *Preambolo* al Trattato lateranense del 1929.

La pronuncia di primo grado dedica al profilo un secco passaggio dichiarando che «[...] the sovereign status of the Holy See is not in dispute» (p. 5). Per affermazioni di identico tenore nella giurisprudenza italiana cfr., tra le più recenti, Cass. 15 aprile 2005, n. 7791, RDIPP 2006, 806. Diversamente avviene in O'Bryan, *et. al.*, v. *Holy See*, 490 F. Supp. 2d 826 (W.D. Ky. 2005), che ha costituito il primo caso di citazione in giudizio della Santa Sede per gli abusi sessuali commessi dai sacerdoti cattolici, nella quale la Corte federale si occupa *funditus* della questione a causa di un vizio della notificazione. Sul punto, cfr., Martinez, *Sovereign Impunity: Does the Foreign Sovereign Immunities Act Bar Lawsuits Against the Holy See in Clerical Sexual Abuse Cases?*, 44 *Tex. Int'l L.J.* [2008], 138 e s. e 144 ss.

do il difetto di competenza giurisdizionale (*subject-matter jurisdiction*) in forza della presunzione di immunità degli Stati sovrani sancita dal *Foreign Sovereign Immunities Act* del 1976 (FSIA), e a tal fine investe la Corte federale di una *motion to dismiss*.

La Corte rigetta l'istanza e afferma la sussistenza della giurisdizione federale sull'azione ai sensi della c.d. *tort exception*, che consente l'esercizio della giurisdizione civile sullo Stato straniero responsabile del fatto illecito avvenuto negli Stati Uniti [§ 1605 (a) (5)], mentre nega l'applicabilità alla fattispecie dell'ulteriore eccezione all'immunità contemplata da FSIA, la *commercial activity exception* [§ 1605(a) (2)] (2).

Avverso la pronuncia (3) propongono appello tanto la Santa Sede che Doe. La prima contestando l'applicabilità ai fatti narrati della *tort exception* ed insistendo per una declaratoria di incompetenza giurisdizionale; il secondo avverso il rigetto della *commercial activity exception* e delle conseguenti domande (*fraud claim*).

I giudici di Appello, in riforma parziale dell'*order*, declinano la giurisdizione sull'azione di responsabilità diretta e l'affermano in relazione alla *vicarious liability*. L'appello incidentale proposto da Doe viene, invece, giudicato inammissibile non coinvolgendo questioni inscindibilmente collegate con quelle prospettate con l'impugnazione principale.

Contro la decisione la Santa Sede propone *petition for a writ of certiorari* che la Corte Suprema degli Stati Uniti nega. Pertanto, risolta definitivamente la questione pregiudiziale relativa alla sussistenza della giurisdizione delle Corti federali, il giudizio, può proseguire per l'accertamento nel merito della sussistenza della responsabilità.

Le pronunce in commento consentono di affrontare il regime processuale della decisione sull'immunità degli Stati stranieri nel sistema nordamericano, con particolare riferimento all'impugnabilità dell'*order* che decida in senso non ostativo alla prosecuzione del giudizio.

La curiosità nei confronti del *contenuto* e, dunque, della decisione concretamente assunta in ordine all'immunità della Santa Sede, è innegabilmente prevalente rispetto a quella destata dal *contenitore* sul quale si concentreranno queste riflessioni, ragion per cui è necessario affrontare - sia pur rapidamente - l'argomento (4).

2. La sussistenza della giurisdizione nei confronti della Santa Sede sulla base della *tort exception*

Per decidere della prospettata questione di giurisdizione la Corte d'Appello applica, come accennato, il *Foreign Sovereign Immunities Act*, che ha consentito a partire dal 1976 di integrare l'approccio casistico fino a quel momento utilizzato con un *corpus* normativo completo applicabile «in every civil action against a foreign state or its political subdivisions, agencies, or instrumentalities» (5). L'Act accoglie (e concettualmente si fonda) sul principio di diritto internazionale consuetudinario secondo il quale *par in parem non habet iurisdictionem*, ragion per cui codifica una generale presunzione di immunità dello Stato straniero e delle sue articolazioni (§1602), procedendo, poi, all'enunciazione di eccezioni a loro volta sottoposte a limiti, superati i quali la presunzione torna ad espandersi (§ 1605) (6).

Nel caso di specie, come accennato, vengono in di-

scussione tanto l'eccezione fondata sulla natura commerciale delle attività condotte dallo Stato straniero (*commercial activity exception*) quanto la *tortious exception* relativa alle azioni di risarcimento dei danni per morte, lesioni personali o reali, causati dall'atto illecito compiuto negli Stati Uniti in proprio o dai propri funzionari e dipendenti nell'esercizio delle proprie funzioni o mansioni.

Attesa la dichiarazione di inammissibilità del *cross appeal* spiegato da Doe (7), la pronuncia non affronta *funditus* il tema della *commercial activity exception* (8), che codifica una regola generalmente osservata dalle Corti, anche europee, fondata sulla natura oggettiva dell'attività

(2) Ad esse va aggiunta la *terrorism exception* modificata da ultimo nel 2008 (§ 1605A), che consente deroghe ben più ampie alla presunzione generale di immunità.

(3) *Doe v. Holy See*, 434 F. Supp. 2d 925, 957 (D. Or. 2006), all'indirizzo https://lapa.princeton.edu/hosteddocs/hamilton_holysee.pdf

(4) Premettendo, con Galileo e con Consolo [Jus Cogens e rationes dell'immunità giurisdizionale civile degli Stati stranieri e dei loro funzionari: *tortuosità finemente argomentative* (inglesi) in materia di "tortura governativa" (saudita), in *Il diritto processuale civile nell'avvicinamento internazionale. Omaggio ad Aldo Attardi*, I, Padova 2009. 313], «benché non sia mia professione». Le decisioni in commento possono rinvenirsi anche in *Foro it.*, 2010, IV, 490, nt. Costantino.

(5) Così la pronuncia in commento, richiamando il caso *Verlinden B.V. v. Cent. Bank of Nig.*, 461 U.S. at 488 (1983). La sentenza ripercorre sinteticamente il corso dell'approccio statunitense al tema delle immunità degli Stati, dando conto dell'evoluzione da una concezione ampia e generale delle stesse (fino al 1952) ad una "ristretta" comprensiva dei soli atti espressione di sovranità. Lo stesso cammino hanno intrapreso le corti italiane ed europee, cfr., per tutti, Ronzitti-Venturini (a cura di), *Le immunità degli Stati e degli altri Enti internazionali*, Padova 2008, spec. 15 ss.: *ivi*, con particolare riferimento alla Santa Sede, il contributo di Sossai, *Immunità dalla giurisdizione dell'Ordine di Malta e della Santa Sede*, 205 e ss.

(6) La medesima struttura presentano tanto la Convenzione europea sull'immunità degli Stati, firmata a Basilea nel 1972, che la Convenzione delle Nazioni Unite sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni, firmata a New York del 2005. Sul punto cfr. Ronzitti Venturini, *La Convenzione delle Nazioni Unite del 17 gennaio 2005 sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni*, in *Id. cit.* nt. 5, 1.

(7) Sul punto, *infra*, al § 3.

(8) La pronuncia della Corte distrettuale, *Doe v. Holy See*, cit., 5, dedica, invece, all'esame delle allegazioni attoree sul punto una lunga ed interessante argomentazione, sostenendo che qualificare come commerciale le attività e la missione della Santa Sede «*this would be, to say the least, ironic. While the Holy See undoubtedly engages in numerous activities that are squarely commercial, the alleged activities here are widely viewed as the antithesis of commerciality. To describe core religious duties as the equivalent of private commercial activity may superficially apply existing precedent, but ultimately results in a transmogrification of the facts*» (13). Pertanto la Corte conclude nel senso che «*the true essence of the complaint is not commercial and the plaintiff's principal complaint sounds in tort*».

Vi è comunque un riferimento alla tematica anche nella pronuncia in commento, attesa la presenza della *dissenting opinion* di uno dei giudici del collegio (Berzon) che riteneva l'eccezione applicabile al caso, in quanto idonea a coprire qualsiasi attività o condotta che non sia espressione di «*quintessentially sovereign*» capacity». Su tale profilo e sulla *concurring opinion* del giudice Fernandez, cfr. Burkett, *Victory for Clergy Sexual Abuse Victims: The Ninth Circuit Strips the Holy See of Foreign Sovereign Immunity in Doe v. Holy See*, *B.Y.U.L. Rev.*, 2010, 35.

compiuta dall'ente sovrano, avulsa da fini pubblici e, dunque, «*commercial or private in character*» (9), ovvero, volendo riferire del lessico caro alla giurisprudenza italiana, compiuta *iure gestionis*.

La Corte verifica, pertanto, la "tenuta" dei tre titoli di responsabilità della Santa Sede allegati dall'attore in primo grado rispetto alla sola *tort exception*. L'operatività di quest'ultima, seppure incontra limiti più incisivi rispetto alle corrispondenti eccezioni previste dalle Convenzioni di Basilea (art. 11) e di New York (art. 12) sulle immunità degli Stati, prescinde, in linea di principio, dalla distinzione tra atti compiuti *iure imperii* o *iure gestionis*. Non corrispondendo a regole del diritto internazionale consuetudinario (art. 10 Cost.) i repertori italiani mancano di pronunce fondate su argomentazioni che la ripetano, cosicché le (a dir vero rarissime) decisioni interne censite su azioni di responsabilità extracontrattuale avverso Stati sovrani fondano l'affermazione o la declinatoria di giurisdizione sulla natura dell'attività causativa del danno escludendo - con i necessari corollari in termini di onere della prova - che l'esistenza del fatto illecito possa di per sé costituire eccezione alla regola generale dell'immunità (10).

I giudici d'appello, in primo luogo escludono la possibilità di imputare alla Santa Sede l'attività dell'Arcidiocesi di Portland, del vescovo di Chicago e dell'Ordine dei frati servi, colpevoli di non aver adeguatamente vigilato sul sacerdote malgrado fossero a conoscenza delle sue inclinazioni per mancanza di prove. Non sono stati, difatti, forniti elementi sufficienti a superare la presunzione di stato giuridico separato né provando l'esistenza di un effettivo e diuturno controllo sugli stessi (11), né dimostrando che l'autonomia loro conferita costituisse un abuso «*for the purpose of evading liability for its own wrongs*» (12).

Al contrario, vengono ritenute sufficienti le allegazioni a sostegno della *respondeat superior liability* con la conseguente affermazione della giurisdizione federale. Ai sensi del § 1605 (a) (5) lo Stato straniero non può - lo si è accennato - invocare l'immunità dalla giurisdizione per sottrarsi alle azioni di risarcimento del danno derivante dall'illecito del dipendente nell'esercizio delle proprie funzioni.

I giudici d'appello non approfondono particolare impegno argomentativo nella dimostrazione della qualifica di lavoratore subordinato di Ronan: egli è considerato tale in quanto «sottoposto alla diretta supervisione e al controllo della Santa Sede» (13). Maggiori sono, invece, le verifiche sul significato della locuzione «*within the scope of employment*» (14). Facendo applicazione della legislazione dell'Oregon (15) e dei precedenti specifici in materia, la Corte conclude nel senso che l'adempimento dei propri compiti di sacerdote e parroco ha costituito «presupposto necessario» e «conseguenza diretta» degli abusi sessuali (16), con conseguente imputabilità degli stessi alla Santa Sede ai fini dell'affermazione della giurisdizione.

La giurisdizione viene, infine, declinata in relazione all'azione esperita contro la Santa Sede per aver taciuto sulla pericolosità sociale di padre Ronan e per averne disposto il trasferimento a Portland. I provvedimenti assunti nei confronti del sacerdote - trasferito dall'Irlanda ad altre sedi e incaricato, nonostante la precedente condotta, di compiti pastorali - miravano a salvaguardare l'interesse

della Chiesa alla propria reputazione ed in quanto tali sono connotati considerati come discrezionali e non sindacabili, con conseguenziale sussistenza dell'immunità. L'applicabilità della *tortious exception*, difatti, è esclusa in presenza di attività fondate su considerazioni di «*public policy*» o che coinvolgano elementi «*of judgment or choice*» (17).

Poco può essere riferito sul decreto della Corte Suprema che *nega il writ of certiorari*, atteso che, in conformità alle *Rules* della Corte, tali pronunce non sono motivate; basti qui ricordare che nel sistema federale statunitense non vi è garanzia di un terzo grado di giurisdizione, rimanendo affidata al giudice d'appello la verifica della correttezza della decisione, e che, a norma della *Rule 17*, la Corte Suprema giudica i soli casi (relativi alla legge federale) ritenuti, a suo discrezionale ed insindacabile avviso, di interesse generale.

(9) *Verlinden B.V. v. Cent. Bank of Nigeria*, cit. Cfr., anche, *Republic of Argentina v. Weltover, Inc.*, 504 U.S. 607 (1992), nella quale la Corte Suprema così qualifica l'attività «*[a] foreign state engaging in "commercial" activities "does not exercise powers peculiar to sovereigns"; rather, it exercises only those powers that can also be exercised by private citizens*».

(10) Cfr., Pret. Roma, 16 dicembre 1966, RDIPP, 1968, 104; Cass., Sez. Un., 2 aprile 1993, n. 3966, *ivi*, 1994, 372; Id., 10 luglio 2006, n. 15626. Discorso differente va condotto in relazione alla commissione di crimini internazionali o di gravi violazioni del diritto umanitario in relazione ai quali, va, finalmente, affermandosi la teoria che li ritiene giudicabili in deroga al principio dell'immunità dalla giurisdizione civile degli Stati per gli atti commessi *iure imperii*. In Italia l'orientamento è stato inaugurato da Cass., sez. un., 11 marzo 2004, n. 5044, FI 2007, I, 936. Su tale tematica cfr., per tutti, Consolo, cit. nt. 4; Id., *La Cassazione "vertice imminente"*, non "ambiguo". *Fra jus cogens prevalente sulla immunità giurisdizionale degli Stati (caso greco-tedesco risalente all'eccidio di Distomo e altri crimini bellici) e libertà di vivere con dignità fino all'ultimo (caso Engl.)*, CG 2008, 1041; Focarelli, *Dimiogo dell'immunità giurisdizionale degli Stati stranieri per crimini, jus cogens e dinamica del diritto internazionale*, RDI 2008, 738.

(11) «*Doe's complaint does not allege day-to-day, routine involvement of the Holy See in the affairs of the Archdiocese, the Order, and the Bishop*», 2568.

(12) Secondo i richiamati schemi dell'*alter ego* o del *piercing the corporate veil*. Cfr. la pronuncia *sub I*, 2569.

(13) Che è «*responsible for the work and discipline [of] . . . priests*», 2571.

(14) Cfr. la pronuncia *sub I*, 2572-2575.

(15) Secondo la quale l'atto a) deve essere «contestuale» per tempo e per spazio con l'impiego; b) deve essere stato commesso nella convinzione (anche parziale) di adempiervi; c) deve rientrare nella tipologia di quelli per i quali il dipendente è stato assunto. Cfr. la pronuncia *sub I*, 2573.

(16) «*An intentional tort is within the scope of employment, and can support respondeat superior liability for the employer, if conduct that was within the scope of employment was "a necessary precursor to the" intentional tort and the intentional tort was "a direct outgrowth of . . . conduct that was within the scope of [. . .] employment"*». Cfr. la pronuncia *sub I*, 2574.

(17) Cfr. la pronuncia *sub I*, 2576 e ss. Ai sensi del FSIA l'eccezione è inapplicabile, inoltre, in relazione a «*any claim arising out of malicious prosecution, abuse of process, libel, slander, misrepresentation, deceit, or interference with contract rights*». Per un'analisi della giurisprudenza Americana sulla *tortious exception* cfr. Mason, *A new call for reform: sex abuse and the foreign sovereign immunities act*, 33 *Brooklyn J. Int'l L.* [2006], 655.

3. L'impugnazione dell'*order* affermativo dell'immunità nel sistema di giustizia federale nordamericano.

La *collateral order doctrine* e la possibilità di proporre impugnazione (principale ed incidentale) avverso le pronunce "su questioni"

Come già rilevato, la vicenda processuale finora narrata deriva dal rigetto della *motion to dismiss* fondata sull'immunità dalla giurisdizione proposta dalla Santa Sede in primo grado.

Il FSIA non detta disposizioni processuali specifiche in relazione alla proposizione dell'eccezione in parola, che viene inquadrata nel difetto di competenza giurisdizionale (*lack of subject-matter jurisdiction*) (18). Ai sensi della *Federal Rule of civil procedure* 12 (b) (1), quest'ultima può essere portata all'attenzione del giudice fin dalle prime battute del processo, attraverso un'istanza (*motion*) volta ad ottenere un'immediata chiusura in rito del giudizio. In tali casi la parte convenuta è esonerata dalla prospettazione nel *responsive pleading* di censure di merito che, anzi, renderebbero inammissibile la *motion*. Il giudice, dal suo canto, può rilevare il difetto di giurisdizione «*at any time*» [rule 12 (h) (3)] (19).

La possibilità di proporre appello immediato avverso il provvedimento interinale di rigetto costituisce un'eccezione, di matrice giurisprudenziale, alla regola generale dell'impugnabilità del solo «*final judgment*». Il sistema processuale nordamericano non conosce, difatti, l'istituto delle sentenze non definitive e la giurisdizione civile d'appello, istituita nel 1889 (20), ha ad oggetto soltanto le pronunce conclusive del giudizio (28 U.S.C. § 1291) (21). Per questo motivo la sentenza della Corte federale d'appello dedica alla verifica dell'*appellate jurisdiction* specifica motivazione, concludendo per l'applicabilità alla fattispecie della *collateral order doctrine* (22).

La scelta di limitare l'appello soltanto alle sentenze "definitive" risponde a ragioni di efficienza del sistema giudiziario e all'esigenza di non frammentare le impugnazioni con le conseguenti ricadute negative non soltanto in termini di tempi e costi del processo (23), ma in relazione alla stessa coerenza interna della decisione, in quanto la «considerazione separata» degli elementi della medesima vicenda sostanziale può condizionarne irragionevolmente l'esito, attribuendo rilevanza ad elementi che, se valutati nel contesto della decisione finale, non ne avrebbero avuto alcuno (24). Il valore preminente che tale principio processuale assume nell'ordinamento nordamericano (25) è dimostrato *a contrario* dalle eccezioni previste *ex positivo iure*, fondate su casi limite quali la pronuncia di provvedimenti "abnormi" o il rifiuto di pronuncia (26), che danno vita a *extraordinary writs* e non a impugnazioni in senso proprio, poiché concesse sulla base di valutazioni discrezionali del giudicante (27).

In questo contesto è comunque maturata un'esigenza contrapposta, volta a garantire l'impugnazione immediata di provvedimenti formalmente "non finali" assunti in ordine a questioni che, in caso di differimento dell'appello, non potrebbero essere rimesse in discussione («*effectively unreviewable on appeal from final judgment in the underlying action*») (28). Così a partire dal caso *Cohen v. Beneficial Industrial Loan Corp* (29) ha preso forma la menzionata *collateral order doctrine*, che consente tanto

(18) Specifiche disposizioni processuali sono dettate in relazione alle modalità e ai termini di notificazione degli atti processuali allo Stato straniero o alla sua articolazione (§ 1608). Ai sensi del 28 U.S.C. § 1391 e 1441, poi, sono previste norme in relazione alla *personal jurisdiction* nei confronti degli stessi.

(19) Su tali temi, cfr. James-Hazard-Leubsdorf, *Civile procedure*⁵, Boston-Toronto-London, 2001, 127; Wright-Miller-Cooper, *Federal practice and procedure: jurisdiction and related problems*, 19, St. Paul, Minn., 1996, 18 ss.

(20) Mancando un diritto costituzionale all'impugnazione (sul punto, con specifico riferimento alla *final judgment rule*, cfr. Anderson, *The collateral order doctrine: a new "Serbian Bog" and Four proposals for reform*, 46 *Drake L.Rev.* [1998], 539); il che si spiega per la struttura non gerarchica ma "paritaria" del processo. Su tali temi cfr., Damaška, *I volti della giustizia e del potere*, Bologna 1991, 112 s. e, più in generale, Taruffo, *Diritto processuale civile nei paesi anglosassoni*, Dig IV-priv, 329.

(21) Ai sensi del 28 U.S.C.A., § 1291 «*the courts of appeals shall have jurisdiction of appeals from all final decisions of the district courts of the United States [...] except where a direct review may be had in the Supreme Court*». Cfr. anche *Cal. Civ. Proc. Code* § 904.1.

(22) Cfr. la pronuncia *sub I*, 2558.

(23) *Cobbledick v. United States*, 309 U.S. 323, 325 (1940). Le considerazioni fondate sull'esigenza di assicurare una «*efficient and effective judicial administration*» (così la sentenza citata) sono preponderanti nella dottrina e nella giurisprudenza. Cfr., Gerdy, «*Important and Irreversible but Maybe Not "Unreviewable": The Dilemma of Protecting Defendants' Rights Through the Collateral Order Doctrine*, 38 U.S.F. L. Rev. [2004], 213.

(24) *V. Johnson v. Jones*, 515 U.S. 304, 309 (1995).

(25) Per una ricostruzione anche storica del quale, nella dottrina italiana, cfr. Volpino, *L'oggetto del giudicato nell'esperienza americana*, Padova 2007, 65 s. e spec. 88 e s.

(26) In tali casi le parti hanno la possibilità di sollecitare il *writ power* della *appellate court* richiedendo i rimedi straordinari del *writ of prohibition* e del *writ of mandamus*, rispettivamente ove la corte di primo grado emani *orders* che costituiscano «*usurpation of power*» ovvero si rifiuti di pronunciare, venendo meno ai propri doveri istituzionali.

(27) Ai sensi della *Rule 54(b)*, la *trial court* ha il potere di rendere appellabile l'*order* che decide separatamente alcune delle pretese *involved in action*. Analogamente dispone il 28 U.S.C., ove si stabilisce che, in presenza di determinate condizioni, il *trial judge* può "certificare" l'appellabilità immediata di un *order*, che la *appellate court* deve confermare. Sulle eccezioni alla *final judgment rule* e sulla sua connessione con i limiti oggettivi del giudicato cfr., note, *Interlocutory Appeals in the Federal Courts Under 28 U.S.C. § 1292(b)*, 88 *Harv.L.Rev.* [1975], 607; e, per la dottrina italiana, Dalfino, *La successione tra enti nel processo*, Torino 2002, 268, testo e note.

(28) Cfr. *Digital Equipment v. Desktop Direct, Inc.*, 114 S.Ct. 1992, 1995 (1994).

(29) 337 U.S. 541, 69 S.Ct. 1221, 93 L.Ed. 1528 (1949). In tale decisione la Corte Suprema ritenne autonomamente impugnabile l'*order* che individuava la legge applicabile al merito della controversia in una *shareholder derivative action*. Il caso *Cohen*, nonostante l'evoluzione della *doctrine* nel cinquantennio successivo, rimane insuperato *leading case* sull'argomento. Per una dettagliata analisi dell'evoluzione giurisprudenziale dei *Cohen requirements* (caratterizzata da alterne fasi di espansione e contrazione) cfr., Anderson, cit. nt. 20, 541. In giurisprudenza, in particolare, cfr. *Lowell Fruit Cp. v. Alexander's Market, Inc.*, 842 F.2d 567, (1st Cir. Mass. 1988); *West v. Zurhorst*, 425 F.2d 919, 921 (2nd Cir. 1970); *Byrd Corporacion Forestal y Industrial de Olancho S.A.*, 182 F.3d 380 (5th Cir. Miss., 1999); *Pittsburgh Coming Corp. v. James*, 728 A.2d 210 (Md., 1999); *Devine v. Indian River County School Bd.*, 121 F.3d 576 (11th Cir. Fla. 1997); *Eluska v. Andrus*, 587 F.2d 996 (C.A. Alaska 1978).

l'appello che la *petition for writ of certiorari* avverso meri orders (30).

Secondo tale regola giurisprudenziale si sottraggono alla *final judgment rule* i provvedimenti interlocutori che non costituiscono un mero passaggio rispetto alla decisione finale (*non interlocutory*), bensì risolvono in via "definitiva" (*conclusive*) una questione (i) che sia concettualmente separata o separabile rispetto al merito della controversia (ii) e di importanza tale che l'appello non possa essere negato (*too important to be denied review*) (iii) (31).

Se nella prima fase di applicazione la *doctrine* è stata intesa quale applicazione "sostanziale" della regola del *final judgment*, per cui sono stati suscettibili di impugnazione immediata soltanto le pronunce interinali che, malgrado la forma, decidessero in via definitiva la questione controversa o pregiudicassero irrimediabilmente il diritto della parte - con un ragionamento simile a quello condotto in Italia in relazione al ricorso straordinario per cassazione (32) -, nel tempo essa è divenuta più che altro un meccanismo di politica giudiziaria volto a veicolare di fronte alla Corte Suprema questioni interpretative di particolare rilievo (33). Più specificamente, attraverso un'interpretazione quantomai elastica, il terzo dei *Cohen requirements* è divenuto una clausola di salvaguardia finale (34). Così la giurisprudenza nella valutazione dell'indifferibilità dell'impugnazione ha attribuito talvolta valore preminente alla mera rilevanza oggettiva della questione decisa, senza considerazione né della "conclusività", né del pregiudizio sostanziale del ricorrente. In tal modo il primo polo del requisito, costituito dall'importanza, la serietà e l'effettiva incertezza della questione decisa, ha finito per elidere il suo essere «*effectively unreviewable*».

Proprio adottando questa linea ermeneutica, a partire dal caso *Nixon vs. Fitzgerald* del 1982 (35), le decisioni di diniego dell'immunità sono state considerate immediatamente impugnabili. Nel caso di specie il presidente americano Richard M. Nixon venne convenuto in giudizio da un ex dipendente per il risarcimento dei danni patiti in conseguenza dell'ingiustizia del licenziamento (asseritamente ritorsivo). La Corte Suprema, accogliendo la *petition for a writ of certiorari* proposta da Nixon contro la sentenza d'appello che aveva dichiarato inammissibile l'impugnazione dell'*order* di rigetto della *motion to dismiss* fondata sull'immunità, decise nel merito e ne riconobbe l'esistenza.

In tale pronuncia la considerazione dell'importanza e della delicatezza politica della questione dell'immunità presidenziale sono state ritenute assorbenti rispetto a qualsiasi altro elemento, dandosi avvio in tal modo ad una profonda revisione della *collateral order doctrine*. Nessun argomento venne speso in quella sede sulla giurisprudenza contraria e consolidata secondo la quale la negazione dell'immunità, al pari dell'affermazione della *subject matter jurisdiction*, non equivalendo ad un giudizio di responsabilità, non poteva essere considerata "*final*" ed «*effectively unreviewable*».

Come verrà meglio specificato nella giurisprudenza successiva, se fino a quel momento il «diritto a non essere processati» (*right not to stand trial*) non era stato considerato immediatamente appellabile, «*because virtually every right or procedural step that can be enforced by pretrial*

dismissal could be characterized as a right not to stand trial» (36), dal caso *Nixon* in poi diviene una costante della giurisprudenza in materia di immunità. Se, difatti, il fulcro della disciplina italiana delle sentenze non definitive consiste nell'astratta idoneità della questione decisa a definire il giudizio, cosicché l'immunità (anche ove non dovesse essere considerata tra le questioni di giurisdizione (37)) può senz'altro costituire oggetto di pronuncia immediatamente appellabile, tale caratteristica non è in sé per sé considerata tra i *Cohen requirements* ed anzi le questioni di rito, non preclusive rispetto al merito e sempre impugnabili nel contesto della decisione finale, non sono generalmente considerate ai fini dell'applicazione della *doctrine* (38).

L'argomento di fondo che giustifica l'impugnazione autonoma degli *orders* sulle immunità è basato sull'irrimediabilità del danno patito nel subire il processo indipendentemente dal suo esito: considerazione che finisce con l'assorbire altresì il requisito della concreta separabilità della questione rispetto agli accertamenti relativi al merito della pretesa avanzata. È il caso delle immunità qualificate e di quelle ristrette, in cui il vaglio della sussistenza dell'immunità passa attraverso indagini complesse che molto spesso impingono il merito (39). Nel caso di specie, ad es., lunga e articolata è la verifica della sussistenza di poteri di controllo sugli enti; intrisa di merito è la valuta-

(30) Sulla quale cfr. *Anderson*, cit. nt. 20, 539; *Andrè*, *The Final Judgment Rule and Party Appeals of Civil Contempt Orders: time for a change*, 55 *N.Y.U.L.Rev.* [1980], 1041; *Gerdy*, cit. nt. 23; *Kanji*, *The Proper Scope of Pendent Appellate Jurisdiction in the Collateral Order Context*, 100 *Yale L.J.* [1990], 511; *Redish*, *The Pragmatic Approach to Appealability in the Federal Courts*, 75 *Colum.L.Rev.* [1975], 89. Nella dottrina italiana sul tema cfr. *Dalfino*, cit. nt. 27, 266; *Volpino*, cit. nt. 25, 89, testo e note.

(31) *Cohen v. Beneficial Industrial Loan Corp.*, cit. nt. 29.

(32) Dopo una lunga fase caratterizzata da una certa indulgenza nell'interpretazione della dottrina, a partire dalla fine degli anni novanta l'estrema indeterminazione dei criteri che agevolava la proposizione di ricorsi infondati ha indotto tanto le corti federali che la Corte Suprema a valutare in senso sempre più restrittivo la sussistenza delle condizioni di ammissibilità. Ad avviso di *Steinman*, *Reinventing appellate jurisdiction*, 48 *B.C. L. Rev.* [2007], 1237 ss., da circa un lustro si è aperta una nuova fase espansiva per la *doctrine* (nonché per gli *extraordinary writs*) che ha finito col reinventare la giurisdizione di appello, accentuandone i caratteri di discrezionalità a tutto scapito della certezza del diritto. Sull'espansione della *appellate jurisdiction*, cfr. anche, *Kanji*, cit. nt. 30.

(33) *Steinman*, cit. nt. prec., 1240.

(34) *Gerdy*, cit. nt. 23, 221.

(35) 457 U.S. 731 (1982)

(36) *Digital Equipment Corp. v. Desktop Direct Inc.*, 511 U.S. 863 (1994).

(37) Cfr. *infra* 4.

(38) Analogo è, d'altronde, il ragionamento delle Corti italiane, cfr., *ex multis*, Cass. Sez. un. 19 aprile 2007 n. 9325, secondo le quali le decisioni sulla giurisdizione, anche rese dalla Cassazione, come qualsiasi pronuncia di rito «non pregiudicano, quando prosegue il giudizio, le questioni sulla pertinenza del diritto e sulla proponibilità della domanda» (art. 386 c.p.c.).

(39) Con riferimento alla più generale questione di giurisdizione, cfr., nella dottrina italiana, *Gasperini*, *Il sindacato della cassazione sulla giurisdizione tra rito e merito*, Padova 2002, 71.

zione delle motivazioni della Santa Sede circa l'assegnazione del sacerdote e così via.

Malgrado il netto dissenso della dottrina (40), la considerazione delle decisioni sull'immunità tra quelle appellabili è ormai del tutto pacifica in giurisprudenza, cosicché la Corte federale risolve in pochissime battute la verifica dell'ammissibilità dell'appello principale.

Non così si orienta in relazione al *cross appeal* spiegato da Doe e volto alla revisione dell'affermata inapplicabilità della *commercial activity exception* ai titoli di responsabilità della Santa Sede allegati in primo grado. Proprio le argomentazioni spese in relazione a quest'ultimo forniscono un formidabile test per la verifica della divaricazione rispetto alle finalità originarie e della profonda aleatorietà che la *collateral order doctrine* ha subito in questa materia.

A fronte di un quadro generale dei rapporti tra impugnazione principale e incidentale piuttosto ondivago, tanto in relazione alla generale *appellate jurisdiction* (41) che alla *collateral order doctrine*, per motivare la declaratoria di inammissibilità la Corte si muove lungo differenti linee argomentative. In primo luogo sostiene che dal punto di vista oggettivo le questioni implicate dall'impugnazione incidentale non appaiono inestricabilmente collegate con quelle oggetto dell'appello principale. Malgrado l'*order* si occupi espressamente e in via preliminare dell'eccezione fondata sull'attività commerciale, vista la formulazione del § 1605 (a) (5) del FSIA, che dichiara la *tort exception* applicabile soltanto ai casi «*not otherwise encompassed in paragraph (2)*» che disciplina la prima, la Corte non ritiene necessariamente implicata la verifica di quest'ultima nella decisione relativa alla sussistenza dell'immunità. Ciò in quanto, strutturalmente, l'affermazione della giurisdizione federale si basa sulla *tort exception*, cosicché gli ulteriori *issues* utilizzati non costituiscono una motivazione alternativa e non sono, dunque, necessariamente investiti dall'impugnazione principale.

La seconda linea interpretativa si fonda su un argomento teleologico-funzionale conforme al contegno costantemente osservato in relazione al tema. La massima per cui tali questioni sono ritenute suscettibili di appello immediato, osserva la Corte, è fondata sulla necessità di tutelare la sovranità dello Stato estero da qualsiasi ingerenza, ragion per cui, atteso che l'impugnazione incidentale mira all'affermazione della giurisdizione sulla Santa Sede sulla scorta di un motivo concorrente, l'esame della stessa contrasterebbe con la *ratio* dell'istituto. Ne consegue l'inammissibilità.

L'argomento è *tranchant* rispetto a qualsiasi altra considerazione, tuttavia, a dimostrazione della stravaganza del trattamento delle immunità rispetto al panorama generale dei *collateral orders*, va considerato che la conclusione in termini di inammissibilità non era affatto scontata. L'*order* emanato in primo grado, come afferma la stessa Corte escludendo un nesso necessario tra gli *issues*, ne contiene in realtà due. Un primo relativo all'inapplicabilità alle domande azionate della *commercial activity exception*, con conseguenziale inammissibilità delle azioni su di essa fondate (*in claim*); l'altro - speculare - riguardante l'affermazione della giurisdizione federale nei confronti della Santa Sede sulla scorta della *tort exception*. A ben vedere, mentre questo secondo è certamente interlocuto-

rio e non corrispondente ad un'affermazione di responsabilità - cioè è *nonfinal* o *interlocutory* -, il primo risolve in maniera «*effectively unreviewable on appeal from final judgment in the underlying action*» la questione che ne forma oggetto, determinando il *dismissal of action* (42).

Secondo un'interpretazione rigorosa e corrispondente alla finalità originaria della *collateral order doctrine* di mitigare e allo stesso tempo rendere effettiva la *final judgment rule*, l'unico tema suscettibile di impugnazione immediata sarebbe stato proprio quello dell'applicabilità della *commercial activity exception*.

4. Cenni al sistema italiano in merito al regime di trattamento dell'immunità sovrana

Un ultimo cenno sia consentito alla disciplina italiana.

Il legislatore nazionale non ha ratificato le Convenzioni di Basilea e di New York, ma ha, di recente, dettato una disposizione in relazione alla «sospensione dell'efficacia dei titoli esecutivi in pendenza dell'accertamento dell'immunità dalla giurisdizione italiana degli Stati esteri» (43). La norma, come si evince dalla rubrica, riguarda però il tema dell'esecuzione forzata e dell'attuazione di cautele e non già quello dell'immunità dalla giurisdizione. All'ipotesi qui in discussione, al contrario, si applicano, come accennato, i principi del diritto internazionale consuetudinario, a norma e con la «forza» dell'art. 10 della Costituzione.

Dal punto di vista processuale (44), tanto che la si intenda quale questione pregiudiziale che ove la si inquadri tra le questioni di giurisdizione, la decisione sull'immunità può formare oggetto di sentenza non definitiva ai sensi dell'art. 279, c. 2, n. 4, tanto in primo grado che in appello, con la differenza però che nel primo caso la pronuncia sarà immediatamente impugnabile, nel secondo, ai sensi dei novellati artt. 360, c. 3, e 361 c.p.c. potrà esserlo soltanto unitamente alla decisione finale.

Il limite all'esercizio della giurisdizione costituito dall'immunità dello Stato straniero o dell'organizzazione internazionale, difatti, è stato variamente qualificato (45).

(40) Cfr., Googe jr., *Qualified immunity and Interlocutory Appeal: Is the Protection lost when legal and equitable claims are joined*, 87 *Colum. L. Rev.* [1987], 161; Kanji, cit. nt. 30; Steinman, cit. nt. 32, 1241.

(41) Cfr., anche per i necessari riferimenti, Volpino, cit. nt. 25, 359.

(42) Il *denial of motion* che abbia l'effetto di un *dismissal of action* è considerato un *final judgment* e quindi appellabile. Cfr., *Panther Pumps & Equipment Co. v. Hydrocraft, Inc.*, 566 F.2d 8, 196 USPQ 81, 24 FR Serv 2d 674 (7th Cir. Ill 1977), *certiorari denied*, 435 US 1013, 56 L Ed 2d 395, 98 S Ct 1887V; *Barlow v. Ground*, 39 F.3d 231, 233 (9th Cir. 1994).

(43) Cfr. art. 1 l. 23 giugno 2010 n. 98, di conversione del d.l. 28 aprile 2010, n. 63.

(44) Per un'analisi delle questioni processuali relative all'immunità dalla giurisdizione e dall'esecuzione degli enti sovrani più dettagliata di quella che verrà condotta in questa sede sia consentito il rimando a Izzo, *Le immunità giurisdizionali: questioni di carattere processuale*, in Ronzitti-Venturini, cit. nt. 5, 291.

(45) Cfr. Starace, *Giurisdizione (limiti della)*, ED, XIX; Morelli, *Diritto processuale civile internazionale*, 2ª ed., Milano 1954, 188; Radicati di Brozolo, *La giurisdizione esecutiva e cautelare nei confronti degli Stati stranieri*, Milano 1992, 1.

Un primo orientamento ha valutato la fattispecie in termini di improponibilità assoluta della domanda (46) per sottolineare l'estraneità della lite immune rispetto all'ordinamento nazionale (47), mentre, secondo la posizione maggioritaria e attualmente seguita (48), si tratta di eccezione inquadrabile tra quelle di giurisdizione. Se la prima figura ricorre in «carenza di un diritto azionabile» per «difetto di una norma o di un principio giuridico» di copertura (49), ogni qualvolta occorra verificare la sussistenza dell'immunità invece «si tratta comunque di accertare se la tutela, non esclusa astrattamente dall'ordinamento, possa essere invocata davanti al giudice italiano» (50).

Le si applica, in particolare, la disciplina prevista per lo «straniero», ragion per cui, ai sensi dell'art. 11 della legge 31 maggio 1995, n. 218 di riforma del sistema di diritto internazionale privato, è rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del processo, trovando la sua fonte in «una norma di diritto internazionale», a meno che lo Stato non vi abbia espressamente o implicitamente rinunciato accettando in tal modo la giurisdizione italiana.

Attesa la fonte della disciplina dell'eccezione, in dottrina si è dubitato dell'esperibilità del regolamento preventivo di giurisdizione per sottoporre in via assolutamente preliminare all'attenzione delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione la questione di immunità, poiché la «competenza internazionale» andrebbe considerata alla stregua di qualsiasi altro presupposto processuale da accertarsi nel processo (51). Tale ricostruzione, non ha, però, incontrato i favori della giurisprudenza (52), secondo la quale il regolamento è proponibile per «la risoluzione di qualsiasi questione attinente (effettivamente) alla giurisdizione e non soltanto di quelle indicate - del resto solo in via esemplificativa - nell'art. 37 c.p.c.» (53).

Tuttavia, aldilà delle affermazioni di principio, quando - chiamata a verificare l'ordine d'esame tra la questione di giurisdizione e quella di immunità - dà priorità a quest'ultima, la giurisprudenza finisce col richiamare gli argomenti del primo, e teoricamente accantonato, orientamento che la inquadrava nella categoria dell'improponibilità assoluta della domanda. Ad ispirare il ragionamento è proprio la considerazione dell'estraneità dei rapporti immuni rispetto all'ordinamento nazionale «sia sotto l'aspetto sostanziale, per un limite che l'ordinamento stesso si impone in ordine alle valutazioni astratte date dalle sue norme giuridiche, sia sotto il profilo processuale, per un corrispondente limite della giurisdizione statale rispetto alle valutazioni concrete date da atti giurisdizionali» (54). Da tale considerazione della «lite immune» consegue la preclusione alla verifica della giurisdizione attraverso «ogni indagine sul ricorso o meno dei criteri di collegamento che consentono di convenire lo straniero innanzi al giudice italiano» (55).

È fuor di dubbio che questa costruzione riposi sulla riconduzione dell'immunità alla categoria dell'improponibilità assoluta della domanda che, esclusa in premessa, finisce per costituire il fondamento sottinteso del ragionamento. Affermare che l'estraneità della lite precluda al giudice finanche la verifica della propria competenza giurisdizionale significa, cioè, sostenere l'impossibilità di qualsivoglia pronuncia per assenza di valutazioni applicabili al-

(46) Ricondotta dalla giurisprudenza e dalla dottrina maggioritaria tra le questioni di merito. In questi termini, App. Roma, 3 gennaio 1938, *RDI*, 1938, 155; Cass. Sez. un. 17 ottobre 1956, n. 3679; Id. 21 marzo 1967, n. 631; Id. 7 febbraio 1970, n. 284; Id., ord. 12 luglio 1972, tutte raccolte in Ronzitti-Venturini, *Le immunità giurisdizionali*, cit. nt. 5, 305. Cfr., per un maggior approfondimento della tematica, inappropriato in questa sede, Cipriani, *Il regolamento di giurisdizione*, Napoli 1974, 204, Amirante, *La giurisdizione e la sua verifica in Cassazione*, in AA.VV. *La cassazione civile*, in *Giur. sist. dir. proc. civ.* Proto Pisani, I, Torino 1998.

(47) Cfr. Morelli, cit. nt. 45, 190, «essa significa che l'ordinamento interno si astiene dal sottoporre quei rapporti ad ogni sua valutazione: non solo quindi alle valutazioni astratte date da norme giuridiche ma anche dalle valutazioni concrete date da atti giurisdizionali». Cfr., in questo senso anche, Taruffo, in Comoglio, Ferri, Taruffo, *Lezioni sul processo civile*, I, 3^a ed., Bologna 2005, 664.

(48) Chiaramente espressa dalle Sezioni Unite a partire dalla sentenza 13 febbraio 1993, n. 1824, la cui massima è disponibile, come tutte quelle che verranno citate *infra*, in Ronzitti-Venturini, cit. nt. 5.

(49) Come ben chiarisce Trib. Milano, 19 marzo 1992, che prosegue distinguendola dalla questione dell'immunità che, al contrario, si traduce «in una norma negativa della giurisdizione dello Stato».

(50) Cass. Sez. un., 13 febbraio 1993, n. 1824, cit.

(51) Così, quasi testualmente, Cipriani, cit. nt. 46, 313. Per Betti (*Diritto processuale civile italiano*, 2^a ed., Roma, 1936, 168) e per Morelli (cit. nt. 45, 95), che la definiscono «competenza giurisdizionale», si tratta di una condizione dell'azione idonea al giudicato sostanziale. In questo senso in giurisprudenza Cass. 26 aprile 1933, *FI* 1933, I, 1328.

(52) Ma cfr. Cass. 16 aprile 1997 n. 3285; Cass., Sez. un., 24 febbraio 1996 n. 1473; Id., 14 aprile 1993, n. 4406, *GC* 1987, I, 1913; Id., 15 giugno 1987 n. 5256, *FI* 1988, I, 2015 e 3393, con nota di Iannicelli, nonché *RDP* 1988, 528, con nota di Garbagnati.

(53) Cass. Sez. Unite, 25 maggio 1989, n. 2502, nello stesso senso Cass. Sez. Unite, 25 maggio 1989, n. 2502; Id., 12 giugno 1999, n. 331; Id., 3 agosto 2000, n. 531. Nello stesso senso M. Giuliano, *La giurisdizione civile italiana e lo straniero*, Milano 1961, 132; Starace, cit. nt. 45. La dottrina ha, invero, avanzato dubbi sull'opportunità del rimedio per liti «estrane» all'ordinamento nazionale soprattutto con riferimento alla struttura dell'istituto: «la continuazione del processo davanti al giudice indicato e il vincolo per lo stesso, caratteristiche essenziali del regolamento, non possono essere assicurati per la semplice ragione che [...] nessun giudice italiano ha poteri per statuire sulla giurisdizione di un giudice straniero e nessuna sentenza italiana può aprire le porte alla continuazione del processo davanti» ad esso. Così Cipriani, cit. nt. 46, 313. Profondamente critici anche Andrioli, *Bilancio della l. 20 marzo 1865 n. 2248 all. E, RTDPC* 1965, 1644; Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli 1996, 286. Le Sezioni Unite hanno però sempre insistito sulla «economicità» del rimedio, così vincendo anche le censure fondate sulle caratteristiche strutturali, statuendo nel senso che esso «è destinato a risolvere le stesse questioni che in ordine all'osservanza dei limiti del potere giurisdizionale si porrebbero - e dovrebbero essere rilevate anche di ufficio e necessariamente risolte - nel giudizio sulla legittimità di una decisione per qualsiasi motivo impugnata dinanzi alla Corte, con l'eventuale eguale effetto della preclusione della cognizione del merito, se non ancora intervenuta, o con quello della sua vanificazione, se intervenuta; sicché, quale che sia il suo esito, esso si risolve - senza lesione di alcun diritto di difesa e con evidente possibilità di economia, di attività e di tempo - nella mera anticipazione del risultato [...] ad opera dello stesso organo giudiziario per l'uno e per l'altro giudizio innegabilmente precostituito per legge, e perciò stesso naturale».

(54) Trib. Roma 21 luglio 1964, cit.

(55) Cass. Sez. un., 26 maggio 1979, n. 3062, cit.

la fattispecie (56). La relativa questione andrebbe, allora, qualificata in termini di «condizione di ammissibilità dell'azione - prevista non dal c.p.c. ma ex art. 10 Cost. direttamente dal diritto internazionale generale applicabile *omisso medio* dal giudice civile italiano» (57). Ma una volta che si sia considerata l'immunità tra le questioni di cui agli artt. 37 c.p.c. e 11 l. 218/1995 (58) occorrerebbe, per coerenza, concludere nel senso che il giudice debba verificare in primo luogo la possibilità di *ius dicere* nel senso richiamato dalle norme, non potendosi più sostenere che, in quanto organo di (una qualsiasi) giurisdizione, gli sia preclusa ogni valutazione di fronte all'atto immune.

Se resta fermo l'inquadramento, però, soltanto in caso di sussistenza di un criterio di collegamento astrattamente fondante la giurisdizione, ad avviso di chi scrive, potrà procedersi all'esame dell'eventuale presupposto negativo all'esercizio concreto della stessa, costituito dall'immunità (59).

Silvia Izzo, *Ricercatore II Univ. Napoli*

(56) Come difatti sosteneva originariamente la giurisprudenza, cfr. Cass. Sez. un. 17 ottobre 1956, n. 3679; Id., ord. 12 luglio 1972. In dottrina in questo senso Luzzatto, *Stati stranieri e giurisdizione nazionale*, Milano 1972, 295 secondo il quale l'estraneità si concreta «in un limite generale alla giurisdizione italiana, che si colloca su un

piano diverso e preliminare rispetto a quello dei limiti alla giurisdizione nei confronti dello straniero convenuto. [...] Si tratta, dunque, di un fenomeno che si avvicina maggiormente al difetto di giurisdizione del giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione [...]». Per Morelli, cit. nt. 45, 95-96, Id., *Il rapporto tra la questione di competenza internazionale e la questione di competenza interna*, RDI 1928, 157 e ss., la verifica dell'immunità risulta subordinata alla verifica dei presupposti processuali.

(57) Come ritiene, difatti, Consolo, cit. nt. 4, 349, che, pertanto, propone il seguente ordine d'esame: 1) rilievo anche d'ufficio e salvo rinuncia dello Stato convenuto dell'immunità; 2) accertamento, assieme agli altri presupposti processuali "comuni", della sussistenza della giurisdizione italiana.

(58) Anche soltanto per ragioni di «economia processuale», come ben chiarito dalle pronunce che si sono specificamente occupate del tema dell'esperibilità del regolamento di giurisdizione in questo ambito.

(59) Anche dal punto di vista del contenuto precettivo della sentenza l'ordine giurisdizione-immunità appare preferibile. V'è da chiedersi, difatti, quale sia il valore di una pronuncia che dichiari la seconda sussistente per poi declinare la propria giurisdizione per mancanza di criteri di collegamento che autorizzino a *ius dicere*. Tanto è vero che la pronuncia del Tribunale di Roma da ultimo citata - resa da un giudice che si dichiara concretamente privo di giurisdizione dopo aver, a questo punto inutilmente, discorso di non ricorrenza dell'immunità - richiama a sostegno di quest'ultima affermazione decisioni straniere di tutt'altro significato, perché emanate da giudici che avevano affermato la propria giurisdizione. Nello stesso senso Morelli, *op. loc. ult. cit.*

* * *

I

CASSAZIONE CIVILE, sez. un., 17 luglio 2008, n. 19595 - Pres. Carbone - Est. Amoroso - P.M. Nardi (Concl. conf.) - B.A. (avv.ti T. Marchese e D. Oddo) ct. T.I. (avv.ti G. Belmonte e G. Scognamiglio)

Giurisdizione - Controversia internazionale - Tutela giurisdizionale - Criteri di collegamento - Art. 3, c. 2, L. n. 218/1995 - Principio di necessità - Interpretazione costituzionalmente orientata - Art. 603 cod.nav. - Sussidiarietà - Applicabilità

In una controversia internazionale, quando il sistema positivo delle fonti di diritto internazionale privato processuale interno preveda criteri di collegamento che, nel caso concreto, non permettono di individuare il giudice dotato di potere giurisdizionale sulla lite, si impone anche l'interpretazione delle stesse, orientata secondo Costituzione, in essa e per essa ricomprese anche quelle norme di diritto uniforme che sanciscano principi fondamentali peraltro generalmente riconosciuti dalle nazioni civili, tra cui il principio fondamentale di necessità del giudice naturale precostituito per legge e, per l'effetto, è legittima l'eventuale applicazione di quelle norme formali interne altrimenti richiamate che, seppure disciplinano la competenza per territorio, sanciscono criteri utili a radicare in via residuale ma necessaria la giurisdizione del giudice italiano.

Giurisdizione - Eccezione di carenza di giurisdizione - Onere di indicazione del giudice competente - Onere di indicazione della normativa applicabile

In una controversia internazionale tra un marittimo e l'armatore della nave sulla quale il primo è stato imbarcato, l'armatore che contesta la giurisdizione italiana assolve l'onere di indicare il giudice competente individuando la norma sostanziale e processuale applicabile e quindi anche il giudice fornito di giurisdizione, in quella dello Stato nel cui registro la nave è iscritta.

Giurisdizione e lavoro marittimo - Art. 603 cod. nav. - Rilevanza

Nell'individuare il giudice della lite internazionale avente ad oggetto il rapporto di lavoro nautico, in ragione del secondo periodo dell'art. 3 c. 2 L. n. 218/1995 in cui è sancito il formale richiamo alle norme di collegamento eventualmente previste nelle "altre materie", rileva, per l'effetto, quale ulteriore criterio di determinazione della giurisdizione del giudice italiano, anche l'art. 603 cod. nav. che, sistematicamente interpretato, sancisce un criterio sussidiario ulteriore dove ammette l'applicazione dei criteri stabiliti in materia di competenza per territorio.

Giurisdizione - Lavoro marittimo - Conv. Bruxelles, art. 5 n. 1 - Luogo della prestazione lavorativa - Non identificabile

Il criterio primario del luogo della abituale prestazione lavorativa previsto dall'art. 5, c. 1, Conv. Bruxelles non è identificabile nel caso del comandante di una unità da diporto il quale adempie la sua prestazione caratteristica durante la navigazione, perciò entro uno spazio non aprioristicamente identificabile come abi-

tuale, stante la temporanea soggezione a più ordinamenti Statuali durante la navigazione nei mari incrociati.

Giurisdizione - Conv. Bruxelles, art. 5 n. 1 - Lavoro marittimo - Luogo dello stabilimento - Unità da diporto in sosta stagionale in un porto - Applicabilità del criterio - Presupposti

Sebbene il criterio sussidiario dello stabilimento presso il quale un marittimo è stato assunto sia di difficile applicazione rispetto ad un'unità navale, non tanto perché la stessa non possa considerarsi al pari dello stabilimento, dato che la nozione è ampia e aspecifica, quanto perché è difficilmente identificabile il luogo, sempre mutevole, in cui esso è situato, tale criterio può essere invece legittimamente applicato nel caso in cui l'unità navale sia rimasta in un porto per un periodo di tempo sufficientemente prolungato da consentire di identificare ivi il luogo di stabilimento.

II

HOGUE RAAD DER NIEDERLANDEN, 5 maggio 2010 - Sez. I - R.G. 09/01115 - Pres. de Savornin Lohman - P.M. Strikwerda (Concl. conf.) - M. (avv. van den Eshof) c. V. (avv. Ruitenbeek-Bart)

Giurisdizione - Controversia intracomunitaria - Declinatoria in uno Stato Membro su eccezione del convenuto - Riproposizione della domanda in altro Stato Membro - Rinnovata eccezione di difetto di giurisdizione da parte del convenuto - *Abuse of proceedings* - Violazione del diritto di accesso alla giustizia - Accettazione tacita della giurisdizione del secondo Stato membro - Configurabilità - Inefficacia della rinnovata eccezione declinatoria

In un caso in cui, rispetto ad un'azione avente ad oggetto il pagamento di un credito alimentare, l'ex-marito convenuto in giudizio in Belgio eccepisca con successo il difetto di competenza internazionale, e la ex-moglie successivamente riproponga la domanda davanti ai giudici dei Paesi Bassi indicati come aventi competenza nella sentenza declinatoria, la rinnovata eccezione di difetto di competenza di giurisdizionale, riproposta dall'ex-marito nel processo olandese - poiché costituente abuso del processo suscettibile di incidere sul diritto di accesso alla giustizia di cui all'art. 6(1) CEDU - deve ritenersi preclusa e tamquam non esset, risultando così legittimo il radicamento della competenza giurisdizionale olandese sul criterio della comparizione del convenuto in (fittizia) carenza di proposizione della eccezione di difetto di competenza, ex art. 24 Reg. 44/2001.

Forum necessitatis ed access to justice, sullo sfondo della yacht-litigation della Signora Trump

La Corte di cassazione, chiamata a pronunciarsi sulla giurisdizione in materia di lavoro marittimo, affronta il problema analizzando i criteri interni e internazionali, con motivazione non priva di spunti di originalità. La indubbia internazionalità del caso concreto impegna la Corte ad una decisione resa difficile sia dalla lacuna legis rappresentata dal fatto che il criterio del "luogo di stabilimento del datore di lavoro", in sé, male si concilia con la nozione di nave quale bene ontologicamente mobile, sia dalla rilevanza giuridica della stessa in relazione agli effetti che il collegamento della "legge della bandiera" introduce. Il caso rappresenta, perciò, un'interessante occasione di riflessione sulla completezza del sistema di diritto internazionale privato e processuale, che sfocia nel riconoscimento del forum necessitatis, ossia della doverosità che il foro italiano sia a disposizione, allorché nel caso concreto risulterebbe altrimenti preclusa la possibilità di ottenere giustizia, in pregiudizio del principio dell'access to justice. Per tale ragione ad esso viene affiancata una recente pronuncia della Corte Suprema dei Paesi Bassi, ove l'access to justice, quale incorporato nell'art. 6(1) CEDU, viene invocato (insieme all'abuse of process) per conseguire un coordinamento ed una razionalità nell'allocazione della giurisdizione, e soprattutto per prevenire l'esito pernicioso della "doppia declinatoria", pur in assenza di meccanismi di raccordo all'uopo contemplati dalla disciplina comunitaria.

1. Il caso e la vicenda processuale.

La lite insorge tra B., cittadino francese, residente in Francia, che domanda il pagamento di compensi di lavoro connessi alla sua assunzione al comando di un motor yacht battente bandiera delle Isole Cayman e l'armatrice dello stesso, T., cittadina degli Stati Uniti d'America e residente a New York.

Essa ha come primo epilogo processuale la sentenza del Tribunale di Sanremo, adito da B., nella sua qualità di comandante arruolato del M/Y "Ivana".

Il giudice di *prime cure*, chiamato a pronunciarsi sull'eccezione pregiudiziale sollevata dalla convenuta di carenza di giurisdizione da parte del giudice italiano, dichiara il proprio difetto di competenza giurisdizionale con sentenza dell'aprile 2004, sulla scorta dei seguenti motivi:

1. la lite è insorta tra soggetti non aventi cittadinanza italiana (francese l'attore, statunitense la convenuta);
2. entrambi sono residenti all'estero (in Francia il comandante, negli USA l'armatrice);
3. il contratto di arruolamento è stato stipulato all'estero, non ha avuto esecuzione in Italia né ivi è cessato.

La sentenza viene perciò impugnata dal comandante B. davanti alla Corte di Appello di Genova, cui se ne chiede la riforma sull'assunto che, nella specie, in forza del rinvio attuato dall'art. 3, c. 2, L. n. 218/1995, la giurisdizione italiana sussisterebbe *ratione materiae* in base al criterio di collegamento sancito all'art. 5, c. 1, n. 1, della Sezione 2, Ti-

tolo II, Conv. Bruxelles (1), ratificata dall'Italia con L. n. 804/1971 e vigente nel suo testo aggiornato.

Peraltro, secondo la prospettazione dell'appellante, la giurisdizione sussisterebbe altresì in forza dell'ulteriore richiamo operato dal suddetto art. 3, c. 2, nel suo secondo periodo, ai criteri stabiliti dal nostro ordinamento processuale civile interno per la competenza per territorio, sanciti dall'art. 603 cod. nav. (2), ove è disposto che le controversie concernenti rapporti di lavoro della gente di mare siano conosciute dal Tribunale del luogo dove il contratto è stato concluso o ha avuto esecuzione o è cessato. L'appellante, al riguardo, deduce che il luogo della conclusione del contratto di arruolamento coinciderebbe con il luogo dove è avvenuto il suo imbarco a bordo del M/Y "Ivana", presso il porticciolo di Sanremo ove era ormeggiato, e che per l'effetto ivi debba essere radicata la lite. In subordine, egli afferma che ivi avrebbe avuto comunque esecuzione il rapporto di lavoro.

I motivi di impugnazione avanzati dal comandante sono contestati dall'appellata secondo la quale, invece, la sentenza resa dal Tribunale in *prime cure* sarebbe corretta in quanto il contratto di arruolamento era stato concluso a New York (USA), dal momento che l'accettazione di B. alla proposta di arruolamento sarebbe pervenuta presso la sede dell'armatrice in New York e perciò ivi si sarebbe perfezionato l'accordo, non avendo rilievo alcuno, nella fattispecie, il mero fatto dell'imbarco in un qualsiasi porto.

La Corte genovese, con sentenza 21/10 - 10/11/2005, accogliendo l'appello, in integrale riforma della sentenza di primo grado, stabilisce la sussistenza della giurisdizione del giudice italiano in base all'unico motivo dato dalla natura dell'obbligazione dedotta (contratto di lavoro marittimo) che, nel caso di specie, rende applicabile l'art. 5, c. 1, n. 1, Conv. Bruxelles e ciò sulla premessa maggiore dell'estensione anche alla nave della nozione di stabilimento.

A giudizio della Corte, è possibile pervenire a questa conclusione in quanto le circostanze di fatto dedotte portano a ritenere che l'ormeggio dello yacht presso il porticciolo della località rivierasca, in un periodo che va dalla primavera all'estate, sia stato "non occasionale", prova essendone l'utilizzo di *utilities* e altri servizi considerati indici adeguati di stabilità *in loco*. Sebbene, nella sua motivazione, la decisione della Corte genovese sia incentrata sulla ritenuta estensione analogica alla nave della nozione di stabilimento dell'impresa di assunzione del lavoratore, ragione per cui secondo la stessa Corte può trovare applicazione la sopra richiamata disciplina uniforme della Conv. Bruxelles, a ben leggere le argomentazioni avanzate dal giudice di secondo grado, sembra tuttavia potersi dedurre che una tale estensione non derivi automaticamente, in quanto ontologicamente connaturata al bene nave, mobile per natura, bensì dipenda dalle circostanze del caso concreto.

In altri termini, secondo la pronuncia del giudice d'appello, solo qualora il periodo temporale di ormeggio in un porto ed altre circostanze ad esso legate dimostrino la sostanziale abitudine della sua sosta in un determinato luogo, sarebbe possibile considerare la nave assimilabile allo stabilimento previsto dal citato art. 5, c. 1, n. 1, Conv. quale secondo criterio di collegamento. Si tratta, peraltro, di assunto non privo di apparente originalità.

Ulteriore aspetto meritevole di nota deriva dal ragio-

namento seguito dal giudice d'appello laddove richiama il profilo dell'abitudine del luogo per concludere circa la sussistenza anche del requisito della stabilità.

Invero, nel momento in cui il giudice si appoggia a tale argomento, *implicitamente* chiama in causa il criterio di collegamento primario del luogo di abituale esecuzione della prestazione stabilito sempre dall'art. 5, c. 1, n. 1. Vedremo oltre come la Corte di cassazione abilmente neghi rilevanza a tale ultimo criterio nel caso *de quo*, pur richiamandolo di fatto per applicare il criterio, sebbene sussidiario, dello stabilimento di assunzione. Ma su tale profilo della sentenza, si rinvia *infra*.

2. Il ricorso alla Corte di cassazione

Contro la sentenza della Corte di Appello di Genova, T. ricorre per cassazione, deducendo tre motivi di impugnazione. Tralasciando il terzo, afferente "le spese di giudizio", la Suprema Corte tratta congiuntamente i primi due motivi per la sostanziale omogeneità delle questioni in diritto poste dalla ricorrente e che sono riassumibili nei seguenti quesiti: la nave può essere assimilata allo stabilimento? Ammesso che essa non lo sia ontologicamente - data la sua distintiva natura mobile -, attraverso quale ragionamento tecnico può assumerne allora i tratti ed essere considerata al pari di un tale luogo, così da consentire di radicare la giurisdizione? È corretto affermare l'analogia tra la nozione di stabilimento e quella di nave solo per effetto di circostanze legate al modo ed al tempo di sosta della nave stessa? Qualora la risposta sia affermativa e si ammetta la relazione tra nave e stabilimento, quali ne sono le conseguenze rispetto al quadro normativo? In particolare e sul piano formale, *quid* riguardo al rapporto tra il criterio sussidiario del luogo dello stabilimento rispetto al criterio primario del luogo di abituale esecuzione della prestazione lavorativa?

Questi essendo i temi che il caso solleva, è opportuno riassumere preliminarmente le tesi difensive di T. *Con il primo motivo*, la ricorrente censura la decisione della Corte di appello deducendo la violazione e/o falsa applicazione di legge rispetto all'art. 3 L. n. 218/1995 e, per esso, all'art. 5 Conv. Bruxelles.

Invero, secondo la ricorrente, la sentenza impugnata andrebbe cassata per i seguenti vizi e motivi:

1. l'impossibilità di fondare il radicamento del rapporto di lavoro con il luogo di ormeggio della nave, considerata equivalente allo stabilimento di assunzione, per la sola circostanza che presso l'ormeggio è avvenuto l'imbarco;

2. l'errore (in diritto) di aver considerato il tempo di ormeggio della nave presso un dato luogo quale circostanza di fatto in sé sufficiente per concludere circa la non occasionalità dell'ormeggio e circa l'essere quindi l'imbarcazione "stabilita" in quel luogo;

(1) Si riporta il testo per estratto: "Sezione 2. Competenze speciali. Art. 5: Il convenuto domiciliato nel territorio di uno Stato contraente può essere citato in un altro Stato contraente: 1. in materia contrattuale, davanti al giudice del luogo in cui l'obbligazione dedotta in giudizio è stata o deve essere eseguita; [... omissis]".

(2) Si riporta il testo per estratto: "Art. 603 (competenza del tribunale): c.1. Le controversie individuali riguardanti: a) i rapporti di lavoro della gente di mare [... omissis]; b) [omissis]; c) [omissis]. c. 2 Le controversie suindicate sono proposte avanti il tribunale, nella circoscrizione del quale è iscritta la nave o il galleggiante, ovvero è stato concluso o eseguito o è cessato il rapporto di lavoro, [... omissis]".

3. l'impossibilità, in ogni caso e proprio per il motivo *sub 2*, di riconoscere rilevanza al luogo di protrato o meglio come luogo di esecuzione abituale del rapporto di lavoro.

La ricorrente evidenzia, per contro, il carattere mobile della nave, la sua naturale strumentalità alla circolazione extra territoriale - internazionale e per l'effetto richiama il tradizionale criterio di collegamento con il paese di cui essa batte la bandiera, per concludere la soggezione del rapporto di arruolamento all'ordinamento di quello Stato.

Il che è del tutto peculiare al diritto della navigazione secondo cui il "bene nave" e "la comunità viaggiante" soggiacciono al principio di diritto pubblico della extra territorialità dello Stato di bandiera, con la conseguenza che, nel caso di specie, andrebbe applicato l'ordinamento delle Isole Cayman.

Con il secondo motivo, più di ordine logico processuale che sostanziale, la ricorrente censura il capo della sentenza impugnata in cui la Corte avrebbe applicato in via immediata un criterio di collegamento (quello dello stabilimento di assunzione) che sarebbe formalmente sussidiario.

Più precisamente, al fine dell'*electio fori*, la Corte avrebbe applicato il criterio del luogo di stabilimento (art. 5, c. 1, n. 1 cpv.) direttamente, senza avere motivato la mancata applicazione del criterio del luogo di abituale esecuzione della prestazione, sebbene le circostanze in fatto e le motivazioni in diritto appartengano, come sopra accennato, più a questo che a quello.

3. Un rilievo preliminare sul *forum necessitatis* e sulla "nuova" lettura dell'art. 3 L. n. 218/1995

La Corte Suprema rigetta il ricorso per infondatezza dei motivi. Tuttavia, prima di passare all'analisi delle ragioni in diritto, la Corte si concentra su un tema di ordine processuale fondamentale che merita opportuna annotazione anche per i riflessi che l'argomento (un vero e proprio capo della motivazione) ha per il diritto costituzionale prima ed internazionale privato processuale poi.

Il Collegio infatti, nel valutare il rilievo che l'art. 603 cod. nav. può avere nello specifico caso concreto, quale eventuale criterio residuale di collegamento alla giurisdizione italiana, si sofferma preliminarmente sul principio di necessità del giudice naturale precostituito per legge.

Quale principio fondamentale, espressione di civiltà giuridica sancito dalla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo e dalla Costituzione (art. 25), la Corte ne sancisce l'attualità e cogenza stabilendo un importante arresto: il sistema deve consentire di individuare il giudice della causa che deve essere indipendente, imparziale e deve giudicare pubblicamente, equamente ed entro un termine ragionevole (3).

La Corte, nel prescrivere la effettività, richiama il recente avallo rappresentato dalle sentenze nn. 348 e 349 del 2007 pronunciate dalla Corte costituzionale, ove la Consulta ribadisce il carattere "permeabile" della nostra Costituzione a quelle fonti di rango internazionale, qual è appunto la CEDU.

Da ciò, il corollario che ci interessa: un sistema di diritto internazionale privato processuale che non permettesse di individuare "il giudice" della lite, occasionando

così un diniego di tutela giurisdizionale, sarebbe sanzionabile di illegittimità costituzionale per violazione di quelle norme di diritto internazionale uniforme (i.e. la Convenzione Europea dei diritti dell'uomo) che, nel sancire principi fondamentali e/o generali riconosciuti dalle Nazioni civili, integrano la stessa Costituzione assurgendo, in via mediata, al relativo grado gerarchico di fonte superiore (4).

(3) Sull'argomento generale dell'attuazione dei principi costituzionali in materia di giurisdizione, seppure entro l'ambito più "interno" che internazionale privato processuale, si veda N. Trocker, *Processo civile e costituzione*, Milano 1970; Andolina-Vignera, *Il modello costituzionale del processo civile italiano*, 1990; L.P. Comoglio, *I modelli di garanzia costituzionale del processo*, RTDPC 1991, 673; A. Proto Pisani, *Il nuovo art. 111 Cost. e il giusto processo civile*, FI 2000, V, 242; N. Trocker, *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il "giusto processo" in materia civile: profili generali*, RTDPC 2001, 381; G. Vignera, *Le garanzie costituzionali del processo civile alla luce del "nuovo" art. 111 Cost.*, RTPDC 2003, 1185 a cui si rinvia per l'approfondita analisi sul principio costituzionale del "giusto processo"; R. Maruffi, *L'art. 111 Cost. e l'incompatibilità del giudice nel processo civile*, RDP 2003, 1164. Per un generale esame dell'argomento, si veda anche C. Mandrioli, *Corso di diritto processuale civile*, 2009, Vol.I par. 4, nota 38 (p.28) e par.77-78. Per i profili di diritto internazionale privato e processuale vedasi anche, F. Mosconi, *RDIPP* 2001, 398 ove l'autore richiama anche la sentenza della Corte di giustizia del 28 marzo 2000, C-7/98, *Krombach c. Bambecky*, punto 35 ss., in cui si è sancita, per la prima volta, la nozione di "ordine pubblico processuale" limitatamente alla necessità "che il procedimento d'origine si sia svolto nel pieno rispetto dei diritti di difesa come configurati dalla giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo sulla base dell'art 6 CEDU".

(4) La Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 1950 è stata ratificata dall'Italia con legge n. 848 del 4.8.1955, modificata dal Protocollo n. 11 adottato a Strasburgo il giorno 11.05.1994 ed entrato in vigore per l'Italia il 1.11.1998. L'art. 6 dispone: "Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit [...] omissis".

L'importanza davvero storica della sentenza in commento si può comprendere se solo si considera che per lungo tempo la collocazione gerarchica della Convenzione entro il sistema delle fonti è stato oggetto di dibattito e contrasti. La stessa Corte costituzionale, prima degli arresti citati nel testo, era solita affermare (si veda Corte costituzionale, 30.07.1997, n. 288 e Corte costituzionale 1999 n. 32) che la Convenzione era atto avente forza pari a qualsiasi legge ordinaria e in quanto tale non avrebbe potuto essere utilizzata come parametro di legittimità costituzionale di altre norme (tra cui, ovviamente, le norme sulla giurisdizione, comprese le norme di diritto internazionale privato processuale).

Con le citate sentenze del 2007, dando concreta attuazione alla clausola generale del giusto processo e realizzando uno storico *règlement*, la Consulta ha sancito la rilevanza costituzionale delle norme della Convenzione Europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo, che, perciò, ben possono valere come parametro di legittimità costituzionale delle fonti interne, ivi compresa la legge n. 218/1995.

Forte di tale premessa, e in relazione agli aspetti in diritto del caso concreto, la Corte di cassazione ha dovuto e voluto necessariamente affrontare il preliminare tema generale della completezza o meno del nostro sistema interno di diritto internazionale privato processuale rispetto al principio. Con la sentenza in commento la Suprema Corte ha giustamente offerto specifico contributo all'opera di costruzione di un diritto vivente "armonico e completo", attraverso una esauriente motivazione delle ragioni a sostegno della conferenza del rinvio mobile disposto dall'art. 3 L. n. 218/1995 all'art. 603 cod. nav. e del rilievo di quest'ultimo.

Così “ampliata” la cogenza del principio di necessità del giudice preconstituito per ogni lite, deve imporsi una lettura costituzionalmente orientata del generale sistema delle fonti di diritto internazionale privato processuale e, in relazione al caso concreto, dell’art. 3 L. n. 218/1995.

Per l’effetto, qualora ricorra l’ipotesi in cui, applicando i criteri statici di collegamento formalmente posti in tema di competenza giurisdizionale, ivi compresi quelli richiamati per rinvio, non sia individuabile il foro dotato di *potestas iudicandi* sulla lite, la giurisdizione del giudice italiano sussisterebbe allora necessariamente, qualora consentita da quelle norme interne che, seppure sancite al diverso scopo di determinare la competenza territoriale, rilette secondo Costituzione, possono rilevare, benché *de residuo*, sotto il profilo del radicamento della giurisdizione italiana.

A *contrariis*, se il sistema interno delle fonti di diritto internazionale privato processuale non consentisse di radicare la lite avanti il suo giudice naturale, nazionale o straniero che sia, quel medesimo sistema verrebbe ad essere costituzionalmente illegittimo perché indirettamente contrario alla stessa CEDU.

Il ragionamento della Corte prosegue puntualizzando le conseguenze processuali che ne derivano: è onere di colui che eccepisce il difetto di giurisdizione del giudice adito anche di indicare il foro competente a conoscere della lite.

Svolte tali premesse di ordine generale, la Corte statuisce che soltanto qualora nessuno dei criteri di collegamento previsti dal c. 1 e dal c. 2 dell’art. 3 della L. n. 218/1995 trovi effettiva applicazione, occorrerà allora, per il principio di necessità, vagliare se, residualmente, il sistema, interpretato secondo Costituzione, consenta di individuare altrimenti il foro competente in un giudice italiano (capi 3 e 8). A tale scopo, la Corte si concentra, allora, sulla eventuale rilevanza che l’art. 3 c. 2, ult. cpv. L. n. 218/1995 può avere per la determinazione del foro competente nello specifico caso concreto. Invero, l’art. 3, testé richiamato dispone: “rispetto alle altre materie la giurisdizione sussiste anche in base ai criteri stabiliti per la competenza per territorio”.

Premesso che il rinvio “alle altre materie” integra una clausola generale di chiusura del sistema, si tratta di verificare se possa rientrarvi la disciplina sancita dal codice della navigazione, Titolo II, “delle cause marittime”, Capo III, “delle controversie di lavoro”, all’art. 603, rubricato “competenza del tribunale” nelle controversie individuali di lavoro coinvolgenti il marittimo. Stante il combinato disposto dell’art. 3, c. 2, ult. cpv. e dell’art. 603 testé richiamato, si tratta di accertare se, interpretato lo stesso alla luce del dettato costituzionale e in particolare del su enunciato principio di necessità, sia legittimo ravvisare un’estensione della portata di quest’ultima norma, formalmente dedicata alla sola competenza territoriale nell’ambito di liti nazionali, fino a considerarla, seppure in via residuale, utilizzabile anche per consentire di radicare la giurisdizione del giudice italiano rispetto ad una controversia internazionale.

La Corte, chiudendo il ragionamento che si è cercato di illustrare, dà una risposta affermativa: al fine della competenza giurisdizionale del giudice italiano, ben potrebbe quindi rilevare anche l’art. 603 cod. nav., e ciò nonostan-

te si tratti di norma interna originariamente dettata in materia di competenza territoriale.

4. Cenni storici sulla legge applicabile ai rapporti di lavoro nautico

Il tema dell’individuazione della disciplina applicabile ai rapporti di lavoro nautico era risolto in passato con la sottoposizione all’ordinamento dello Stato della bandiera. La nazionalità della nave imponeva un rapporto giuridico di diritto internazionale pubblico con lo Stato stesso, avente valenza sia interna sia esterna. Quanto al primo aspetto, la nazionalità della nave rilevava quale criterio di collegamento con la legge dello Stato e la conseguente applicazione della stessa alla comunità viaggiante. Sotto il profilo internazionale, poi, la nazionalità giustificava la soggezione della nave e della stessa comunità per mare alla potestà di governo di quel determinato Stato, preferito alla giurisdizione di altri.

A conferma di ciò, il codice della navigazione risolve la disciplina dei rapporti di lavoro della gente di mare prescrivendo all’art. 9 la prevalenza della legge dello Stato della bandiera, salva diversa volontà delle parti nel caso in cui la nave abbia nazionalità straniera. Se, all’epoca della promulgazione del codice, non si ponevano problemi rispetto alla normalità di navi battenti bandiera italiana, stante la frequente identità tra nazionalità del marittimo arruolato e nazionalità della nave su cui era imbarcato, oggi, per contro, non è più così, e la lite in esame è evidente esempio della necessità di un l’intervento risolutivo del diritto internazionale privato processuale interno (5).

4.1 La rilevanza del rinvio mobile operato dall’art. 3, c. 2, L. n. 218/1995 e la disciplina di diritto internazionale privato uniforme applicabile

Preliminarmente, appaiono opportune alcune brevi annotazioni sul tema del rapporto tra le due fonti normative (Conv. Bruxelles e Reg. n. 44/2001) e sull’attuale rilevanza delle stesse rispetto al rinvio formale sancito dalla L. n. 218/1995. La Conv. Bruxelles, dopo oltre 30 an-

(5) Sul rapporto di lavoro marittimo si veda A. Torrente, *Contratto di arruolamento*, ED, vol. III, 86; S. La China, *Cause marittime*, Nss DI, App., I, 1105; S.M. Carbone, *Specialità della disciplina del lavoro nautico, principi di diritto comune e contrattazione collettiva*, *Dir. Mar.* 1984, 492; C. Enrico-Lucifredi, *Studio sulle fonti del lavoro marittimo*, *Dir. Lav.* 1986, I, 264; G. Righetti, *Trattato di diritto marittimo*, Parte prima, II, Milano 1987; C. Enrico-Lucifredi, *Il contratto di arruolamento*, Padova 1990; L. Menghini, *I contratti di lavoro nel diritto della navigazione*, Milano 1996; S. Cardillo, *Il rapporto di lavoro nautico*, Padova 1998, 165; Mosconi, *Giurisdizione e legge applicabile ai rapporti di lavoro con elementi di internazionalità*, *Quad. dir. lav. Rel. Ind.* 1998, 41; Carbone-Ivaldi, *Lezioni di diritto internazionale privato*, Padova 2000; L. Ciabattini, *Controversie di lavoro nautico e competenza territoriale del giudice*, *Arg. Dir. Lav.* 2002, 203 a commento della sentenza Cass., 10 aprile 2000, n. 3486; e ancora, De Marco, *Il principio della libera circolazione dei lavoratori in ambito comunitario: l’applicazione al settore marittimo*, *Dir. Mar.* 2002, 1428; Magnani, *I rapporti di lavoro con elementi di internazionalità*, *Dir. lav.* 2003, 405; Mosconi, *La giurisdizione in materia di lavoro nel Reg. n. 44/2001*, *RDIPP* 2003, 5; Mosconi-Campiglio, *Diritto internazionale privato e processuale*, Parte generale e contratti, Torino 2004, 3. In giurisprudenza, sul contratto di arruolamento, vedasi Cass., 13 settembre 1991, n. 9562, Cass., 17 luglio 1991, n. 7913, *FI* 1991, I, 2936, con nota di G. Brusco.

ni, è stata ripresa quale base per una riforma della materia e formalmente sostituita dal Reg. n. 44/2001 (art. 68), il c.d. Reg. "Bruxelles I", che è entrato in vigore in tutti gli Stati membri il 1° marzo 2002 (art. 76) trovando applicazione immediata e diretta rispetto ad ogni lite successivamente proposta (art. 66).

Tuttavia, la successione del Reg. alla Conv. non ha comportato l'automatico venir meno della stessa, restando essa in vigore per gli Stati ad essa aderenti ed ai quali lo strumento comunitario non sia invece applicabile (come, ad esempio, nel caso della Danimarca).

Stante il coinvolgimento di uno Stato membro, si farà quindi applicazione delle disposizioni del Reg., non senza rimarcare, ancora una volta, il permanere di un sistema "binario" (i.e. Conv. Bruxelles da un lato e Reg. dall'altro) e i problemi connessi al rinvio della norma interna alla Conv.) (6).

In sintesi, ad oggi, per liti che coinvolgono soggetti riconducibili a Stati membri della Comunità, il richiamo al Reg. è d'obbligo.

Diversamente, riguardo a liti che interessino soggetti (il convenuto) domiciliati in tutto o in parte in Stati extracomunitari, la Conv. Bruxelles potrebbe comunque risultare applicabile, ma solo se richiamata dalla disciplina internazionale privata interna, come nel caso *de quo*.

A chiarimento di tale ultimo inciso, occorre infatti notare che l'art. 4, c. 1 della Conv. (Sezione n. 1 del Titolo II), nel considerare la mancanza di domicilio del convenuto in uno Stato contraente quale causa di non applicazione immediata della Conv., introduce, da un lato, attraverso il richiamo all'art. 16, criteri speciali di radicazione *ratione materiae*, e sancisce, dall'altro, in generale, l'applicazione sussidiaria della legge interna di diritto internazionale privato processuale per i rinvii specifici da questa effettuati.

Quindi, posto che il caso *de quo* non rientra in nessuna delle ipotesi previste dall'art. 16 Conv. (ora art. 22 Reg.), ed essendo la convenuta residente negli Stati Uniti d'America (Stato non contraente), pare evidente che, stante il rinvio dell'art. 4, c. 1 alla disciplina interna, trovi applicazione l'art. 3, c. 2, L. n. 218/1995 che, a propria volta, è puntuale nel richiamare soltanto le sezioni nn. 2, 3 e 4 del Titolo II della medesima Conv. e dunque nell'ammettere la giurisdizione *ratione materiae*, a prescindere dal domicilio del convenuto entro uno Stato contraente.

Ecco perché, se le due disposizioni vengono accostate, limitatamente al rilievo del criterio del domicilio, ne risulta un contrasto (peraltro solo apparente); e ciò in quanto il disposto dell'art. 4, c. 1 della normativa internazionale uniforme rinvia, seppure implicitamente, al criterio generale del domicilio del convenuto entro uno Stato contraente (salve le sole competenze esclusive dell'art. 16), mentre il disposto dell'art. 3, c. 2, della legge nazionale, che da quella è generalmente richiamata, prescinde dal domicilio del convenuto, facendo prevalere il criterio oggettivo *ratione materiae*.

Ciò posto e tornando al caso *de quo*, la Cassazione rimarca la correttezza del giudizio della Corte di Appello che ha applicato *jure* i criteri ora descritti - i.e. quelli della disciplina uniforme - che, di per sé, in base al criterio del domicilio del convenuto entro uno Stato contraente, non avrebbero avuto immediata e diretta applicazione,

non essendo gli Stati Uniti d'America parte contraente della detta Conv.

Dove la Corte di Cassazione si sofferma è sul secondo motivo di ricorso, ossia sulla relazione tra i due criteri di collegamento che la Stessa ordina come principale e sussidiario.

4.2. *Segue. L'analisi delle discipline secondo la Corte.*

Invero, l'art. 5, c. 1, n. 1, Conv. Bruxelles prevedeva originariamente l'elezione del foro competente in base al luogo in cui l'obbligazione dedotta in giudizio è stata o doveva essere eseguita.

Successivamente, la Conv. di San Sébastian del 1989 ha modificato la norma, meglio precisandone la portata anche rispetto alle obbligazioni derivanti dal contratto individuale di lavoro.

L'art. 5, infatti, nel suo testo consolidato, continua disponendo che "in materia di contratto individuale di lavoro, il luogo è quello in cui il lavoratore svolge abitualmente la propria attività". La norma prosegue ancora stabilendo che "qualora il lavoratore svolga abitualmente la propria attività in un solo paese, il datore di lavoro può essere citato dinanzi al giudice del luogo in cui è situato o era situato lo stabilimento presso il quale è stato assunto".

Sul rinvio al luogo in cui l'obbligazione dedotta è stata o deve essere eseguita, pare opportuno un breve inciso: a differenza della citata Conv., il Reg. "Bruxelles I" tenta di definire la nozione di luogo di esecuzione dell'obbligazione dedotta in giudizio limitatamente ai contratti di prestazione di servizi. Per esso, deve intendersi il luogo, si

(6) Stante il rinvio formale dell'art. 3, c. 2 della legge n. 218/1995 alla Convenzione di Bruxelles del 1968, si richiama l'art. 68 del Regolamento CE che, in merito al tema del rinvio mobile, statuisce: "1. Il presente regolamento sostituisce, tra gli Stati membri, le disposizioni della Convenzione di Bruxelles salvo per quanto riguarda i territori degli Stati membri che rientrano nel campo di applicazione territoriale di tale convenzione e che sono esclusi dal presente regolamento ai sensi dell'articolo 299 del trattato. 2. Nella misura in cui il presente regolamento sostituisce, tra gli Stati membri, le disposizioni della Conv. Bruxelles ogni riferimento a tale convenzione si intende fatto al presente regolamento". Il tenore letterale dell'art. 68, c. 2 non deve tuttavia indurre in confusione. Invero, resiste il carattere "binario" della disciplina in materia di giurisdizione civile e commerciale, stante il permanere delle due fonti, con la conseguenza che il carattere "parallelo" delle stesse comporta che solo rispetto alla eventuale rilevanza della lite internazionale, che sia interna all'Unione, l'art. 3, c. 2, L. n. 218/1995 deve essere interpretato come riferimento al Reg., come previsto dall'art. 68, c. 2, del medesimo Reg. Diversamente, qualora i caratteri della lite internazionale importino l'applicazione della Conv. Bruxelles, allora il testo dell'art. 3, c. 2, L. n. 218/1995 resta vigente nella sua formale letteralità e portata. Così, da ultimo, si è ancora pronunciata la S.C. (n. 22239 del 21.10.2009) che ha puntualizzato come segue: "4.2. Va qui specificato che il rinvio operato dalla L. n. 218/1995, art. 3, c. 2, attiene esclusivamente alla Conv. Bruxelles, e non si estende al Reg. n. 44/2001. Né può ritenersi che la Conv. sia stata definitivamente sostituita (e quindi implicitamente abrogata) dal sopravvenuto regolamento, come parrebbe ritenere la resistente: la Conv., infatti, continua ad operare relativamente ai rapporti con soggetti non domiciliati in uno degli Stati dell'Unione ovvero che non hanno adottato il predetto regolamento, pur facendo parte dell'Unione (ad esempio la Danimarca). Essa opera altresì, come si è detto e come rilevante per la fattispecie, in relazione a specifiche norme espressamente recepite dalla L. n. 218/1995, art. 3, c. 2, che rinvia appunto alla Conv. Bruxelles 1968 (ed ovviamente non al Reg. n. 44/2001), omissis".

tuato in uno Stato membro, in cui i servizi sono stati o avrebbero dovuto essere prestati in forza del contratto.

Non pare, tuttavia, che la norma risolva il problema nel caso di una nave che, per “eguali” periodi di tempo, prenda il largo incrociando in acque nazionali straniere e internazionali e faccia poi rientro al medesimo iniziale porto di ormeggio: come poter affermare che il comandante ha svolto il suo servizio in quello o in quell’altro luogo estero al fine di individuare il *locus destinatae solutionis* ?

Il problema si pone dovendosi spostare l’indagine dal regolamento contrattuale alla sua esecuzione con tutte le conseguenti difficoltà di accertamento (e prova) dei singoli casi concreti. Un punto appare, tuttavia, ragionevolmente fuori discussione: il contratto di lavoro rientra nella categoria dei servizi, e se il luogo di svolgimento degli stessi è il criterio di elezione del foro, non si comprende perché, rispetto al caso concreto, si sia attribuita rilevanza a circostanze che ne avrebbero giustificato l’applicazione, salvo poi non trarne la diretta conclusione.

Tornando alla motivazione, la Corte affronta il merito del problema in diritto al capo 4, ove, dopo avere richiamato il secondo motivo di ricorso sollevato (*i.e. il vizio logico consistente nell’aver fatto immediata applicazione del criterio sussidiario dello “stabilimento” anziché del criterio primario del luogo di abituale esecuzione della prestazione, lamentando la mancata motivazione in merito*), pare disbrigare la questione in modo invero un po’ semplicistico.

Essa afferma, invero in maniera “sibillina”, che nulla esclude, in principio, l’applicabilità dei due criteri previsti dall’art. 5, c. 1, n. 1 al rapporto di lavoro nautico, sempre che sia possibile identificare nel caso concreto il luogo di abituale esecuzione della prestazione ovvero lo stabilimento presso cui il lavoratore è stato assunto.

Sul rapporto tra i due criteri di collegamento, la Corte ne sancisce espressamente l’ordine secondo sussidiarietà, non secondo alternatività. Ciò avrebbe teoriche conseguenze in quanto, se nella relazione di alternatività la scelta di uno importa l’implicita negazione dell’altro, in caso di sussidiarietà, invece, la scelta della fattispecie sussidiaria vuole che il rigetto della primaria sia astrattamente giustificabile e congruamente motivata dall’interprete del caso specifico che abbia applicato questa preferendola a quella.

A riguardo, la carenza di motivazione della sentenza impugnata così come lamentata dalla ricorrente non trova consenso presso il Supremo Collegio. Anzi, tralasciando la “brusca virata” nel ragionamento della Cassazione che, peraltro, ha effetti anche sulla stessa linearità della struttura formale della motivazione, la Corte liquida la questione in poche righe.

Essa afferma, invero, che la decisione della Corte di Appello di applicare *sic et simpliciter* il criterio sussidiario del luogo di stabilimento di assunzione è da considerarsi implicita!

La Corte giustificerebbe l’“implicito” ritenendo scontate le ragioni dell’omessa motivazione circa la non applicazione del criterio primario “del luogo di abituale esecuzione” da parte del giudice del merito. Ciò compie in base all’argomento, molto formale, secondo cui il comandante dell’unità navale da diporto svolgerebbe la sua prestazione solo nel momento in cui l’unità è in navigazione, con la conseguenza che, dato il verosimile scalo in “*plurimi successivi approdi anche in paesi diversi*”, non sarebbe

possibile l’individuazione del luogo di abituale esecuzione della prestazione lavorativa.

Invero, sulla scorta di tale inciso che pare “medicare draconianamente” l’implicito passaggio della motivazione impugnata, la Suprema Corte, al fine di risolvere l’*empasse*, si concentra sul solo profilo nautico-tecnico dell’attività lavorativa del comandante, senza che siano posti in rilievo il suo ruolo e la sua funzione anche durante il periodo di ormeggio dell’imbarcazione in un determinato porto, non foss’altro per i periodi in cui questi è a bordo a custodia dell’imbarcazione stessa e, specie nel settore del diporto (per quanto di lusso), per le prerogative legate all’organizzazione dell’equipaggio, alla gestione della cambusa, alla cura delle macchine, dell’armamento e della coperta, oltre alle pratiche di ormeggio e sosta presso lo scalo, etc.

Il Collegio, dunque, si concentra sul solo profilo tecnico della navigazione quale prestazione qualificante il contratto di arruolamento, per negare rilievo al criterio primario: in sintesi, l’abitudine del luogo di esecuzione della prestazione, secondo la Corte, sarebbe criterio non applicabile al caso concreto, perché non compatibile con la navigazione in crociera, considerati anche gli eventuali sporadici scali presso porti in diversi Stati. In forza di tale esclusione, essa ritiene corretta l’applicazione del criterio sussidiario del luogo di stabilimento, non senza le cautele e le premesse del caso. Anzitutto, il Collegio afferma che *la nozione di stabilimento in sé è “ampia e aspecifica”*, ma si tratta di asserto che, a sommeso avviso, non pare del tutto convincente.

Se mai, ha ragione la Corte - una volta “imboccata” questa via - allorché essa avverte tutta la difficoltà di identificare il luogo di stabilimento, stante la considerazione logica della sua immobile fissità rispetto alla naturale mobilità della nave.

Conclude, quindi, la stessa Corte affermando che anche il criterio del luogo di stabilimento è in sé non applicabile - e in ciò sta l’interessante puntualizzazione ivi compiuta - “*non già perché il natante non possa considerarsi uno stabilimento ma perché non è identificabile il luogo, in quanto sempre mutevole, in cui esso sia situato. Quindi, effettivamente non c’è uno stabilimento di assunzione*”.

In sé, si tratta di precisazione logicamente raffinata oltre che coerente rispetto al ragionamento intrapreso dalla Corte stessa nel negare rilievo al criterio del luogo di abituale esecuzione della prestazione a favore di quello dello stabilimento di assunzione.

Ciò che, al contrario, non persuade del tutto è il corollario che ne segue, laddove la Cassazione, scelta la fattispecie sussidiaria per le ragioni anzidette, ne giustifica l’applicazione richiamando le medesime circostanze di fatto che bene avrebbero potuto rilevare per giustificare la più lineare applicazione del criterio del luogo di abituale esecuzione della prestazione, a sua volta e, come accennato, corrispondente alla stessa disciplina sancita dal Reg.

Infatti, la Cassazione giunge a concludere per l’estensibilità della nozione di stabilimento alla nozione di unità navale riconoscendo rilievo al periodo di ormeggio di alcuni mesi presso il porticciolo e del consumo di *utilities* e *bunkeraggio*.

Se non che, il richiamo a tali indici di fatto, a sommeso avviso, contraddice il ragionamento sia perché si tratta di indici che nulla hanno a che vedere con l’aspetto tecnico del comando dell’imbarcazione durante la na-

vigazione; poi anche perché, come già accennato, si tratta di circostanze di fatto che rilevano in sé più come indici di abitudine che non propri dello stabilimento.

Inoltre, anche in forza delle ulteriori considerazioni di cui *infra* relative al doveroso approccio solidaristico a favore del lavoratore, ormai consolidato nella giurisprudenza non solo comunitaria, si sarebbe potuto considerare anche altri ulteriori profili del fatto legati alle incombenze del comandante durante la sosta, aderendo alla causa concreta del rapporto di lavoro più che al dogmatico assunto secondo cui il comandante adempie al contratto per il solo profilo tecnico della navigazione.

Un ulteriore punto della motivazione lascia poi perplessi ed è quello in cui la Suprema Corte considera sufficiente la “non occasionalità” della sosta per concludere sulla sussistenza della stabilità del luogo; ciò con l’effetto ultimo di complicare ancor più il quadro: v’è “la stabilità”, “l’abitudine” e ora “la non occasionalità” che però rilevarebbe, secondo la Cassazione, al pari della “stabilità” stante la particolare natura del bene e il rilievo di determinate circostanze che, come detto, inducono per l’abitudine prima ancora della stabilità.

L’evanescenza di tali distinguo astratti si ripropone nella stessa qualificazione dei fatti concreti operata dal giudice del merito e nella rivalutazione in diritto degli stessi, come svolta dalla nostra Cassazione: in altri termini, seppure con motivazioni in parte dissimili, si riconducono determinate circostanze entro una categoria logica che loro non pertiene.

Concludendo, ciò che sostanzialmente non persuade è l’eccesso di distinzione formale operato dalla Corte e probabilmente occasionato all’origine dall’avvertita difficoltà di inquadrare la nave entro le fattispecie di collegamento sancite. Diversamente, e come accennato, qualora lo specifico rapporto di lavoro ammettesse, come verosimile nel settore del diporto, un insieme di prestazioni più ampio e articolato rispetto al solo comando tecnico-nautico, gli stessi indici di fatto considerati avrebbero ben potuto ammettere il legame con il primario criterio del luogo di abituale esecuzione della prestazione, con l’effetto ultimo di evitare differenziazioni concettuali, la creazione di ulteriori nozioni, l’elusione del rapporto gerarchico tra i due criteri di collegamento formalmente sanciti, etc.

In estrema sintesi, ben poteva trovare applicazione il criterio primario del luogo di abituale esecuzione della prestazione (7). Proprio in relazione a tale ultimo profilo, la sentenza vale un’ulteriore nota, peraltro accennata al par. 3. Laddove la Corte (capo 7 della motivazione), a rigetto del primo motivo di ricorso, chiarisce una volta di più che, anche qualora non avesse trovato applicazione alcuno dei due criteri sanciti dall’art. 5, c. 1, n. 1, la giurisdizione del giudice italiano si sarebbe potuta fondare sull’art. 603 cod. nav. di cui si è già scritto. Qui valga solo richiamare l’attenzione sull’opportunità, evidentemente avvertita dalla Corte (altrimenti non si comprende perché essa stessa vi ritorni) di puntualizzare il rilievo residuale del criterio di collegamento sancito dalla fonte interna.

4.3. *L’abituale esecuzione della prestazione nella Conv. di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali. Il Reg. C.E. n. 593/2008 “Roma I”*

Infine, merita altresì un cenno la Conv. di Roma del 19

giugno 1980 (ratificata dall’Italia con L. n. 975 del 18.12.1984) in materia di legge applicabile alle obbligazioni da contratto. La disciplina *de quo*, pur diversa dal tema della radicazione giurisdizionale della lite, permette comunque di comprendere l’omogeneità delle soluzioni normative adottate nel tempo. Al pari di quanto riscontrato per la Conv. Bruxelles, nel testo della Conv. di Ro-

(7) Sul criterio del luogo di abituale esecuzione della prestazione si richiama l’attenzione sui noti precedenti della Corte di giustizia, 13 luglio 1993, C-125/1992, *Mulox*, RDIPP 1994, 432; Corte di giustizia, 9 gennaio 1997, C-389/1995, *Rutten*, RDIPP 1997, 501; Corte di giustizia, 27 febbraio 2002, C-37/2000, *Weber*, RDIPP 2002, 206. Le pronunce citate consentono di comprendere l’evoluzione della giurisprudenza della Corte di giustizia sul tema. Essa, infatti, ha progressivamente ampliato la nozione di “luogo di esecuzione abituale dell’obbligazione contrattuale”: nel caso *Mulox* del 1992 i giudici della Corte di giustizia si espressero stabilendo che per la determinazione del luogo “occorre tenere conto della circostanza che il lavoratore ha svolto il compito affidatogli a partire da un ufficio sito in uno Stato contraente nel quale aveva stabilito la sua residenza, a partire dal quale esercitava le sue attività e nel quale ritornava dopo ogni viaggio di lavoro”. Successivamente, nel caso *Rutten*, la Corte statò che il luogo di abituale svolgimento della prestazione “è quello in cui il lavoratore trascorre la maggior parte del tempo lavorativo e in cui dispone di un ufficio a partire dal quale organizza le proprie attività per conto del datore di lavoro e nel quale fa ritorno dopo ciascun viaggio all’estero”.

Il richiamo a questi “storici” precedenti permette di affermare che ragioni di buona amministrazione ed economia processuale e prima ancora di solidarietà esigono che la tutela giurisdizionale in cause internazionali in materia di lavoro si fondi primariamente sull’esigenza di garantire alla parte più debole tale tutela che è più adeguatamente garantita proprio se, e quando, a conoscere della causa viene deputato il giudice del luogo in cui il lavoratore effettivamente esegue la prestazione, in quanto in tale luogo il lavoratore stesso può con minor spesa promuovere l’azione giudiziale ed apprestare le proprie difese. Circa tale ultimo inciso, vale precisare che il dato di effettività cui si fa richiamo non esclude affatto il riferimento al contratto di lavoro, ma comporta soltanto la prevalenza del luogo di effettivo svolgimento in ogni caso in cui detto luogo diverga da quello stabilito in contratto. Ciò a maggior ragione, quando, come nel caso *de quo*, il luogo di esecuzione (il comando della nave) cambia proprio perché non previamente determinabile.

Sul punto si richiama, altresì, Corte di giustizia, 19 aprile 2003, C-437/2000, in cui la Corte ha stabilito che in materia di contratti di lavoro, l’art. 5 Conv. deve essere interpretato nel senso che il luogo di esecuzione dell’obbligazione pertinente, ai sensi di tale disposizione, è quello in cui il lavoratore esercita di fatto le attività convenute con il datore di lavoro, precisando che qualora, adempia le obbligazioni in più Stati contraenti (come in via astratta comandando una nave entro le acque di più Stati), il luogo dove egli svolge abitualmente la sua attività, ai sensi dell’art. 5 punto 1, è il luogo nel quale, o a partire dal quale, tenuto conto di tutte le circostanze del caso egli adempie di fatto la parte sostanziale delle sue obbligazioni nei confronti del datore di lavoro. In precedenza, Corte di giustizia, *Weber*, cit., ove, sulla nozione di luogo di abituale esecuzione dell’attività di lavoro, la Corte si richiama al luogo nel quale o a partire dal quale, tenuto conto di tutte le circostanze del caso di specie, il lavoratore adempie di fatto la parte sostanziale delle sue obbligazioni, trascorrendo la maggior parte del tempo lavorativo, fermo restando una diversa soluzione nel caso in cui, avuto riguardo agli elementi di fatto del caso di specie, l’oggetto della controversia in questione presenti dei nessi più stretti con un altro luogo di lavoro. Da ultimo, a conferma del consolidato orientamento, Corte di giustizia, 11 marzo 2003, C-19/09, *Wood Floor Solutions Andreas Domberger GmbH ct. Silva Trade SA*.

Sul piano interno si veda, nello stesso senso e più recentemente, Cass., ss.uu., 13 dicembre 2007, n. 26089, RDIPP 2009, 108.

ma, nessuna disposizione specifica si dedica al lavoro marittimo.

Da ciò l'attenzione sulla norma di portata generale, l'art. 6, che, in tema di legge applicabile e, salva la diversa volontà delle parti, prevede il rilievo:

1. della legge del paese in cui il lavoratore compie abitualmente il suo lavoro; o
2. della legge del paese dove si trova la sede (del datore di lavoro) che ha proceduto all'assunzione, qualora non compia abitualmente il suo lavoro in uno stesso paese; o
3. della legge del paese con cui il contratto di lavoro presenta un più stretto collegamento.

Come detto, appare di immediata evidenza l'omogeneità delle soluzioni adottate. Altresì, emerge il superamento sostanziale della tesi nazionalistica secondo cui rileverebbe la legge dello Stato della bandiera quale specificazione del principio di extraterritorialità che qualifica la nave in quanto "territorio" su cui il lavoratore nautico adempie la propria prestazione, importando la riconduzione all'ordinamento dello Stato stesso.

Sebbene una tale soluzione permetterebbe la sopravvivenza sostanziale dell'art. 9 del codice della navigazione, non v'è chi non veda come l'orientamento solidaristico di cui s'è accennato in nota 8, importi "la crisi" del criterio della bandiera a favore della tesi, preferibile, che collega il rapporto di lavoro all'ordinamento del luogo di abituale esecuzione della prestazione (8), riconoscendo valore, ad esempio, all'ordinamento del luogo di residenza, in quanto ivi la capacità economica del soggetto è consumata.

Da ultimo, è utile segnalare che il Reg. "Roma I" (9), in vigore dal dicembre 2009, sostituendo la Conv. del 1980 ai sensi dell'art. 24, disciplina la materia secondo disposizioni simili, salvo l'inciso di cui al c. 2 ult. cpv., in cui espressamente si dispone che "il paese in cui il lavoro è abitualmente svolto non è ritenuto cambiato quando il lavoratore svolge il suo lavoro in altro paese in modo temporaneo".

A parte l'introduzione del concetto di temporaneità - che va ad aggiungersi a quello di abitualità, a quello di stabilità e ora a quello di non occasionalità - è, evidentemente sancita una volta di più la centralità dell'indagine sulle circostanze di fatto che rendono il luogo come abituale. Probabilmente, l'integrazione è dovuta alla copiosa giurisprudenza che in questi anni è sorta dalla *elastica* nozione di "abitualità" e che ha, verosimilmente, indotto il legislatore comunitario ad adottare questa "non piccola" precisazione la quale, se ha il pregio di meglio definire il confine dell'abitualità, ha il limite di introdurre il dubbio su cosa debba intendersi per temporaneità.

Nel caso in esame, come s'è visto, sia il Giudice del merito sia la Suprema Corte per quanto di sua competenza, hanno ritenuto che il periodo di alcuni mesi di ormeggio fosse sufficientemente prolungato per concludere per l'abitualità (*rectius* la non occasionalità, quindi la stabilità) della sosta e la conseguente radicazione della giurisdizione (10).

Ciò che preme osservare è che, seppure si verta in tema di individuazione della legge applicabile, tanto la legislazione quanto la giurisprudenza dimostrano particolare attenzione nel tutelare il lavoratore, laddove tendono a privilegiare il criterio del luogo abituale di esecuzione della prestazione, dando rilievo al profilo personalistico rela-

tivo al "modo" di eseguire il rapporto, attribuendo valore finanche al momento soggettivo di programmazione e pianificazione delle proprie incombenze e non limitandosi al solo profilo oggettivo legato al "fare".

Si comprende perché il criterio formale del luogo dello stabilimento di assunzione del lavoratore (*sub* art. 19, lett. b, punto 2, Reg. n. 44/2001) trovi applicazione solo qualora non sia possibile individuare un luogo di esecuzione abituale secondo i suddetti principi e in osservanza della *ratio* ispiratrice della tutela della parte più debole.

Si apprezza, allora, quanto sopra richiamato circa il rilievo delle altre ulteriori incombenze del comandante arruolato, il quale, oltre al comando tecnico - nautico, assume il "ruolo" e le incombenze legate all'arruolamento a bordo che, sistematicamente lette secondo l'indirizzo solidaristico di cui s'è accennato, avrebbero ben potuto consentire di qualificare il caso concreto direttamente entro il criterio primario del luogo di abituale esecuzione della prestazione.

Certo, come detto, il giudice del merito avrebbe dovuto approfondire il contenuto del contratto di arruolamento del comandante, non circoscrivendone l'oggetto alla sola conduzione nautica nel periodo in cui la stessa sia stata in navigazione (questo l'argomento formale che sembra non aver permesso ai giudici della Cassazione di ritenere applicabile il primo criterio). Tale via appare meno ardua rispetto all'introduzione del difficile connubio "nave-stabilimento" secondo le argomentazioni date.

Da ultimo, è opportuno richiamare il fatto che in sede OIL, seduta speciale del febbraio 2006 - OIL/06/07, si sia percorsa la via di una possibile riforma a livello di diritto uniforme che introduca una disciplina di base in materia e garantisca pertanto certezza di standard minimi a tutela del lavoratore marittimo e dunque, si auspica, di individuazione della giurisdizione e dell'ordinamento applicabile.

Alberto Spinelli, Assistente alla Cattedra di diritto privato, Univ. Genova.

(8) Sul tema della legge della bandiera e sua rilevanza in tema di giurisdizione, S.M. Carbone, *Dir. Mar.* 2009, p. 81, "Dallo stato della nazionalità della nave allo Stato di radicamento territoriale non occasionale della nave nella disciplina del lavoro marittimo".

(9) Il Reg. n. 593/2008 del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 17.06.2008, sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali è pubblicato in *Gazz. Uff. Un. Eur.*, L177 del 4.07.2008 ed è entrato in vigore dal 17.12.2009; esso è integralmente pubblicato in *RDIPP* 2009, 519.

(10) La stessa sensibilità maturata tanto dal legislatore comunitario quanto dalla giurisprudenza della Corte di giustizia trova riscontri anche nella giurisprudenza di merito nazionale. Si veda, *inter alia*, App. Venezia, 26 aprile 2005, *Dir. Mar.* 2006, 668, secondo cui "sussiste la giurisdizione italiana in una controversia di lavoro allorché il lavoratore, pur compiendo numerosi viaggi all'estero, abbia in Italia una minima base di appoggio per la sua attività".